



**ESTUDIOS JURIDICOS**  
**QUE**  
**EN HOMENAJE**  
**A**  
**ANTONIO DE IBARROLA AZNAR**  
**PRESENTA EL COLEGIO**  
**DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL**  
**DE LA**  
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA**  
**DE MEXICO**



**ESTUDIOS JURIDICOS  
QUE  
EN HOMENAJE  
A  
ANTONIO DE IBARROLA AZNAR  
PRESENTA EL COLEGIO  
DE PROFESORES  
DE DERECHO CIVIL  
DE LA  
FACULTAD DE DERECHO  
DE LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO**

**FERNANDO  
BARRERA ZAMORATEGUI**

**JOSE  
BARROSO FIGUEROA**

**IGNACIO  
GALINDO GARFAS**

**FLAVIO  
GALVAN RIVERA**

**VICTOR CARLOS  
GARCIA MORENO**

**ANGEL  
GUERRERO LINARES**

**JULIAN  
GUTRON FUENTEVILLA**

**ERNESTO  
GUTIERREZ Y GONZALEZ**

**RICARDO  
LANDERO SIGRIST**

**JOSE DE JESUS  
LOPEZ MONROY**

**JOAQUIN  
MARTINEZ ALFARO**

**RENE RAMON  
ROSALES HERNANDEZ**

**MIGUEL ANGEL RUBLUO**

**ENRIQUE  
SANCHEZ BRINGAS**

**BEATRIZ  
SOLIS DE CASTILLO**

**PEDRO  
ZORRILLA MARTINEZ**



**ESTUDIOS JURIDICOS  
QUE  
EN HOMENAJE  
A  
ANTONIO DE IBARROLA AZNAR  
PRESENTA EL COLEGIO  
DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL  
DE LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO**



Primera coedición, México 1996

Derechos reservados

Copyright © 1996

Derechos reservados por

**FILIBERTO CARDENAS URIBE/  
CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR**

Y

**FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM**

Formación y diseño:

**VICTOR MANUEL CANALES PICHARDO**

La presentación, diseño gráfico, encuadernación  
y demás características, son propiedad de

**FILIBERTO CARDENAS URIBE/  
CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR**

Calle 9 No. 1193, Col. Aguilera  
C.P. 02900, México, D.F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 968-401-321-3

Impreso en México

Printed in Mexico

## INDICE

	Pág.
PREFACIO .....	VII
PRESENTACION .....	IX
CONVOCATORIA DEL COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL .....	XI
DON ANTONIO DE IBARROLA AZNAR: UN HOMBRE Y UN MAESTRO EJEMPLAR .....	1
<i>por el Lic. Fernando Barrera Zamorategui.</i>	
HACIA UNA MEJOR NORMATIVIDAD JURIDICA DEL CONCUBINATO EN EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL .....	15
<i>por el Lic. Fernando Barrera Zamorategui.</i>	
MATERNIDAD, PATERNIDAD Y GENETICA .....	23
<i>por el Lic. José Barroso Figueroa.</i>	
LA FRUSTRACION DEL FIN DEL CONTRATO .....	45
<i>por el Dr. Ignacio Galindo Garfias.</i>	
EL PATRIMONIO FAMILIAR EN EL VIGENTE DERECHO MEXICANO .....	67
<i>por el Lic. Flavio Galván Rivera.</i>	
TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES, ANALISIS DE LA CONVENCION INTERAMERICANA .....	105
<i>por el Lic. Víctor Carlos García Moreno.</i>	
LA CADUCIDAD COMO MEDIO DE EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES .....	121
<i>por el Lic. Angel Guerrero Linares.</i>	
NATURALEZA JURIDICA Y AUTONOMIA DEL DERECHO FAMILIAR .....	141
<i>por el Dr. Julián Güitrón Fuentevilla.</i>	

EL DERECHO PARA LA FAMILIA, LA TEORIA DE LAS OBLIGACIONES Y LA FIGURA DEL DIVORCIO .....	189
<i>por el Lic. Ernesto Gutiérrez y González.</i>	
PROPUESTAS DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL A FIN DE REGLAMENTAR EL PROBLEMA DE LA IMPREVISION .....	207
<i>por el Lic. Ricardo Landero Sigríst.</i>	
EL NUEVO DERECHO AGRARIO A LA LUZ DE LAS REFORMAS HABIDAS EN EL REGIMEN DEL SR. LIC. SALINAS DE GORTARI .....	223
<i>por el Lic. José de Jesús López Monroy.</i>	
DETERMINACION DEL PRECIO POR UN TERCERO EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA .....	229
<i>por el Lic. Joaquín Martínez Alfaro.</i>	
EL CONCEPTO DE LA UNIVERSALIDAD .....	251
<i>por el Lic. Joaquín Martínez Alfaro.</i>	
REFLEXIONES EN TORNO DEL DIVORCIO .....	259
<i>por el Lic. René Ramón Rosales Hernández.</i>	
ABORTO LIBRE. SINONIMO DE ASESINATO .....	277
<i>por el Lic. Miguel Angel Rublúo.</i>	
EL REGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA FE PUBLICA EN MEXICO .....	295
<i>por el Lic. Enrique Sánchez Bringas.</i>	
FORO DE CONSULTA POPULAR, JUSTICIA CIVIL, REFORMAS AL CODIGO CIVIL .....	317
<i>por la Lic. Beatriz Solís de Castillo.</i>	
CUESTIONES RELATIVAS A LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO PARA LLEGAR A ALGUNAS CONCLUSIONES RESPECTO DE LA ETICA PROFESIONAL Y DE LA ENSEÑANZA JURIDICA .....	323
<i>por el Dr. Pedro Zorrilla Martínez.</i>	

## **PREFACIO**

La Dirección de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, tiene el propósito de impulsar la edición de obras jurídicas que realicen los señores profesores de esta Facultad, en provecho de la docencia, investigación y difusión del Derecho.

Por otra parte, se pretende que los Colegios de profesores de las diversas disciplinas jurídicas de esta Facultad participen activamente en esta labor académica, como ocurre en este ensayo, en el que el Colegio de Profesores de Derecho Civil, simultáneamente cumple con la mencionada labor académica y hace un muy merecido reconocimiento al maestro Don Antonio de Ibarrola Aznar, quien ha formado a muchas generaciones de abogados en nuestra querida Facultad de Derecho, pues su vocación de docente e investigador lo llevó, tanto en la cátedra, como en la elaboración de obras jurídicas, a difundir la ciencia del Derecho, dando así un ejemplo vivo del jurista que cumple con la tarea de escribir obras de Derecho en beneficio de los estudiantes y maestros de la ciencia jurídica; pues es innegable que, en nuestra Casa de Estudios, todos hemos tenido conocimiento de sus obras, entre otras las que han sido publicadas con los títulos de "Cosas y Sucesiones", "Derecho de Familia" y "Derecho Agrario".

El anterior reconocimiento debo adicionarlo manifestando mi agradecimiento, a los autores de los estudios jurídicos que se publican en este volumen, en el que consta por escrito la encomiable participación de los señores Lic. Fernando Barrera Zamora-tegui, Lic. José Barroso Figueroa, Dr. Ignacio Galindo Garfias, Lic. Flavio Galván Rivera, Lic. Víctor Carlos García Moreno, Lic.

## VIII    PREFACIO

Angel Guerrero Linares, Dr. Julián Güitrón Fuentevilla, Lic. Ernesto Gutiérrez y González, Lic. Ricardo Landero Sigríst, Lic. José de Jesús López Monroy, Lic. Joaquín Martínez Alfaro, Lic. René Ramón Rosales Hernández, Lic. Miguel Angel Rublúo, Lic. Enrique Sánchez Bringas, Lic. Beatriz Solís de Castillo y Dr. Pedro Zorrilla Martínez.

A todos ellos, mi más amplio reconocimiento, por su esfuerzo y dedicación desinteresados y siempre en beneficio de la cultura jurídica que trata de difundir nuestra querida Facultad de Derecho.

*Dr. Máximo Carvajal Contreras*  
*Director de la Facultad de Derecho*  
*UNAM*  
*Otoño de 1995*



**COLEGIO DE PROFESORES  
DE DERECHO CIVIL, A.C.  
FACULTAD DE DERECHO. UNAM**

"Estudios Jurídicos en Homenaje al Maestro Don Antonio de Ibarrola Aznar", es un libro cuya autoría corresponde al Colegio de Profesores de Derecho Civil, A.C.; sin embargo, es pertinente señalar que, cada uno de los autores es responsable de su ensayo publicado en este volumen, pues hubo el deseo de que los participantes tuvieran absoluta libertad para escribir los temas que eligieron; razón por la cual, no se integró comisión alguna que revisara los trabajos en su contenido científico, jurídico, ideológico, estilo de redacción o algún otro aspecto.

Por lo anterior, al Colegio de Profesores de Derecho Civil, no le corresponde la responsabilidad de los trabajos que se publican, en virtud de que, su actuación ha consistido en convocar a la elaboración de este libro, coordinar a los autores y revisar los trabajos necesarios para su edición.

Por otra parte, se hace del conocimiento de los lectores, que los estudios se publican según el orden alfabético del apellido de los autores, a fin de evitar cualquier motivo que pudiera lastimar consideraciones de carácter personal, pues todos los participantes son acreedores del profundo agradecimiento del Colegio de Profesores de Derecho Civil; agradecimiento que se hace extensivo, de un modo muy significativo, al señor Director de la Facultad de Derecho, Doctor Máximo Carvajal Contreras, en virtud del gran apoyo que prestó para la culminación de estos Estudios Jurídicos.

Para concluir tengo a bien expresar mi reconocimiento al señor Lic. Cuauhtémoc López Sánchez, Secretario General de la Facultad de Derecho, pues su eficaz colaboración hizo posible llegar a un feliz término en la realización de este trabajo colectivo.

*Atentamente*  
*Joaquín Martínez Alfaro*  
*Presidente del Colegio*  
*Noviembre de 1995*

Con el propósito de reconocer la meritoria labor del Maestro Don Antonio de Ibarrola Aznar, se hizo la convocatoria cuyo texto se transcribe a continuación:

**COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, A.C.  
FACULTAD DE DERECHO, UNAM**

México, D.F., septiembre 22 de 1994.

**SEÑORES PROFESORES  
DE DERECHO CIVIL  
DE LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNAM  
P R E S E N T E .**

El Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, convoca a los profesores de la asignatura, así como a los de otras materias, para que participen en la elaboración de un libro, que contendrá "Estudios Jurídicos en Homenaje al Maestro Don Antonio de Ibarrola Aznar".

La trayectoria del mencionado maestro es ampliamente conocida por todos los integrantes de esta casa de estudios, pues durante muchos años ha participado en la formación profesional de miles de alumnos; además, sus doctos conocimientos han quedado plasmados en sus obras que ha publicado, entre ellas se citan su texto de "Cosas y Sucesiones", su "Derecho de Familia" y el "Derecho Agrario"; textos que han sido editados por la Editorial Porrúa, S.A., y que han contribuido a formar la cultura jurídica de los estudiosos del Derecho.

Por lo anterior, se invita a los catedráticos de nuestra Facultad de Derecho a colaborar en la realización de este trabajo, manifestándoles a los interesados que tengan a bien inscribirse con el suscrito, comunicando el tema que será objeto de su trabajo; asimismo se les informa que el plazo para la inscripción vencerá el 3 de noviembre próximo, a su vez, el término para presentar los trabajos concluirá el 9 de enero de 1995.

## XII CONVOCATORIA

En atención a lo expuesto, tengo el honor de invitarlos a la realización de los aludidos estudios que, por provenir de ustedes, dignificarán a nuestra Facultad de Derecho y a nuestro Colegio de Profesores de Derecho Civil, asimismo serán un justo reconocimiento para el maestro a quien se le rinde este merecido homenaje.

Se suplica que las inscripciones se efectúen mediante una comunicación escrita, entregada en la mesa de firmas y a la atención de quien suscribe.

Para mayores informes, están a su disposición los teléfonos: 203-7206, 627-7691 y 251-6557.

Con un saludo afectuoso

*Lic. Joaquín Martínez Alfaro*  
*Presidente del Colegio de Profesores de Derecho Civil*

**"COLEGIO DE ASESORES, TUTORES  
Y TECNICOS INVESTIGADORES DE LA DIVISION  
DE UNIVERSIDAD ABIERTA, A.C."  
FACULTAD DE DERECHO, UNAM**

Galeana 57, Xochimilco, D.F.  
Teléfono: 676-8751

ASUNTO:  
COLABORACION PARA EL LIBRO  
EN HOMENAJE AL MAESTRO  
ANTONIO DE IBARROLA

Cd. Universitaria, D.F., noviembre de 1994.

**C. LIC. JOAQUIN MARTINEZ ALFARO  
PRESIDENTE DEL COLEGIO DE PROFESORES  
DE DERECHO CIVIL, FAC. DE DERECHO, UNAM**

**P r e s e n t e .**

**Distinguido Maestro:**

En atención a la convocatoria para integrar el *Libro en Homenaje al MAESTRO DON ANTONIO DE IBARROLA* y en mi calidad de Profesor Titular por Examen de Oposición de Derecho Civil ANEXO en 13 fojas el documento denominado *DON ANTONIO DE IBARROLA AZNAR*. Un Hombre y un Maestro Ejemplar, que contiene una biografía de tan querido docente de quien tuve el honor de ser alumno, me asesoró en la elaboración de mi tesis profesional para optar al título de Licenciado en Derecho, presidió mi examen recepcional y me permitió colaborar como profesor adjunto en mis inicios como educador en esta siempre Erguida Facultad de Derecho, UNAM.

Actualmente, tengo la fortuna de seguir siendo uno de sus discípulos y me considero como uno de sus amigos que más estiman al Maestro de Ibarrola.

**XIV COLABORACION**

**Le agradezco de antemano la atención que se sirva dar al estudio adjunto y quedo a sus órdenes.**

**A t e n t a m e n t e .**

**"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"**

**EL PRESIDENTE DEL COLEGIO DE LA DUAD**

**LIC. FERNANDO BARRERA ZAMORATEGUI**

**Anexo.**

## **DON ANTONIO DE IBARROLA AZNAR**

### ***Un hombre y un maestro ejemplar***

LIC. FERNANDO BARRERA ZAMORATEGUI

CATEDRÁTICO POR OPOSICIÓN DE DERECHO CIVIL

LA PROFESIÓN DEL MAESTRO ES TAL VEZ LA MÁS IMPORTANTE DE TODAS, PUESTO QUE A TRAVÉS DE ELLA NO SOLO SE TRANSMITEN LOS CONOCIMIENTOS NECESARIOS PARA LA SUBSISTENCIA DE LA SOCIEDAD, PUES SU LABOR FUNDAMENTAL ES FORJAR EL ALMA Y LA CONCIENCIA DEL GÉNERO HUMANO.

POR ELLO, HONRAR AL MAESTRO ES HONRAR AL CRISOL DE DONDE SURGE LO MEJOR DE NUESTRO MÉXICO.

LIC. FERNANDO BARRERA  
ZAMORATEGUI

Se dice que la historia es cíclica, así como la vida de los hombres. Pues bien, hace más de 20 años, un distinguido catedrático rendía un sentido homenaje a su maestro Don Manuel Borja Soriano, con motivo de los 90 años de su existencia, bajo la forma de un artículo denominado "*El Reflejo del Derecho Civil sobre el Derecho Agrario*". Pues bien, ese discípulo agradecido, ya entonces autor de diversos libros y distinguido profesor por oposición

## 2 FACULTAD DE DERECHO. UNAM

de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la UNAM, es ahora motivo de estas breves líneas por las cuales el que suscribe pretende expresar, a Don Antonio de Ibarrola Aznar, su agradecimiento, cariño y admiración, tanto en nombre propio como de la infinidad de alumnos que hemos escuchado sus doctas cátedras, a lo largo de más de 40 años de ejercicio docente. Deber que con verdadero placer cumplo, por haber sido siempre distinguido por su bondadosa amistad desde mis épocas de alumno, al ser mi guía en la redacción de la tesis profesional y como Presidente del H. Síno de mi examen profesional y con quien tuve la oportunidad de iniciarme en la cátedra como su auxiliar honorario. Antecedentes de mi titularidad por examen de oposición en Derecho Civil en la misma Facultad de la cual fui alumno. Además, por su orientación y consejo permanente que me impulsan a convertirme en un conoedor de Derecho.

El maestro De Ibarrola Aznar ha sido un gran docente, que no sólo nos ha transmitido sus valiosos conocimientos, sino también nos da el ejemplo de cómo debe vivir un hombre de principios: Es decir un verdadero hombre de bien que defiende a cualquier precio sus principios y vive conforme a ellos. Esto se lo reconocen siempre sus amigos y aun sus adversarios ideológicos.

Don Antonio vino a este mundo, el día 28 de julio de 1909, en la que era en ese entonces la Ciudad de los Palacios y también "la región más transparente del aire". Nació en el seno de una bien avenida familia mexicana integrada por su padre el Ing. Don Alfonso María de Ibarrola y por la distinguida dama yucateca Doña Manuela Aznar de Ibarrola.

El que sería distinguido jurista, fue forjado en el amor a la familia y su patria, así como en los valores cristianos como son la paz y el orden en un marco de justicia social. Existen frescas en su memoria sus vivencias escolares, así como los nombres de cada uno de sus maestros de sus años estudiantiles, precisando fechas y asignaturas. Igual sucede con todo lo relacionado a sus condiscípulos, desde párvulos hasta los miembros de generación 1928-1932, de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Con estos

### HOMENAJE AL MAESTRO DON ANTONIO IBARROLA AZNAR 3

últimos conserva una verdadera hermandad, como lo demuestra la fotografía que ocupa un lugar importante dentro de su despacho privado.

Conversando con él, surgen en torrente los recuerdos de sus amados profesores y de sus estimados condiscípulos, con estos últimos mantiene permanente contacto.

El amor recibido en su familia le daría un caudal que entregaría sin agotarse a toda la gente que le ha rodeado.

Una muestra de su gran sensibilidad, lo constituye el hecho de que al final de cada curso escolar, el entonces alumno lloraba de emoción.

Antonio de Ibarrola recuerda a menudo su paso por el Instituto Franco Inglés "Santa María", donde permaneció felizmente desde el nivel de párvulos hasta egresar de la preparatoria. Fue ahí donde cultivó su amor al estudio, que se concentraría en su pasión por el Derecho y la Justicia años después. En dicha Institución recibiría el ejemplo de maestros como Esteban Seyies, Francisco Devilli, el padre Angel Levavasseur, el padre Pedro Rocques y el padre Luis Gandy. De quienes recibió los cimientos de la sabiduría que le caracteriza.

Ahí también lograría, gracias a su infantil ímpetu, el dominio de las lenguas francesa e inglesa así como el latín y griego. Posteriormente, nosotros sus alumnos de la facultad de Derecho nos sorprenderíamos al conocer su dominio sobre el alemán, el italiano y el ruso, además de los idiomas antes citados. Tales habilidades no le fueron gratuitas, le representaron muchas horas de arduo estudio, para llegar a ser un conocedor de tales idiomas largo camino recorrió para obtener el carácter de perito traductor del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

La posibilidad de consultar directamente o citar párrafos enteros en otros idiomas, se debe tanto al apoyo de maestros como Luis Gandy (del Instituto Franco-Inglés), como de profesores particulares como Antonia Ochoa de Miranda tratándose de la lengua de Dante; y respecto del ruso gracias al apoyo de aquella doncella polaca de noble cuna: Olda Samoyska; y también, gracias a su esfuerzo autodidacta como en el caso del alemán.



#### **4 FACULTAD DE DERECHO. UNAM**

Cada uno de los "Ibarrolitos", como se autocalificaba un festivo alumno del licenciado De Ibarrola, recordamos las diversas frases en sus idiomas de origen con las cuales nuestro maestro nos enseña. Resaltando la universalidad del conocimiento, y que lo positivo debe aprenderse independientemente de quien provenga.

Así, su afán de conocer otras culturas, no ha debilitado jamás su gran amor por México. Sus continuos viajes a diversos países europeos y a los Estados Unidos sólo han servido para enriquecer sus propuestas para resolver nuestros problemas.

Un hecho importantísimo en su vida, lo constituyó su ingreso a la ahora Facultad de Derecho, cuyo primer día de clase: el once de febrero de 1928, quedó grabado para siempre en su memoria. Si algún día escribiera sus memorias, podría relatarnos, día a día, momento a momento, su estadía en la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia en aquellos venerables muros de San Idelfonso del Centro Histórico de nuestra ciudad de México.

Aquellos inquietos estudiantes de leyes, después brillantes abogados egresados en 1932, que vivieron intensamente la vida universitaria, contribuyeron a lograr un gran adelanto.

Participaron en el movimiento de 1929 que culminaría con la autonomía de nuestra Alma Mater. La comunidad estudiantil de Derecho encabezó aquella gloriosa lucha para transformar la aspiración en una realidad. Aquellas semanas de clase perdidas en 1929 redundarían en ganar la autonomía que es compromiso permanente del cual desde ese tiempo disfrutamos.

El movimiento por la Autonomía Universitaria del año 1929, es un ejemplo del espíritu inquieto de los jóvenes que redundan en el beneficio de la Patria.

Dicha "generación" se ha caracterizado desde entonces por el gran respeto y cariño que han profesado a sus insignes maestros. Entre éstos, se encuentran civilistas de la talla de Don Manuel Borja Soriano, Don Francisco H. Ruiz y Don Gabriel García Rojas. También figuran Don Atenedoro Monroy de Derecho Romano, Don Rafael Ortega de Derecho Procesal Civil y muchos más. Un lugar especial en el respeto y cariño lo tiene

también Don Mario de la Cueva, llamado cariñosamente "El Chato".

Expresión de lo anterior, es la dedicatoria que en 1959 el agradecido discípulo de Ibarrola, escribiera en la forma siguiente: *"Con acendrado cariño deseo dedicar estas líneas a mi insigne maestro el señor doctor Don Manuel Borja Soriano, en justo homenaje a su persona ahora que acaba de alcanzar 90 años de muy fecunda existencia. Haga patente que él fue quien, a través de la enseñanza del Derecho Civil, profunda y adecuada, me hizo atisbar primero, y luego saborear las magnificencias y bellezas del Derecho Público"*. ("El Reflejo del Derecho Civil sobre el Derecho Agrario". En: **Estudios Jurídicos en Memoria de Manuel Borja Soriano**. Primera Edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1969).

Posteriormente, en el año de 1975, el libro **Derecho Agrario. El Campo Base de la Patria**, es dedicado por el mismo autor con las siguientes palabras: *"A mi venerado maestro, el doctor Lucio Mendieta y Núñez, elocuente paradigma del cabal ciudadano mexicano y valiente constructor del futuro de la patria"*.

Algunos de los mencionados catedráticos constituyen ahora leyendas. Tal es el caso de Don Gabriel García Rojas, a quien el maestro de Ibarrola guardaba una gran veneración, que se manifestaba en el beso en la mano que daba a su maestro cuando lo encontraba en los pasillos de la Facultad. De lo cual fui testigo, por haber tenido la fortuna de recibir la docta cátedra de Don Gabriel en el Doctorado en Derecho, cuando su vida se acercaba a su fin físico.

Por otra parte, en una escuela reacia al cambio, en donde por tradición la manera de enseñar se reduce al sistema de la cátedra magistral. Antonio de Ibarrola, se adelanta a los pedagogos contemporáneos, al instaurar una clase activa, con lecturas dirigidas, con el empleo de lo que la ciencia pedagógica denomina técnicas grupales o de dinámica de grupos. Lo que ha hecho que sus alumnos nos responsabilicemos de nuestra propia educación y nos iniciemos en la investigación jurídica.

Pese a la agradable disciplina que impera permanente en sus grupos, cada uno de sus alumnos hemos logrado conservar

## 6 · FACULTAD DE DERECHO. UNAM

nuestra individualidad y expresar nuestras opiniones y puntos de vista, aun los contrarios a los del maestro Ibarrola. Animados por las frases del maestro, cuando señala: *"Quien aprueba el curso no es el que piensa como el maestro, sino el que sabe de Derecho"*.

Actualmente, los estudiosos de la didáctica y otras disciplinas pedagógicas, señalan que la educación siempre tiene una orientación ideológica, siempre propugna por hacer prevalecer ciertos valores.

Nuestro homenajeado no es un mero repetidor de lo que otros han dicho, en forma consciente procura formar buenos ciudadanos, honestos abogados amantes de su patria, orgullosos de su historia, conscientes de la importancia de la familia, la indisolubilidad del matrimonio, el respeto a nuestros mayores, la protección al ser humano desde su concepción, la salvaguarda del individuo frente al Estado, y en fin, hacer prevalecer la justicia en todas las áreas.

Basta presenciar cualquiera de las clases del maestro Ibarrola para darse cuenta que los alumnos participan activamente en la misma, merced al estudio previo a tratar; para lo cual tienen como guía los textos escritos por su profesor. Sorprende ver a los alumnos asistir puntualmente los días sábados y los días feriados en los mismos horarios de clase que en los días que laboran normalmente el común de los maestros. Los exalumnos recordamos con emoción cuando asistíamos a clase los días de la madre, el de la Virgen de Guadalupe, los días conmemorativos del Trabajo, etc. Y además adquirimos la puntualidad demostrada por nuestro maestro, de la que siempre hemos presumido.

Más de uno de nosotros recibió de la generosidad del Lic. Ibarrola: artículos periodísticos relacionados con nuestros temas de clase, o bien, los alumnos más destacados premios consistentes en libros proporcionados por nuestro mentor. Alguno más recibió como auxilio para poder estudiar: el libro de texto y un ejemplar de los ordenamientos jurídicos de la mano generosa del profesor.

Los condiscípulos en grupos como los mencionados, nos tratábamos como integrantes de una misma y gran familia. El maestro siempre nos invitó a esforzarnos en nuestros estudios a fin de pronto sustituir a los viejos maestros, dentro de los cuales él se coloca.

La profecía se ha convertido frecuentemente en realidad, muchos de nosotros actualmente ejercemos la cátedra universitaria, pese a que, cuando nuestras mentes juveniles correspondían a las de un alumno común, no adivinábamos la actividad docente que ahora desempeñamos.

Su frase: "*La letra siempre entra con sangre, pero con la sangre del profesor*", la entendemos plenamente ahora. Pues así sucede, cuando el maestro lo es verdaderamente y convierte su actividad en un verdadero apostolado.

Su sistema de evaluación, no se reduce a uno o varios exámenes escritos u orales. Al contrario, se da permanentemente, durante todo el ciclo escolar. Para ello lleva un récord personal de asistencias, intervenciones, respuestas erróneas, calificaciones de los trabajos, etc., que le permiten otorgar la calificación definitiva adecuada.

Hay una frase latina cuyo significado puede caracterizarlo y que se encuentra en las páginas iniciales de uno de sus libros, señala: "*Si quieres saber, lee; si quieres saber más, escribe; pero si quieres ser sabio, enseña*".

Un refrán muy conocido dice: "*El león no es como lo pintan*". En el caso que nos ocupa, nuestro homenajeado rebasa el concepto tradicional del profesor, pues sus actitudes humanas para con sus estudiantes, lo convierten en algo así como un padre académico.

Su honradez a toda prueba, se manifiesta aun en el registro de las calificaciones escolares. Un exalumno me ha comentado que terminado el curso y habiendo ya recibido su calificación aprobatoria, se gastó el importe de una quincena de su salario como pasante para hacerle un buen obsequio a su maestro. Este lo rechazó y le afirmó que ya estaba muy bien pagado por la Universidad por su actividad docente. Actualmente, aquel discípulo es un destacado catedrático de nuestra Facultad y un brillante funcionario público.

En el mismo orden de ideas, la rectitud también se manifestó, según señalan distintos alumnos, cuando en alguna ocasión un distinguido profesor y exfuncionario público de altísimo nivel,

acudió al inicio del curso a saludarle, obsequiarle diversos ejemplares de sus obras con sendas dedicatorias escritas por su propia mano y para "recomendarle" a su hijo, alumno de dicho curso. Al final de éste y debido a la falta de estudio del vástago de aquel distinguido visitante, la calificación merecida fue reprobatoria. El profesor lamentó no haber logrado incentivar al muchacho para estudiar, y devolvió al progenitor los libros obsequiados.

Por lo que toca, a las alumnas en particular, éstas destacan el trato caballeroso, afectuoso y lleno de respeto que recuerda la actitud de un moderno Quijote dispuesto siempre a proteger a las doncellas, ayudarlas y guiarlas. Al final de cada curso lleva a cabo una sesión expofeso exclusivamente con ellas, donde les da valiosos consejos que bien podrían provenir de un padre.

Siempre ha procurado que sus alumnos se conviertan en verdaderos abogados. En litigantes independientes. Nos invita a convertirnos en redentores de las causas nobles, aunque corramos el riesgo de ser crucificados. Pretende que cada uno de nosotros volemos con nuestras propias alas, que nuestra conciencia no pueda cambiarse o venderse por un puñado de monedas.

Su exhortación a independizarnos, a establecer nuestros propios despachos, la acompaña con palabras de aliento, según las cuales después de unos cuantos años de inexperiencia y estrechez, el ejercicio liberal de la abogacía: correspondería noblemente nuestros esfuerzos proporcionándonos lo necesario para subsistir con decoro.

Sin duda alguna, en su mente está presente aquel 17 de abril de 1929, en que ingresó en el despacho de Cansino y Riva, especializado en las áreas civil, administrativa y fiscal. Ahí se enfrentaría por primera vez a la realidad de la práctica jurídica. Y permanecería hasta el año de 1946.

Posteriormente con su gran amigo Don José de Jesús Ledezma Labastida, establecería un despacho en sociedad. En éste continuaría hasta el nacimiento de la primera hija de Don José de Jesús, Carlota Ledezma Uribe.

Actualmente y desde hace 22 años, tiene su propio despacho jurídico en su misma casa.

No hay que olvidar que en el Derecho siempre deben conjugarse la práctica y la teoría, a fin de realizar en el mundo fáctico, los valores más caros a la humanidad. En otras palabras, para establecer en este mundo el imperio de la razón y la justicia.

Lo anterior, se refleja en los diversos libros que ha escrito. Los cuales son piezas fundamentales para el conocimiento de las materias a que se refieren. Destacan: **Cosas y Sucesiones. Derecho de Familia y Derecho Agrario. El Campo, base de la Patria.**

Entre sus monografías, tiene un lugar especial la denominada "*El reflejo del Derecho Civil Sobre el Derecho Agrario*", contribución importante al libro **Estudios Jurídicos en Homenaje a Manuel Borja Soriano.**

El libro de **Cosas y Sucesiones**, constituyó su primera publicación realizada en 1957. La misma consistió originalmente en la recopilación de sus notas o apuntes para la asignatura correspondiente. Contó con el apoyo de su maestro de Obligaciones y Contratos, el profesor Borja Soriano, quien lo presentó con los editores.

De él, puede decirse que ha vivido en la realidad lo que nos ha señalado en sus cátedras. Así sus enseñanzas sobre Derecho de Familia no son sino el reflejo de haber sido creado en una familia ejemplar y haber integrado otra familia no menos valiosa. Su veneración hacia la mujer y hacia la institución del matrimonio, es la manifestación de su proverbial comportamiento como buen esposo y padre ejemplar. Sus lecciones sobre la filiación y sus efectos constituyen la expresión de su amor hacia sus cinco hijos, sus diez nietos y dos bisnietos. Entre ellos se encuentran dos hijos abogados y dos nietos estudiantes de Derecho.

Tal maestro produce alumnos como aquellas señoritas que realizaron el prólogo y la introducción del texto sobre Derecho de Familia. Así, Clara Eugenia González y Patricia Villalobos Schmidt señalaron: "*Desde el origen del hombre, la familia ha sido considerada el núcleo principal de la sociedad y por ende, es necesario que su organización sea cada vez mejor dirigida... La estructura familiar debe estar cimentada sólidamente... La sociedad elevará su nivel moral cuando los hombres y mujeres reconoz-*

*can la obligación y la satisfacción de permanecer unidos por el vínculo matrimonial durante toda la vida".*

Finalmente, podemos mencionar que Ma. Magdalena Quijano señaló, que la familia es: *"Institución creada por el amor y protegida por el matrimonio, mismo que queda regulado por la sociedad y el Derecho, a través del matrimonio civil y por la religión, por medio de la unión eclesiástica"*. Esta joven dama estuvo al frente del grupo de alumnas expedicionarias agraristas del año de 1974.

Su amor a los campesinos, cristalizado en su libro de Derecho Agrario, no se ha concretado a frases solemnes y hermosas. Todos conocemos y recordamos con asombro, como en una ocasión, precisamente en el año de 1974 con un grupo de jóvenes mujeres estudiosas del Derecho, convivió y ayudó personalmente a los habitantes del nuevo centro de población "Nueva Ley Federal de Reforma Agraria", ubicado en el Municipio de Champotón en la selva de Campeche. Sobre dicha comunidad heroica, el C. Augusto Gómez Villanueva dijo, el 6 de enero de 1975 en la H. Veracruz, que se trató de una colonización: "No debidamente planeada y coordinada", misma que produjo la muerte entre otros, del ejidatario José Ramírez Sánchez, quien se empeñó en conquistar esa parte del sureste mexicano.

Dicha experiencia permitió expresar a las jóvenes expedicionarias, que es importante el estudio del Derecho Agrario, porque nuestros campesinos: "que forman gran parte de la población del país, vegetan materialmente en pésimas condiciones, totalmente ignoradas por nosotros los universitarios". Agregaban que es doloroso que muchos hermanos se encuentren desamparados, que las enfermedades se ensañen con ellos sin tener siquiera los auxilios médicos indispensables, que muchos campesinos ganando miserables salarios inferiores al salario mínimo tengan que sostener de 4 a 12 hijos, particularmente es penoso que los niños carezcan de una adecuada alimentación y no puedan asimilar lo que, en ocasiones, se pretende enseñarles.

Dichas jóvenes mexicanas concluían que el Derecho Agrario es de suma importancia pero: *"No basta leerlo en los textos, sino en la cruda realidad: que no es materia sólo de asimilación para*

*el cerebro, sino de inmediata actuación del corazón".* (Cfr. Primera edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1975).

Con justicia, dicho poblado ha de llevar orgullosamente en nombres de algunas de sus calles, los nombres de los integrantes de aquel grupo generoso encabezado por Antonio de Ibarrola. Estos universitarios siempre han prestado su ayuda a éstos y a otros hermanos mexicanos. Arriesgaron su seguridad y aun su vida por practicar los valores humanos y cristianos que profesan, para vivir de acuerdo con lo que creen. Por contribuir a mejorar las condiciones de un grupo de compatriotas olvidados de todos, sin esperar recibir algo a cambio. Impulsados por su deseo de hacer el bien.

Aquella expedición recibió el reconocimiento de las personas honestas. Sin embargo, los espíritus mezquinos la criticaron, al no poder concebir que la bondad exista en estos tiempos.

Pese a todo, el maestro Antonio de Ibarrola, siempre ha procurado vivir de acuerdo a lo que predica. Esto lo reconocen tanto amigos como sus críticos. Ha rechazado obstinadamente cualquier oportunidad de traicionar su conciencia. Es un hombre que a la manera de Emiliano Zapata o de Benito Juárez y aun, toda proporción guardada como el divino maestro de la cristiandad, es un ser humano que ha convertido sus ideales en su forma de vida.

En todos los órdenes de su existencia, su manera de enfrentar la vida no ha cambiado. Así en el año de 1975, pese a ser ya un prestigiado maestro por oposición de Derecho Civil, participó en el examen de oposición de Derecho Agrario, en donde obtuvo el triunfo. Cosa que muchos catedráticos llenos de soberbia, aun con experiencia, no se atreven a participar en tales eventos por inseguridad.

En otro ámbito, su deseo de transformar las cosas, lo ha llevado a la actuación política. Por afinidad en sus concepciones ideológicas ha actuado siempre en la oposición. Vio nacer al Partido Acción Nacional, fundado en 1939 por Manuel Gómez Morín, quien siempre lo distinguió con su amistad. Los que conocemos y estimamos al maestro Ibarrola, independientemente de nuestra filiación política le admiramos su militancia partidista.



Su quehacer político, también influyó grandemente en su actividad académica. El Lic. José González Torres, entonces director del citado partido, le pidió que estudiara con mucho cuidado el Derecho Agrario. Su investigación cristalizó en un libro sobre dicha asignatura.

En relación a su vida privada, sólo puede decirse que ha sido siempre ejemplar, sin vicios, sana, con obstinación por la honradez y la justicia.

Sobre él se ha empezado a formar una especie de leyenda, no exenta sin embargo de imprecisiones.

Quién no ha escuchado la versión de que el maestro acude a sus clases en la Universidad, manejando su propia bicicleta. Esto constituye una exageración. Únicamente en una ocasión recorrió el camino que existe entre su domicilio localizado en la colonia Condesa y la Ciudad Universitaria. Pero es cierto que es un hombre deportista, que utiliza frecuentemente la bicicleta como medio de transporte.

Sobre su extrema religiosidad, también se han dicho muchas cosas. Algunos malos estudiantes han pretendido excusarse por sus malas calificaciones argumentando no coincidir con las ideas religiosas del maestro. Pero éste siempre ha recalcado que quien aprueba el curso no es aquel que piensa como el profesor, sino el que sabe de Derecho. Prueba de ello es que "Piadosos y Cristianísimos" asistentes a la peregrinación anual a la Basílica de Guadalupe, no han logrado que su "gran fe religiosa" les haga el milagro de aprender Derecho sin estudiarlo, por lo que han reprobado en consecuencia.

Debe resaltarse que varios de los alumnos reprobados, más bien la gran mayoría, guardan un grato recuerdo de su maestro. En general sus discípulos, sin importar el grado de éxito en la vida o sus ideas religiosas o políticas, sienten una gran admiración respeto y cariño por quien es todo un hombre y un maestro cabal: Don Antonio de Ibarrola Aznar.

Finalmente, sobre él puede decirse, que reconoce la contribución que sus alumnos han hecho a su formación y superación personal. La humildad de Don Antonio se observa en el agradeci-

miento que en forma expresa se lee en las primeras hojas de su libro **Cosas y Sucesiones**. Donde se encuentran los nombres de sus más destacados alumnos a partir del año de 1949. La mayoría de ellos son profesionales del Derecho destacados en la cátedra; la administración pública, la judicatura, la política y en general en todos los aspectos en que se desarrolla la actividad del jurista.

La misma emoción que llevó a los alumnos Julio Baca Porras y Carlos Moguel, en el año de 1956, a expresar con sinceras palabras su gratitud a su maestro, me ha llevado a mí a escribir estas líneas que sólo pretenden resaltar los méritos de un gran jurista que es a la vez un gran maestro y un hombre íntegro. Seguramente en un futuro inmediato será reconocido con la calidad muy merecida de "Profesor Emérito" de nuestra Universidad y se le impondrá a una de nuestras aulas, el nombre glorioso del héroe civil: Maestro Don Antonio de Ibarrola Aznar.

# **HACIA UNA MEJOR NORMATIVIDAD JURIDICA DEL CONCUBINATO EN EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL**

**LIC. FERNANDO BARRERA ZAMORATEGUI**

**PROFESOR TITULAR POR OPOSICION DE DERECHO CIVIL  
EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO**

Desde la aparición del matrimonio como forma idónea de carácter legal, moral e inclusive religiosa de instituir una familia, han existido personas que sin estar casadas se comportan como si lo estuviesen haciendo vida marital y constituyendo una familia permanente. En tal caso nos encontramos ante el concubinato en sentido amplio.

En el Derecho Romano el concubinato se presentaba cuando el hombre y la mujer hacían vida marital sin poder contraer las justas nupcias, principalmente por carecer del privilegio del *con-nubium*. Con la llegada del cristianismo, a la unión concubinaria se le consideró de un rango inferior al matrimonio y contraria a las buenas costumbres, implicando discriminación para la concubina y los hijos de ésta.\*

El Código Civil vigente, calificado como el primer código privado social del mundo, rompió con hipocresías y tabúes al reglamentar por primera vez en nuestro sistema jurídico —aunque tímidamente— al concubinato atribuyéndole inicialmente efectos jurídicos en beneficio de la concubina y de los hijos

---

\* Cfr. MARGADANT, GUILLERMO. *El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*. 8a. ed. Editorial Esfinge. pp. 207 y 208.

y extendiéndolos posteriormente en favor del concubinario en las reformas de los años de 1974 y 1983.

En nuestro sistema jurídico, el concubinato no puede ni debe ser confundido con las uniones pasajeras ni con las uniones ilícitas como las adulterinas o las incestuosas, pues el legislador no ha querido fomentar ni la promiscuidad ni situación antijurídica alguna.

Esto fue un avance significativo y sin embargo, antes y aun ahora, han existido quienes pretenden destruir el texto legal, pregonando una moral discutible que no quisiera reconocer el carácter de familia a las basadas en el concubinato y olvidando que con ello se lesionaría a la concubina y a los hijos principalmente.\* Por otra parte, también se aprecia la tendencia de equiparlo con el matrimonio.\*\*

Como paradoja, el régimen actual pareciera establecer desventajas legales para los unidos en matrimonio que representarían ventajas aparentes del concubinato al no señalarse la aplicabilidad a éste de las disposiciones sobre: presunción mutua, presunciones de ser interpósita persona un cónyuge del otro, la presunción de parcialidad entre los cónyuges, diversas prohibiciones legales que existen respecto de los consortes, no existencia de regímenes patrimoniales de los bienes de los concubinos, aparente no aplicación de las normas sobre incapacidad para heredarse recíprocamente entre cónyuges y aparente no aplicación de las presunciones contrarias a la libertad del testador y de influjo contrario a la verdad e integridad de los testamentos, que —se reitera— sí se aplican respecto de las personas casadas entre sí y no tratándose de los concubinos.

En los umbrales del siglo XXI y en los inicios de un nuevo periodo de gobierno debemos reconocer que nuestro Código Civil vigente desde 1932 pese a sus méritos es, sin embargo, como toda

---

\* Cfr. SANCHEZ MEDAL RAMON. *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México*. 2a. ed. Edit. Porrúa, S.A. pp. 78, 111 a 113 y 121, principalmente.

\*\* ORTIZ URQUIDI RAUL. *Matrimonio por Comportamiento*. Tesis para obtener el Doctorado en Derecho. Publicación del Gobierno del Estado de Tamaulipas. México, 1995.

obra humana perfectible.\* Las disposiciones sobre esta materia están dispersas y urge establecer una mejor normatividad.

Considerando lo anterior y sobre todo porque el concubinato es, en cuanto a su naturaleza legal y sociológica, un hecho jurídico voluntario de carácter lícito cuya realidad ha rebasado a sus detractores, se presentan las siguientes:

### **PROPUESTAS:**

- I. Crear en el Código Civil un CAPITULO o TITULO especial que contenga la normatividad sobre el concubinato, a fin de terminar con su actual dispersión.**

Al margen, señalaremos que igual debiese hacerse respecto a otras figuras jurídicas relacionadas directamente con la familia como la reglamentación del nombre de las personas físicas, ahora insuficiente y dispersa. Sin duda, otras propuestas en este foro se refieren a dichos tópicos que exceden los objetivos de este estudio;

- II. Establecer con claridad que el concubinato únicamente existe cuando un solo hombre y una sola mujer solteros, sin impedimentos graves para casarse, hacen vida marital en forma permanente y constante por el término establecido por la ley, que puede ser menor si tienen un hijo. Asimismo, el concubinato debe ser único, pues si una persona tiene dos o más uniones simultáneas aunque reúnan los demás requisitos legales ninguna de ellas será considerada como concubinato;**
- III. Señalar como nuevo PLAZO LEGAL para que se tenga como existente el concubinato el de UN AÑO cuando no haya hijos y siempre que se llenen los demás requisitos señalados por la ley, pues los cinco años actuales constituyen un plazo excesivo. Esto facilitará el cumplimiento de los efectos jurídicos inherentes a la unión concubinaria**

y permitirá acabar la irresponsabilidad de algunos concubinarios;

- IV. Determinar expresamente que una vez establecida la filiación, los derechos y obligaciones existentes entre los hijos y sus progenitores serán los mismos con independencia del estado civil que guarden los padres;
- V. Establecer que en el concubinato: el derecho a planificar la familia de manera libre, responsable e informada, se ejercerá de común acuerdo por los concubinos, de manera similar a lo señalado para los cónyuges por el párrafo 2o. del artículo 162 del Código Civil y en concordancia con el artículo cuarto constitucional;
- VI. Precisar que ambos concubinos están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar, y a la educación de los hijos, cuando ambos pudiesen hacerlo, en términos similares a los señalados para los cónyuges (Arts. 162, 164 y 165). Sin embargo, la autoridad y consideraciones para los concubinos serán iguales dentro del hogar y respecto de los hijos, independientemente de sus aportaciones económicas;
- VII. Instaurar expresamente la presunción legal de que la concubina y los hijos menores de los concubinos que reclamen alimentos los necesitan y a quien quiera destruir dicha presunción le corresponde la carga de la prueba;
- VIII. Aclarar expresamente que la ausencia temporal del hogar por parte del concubino que sea a la vez deudor alimentario **NO LO LIBERA** de su obligación de pagar alimentos y que es personalmente responsable de las deudas que sus acreedores alimentarios hayan contraído para sobrevivir siempre que no constituyan gastos de lujo.

Tales disposiciones existen para el matrimonio en el artículo 322 del Código Civil y debiesen entenderse obligatorias para los concubinos conforme al artículo 302 *in*

*fine.* Empero nuestra propuesta es necesaria para evitar, como se han dado en el pasado, las interpretaciones erróneas;

**IX.** Para efectos de la presunción de paternidad del concubinario respecto de los hijos que dé a luz la concubina prevista en el artículo 383 y respecto al deber de alimentos, introducir la **PRESUNCION LEGAL** de la **SUBSISTENCIA DE LA UNION CONCUBINARIA** y que a quien quiera destruir dicha presunción le corresponderá la carga de la prueba;

**X.** Establecer expresamente tanto en el Código Civil como en los diversos ordenamientos legales que las diversas prohibiciones respecto de actos a celebrarse con la intervención de ambos consortes, las prohibiciones para adquirir en propiedad o en arrendamiento bienes administrados o de cuya venta estuviese encargado alguno de los cónyuges, las presunciones de ser interpósita persona y las presunciones de parcialidad, que la ley establece respecto de los cónyuges **SON APLICABLES A LOS CONCUBINOS.**

Con esto se evitará que concubinos deshonestos pretendan aprovecharse de la falta de regulación expresa sobre estos puntos, normatividad que sí existe para los consortes. Además, así se terminarán tales aparentes y discutibles ventajas del concubinato sobre el matrimonio;

**XI.** Determinar expresamente que las disposiciones legales de naturaleza similar a las anteriores establecidas para los parientes por afinidad, son aplicables respecto del concubino y los parientes consanguíneos del otro concubino, como si entre ellos existiera el parentesco por afinidad;

**XII.** Hacer aplicable para los concubinos la presunción muciana para el caso de quiebra de uno de ellos;

**XIII.** Extender expresamente a los partícipes de la unión concubinaria: las incapacidades para heredar y para heredarse recíprocamente y las presunciones de influencia

contraria a la libertad del testador, y de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento actualmente aplicables a los cónyuges conforme a los artículos 1313, fracción II y III; 1316, fracciones I a V; 1317 a 1320; 1323; 1324 y 1326;

**XIV.** Introducir la tutela legítima entre concubinos con reglas similares a las que rigen tratándose de los consortes, pues existen similares razones para que, tanto en el concubinato como en el matrimonio, se le dé el mismo tratamiento a esta institución de representación legal protectora de las personas y de los bienes de los incapaces de ejercicio que son mayores de edad o emancipados. En consecuencia, debe modificarse el artículo 486 de nuestro ordenamiento civil sustantivo.

**XV.** Establecer reglas específicas para la donación entre concubinos similares a las que rigen las donaciones entre consortes, actualmente previstas por los artículos 232 al 234 del Código Civil, a fin de evitar que alguno de los concubinos obtenga un lucro indebido aprovechándose del afecto de su pareja, en perjuicio de ésta y de la familia;

**XVI.** Regular especialmente la situación jurídica de los bienes durante la unión concubinaria a fin de evitar un enriquecimiento ilegítimo de uno de ellos en detrimento del otro. Así, establecer, entre otros, que la prescripción no correrá durante la unión concubinaria, para lo cual deberá modificarse en lo conducente la fracción II del artículo 1167 del Código Civil;

**XVII.** Crear normas que eviten los daños a terceros que pudieren derivarse de la apariencia de un patrimonio común entre los concubinos;

**XVIII.** En atención a la fácil disolución del concubinato y su inestabilidad no debe facilitarse la adopción ni la constitución del patrimonio de familia a los concubinos.

Esto alentará a la pareja a celebrar el matrimonio cuando quieran beneficiarse con las instituciones de la adopción y del patrimonio de la familia.



Por otra parte, consideramos conveniente reformar integralmente el patrimonio de familia, permitiendo que cualquier inmueble destinado a casa habitación pueda ser afectado al mencionado patrimonio de familia con independencia de su valor pecuniario. Asimismo, permitir que los bienes muebles, incluidas cantidades de dinero, sean considerados parte del patrimonio de la familia. (Título Duodécimo del Libro Primero, artículos 723 al 746).

Además, en materia de adopción es conveniente que nuestro Código Civil regule la denominada "adopción plena" en coexistencia o sustitución de la actual llamada "simple", artículos 390 a 410 (Libro I, Título VII, Capítulo V).

## COMENTARIO FINAL

En esta nueva etapa de la historia de México, en que todos los mexicanos nos esforzamos por salir de la crisis económica, social y moral que padecemos, la norma jurídica debe establecer las mejores vías para salir adelante en un ambiente de paz y de justicia social.

El derecho no puede admitir la existencia de familias de primera y de segunda. La familia y sus integrantes deben ser protegidos por ser la base de la sociedad. Una familia sana proporciona ciudadanos sanos y honestos.

El concubinato es, en nuestro medio, una forma frecuente de constituir la familia. Por ello, la normatividad que rige a la unión concubinaria debe mejorarse y ordenarse.

Esta es nuestra oportunidad para mejorar el marco legal de la familia. No la desaprovechemos, pues las generaciones futuras nos lo reprocharían con razón.

# **MATERNIDAD, PATERNIDAD Y GENETICA**

## **(Un problema de libertad)**

LIC. JOSE BARROSO FIGUEROA

PROFESOR TITULAR POR OPOSICION DE DERECHO CIVIL Y DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DICHA ASIGNATURA EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

El Derecho de Familia Mexicano se caracteriza por su dinamismo. Es, sin duda, una de las parcelas del conocimiento jurídico en general y del Derecho Civil en particular, sujeta a una evolución más intensa. Sin embargo, lo referente a la regulación de la relación paterno filial y su establecimiento, adolece de un estancamiento decimonónico que ha ignorado olímpicamente el avance de la genética y la fisiología, para aferrarse a los antiguos aforismos y presunciones derivadas del Derecho Romano.

Si bien tales aforismos y presunciones tenían plena justificación hace más de dos mil años, cuando aún se desconocían los mecanismos biológicos de la reproducción humana, hoy día resultan aberrantemente anacrónicos y deben ser suplidos o completados por disposiciones legales acordes con la información que nos proporciona la investigación científica.

Dos aforismos de linaje romano han campeado con gran fortuna en la materia que nos ocupa: *mater semper certa est* (la madre es siempre cierta, conocida) y *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (literalmente, "padre es quien las nupcias demuestran",\* o más libremente, el padre es el marido de la madre). Los hechos biológicos y las presunciones correlativas en

---

\* MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Primera. Volumen III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. p. 322.

que se apoyan ambos principios, permanecen como muestra eficiente de apreciaciones basadas en la inteligencia y la lógica. Pero han cumplido ya su función histórica y encontrado límites que no alcanzaron a superar, por lo que requieren de reemplazo o complemento.

Y es que hoy día, ni la madre es siempre cierta ni el marido debe ser considerado necesariamente como el padre, desde el punto de vista legal.

¿Por qué el prestigio y la perdurabilidad de los dos aforismos citados? Porque en el orden natural de las cosas, son inobjetables.

En efecto, tal como observamos el acontecer normal, la madre es siempre cierta. Cómo no habría de serlo, si están ahí, para disipar toda duda, primeramente la concepción, que se hace evidente con la interrupción del ciclo menstrual; en seguida la gestación, que se prolonga en promedio por nueve meses y, finalmente, el alumbramiento, que inicia la vida independiente del hijo. La mujer no tiene, no puede tener (en principio) dudas, ni biológicas ni legales, acerca de su maternidad.

Para el varón, la naturaleza no ha provisto hechos simétricos a los anteriores, que le muestren con tanta fuerza de convicción, que él, en efecto, es el progenitor. Moralmente, la certidumbre de su paternidad es tan amplia como la confianza que tiene depositada en la coprogenitora.

El hijo de la mujer casada que da a luz en tiempo hábil (después de 180 días de celebrado el matrimonio. Art. 324, fracc. I, del CC.) disfruta ampliamente de la presunción "*pater is est...*";

---

\* En las sociedades primitivas, donde el padre es el monarca doméstico, le corresponde decidir entre los hijos de su mujer, a quiénes recibe como suyos y a cuáles rechaza. Entre los romanos, el pater familias detentaba el *ius vitae necisque* (derecho de vida y muerte sobre el recién nacido), que aunque no era irrestricto, de hecho le permitía elegir a quiénes acepta por descendientes. Según Faustino Gutiérrez Alvis y Armario, el *ius vitae necisque* correspondía "al pater-familias sobre todas las personas sometidas a su potestad desde el derecho de las XII Tablas, pudiendo ejercitarlo libremente tras de oír el parecer del *concilium propinquorum*. Se cita como derecho vigente en la época de Constantino, si bien desapareció con respecto a la mujer casada y sus descendientes, y se requería un motivo o causa legítimo para sacrificar a un esclavo durante el imperio: fue abolido por Valentiniano I". (*Diccionario de Derecho Romano*. Reus. Madrid, 1976. pp. 342-43).

es decir, tiene como padre cierto al marido de su madre, que muy difícilmente destruirá esa presunción.\*

La presunción anotada se basa en razones del todo atendibles. En efecto, si la mujer casada tiene el deber de relación sexual con su cónyuge y, además, el de que tal relación sea exclusiva; si llegara a concebir, la deducción lógica no puede ser otra que la de que el engendrador, es el marido. Claro que como presupuesto indispensable para arribar a esta conclusión, debe asumirse que la mujer ha cumplido invariablemente con su obligación de fidelidad; pero, en principio, nada nos autoriza a suponer que ha ocurrido de otra manera.\*\*

El aforismo "*mater semper...*" y la presunción "*pater is est...*", funcionan eficazmente cuando los acontecimientos se desarrollan de modo normal. La mujer alumbrada y el infante parido es, sin duda, su hijo; el marido de la mujer fiel está cierto en cuanto a su paternidad.

Pero la importancia del Derecho se revela en situaciones de conflicto, no en las rutinarias. La norma dice, por ejemplo, que el deudor debe pagar al acreedor. Si el deudor paga, lo postulado por la norma se satisface. ¿Tuvo alguna importancia práctica la existencia de tal norma? La disposición legal es relevante cuando, precisamente, no se cumple; cuando el deudor no paga. Hay entonces sí, una cuestión que resolver.

Si arrimamos este razonamiento al tema que ahora nos ocupa, tendríamos que, por una parte, el principio "*mater semper...*" merma su eficacia cuando lo confrontamos con situaciones anómalas, como acontece cuando el hijo no es alumbrado tras un proceso biológico normal o bien cuando resulta dudosa la identidad del producto; y, por otra, que la presunción "*pater is est...*" disminuye su credibilidad, si está contradicha por hechos que crean incertidumbre acerca de la paternidad del marido o de plano la hacen imposible.

---

\* Los hermanos Mazeaud consideran esta presunción como "irrefragable" y expresan su deseo de que tal presunción (que consigna el artículo 132 del Código Civil francés) devenga en simple, es decir, destruible mediante prueba científica (op. cit. p. 325).

\*\* No acontece de igual forma que el hijo extramatrimonial, cuya madre no tiene obligación de relación sexual con nadie en particular y, menos aun, de que tal relación sea exclusiva. Entonces, ¿con qué base se haría la imputación legal de paternidad a determinado individuo?

¿Hacia dónde nos conducen los planteamientos anteriores? Con el adelanto científico y el avance jurídico que ahora poseemos, a la idea de que en las situaciones anómalas o de conflicto debemos desechar las presunciones tradicionales y partir de estos tres nuevos principios:

- La madre no siempre es biológica y jurídicamente cierta.
- El marido, haya cohabitado o no con la madre, no es, necesariamente, el padre del hijo concebido por su esposa.
- El padre del hijo extramatrimonial, jurídica y biológicamente es siempre susceptible de resultar cierto (ya sea que reconozca al hijo o le imponga la paternidad una sentencia).

Reiteremos que estos tres principios son para ser aplicados en condiciones anómalas o de conflicto. Para las situaciones normales, bien pueden seguir funcionando los postulados tradicionales.

La problemática que en torno al establecimiento de la filiación afronta actualmente el Derecho y que hace necesaria una revisión a fondo de la normatividad relativa, es propiciada, sobre todo, por el gran adelanto científico en las técnicas para lograr la reproducción humana fuera del proceso natural y, también, por el conocimiento cada vez más profundo sobre cómo opera la herencia.

Desde hace ya algunos años, figuran dentro de lo factible y no son mera ciencia-ficción, fenómenos como la fecundación artificial *in vivo*,\* la fecundación artificial *in vitro*,\*\* el arrendamien-

---

\* Es un método distinto al natural, para introducir el espermatozoides en el interior de los órganos genitales femeninos (Cfr. MIGUEL ANGEL SOTO LAMADRID. *Biogenética, filiación y delito*. Astrea. Buenos Aires, 1990, p. 19.

\*\* Da lugar a los llamados bebés de probeta. Consiste en la fecundación extracorpórea del óvulo. Este proceso ocurre naturalmente en las trompas de falopio, pero en el caso que nos ocupa, acontece en el laboratorio (Cfr. MIGUEL ANGEL SOTO LAMADRID. *Op. cit.* p. 33).

HOMENAJE AL MAESTRO DON ANTONIO IBARROLA AZNAR 27

to de vientre\* o maternidad subrogada,\*\* la congelación de esperma para su posterior uso (incluso tras el fallecimiento de aquel a quien perteneció dicho esperma),\*\*\* la congelación de embriones,\*\*\*\* la histotipificación,+ el registro genético de espermatozoides,++ el establecimiento cierto de compatibilidad o incompatibilidad inmunogenética entre un individuo y su presunto hijo,+++ la reproducción clónica,++++ etc.

- 
- \* Si una mujer no puede o no quiere (vg. para evitarse las molestias del embarazo) gestar al hijo, es posible que su óvulo fecundado se implante en el útero de otra, quien tras la evolución natural lo parirá. Desde luego no se trata de un "arrendamiento" de vientre, ya que jurídicamente un vientre y la persona física de la cual éste forma parte, no están en el comercio (Art. 1825 del Código Civil), no son cosas. Creemos que a este fenómeno se le podría dar el tratamiento propio de un contrato de prestación de servicios por obra determinada.
- \*\* Generalmente "*arrendamiento de vientre y maternidad subrogada*", se consideran sinónimos. Proponemos una diferencia: la *maternidad "subrogada"* debería reservarse para el caso de que la mujer asistente, prestara no sólo el vientre para la gestación, sino también el óvulo a ser fecundado con semen del marido de la mujer asistida (o de un tercero, que ésta proporcionara). Aquí no se trataría tan sólo de una posible prestación de servicios, sino además de la venta o donación del óvulo, surgiendo el problema contemporáneo de determinar si tal óvulo debe considerarse como parte corporal de la mujer asistente o bien como un nuevo ser en su etapa inicial. Por otra parte, para nuestro Derecho y a la luz de lo dispuesto en el artículo 2058 del CC., no puede admitirse para aludir al fenómeno jurídico de que se trata, el término subrogación, que no es sino la substitución del acreedor por otra persona, operada por disposición de la ley o por convenio, en virtud de que esta última paga por el deudor; empero, continuamos usando la expresión "*maternidad subrogada*", porque su acuñación data ya de algún tiempo y se ha hecho de uso general.
- \*\*\* En diversas partes del mundo existen lugares en los que se mantiene congelado el esperma humano para su empleo posterior. Parece que esta práctica ya existía en los Estados Unidos por la década de los 40's. En Francia se crearon a partir de 1973, centros de estudio y conservación del esperma humano (CECOS), que actualmente suman ya dos docenas; en ellos se utiliza exclusivamente esperma congelado (los CECOS, por cierto, fueron demandados por la viuda Corinne Parpalaix —el famoso caso Parpalaix— quien reclamó la devolución del semen de su marido fallecido en 1983. Un año después, el tribunal del conocimiento resolvió favorablemente a su pretensión).
- \*\*\*\* Al igual que el esperma, también los embriones pueden ser congelados (crioalmacenamiento). En apariencia, la congelación no altera el material genético del embrión (del griego *embryon* = feto; de *bryon* = yo broto). Alude al organismo en desarrollo desde el momento de la fecundación del óvulo hasta que posee vida propia. En la especie humana, el nuevo ser hasta el tercer mes de su concepción. (Cfr. *Diccionario Anaya de la Lengua*. Grupo Anaya, S.A. Madrid, 1991. p. 372).
- + O identificación genética de los tejidos humanos.
- ++ Que ya se practica también en diferentes partes del mundo. Su finalidad es la de controlar la identidad de cada partida de espermatozoides para el momento de su utilización (Cfr. LUIS VERRUNO Y EMILIO J. C. HAAS. *Manual para la Investigación de la Filiación*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1985. p. 10).
- +++ Constituye el tema fundamental del presente trabajo, por lo que abundaremos

Esto es ahora, pero causa escalofrío otear hacia el futuro. El desarrollo de la ingeniería genética hace posible en el porvenir casi inmediato, una manipulación del material hereditario que puede conducir a la aberración.\* Toca al Derecho generar la normatividad para que la evolución científica, se mantenga en el cause adecuado: el de la libertad y el respeto a la dignidad humana.\*\*

No quisiéramos concluir esta parte introductoria, sin dejar sentadas las siguientes aseveraciones:

---

ampliamente sobre él más adelante.

++++ Se denomina clonaje al "conjunto de técnicas genéticas usado para obtener copias exactas de un individuo. Se produce por la implantación de un núcleo de una de las células del individuo en un óvulo, al que hemos desprovisto previamente de su propio núcleo" (Diccionario Anaya de la Lengua. 8. *Glosario de Términos Científicos y Técnicos*. p. 1059).

\* En 1931 Aldous Huxley escribió *Un Mundo Feliz*, obra en la cual describía un mundo excesivamente ordenado, habitado por "una sociedad completamente organizada, el sistema científico de castas, la abolición del libre albedrío por el acondicionamiento metódico, la servidumbre hecha aceptable por dosis regulares de bienestar químicamente inducido y las ortodoxias incluidas en cursos nocturnos de enseñanza durante el sueño" (Aldous Huxley. Nueva visita a un mundo feliz. Origen planeta. México. 1985. Pág. 11). Ese mundo estaba ubicado allá en el futuro de algún día, era amenazador y probable pero distante, discurría en el lejano siglo VII d.F. (después de Ford). Cuando veintisiete años después Huxley redactaba *nueva visita a un mundo feliz*, formuló esta reflexión: "La pesadilla de la organización total, que yo situaba en el siglo VII después de Ford, ha surgido del inocuo y remoto futuro y nos está esperando ahí mismo, a la vuelta de la esquina" (op. cit. p. 12), y en seguida, tras de prometer que más adelante se ocuparía de las técnicas de manipulación, añadía: "Por el momento fijemos nuestra atención en estas fuerzas impersonales que están haciendo al mundo tan extremadamente inseguro para la democracia, tan verdaderamente inhóspito para la libertad individual. ¿Qué son estas fuerzas? y ¿por qué la pesadilla proyectada por mí en el siglo VII d.F. ha avanzado tan rápidamente en nuestra dirección? La contestación a estas preguntas debe comenzar donde tiene sus comienzos la vida de hasta la más civilizada de las sociedades: en el campo de la biología" (op. cit. p. 16).

\*\* Surge la posibilidad real, de que el hombre pueda jugar a que es Dios; de que aprovechando el conocimiento genético pretenda la creación de una especie humana constituida por seres "superiores" perfectos. Algo parecido a lo que alguna vez concibió Adolfo Hitler, según el conmovedor relato de Hermann Rauschning (*Hitler me dijo...*, Publicaciones Cruz O., S.A. México, 1988. pp. 39 y sigs). En el futuro se podrán cambiar algunas de las características genéticas y hacer que permanezcan otras; quizá dar vida a un ser con la inteligencia de Einstein, pero de aspecto apolíneo. ¿Será deseable esto? ¿No acabaremos creando un aterrador Frankenstein?

— *Para el futuro, será preciso crear normas que NO tengan como base para establecer la relación materno-filial, el parentesco biológico, sino otros factores que deban ser tomados en cuenta para alcanzar determinados fines, que interesen y convengan al Derecho y a una buena política familiar.*

— *En cuanto a la relación paterno-filial, para su exclusión o para establecer que existe (dos caras de una misma moneda), debe ser regulada de tal forma, que los resultados se funden no en presunciones sino en la prueba genética, o bien, en su caso, en la voluntad del presunto progenitor.*

### **CERTIDUMBRE DE LA MATERNIDAD Y ESTABLECIMIENTO DE ESTA**

No nos ocuparemos aquí del caso en que se ha perdido la referencia física entre el hijo y la madre (como cuando un recién nacido es secuestrado por alguien o abandonado por la presunta progenitora, y se hace necesario probar que el infante encontrado es, ciertamente, aquel pequeño). En estos casos el tratamiento que debe aplicarse, *mutatis mutandis*, es análogo al que corresponde emplear cuando lo que se investiga es la paternidad.

Ahora lo que nos interesa revisar es el supuesto en el cual el "hijo" (así, entre comillas) nace fuera del proceso biológico natural. Propongamos un ejemplo para clarificar esta idea:

*Una mujer (ya sea casada o soltera), desea ardientemente procrear un hijo, pero deficiencias orgánicas se lo impiden. Así que obtiene de alguna otra un óvulo (a título gratuito u oneroso) y consigue que sea fecundado in vitro (con semen de su cónyuge, si es casada, o si no lo es, de un extraño); después, el óvulo es implantado en una tercera mujer, que gesta y alumbró a una hermosa criatura. ¿Quién de las tres intervinientes en esta hipótesis, es la madre?\**



Cada una de las tres mujeres tiene razones para considerarse la madre. La que proporcionó el óvulo, porque el material genético aportado al hijo procede de ella; biológicamente es la progenitora. La mujer que convino con las otras dos (con una, el que prestara el óvulo; con la otra, que lo gestara), es la madre que yo llamaría jurídico-convencional; su derecho se funda en el *principio pacta sunt servanda*.

La tercera mujer, es también madre jurídicamente, pero de acuerdo a los fundamentos tradicionales; posee una maternidad legal, ya que en nuestro Derecho lo determinante es el alumbramiento, pues el artículo 360 del Código Civil dispone en su parte inicial: "la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, **del solo hecho del nacimiento**".

Desde el ángulo estrictamente jurídico, las tres mujeres contarían, dado el caso, con argumentos atendibles para sostener su maternidad.

La madre **biológica**, porque como ya se advirtió, es la progenitora. Se entiende por progenitor al "ascendiente directo de quien procede una persona".\* Dentro del Código Civil vigente, el parentesco de consanguinidad se determina en función de que una persona descienda de la otra (artículos 293 y 297).\*\* Con apego a las reglas del parentesco, la relación materno-filial se da entre la madre biológica y el hijo; ella es la progenitora, la persona de quien desciende el hijo, quien proporcionó la carga genética heredada por éste: "es sangre de su sangre".

---

+++Y podríamos abundar todavía más la problemática de esta compleja y no tan fantasiosa hipótesis, si asumimos que la mujer del supuesto es casada y la fecundación tuvo lugar con semen de un tercero, pero con el consentimiento del marido; y todavía más, podemos suponer que las mujeres donadora y alumbradora son casadas. ¡Qué problemas para el establecimiento del parentesco! El infante podría contar hasta con catorce abuelos (de tres madres y cuatro padres) y legiones de hermanos, tíos, primos, etc.

\* Del lat. *progenitor-oris* de **pro** con idea de continuidad + **genitor** = engendrador, de *genus* = origen, raza. (*Diccionario Anaya de la Lengua*. p. 782).

\*\* "Art. 293. El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor".

"Art. 297. La línea es recta o transversal; la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras".

En cuanto a la madre **jurídico-convencional**, los pactos celebrados con las otras dos mujeres que intervienen en la procreación del hijo, la autorizan para formular su reclamo de maternidad. Existe el obstáculo en nuestro Derecho, relativo a determinar si el óvulo puede estar en el comercio y si el servicio consistente en la gestación, cae dentro de lo legalmente autorizado.

Creemos que no hay óbice legal para que un óvulo sea objeto de comercio. Un óvulo no es, desde luego, una persona, y ya desprendido, ni siquiera parte de ella (es, apenas, una célula viva). Se trata, cuando está unido, de una parte del cuerpo que pudiera considerarse reponible (no quisiera entrar ahora al complejo problema de los actos de comercio sobre partes del cuerpo. Sólo quiero recordar que antes de que el SIDA y, sobre todo, el abuso, hicieran necesaria la prohibición, podía comprarse la sangre, que es un tejido vivo; actualmente puede ser objeto de donación). Aquí, lo más importante sería establecer que la adquisición del óvulo es con un fin lícito,\* como lo requiere el artículo 1795, fracción III, del Código Civil. Personalmente, me parece que la adquisición del óvulo por parte de una mujer que por deficiencias orgánicas no puede procrear y desea de este modo satisfacer su innato anhelo de ser madre, no tiene nada de reprobable, sino todo lo contrario.

Por otro lado, la prestación del servicio consistente en la gestación es desde luego posible y también lícita, ya que, entendemos, no contraría ni al orden público ni a las buenas costumbres. Resulta por lo anterior compatible con lo dispuesto en los artículos 1824, fracción II; 1827, fracciones I y II, y 1830, todos del Código Civil.

Por último, en lo atinente a la **madre legal**, la fundamentación de su pretensión ya quedó señalada antes y consiste, básicamente, en el hecho de que es ella quien da a luz: con ella tiene lugar el nacimiento.

Lo cierto es que, con la normatividad contenida en el Código Civil, únicamente recurriendo a verdaderos artificios podemos obtener soluciones, que serán siempre discutibles. Tal situación

---

\* No lo sería, por ejemplo, si el óvulo se adquiriera para realizar experimentos con él.

puede superarse con facilidad, legislando expresamente sobre la materia de acuerdo a las finalidades que se desea alcanzar y a una sana política familiar. En nuestro concepto, debería tomarse como base en la regulación relativa, la necesidad de satisfacer el anhelo de la madre frustrada por disfunciones orgánicas.

## **LA EXCLUSIÓN DE LA PATERNIDAD O, EN SU CASO, EL ESTABLECIMIENTO DE LA MISMA**

Tradicionalmente los ordenamientos legales han regulado separadamente el desconocimiento de la paternidad y la investigación de la misma. Se justifica este proceder, porque en el primer caso se trata de excluir a un hijo **nacido de matrimonio**, es decir, se refiere al supuesto de un hijo que se imputa legalmente a un individuo determinado (el marido), y que éste no quiere admitir como suyo. En el segundo caso no existe imputación legal de paternidad, pero sí un juicio enderezado a probar que cierto hijo extramatrimonial lo es de determinado padre.

Empero hay una unidad esencial entre ambos casos, porque en los dos el punto central reposa en la determinación **de si existe o no, la procreación de un individuo por otro.**

Pero refirámonos separadamente a cada una de estas dos situaciones.

### **El desconocimiento del hijo**

Desde la época del Derecho Romano, la prueba idónea se basa en la comprobación de que no pudo haber habido relación carnal entre la madre y el presunto padre (o sea el marido), durante la época en que debió ser engendrado el hijo. Es esta orientación la que sigue al Código Civil vigente en el Distrito Federal.

El artículo 324 establece quiénes se presumen hijos de matrimonio. Y, en seguida los artículos 325 y 326 disponen:

**"Art. 325.** *En contra de esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento".*

**"Art. 326.** *El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa".*

De los preceptos transcritos (mucho habría que comentar respecto a ellos) sólo nos interesa ahora, aquéllo de "no se admite otra prueba" (Art. 325) y "no podrá desconocer a los hijos... a no ser que" (Art. 326); esto es, nos importa destacar lo cerrados que son, lo limitantes que resultan para el infortunado supuesto progenitor, que aun conociendo de cierto que los "hijos" que se le atribuyen no son suyos (la esposa incluso podría haber confesado el adulterio),\* está impedido de destruir la presunción porque la ley le restringe, hasta el estrangulamiento, los medios de prueba.

Agravando lo anterior, concurre el breve lapso de sesenta días que concede el artículo 330 sustantivo, para contradecir que el nacido es hijo de matrimonio.

En tiempos como los actuales, en que la prueba genética es absolutamente viable, una disposición del jaez de las dichas, es simplemente inicua. Reflexionaremos nuevamente sobre esta problemática más adelante.

---

\* De acuerdo a la legislación civil vigente en el Distrito Federal, la confesión del adulterio por parte de la madre, incluida la aseveración de que los hijos no son de su marido, es irrelevante a los efectos de la determinación de la filiación de la prole habida de matrimonio, como puede advertirse del artículo 326 del CC. ya transcrito y del 345, que dispone:

**"Art. 345.** No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio".

## La investigación de la paternidad

Establecer la relación paterno-filial entre dos personas, no es tarea fácil. Recordemos, primeramente, el texto del artículo 382 del Código Civil vigente, que parece restringir la investigación de la paternidad a casos concretos, situándose así dentro del sistema francés (aunque esto no es cierto, pues en realidad permite la libre investigación como lo propone el sistema alemán,\* la

---

\* En efecto, el epígrafe del artículo 382, expresa: "La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida:". Literalmente el texto expresa en qué casos, es decir, cuándo se permite la investigación de la paternidad, por lo que, *contrario sensu*, no está permitida en todos los demás. De este modo, la legislación mexicana sí permitiría la investigación de la paternidad, pero no de modo irrestricto.

Ciertamente, todo apunta a suponer que el Código Civil vigente en el Distrito Federal optó por el sistema francés. Así lo explica en una prolija ejecutoria la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación (Amp. D. 2848/56. Ignacio Flores Alvarez. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fallos de 1917-1965. Cuarta Parte. Tercera Sala. pp. 606 y 607): "Filiación Natural. Sistema Mexicano en el Derecho Comparado (investigación de la paternidad): El Derecho Mexicano, en cuanto al sistema de filiación natural se refiere, sigue la tradición francesa, que, como se sabe, es diferente del sistema alemán y del inglés, dado que en este último la filiación natural se establece exclusivamente por el reconocimiento voluntario y nunca por sentencia que declara la paternidad mediante el ejercicio de la acción de investigación; el sistema alemán es un sistema abierto de libre investigación, en que se permiten todas las vías legales para el ejercicio de esa acción, sin limitación alguna; y el francés, aunque autoriza la investigación, lo hace solamente en ciertas hipótesis, limitativamente determinadas, y algunas veces restringiendo los medios de prueba, y que es precisamente el nuestro". Tradicionalmente la doctrina nacional comparte la tesis de que en lo que atañe a la investigación de la paternidad, el Código Civil capitalino la autoriza con restricciones, lo que permite decir que se ubica dentro del sistema francés (Cfr. Benjamín Flores Barroeta. *Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil*. Universidad Iberoamericana. México, D.F., 1965. p. 419; Rafael Rojina Villegas. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo segundo, volumen II. Antigua Librería Robredo. México, D.F., 1962. pp. 412 y sigs; Rafael de Pina. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. Volumen Primero. Ed. Porrúa, S.A. México, 1960. p. 356). Disiente de modo de pensar, el maestro Ignacio Galindo Garfias, para quien la legislación vigente, se "ha separado del sistema francés y se inspiró en el artículo 1717 del Código Civil alemán" (*Derecho Civil. Primer Curso*. Ed. Porrúa, S.A. México. 1979., p. 644).

La desaparecida maestra, de muy grato recuerdo, Sara Montero y el que esto escribe, fuimos alumnos del maestro Galindo Garfias en 1965, durante los cursos de preparación de docentes. Data de entonces nuestra afiliación a esta tesis (Cfr. Sara Montero Duhalt. *Derecho de Familia*. Ed. Porrúa, S.A. México, 1984. p. 313). Por otro lado la exposición de "Motivos del Código Civil", en la parte referente a este tema, dice textualmente: "se ampliaron los casos de la investigación de la paternidad,

redacción del precepto citado puede crear una barrera psicológica que, de alguna manera, limite la actuación en este campo).

¿De qué manera suele proceder quien arrostra las dificultades que entraña el establecimiento de que un cierto hijo lo es de determinado padre, en un juicio de investigación de la paternidad? El litigante, en este caso, enfrenta el problema de dar credibilidad

---

porque los hijos tienen derecho a saber quiénes los trajeron a la vida... etc.". Al decir el Código que se registró una mera ampliación en el número de casos en los cuales procede la investigación de la paternidad (la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, en su artículo 187 declaraba "absolutamente prohibida la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio", salvo las excepciones establecidas en los artículos 197 y 211 del mismo ordenamiento), lo que en realidad está implicando es que no se permite la libre investigación, pues aun **se le restringe a un cierto número de casos**. Durante la revisión del proyecto del Código Civil, en los anexos del informe que la Comisión rindió al Oficial Mayor (encargado del despacho) de la Secretaría de Gobernación (20 de mayo de 1928), en el punto 9o. se reitera la afirmación de que en cuanto a la investigación de la paternidad, **se ampliaron** los casos en que se le autorizaba.

Por nuestra parte creemos que conforme al actual Código Civil la investigación de la paternidad es libre, pues si bien al artículo 382 parece señalar en sus cuatro fracciones **limitativamente** los casos en que exclusivamente está permitida la investigación de la paternidad, lo cierto es que la última de ellas ("IV. Cuando el hijo tenga en su favor un principio de prueba en contra del pretendido padre") abre una posibilidad prácticamente total a la indagación, pues no exige para que se pueda proceder a esta última, prueba por escrito y ni siquiera una prueba propiamente dicha, sino apenas un "**principio**" de prueba. Esto facilita grandemente al hijo el ejercicio de su acción, sobre todo después de la reforma al artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles, conforme al cual "Son admisibles como prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de hechos controvertidos o dudosos". Así pues, prácticamente **todo**, mientras posea la característica dicha, puede ser tenido como prueba.

Por otro lado, resulta obvio que nadie en su sano juicio, en este caso o en algún otro, intentaría una acción cualquiera sin contar con los medios de prueba idóneos para justificar su pretensión.

La única limitante a la libérrima investigación de la paternidad (o, en su caso, de la maternidad) está constituida por el artículo 387 sustantivo: "El hecho de dar alimentos no constituye por sí solo prueba, ni aun presunción, de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas". Está claro que la intención del precepto es la de que si alguien de bondadoso corazón, auxilia a un infante necesitado, esta generosa actitud no se vuelva contra él y le cree el problema de que el socorrido le sea imputado como hijo. No disponer de este modo, desalentaría los propósitos de generosidad.

En síntesis, el legislador (que en tantos artículos del Código Civil muestra su inclinación protectora hacia los hijos) pretendió sumarse a la tesis francesa, pero lo arrolló su característica tendencia ya dicha, por lo que se trascendió a sí mismo y acabó inscribiéndose dentro de la corriente alemana.

a su pretensión, por lo cual debe aportar los elementos dirigidos a crear en el ánimo del juzgador, la certeza absoluta de que el demandado es el procreador.

En ausencia de prueba basada en la pericia genética, el actor debe recurrir a elementos tales como fotografías (que de alguna manera sugieran la relación íntima entre el presunto padre y la progenitora), cartas (quizá algún renglón revele la aceptación que de su paternidad hace el imputado), testimonios de amigos de la pareja supuestamente procreadora, documentos diversos (por ejemplo, copia del recibo de pago extendido por la clínica de maternidad al presunto padre) y otras probanzas más de las que se deduzca la estrecha relación habida durante la época de la concepción del hijo, entre la madre y aquel a quien se pretende es el padre.

La compilación y aporte de estos elementos de prueba es siempre una tarea laboriosa, tardada, molesta para la dignidad y, a menudo, infructuosa.

Recuérdese que la defensa clásica en estos casos, es la comprobación de que la madre solía tener relaciones, más o menos íntimas, con una pluralidad de individuos. De modo que aunque se demuestre que, en efecto, el presunto padre pudo tener acceso carnal con la madre en tiempos de la concepción, al no ser el único, se crea confusión sobre cuál de todos los participantes, es finalmente el engendrador.

Salvo excepción, el resultado de las pruebas aportadas en el juicio no suele ser totalmente convincente.

El día de hoy, todas estas penalidades pueden ser obviadas por la **prueba de compatibilidad inmunogenética** para la investigación de la paternidad/maternidad.

---

\* Lo anterior, no obstante que nuestro Código Civil no incluye una disposición semejante a la del artículo 1717 de su correlativo alemán, que expresa: "Art. 1717. Como padre del hijo ilegítimo, y para efecto de los artículos 1708 a 1716 (relativos a la obligación de proporcionar alimentos) se tiene como padre a quien haya cohabitado con la madre dentro del tiempo de la concepción, a no ser que también otro haya cohabitado con ella dentro de este tiempo... etc."

## HOMENAJE AL MAESTRO DON ANTONIO IBARROLA AZNAR 37

¿Qué se requiere para practicarla? "Una simple extracción de sangre, equivalente a cualquier extracción indicada para los análisis comunes de laboratorio bioquímico, inocua, indolora, no invasora y atraumática, es el único material biológico necesario para llegar a un diagnóstico de asignación de filiación con una certeza aproximada de 100%".\*

Hay que insistir en que la prueba de pericia hematológica es productora de una convicción total. En esto, sobre todo, radica la recomendación de su empleo. Verruno y Haas no lo podrían haber expresado mejor, cuando refiriéndose a la combinación de los índices de probabilidad acumulada, aseveran que "presentan una certeza aún mayor que si el progenitor dejara las huellas digitales grabadas en el niño".\*\*

Veamos en qué consiste esta prueba:

El ser humano posee en cada una de sus células 46 cromosomas, que portan toda la información genética transmitida por sus progenitores. Los 46 cromosomas conforman 23 pares; cada par contiene uno de origen paterno y otro de origen materno, debido a que al ocurrir la fecundación, el espermatozoide y el óvulo son portadores, cada uno, de 23 cromosomas impares, que se organizan en pares en el embrión, para dar lugar al cariotipo (conjunto de los 46 cromosomas de una célula).

De lo precedente resulta una consecuencia muy importante: **todo material genético del hijo en el que no esté representado uno de los padres, necesariamente debe provenir del otro.**\*\*\* Obtenemos así una regla de exclusión de la paternidad con valor absoluto, para el supuesto de que el hijo presente material genético que no pueda proceder del marido o del presunto padre (si el hijo es extramatrimonial) y si, en cambio, aparezca el de la madre: en uno y otro caso, el varón imputado no puede ser el engendrador (*mutatis mutandis*, la prueba es idónea también para la exclusión de la maternidad).

\* VERRUNO LUIS Y EMILIO J.C. HAAS. Op. Cit. p. 13.

\*\* VERRUNO LUIS Y EMILIO J.C. HAAS. Op. Cit. p. 40.

\*\*\* Cfr. LUIS VERRUNO Y EMILIO J.C. HAAS. Op. Cit. p. 14. La exposición de carácter genético que en adelante se formula, está basada en la obra de los dos eminentes tratadistas a que se refiere esta nota.



Las características genéticas se heredan de padres a hijos siguiendo las Leyes de Mendel, su descubridor.\* Los cromosomas contienen en su estructura ácido desoxiribonucleico (ADN); la porción de molécula de ADN que codifica un determinado carácter (por ejemplo, el grupo sanguíneo A) se llama gen. Un cromosoma contiene miles o millones de genes, pues existen tantos genes como características genéticas. El conjunto de genes es el **genotipo** y cada mitad paterna o materna, el **haplotipo**: por tanto cada individuo se compone de un haplotipo materno y otro paterno. La combinación visible de ambos grupos de genes, constituye el **fenotipo**.

La conformación del fenotipo está determinada por la índole de los genes. "Algunos genes siempre se expresan en el fenotipo... son los llamados genes dominantes. Otros en cambio sólo se expresan en el fenotipo si se encuentran en pares en el genotipo, es decir que el padre y la madre otorgan el mismo gen en cuyo caso se denomina gen **recesivo** y la condición de manifestarse es la señalada... Una tercera categoría de genes es la llamada genes **codominantes** donde siendo distintos ambos genes paternos, se expresan ambos en el fenotipo. **En los estudios de filiación se detectan especialmente aquellos genes que son codominantes.**"\*\*

El aspecto estadístico tiene en esta materia una gran importancia. Si lo que se pretende es identificar a una persona con otra por su vínculo biológico, deben buscarse sus características comunes. Si se toma como referencia el grupo sanguíneo y ambas personas (presuntos padre e hijo) lo comparten, la circunstancia de que una gran parte de la población lo posea, disminuye la

---

\* JUAN GREGORIO MENDEL (1822-1884), religioso alemán y notable botánico, descubridor de importantísimas leyes sobre la herencia biológica.

\*\* VERRUNO LUIS Y EMILIO J.C. HAAS. Op. Cit. p. 15. Continúan diciendo estos autores: "Un ejemplo claro lo constituyen los grupos de sangre ABO. Si el padre transmite el gen A y la madre el gen B, el niño será AB. Para ser grupo O, el niño deberá heredar el O de cada progenitor, es decir será OO. Si en cambio un progenitor transmite el gen A y el otro el gen O, el genotipo del niño será AO y en sus glóbulos rojos se podrá identificar sólo el grupo A, es decir, el niño será fenotípicamente A pues el O no se detecta. El genotipo AO produce fenotipo A... si el niño hereda de cada progenitor el grupo A será genotípicamente AA (homocigota para el carácter A). En ambos casos el fenotipo tipificable en el laboratorio será: grupo A en glóbulos rojos" (Op. Cit. pp. 15-16).

importancia del resultado. Pero si se opta por una combinación de características fenotípicas que incluya varias decenas de factores, la probabilidad de determinar la relación paternal se multiplica hasta el extremo de la convicción total. Para dar una idea clara, si tomamos exclusivamente el sistema HLA, los genotipos posibles son más de 325,000'000,000.\*

Finalmente, habrá que mencionar la necesidad de tomar en cuenta los alelos, que son las formas alternativas de un mismo gen. El padre alegado quedará excluido si no presenta el alelo del gen que le corresponda.

La prueba de compatibilidad inmunogenética es muy completa y consta de cuatro partes: determinación de los grupos sanguíneos eritrocitarios y los subgrupos; de los antígenos humanos leucocitarios o antígenos del sistema HLA; de las proteínas de suero sanguíneo o proteínas séricas, y de los alelos de las enzimas también ubicadas en el suero sanguíneo. Por obvias razones no abundaremos mayormente sobre estos aspectos que son de carácter biológico y pueden ser ampliamente consultados en la obra de Verruno y Haas ya citada.

#### **Admisibilidad de la prueba genética**

Como se dejó sentado previamente al hacer referencia a la regulación que suelen efectuar los ordenamientos legales del desconocimiento de la paternidad y de la investigación de la misma, estas figuras jurídicas son al fin y al cabo las dos caras de una misma moneda; en ambos casos se trata de determinar si existe o no la procreación de un cierto individuo por otro determinado.

**Desconocimiento de la paternidad: En lo que concierne al desconocimiento del hijo nacido de matrimonio, dada la redacción**

---

\* ALEJANDRO KAUFFMAN ejemplifica diciendo que es como si a cada persona en el mundo se le distribuyesen las mismas letras: sería altamente improbable que coincidieran al azar en su ordenamiento y escribieran dos libros iguales. Las letras son los genes: el texto, su combinación (citado por Verruno y Haas. Op. Cit. p. 16).

de los artículos 325 y 326 (que ya antes transcribimos), la prueba basada en la pericia hematológica es, conforme a la legislación vigente, inadmisibile. Tal solución es evidentemente injusta para el marido, que a sabiendas de que no puede ser el padre, debe soportar las consecuencias de presunciones poco menos que insalvables.

**Investigación de la paternidad:** En cuanto a la investigación de la paternidad, la cuestión puede ser observada desde dos puntos de vista diferentes: el del hijo, que aspira a establecerla en relación a su presunto padre, y el de éste que pretende rechazarla.

En lo que se refiere al hijo, si bien el Código Civil no dice expresamente que puede emplear todos los medios ordinarios de prueba, es claro que tiene esta posibilidad, sobre todo si se considera que respecto de la investigación de la **maternidad**, el ordenamiento citado explícitamente lo autoriza.\* La analogía entre los casos de investigación de la paternidad y de investigación de la maternidad es inconcusa y debe operar en cuanto a ellos el principio de Alciato: *Ubi eadem ratio, ubique eadem legis dispositio*.

Por otro lado, en tanto que el artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles admite como medio de prueba todo aquello que es capaz de generar convicción en el juez, no parece haber dificultad para que la prueba pericial hematológica sea admitida por los tribunales. De por sí la prueba pericial es una de las previstas y reguladas legalmente\*\* y su objeto es el de ilustrar al juez "cuando son necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia" (Art. 293 CPC); empero, su valoración la debe hacer el tribunal apreciándola dentro del conjunto de las pruebas, "atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia" (Art. 402 del CPC).

En lo que atañe al padre imputado, el mismo artículo 289 aludido funda la posibilidad de que aquél recurra a la prueba

---

\* **Art. 395.** Está permitido al hijo nacido fuera del matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios, pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada".

\*\* El Código de Procedimientos Civiles dedica a su regulación, la Sección IV del Capítulo IV de su Título Sexto.

pericial sobre compatibilidad inmunogenética, para demostrar que no es el progenitor.

No obstante todo lo anterior, sería deseable que el Código Civil se refiriera a la prueba que nos ocupa, autorizando expresamente su empleo, para disipar cualquiera duda que pudiera existir al respecto.

Veamos cuál es la admisibilidad de que disfruta la prueba hematológica en algunos países:

**Alemania.** Según los datos con que se cuenta, se le admite desde 1927. En ese entonces el conocimiento científico no había alcanzado altos niveles en esta materia y su valor se consideraba relativo. Hoy día en cambio, se le otorga alta credibilidad y su empleo en tribunales es frecuente.

**Argentina.** "El artículo 325 del Código Civil, modificado por la ley 14.367 del año de 1954, menciona la admisión de la investigación de la paternidad de todas las pruebas que se admiten para probar los hechos y que concurren a demostrar la filiación natural".\*

**Bélgica.** Los tribunales fueron facultados para disponer, de oficio, el examen sanguíneo o cualquiera otra indagación de acuerdo a los métodos científicos probados, por el artículo 313-C del Proyecto Belga de 1978; lo anterior no implica la obligación para alguien de someterse a la extracción de sangre, pero queda al arbitrio del juez la valoración de tal negativa.

**Costa Rica.** El Código de la Familia que data de 1974, admite la prueba de los grupos sanguíneos y otras más de carácter genético, para excluir la paternidad, ya sea que el hijo haya nacido dentro o fuera del matrimonio; la prueba debe ser efectuada por el "organismo de investigación judicial de la Suprema Corte de Justicia".

**Dinamarca.** La legislación procesal admite que los tribunales exijan la práctica de la prueba de la hematológica; la negativa de los presuntos progenitores a que se efectúe, se considera indicio que debe ser valorado por el juez. La prueba deberá

---

\* VERRUNO LUIS Y EMILIO J.C. HAAS. Op. Cit. p. 191.

practicarse por el Instituto Médico-Legal de la Universidad de Copenhague.

**España.** El artículo 127 del Código Civil Español, dispone: "En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas... etc."

**Estados Unidos.** "En la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, se expuso por primera vez en los Estados Unidos, la teoría general de la aceptación de la evidencia científica".\* Verruno y Haas, en la pág. 107 de su obra (que repetidamente mencionamos), incluyen una detallada relación de los estados de la Unión Americana que aceptan la prueba de sangre en la investigación de la filiación, agrupándolos de acuerdo a diversos criterios.

**Francia.** El artículo 340-1, inciso 3, del Código Civil, establece como condición para la admisibilidad de la acción de filiación, el sometimiento al análisis de grupos sanguíneos o de otros métodos médicos ciertos.

**Suiza.** Se admite la prueba hematológica con restricciones (Art. 256 del CC.)

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** Los principios clásicos "*mater semper...*" y "*pater is est...*", basados en la lógica y la experiencia, son suficientes cuando se aplican a situaciones fuera de conflicto, pero en presencia de éste pueden ser superados con ventaja por soluciones basadas en la prueba de pericia hematológica.

**SEGUNDA.** El adelanto alcanzado en el conocimiento de los mecanismos de herencia, la ingeniería genética y también en el campo jurídico, dan lugar a tres nuevos principios que deben ser tomados en consideración al resolver situaciones anómalas o de conflicto (o sea aquellas en las que hay incertidumbre sobre la maternidad o la paternidad). Estos principios son:

---

\* VERRUNO LUIS Y EMILIO J.C. HAAS. Op. Cit. p. 109.

- La madre no siempre es biológica y jurídicamente cierta.
- El marido, haya cohabitado o no con su cónyuge, no es, necesariamente, el padre del hijo concebido por su esposa.
- El padre del hijo extramatrimonial, jurídica y biológicamente es siempre susceptible de resultar cierto.

**TERCERA.** El principio de que la madre siempre es cierta, requiere actualmente ser revisado, ante las innovaciones científicas que hacen posible el alumbramiento de un infante tras un proceso biológico que no es el normal.

**CUARTA.** Debe admitirse por la legislación que la presunción que imputa al marido todo hijo habido por mujer casada, pueda ser destruida mediante la prueba conocida como de compatibilidad inmunogenética, dada la certidumbre que ofrece su resultado.

**QUINTA.** La legislación debe también disponer expresamente la admisibilidad de la prueba aludida en la conclusión anterior, en los juicios sobre investigación para la paternidad; con lo anterior se disiparía toda posible duda, acerca de si la prueba de que se trata se acepta o no para establecer o excluir (según el caso) la relación paterno-filial.

**SEXTA.** Debe procurarse a la mujer que no puede procrear, la oportunidad de ser madre recurriendo a los medios que en nuestra época provee el progreso científico. Prescindiendo del parentesco biológico, la ley debe regular estas situaciones atendiendo a los fines que ella misma se proponga y a la necesidad de una sana política familiar.

**SEPTIMA.** En todos los casos e irreversiblemente, debe tenerse por jurídicamente cierta la paternidad del hombre que de manera expresa acepte como suyo al hijo. Será ésta también una forma de tutelar la libertad individual del presunto padre.

**OCTAVA.** La evolución del derecho no debe ser frenada por el temor que ocasiona el progreso científico en el ámbito de la genética (debido a las manipulaciones que ya es posible efectuar dentro de él). Por el contrario, deben ser aprovechados tales adelantos en beneficio de la humanidad; la función del Derecho consiste ahora en proporcionar los cauces para que

se proceda a ello con pleno respeto a la libertad y a la dignidad humanas.

**NOVENA.** La evolución del conocimiento genético plantea, sobre todo, un problema de libertad: ¿hasta dónde se puede permitir la contratación de actos que envuelven a futuros seres humanos?; ¿hasta dónde se puede manipular el material genético, para lograr o desechar determinadas características humanas?; ¿hasta dónde se puede obligar a alguien para que se preste al examen hematológico?; ¿hasta dónde...?

# **LA FRUSTRACION DEL FIN DEL CONTRATO\***

**DR. IGNACIO GALINDO GARFIAS**

**PROFESOR EMERITO DE DERECHO CIVIL EN LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

## **SUMARIO**

I. El fin del contrato. II. La ineficacia por frustración del contrato. III. La rescisión del contrato. IV. La resolución del contrato. V. La cláusula resolutoria tácita y expresa. VI. La revocación VII. Efectos de la revocación del contrato. VIII. Mutuo disenso. IX. La cláusula *rebus sic stantibus*.

## **I. EL FIN DEL CONTRATO**

Los efectos que produce el contrato entre las partes se relaciona en manera inmediata con el fin que las partes pretenden alcanzar al celebrarlo (cambio de una cosa mediante un precio convenido, obtención de un servicio, por una compensación en dinero o en especie o simplemente beneficia a alguien etc.).

El fin propio del contrato, no debe ser identificado con los móviles o motivos determinantes que cada uno de los contratantes ha tenido en cuenta al celebrarlo. Estas son las razones personales de cada una de las partes y quedan reservadas al ámbito interno de la voluntad de los que contratan, son motivaciones subjetivas, previas a la celebración del contrato y forman parte

---

\* Este trabajo forma parte de una obra en preparación sobre Doctrina General del Contrato.



del contenido de la voluntad de cada una de ellas. El fin del contrato, es un dato objetivo exterior, integrante de función propia de cada uno, en cada caso, resultará o no adecuado, para satisfacer los motivos personales que los han impulsado a celebrar el contrato.

Desde otro punto de vista y tratando de hacer un análisis más detenido, observamos en que la función propia de cada contrato, se cumple a través de los efectos propios de su naturaleza jurídica. Son sus efectos los adecuados a la realización del propósito perseguido por las partes.

Existe una relación entre los motivos determinantes que impulsan a las partes a celebrar el contrato y los efectos propios del contrato que celebran. Los efectos del contrato específicamente considerado, no sólo responden a la realización de la voluntad individual de cada una de las partes que contratan, sino que esos efectos al ser previstos por ambas partes, forman el consentimiento o acuerdo de las voluntades que da vida al contrato.

Por lo contrario, cuando por alguna razón jurídica o de hecho los efectos del contrato no se realizan, estamos en presencia de un contrato ineficaz.

Una advertencia previa debe ser hecha a propósito del concepto de ineficacia. La ineficacia del contrato no significa invalidez; un contrato válidamente celebrado, puede ser sin embargo, ineficaz por diversas razones. Un contrato válido es ineficaz, cuando existen causas posteriores a su celebración que impidan que produzca efectos (ejemplo: la condición suspensiva no realizada, la pérdida o destrucción de la cosa objeto del contrato, grave alteración posterior de las circunstancias, etc.).

## **II. LA INEFICACIA POR FRUSTRACION DEL CONTRATO**

El vocablo ineficaz connota la carencia de fuerza o energía suficiente para engendrar los efectos o las consecuencias que debería producir normalmente, carencia que puede provenir de

un defecto intrínseco o de razones externas que impiden o se oponen a la producción de dichos efectos.

Propiamente cuando hablamos de ineficacia nos referimos a la carencia de efectos y no a la falta de idoneidad del acto.

El acto puede ser ineficaz: porque desde su origen carece de algunos de los requisitos de validez (actos nulos); (Art. 1795 y 2225 del CC.). Estamos entonces en presencia de la ineficacia del acto por vicios de origen que dan lugar a la nulidad (ya sea absoluta, ya relativa del contrato).

Me limito a señalar esta causa de ineficacia del contrato que ha sido expuesta y estudiada en obras de mayor extensión que exceden al propósito de esta obra, que está dedicada a la Teoría General del Contrato.

Por otra parte, cuando la causa de ineficacia, del contrato existe en el **momento de la celebración del acto**, se trata en este caso de un negocio inexistente o nulo por sí mismo.

El concepto genérico de ineficacia, se refiere por una parte a los negocios (en este caso al contrato), particularmente a los contratos válidamente celebrados, que no producen o mejor no deben producir las consecuencias de derecho por causas posteriores a su celebración. Por otra parte, los hay que son ineficaces desde su nacimiento por defecto o carencia de elementos o requisitos intrínsecos al acto que se celebra.

No obstante —teniendo en cuenta las anteriores consideraciones— y en su acepción genérica puede hablarse de la ineficacia por nulidad del acto aunque es redundante.

Aunque la invalidez (nulidad e inexistencia) puede quedar comprendida en el rubro de la ineficacia, en adelante nos referimos a las causas de ineficacia que se presentan, independientes de la validez del contrato durante la vida de éste y que impiden o enervan la producción de los efectos previstos por las partes cuando lo celebraron. Con mejor expresión, la ineficacia del contrato perturba y en la mayoría de los casos impide que el negocio jurídico cumpla cabalmente su función. Como instrumento de la voluntad de las partes no realiza por razones de diversa índole,

la función principal que le asigna la norma y las funciones accesorias que convienen las partes.

El tratadista español, que en mi concepto ha tratado con mayor detenimiento el problema de la "frustración" del fin del contrato, es el profesor Vicente Espert Sanz, emplea esa expresión para señalar y estudiar los casos de ineficacia. Me parece adecuada la designación empleada por su claridad y precisión y particularmente apunta hacia la "frustración del fin del contrato", poniendo el acento en la decadencia de la finalidad, perseguida por las partes, al celebrarlo.

*"Por "fin del contrato" debe entenderse el propósito a que el contrato sirve, dentro de la vida real; es decir, el resultado empírico o práctico que en orden a los propios y particulares intereses, se pretende alcanzar... el móvil es el motivo, es algo subjetivo o remoto, por cuanto ha permanecido en la esfera interna de cada contratante. En cambio, el fin del contrato en cuanto resultado empírico pretendido, o conjunto de representaciones mentales de las metas a que se aspira, o bien, es común a ambos contratantes, o bien, siendo peculiar o particular de uno de los contratantes, ha sido manifestado por éste o revelado o manifestado al otro, de forma que el otro contratante lo ha conocido y ha consentido además el carácter esencial o básico que la consecución de tal resultado tenía".\**

Por su parte Luis Diez Picazo, en el prólogo a la obra citada, Espert Sanz, afirma que a la frustración de la finalidad del contrato, podría llamársele "pérdida de sentido" y de razón de ser de la prestación, pues deja de ser útil al acreedor, puesto que por circunstancias sobrevenidas no puede alcanzar su interés.

En el Derecho anglosajón, a la ineficacia sobrevenida del contrato se le denomina "frustración del fin del contrato", para referirse a una ineficacia provocada por una circunstancia que

---

\* ESPERT SANZ, VICENTE. *La Frustración del fin del contrato*. Ed. Tecnos. Madrid, 1968. pp. 10 y 11.

**actuando sobre los efectos del contrato impide que éstos satisfagan el interés de una o de ambas partes. Es decir produce la ineficacia del negocio jurídico válidamente celebrado. Estas causas generadoras de la frustración del fin del contrato pueden ser de variada naturaleza, por ejemplo, la imposibilidad física por destrucción o grave deterioro de la cosa materia del contrato, la ilegalidad del objeto decretada con posterioridad a la celebración del contrato, la muerte o incapacidad del deudor de una obligación de ejecutar una obra artística.**

También se ha designado a este fenómeno como "el cambio radical de la base del negocio".

En las páginas siguientes nos ocuparemos de las siguientes causas de ineficacia del contrato por frustración del fin: A) La rescisión; B) la resolución; C) la revocación; D) mutuo disenso; E) la condición resolutoria; F) la alteración de las circunstancias de contratación (*rebus sic stantibus*) y G) la pérdida o la destrucción de la cosa (teoría del riesgo del contrato).

Podríamos decir —empleando una expresión muy sugerente— aunque precisamente jurídica, la plenitud de los efectos del contrato, se diluye, se esfuma.

### **III. LA RESCISION DEL CONTRATO**

Es una de las formas que presenta la ineficacia del contrato, que siendo válido no produce efectos; es decir, no afectado de nulidad ni de inexistencia.

Existe en la práctica forense y en estudio teórico o de esta categoría de la ineficacia, una confusión en el uso de los términos "rescisión" y "resolución" como si fueran sinónimos, se emplea indiferentemente uno u otro vocablo para referirse a un contrato que ciertamente es ineficaz para producir los efectos que le son propios, pero que resultó a la postre rescindible, cuando en verdad se le aplica el tratamiento de propio de las resoluciones, indebidamente. El legislador que reformó el Código Civil para el Distrito Federal, incurrió al respecto en un error que aumenta más la confusión.

El texto del artículo 17 de dicho Código, conforme a su redacción original, establecía con la debida propiedad técnica, que la lesión que sufre una de las partes en un contrato, causada cuando la otra —aprovechando la suma inexperiencia, notoria miseria o supina ignorancia de su contraparte— obtenía un lucro excesivamente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, (siendo el contrato bilateral oneroso) daba al perjudicado acción para demandar la "rescisión" del contrato o una reducción equitativa de la prestación a su cargo, con el pago de daños y perjuicios, en ambos casos.

Por una reforma técnicamente desacertada, por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de diciembre de 1983, que entró en vigor treinta días después de su publicación, el legislador contra los antecedentes históricos y doctrinales, cambió la palabra rescisión por el vocablo "nulidad".

La rescisión por causa de lesión que tiene su origen en la teoría del abuso del derecho y en la ruptura del equilibrio de las prestaciones, produce la ineficacia del contrato (por rescisión) en la medida en que causa un daño injusto a la parte víctima de la misma; pero permite la reducción de las prestaciones pactadas (a elección del perjudicado), para restablecer el equilibrio de las prestaciones en el caso de los contratos bilaterales y onerosos en los que existe reciprocidad; es decir, correspondencia entre las prestaciones de las partes. La nulidad ataca al acto en su constitución misma (sinalagma genérico), la rescisión en cambio (y la resolución) ataca al acto en su ejecución (sinalagma funcional).

Por lo demás, no se concibe racionalmente que un contrato que es por sí mismo nulo y por lo tanto se halla privado de efectos, pueda producir consecuencias atenuadas, mediante "una reducción equitativa" de la obligación que resulta gravosa para una de las partes (la víctima de la lesión).

La rescisión obra sobre el contrato para privarlo de sus efectos nocivos, producidos por circunstancias externas a él que sufre una de las partes al soportar un daño y muy probablemente perjuicios causados por la otra parte injustamente y en detrimento de su patrimonio por aprovecharse de la situación de

inferioridad en que se encuentra por ignorancia o inexperiencia (artículo 17 CC. para el D.F.).

La rescisión por causa de lesión, debe ser declarada por el juez, después de que haya sido probada por quien la invoca, el causante de la lesión se ha aprovechado de la situación de inferioridad de quien sólo pide la rescisión.

El efecto de la sentencia que decreta procedente la acción de rescisión (no de nulidad) puede afectar la totalidad de los efectos del contrato, privándolo enteramente de eficacia o bien, producir sólo una "reducción equitativa" de las prestaciones convenidas para restablecer así el equilibrio (contractual). En este caso, compete al juez fijar la cuantía de esa reducción.

En las Leyes de Partidas, por lo que se refiere al Derecho Español Antiguo, se disponía: **"se puede desfazer la vendida que fue hecha por menos de la mitad del derecho precio que pudiera valer en la sazón que ficieren"**.\*

Lo cual indica que la desproporción en el precio, la base de la acción rescisoria por lesión siempre que la desproporción fuera de la mitad o menos del precio real de la cosa vendida (lesión *ultra dimidium*).

Empero, no basta que exista "lesión enormísima" para que proceda la rescisión del contrato "leonino", es necesario que una de las partes conozca que el otro contratante se encuentra en estado de "suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria", que le impide conocer y por supuesto libremente decidir sobre las ventajas y en relación con las cargas o sacrificios que le impondrá el contrato "usurario".

Es interesante señalar que el Código Civil italiano de 1942 admite la rescisión de los contratos cuando han sido celebrados en "estado de peligro".

Admite además el citado cuerpo legal, una acción general de rescisión por lesión, que se concede cuando haya notoria desproporción entre la prestación de una parte y la de otra, si dicha desproporción ha dependido de estado de necesidad y ese estado

---

\* Part. 5.5.46.

de necesidad ha sido aprovechado por la otra, para extraer de él una ventaja.\*

El efecto de la rescisión establecida en el artículo 17 del CC. para el D.F., es en dos sentidos: por una parte, el acto impugnado deja de producir efectos desde su celebración, y los que contrataron deben restituirse mutuamente lo que han recibido con motivo del contrato rescindido. Por otra parte, la víctima de la lesión puede optar por una reducción equitativa de las prestaciones a su cargo. En este supuesto la rescisión tiene efectos modificatorios de la cuantía de las prestaciones a cargo del contratante que haya sufrido la lesión; pero estos efectos se retrotraen a la fecha de celebración del contrato lesivo.

Por una interpretación extensiva del sentido del artículo 17 del CC., que se comenta, el demandante lesionado podría obtener una sentencia que decretara un aumento de las prestaciones a cargo del contratante que ha lucrado abusivamente con el contrato "leonino".

El contratante que ha causado la lesión, queda obligado a la reparación de los daños y a la indemnización de los perjuicios que haya causado al contratante víctima de la lesión. (Pago de intereses de las sumas con las que ha lucrado a costa de la víctima de la lesión, compensación por falta de ganancia lícita que hubiera podido obtener el demandante lesionado y que no obtuvo, por causa de la lesión que le causó el demandado por lucro indebido).

#### IV. LA RESOLUCION DEL CONTRATO

Es un modo de privación de los efectos del contrato, que conforme a su etimología latina, proviene de la voz "*resolutio*", que significa desatar, romper o desprender dos o más cosas que se encuentran unidas entre sí.

La raíz de la palabra "resolución", connota una idea amplia y significa desunir o liberar, este es el sentido de la palabra que en el lenguaje ordinario ha llegado a nuestros días.

---

\* DIEZ PICAZO LUIS, Opus Cit. p. 317.

En la terminología jurídica, podría abarcar todos los casos de cesación de los efectos del contrato, cualquiera que sea la causa que haya dado origen a ello.

En Derecho es necesario distinguir la cesación de las relaciones derivadas del contrato de las distintas causas que dan lugar, a la cesación de los efectos de un determinado contrato (piénsese por ejemplo en la frustración de los efectos por pérdida de la cosa objeto del contrato y en el incumplimiento del deudor por su culpa o por dolo), las consecuencias producidas por la cesación de efectos del contrato no son las mismas consecuencias que se producen por la cesación de las relaciones jurídicas derivadas del contrato, sus causas también difieren entre sí.

Quiere esto decir, que la connotación y la denotación de la palabra "resolución" exige una mayor precisión técnica y lingüística.

La ineficacia del contrato, la frustración de sus efectos normales pueden tener por origen el incumplimiento del deudor por causa a él imputable (culpa o dolo) y comprometen su responsabilidad (pago de daños e indemnización de los perjuicios causados al acreedor), para distinguir esta causa ilícita que frustra los fines del contrato (culpa o dolo del deudor) de otras causas o motivos que también hacen cesar los efectos del contrato, sin ser imputables al obligado, diremos que el contrato se resuelve y con ello precisamos sin más, que ha habido incumplimiento imputable al obligado. Se ha frustrado su fin y en consecuencia esa frustración ilícita es a su vez fuente de obligaciones a cargo del deudor incumplido (reparar el daño causado por el incumplimiento). Así lo dispone el artículo 1949 del CC., que estatuye lo siguiente, aplicable a los contratos bilaterales: "Art. 1949: La facultad de resolver las obligaciones, se entiende implícita para el caso de que cualquiera de los obligados no cumpla lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos también podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultare imposible".

El precepto que se comenta se encuentra ubicado en la sistemática seguida por dicho Código, en el Título Segundo y en el



capítulo dedicado a las obligaciones condicionales. El cumplimiento de las obligaciones contractuales no es de ninguna manera una modalidad de las obligaciones contraídas, en el contrato oneroso, sino que es parte sustancial de esta especie de contratos bilaterales por la interdependencia de las prestaciones.

Con mayor propiedad, el Código Civil peruano ubica el precepto concordante con nuestro artículo 1949, en el capítulo dedicado al contrato con prestaciones recíprocas y dispone con claridad que en los contratos onerosos, las obligaciones a cargo de una de las partes "deben cumplirse simultáneamente", cada parte tiene derecho a suspender la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento (Art. 1426 del CC. de Perú) y más adelante, en el artículo 1428 establece textualmente lo siguiente: "Art. 1428. En los contratos con prestaciones recíprocas cuando una de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación".\*

La acción resolutoria del contrato oneroso presenta la característica de poder ser ejercida alternativamente a opción del demandante, quien podrá hacerla valer aun después de haber optado por la ejecución del contrato, si ésta no pudiere llevarse al cabo por haber desaparecido la cosa materia del contrato, cuando se trata de bienes determinados específicamente o por haberse consumido o por la insolvencia del deudor. Esta regla no se aplica cuando el contrato tiene por objeto obligaciones de dar un género. En este supuesto la acción de cumplimiento se convierte en una

---

\* Vid. Art. 1453 del Código Civil italiano antecedente legislativo del Código Civil Peruano en cita. El dispositivo italiano dice así: Art. 1453. Resolubilidad del contrato por incumplimiento. En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumple su obligación, el otro puede a su elección demandar el cumplimiento o la resolución del contrato (1878, 1976), salvo en todo caso el resarcimiento del daño. La resolución puede ser demandada aun después de haber promovido para obtener el cumplimiento, después de que se ha demandado la resolución ya no se podrá pedir el cumplimiento. Después de la fecha de la demanda de resolución el deudor demandado ya no puede cumplir la obligación a su cargo...".

acción de daños y perjuicios (reparación del daño causado por la total inexecución del contrato).

*Es necesario tener presente que por razones de orden práctico y de economía procesal, es aconsejable que en la demanda de resolución por incumplimiento del contrato, se pida la reparación de los daños que si bien se encuentran previstos en el artículo 1949 del CC., del D.F. y ciertamente son una consecuencia de la resolución del contrato, pues en todo caso los daños y los perjuicios causados deben ser probados en el juicio en que se demanda la cesación de efectos del contrato no cumplido, en tanto que la acción de resolución impone por lo contrario, la carga de la prueba al deudor demandado y la indemnización de los perjuicios deben ser probados en el juicio por el demandante en su naturaleza y en su cuantía, pues se trata de una acción procesal accesoria y derivada del incumplimiento del contrato, por el deudor demandado y en ese evento es al demandado a quien corresponde la carga de la prueba del cumplimiento. En apoyo por conveniencia práctica ejercicio conjunto de ambas acciones de resolución del contrato del pago de daños y perjuicios conjuntamente. Debe tenerse presente que en la hipótesis que se presenta, la sentencia que pronuncie el tribunal será por una parte declarativa de la resolución del contrato, y por otra, es condenatoria al pago de la reparación de daños.*

La sentencia declaratoria de la resolución tiene lugar respecto del contrato. En tanto que la sentencia al pago de daños y perjuicios se refiere a la responsabilidad civil del deudor, que ha dado lugar a la frustración del contrato.

Atendiendo a lo expuesto, la resolución del contrato tiene efectos retroactivos, las obligaciones de futura ejecución, se extinguen y aquellas prestaciones ya realizadas, deben ser devueltas en especie, si se trata de bienes no consumibles o en su valor dinerario si consisten en bienes consumibles. Esa es la opción. "Las obligaciones no ejecutadas se extinguen y aquellas que se

han ejecutado, dan lugar a la acción de repetición. La sentencia judicial tiene efectos retroactivos, como la condición resolutoria".

A la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes, establecida en el artículo 1949 del Código Civil que hemos comentado, se le llama, con designación poco apropiada, "pacto comisorio tácito", no obstante que es el efecto legal del incumplimiento del contrato por culpa o dolo del deudor.

## V. LA CLAUSULA RESOLUTORIA TACITA Y EXPRESA

Las partes pueden estipular que el contrato quedará resuelto sin necesidad de declaración judicial y por el solo hecho del incumplimiento de cualquiera de ellas. Pueden convenir válidamente, cualquier variante o modalidad (determinado plazo o cualquiera otro requisito), para que se produzca la resolución por ellos convenida.

En todo caso, debe quedar claramente establecido en la cláusula (llamada también pacto comisorio expreso), tanto el hecho que producirá la resolución del contrato, como los requisitos que deben concurrir para que ésta se produzca.

La utilidad de este pacto contractual consiste en que para que el contrato quede resuelto válidamente, no se requiere interpelación al deudor, ni que se dicte la sentencia judicial declarando la extinción del contrato para que el deudor quede obligado a cubrir los daños y perjuicios consecuencia de ese incumplimiento.

La parte que demanda la resolución del contrato, en ese supuesto y como en el caso de la resolución tácita prevista en el artículo 1949 del CC., no debe haber incurrido a su vez, en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

El maestro Manuel Borja Soriano, en relación con la cláusula resolutoria expresa, sostiene:

---

\* MAZEAUD HENRI ET LEON, Opus Cit. T. II, Núm. 1101. p. 893.

*"La cláusula (resolutoria expresa) dice que el contrato será resuelto de pleno derecho si una de las partes no cumple su obligación. Es incontestable que los contratantes han entendido, por esta cláusula, modificar los efectos de la resolución, tal como está reglamentada por los artículos citados en el número anterior... La dificultad está en saber cuál es el alcance de la derogación. Parece cierto que los contratantes han entendido excluir la intervención de la justicia... Seguramente, estipulando que el contrato será resuelto de pleno derecho si el deudor no cumple su obligación, el acreedor no entiende renunciar a la facultad de exigir la ejecución de la obligación, si ello encuentra interés. Hay pues que decir que la parte respecto de la cual la obligación no se ha ejecutado, conserva el derecho de optar entre la ejecución del contrato y su resolución. Si prefiere la resolución, manifestará su voluntad a este respecto (Baudry-Lacantinerie et Barde, T. XIII, núm. 956)\*"*

Lo expuesto no obsta para que la parte a quien se imputa el incumplimiento pueda impugnar la resolución del contrato por la acción de la cláusula expresa respectiva, sosteniendo la subsistencia del contrato, si ha cumplido con las obligaciones a su cargo estipuladas en el contrato resuelto.

En esa hipótesis los efectos del contrato quedan en suspenso, mientras el juez no pronuncie la sentencia correspondiente.

De lo dicho hasta aquí se infiere que el incumplimiento, previsto en el artículo 1949 citado, requiere que el incumplimiento invocado debe ser imputable a culpa o dolo del contratante demandado, por lo cual, dicho pacto comisorio expreso o tácito no tiene aplicación en el caso de que el incumplimiento obedezca a causas no previsibles e insuperables.

La aplicación de esta cláusula resolutoria expresa, no requiere que el deudor sea previamente interpelado en los términos del artículo 2080 del CC., para el D. F. El contrato ha perdido eficacia

\* BORJA SORIANO, MANUEL. *Teoría General de las Obligaciones*, cit., 1008. p. 490.

por causa imputable al deudor que no cumplió con la obligación que le incumba.

La resolución del contrato fundada en la disposición contenida en el artículo 1949 (cláusula resolutoria tácita) requiere llevar al cabo previamente la interpretación formal, si en el contrato no se ha fijado el tiempo para la ejecución de las obligaciones a cargo del deudor (ej. fecha cierta para la ejecución de prestaciones periódicas) "el día señalado interpela por el hombre".

## VI. LA REVOCACION

En los contratos unilaterales, en los que sólo una de las partes se obliga, cualquiera de ellas puede unilateralmente hacer cesar los efectos del contrato y con ello, las obligaciones y los derechos que han nacido del mismo. Es decir, el vínculo obligatorio se extingue sólo para lo futuro. Los actos ejecutados por el obligado quedan por regla general válidos y por lo tanto firmes en lo pasado.

En este aspecto se distingue la revocación de la resolución. Esta última, por regla general, produce su efecto retroactivamente.

Por otra parte, la revocación puede operar en los contratos bilaterales por acuerdo de las partes del contrato, (*mutuo disenso*) mientras la resolución es consecuencia del incumplimiento de una de ellas a las obligaciones que le incumben; en el caso de la resolución tácita (pacto comisorio tácito), la resolución requiere ser declarada judicialmente.

La resolución (expresa o tácita) es consecuencia legal del incumplimiento. La revocación es consecuencia de la voluntad de uno de los que contrataron o de ambos. Puede tener lugar, por acuerdo amistoso de los interesados. No ocurre lo mismo con la resolución.

La revocación es susceptible de producir efectos retroactivos, por acuerdo de las partes o puede carecer de ellos, también por el consentimiento de las partes o porque a ello se oponga la naturaleza de los hechos materia del contrato.

En la doctrina francesa, se emplean los vocablos **REVOCA-CION**, aplicado a los contratos cuya ejecución no ha comenzado y

la voz RESILIACION, para referirse a la privación de efectos por declaración unilateral de voluntad a los contratos de ejecución continuada durante el transcurso de ésta.\*

El dato que distingue a la revocación de otras figuras, es aquel que conforme a la ley, se presenta en los casos específicamente señalados en el ordenamiento, en los cuales una de las partes puede retractarse del contrato celebrado. En tanto la resolución disuelve los efectos de las obligaciones nacidas del contrato, la revocación actúa directamente sobre el consentimiento, como elemento del contrato o dicho de otro modo, disuelve el consentimiento.

## VII. EFECTOS DE LA REVOCACION DEL CONTRATO

El consentimiento del negocio jurídico no es consecuencia del incumplimiento y por lo tanto, apunta hacia la subsistencia del acto: el acuerdo de voluntades deja de existir como elemento esencial del contrato: "en tanto que la resolución del contrato actúa directamente sobre los efectos del contrato. Aquella, la revocación, destruye o afecta al sinalagma estructural del contrato pues incide en uno de los elementos de existencia del mismo, a saber, la concurrencia de voluntades, mientras que la resolución tiende a destruir los efectos ya producidos y los que hubieren de producirse.

Influye la resolución sobre el sinalagma funcional del contrato por esa razón, la revocación no puede tener efectos retroactivos. Sólo puede operar sobre los efectos futuros, ya que en cambio, mientras la voluntad no ha sido revocada, el acuerdo subsiste y permite que el contrato produzca sus efectos.

De esta manera podrá observarse a primera vista que la distinción sólo tiene alcances técnicos, en rigor nos permite determinar con mayor precisión cuáles son los efectos que producen una y otra figura sobre el contrato (la revocación y la resolución del contrato).

---

\* MAZEAUD HENRI ET LEON. *Opus Cit.* T. II, Núm. 1086.

## VIII. EL MUTUO DISENSO

La voluntad de las partes, que como sabemos es elemento esencial del contrato. El acuerdo de voluntades es indispensable para que se produzcan los efectos queridos por las partes al celebrar el contrato, que juntamente con el objeto de las obligaciones nacidas de él, constituye un elemento de existencia del negocio contractual (Art. 1794 del CC.). Estrictamente, son las declaraciones de voluntad de las partes las que confieren fuerza de obligar al contrato que han celebrado.

Podríamos decir que el mutuo disenso es la "revocación recíproca" del consentimiento otorgado al celebrar el contrato.

Siguiendo este principio, cuando por diversas circunstancias se rompe este acuerdo de voluntades, también por concierto de las voluntades de los contratantes, cuando las partes que han intervenido, en la formación del contrato (o sus sucesores) válidamente celebrado convienen en "deshacer" lo pactado, el acto cesa de producir sus efectos. En otras palabras, cuando las partes también por acuerdo de voluntades se retractan de lo pactado, estaremos en presencia de una causa de cesación de la eficacia del contrato. En ello consiste el efecto del "*mutuo disenso*", que es un convenio cuyo objeto es privar de efectos al contrato. Convenio cuyo objeto son los efectos del negocio jurídico que celebran las partes anteriormente (Arts. 1792 y 1793 CC.).

Hay que advertir que este convenio extintivo de las relaciones jurídicas contractuales y del contrato mismo, tiene como fuente el acuerdo de voluntades de las partes, para poner fin al contrato en su conjunto, el consenso de las partes por manera que no es el "*mutuo disenso*" por sí la causa de la disolución del acto jurídico, sino las declaraciones de voluntad conjuntas y uniformes para que se produzca el efecto disolutorio del contrato.

Así, el mutuo disenso aparte de ser posterior en tiempo a la celebración del contrato, no puede ser con efecto retroactivo; sólo cesan los efectos que se producirían en lo futuro. Los que se hayan producido antes de la declaración del disenso mutuo, quedan firmes y válidos. La declaración de voluntad expresada

por el mutuo disenso debe revestir las mismas formalidades del contrato cuya eficacia se pretende hacer cesar.

Borja Soriano, citando a Baudry-Lacantinerie expone lo siguiente:

*"... Así el vendedor que (por el mutuo disenso) recobra el inmueble vendido, deberá respetar los arrendamientos consentidos por el comprador y también los derechos reales, tales como servidumbre, hipotecas con las cuales hubiere gravado el inmueble." Y agrega:*

*Sin embargo, hay que reconocer "al mutuo disenso" como un convenio que extingue las obligaciones... (conferidas por el contrato).\**

El mutuo disenso no es una renuncia recíproca de derechos. Es un medio convencional de disolución del contrato. En la renuncia de un derecho, el titular por voluntad propia se obliga a no exigir del deudor, el cumplimiento de una determinada obligación. Esta obligación puede ser de origen contractual o extracontractual.

En el mutuo disenso, por declaración conjunta de las partes, del contrato o mejor, las partes conjuntamente retiran el consentimiento contractual y como consecuencia de ello las obligaciones recíprocas se extinguen. Por la propia naturaleza, el mutuo disenso sólo puede tener lugar en los contratos bilaterales. En los contratos unilaterales, como se apuntó en los párrafos anteriores, puede ser retirada unilateralmente por el acreedor y se produce entonces la figura de la revocación. (En este sentido puede consultarse los artículos 2595 fracción I, 25 y 2370 del CC. para el D.F.). \*\*

\* BORJA SORIANO, MANUEL. Opus Cit. 491, pp. 279 y 280. El artículo 1419 del C.C., de 1884 disponía: "Art. 1419: Los contratos legalmente celebrados, serán puntualmente cumplidos y no podrán revocarse ni alterarse, sino por mutuo consentimiento de los contratantes, salvo las excepciones consignadas en la ley". El artículo 1797 del CC., vigente en el D.F. expresa en otras palabras el mismo principio al estatuir que "la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

\*\* Tomando en consideración lo que opina el profesor MIGUEL ANGEL ZAMORA Y VALENCIA en sus *Contratos Civiles*, Porrúa, México, pp. 202, 207.



## IX. LA CLAUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Expresa, que todo contrato legalmente celebrado obliga a las partes a su cumplimiento, siempre que entre el momento de su celebración y la fecha de su ejecución no se produzcan graves alteraciones en la situación que existía al momento de su celebración. Si tales alteraciones se producen en la situación general del país o en la región donde se celebró el contrato (no en la situación particular del deudor) en tal manera que obligar a éste a la ejecución de las obligaciones contraídas, provocaría una situación ruinosa en su economía y sobre todo, el contrato serviría como instrumento de inequidad en perjuicio del deudor por efecto del lucro excesivo e injustificado en provecho del acreedor. Razones de elemental equidad justifican que el juez en presencia de esa situación general, decrete una reducción equitativa de la prestación del deudor en vista de la alteración general de las circunstancias, particularmente cuando esa alteración no pudo razonablemente ser prevista por quienes contrataron.

En presencia de una eventualidad de esta naturaleza, cuando ha cambiado el estado de cosas, cuando se le afecte en detrimento de la economía general de una región o del país y siempre que se trate de cambios imprevisibles, tal alteración grave debe ser considerada a la luz de lo que se ha llamado **teoría de la imprevisión**.

La buena fe de las partes no comprende solamente la exigencia de una conducta honesta de quienes contratan en el momento de la celebración del convenio. La buena fe contractual denota la rectitud de su proceder durante la vida del contrato. Denota también el concepto equidad y honestidad durante el tiempo de la ejecución de las obligaciones contractuales.

El principio de la "buena fe contractual" u honestidad en la celebración del contrato y en su ejecución, comprende el deber de cada uno de los contratantes de no servirse maliciosamente del negocio celebrado, o valerse de él para obtener ventajas o provechos excesivos a la sombra de las circunstancias, que existen en el momento de la ejecución del contrato en detrimento del interés económico del deudor.

Esta situación, es semejante a la rescisión por causa de lesión (Art. 17 del CC. del D.F.) pero difieren entre sí en razón de que es por causas imprevistas y no maliciosamente, o dolosamente, uno de los contratantes se aprovecha de la inferioridad (psíquica, educativa o intelectual) de la contra parte, para lucrar en su provecho. Como ya se dijo, en la teoría de la imprevisión (*rebus sic stantibus*) la pérdida del equilibrio de las prestaciones, obedece a hechos ajenos enteramente a las partes, provocada por graves alteraciones de las circunstancias que aparecen después de que el contrato ha sido celebrado.

La "teoría de la imprevisión", que parte del supuesto de que los efectos del contrato querido por las partes, se produzcan siempre que las circunstancias generales de la región permanezcan sin grave alteración (*rebus sic stantibus*).

Este principio de la no alteración de las circunstancias alude (no está por demás insistir en ello) no a las circunstancias personales o particulares de una de las partes, sino a que por un evento imprevisible extraño a las partes y a su posibilidad de previsión y que afectan por modo general a la población, como las que provienen de la guerra o la causada por epidemias o terremotos u otra calamidad semejante, hacen del contrato un instrumento de indebida explotación, en perjuicio de uno de los contratantes.

Cuando por causa de esta especie de siniestros públicos se altera la equidad y el justo equilibrio entre las prestaciones pactadas en el contrato. Algunas legislaciones facultan a la autoridad judicial para intervenir, a petición de la parte perjudicada para hacer un ajuste equitativo de las prestaciones en su cuantía, con base en el principio "*rebus sic stantibus*".

La teoría de la imprevisión no fue conocida por los juristas romanos, tiene sus orígenes en el Derecho Canónico durante la Edad Media, considerando el caso como un enriquecimiento inícuo derivado de una situación ajena enteramente a las partes (acreedor y deudor) por razón de la cual se creaba sin ningún fundamento ético ni jurídico, sino violando los principios en que se sustenta la convivencia humana: la justicia y la equidad.

Fueron ellos —los teólogos y canonistas cristianos— quienes elaboraron el principio de que el obligado en un contrato, quedaba

ligado por su oferta y debe cumplirla puntualmente en los términos estipulados en el contrato (*pacta sunt servanda*), siempre que "las circunstancias en que se celebró, persistieran en el momento de la ejecución del contrato".

El lucro ventajoso que pretende una de las partes por ese cambio imprevisible y grave de las circunstancias, constituye para los canonistas, un acto de usura reprobable, por el Derecho.

Esta doctrina a partir del siglo XIX parece haber sufrido mengua y tal vez olvido, al grado de que en el Código Civil francés (Código Napoleónico) ni los que en él se han inspirado aparece precepto alguno relativo a la teoría de imprevisión.

En los cuerpos legales que se han promulgado después de dos guerras mundiales que ha padecido la humanidad, algunos ordenamientos civiles han incluido en sus disposiciones, normas que se inspiran en la teoría de la imprevisión.

Para citar, sólo como ejemplo, algunos de los códigos civiles vernáculos que consideran en sus disposiciones fundadas en la teoría de impresión, transcribo:

Es ilustrativo al respecto lo dispuesto en el artículo 1771 del Código Civil para el Estado de Jalisco:

**Art. 1771.** *El consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato; por tanto, salvo aquellos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, los contratos podrán declararse rescindidos, cuando por haber variado radicalmente las condiciones generales del medio en que debían tener cumplimiento, sea imposible satisfacer la verdadera intención de las partes y resulte, de llevar adelante los términos aparentes de la convención, una notoria injusticia o falta de equidad que no corresponda a la causa del contrato celebrado. Este precepto no comprende las fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico o social, ni los cambios de posición o circunstancias de los contratantes en la sociedad, sino sólo aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevienen por hechos de carácter general y que establecen una desproporción ab-*

*soluta entre lo pactado y lo que actualmente debiera corresponder a la terminología empleada en el contrato."*

El Código Civil para el Estado de Quintana Roo dispone en los artículos 378 a 382 que se refieren a la excesiva onerosidad de los contratos bilaterales de ejecución continuada, periódica o diferida si la prestación a cargo de una de las partes llegare a ser "excesivamente onerosa", por circunstancias razonablemente imprevisibles, "el obligado podrá a su elección, pedir la rescisión del contrato o una reducción equitativa de la obligación. Estas disposiciones no son aplicables a los contratos aleatorios."

Como puede apreciarse de la sola lectura de los preceptos de los códigos civiles de aquellas entidades federativas la *ratio juris* de tales disposiciones se funda en el desequilibrio de las prestaciones, en la falta de equidad de las prestaciones recíprocas y sugiere el concepto de usura del Derecho Canónico al que ya hemos aludido en párrafos anteriores.

El criterio del legislador de Quintana Roo es más amplio y permite al juez, si lo solicita el deudor perjudicado, reducir equitativamente la prestación usuraria y ajustarla en manera de restablecer el equilibrio de las prestaciones propias y características de un contrato sinalagmático, saliendo así al paso a la frustración del fin económico y jurídico del contrato. El Código Civil de la República del Perú en vigor a partir del 14 de noviembre de 1984 en los artículos 1440 a 1446 se refiere a la excesiva onerosidad de las prestaciones en los contratos conmutativos.

Las disposiciones relativas a dicho cuerpo de leyes sudamericano son del siguiente tenor:

**"Art. 1440.** *En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que reduzca o aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuere posible, por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez*

*decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extingue de las resoluciones ejecutadas."*

**"Art. 1441. Este artículo permite la aplicación de las disposiciones sobre resolución del contrato por excesiva onerosidad a los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando el cumplimiento de la obligación a cargo de una de las partes, ha sido diferida por causas no imputables a ella y aun a los contratos aleatorios cuando por causas extrañas al riesgo propio del contrato son causa de la excesiva onerosidad del contrato." (Art. 1444).**

# **EL PATRIMONIO FAMILIAR EN EL VIGENTE DERECHO MEXICANO**

**FLAVIO GALVAN RIVERA**

**PROFESOR DE CARRERA, POR OPOSICION,  
EN EL AREA DE DERECHO CIVIL.  
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**Exdirector Interino del Seminario de Dere-  
cho Civil. Exconsejero Técnico en repre-  
sentación de los Profesores de Derecho Civil  
y de Derecho Notarial y Registral. Facultad  
de Derecho de la Universidad Nacional Au-  
tónoma de México.**

## **I. DENOMINACION**

"Patrimonio Familiar" es la denominación más común para aludir a esta institución, aun cuando también se usan como sinónimas las expresiones: patrimonio de familia, patrimonio de la familia, propiedad familiar (Alemania), bien de familia (Francia, Argentina y Brasil), hogar familiar (Venezuela), casal de familia (Portugal), etc.

**NOTA.** Cuando en el presente trabajo se cita únicamente el artículo por su número o se dice simplemente el Código o el Código Civil, se debe entender hecha la referencia al vigente Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia federal.

## II. DEFINICION

El maestro Rafael de Pina afirma que el patrimonio familiar es el "conjunto de los bienes afectados al servicio de una determinada organización familiar a fin de asegurarle un nivel de vida que permita su normal desenvolvimiento".\*

José Gomís y Luis Muñoz consideran que este patrimonio debe ser definido como un "derecho real de goce, gratuito, inalienable e inembargable, constituido con aprobación judicial sobre una casa habitación y en algunos casos sobre una parcela cultivable, que confiere a una familia determinada la facultad de disfrutar dichos bienes, los cuales deberán ser restituidos al dueño constituyente o a sus herederos".\*\*

En términos similares se pronuncia la profesora Sara Montero Duhalt, al decir descriptivamente que el patrimonio de familia "Es una casa habitación y una parcela cultivable, inscritas en el Registro —Público de la Propiedad— como inalienables, inembargables y no sujetas a gravámenes".\*\*\*

El maestro Antonio de Ibarrola sostiene que el patrimonio familiar debe ser definido como "el conjunto de derechos que sirven para llenar el conjunto de necesidades económicas de una familia legalmente establecida".\*\*\*\*

El jurista italiano Guido Tedeschi considera que el "patrimonio familiar... —es— un conjunto de bienes pertenecientes al titular de ellos, que se distingue del resto de su patrimonio por su función y por las normas que la ley dicta en su protección".†

El tratadista chileno Fernando Fueyo Laneri, probablemente partiendo de la definición antes citada, manifiesta que "el patrimonio familiar es un conjunto de bienes especiales, pertenecientes al titular de ellos, que se distingue del patrimonio común por

\* *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. Volumen I. Decima edición. Ed. Porrúa, S.A. México D.F., 1980. p. 309.

\*\* *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. Tomo II. México, D.F., 1943. p. 443.

\*\*\* *Derecho de Familia*. Quinta edición. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F., 1992. p. 396.

\*\*\*\* *Derecho Familiar*. Primera edición. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F., 1978. p. 450.

† *El Régimen Patrimonial de la Familia*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina, 1954. p. 83.

su función aseguradora de la prosperidad económica de la familia y por las normas que la ley dicta en su protección".\*

Eduardo A. Zannoni sostiene que "el bien de familia constituye una auténtica institución especial que... consiste en la afectación de un inmueble urbano o rural a la satisfacción de las necesidades de sustento y de la vivienda del titular y su familia y, en consecuencia, se lo sustrae a las contingencias económicas que pudieran provocar, en lo sucesivo, su embargo o enajenación".\*\*

Sobre este particular, el Código Familiar de Zacatecas establece que el "patrimonio de familia es el conjunto de bienes y derechos susceptibles de valoración económica, que están destinados a que por sí y con sus frutos y productos, se obtengan los medios económicos necesarios para satisfacer las necesidades fundamentales de los integrantes de la familia, tales como habitación, alimentación, vestido, educación y otras". (Art. 683).

### III. UNA ACLARACION PERTINENTE

Con una claridad incuestionable, Francesco Messineo advierte que el patrimonio familiar "es denominado así, no porque pertenezca a la familia, en cuanto se la considere sujeto colectivo de derechos (la familia no lo es), sino porque beneficia a la familia".\*\*\*

La aclaración que hace el jurista italiano en cita es pertinente, adecuada y constituye la regla en esta materia, porque efectivamente, el acto constitutivo del patrimonio familiar, generalmente, no es causa de transmisión del derecho real de propiedad de los bienes afectos a tal fin en favor de la familia beneficiaria, ya como grupo social o de cada uno de sus miembros en lo individual, independientemente de que aquélla tenga o no personalidad jurídica, en los términos de la legislación aplicable.

\* *Derecho Civil*. Tomo Sexto. *Derecho de Familia*. Volumen Primero. Imp. Lito. Universo, S.A. Valparaíso, Chile, 1959. pp. 26 y 27.

\*\* *Derecho Civil*. *Derecho de Familia*. Tomo I. Reimpresión de la primera edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1981. p. 610.

\*\*\* *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1979. p. 109.



Al grupo social primario únicamente se le conceden los derechos y se le imponen los deberes establecidos en cada ordenamiento jurídico, para asegurar "la prosperidad económica de la familia", como afirma Fernando Fueyo Laneri<sup>\*</sup> o de satisfacer las necesidades fundamentales de sus miembros, como apuntan otros juristas, a fin de estar en aptitud de cumplir su misión, como célula que es de toda sociedad.

Sin embargo, la excepción la tenemos también en la legislación mexicana porque, conforme a lo previsto en el artículo 684 del Código Familiar del Estado de Zacatecas, por pacto expreso se puede transmitir la propiedad de los bienes a los miembros de la familia.

El precepto invocado dispone, en su parte conducente, que **"La constitución del patrimonio de familia, no hace pasar la propiedad de los bienes que a él quedan afectos, del que lo constituye a los miembros de la familia beneficiaria, salvo que se pactare expresamente lo contrario..."**.

Más radical es la postura asumida por el legislador del Estado de Hidalgo, pues en el código de la materia establece que la familia es la titular del patrimonio familiar y que, al ser constituido éste se le transmite la propiedad de los bienes, como persona moral que es, considerando como miembros incluso a los hijos supervenientes. (Arts. 345 a 349).

El invocado numeral 346 del Código Familiar de Hidalgo prevé literalmente que **"La constitución del patrimonio familiar, transmite la propiedad de los bienes que lo forman, a los miembros de la familia, en el orden de preferencia que se establezca al constituirlo"**.

A su vez, el artículo 347 del mismo ordenamiento jurídico dispone que: **"Si uno de los miembros de la familia aporta algún bien inmueble para constituir el patrimonio familiar, la titular del derecho de propiedad, será la familia como persona moral, incluyendo a los hijos supervenientes"**.

---

\* Ob. Cit. P. 27.

#### IV. NATURALEZA JURIDICA

Partiendo de la premisa antes precisada, Guido Tedeschi afirma que el "patrimonio familiar no significa patrimonio perteneciente a la familia, a la que no se le reconoce personalidad jurídica, ni significa patrimonio en copropiedad familiar de los dos cónyuges y los hijos; ni, por último, constituye una persona autónoma, como si fuese una fundación; constituye, en cambio, un conjunto de bienes pertenecientes al titular de ellos, que se distingue del resto de su patrimonio por su función y por las normas que la ley dicta en su protección".\*

José Gomís y Luis Muñoz sostienen que el patrimonio familiar es un "derecho real de goce, gratuito, inalienable e inembargable... que confiere a una familia determinada la facultad de disfrutar dichos bienes, los cuales deberán ser restituidos al dueño constituyente o a sus herederos.

"... en el fondo, el patrimonio de familia no es más que el usufructo de una casa habitación y de un predio rústico... sin embargo, como quiera que el propio dueño siendo jefe de familia, puede constituir sobre su propio dominio un patrimonio familiar, tal usufructo adquiere un carácter muy especial, sin que por ello deje de ser un derecho real, sino todo lo contrario, pues refuerza más la naturaleza de la institución".\*\*

En este mismo orden de ideas, el doctor Jorge Mario Magallón Ibarra asevera que el patrimonio familiar, conforme al "texto nacido en 1928 —aun cuando dentro del espíritu del derecho social— limitaba el derecho a un mero derecho de uso y habitación, que son derechos reales garantizados en los artículos 1049 al 1056 del Código Civil".\*\*\*

Por su parte, el maestro Luis Araujo Valdivia opina que: "Al establecer el patrimonio de la familia, el Código Civil determina que son objeto del mismo la casa habitación y en algunos casos una parcela cultivable; que la constitución del patri-

\* Op. Cit. p. 83.

\*\* Op. Cit. pp. 443 y 444.

\*\*\* *Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. Derecho de Familia.* Ed. Porrúa, S.A. México, D.F., 1988. p. 582.

**monio no hace pasar la propiedad de los bienes afectados a los miembros de la familia beneficiaria y que éstos sólo tienen derecho de habitar la casa y de aprovechar los frutos de la parcela, pero que ese patrimonio se extingue cuando sin causa justificada la familia deje de habitar por un año la casa que debe servirle de morada o de cultivar por su cuenta y por dos años consecutivos la parcela que le esté anexa (Arts. 723, 724, 725 y 741, 2a.), con lo cual demuestra el interés social que reviste la constitución y el mantenimiento del patrimonio de la familia, convirtiéndolos en derechos reales *in-faciendo*".\***

De la cita precedente se advierte, sin dificultad alguna, que el autor coincide en considerar como derechos reales de uso y habitación a las facultades concedidas a los miembros de la familia beneficiaria, con la característica de agregarles la naturaleza jurídica de los discutidos y discutibles derechos reales *in-faciendo*, que la legislación y la doctrina no acaban de aceptar y menos aún de delimitar.

En cambio, el tratadista Manuel F. Chávez Asencio considera que el **patrimonio familiar es un derecho real especial de uso, disfrute y aprovechamiento**, concedido a la familia beneficiaria; este derecho "adicionalmente está rodeado de una serie de protecciones frente a terceros que lo hacen inalienable y no sujeto de embargo o gravamen alguno, por su naturaleza o por su destino para satisfacer una obligación alimentaria", pero que **"no se pueden confundir con el usufructo o la habitación con quienes tiene cierta semejanza".\*\***

Con razonamientos totalmente distintos a los antes expuestos, la maestra Sara Montero Duhalt llega a la conclusión de que **"el patrimonio de familia es un patrimonio afectación**, pues reúne cabalmente las características de ese concepto... Tan es un patrimonio afectado a un fin determinado, que cuando no se cumple con ese fin, se extingue la afectación del bien y éste revierte al patrimonio general del constituyente".\*\*\*

\* *Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones*. Segunda edición. Ed. José M. Cajica Jr., S.A. Puebla, México, 1972. p. 115.

\*\* *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*. Segunda edición. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F., 1990. pp. 441 y 442.

\*\*\* Op. Cit. p. 400.

## V. BIENES AFECTABLES

Tanto en la legislación nacional como en la extranjera, por regla, se ha establecido el principio de que el patrimonio familiar se constituye con dos bienes específicos: la casa en que habita la familia y una parcela cultivable. No obstante, al analizar nuestra legislación civil y familiar encontramos diversas notas características en cada entidad federativa, que bien pueden crear todo un concierto o un desconcierto sobre este tema; veamos algunos ejemplos.

Los Códigos Civiles de Aguascalientes (Art. 746, fracción II), Coahuila (Art. 723), Jalisco (Art. 771) y Sonora (Art. 889), disponen que el terreno cultivable debe estar anexo a la casa habitación o a una distancia no mayor de un kilómetro.

El Código Civil de Michoacán establece la distancia de referencia hasta de dos kilómetros, cuando la parcela no esté anexa a la casa (Art. 651); en cambio los Códigos de Baja California Norte, Distrito Federal, Durango Guanajuato, México, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas, no hacen mención alguna a dicha distancia, sólo exigen que estos bienes estén ubicados en el municipio correspondiente al domicilio de quien los destine al patrimonio familiar, aludiendo el Código de Guerrero a bienes sitios "en el lugar en que esté domiciliado el que lo constituya". (Art. 635).

Por cuanto hace a la casa habitación, el Código Civil de Michoacán contiene una disposición especial, porque establece que "el patrimonio de familia deberá consistir en casa o fracción de casa en que more la familia...". (Art. 651).

Cabe destacar que los Códigos de Baja California Norte, Coahuila, Distrito Federal, Durango, Jalisco, México, Morelos, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán, se limitan a precisar que son objeto del patrimonio familiar las aludidas casa habitación y parcela cultivable, sin hacer mención alguna al menaje de casa, ni a los semovientes y bienes muebles necesarios para el cultivo de la parcela, contrariamente a lo previsto en los Códigos de Guanajuato

(Art. 771), Michoacán (Art. 651), Nuevo León (Art. 724. fracciones III y IV), Oaxaca (Art. 736 fracciones III y IV), Querétaro (Art. 723, fracciones III y IV), Sinaloa (Art. 725, fracciones III y IV), Tamaulipas (Art. 634, fracciones III y IV) y Zacatecas (Art. 684 del Código Familiar), que sí los incluyen, **siempre que no sean de lujo** los bienes muebles de uso ordinario en la casa.

A su vez, únicamente se refiere a los semovientes y demás bienes muebles necesarios para el cultivo de la parcela, sin mencionar el menaje de casa, el Código Civil de Aguascalientes (Art. 746, fracción III); por el contrario, sólo aluden al menaje de casa y no a los semovientes, aperos de labranza, ni a los demás bienes muebles indispensables para el cultivo de la parcela, los Códigos de Chihuahua (Art. 698) y Puebla (Art. 787).

Abandonando la enumeración casi común a toda la legislación nacional, no se refiere expresamente a la parcela cultivable el Código Civil de Chihuahua (Art. 698); tampoco lo hace el Código Familiar del Estado de Hidalgo (Art. 344). Este último ordenamiento sólo considera a la casa habitación, con el menaje necesario.

Como hipótesis excepcional, además de los bienes inmuebles que por regla se toman en cuenta, como susceptibles de formar parte del patrimonio familiar, también pueden ser destinados a este fin todos los bienes necesarios para el ejercicio del arte, oficio o profesión a que se dedique la familia beneficiaria, según lo establecido en los Códigos de Aguascalientes (Art. 746, fracción IV), Nuevo León (Art. 724, fracción V), Oaxaca (Art. 736, fracción V), Querétaro (Art. 723, fracción V), Sinaloa (Art. 725 fracción V) y Tamaulipas (Art. 634 fracción V).

Los Códigos Civiles de Nuevo León (Art. 724, fracción VI) y Tamaulipas (Art. 634, fracción VII), hacen alusión expresa a los trabajadores del volante, estableciendo que el patrimonio familiar en este caso se constituye con el vehículo en el que se presta el servicio público de transporte de personas y con el derecho a la concesión de las placas, siempre que sea este medio la única fuente de ingresos.

Por otra parte, el Código de Aguascalientes (Art. 746, fracción V) dispone que: "Los lotes destinados a la construcción de

casa habitación y los derechos derivados del acto jurídico que transmita la propiedad sobre el terreno objeto de ese fin", también son aptos para la constitución del patrimonio familiar.

Asimismo y probablemente siguiendo la tendencia del Código Civil Italiano de 1942, que considera a los títulos de crédito como susceptibles de ser afectados al patrimonio en estudio (Art. 167), en el Código Familiar de Zacatecas se establece que **"También puede constituirse —el patrimonio en cita— por bienes fungibles, valores o acciones, cuando del producto, rendimientos o dividendos de éstos, se obtenga lo necesario para la satisfacción de las necesidades cotidianas"** de la familia. (Art. 684, penúltimo párrafo).

En un plano más ambicioso y, por ende, en términos más generales, el artículo 698 del Código Civil de Chihuahua determina que: **"Es objeto del patrimonio familiar la casa habitación de la familia, su menaje y en su caso, el conjunto de bienes, que constituyan una unidad de producción de tipo familiar"**.

En otro orden de ideas e independientemente de los bienes muebles e inmuebles que han quedado precisados con antelación, como susceptibles de ser destinados a la constitución del patrimonio familiar, también pueden ser objeto de esta afectación, aun cuando por vía jurídica diferente, los bienes inmuebles propiedad de la Federación o del Distrito Federal, teniendo presente lo establecido en los artículos 735 y 736 del correspondiente Código Civil, cuyo texto es al tenor siguiente:

***Art. 735. "Con el objeto de favorecer la formación del patrimonio de la familia se venderán a las personas que tengan capacidad legal para constituirlo y que quieran hacerlo, las propiedades raíces que a continuación se expresan:***

***"I. Los terrenos pertenecientes al gobierno federal, o al gobierno del Distrito Federal que no estén destinados a un servicio público ni sean de uso común;***

*"II. Los terrenos que el gobierno adquiriera por expropiación, de acuerdo con el inciso c) del párrafo undécimo del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;*

*"III. Los terrenos que el gobierno adquiriera para dedicarlos a la formación del patrimonio de las familias que cuenten con pocos recursos".*

**Art. 736.** *"El precio de los terrenos a que se refiere la fracción II del artículo anterior se pagará de la manera prevenida en el inciso d) del párrafo undécimo del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

*"En los casos previstos en las fracciones I y III del artículo que precede, la autoridad vendedora fijará la forma y el plazo en que debe pagarse el precio de los bienes vendidos, teniendo en cuenta la capacidad económica del comprador".*

Los bienes inmuebles señalados en los preceptos antes transcritos están enumerados en la generalidad de los Códigos Civiles y Familiares vigentes en los Estados de la Federación Mexicana; sin embargo, cabe anotar que los de Durango, Puebla, Quintana Roo, Sonora, Tamaulipas y Tlaxcala, no hacen referencia alguna a terrenos expropiados; a su vez, el Código de Morelos no alude a los bienes adquiridos para el objeto específico de constituir el patrimonio familiar, en favor de quienes cuenten con escasos recursos económicos; en cambio, el Código de Veracruz (Art. 773, fracción II) sólo se refiere a bienes expropiados, agregando el de Guerrero, los bienes inmuebles que adquiriera el Gobierno del Estado a través de la adjudicación (Art. 641, fracción II) y, finalmente, el Código Civil de Tabasco señala para este efecto, de manera general, todas "las propiedades raíces que posea el Gobierno del Estado, dentro de su territorio". (Art. 735).

Caso especial constituye lo previsto en el Código Civil del Estado de Nuevo León, ya que señala como bienes susceptibles de ser afectados al patrimonio familiar los terrenos particulares cuya enajenación gestione el Gobierno de la Entidad, en favor de las familias de escasos recursos económicos. (Art. 734, fracción III).

En este renglón, cabe destacar finalmente que el envío del artículo 735, del Código Civil vigente en el Distrito Federal, al inciso c) del párrafo decimoprimer del artículo 27 constitucional, es un anacronismo, porque el invocado precepto de la Ley Suprema fue reformado mediante Decreto de 23 de diciembre de 1933, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 1934, en virtud del cual se incorporó en esencia el contenido del aludido párrafo a la fracción XVII del citado numeral; no obstante, es sumamente importante el antecedente legislativo, para entender la intención del Constituyente de 1916-1917, al instituir el patrimonio familiar, como se explica en el parágrafo XIII del presente opúsculo.

## VI. MONTO PECUNARIO

Al analizar la vigente legislación nacional, civil y familiar, podemos concluir que en esta materia existen dos tendencias; una omite señalar específicamente el monto máximo del patrimonio familiar, como es el caso del Estado de Chihuahua, en cuyo ordenamiento civil se menciona de manera genérica que: "El valor de los bienes afectos al patrimonio familiar será el suficiente para satisfacer las necesidades de habitación y en su caso, el funcionamiento mínimo de la unidad de producción familiar". (Art. 705).

La otra corriente legislativa establece un límite máximo, ya en cantidad fija de moneda nacional o en cantidad equivalente a un determinado número de días de salario mínimo, vigente en la respectiva entidad de la Federación Mexicana.

Por supuesto, en algunos casos la cuantificación resulta totalmente inoperante, en virtud de la falta de actualización de las cantidades legalmente señaladas; en otros, la operatividad



práctica es parcial, tomando en consideración el número de días de salario mínimo general que determina el comentado monto pecuniario.

Los Códigos de Baja California Norte (Art. 722), Durango (Art. 724), Jalisco (Art. 779), Michoacán (Art. 651), Morelos (Art. 833), Oaxaca (Art. 743), San Luis Potosí (Art. 677), Sinaloa (Art. 728), Sonora (Art. 896), Tabasco (Art. 730) y Veracruz (Art. 772), establecen la cuantificación máxima en cantidad específica de moneda nacional.

A diferencia de la aludida tendencia, han adoptado el sistema de establecer la cuantificación pecuniaria máxima según la cantidad que resulte de multiplicar el salario mínimo general diario vigente en la entidad correspondiente, por un determinado número de días, los Códigos de Aguascalientes (Art. 754), Coahuila (Art. 730), Distrito Federal (Art. 730), Guanajuato (Art. 778), Guerrero (Art. 637), Hidalgo (Art. 355), México (Art. 707), Nuevo León (Art. 727), Puebla (Art. 799), Quintana Roo (Art. 1202), Tamaulipas (Art. 644), Tlaxcala (Art. 868), Yucatán (Art. 795) y Zacatecas (Art. 694).

A lo anterior cabe anotar que la legislación del Estado de México tiene una particularidad, pues a la cuantía resultante de multiplicar por 3,650 el salario mínimo general diario, se adiciona "el porcentaje en que se hayan incrementado los salarios mínimos vigentes en relación con el inmediato anterior" (Art. 707); correspondiendo seguramente la remisión al año anterior de aquel en que se constituya el patrimonio familiar.

La inoperancia práctica, mencionada con antelación, resulta evidente, si tomamos en consideración, sólo en vía de ejemplo, que el Código Civil de Tabasco establece como monto máximo la cantidad de \$5,000.00 (CINCO MIL PESOS 00/100 M.N.), para la Capital del Estado y de \$2,000.00 (DOS MIL PESOS 00/100 M.N.) para el resto del territorio del Estado. (Art. 730).

Respecto de las legislaturas que han adoptado el sistema de cuantificación por días de salario mínimo, también se dan los extremos; pues, por una parte hay Códigos, como el de Tamaulipas, que establecen como monto máximo el equivalente a 10,000 (DIEZ MIL) días de salario mínimo general; en contraposición

están otros, como el Código del Estado de Aguascalientes que prevé dicho máximo hasta el equivalente a 9 (NUEVE) años de salario mínimo en la Capital del Estado, a 4 (CUATRO) años en los Municipios de Calvillo, Rincón de Romos y Pabellón de Arteaga y el equivalente a 2 (DOS) años de dicho salario para los restantes municipios, lo que significa que la multiplicación debe efectuarse respectivamente por 3,285; 1,460 y 730, cantidades estas notoriamente inferiores a la de 10,000.

El resultado final de la correspondiente operación aritmética es un monto pecuniario excesivamente reducido y, por ende, insuficiente para lograr la finalidad legalmente atribuida al patrimonio familiar.

La exageración de la cuantificación por días de salario, dada su reducidísima equivalencia, está contenida en el Código de Yucatán, conforme al cual el monto máximo del patrimonio familiar es el que resulte "de multiplicar por 365 el importe del salario y medio mínimo general diario vigente en esta área geográfica al constituirse en los municipios de Mérida y Progreso. Para los municipios de Hunucmá, Izamal, Maxcanú, Motul, Tekax, Ticul, Valladolid y Tizimín, la cantidad que resulte de multiplicar por 183 el importe de salario y medio mínimo diario vigente en la propia área geográfica, y para los demás municipios del Estado, la cantidad que resulte de multiplicar por 92, el importe de dicho salario y medio mínimo general diario vigente de la misma área geográfica". (Art. 795).

Amén de lo expuesto con antelación, se debe tener presente que en algunos códigos aún se precisa que esta máxima cuantificación pecuniaria debe estar en proporción directa con el número de personas que integren la familia beneficiaria; por ejemplo, en Sinaloa se alude a la de dos miembros, existiendo la posibilidad de incrementar hasta el equivalente a una décima parte de dicho monto máximo por cada persona adicional, sin que la cantidad final pueda exceder de \$ 120,000.00 (CIENTO VEINTE MIL PESOS 00/100 M.N.). (Art. 728).

En Jalisco se toma en consideración a la familia de hasta seis personas, razón por la cual, si excede de este número, se prevé que se podrá incrementar el monto del patrimonio en una octava

parte del máximo inicialmente señalado, por cada persona adicional al número antes aludido, sin que la cantidad final pueda ser superior a \$1,500,000.00 (UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS 00/100 M.N.) en los municipios de Guadalajara, Zapopan, Tlaquepaque, Puerto Vallarta, Ciudad Guzmán, Ocotlán y Lagos de Moreno; el límite superior es de \$1,000,000.00 (UN MILLON DE PESOS 00/100 M.N.) en el resto del territorio de la entidad. (Art. 779).

## VII. DOS CUESTIONES INQUIETANTES

En primer término cabe señalar que si bien es cierto que en el párrafo precedente ha quedado precisado el monto máximo legal del patrimonio familiar, es evidente que de las correlativas disposiciones jurídicas surgen dos cuestiones inquietantes para quien se ocupe de la materia.

La primera interrogante se puede formular de la siguiente manera. ¿Cómo determinar el valor de los bienes?

Los Códigos de Aguascalientes, Baja California Norte, Chihuahua, Coahuila, Distrito Federal, Guerrero, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, México, Morelos, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Veracruz, no contienen precepto alguno que resuelva de manera expresa el problema.

En cambio, los ordenamientos jurídicos civiles de Durango (Art. 724, párrafo último), Michoacán (Art. 652), Puebla (Art. 802), Quintana Roo (Art. 1204, fracción V) y Tlaxcala (Art. 869, fracción V), sí establecen una solución parcial, porque disponen categóricamente que para el efecto mencionado se debe tomar en cuenta el valor catastral de los bienes inmuebles; sin embargo, no hacen referencia alguna a la determinación del valor de los bienes muebles.

También por disposición expresa, es el valor catastral o el determinado a juicio de peritos el que se toma en consideración en los Estados de Nuevo León (Art. 729, fracción V), Oaxaca (Art. 743, párrafo último), Querétaro (Art. 731, fracción V) y Sinaloa (Art. 730, fracción V) y únicamente el determinado a

juicio de peritos en el Estado de Zacatecas. (Art. 685, fracción V del Código Familiar).

Como excepción a la regla, los Códigos de Oaxaca (Art. 743, párrafo último) y Querétaro (Art. 731, fracción V), sí establecen cómo determinar el valor de los bienes muebles, remitiendo para ese fin al dato que aparezca en las facturas respectivas o al correspondiente dictamen pericial.

Resuelto parcialmente el problema de la determinación del valor pecuniario de los bienes afectos al patrimonio familiar, queda subsistente otra cuestión, que resulta francamente lacerante, tanto intelectual, como prácticamente.

Cuando los ordenamientos jurídicos aplicables precisan en **pesos**, la cuantía máxima del patrimonio familiar, ¿qué se debe entender? ¿se trata de **viejos o de nuevos pesos**?

Es incuestionable que en esta materia se ha de aplicar la vigente Ley Monetaria, cuyo artículo lo. dispone literalmente que "**La unidad del sistema monetario de los Estados Unidos Mexicanos es el peso...**".

No obstante, también se debe tener presente el Decreto de 18 de junio de 1992, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 22 del mismo mes y año, por el que el Congreso de la Unión dio origen a una nueva unidad del sistema monetario nacional; en la parte conducente del artículo 1o. del Decreto en cita, el legislador estableció literalmente que:

**"Se crea una nueva unidad del sistema monetario de los Estados Unidos Mexicanos equivalente a mil pesos actuales. La nueva unidad conservará el nombre de peso y se dividirá en cien centavos"**.

En los términos del artículo 3o. del invocado Decreto, que entró en vigor el 1o. de enero de 1993, las obligaciones de pago en moneda nacional deben solventarse "mediante la entrega, por su valor nominal, de los signos monetarios que representen a la nueva unidad", denominada **nuevo peso** por el legislador reformador, según lo previsto en los artículos transitorios del pluri-mencionado Decreto en consulta.

Por otra parte, en el Artículo Noveno Transitorio del Decreto reformador, el legislador dispuso de manera textual y tajante que:

*"Las expresiones en moneda nacional contenidas en leyes, reglamentos, circulares u otras disposiciones, que hayan entrado en vigor con anterioridad al 1o. de enero de 1993, se entenderán referidas a la unidad monetaria que se sustituye. Al computar, expresar o pagar dichas cantidades en la nueva unidad monetaria, se aplicará la equivalencia establecida en el Artículo 1o."*

La disposición invocada no establece excepción alguna; en consecuencia, como todos los códigos civiles y familiares vigentes en la República Mexicana entraron en vigor antes del 1o. de enero de 1993, les resulta aplicable el transcrito Artículo Noveno Transitorio y, por ende, las cantidades legalmente previstas, como **monto máximo del patrimonio familiar**, deben ser entendidas en la correspondiente equivalencia monetaria, esto es, **en nuevos pesos, a razón de uno nuevo por mil de los viejos pesos o pesos simple y llanamente.**

Lo anterior significa que las cantidades establecidas en los Códigos mencionados en el párrafo VI de este opúsculo, se deben dividir entre mil, situación que lleva a concluir que la **cuantía máxima del patrimonio familiar en Tabasco, salvo en la ciudad capital, es ahora de dos nuevos pesos.**

Para no llegar al extremo de preguntar si esta disposición es justa o injusta, habrá que cuestionar simple y sencillamente si resulta lógica o no; la respuesta en este trabajo es innecesaria.

## VIII. SISTEMAS CONSTITUTIVOS

Para la constitución del patrimonio familiar existen dos sistemas o procedimientos legalmente establecidos: judicial uno y administrativo el otro.

## 1. Sistema Judicial

El procedimiento judicial para constituir el patrimonio familiar ha sido establecido, por regla, en los códigos civiles y familiares de México, ya sea que se promueva espontáneamente por quien esté interesado en constituirlo, o por quien, teniendo la calidad de acreedor alimentario, así lo demande de su deudor alimentista.

### 1.1 Sistema Judicial Voluntario

Es el procedimiento comúnmente previsto, se da cuando algún miembro de la familia beneficiaria o el tutor, que administra bienes del incapacitado, decide *motu proprio* afectar determinados bienes para constituir el patrimonio familiar.

En estos supuestos el interesado debe recurrir al juez competente de su domicilio, para formular la solicitud respectiva, sometiéndose al procedimiento establecido en el Código de Procedimientos Civiles o Familiares que le sea aplicable.

Por regla, el promovente debe describir con toda precisión los bienes afectados, citando los respectivos antecedentes registrales de propiedad, para que puedan ser inscritos en la correspondiente oficina del Registro Público de la Propiedad, a fin de hacer oponible a terceros la constitución del patrimonio familiar, cobrando verdadera eficacia la inalienabilidad e inembargabilidad de dichos bienes. (Arts. 731, 732, 3007, 3008, 3011 y 3042, fracción II).

Como requisitos de procedibilidad se impone al promovente la necesidad de acreditar que:

- a) Es mayor de edad o menor emancipado;
- b) Está domiciliado en el lugar donde quiere constituir el patrimonio familiar;
- c) Existe la familia beneficiaria;
- d) Tiene el carácter de deudor alimentista de los beneficiarios;

- e) Son de su propiedad los bienes afectados;
- f) Dichos bienes no reportan más gravámenes que las servidumbres, y
- g) El valor de los bienes no excede del monto máximo legalmente establecido.

A pesar de la reglas señaladas con antelación, conforme a lo dispuesto en los Códigos de Quintana Roo y Tlaxcala, sí pueden afectarse al patrimonio familiar los bienes que reportan gravámenes, aun cuando el acreedor no de su autorización para ello; no obstante, en este caso los bienes responderán por el pago de la deuda, en la forma que haya sido convenida (Arts. 1204, fracción IV y 869, fracción IV, respectivamente). Este pago y su garantía deberá ser como lo disponga la ley, según lo previsto en los Códigos de Puebla (Art. 803) y Tamaulipas (Art. 647).

Aunado a los anteriores requisitos y sólo de manera excepcional, se impone al promovente la carga de acreditar también que:

- a) El concubinato existe (Art. 780, fracción VI del Código de Jalisco);
- b) El bien inmueble no reporta adeudos por contribuciones (Art. 797, fracción IV del Código de Yucatán), y
- c) El predio reúne los requisitos establecidos en los Reglamentos Municipales y en el Código Sanitario del Estado. (Art. 797, fracción VI del Código de Yucatán).

Igualmente constituye excepción lo dispuesto en algunos Códigos, que exigen la mención del número de personas que integran la familia beneficiaria, así como el nombre de cada una de ellas e incluso sus datos generales; tal es el caso de Jalisco (Art. 780, fracción III) y de Hidalgo (Art. 348 del Código Familiar).

En cuanto a la comprobación de los requisitos ya precisados, resulta evidente que la edad, la emancipación y el vínculo familiar se demuestran con las correspondientes copias certificadas expedidas por el Registro Civil (Art. 39); la propiedad se acredita con el documento respectivo; el valor catastral con las boletas de pago del impuesto predial, el dictamen pericial emitido o con la certi-

ficación expedida por la autoridad hacendaria correspondiente; la libertad de gravámenes con el certificado del Registro Público de la Propiedad (Art. 3001) y el concubinato con la resolución que dicte el juez competente para ello.

## **1.2 Sistema Judicial Forzoso**

Es una manera coactiva de constituir el patrimonio familiar; por lo general se establece en la legislación de las entidades federativas, que procede esta forma constitutiva cuando existe peligro de que el deudor alimentista pierda sus bienes, ya por su mala administración o porque los esté dilapidando, de tal suerte que pudiera quedar en estado de insolvencia, en perjuicio de sus acreedores alimentarios.

La constitución de este patrimonio familiar debe ser solicitada, al juez competente, por los propios acreedores alimentarios, bien por sí mismos o a través de sus representantes legales si son incapaces, cumpliendo en todo caso las disposiciones del procedimiento judicial voluntario, en lo que resulte aplicable.

Como un caso de excepción, el Código Civil de Sinaloa no establece el requisito causal antes mencionado, concediendo siempre a los acreedores alimentarios el derecho de demandar la constitución forzosa del patrimonio familiar (Art. 733), como también sucede en el Distrito Federal, cuyo Código Civil señala textualmente que para recurrir a esta forma judicial no existe "necesidad de invocar causa alguna". (Art. 734).

## **2. Sistema Administrativo**

Conforme a este sistema, la constitución del patrimonio familiar debe hacerse ante las autoridades del Poder Ejecutivo, acatando el procedimiento previsto en las disposiciones jurídicas administrativas que resulten aplicables.

Por regla, este sistema se utiliza cuando el patrimonio familiar se constituye con los bienes enajenados por el Gobierno



Federal, el del Distrito Federal, de los Estados de la República o de los Municipios.

Sin embargo, el administrativo es el procedimiento previsto por regla en el Código Civil de Chihuahua, conforme al cual la solicitud debe presentarse por escrito ante el correspondiente Registrador de la Propiedad, cumpliendo los requisitos comúnmente señalados para el caso de la constitución judicial voluntaria. En su oportunidad, el Registrador resuelve si se reúnen o no los requisitos legales y ordena o niega la constitución e inscripción solicitadas. (Arts. 706 y 707).

Igualmente, el Código Civil de Veracruz establece el sistema administrativo para constituir el patrimonio familiar, independientemente de que los bienes sean de propiedad privada o enajenados por el Gobierno del Estado. (Arts. 773 a 778).

El procedimiento administrativo se debe iniciar, en el Estado de Veracruz, ante el Presidente Municipal del domicilio del constituyente quien, si considera procedente lo solicitado, remitirá el expediente original al Gobierno del Estado, el que lo revisará y resolverá. Si lo encuentra ajustado a Derecho, el Gobernador del Estado declarará constituido el patrimonio familiar, ordenando su inscripción en el libro especial que para tal efecto se debe llevar en el Registro Público de la Propiedad, haciendo las respectivas anotaciones en los asientos de inscripción de propiedad. (Art. 776).

La excepción, en las citadas entidades, —Chihuahua y Veracruz— corresponde a la constitución forzosa del patrimonio familiar, caso en el cual los acreedores alimentarios la deben promover ante la autoridad judicial competente. (Arts. 709 y 777 de los respectivos Códigos Civiles).

En la hipótesis genérica de constitución administrativa del patrimonio familiar, es decir, con bienes enajenados por el Gobierno Federal, Local o Municipal, quien esté interesado en ello debe comprobar que tiene capacidad jurídica, que está domiciliado en el lugar donde desea efectuar dicha constitución, así como la existencia de la familia beneficiaria y que además:

- a) Es mexicano. El Código Familiar de Hidalgo exige ser ciudadano mexicano (Art. 362, fracción I);
- b) El o sus familiares tienen aptitud para desempeñar un arte, oficio o profesión;
- c) Tiene los elementos materiales indispensables para ejercer dicho arte, oficio o profesión;
- d) Tiene ingresos, ya que el monto promedio de éstos sirve para calcular la capacidad económica del constituyente o de la familia beneficiaria y, en consecuencia, la probabilidad cierta de pagar el precio del inmueble afectado; y
- e) Que carece de bienes inmuebles.

La constitución del patrimonio familiar en esta hipótesis se da en virtud del contrato de compraventa celebrado entre el interesado y el Gobierno propietario que enajena.

El precio debe ser pagado en la forma y plazos que determine la autoridad enajenante, tomando en cuenta la capacidad económica del comprador, siempre que no sean inmuebles adquiridos por el Gobierno mediante expropiación porque, en este supuesto, se debería acatar lo ordenado en la fracción XVII del artículo 27 Constitucional, que hasta antes de las reformas de 1992 sí señalaba los términos del pago; sin embargo, ello ya no está previsto en el precepto actualmente en vigor.

En este orden de ideas habrá que acudir al Código Civil o Familiar de la entidad federativa interesada, como está dispuesto en algunos ordenamientos locales de la materia, lo cual es jurídicamente asistemático, porque las disposiciones aplicables deben estar previstas en la respectiva ley de expropiación, como sucede en la del Distrito Federal, en cuyo ordenamiento se establece que "El importe de la indemnización será cubierto por el Estado, cuando la cosa expropiada pase a su patrimonio..." y que, en cambio, **"Cuando la cosa expropiada pase al patrimonio de persona distinta del Estado, esa persona cubrirá el importe de la indemnización"**. (Art. 19).

La indemnización se debe pagar dentro del plazo de un año, a partir de la declaratoria de expropiación, sin perjuicio de que se haga en moneda nacional o en especie. (Art. 20).

En otro orden de ideas, es oportuno señalar que sólo en Nuevo León (Art. 737) se establece que el patrimonio familiar, constituido con este tipo de bienes, queda consumado cuando se otorga el título de propiedad a favor de los cónyuges o de los concubinarios, siendo inscribible en el Registro de la Propiedad; en los demás Códigos no existe disposición similar alguna.

Cabe destacar igualmente que la constitución del patrimonio familiar con bienes enajenados por el Gobierno no está prevista en los Códigos Civiles de Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Oaxaca, Querétaro y Yucatán.

## IX. CONSECUENCIAS JURIDICAS

Una vez constituido el patrimonio familiar, independientemente del sistema utilizado y de los bienes afectados, para los miembros de la familia beneficiaria se genera el deber-derecho de habitar la casa y de cultivar la parcela.

Es evidente que se trata de un derecho, porque así está previsto literalmente en la generalidad de los Códigos, al disponer que los beneficiarios tienen derecho de habitar la casa y de aprovechar los frutos de la parcela; pero es también un deber jurídico, porque su no ejercicio está enumerado como causal de extinción del patrimonio familiar, lo que significa que los miembros de la familia tienen para sí la necesidad jurídica de habitar la casa y cultivar, en su caso, la parcela respectiva.

No obstante la regla mencionada, los ordenamientos jurídicos en consulta disponen que se podrán dar en arrendamiento o en aparcería dichos bienes, hasta por un año, siempre que se obtenga la correspondiente autorización de la primera autoridad municipal del domicilio, aduciendo para ello una justa causa.

Sólo en Tlaxcala se exige que la autorización sea judicial (Art. 880) y únicamente en Michoacán se prevé que se pueden dar esos bienes también en anticresis. (Art. 665).

No se establece ninguna de estas posibilidades de arrendamiento o de aparcería en los Códigos Civiles de Oaxaca, Puebla, Quintana Roo y Yucatán; antes bien, el de Puebla ordena literal-

mente que: "El patrimonio de familia no puede ser objeto de arrendamiento". (Art. 819).

Por otra parte, también por regla se consideran inembargables y no sujetos a gravamen alguno los bienes que constituyen el patrimonio familiar, salvo el caso de las servidumbres. (Art. 727).

Asimismo, se declara legalmente que estos bienes se tornan inalienables, esto es, que no pueden ser objeto de enajenación, en tanto estén afectos al fin mencionado. (Art. 727).

Además, una vez inscrito el patrimonio familiar en el Registro Público de la Propiedad, se vuelve oponible a terceras personas, es decir, valedero *erga omnes*. (Arts. 732, 3007, 3008, 3011 y 3042, fracción II).

## **X. AMPLIACION DEL PATRIMONIO FAMILIAR**

Siguiendo el mismo procedimiento utilizado para constituir el patrimonio familiar, éste puede ser incrementado, pero única y exclusivamente cuando el valor de los bienes afectos sea inferior al máximo legalmente establecido. (Art. 733).

En los Códigos Civiles de Chihuahua y Guerrero no está previsto dicho incremento, a diferencia del Código Familiar de Hidalgo que autoriza, por regla, "un incremento del diez por ciento anual no acumulable" (Art. 355), lo que significa que, en tanto exista la afectación, se podrá hacer anualmente ese incremento, porque es una hipótesis distinta a la precisada en la generalidad de los códigos civiles y familiares de México.

## **XI. DISMINUCION**

El monto del patrimonio familiar puede ser disminuido únicamente en tres supuestos: cuando se demuestre que es de gran necesidad o bien de notoria utilidad para la familia y cuando, por causas posteriores a su constitución, rebase en más de un cien por ciento el ya mencionado límite cuantitativo superior. (Art. 744).

En los Códigos de Campeche y Guerrero no está prevista la disminución por rebasar el monto máximo; en cambio, en el Código de Oaxaca se dispone que procede esta disminución **cuando**, por causas posteriores a la constitución, se **rebasa en más de un cincuenta por ciento** el límite de referencia. (Art. 751, fracción II).

El procedimiento para la disminución siempre es judicial y se debe dar vista al Ministerio Público adscrito al Juzgado respectivo, para que manifieste lo que a su representación social corresponda (Art. 745).

La disminución que se analiza no está prevista en el Código Civil de Michoacán y tampoco en el de Yucatán.

## XII. CAUSAS DE EXTINCION

Por regla se señalan como causas de extinción del patrimonio familiar las siguientes: (Art. 741).

- a) Que todos los beneficiarios cesen de tener derecho de percibir alimentos;
- b) Que sin causa justificada la familia deje de habitar por un año la casa respectiva o de cultivar por su cuenta, durante dos años consecutivos la parcela;
- c) Que se demuestre que la extinción es de notoria utilidad o de gran necesidad para la familia beneficiaria;
- d) Que se decrete la expropiación de los bienes afectados, y
- e) Que se declare judicialmente la nulidad o la rescisión de la compraventa celebrada entre el constituyente del patrimonio y el Gobierno enajenante.

De manera excepcional se establece en el Código de Chiapas que la omisión consistente en no atender, durante seis meses, la pequeña industria o comercio constitutivo del patrimonio familiar es causa de extinción, siempre que la conducta sea imputable a quien lo constituyó o a la familia beneficiaria. (Art. 713, fracción III).

En Michoacán tiene el mismo efecto la renuncia judicial que haga el jefe de familia, con la autorización de su esposa y de los demás miembros que la integran; así como la adquisición de otro patrimonio de la misma naturaleza y la disolución de la familia beneficiaria (Art. 776, fracciones I, III y IV); igual sucede en Oaxaca con el fallecimiento del constituyente del patrimonio familiar (Art. 752, fracción VI).

En Yucatán se extingue también por divorcio de los cónyuges o nulidad del matrimonio, siempre que no hubiere hijos. (Art. 802, fracción IV).

Cabe señalar que, por regla, la constitución de un nuevo patrimonio familiar no surte efecto jurídico alguno, prevaleciendo el que se constituyó en primer término, porque es un principio inmutable que cada grupo social primario sólo puede ser beneficiario de un patrimonio familiar. (Art. 729).

En cuanto al procedimiento para declarar su extinción cabe señalar que siempre es judicial, salvo que sea por la expropiación de los bienes afectados. En el procedimiento se debe oír al Ministerio Público adscrito al juzgado, para que exprese lo que al interés social corresponda. (Arts. 742 y 745).

La resolución judicial que declare la extinción de la afectación debe ser notificada al Registro Público de la Propiedad, para que efectúe la cancelación del asiento respectivo. (Arts. 742, 3028, 3030, 3033, fracción II y 3036).

De todo lo anterior se colige incuestionablemente que, salvo disposición excepcional en contrario, la muerte de la persona que afecta sus bienes a la constitución de un patrimonio familiar es intrascendente para la subsistencia de éste, que sólo puede ser extinguido por las causas expresa y limitativamente establecidas en el correspondiente ordenamiento jurídico.

En consecuencia, al fallecimiento de quien instituyó el patrimonio familiar, la familia beneficiaria continúa en el ejercicio de los derechos derivados de esta afectación y sólo cuando se concreta alguna causal de extinción, se ve en la necesidad jurídica de

restituir los bienes a su propietario o, en su caso a los herederos de éste, como lo dispone la generalidad de los Códigos en consulta. (Art. 746).

No obstante, la excepción en materia de devolución de bienes a los herederos de quien constituyó el patrimonio familiar está contenida en el Código de Tlaxcala, porque establece que, una vez extinguida la afectación, la devolución de los bienes se debe hacer a quienes, siendo acreedores alimentarios, tengan el carácter de herederos legítimos, independientemente de que exista disposición testamentaria diversa. (Arts. 860, 863 y 886).

Similar disposición está contenida también en el Código Civil del Estado de Morelos (Art. 827).

### XIII. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Con gran acierto se ha denominado a nuestra vigente Ley Suprema la primera Constitución Político-Social del Mundo.

Este aserto se confirma, una vez más, con la lectura de sus artículos 27, fracción XVII, párrafo tercero y 123, Apartado "A", fracción XXVIII que han consignado literalmente la institución del **Patrimonio Familiar**.

El vigente texto de los preceptos invocados es al tenor siguiente:

*Art. 27. ...*

*"XVII ...*

*"Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno".*

*Art. 123. ...*

*"El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:*

*"A. Entre los obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos y, de una manera general, todo contrato de trabajo...*

*"XXVIII. Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios..."*

De lo antes transcrito deriva la siguiente interrogante: ¿Por qué dos disposiciones de la Carta Fundamental se ocupan del patrimonio familiar?

La respuesta se debe buscar en la Historia Patria reflejada, en parte sumamente trascendental, en el Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente de 1916-1917 y en la correspondiente Exposición de Motivos de la vigente Ley Suprema, documentos ambos donde quedó plasmado el pensamiento revolucionario de los constituyentes, forjados al fragor de la miseria, la lucha social y el combate armado.

Cabe señalar que en el aludido Diario de Debates se consigna que en la sexagésima sexta sesión ordinaria, celebrada en la tarde del 29 de enero de 1917, la respectiva Comisión Dictaminadora presentó el proyecto de artículo 27, expresando como Exposición de Motivos, de la parte a que se refiere este análisis, los siguientes razonamientos:

*"Hace mas de un siglo se ha venido palpando en el país el inconveniente de la distribución exageradamente desigual de la propiedad privada, y aún espera solución el problema agrario. En la imposibilidad que tiene la comisión, por falta de tiempo, de consultar alguna solu-*



*ción en detalle, se ha limitado a proponer, cuando menos, ciertas bases generales, pues sería faltar a una de las promesas más solemnes de la revolución para este punto en silencio.*

*"Siendo en nuestro país la tierra casi la única fuente de riqueza, y estando acaparada en pocas manos, los dueños de ella adquieren un poder formidable y constituyen, como lo demuestra la historia, un estorbo constante para el desarrollo progresivo de la nación. Por otra parte, los antecedentes históricos de la concentración de la propiedad raíz han creado entre los terratenientes y jornaleros una situación que, hoy en día, tiene muchos puntos de semejanza con la situación establecida durante la época colonial, entre los conquistadores y los indios encomendados; y de esta situación proviene el estado depresivo en que se encuentra la clase trabajadora de los campos. Semejante estado de cosas tiene una influencia desastrosa en el orden económico, pues con frecuencia acontece que la producción agrícola nacional no alcanza a satisfacer las necesidades del consumo. Corregir este estado de cosas, es, en nuestro concepto, resolver el problema agrario, y las medidas que al efecto deban emprenderse consisten en reducir el poder de los latifundistas y en levantar el nivel económico, intelectual y moral de los jornaleros.*

*"El primer paso en esta vía se dio al expedir el decreto de 6 de enero de 1915... el siguiente debe consistir en exterminar los latifundios, respetando los derechos de los dueños, por medio de la expropiación. No será preciso para esto cargar a la nación con una deuda enorme, pues los terrenos expropiados se pagarán por los mismos adquirentes, reduciendo la intervención del Estado a la de simple garantía. Sería pueril buscar la solución del problema agrario convirtiendo en terratenientes a todos los mexicanos; lo único que puede y debe hacerse es facilitar las condiciones para que puedan llegar a ser*

*propietarios todos los que tengan voluntad y aptitud de hacerlo. La realización práctica del fraccionamiento de los latifundios tiene que variar en cada localidad, su- puesta la diversidad de las condiciones agrícolas en las diversas regiones del país; así es que esta cuestión debe dejarse a las autoridades locales, una vez fijadas las bases generales que pueden adaptarse indistintamente en toda la extensión de la República, las cuales deben ser, en nuestro concepto, las siguientes: fijación de la superficie máxima que debe tener en cada localidad un solo individuo o corporación; fraccionamiento de la su- perficie excedente, sea por el mismo propietario o por el gobierno, haciendo uso de su facultad de expropiación, adquisición de las fracciones en plazos no menores de veinte años y haciendo el pago los adquirentes por medio de anualidades que amorticen capital e interés, sin que éste pueda exceder del tipo de cinco por ciento anual. Si bajo estas condiciones se lleva a cabo el fraccionamiento, tomando todas las precauciones que exija la prudencia para que produzca el resultado apetecido, la situación de las clases trabajadoras de los campos mejorará indudablemente; los jornaleros que se conviertan en propietarios disfrutarán de independencia y de la comodidad necesaria para elevar su condición intelectual y moral, y la reducción del número de jornaleros obtenida por medio del fraccionamiento hará que su trabajo sea más solicitado y mejor retribuido. El resultado final será elevar la producción agrícola en cantidad superior a las necesidades del consumo".\**

De lo transcrito resulta evidente que el Legislador Constitu- yente quiso proteger a la clase campesina estableciendo, de ma- nera clara y tajante, la institución social denominada **patrimo- nio familiar**, con la finalidad de darle la seguridad de una casa donde vivir y una parcela que cultivar, para que pueda obtener el

*Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones. Tomo IV. Tercera edición. XLII Legislatura. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. México, D.F., 1985. pp. 27-78 y 27-79.*

sustento necesario para su familia, con el objeto de elevar su condición intelectual, moral y económica.

En este orden de ideas fue aprobado el artículo 27, cuyo párrafo decimoprimer original establecía:

*Art. 27. ...*

*"Durante el próximo periodo constitucional, el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, en sus respectivas jurisdicciones, expedirán leyes para llevar a cabo el fraccionamiento de las grandes propiedades, conforme a las bases siguientes:*

*"a) En cada Estado y territorio se fijará la extensión máxima de tierra de que puede ser dueño un solo individuo o sociedad legalmente constituida.*

*"b) El excedente de la extensión fijada deberá ser fraccionado por el propietario en el plazo que señalen las leyes locales, y las fracciones serán puestas a la venta en las condiciones que aprueben los gobiernos de acuerdo con las mismas leyes.*

*"c) Si el propietario se negare a hacer el fraccionamiento, se llevará éste a cabo por el gobierno local, mediante la expropiación.*

*"d) El valor de las fracciones será pagado por anualidades que amorticen capital y réditos en un plazo no menor de veinte años, durante el cual el adquirente no podrá enajenar aquéllas. El tipo de interés no excederá del cinco por ciento anual.*

*"e) El propietario estará obligado a recibir bonos de una deuda especial para garantizar el pago de la propiedad expropiada. Con este objeto, el Congreso de la Unión*

*expedirá una ley facultando a los Estados para crear su deuda agraria.*

*"f) Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno..."*

Esta disposición constitucional fue reformada, por vez primera, en diciembre de 1933, publicándose el Decreto en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 10 de enero de 1934.

En esencia, con esta reforma se incorporó a la fracción XVII el texto original del párrafo decimoprimerero ya transcrito, disminuyendo únicamente el interés a pagar, del cinco al tres por ciento anual, derogando además el plazo máximo de veinte años, para pagar el precio del inmueble enajenado por el respectivo gobierno local, en virtud de la expropiación hecha de los excedentes a la extensión máxima de propiedad rural particular.

Por diverso Decreto publicado oficialmente el 8 de octubre de 1974, se reformó el inciso a) de la mencionada fracción XVII, sólo para derogar la referencia que se hacía a los territorios federales.

Asimismo, por Decreto publicado el 6 de enero de 1992 se reformó la fracción XVII en su integridad, para quedar en los términos siguientes:

*Art. 27. ...*

*"XVII. El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, en sus respectivas jurisdicciones, expedirán leyes que establezcan los procedimientos para el fraccionamiento y enajenación de las extensiones que llegaren a exceder los límites señalados en las fracciones IV y XV de este artículo.*

*"El excedente deberá ser fraccionado y enajenado por el propietario dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación correspondiente. Si transcurrido el*

*plazo el excedente no se ha enajenado, la venta deberá hacerse mediante pública almoneda. En igualdad de condiciones, se respetará el derecho de preferencia que prevea la ley reglamentaria.*

*"Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno".*

Por cuanto hace a la fracción XXVIII del apartado A del artículo 123 constitucional, su texto ha permanecido sin modificación alguna desde su origen.

En el Diario de los Debates se dejó consignado únicamente que, en el Proyecto respectivo, la disposición relativa fue incluida como:

*"Una medida de protección de las más eficaces para la clase de los trabajadores... —esto es— la institución del homestead o patrimonio de familia; —el cual— aunque tiene conexión con las leyes agrarias, puede tener cabida en la legislación del trabajo, por lo que proponemos se establezca en la forma y términos en que aconsejan las necesidades regionales".\**

De la transcripción que precede resulta evidente también que se pretendió proteger expresamente a la clase obrera en lo particular, instituyendo en su favor al patrimonio familiar, lo que explica, sin lugar a dudas, el doble fundamento constitucional de la institución que nos ocupa.

\* *Op. Cit. Derechos... Tomo XII. p. 123-25.*

#### XIV. UNA CITA INSOSLAYABLE

A pesar de que sistemáticamente pudiera no ser éste el lugar adecuado para la cita que se hace a continuación, es incuestionable que está estrechamente relacionada con el fundamento constitucional de la institución familiar en estudio; por tanto y para no traicionar el espíritu del legislador, se reproduce literalmente la parte conducente de la Exposición de Motivos del vigente Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal:

*"Una de las innovaciones más importantes que contiene el Proyecto es la creación del patrimonio de familia. Para lo cual se siguen tres sistemas: I. El del patrimonio de familia instituido voluntariamente por el jefe de ella con sus propios bienes raíces y con el fin de constituir con ellos un hogar seguro para su familia; II. El patrimonio que se constituye contra la voluntad del jefe de familia y con bienes que le pertenecen, a petición de su cónyuge, hijos, o del Ministerio Público, y tiene por objeto amparar a la familia contra la mala administración o despilfarros del jefe de ella que, con su mala conducta, amenaza dejar a la familia en la más absoluta miseria; y III. El patrimonio de la familia destinado especialmente a proporcionar un modesto hogar a las familias pobres y laboriosas, a las que por sus reducidos ingresos, les es imposible adquirir una casa en las condiciones normales de venta y mientras tanto son víctimas de los propietarios inconsiderados y ambiciosos que absorben, por lo general, con el cobro de sus elevados alquileres más del cincuenta por ciento del reducido presupuesto de esas familias menesterosas. Para la constitución de este patrimonio, que se divide en patrimonio rural y urbano, se declara la expropiación por causa de utilidad pública de determinados terrenos propios para las labores agrícolas o para que en ellos se construya, pagándose su valor en veinte años y con un interés no mayor del cinco por ciento anual. Los bienes afectados por la expropiación son aquellos que deben su crecido valor al esfuer-*

*zo de la colectividad, y se trata por lo mismo de evitar que los dueños de esos terrenos ociosos, que han contribuido con su indolencia a crear los problemas de la falta de casas y de la elevación de los alquileres, se aprovechen del aumento del valor de sus terrenos sin que hayan contribuido con su esfuerzo. Se procuró respetar los intereses de empresas progresistas que han dotado a zonas de la población de todos los servicios urbanos, y también se trata de librar de la expropiación los pequeños lotes adquiridos a costa de economía con el objeto de construir en ellos la casa habitación. Se tiene la esperanza de que la reglamentación propuesta produzca incalculables beneficios al país, pues si el sistema se generaliza, se logrará que la gran mayoría de las familias mexicanas tengan una casa común módicamente adquirida y pueda tener la clase campesina laboriosa un modesto pero seguro hogar que le proporcione lo necesario para vivir Y, en fin, de consolidarse esta nobilísima institución, sin carga alguna para la nación, sin quebrantamiento de la unidad de la propiedad rural, y sin despojos, ya que no lo es la privación de una garantía ilícita, se habrán creado las bases más sólidas de la tranquilidad doméstica, de la prosperidad agrícola y de la paz orgánica".*

## **XV. REFLEXIONES FINALES**

Hecho el análisis precedente consideramos que el patrimonio familiar debe ser actualizado, tanto en su naturaleza, como en los bienes que deben constituirlo, así como en la determinación del monto máximo correspondiente, el procedimiento constitutivo y otros aspectos más.

El patrimonio familiar debe ser definido como el conjunto de derechos y obligaciones que, constituyendo una unidad jurídica y económica, está destinado a la satisfacción de los deberes-derechos de contenido pecuniario, derivados de la convivencia familiar y, en su caso, a garantizar el cumplimiento de éstos, inde-

pendientemente de la causa generadora del beneficiario grupo social primario, que bien puede ser el matrimonio, el concubinato, la procreación o la adopción.

En consecuencia, varía su naturaleza jurídica, adquiriendo las características propias de lo que la doctrina moderna denomina patrimonio afectación, ampliándose, por ende, la oportunidad de destinar otro tipo de bienes al fin que nos ocupa, superando así la tradicional posibilidad de afectar únicamente la casa habitación y una parcela cultivable, debiéndose incluir todo tipo de derechos y bienes valorables en dinero o susceptibles de este tipo de valoración.

Sólo en vía de ejemplo cabe recordar lo previsto en el Código de Chihuahua que alude a "el conjunto de bienes, que constituyan una unidad de producción de tipo familiar" (Art. 698), sin precisar actividad específica alguna; quedando en la misma línea de pensamiento el Código de Chiapas, que se refiere a "un pequeño comercio, o industria, así como —a— los certificados de aportación en las sociedades cooperativas", como elementos constitutivos del patrimonio familiar. (Art. 712, fracción III).

Ahora bien, como el objeto del patrimonio familiar es la satisfacción de las mencionadas necesidades de contenido económico, resulta innecesario que la propiedad de los bienes y la titularidad de los derechos se transmitan a la familia beneficiaria, independientemente de que se le atribuya o no personalidad jurídica, siendo conforme a derecho que estos bienes y derechos sean restituidos al propietario constituyente o a sus herederos, legítimos o testamentarios, al extinguirse la afectación.

Con relación a la naturaleza jurídica de los derechos concedidos a la familia beneficiaria, como persona colectiva o a cada uno de sus miembros en lo individual, se debe advertir que no tienen la naturaleza jurídica de derechos reales, sino que son verdaderos derechos personales, que vinculan al miembro constituyente, generalmente deudor alimentista, con los miembros beneficiarios, por regla acreedores alimentarios; en consecuencia, se trata de auténticos derechos personales o de crédito y no derechos de uso, habitación o usufructo, que se singularizan por ser incuestionables liberalidades, salvo el usufructo oneroso.



Es prudente recordar que tanto el usufructo, como el uso y la habitación (Arts. 980, 1049 y 1050), son derechos reales que recaen sobre bienes ajenos, en tanto que el patrimonio familiar se constituye sobre bienes propios del miembro de la familia beneficiaria o de la pareja (cónyuges o concubinos) base de este primario grupo social; por ende, para ellos no pueden existir derechos *in re aliena*, por la sencilla razón de que son de su propiedad los bienes afectados.

Además, los tres derechos conceden facultades a sus titulares, en tanto que el patrimonio familiar impone deberes a los beneficiarios, quienes tienen para sí la necesidad jurídica de habitar la casa y cultivar la parcela, siendo causa de extinción el incumplimiento de estos deberes.

Aunado a lo anterior cabe decir que el habituario sólo puede ocupar las habitaciones necesarias para sí y su familia, a diferencia de la familia beneficiaria del patrimonio familiar, que tiene derecho de usar la casa en su integridad.

A mayor abundamiento, los derechos de uso y habitación no son susceptibles de transmisión por ningún título, oneroso o gratuito; en cambio, la casa y el terreno constitutivos del patrimonio familiar, aun cuando por excepción y tiempo limitado, sí pueden ser dados respectivamente en arrendamiento o aparcería. (Arts. 740 y 1051).

Asimismo, es indispensable la calidad de propietario para poder afectar los bienes al patrimonio familiar, a diferencia del uso, la habitación y la servidumbre, para cuya constitución no se requiere tener el derecho de propiedad.

Igualmente se debe señalar que, por regla no es indispensable la existencia de un especial vínculo jurídico entre el usuario, habituario y usufructuario, con la persona que hace la liberalidad al conceder los correlativos derechos reales, a diferencia del patrimonio familiar, en el que es elemento *sine qua non* la relación de deudor alimentista y acreedor alimentario, entre el constituyente y los beneficiarios, razón por la cual se justifica el procedimiento judicial ya estudiado, para afectar los bienes a esta institución, incluso contra la voluntad del propietario deudor,

situación que no se puede dar en la transmisión de los pluricitados derechos reales sobre cosa ajena.

Finalmente, se debe aclarar que no son objeto de inscripción en el Registro Público de la Propiedad los derechos o deberes establecidos para los miembros de la familia beneficiaria; lo que se inscribe es el acto constitutivo del patrimonio familiar, en cuanto límite o afectación del derecho real de propiedad, que torna a dichos bienes inalienables, inembargables y no sujetos a gravamen alguno.

La oponibilidad *erga omnes* no corresponde a los derechos de los beneficiarios, sino a la inscrita limitación del derecho real de propiedad, para quien constituye la afectación.

Por lo que hace al monto máximo del patrimonio familiar, éste debe ampliarse hasta una cantidad razonable, atendiendo a las circunstancias reales y a la finalidad legalmente establecida; por ello, es conveniente fijarlo en el equivalente a un determinado número de días de salario mínimo, siendo plausible en este sentido la tendencia del Código Civil de Tamaulipas, al señalar la cantidad que resulte de multiplicar por 10,000 el salario mínimo general diario, vigente en el municipio en el que esté domiciliado el constituyente.

Sin embargo, es mejor la tendencia asumida por el legislador de Chihuahua, al determinar que esta cuantía máxima debe ser la que resulte necesaria para constituir una unidad de producción de tipo familiar, debiendo agregar, en nuestro concepto y retomando lo previsto en el Código Familiar de Zacatecas, que sea suficiente para satisfacer los deberes-derechos surgidos de la vivencia familiar, teniendo presente sus circunstancias particulares, según el recto criterio del juzgador que autorice la afectación de bienes al objeto en estudio.

Por otra parte, si bien es un factor de protección la inembargabilidad y la inalienabilidad de los bienes que constituyen el patrimonio familiar, también es cierto que son causa de obstáculo para el tráfico jurídico y para el otorgamiento de créditos; por tanto, deben señalarse excepciones a estas características, cuidando siempre de no extinguir o vulnerar gravemente la protección jurídica y económica de la familia, teniendo siempre

presente que lo más importante es la prosperidad económica, social, intelectual y moral de este grupo primario.

En cuanto al sistema constitutivo de carácter administrativo, es conveniente seguir el ejemplo del Código Civil de Nuevo León, en el sentido de que se debe tener por consumado el patrimonio familiar al momento de ser otorgada la correspondiente escritura de compraventa, cuando el enajenante sea el Gobierno, insertando una cláusula expresa de afectación en el contrato, que deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, sin que sea necesario sujetarse previamente a procedimiento administrativo alguno, el cual, por regla, sólo dificulta la consecución de los fines propuestos o los vuelve más onerosos, en detrimento de los interesados.

De atender estas reflexiones, consideramos que se dará dinamismo, actualidad y eficacia práctica al patrimonio familiar, instituyéndose realmente en beneficio de la familia, sin causar perjuicio a terceras personas.

# **TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES; ANALISIS DE LA CONVENCION INTERAMERICANA**

**VICTOR CARLOS GARCIA MORENO**

**PROFESOR DE DERECHO INTERNACIONAL, FACULTAD DE DERECHO, UNAM,  
Y MIEMBRO DE LA CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE INTERNACIONAL,  
LA HAYA, HOLANDA**

## **I. INTRODUCCION**

**1. Del 14 al 19 de marzo de 1994, se llevó a cabo, en la ciudad de México, la V Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V) que trató, entre otros, el tema relativo a los aspectos civiles y penales del tráfico de menores. Como resultado de sus negociaciones dicha conferencia diplomática aprobó dos tratados:**

- a) La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales;**
- b) La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.**

**2. Se ha detectado que existe una corriente de venta de niños desde el Continente Americano hacia los países centrales, entre otros: Estados Unidos, Canadá, Australia, Japón, Israel y los de Europa. El tráfico mencionado reviste las formas de venta de niños, prostitución infantil, utilización de niños en la pornografía, falsas adopciones y explotación del trabajo infantil.**

**3. En lo que va del actual decenio ha aumentado escandalosamente el número de niños robados y vendidos procedentes de**

América Central y del Sur y de Asia. Reporta Naciones Unidas (NU) que en el periodo de transición de Rumania 1989-1991 se llegó a la cifra exorbitante de más de diez mil niños rumanos en sólo dieciocho meses. Los países de procedencia más importantes son, hasta la fecha, Colombia, Corea del Sur, Rumania, Brasil, La India, México, Perú, Sri Lanka (antes Ceylán), Tailandia, Guatemala y las Filipinas.\*

4. Muchas son las causas que originan el mercado negro de infantes en el mundo, pero pueden reducirse a una sola: la extrema pobreza aunada a una demanda internacional. La realidad es que el mundo desarrollado muestra una preocupante disminución radical de la tasa de natalidad y que el periférico se caracteriza por su sobrepoblación, especialmente infantil, por lo que la escasez de niños en los primeros, lleva a buscarlos desesperadamente en los países en desarrollo, creándose una industria y una organización mafiosa que hace funcionar el mercado negro de niños en el planeta.

5. Considerando el alarmante aumento de niños robados y traficados en el mundo, tanto el gobierno de México como las NU se han dado a la tarea de llevar a foros internacionales tan lacerante problema, y, precisamente, el 18 de marzo de 1994 se firmó, repetimos, la citada Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, llamada ya la Convención de México.

6. Cabe recordar que el antecedente obligado de la Convención sobre Tráfico Internacional de Menores fue la reunión de expertos sobre tráfico de niños, llevada a cabo en Oaxtepec, Morelos, en octubre de 1993, a instancias del Instituto Interamericano del Niño, conjuntamente con el gobierno de México.

7. Participaron, en la reunión diplomática, diecinueve Estados miembros de la OEA: Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Para-

---

\* Naciones Unidas. ECOSOC. *Comisión de Derechos Humanos. Derechos del Niño; Venta del Niños*. Informe de Virit Muntarnbhorn. E/CN.4/1992/55, 22 de enero de 1992. Véase especialmente pág. 11 *in fine*.

guay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Se contó con la presencia de Italia, Rumania, Rusia y España como observadores permanentes; asimismo, se acreditaron organismos intergubernamentales regionales y mundiales.

## II. ANALISIS DE LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES

8. En el preámbulo de la Convención se afirma que se pretende, con la misma, asegurar una protección efectiva del menor por medio de la instrumentación de mecanismos adecuados que permitan garantizar el respeto de sus derechos; que el tráfico internacional de menores constituye ya una preocupación universal; que se tuvo en cuenta la Convención sobre Derechos del Niño, de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 20 de noviembre de 1989, especialmente los artículos 11 y 35 de la misma; la urgente necesidad de regular tanto los aspectos civiles como los penales de tan nefando crimen, por lo que se reafirma la importancia de la cooperación interjudicial a fin de lograr una eficaz protección del **interés superior del menor**.

9. El Artículo Primero, del Capítulo Primero, "normas generales", establece que el objeto de la Convención Interamericana, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior de menor, es:

- I) La prevención y sanción del tráfico internacional de menores, y
- II) La regulación de los aspectos civiles y penales del fenómeno.

Para el logro de los propósitos anteriores, los Estados Parte de la Convención se obligan a:

- a) *Asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior;*
- b) *Instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados Parte que consagre la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las*

*disposiciones legales y administrativas en la materia con ese fin, y*

- c) *Asegurar la pronta restitución del menor, víctima del tráfico internacional, al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del mismo.*

Muchos y variados podrían ser los comentarios que se pudieran formular al numeral en cuestión, sin embargo, solamente destacaremos los siguientes: el instrumento interamericano, además de prevenir y sancionar el tráfico internacional de niños, pretende, por primera vez, regular tanto los aspectos penales como los civiles que rodean a tan aborrecible crimen, ya que los instrumentos firmados hasta ahora solamente habían regulado las cuestiones civiles, notándose una reticencia para reglamentar los aspectos de carácter penal, especialmente por parte de aquellos países destinatarios del mercado negro de infantes, particularmente los altamente desarrollados.

La estrella polar será siempre "el interés superior del menor"; lo que se pretende es que los Estados cooperen entre sí a fin de erradicar y punir la conducta de los delincuentes, a través de una legislación eficaz de carácter interno, y, sobre todo, realizar la rápida restitución del menor, víctima del tráfico internacional, al país de su **residencia habitual**, por lo que este último concepto se convierte en el punto de contacto axial de toda la Convención.

10. El artículo segundo del instrumento referido reitera que la convención se aplicará a cualquier menor que se **encuentre o resida habitualmente** en un Estado Parte en el momento en que se cometa el acto de tráfico internacional contra el niño.

Se entiende por menor todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años, constituyendo una de las pocas normas sustantivas de la Convención. No significa lo anterior que se quiera uniformar en todo el Continente Americano la edad para definir como mayor de edad a una determinada persona, sino únicamente quién será menor para los efectos exclusivamente de la Convención. El instrumento que se comenta no resuelve los conflictos de derecho transitorio, es decir, cuando el niño es secuestrado y llevado a otro país días antes de cumplir la edad mencionada y, posteriormente, cuando se le localiza, tiene una

edad superior a los dieciocho años. Aunque el Tratado se refiere al momento de la comisión del tráfico, el delito en sí puede considerarse como un acto continuado, por lo que subsiste la duda.

11. El mismo numeral, segundo, expresa que se entiende por tráfico internacional de menores la:

- a) Sustracción,
- b) Traslado, o
- c) Retención, o la **tentativa** de sustracción, traslado o retención, de un menor, con:
  - i) Propósitos o
  - ii) Medios ilícitos.

Cabe comentar que la sustracción, es decir, quitárselo o arrebatárselo a sus padres o a quienes ejerzan la patria potestad, sin su consentimiento; el traslado, esto es, desplazarlo de un país a otro, o la retención, lo cual significa que el niño fue llevado con el consentimiento de los titulares de la patria potestad, pero no fue devuelto en los términos y plazos convenidos, es lo fundamental.

12. Para efectos de la Convención, y según el mismo artículo, los propósitos ilícitos incluyen, *inter alia*:

- a) *Prostitución;*
- b) *Explotación sexual;*
- c) *Servidumbre, o cualquier otro propósito ilícito, como pudiera ser pornografía, transplante de órganos y tejidos, mendicidad, etc., ya sea en el Estado de residencia habitual o en el Estado Parte en que se localice al menor.*

Son medios ilícitos, entre otros, el secuestro, consentimiento fraudulento (mediante engaños) o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, personas o la institución a cuyo cargo se encuentre el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en que se encuentre el niño.



13. El Artículo Tercero de la Convención determina que los aspectos civiles de la sustracción, traslado y retención de ilícitos de los menores en el ámbito internacional serán regidos por la misma, siempre y cuando su regulación no se encuentre prevista por otras convenciones internacionales idénticas. Al respecto, cabe recordar que ya existen, entre otras, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, firmada en Montevideo, en 1989, misma que acaba de ser aprobada por el Senado mexicano (D.O. 6 de julio de 1994), faltando únicamente su depósito para que entre en vigor para México, y el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 1978.

14. El numeral cuarto de la convención que se comenta, establece que los países signatarios, en la medida de lo posible, deberán cooperar con los demás Estados no Partes en la ~~prevención y sanción~~ del tráfico internacional de menores así como en la ~~protección y cuidado~~ de los niños que han sido víctimas de tan infame delito, por lo que las autoridades competentes deberán notificar a las autoridades de los Estados no Parte, de aquellos casos en que se encuentre en su territorio un menor que ha sido víctima del ilícito internacional. Este precepto fue considerado como innecesario ya que un tercer Estado al no ser Parte de un tratado no le obliga en virtud de la regla *res inter alios acta*. Por nuestra parte consideramos que no es así ya que se trata de establecer beneficios, no obligaciones o cargas, en favor de un Estado no Parte, es decir, se pretende crear una red de cooperación internacional para luchar en contra del tráfico internacional de infantes.

15. Los Estados Parte designarán una Autoridad Central, lo que será comunicado a la Secretaría General de la OEA. Tratándose de un Estado Federal, o un Estado en el que estén en vigor diversos sistemas jurídicos, o un Estado con unidades territoriales autónomas, se podrá designar más de una Autoridad Central, especificando la extensión jurídica o territorial de sus funciones. El Estado que así lo haga deberá designar la Autoridad Central a la que pueda dirigirse toda comunicación. En el caso de que se designe a más de una Autoridad Central deberá comunicarse a la Secretaría General del organismo regional mencionado.

Lo anterior contiene diversas variantes de la llamada "cláusula federal", misma que está regulada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En efecto, existen países en los cuales lo relativo al tráfico internacional de menores no es de competencia federal, o central, sino que corresponde a las entidades federativas o provincias, como en el caso mexicano. Existen otros, en los cuales la venta internacional de niños corresponde a varias autoridades y no a una sola. Recientemente, el D.O. del 24 de octubre de 1994 publicó el decreto de promulgación de la Convención sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, de La Haya, de 1993, estableciendo que serán Autoridades Centrales el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) de cada una de las entidades federativas, pero el DIF del D.F. tendrá jurisdicción subsidiaria, y que la Secretaría de Relaciones Exteriores fungirá como Autoridad Central para la recepción de documentación proveniente del extranjero. Consideramos que una fórmula igual deberá ser adoptada para la Convención sobre Tráfico Internacional de Menores.

16. El artículo seis del instrumento interamericano establece que los Estados firmantes velarán por el interés del menor, procurando que los procedimientos permanezcan confidenciales en todo momento.

### III. ASPECTOS PENALES

17. Uno de los propósitos fundamentales de la Convención es que los países que la firmen y ratifiquen adopten medidas eficaces, conforme a su derecho interno, para prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores (Art. 7).

Hubo delegaciones que adujeron que mientras no se establecieran sanciones mínimas en la propia Convención, ésta sería ineficaz. Sin embargo, se optó por librar este problema al derecho nacional.

**18.** El artículo octavo es fundamental ya que los Estados se comprometen a:

- a) *Prestarse asistencia mutua y expedita por medio de sus Autoridades Centrales, dentro de los límites del derecho de cada Estado y conforme a los tratados internacionales aplicables, para las diligencias judiciales y administrativas, la obtención de pruebas y demás actos procesales que sean necesarios para el cumplimiento de los fines de la Convención.*

Al efecto recordemos que en el seno de las CIDIPs (Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado) México ha firmado y ratificado diversas convenciones y protocolos sobre exhortos o cartas rogatorias, recepción de pruebas en el extranjero, prueba e información acerca del derecho extranjero, adopción de menores, etc. Empero, no es signatario de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares. En la Conferencia de La Haya, México es parte o está por serlo de las convenciones sobre obtención de pruebas, aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional.

- b) *Establecer, por medio de sus Autoridades Centrales, mecanismos de intercambio de información sobre legislación nacional, jurisprudencia, prácticas administrativas, estadísticas y modalidades que haya asumido el tráfico internacional de menores, y*
- c) *Disponer las medidas que sean necesarias para remover los obstáculos que puedan afectar la aplicación de la Convención.*

**19.** El Artículo Noveno determina que tendrán competencia para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores:

- a) *El Estado Parte donde tuvo lugar la conducta ilícita, consagrándose así el principio del *lex loci delicti commissi*, el cual es aceptado universalmente;*

- b) El Estado Parte de la residencia habitual del menor;
- c) *El Estado Parte en el que se hallare el presunto delincuente, si éste no fuere extraditado, y, por último,*
- d) El Estado Parte en el que se hallare el menor que fue víctima del tráfico.

Sin embargo, la parte final del mismo numeral establece que se le dará preferencia al país que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito, es decir, al Estado que primeramente hubiere conocido del delito.

La extradición del presunto delincuente se regula en el artículo diez de manera tal que si uno de los Estados Parte supedita la extradición a la existencia de un tratado y recibe un pedimento de extradición proveniente de un Estado Parte con el cual no tiene celebrado tratado alguno, o en caso de haberlo no contemple entre los delitos extraditables al tráfico internacional de menores, la convención que se comenta servirá como base jurídica necesaria para otorgarla.

Asimismo, los Estados Parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán el tráfico internacional de niños como causal de extradición entre ellos. Cuando no exista tratado de extradición, ésta estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho nacional del país requerido.

20. No obstante las acciones instauradas conforme a la convención, nada impedirá que las autoridades competentes del país donde se encontrare el menor ordenen, sin mayor dilación, en cualquier momento, la restitución inmediata del niño a su Estado de residencia habitual, considerando siempre el interés superior del niño.

#### IV. ASPECTOS CIVILES

21. La solicitud de localización, si ésta fuere necesaria, y restitución del menor será instaurada por aquellos titulares que establezca el derecho del país de la residencia habitual del menor. Es decir, la ley de la última residencia habitual del niño antes de haber sido sustraído determinará quiénes tienen título para

promover la restitución: los padres o aquellos otros titulares, tales como familiares, instituciones que tengan la guarda y custodia del menor, etc.

**22.** Serán competentes para conocer de la solicitud de localización y restitución, a opción de los reclamantes o promoventes, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte de la residencia habitual del menor o las del país donde se encuentre o se presuma que se encuentra retenido el menor, pero cuando existan razones de urgencia, a juicio de los promoventes, podrá presentarse la solicitud ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el ilícito.

**23.** Naturalmente que la solicitud de restitución se tramitará a través de las Autoridades Centrales o directamente ante las autoridades competentes mencionadas en el párrafo anterior. Las autoridades requeridas habrán de acordar los procedimientos más expeditos para hacerla efectiva, dice el numeral catorce.

Recibida la solicitud respectiva, las autoridades requeridas dispondrán las medidas necesarias, de acuerdo con su propio derecho, para iniciar, facilitar y coadyuvar con los procedimientos judiciales y administrativos relativos a la restitución del menor. Además, se dispondrá lo necesario para proveer la inmediata restitución del niño y, de ser necesario, asegurar su cuidado, custodia o guarda provisional, conforme a las circunstancias del caso, e impedir de modo preventivo que el menor pudiera ser llevado indebidamente a otro país.

El requerimiento fundado de restitución deberá ser promovido dentro de los ciento veinte días de haber tenido conocimiento de la sustracción, traslado o retención ilícitos del menor. Cuando la solicitud fuere promovida por el gobierno de un Estado Parte, éste dispondrá de un plazo de ciento ochenta días.

Cuando fuere necesario proceder con carácter previo a la localización del menor, el plazo anterior se contará a partir del día en que fuere del conocimiento de los titulares de la acción. No obstante lo anterior, las autoridades del Estado Parte donde el menor fuere retenido podrán ordenar, en cualquier momento, la restitución del menor, conforme a su interés.

Lo anterior no significa que se consagre una especie de prescripción para demandar la restitución de menores, sino que después de dichos plazos la restitución no se entenderá automática, pues será discernida y ordenada por el juez o autoridad requeridos, atendiendo a las circunstancias de cada caso.

**24.** Cuando las solicitudes de cooperación sean transmitidas por vía consular o diplomática o por medio de las Autoridades Centrales será innecesario el requisito de legalización u otras formalidades semejantes. En el caso de solicitudes de cooperación cursadas directamente entre tribunales o cortes de las zonas fronterizas de los países, tampoco será necesaria la legalización. Asimismo, estarán exentos de legalización en el Estado Parte solicitante los documentos que sobre el particular se devuelvan por las mismas vías.

Lógico es que las solicitudes deberán estar traducidas, en su caso, al idioma o idiomas oficiales del país al que se dirijan. En cuanto a los anexos, será necesaria la traducción de un sumario que contenga los datos esenciales de los mismos.

Lo anterior se aceptó con el objeto de simplificar al máximo los trámites y solamente exigir la legalización cuando sea estrictamente necesario.

**25.** Por su parte, el artículo dieciséis establece que cuando las autoridades competentes de un Estado constaten en el territorio sometido a su jurisdicción la presencia de una víctima de tráfico internacional deberán adoptar inmediatamente las medidas que sean indispensables para garantizar su protección, incluso, aquellas de carácter cautelar que impidan el traslado indebido del niño a otro país.

Las medidas anteriores serán rápidamente comunicadas, por medio de las Autoridades Centrales, a las autoridades competentes de la última residencia habitual del menor. En virtud de lo anterior, las autoridades que intervengan deberán adoptar cuantas medidas sean necesarias a fin de que los titulares de la acción restitutoria estén informados de las medidas adoptadas.

**26.** A fin de hacer más efectiva la cooperación interjudicial, las Autoridades Centrales intercambiarán información y colabo-

rarán con las autoridades competentes judiciales y administrativas en todo lo relativo al control de la salida y entrada de menores a su territorio.

Cabe tener presente que el Senado mexicano, al aprobar la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, de La Haya, de 1993 (D.O. 6 de julio de 1994), estableció una declaración con respecto a los artículos XVII, XXI y XXVIII de la misma en el sentido de que el gobierno mexicano no acepta que los menores puedan ser trasladados fuera del país sin que hayan sido previamente adoptados a través de los tribunales familiares o civiles nacionales. Lo anterior, con el objeto de evitar las llamadas "adopciones a prueba", ya que dichos actos pudieran alentar, aunque sea indirectamente, el ominoso tráfico internacional de menores.

**27.** Ordena el numeral dieciocho que las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado Parte, serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores. Para la anulación se tendrá en cuenta, en todo tiempo, el interés superior del menor, misma que se someterá a la ley y a las autoridades competentes del Estado de constitución de la adopción o de la institución de que se trate.

En relación a la anulación que tenga como origen la venta internacional de un niño, hubo alguna delegación que sostenía que las adopciones no podían ser anuladas, aun en estos extremos. Sin embargo, prevaleció la opinión mayoritaria de que un acto viciado no podía dar origen a una adopción legítima o legal. Incluso, se comentó que si en el caso de compraventa de un vehículo, el adquirente debe revisar que los documentos estén en regla cuanto con mayor razón tratándose de una adopción transfronteriza, ya que pudiera tratarse de un niño secuestrado en otro país. Algunas delegaciones propusieron diversos plazos prescriptivos de la acción de nulidad de una adopción que tuviera como base el tráfico internacional de menores posición que fue rechazada contundentemente en la conferencia diplomática.

**28.** Asimismo, la guarda o custodia también serán susceptibles de revocación cuando tuvieren su origen o fin en el tráfico internacional de menores, en las mismas condiciones previstas en

el párrafo anterior. *Mutatis mutandi*, los comentarios formulados en el párrafo veintisiete son aplicables a la presente hipótesis.

**29.** El artículo veinte aclara que la solicitud de restitución del menor podrá intentarse o promoverse sin perjuicio de las acciones de nulidad y revocación a que aludíamos antes.

**30.** En relación a los gastos y costas erogados con motivo de la localización y restitución del menor deberán ser pagados por el particular o la organización responsable del tráfico internacional de menores. Asimismo, los titulares de la acción o, en su caso, la autoridad competente, podrán entablar acción civil para obtener el resarcimiento de las costas, incluidos los honorarios profesionales y los gastos de localización y restitución del menor, a menos que éstos hubieren sido fijados en un procedimiento por separado de carácter penal. También podrán las autoridades competentes o cualquier persona lesionada entablar acción civil por daños y perjuicios contra el o los responsables del tráfico internacional del menor. Por nuestra parte entendemos que están incluidos los daños morales o psicológicos.

**31.** El artículo veintidós de la convención establece que los Estados signatarios adoptarán las medidas necesarias a fin de lograr la gratuidad de los procedimientos de restitución del menor conforme a su derecho nacional e informarán a las personas legítimamente interesadas, de las defensorías de oficio, beneficios de pobreza e instancias de asistencia jurídica gratuita a que pudieran tener derecho.

Lo anterior es de fundamental importancia ya que en la mayoría de las ocasiones los niños robados internacionalmente pertenecen a familias extremadamente humildes y muchas veces se ven imposibilitados, sus padres o tutores, de acudir a la justicia del país de destino del menor traficado en virtud de los altos costos que implica acudir a la justicia local, porque no es gratuita, y los onerosos honorarios de los abogados.



## V. CLAUSULAS Y CONSIDERACIONES FINALES

**32.** Los países podrán, al firmar, ratificar o adherirse o posteriormente, declarar que reconocerán y ejecutarán las sentencias penales dictadas en otro u otros, también signatarios de la convención, en lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios derivados del tráfico internacional de menores, lo que constituye una enorme ventaja ya que generalmente las sentencias penales no son ejecutadas en la parte relativa a penas pecuniarias.

**33.** Cuando un Estado tenga, en cuestiones tratadas por la convención, dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes, se entenderá que toda mención a la ley del Estado se referirá a la ley en la correspondiente unidad territorial, como en el caso mexicano, que cada entidad federativa cuenta con su propio código represivo y de procedimientos; por residencia habitual se entenderá la referida a la residencia habitual en una unidad territorial de dicho Estado, y, por autoridades competentes se entenderán las referidas a las autoridades competentes para actuar en la correspondiente unidad territorial. Lo anterior constituye una variante de la llamada cláusula federal que ya comentamos con anterioridad.

**34.** Los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en la que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestiones contenidas en la convención podrán declarar asimismo que ésta se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas. Cabe recordar que los Estados Unidos y Canadá suelen invocar esta reserva. Sin embargo, las declaraciones anteriores podrán ser modificadas ulteriormente, si así se desea.

**35.** Los Estados podrán declarar que no se podrá oponer en juicio civil, en ese Estado Parte, excepción o defensa alguna que tienda a demostrar la inexistencia del delito o la irresponsabilidad de una persona, cuando exista sentencia condenatoria ejecutoriada por ese delito, pronunciada en otro Estado Parte, reza el numeral 26.

**36.** Como ya se asentaba antes, las autoridades de las zonas fronterizas de los Estados signatarios podrán acordar, directa-

mente y en cualquier momento, procedimientos de localización y restitución más expeditos que los previstos en la convención, pero que no se opongan a ella. Al respecto cabe recordar la intensa cooperación entre las autoridades de las ciudades fronterizas mexicanas y estadounidenses, pero que se llevan de *facto*, es decir, sin que medie acuerdo formal alguno, lo cual es innecesario, ya que la nueva Ley sobre la Celebración de Tratados, de 1993, permite la negociación de acuerdos interinstitucionales entre las autoridades estatales y municipales de dichas zonas.

El mismo numeral, veintisiete, establece que nada de lo dispuesto por la convención se interpretará en el sentido de restringir las prácticas más favorables que entre sí pudieran observar las autoridades competentes de los Estados Parte para los propósitos contenidos en ella.

**37.** Los artículos veintiocho al treinta y cinco constituyen rutina en todos los convenios interamericanos y en todos los convenios en general, ya que se refieren a asuntos como firma, ratificación, adhesión, reservas, entrada en vigor, etc.

**38.** Cabe recordar que México participó muy activamente tanto en los preparativos de la conferencia diplomática como en las deliberaciones durante la misma. Don José Luis Siqueiros, jefe de la delegación mexicana, fue elegido, por aclamación, presidente de la Conferencia.

**39.** Con lo anterior se constata el empeño que tiene el gobierno mexicano para resolver un problema tan complejo como es el mercado de niños en el ámbito internacional. En efecto, cabe recordar que en 1989, México firmó la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de NU, varios de cuyos numerales se refieren al tráfico de menores. El 29 de mayo de 1993, México también firmó, en La Haya, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación de materia en adopción internacional, que de una u otra manera incide en el tema.

**40.** El gobierno mexicano además de firmar, aprobar, ratificar y depositar el instrumento respectivo para que la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores se convierta en derecho positivo, es decir, para que entre en vigor

para nuestro país, se tendrá que promover la reforma a una serie de ordenamientos nacionales, tales como el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles así como los Códigos Penal y de Procedimientos Penales, todos del D.F. De igual forma, el gobierno federal debe promover entre todas las entidades que conforman el Pacto Federal, las reformas y modificaciones correspondientes a sus leyes civiles, familiares, penales y de procedimientos para que México esté en posibilidades de cumplir con los compromisos internacionales que ha contraído a fin de erradicar, o al menos reducir, el infame tráfico internacional de menores.

41. Consideramos que la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores constituye un rotundo éxito de la diplomacia mexicana. Ahora solamente falta promover que dicho instrumento sea firmado por el mayor número posible de países tanto de origen como de destino del tráfico de niños. Cualquier cosa que se haga en favor de la infancia repercutirá, indudablemente, en un beneficio colectivo para la propia Humanidad.

# **LA CADUCIDAD COMO MEDIO DE EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES**

LIC. ANGEL GUERRERO LINARES

PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. ESPECIES. III. SIGNIFICADO Y ORIGEN DE LA EXPRESION. IV. HISTORIA. V. DOCTRINA. VI. CASOS ESPECIFICOS DE CADUCIDAD QUE CONTEMPLA LA LEGISLACION CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL. VII. EL PROYECTO ORTIZ URQUIDI Y EL CODIGO CIVIL DE QUINTANA ROO. VIII. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE.

## **I. INTRODUCCION**

Ante todo empezaré por decir que hay disensión entre los autores acerca de si la caducidad es medio de extinción de obligaciones o forma de perder derechos.

La opinión más generalizada es esta última y es por la que me inclino, sin embargo, bien podríamos concluir que en el caso de la caducidad no sólo hay pérdida de derechos, sino también extinción de obligaciones, y ello por virtud de la característica de bilateralidad de la norma jurídica, conforme a la cual toda obligación trae correlativamente un derecho;\* y viceversa, todo derecho trae consigo una obligación.

---

\* EDUARDO GARCIA MAYNES. *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa, S.A. México, 1972, p. 15.

Un sencillo ejemplo aclarará en forma evidente e inobjetable lo que acabamos de expresar: si el término para ejercitar el derecho del tanto transcurre sin que se haga valer tal derecho, evidentemente que éste se pierde pero también se extingue la obligación del copropietario de vender a su condueño, si éste pretende la venta después de extinguido el plazo de la caducidad.

Nuestros códigos también emplean la palabra "caducidad", para significar, no la pérdida de un derecho, sino la cesación de efectos de una institución jurídica por la realización del acontecimiento que al respecto establece la ley, como el caso (y éste es un claro ejemplo de esta caducidad) de que, verbigracia, el heredero testamentariamente instituido muera antes que el testador; artículo 1497 del Código Civil del D.F.

## II. ESPECIES

Son dos las caducidades de que se ocupa la doctrina y los textos legales positivos:

- a) La Caducidad Procesal llamada también Caducidad de la Instancia o "Perención".\*
- b) La Caducidad Sustantiva a la que también se le llama Decadencia.

De la primera de estas caducidades, se ocupan los códigos procesales, no siempre reglamentándola, sino generalmente señalando tan sólo términos en que la instancia caduca, es decir, en que se extingue el proceso por la inactividad de las partes durante cierto tiempo.

En nuestra legislación la contempla, por ejemplo, el ordenamiento adjetivo del Distrito Federal en los artículos 137 bis en sus doce fracciones, y 679; en materia federal, el artículo 373 fracción IV del también Código Adjetivo en dicho fuero y asimismo, la Ley de Amparo en el artículo 74 fracción V.

---

\* EDUARDO PALLARES. *Derecho Procesal Civil*, Ed. Porrúa, S.A. Edición 1965, p.110.

En cuanto a la Caducidad Sustantiva o Decadencia, el Código Civil del Distrito Federal no trae ninguna reglamentación al respecto, como tampoco los diferentes códigos de los estados, salvo el de Quintana Roo, del que más adelante nos ocuparemos y transcribiremos su correspondiente articulado.

### III. SIGNIFICADO Y ORIGEN DE LA EXPRESION

Investigando el origen y significado del término caducidad encontramos en el ámbito de su raíz etimológica, que proviene del latín "*caducus*", que significa decrepito, muy anciano, perecedero, poco durable. Perder su fuerza algún derecho, ley, costumbre, etc. \*

La caducidad, dicen los enciclopedistas de la OMEBA, "*per-  
tenece al campo del dejar de ser*".\*\*

Los autores del Diccionario de Derecho Privado, nos proporcionan otras definiciones sobre esta figura jurídica de la caducidad, y así nos transcriben lo que al respecto dice Castán y Von Tuhr: "*En sentido estrictamente jurídico, la caducidad se ha entendido como una institución jurídica por la que, la ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido ese término no puede ya ejercitarse.*

*Con fórmula más concisa, Von Tuhr ha definido a la caducidad como la pérdida de un derecho como consecuencia legal de un acto del titular*". \*\*\*

Por otra parte, el autor José Becerra Bautista, nos expone una definición de Guasp, enfocada estrictamente a la caducidad de la instancia y expresa que es la "*extinción del proceso que se produce por la paralización durante cierto tiempo en que no se realizan actos procesales de parte*". \*\*\*\*

- 
- \* Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la lengua Española, Ed. Ramón Sopena, S.A. Barcelona, 1936.
  - \*\* *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Tomo II, Buenos Aires. 1981, p. 482.
  - \*\*\* *Diccionario de Derecho Privado*. Apéndice, p. 178. Ed. Labor, S.A. Barcelona, 1963.
  - \*\*\*\* JOSE BECERRA BAUTISTA. *El Proceso Civil en México*. p. 360. Ed. Porrúa, S.A. México, 1965.

El jurista Ernesto Gutiérrez y González nos manifiesta su propia y especial definición, diciendo que la *"caducidad es la sanción que se pacta o se impone por la ley a la persona que dentro de un plazo convencional o legal, no realiza voluntaria y conscientemente la conducta positiva para hacer que nazca, o para que se mantenga vivo un Derecho Sustantivo o Procesal, según sea el caso.*

*Por acto positivo se debe entender en la especie, la conducta humana que sirve para evitar en contra de quien la realiza, una sanción o castigo pactado o fijado en la ley".\**

El origen real y propiamente jurídico de la palabra caducidad, está sin duda en el Derecho Romano, en el que tuvo una aplicación muy peculiar en la Institución del Derecho de acrecentamiento en relación a las liberalidades caducas, con motivo de la moralización de las costumbres romanas y del fomento a la natalidad, las cuales iban decayendo en el pueblo.

A estas partes caducas en las liberalidades, se refiere el romanista Eugenio Petit, al comentar en su obra de Derecho Romano, **Las Leyes Caducarias.**

Posteriormente el jurista francés Pothier, citado por el Lic. Lisandro Cruz Ponce, emplea este término y lo aplica a la sustitución fideicomisaria, y al respecto nos dice: *"nuestro tercer principio es, como lo hemos dicho, que el sustituido antes de la apertura de la sustitución no tiene, con relación al bien sustituido ningún derecho adquirido, sino una simple esperanza. De donde resulta: que si el sustituido muere antes de la apertura de la substitución no transmite nada a su heredero y la sustitución llega a ser caduca, pues no existiendo ningún derecho antes de la apertura, no tenía nada que transmitir. La esperanza se desvanece por su muerte".\*\**

Otro caso al cual aplicó Pothier la caducidad, es al término concedido al deudor, según nos comenta el jurista Italiano Jorge Giorgi, al decir *"En el antiguo Derecho Francés fue donde Pothier*

---

\* ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ. *Derecho de las Obligaciones.* Quinta Edición, p. 857. Ed. Cajica, S.A. Puebla, 1976.

\*\* LIZANDRO CRUZ PONCE. *Boletín de Derecho Comparado de la UNAM.* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Mayo-Agosto de 1987. No. 59, p. 492. Citando a Aubry et Rau quien relató este pasaje de Pothier.

*encontró gérmenes de la caducidad, la Ley, dijo Pothier, presume el término estipulado, solamente como comodidad del deudor, es pues, justo y natural que éste incurra en la caducidad del beneficio, siempre que desaparezcan las condiciones económicas en virtud de las cuales es de suponerse que se lo ha concedido al acreedor".\**

Los redactores del Código Civil Francés, influenciados en gran medida por Pothier, al elaborar el Código Napoleón, introdujeron en la legislación la figura de la caducidad, siendo en este ordenamiento legal en donde se reglamentó como una completa institución jurídica, aplicándola como una sanción a los testamentos y legados.

La doctrina francesa expuesta entre otros por el jurista Demolombe, al referirse al término de caducidad, expresa que es una palabra técnica, que designa ciertas circunstancias en razón de las cuales una disposición testamentaria, aunque válida y no revocada, no produce ningún efecto y "cae" por así decirlo. Cita al respecto un pasaje de Ulpiano que dice "*caducum appellatur veluti cacid abeo*". Transcribo en seguida el texto francés de este autor, a efecto de que el lector se ubique con mayor certeza y no se pierda el verdadero sentido que quiso darle el legislador francés a la palabra Caducidad: "*Ce mot. Caducité, est technique dans notre matière; il designe certaines causes, par suite desquelle une disposition testamentaire, quelque valable et non revoquée ne produit pas neanmoins d'effet, et tombe, par ainsi dire.*\*\*

Si para Demolombe la palabra caducidad es técnica, interpretemos pues, qué sentido le pretendió dar a ese calificativo de "técnica" y para tal efecto, transcribiré lo que don Andrés Bello nos dice en los artículos 20 y 21 del Código Civil Chileno que nos ilustrarán sobre el término "Palabra Técnica".

**Artículo 20.** Las palabras de la ley, se entenderán en un sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

\* JORGE GIORGI. *Teoría de las Obligaciones*, Volumen IV, p. 425, Academia Editorial Reus. Madrid, 1930.

\*\* DEMOLOMBE, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*. Tercera edición. París, 1865. Tomo V, p. 254 No. 297.



**Artículo 21.** Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezcan claramente que se han tomado en sentido diverso.

Troplong por su parte, comentando el artículo 1039 del Código Civil Francés, precepto legal este que contempla la caducidad, estableciendo: "*Toda disposición testamentaria será caduca... si aquél en beneficio de quien se ha hecho no sobrevive al testador.*

"*Toute disposition testamentaire sera caduque, si celui en faveur de qui elle est faite, n'a pas survécu au testateur*". Nos dice Troplong, que esta palabra viene de la literatura latina antes de las Leyes Caducarias de Augusto, y tiene idéntico significado "*Ce mot se trouve dans la litterature latine, avant les lois caducaires, et il y a cette signification*".\*

Otro autor francés que comenta acerca de la caducidad es Aubry et Rau, quien expresa que también opera la Caducidad en las donaciones entre esposos, en el caso de premuerte del esposo donatario, si el objeto de los bienes son presentes y no futuros, así lo expresa este autor al decir "*Les donations entre epoux, ayant pour objet des biens présents, ne deviennent pas, en general, caduques par le prédecés de l'epoux donataire*".\*\*

A la expresión caducidad se le ha identificado con otros términos, que en esencia tienen parecido significado, pero la misma finalidad, así tenemos que el legislador francés, en el Código Napoleón utilizó el vocablo "Déchéance" aplicándolo a los términos extintivos que se diferenciaban esencialmente de la prescripción y que no se reglamentaban bajo los principios de esta última figura jurídica.

Entre los autores que comentan el Código Francés y analizan la caducidad, tenemos a Baudry Lacantinerie et Tissier, conceptuándola de la siguiente manera: "*La prescription proprement dite se distingue facilement, et par sa nature même, des déchéance,*

---

\* TROPLONG, Droit Civil Expliqué, Donation entre vifs et des testament, Tome Quatrieme, p. 249 No. 2121. Paris, 1855.

\*\* AUBRY ET RAU.

*resultant de l' expiration des delais accordés par la loi, par la convention, ou par le juge, soit pour l' exercice d' une option ou d' une faculté quelconque, soit pour le paiement d' une obligation ou l' execution d' une condamnation*"\* (La prescripción propiamente dicha se distingue fácilmente y por su naturaleza misma de la caducidad que resulta de la expiración de los plazos acordados por la ley, por la convención o por el juez, sea para el ejercicio de una opción o de una facultad cualquiera, sea para el pago de una obligación o la ejecución de una prestación).

En efecto, el legislador francés introdujo el término "déchéance" al Código Civil Francés, dándole una aplicación semejante a la caducidad y así nos lo expresa Dalloz, al definir esta institución diciendo: "*Déchéance, pérdida de un derecho o falta de ejercicio o de cumplimiento de una condición o de un formalismo en un tiempo dado*".\*\*

Concluyendo: el legislador francés emplea el término déchéance al referirse a plazos extintivos especiales. Este término, déchéance, significa en español decadencia y tal y como lo sostiene el maestro Lisandro Cruz Ponce, en nuestro Derecho no se aplica la déchéance y no la contempla nuestro legislador, toda vez que decadencia significa "declinación, menoscabo, principio de debilidad o de ruina"\*\*\* y en nuestra "terminología jurídica los derechos no decaen, ellos se pierden, se extinguen o se suspenden".\*\*\*\*

La legislación italiana también contempla en su Código Civil el término caducidad. Sin embargo le asigna también otro vocablo que es la decadenza (decadencia), y así nos lo expresa el jurista Jorge Giorgi al decirnos "*Los términos fijados por el juez, por el pacto o por el testamento, producen "decadencia" o falta de fuerza en la acción, pero no prescripciones*".

\* Baudry Lacantinerie et Tissier *Traité Theorique et pratique de Droit Civil*. París 1899. 2a. Edición. pp. 34 a 40.

\*\* DALLOZ. *Repertoire de Legislation de doctrine et de jurisprudence*. Tome XV. p. 6 París, 1849.

\*\*\* *Diccionario Enciclopédico ilustrado de la Lengua Española*. op. cit.

\*\*\*\* LISANDRO CRUZ PONCE. Op. Cit. p. 459.

Este mismo autor, comentando la obra de Módica, quien hizo un tratado sobre la caducidad en el Derecho Italiano, nos dice que Módica define la "decadencia o caducidad" en los siguientes términos "*El fin de la acción por no haber ejercitado el derecho dentro del término perentoriamente fijo establecido por la ley, por la sentencia, por la convención o por el testamento*".\*

Otro jurista italiano Trabucchi, nos habla de la decadenza (decadencia) y nos dice que la decadencia es un concepto similar al de la prescripción, por tanto, una distinción entre ellas, no resulta siempre fácil (la decadenza, il cui concetto e simile a quello della prescrizione e dal quale, pertanto, una distinzione non risulta sempre facile).\*\*

Ruggiero en cambio, sí nos habla en sus textos de caducidad (caducita), y nos dice que "*la caducidad es propiamente la ineficacia de una disposición testamentaria por una causa sobrevenida, tratase de un obstáculo que no existía al momento de la confección del testamento, sino que sobreviene a la disposición plenamente válida por el obstáculo sobrevenido y no puede producir eficacia*".\*\*\*

Otro autor, Doménico Barbero, nos habla de caducidad diciendo que "*Además de la posibilidad y de los modos de revocación por voluntad del testador, de que hemos hablado, hay también una revocación de derecho por voluntad de la ley, llamada caducidad*" y así lo contempla, dice este autor, el artículo 687 del Código Civil que expresa: "*Son revocadas de derecho, es decir caducan por la existencia o la sobreveniencia de un hijo a descendiente legítimo del testador aunque sea póstumo*".\*\*\*\*

Como se observa, este autor identifica la caducidad con una revocación de derecho.

---

\* JORGE GIORGI. *Teoría de las obligaciones*. Volumen VIII. p. 338. Título IV, Capítulo II. Hijos de Reus Editores, Madrid, 1913.

\*\* ALBERTO TRABUCCHI. *Instituzioni Di Diritto Civile*, p. 110. 3a. Edizione Tipográfica Editrice la Garangila Padova, 1946.

\*\*\* DE RUGGIERO ROBERTO. *Instituzioni Di Diritto Civile*. Volumen III. p. 692-3 Casa Editrice Giuseppe Principato Massina Milano, 1953.

\*\*\*\* DOMENICO BARBERO. *Sistema de Derecho Privado*. Tomo V, p. 308. Ediciones Jurídicas Europa, América, Buenos Aires, 1967.

#### IV. HISTORIA

La historia de la caducidad se origina según la generalidad de los autores a partir de Las Leyes Caducarias. Sin embargo, Troplong afirma que el origen de este término jurídico se encuentra en la literatura latina con anterioridad a Las Leyes Caducarias.

Eugenio Petit nos comenta que el gobierno romano dirigido por Augusto, en el año 27 A.C., a fin de preservar y fortalecer el estado imperial, en virtud de que la corrupción en las costumbres romanas estaba originando la exagerada permanencia del Celibato y el abandono del deber de engendrar hijos legítimos, así como el acceso de los libertos a los cargos públicos y la disminución de ingresos económicos para el Estado, se dictaron reformas legales, y tales reformas fueron las llamadas Leyes Caducarias, que en esencia fueron la *Lex Julia de Maritandis* y *Lex Papia Poppaea*, y como complementación de dichas leyes, apareció también la *Lex Julia de Adutteris*, que castigaba el adulterio y estupro.

Estas leyes *Julia de Maritandis Ordinibus* y *Papia Poppaea*, reglamentaban lo relacionado al estado civil, matrimonio y divorcio y fueron aplicadas a los **célibes**, que eran los no casados y sin hijos, a éstos, la ley *Julia*, los privaba en absoluto de las liberalidades que les eran dejadas mediante testamento o legado; a los **orbi**, que eran los casados, pero sin hijos legítimos, la ley *Papia* los sancionaba con una caducidad de dichas liberalidades en un 50%; a los **patres**, que eran los casados y que tenían por lo menos un hijo, a ellos se les beneficiaba con las partes caducas, concediéndoles el "*Jus Caduca vindicandi*".\*

La caducidad operaba en estas leyes, como una especie de sanción a los **célibes** por no contraer matrimonio, y a los **orbi** por no tener descendencia, es decir, se traducía en la privación del derecho a liberalidades testamentarias instituidas en su favor, en virtud de haber omitido la conducta prescrita por el legislador y aplicadas por ministerio de ley.

---

\* *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México, 1977. Ed. Epoca, S.A.

En cuanto a los **patres**, los beneficiaba, en el caso de que concurrieran como coherederos con los **célibes u orbis**, acreciendo su porción con las partes caducas de los infractores.

Posteriormente de haberse contemplado la caducidad en el Derecho Romano, la introdujeron los juristas franceses en su legislación, tanto en el derecho antiguo como en el Código Napoleón en sus artículos siguientes: **1039**. "Toda disposición testamentaria caduca si aquél en favor de quien se ha hecho, no sobrevive al testador"; **1040**. "Toda disposición testamentaria hecha bajo condición que dependa de un evento incierto, cuando la intención del testador sea que la disposición no debe ejecutarse mientras el evento no llegue, caducará si el heredero instituido o el legatario fallece antes del cumplimiento de la condición"; **1043**. "La disposición testamentaria caduca cuando el heredero instituido o el legatario la repudia o es incapaz de recibirla".

Del Derecho Francés, la caducidad se expandió a casi todas las legislaciones del orbe, esto en virtud de que la legislación gala ha servido de modelo por la perfección con la que reglamenta las instituciones.

En nuestra legislación mexicana, se contempló por primera vez la figura de la caducidad, en los códigos civiles de 1870 y 1884, aplicándola a los testamentos; en materia procesal, los códigos de 1872, 1880 y 1884, hacen caso omiso de dicha institución, y considera el jurista Becerra Bautista, que es hasta el Código de Guanajuato de 1934 en donde se introdujo la caducidad y que esto se debió a la influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, aunque también reconoce que en nuestro Código de Procedimientos Civiles para el D.F. de 1932 se contempla la caducidad en el artículo 679.

## V. DOCTRINA

Como lo apuntamos en los apartados anteriores, la teoría de la caducidad, tenía en el derecho antiguo una aplicación restringida, pues solamente se reglamentaba en los testamentos y en las donaciones, sin embargo en las legislaciones modernas tanto en su significado, interpretación como aplicación, se ha enfocado a un sin número de instituciones y materias.

Von Tuhr confirma esta manifestación al decir que la caducidad *ipso jure* es aplicable, tanto en la pérdida de un derecho, como en la cesación de una relación jurídica.\*

Salvat por su parte nos dice: "tomada la palabra caducidad en el sentido amplio, podemos señalar los siguientes casos: el plazo para ejercer el derecho de recuperar la cosa inmueble vendida con pacto de retroventa; el plazo para reclamar daños y perjuicios por la falta de cumplimiento de una promesa de hacer un empréstito oneroso; el plazo concedido al renunciante de la herencia para demandar la anulación de su renuncia por las causas que la ley establece...".\*\*

Planiol y Ripert, también aplican la caducidad a determinados plazos y dicen: "*a la prescripción propiamente dicha se contraponen los plazos, prefijados o plazos que implican caducidad...*".\*\*\* Estos plazos, continúan diciendo estos autores,... "*no dejan de correr contra los menores, los interdictos y los cónyuges*".\*\*\*\*

Asimismo, enumeran una serie de plazos en donde opera la caducidad, y entre ellos mencionan: la acción de desconocimiento de la paternidad; la acción de nulidad de matrimonio; la acción de rescisión por lesión en la venta de inmuebles; en el usufructo, en la hipoteca, etc.

En el Derecho Español, también se ha aplicado la caducidad a diversas ramas, y tenemos la caducidad contemplada en los asientos en el Registro Público, en los derechos de propiedad industrial, éstos además de los regulados en los testamentos.

En la legislación argentina también se aplica a diversas instituciones, según nos comentan los enciclopedistas de la *Omeba*, aparte de los casos mencionados en España, opera en las concesiones mineras, en los servicios públicos, en la hipoteca, en el seguro, en patentes y marcas, caducidad laboral, etc.

\* VON TUHR. Derecho Civil., Vol. III2, p. 160, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1948.

\*\* SALVAT RAYMUNDO M. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General*. Tomo III. p. 685. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1956.

\*\*\* MARCEL PLANIOL Y GEORGE RIPERT. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo VII. No. 1402, p. 741. La Habana, Ed. Cultura, S.A. 1946.

\*\*\*\* Ibidem.

Esta aplicabilidad tan diversa de la caducidad, y la forma de su nacimiento, que se origina tal y como lo expresa Giorgi, "*por el juez, por el pacto o por el testamento*";\* han vuelto difusa a la teoría, es decir, se le ha identificado plenamente con la prescripción; y los sostenedores de esta postura, consideran que entre la caducidad y la prescripción, no existe diferencia alguna, y así llaman a la caducidad "prescripciones especiales", es decir consideran que la caducidad constituye prescripciones de carácter particular.

Otros autores consideran lo contrario, o sea que sí existen diferencias marcadas entre la caducidad y prescripción.

Unos autores más sostienen que, entre la caducidad y la prescripción, existen leves diferencias y resulta muy difícil su distinción.

En seguida expongo los principales comentarios de los juristas respecto de las diferencias antes apuntadas.

Baudry Lacantinerie et Tissier, expresan que es una de las cuestiones más difíciles y oscuras, distinguir la prescripción extintiva de la caducidad, que opera después de cierto lapso, al extinguir un derecho que no ha sido ejercido dentro del plazo o cuando no se ha practicado una notificación o no se ha intentado una demanda.

Merlin citado por Baudry Lacantinerie, sostiene "*que debe tenerse por constante que las caducidades son susceptibles de la aplicación de todas las reglas propias de las prescripciones liberatorias, a menos que la ley no disponga de otra manera*".\*\*

Planiol y Ripert, también manifiestan que la "*distinción entre prescripción y caducidad o déchéance, ha sido duramente criticada... Resulta sumamente delicado trazar una diferencia entre las prescripciones abreviadas y las caducidades, afirman los críticos, pues la exclusión de las causas de suspensión de las caducidades, se encuentran también en las prescripciones cortas,*

---

\* JORGE GIORGI. Op. cit. p. 338.

\*\* MARCEL PLANIOL Y GEORGE RIPERT. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. p. 741. Op. cit.

*conforme al artículo 2278, y en otros casos, las caducidades no son otra cosa que formas de prescripción".\**

Estos autores establecen una leve diferencia entre caducidad y prescripción y dicen *"a la prescripción propiamente dicha, se contraponen los plazos prefijados o plazos que implican caducidad".\*\**

Trabucchi, también considera que la decadencia (caducidad) es un concepto similar al de la prescripción, y una distinción no resulta siempre fácil, y agrega este mismo autor que la ley no distingue siempre entre los casos de prescripciones y casos de caducidad.\*\*\*

Los enciclopedistas de la *Omeba*, citando a Grawein expresan que, para este autor, la distinción entre caducidad y prescripción adquiere relativa importancia, ya que caducidad o temporalidad es igual a plazo de existencia de un derecho.

Borja Soriano sostiene también que *"es una cuestión de las más difíciles distinguir entre prescripción y caducidad".\*\*\*\**

Los autores que consideran que, entre la caducidad y la prescripción existen marcadas diferencias, y no es posible confundirlas, están entre otros, Troplong, Nicolas Coviello, Giorgi, Biagio Brugi, Salvat, Von Tuhr.

Coviello nos dice: *"No debe confundirse con la caducidad la prescripción, a pesar de la analogía que existe entre ellas, la prescripción es poner fin a su derecho, que por no haber sido ejercitado, se puede suponer abandonado por el titular; el objeto de la caducidad es preestablecer el tiempo en que un derecho puede ejercitarse útilmente".+*

Jorge Giorgi, quien comentando sobre los plazos, nos hace una clarísima distinción entre caducidad y prescripción diciendo que: *"... la palabra Prescripción significa solamente aquella espe-*

\* Ibidem.

\*\* Ibidem.

\*\*\* ALBERTO TRABUCCHI *Op Cit.* p. 110.

\*\*\*\* MANUEL BORJA SORIANO. *Teoría General de las Obligaciones.* p. 652. No. 1455. Octava Edición. Ed. Porrúa, S.A. 1982.

+ NICOLAS COVIELLO, MANUALE. *Di Diritto Civile Italiano. Parte Generale.* p. 520, Sección IV, Capítulo XIII. Societa Editrice Libreria. Milano, 1929.



*cial institución, por la cual las acciones se extinguen con el no ejercicio y bajo las condiciones fijadas por la ley. Los términos fijados por el Juez, por el pacto o por el testamento, producen decadencia o falta de fuerza en la acción pero no prescripciones";\** agrega este autor que, el origen de esta caducidad se debió a la antigua jurisprudencia francesa y que Pothier encontró gérmenes de tal figura.

Sobre este mismo análisis del plazo, Von Tuhr nos hace una distinción entre caducidad y prescripción, diciendo *"la prescripción se distingue sustancialmente de la caducidad de un crédito, por el transcurso de un plazo eliminatorio, así en cuanto a requisitos como en cuanto a los efectos, en efecto, para estos plazos preclusorios —aquí está identificando los plazos preclusorios con la caducidad— no rigen las causas de suspensión e interrupción de la prescripción, establecidas por la ley. Por lo que se refiere a los efectos, la distinción estriba en que el transcurso del tiempo estéril del plazo preclusivo extingue el crédito; en cambio, la prescripción lo que hace es engendrar una excepción. Por eso, mientras que el primer efecto es apreciado de oficio por el Juez, la prescripción sólo se tiene en cuenta cuando el demandado la aduce".\*\**

Salvat nos expone las diferencias entre estas dos figuras y dice que, en la prescripción, *"la idea de sanción de la negligencia del acreedor o del propietario tiene una función perfectamente clara y evidente; en la caducidad, el legislador no ha dejado sin duda de tener en cuenta esta idea, pero al someterse a plazos breves y terminantes ha considerado sobre todo motivos de orden público".\*\*\**

Sin embargo, este autor expresa más adelante que, *"la caducidad se rige en general por las mismas reglas de la prescripción, específicamente en cuanto a la forma de computación del plazo y a la interrupción. Lo mismo que la prescripción, la caducidad*

\* JORGE GIORGI. *Teoría de las Obligaciones*. Volumen IV, p. 425. Ed. Reus, S.A. Madrid, 1930.

\*\* VON TUHR. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo II. p. 134. Traducido por W. Rocas, Ed. Reus, S.A. Madrid, 1934.

\*\*\* SALVAT RAYMUNDO. Tomo III. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1956.

***no puede ser declarada de oficio, a menos que esté de por medio una razón de orden público".***

Otros de los conflictos doctrinarios en que se han enfrascado los autores, es el concerniente a establecer si la caducidad es puramente extintiva de derechos o también de obligaciones; como lo expuse al principio del presente trabajo, los juristas se han dividido en sus comentarios, sin embargo la mayoría sostiene que la caducidad es extintiva de derechos, y así nos lo confirma el autor Gutiérrez y González en la definición que da sobre la caducidad y que la hemos transcrito anteriormente.

Otros autores como Giorgi, al enumerar las causas de extinción de obligaciones, mencionan entre otras la prescripción, mas nunca a la caducidad.

## **VI. CASOS ESPECIFICOS DE CADUCIDAD QUE CONTEMPLA NUESTRA LEGISLACION**

Como hemos expuesto en el contenido del presente estudio, a la caducidad en las legislaciones modernas, se le ha dado aplicación en muy diversas instituciones jurídicas, aplicabilidad esta que va de acuerdo a su origen.

Nuestro Código Civil establece casos específicos de caducidad en diversos artículos.

Aplica la caducidad en los testamentos y así lo expresan los artículos 1495, 1497 en sus tres fracciones y el 1498.

En otras materias, tenemos el artículo 655, aplicado al mandato referido al ausente; el artículo 1946 aplicado a las obligaciones morales; en materia registral están los artículos 3029 y 3035.

Al igual que en la doctrina extranjera, en la nuestra también existe controversia acerca de la aplicabilidad de la caducidad en determinados supuestos jurídicos, y así el maestro Gutiérrez y González en su obra nos enumera una lista de los artículos que considera el Código como caducidad y el autor expresa que no lo son; igualmente expone hipótesis personales de caducidad que debería contemplarlas el Código Civil como tales.

El suscrito después de hacer el estudio de esta figura jurídica, tanto en nuestra doctrina y legislación, como en la doctrina y legislación de los principales sistemas jurídicos extranjeros, ha llegado a deducir que el tratamiento y enfoque que le pretendió dar el legislador a la caducidad, fue el de considerar su aplicación a los plazos breves o cortos de tiempo dentro de los cuales el interesado omitiese realizar los hechos estipulados por las partes o establecidos por la ley para mantener vivo un derecho, y en caso de no ejercitarlos la ley sanciona con su extinción.

## VII. EL PROYECTO ORTIZ URQUIDI Y EL CODIGO CIVIL DE QUINTANA ROO

El único ordenamiento que en nuestro país reglamenta en forma autónoma, sistemática y metódica la Institución de la caducidad es —así lo anunciámos en el primer apartado de este trabajo— el Código Civil del Estado de Quintana Roo, cuyo anteproyecto fue elaborado como de sobra se sabe por nuestro maestro doctor Raúl Ortiz Urquidi.

Los artículos correspondientes del expresado Código dicen así:

### De la caducidad

**Artículo 2474.** La caducidad es el medio de perder derechos por el simple transcurso del tiempo fijado al respecto por la ley o por las partes, si dentro de ese término o plazo el interesado no lleva a cabo el hecho o hechos legal o convencionalmente señalados, necesarios para mantener vivo y no perderlo, un derecho sustantivo o uno procesal, según sea el caso.

**Artículo 2475.** La caducidad procesal, llamada también caducidad de la instancia, se sujetará a las disposiciones relativas del código de la materia y se sujetará a las disposiciones de este capítulo y a las normas especiales de su instituto de caducidad sustantiva, llamada también decadencia, sea legal o convencional.

En este ordenamiento también se designa como caduca a la institución jurídica que deja de surtir efectos porque se realiza el

evento especialmente previsto por la ley al respecto, pero entonces se aplican a tal caducidad, no las disposiciones de este capítulo, sino sólo las del caso especial de que se trate, o sean las de su instituto particular. (Dado lo absolutamente ininteligible de la primera parte de este artículo me vi precisado a entrevistar al maestro Ortiz Urquidi, que ya dije, y todos lo sabemos, es el autor del anteproyecto relativo, para que me hiciera el favor de explicarme tan obscuro texto; a cuyo efecto se concretó a facilitarme el texto original que así literalmente dice: *"La caducidad procesal, llamada también caducidad de la instancia, se sujetará a las disposiciones relativas del código de la materia; en tanto que la caducidad sustantiva llamada también decadencia, ajustará su régimen a las disposiciones de este capítulo y a las normas especiales de su instituto particular"*. Y agregó el maestro: *"desgraciadamente cuando los "revisores" de mi anteproyecto, los entonces respectivamente Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Quintana Roo y Procurador General de Justicia del mismo Estado y un conocido profesor de esta Facultad trataron de innovar mis textos, lo hicieron en tal forma que originaron, como en el caso, terribles galimatías"*.

Continuando con el análisis del Código de Quintana Roo, tenemos que el artículo 2476 nos dice: "La caducidad contrariamente a la prescripción:

- I. Extingue derechos sin necesidad de declaración judicial;
- II. Debe ser tomada en cuenta de oficio por el Juez, ya que la no caducidad es condición necesaria e imprescindible para el ejercicio de la acción.
- III. No admite la interrupción ni tampoco la suspensión, a menos que con relación a esta última haya disposición legal o convencional expresa en contrario, y
- IV. Puede ser convencional pero será nulo el pacto:
  - a) Que pretenda cambiar o siquiera modificar el régimen legal de cualquiera de los casos de caducidad establecidos por la ley, y
  - b) Que señale términos tan largos o tan breves y hechos o condiciones tan fútiles o embrollados o de tan difícil o fácil

realización que hagan que la caducidad sea prácticamente imposible o, en su caso prácticamente inevitable.

(Desde la primera línea del anterior artículo hasta la fracción IV, en que se exprese que la caducidad "puede ser convencional", el texto es idéntico al anteproyecto del maestro, quien en artículo por separado, dice textualmente lo siguiente: *"el convenio a que se alude en la fracción IV del artículo anterior será nulo: I. Si mediante él se pretende cambiar o siquiera modificar el régimen legal de cualquiera de los casos de caducidad establecidos por la ley; o II. Si señala términos tan largos o tan breves, hechos o condiciones tan fútiles o embrolladas o de tan difícil o fácil realización, que hagan que la caducidad sea prácticamente imposible o, en su caso prácticamente inevitable"*).

Como se ve, de este texto del maestro, lo único que hicieron al respecto los "revisores", fue ponerlo como parte final de la fracción IV del artículo 2476 del Código comentado.

## VIII. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE

No existe Jurisprudencia concreta sobre la caducidad en general, sin embargo nuestro más alto Tribunal Judicial Federal, ha emitido diversos criterios al respecto, titulados "DIVORCIO, caducidad DE LA ACCION Y NO PRESCRIPCION", que puede ser consultada en los informes rendidos por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al Pleno de ese alto Tribunal durante los años de 1975 a 1981, tesis correspondientes a: Sexta Epoca, Cuarta Parte. Vol. IV, pág. 114 A.D. 2388/57. Miguel Rosado. 5 votos. Vol. IV, pág. 115 A.D. 2442/56. Leonardo Ibarra Falcón. 5 votos. Vol. XXXIII, pág. 90 A.D. 7609/57. Alberto Muñizuti. 5 votos. Vol. XXXVII, pág. 55 A.D. 3311/59. Fernando Horacio Arriola Camou. 5 votos. Vol. XLIV, pág. 113 A.D. 1827/59. María Elena Miranda de Langarica. Mayoría de 4 votos.

Existen varias tesis de la Corte sosteniendo el criterio de que, el término fijado por la ley para el ejercicio de la acción de divorcio es un término de caducidad y no de prescripción, tal y como se contempla en el criterio anteriormente mencionado en la jurisprudencia aludida, sin embargo, existe un criterio muy

interesante de la H. Suprema Corte, que viene a dilucidar todas las controversias que han tenido los autores para distinguir entre prescripción y caducidad; y que por su importancia me permito transcribir dicha ejecutoria, cuya tesis se ve publicada con el número 2806 en el boletín de información judicial correspondiente al mes de diciembre de 1954, tesis sustentada en el Amparo Directo número 1082/952, que resolvió sobre el particular, lo siguiente:

"La institución a que alude el artículo 1189 del Código Civil de Coahuila, igual al 1292 del Código del D.F., no es la de la prescripción de la acción, sino la de la caducidad de la misma, que no debe confundirse con la primera porque aunque ambas son formas de extinción de derechos que descansan en el transcurso del tiempo, son también de tan marcadas diferencias que no es posible confundirlas, como enseguida se verá.

En efecto, la prescripción supone un hecho negativo, una simple abstención que en el caso de las acciones consiste en no ejercitarlas (en el de las obligaciones en no exigir su cumplimiento) y la caducidad supone un hecho positivo para que no se pierda la acción, de donde se deduce que la no caducidad es una condición del ejercicio de aquella y que el término de la misma es condición *sine qua non* de ese mismo ejercicio, puesto que para que la caducidad no se realice deben ejercitarse los actos que al respecto indique la ley, dentro del plazo fijado perentoria e imperativamente por la misma. De aquí el porqué de que la prescripción sea una típica excepción y la caducidad una inconfundible defensa. Por otra parte, cuando se trata de la prescripción se trata de intereses puramente personales y privados y por eso se admite no sólo su suspensión, sino también su interrupción por medio de interpelaciones, reconocimientos, etc.; pero cuando se versan cuestiones que no solamente miran a estos intereses personales y privados, sino que trascienden a la limitación de determinados derechos, como en el caso del retracto sucede con el de propiedad, ya que es unánime la doctrina que considera a dicho derecho de retracto como depresivo del de propiedad, puesto que cohibe la libre facultad que cada uno tiene de disponer de lo suyo, entonces el término fijado al respecto y que en el caso del invocado artículo 1189, es de ocho días, aparte de convertirse, como ya se dijo, en

una condición del ejercicio de la acción, no admite tal interrupción, siendo de advertirse que la caducidad sólo admite la suspensión, y esto únicamente en casos de fuerza mayor (un claro ejemplo de ello es el que prevé el artículo 164 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que se invoca aquí como mera cita de Derecho Comparado), ya que sería atentar desconsideradamente contra esa facultad que tienen los hombres de disponer libremente de lo suyo, si, como en la especie, se admitiera que el susodicho término de ocho días se pudiera interrumpir al gusto del retrayente y cuantas veces quisiera, siendo por ello y por lo anteriormente considerado, que caducidad y prescripción tienen que ser, como lo son, dos instituciones esencialmente diversas.

Directo 1082/1952, Teresa Galván Viuda de González, Sucesión, y coag. Resuelto el 26 de noviembre de 1954, por mayoría de 3 votos, contra el del señor Ministro Santos Guajardo. El presidente Castro Estrada no intervino por estar legalmente impedido. Ponente el señor Ministro García Rojas. Secretario: Raúl Ortiz Urquidi.

## **NATURALEZA JURIDICA Y AUTONOMIA DEL DERECHO FAMILIAR**

**JULIAN GÜITRON FUENTEVILLA**

**ARTICULO HOMENAJE PARA EL MAESTRO ANTONIO DE IBARROLA AZNAR**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, MAYO DE 1995**

**Doctor en Derecho, graduado en la Universidad Nacional Autónoma de México; profesor de carrera de Derecho Civil y Derecho Familiar; nivel "C", por oposición, en la Facultad de Derecho de la UNAM y en su División de Estudios de Posgrado. Maestro Emérito de la Universidad Autónoma de Tamaulipas y de la Universidad Autónoma de Chiapas. Presidente y fundador del Colegio Nacional de Estudios Superiores en Derecho Familiar, A.C., en 1973. Presidente del Instituto Internacional de Derecho Civil y Derecho Familiar, A.C., desde 1977. Profesor invitado en 1984, de l'Université de París XII Val-de-Marne, France. Autor de los Códigos Familiares de Hidalgo (1983) y Zacatecas (1986). Asesor en la elaboración de la Legislación Familiar Salvadoreña (1988) y la Panameña (1994). Profesor de Prospectiva Jurídica, de Derecho Familiar y Derecho Civil en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, desde 1992. Director del Seminario de Tesis de Posgrado. Colaborador en la Reforma Académica aprobada por el Consejo Universitario de la UNAM, de la Facultad de Derecho, a partir de septiembre de 1993, implantando dos cursos de Derecho Familiar. A partir de 1994, miembro activo del Patronato del CONEFAD (Consejo Nacional de Egresados de la Facultad de Derecho). Miembro**



Honorario Vitalicio de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, 1990. Fundación en 1994, de la Asociación de Maestros de Carrera en Derecho, A.C. "Dr. Julián Güitrón Fuentesvilla". Palmas Académicas, otorgadas por la UNAM, por más de 25 años de cátedra ininterrumpida. Titular de la Cátedra "Lic. Jesús Reyes Heróles", otorgada por el Consejo Técnico de la Facultad de Derecho de la UNAM, durante 1994. Consejero Técnico de la Facultad de Derecho de la UNAM, 1994-2000. Presidente de la Comisión de Derecho Familiar del Consejo Nacional de Egresados de Posgrado en Derecho, A.C. (CONEPOD), Vicepresidente de la Asociación Nacional de Doctores en Derecho, A.C. Autor de las siguientes obras: "Derecho Familiar". Primera edición en 1964, segunda edición en 1988 y tercera edición en 1989. "¿Qué es el Derecho Familiar?", volúmenes I y II, de 1984 y 1992, respectivamente. "Tesis", 1991. "¿Qué puede usted hacer con sus bienes antes de morir?", 1993. Actualmente está en proceso de investigación y elaboración el Tratado de Derecho Civil. Vicepresidente Internacional del Octavo Congreso Mundial de Derecho Familiar, celebrado del 30 de octubre al 5 de noviembre de 1994, en la Universidad Central de Venezuela y ponente oficial en el mismo.

## INTRODUCCION

Honor a quien honor merece. Reconocemos en primer lugar, la iniciativa del Licenciado Joaquín Martínez Alfaro, Presidente del Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, quien con una gran sensibilidad y sobre todo, haciendo realidad el pensamiento de José Ortega y Gasset, de que la obligación principal del hombre bien nacido es ser agradecido, él al convocarnos, a quienes formamos parte de ese Colegio, nos transmitió el entusiasmo de su pensamiento para que en vida, le rindamos, con este libro, un homenaje al distinguido jurista, maestro de maestros y huella imborrable en la Facultad de Derecho, Antonio de Ibarrola Aznar, con quien debemos hacer realidad aquel pensamiento que dice:

"En vida, hermano, en vida.  
Si quieres hacer feliz a alguien, hazlo hoy,  
no cuando sea difunto...  
¿Si deseas dar una flor? Mándala hoy con amor...  
No esperes a que se muera la gente.  
Tú serás muy feliz si aprendes a hacer felices a todos.  
Nunca llenes tumbas de flores, llena de amor corazones.  
En vida, hermano, en vida".

Con mis respetos y admiración para el gran jurista, Antonio de Ibarrola Aznar, a quien le deseamos larga vida.

## I. ¿QUE SIGNIFICA NATURALEZA JURIDICA?

Es importante para los estudiosos del Derecho, entender la expresión naturaleza jurídica. De ella se derivan circunstancias y situaciones, que nos permiten ubicar con exactitud, la rama jurídica a la cual pertenecen las instituciones en estudio; determinar sus obligaciones y derechos; saber qué elementos debe reunir y sobre todo, lo que a esa institución le corresponde, según sus características. Lo que es en Derecho. Naturaleza jurídica significa ubicar en la ciencia del Derecho, el acto jurídico, el contrato, la institución, la situación a la que nos estamos refiriendo. Naturaleza jurídica es lo primordial de cada institución. Lo que no requiere artificios ni mezclas en su integridad. Es la esencia de cada figura jurídica. Origen de las instituciones legales, según sus notas propias; verbigracia, la naturaleza jurídica del divorcio, es la ruptura del vínculo matrimonial, decretada por un Juez Familiar o un Juez del Registro Civil, —según el Código Civil para el Distrito Federal— dejando a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio. Más todavía, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la tutela? Es una carga de orden público, impuesta por la ley o por disposición del Juez. ¿Y cuál es la naturaleza jurídica de la compraventa? La de ser un contrato traslativo de dominio. Si no supiéramos qué significa la expresión naturaleza jurídica en general, probablemente diríamos que la tutela es un contrato o que la compraventa transmite gratuitamente la propiedad de una cosa. Ahondemos en este tema. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la patria potestad? Para nosotros, es un derecho-obligación derivado de la filiación, es de orden público, es impuesto por la ley. Si no determináramos cuál es la naturaleza jurídica de la patria potestad, podríamos equivocarnos y decir, es un convenio entre el padre y los hijos; quizá, cometeríamos el error de aceptar que un hermano o un pariente, que no fueran los abuelos maternos o paternos, pudieran ser titulares de la patria potestad. Es muy importante para este artículo, que no haya dudas de que cuando decimos, naturaleza jurídica, queremos destacar lo que cada figura en Derecho es, en la sistemática del Derecho. Metafóricamente hablando, en qué cajón del escritorio, debemos ubicar esa institución. Ejemplificábamos con un contrato de compraventa, cuya naturaleza jurídica, es la de un contrato

traslativo de dominio. Podría algún jurista, afirmar y sostener, que el tiempo compartido tiene como naturaleza jurídica, ser un contrato de compraventa. ¿Es el tiempo un objeto que puede ser materia de un contrato traslativo de dominio? ¿Es posible física, jurídica y comercialmente? ¿Se puede acudir a una tienda y comprar tiempo? ¿Se puede comprar tiempo y compartirlo? ¿Será necesario, para no cometer más errores de los que ya existen, determinar cuál es la naturaleza jurídica del tiempo compartido y de ahí derivar su concepto, sus elementos, las obligaciones y derechos de los sujetos que participan en ese contrato? ¿Cuál es la naturaleza jurídica del matrimonio? ¿Habrá hoy en día quien afirme que es un contrato? ¿Debe, para que haya contrato de matrimonio, tener elementos esenciales y de validez? ¿Puede haber, siguiendo esa teoría del siglo pasado, matrimonios inexistentes y aceptar la "*condractio in adiecto de*", "acto jurídico inexistente"? ¿Cuál es el objeto del matrimonio? ¿Existe en el comercio, es determinado o determinable, existe físicamente, qué pasa si esos elementos de un contrato común y corriente, que algunos pretenden imputárselos al matrimonio, no se dan? ¿No habrá matrimonio? ¿Que hay cuando una pareja se casa en artículo de muerte? ¿No hay matrimonio? ¿Qué ocurre si una pareja contrae matrimonio y en la propia oficialía del Registro Civil —para nosotros del Estado Familiar— ocurre una desavenencia, se pelean y cada quien regresa a su domicilio y vuelven a verse en los próximos 30 ó 40 años, ¿Hay matrimonio, hay contrato, cuál es la naturaleza jurídica del matrimonio?

### RESPUESTAS CIENTIFICAS

Para nosotros, es premisa fundamental, determinar qué es naturaleza jurídica. Ella va a quitarnos las vendas de la ignorancia. Va a darnos elementos científicos, intelectuales, juicios valorativos, para no hacer afirmaciones temerarias o audaces, sino razonadas, que nos permitan sostener con simpleza y sencillez, las respuestas que el mundo jurídico tan complejo demanda. Qué importante es que un estudiante, que un estudioso, que un jurista, ante la interrogante ¿cuál es la naturaleza jurídica del nombre de una persona física jurídica? nos conteste sin ambages y sin titu-

beos: es un atributo de la persona, algo inmanente a ella. Con lo que nace y no simplemente decir, el nombre es algo que caracteriza a la persona, que la individualiza; por ello, si razonamos juntos con quienes nos hacen el honor de leer estas líneas, llegaremos a la misma conclusión: es fundamental, esencial, que cualquier estudioso del Derecho, sea Familiar, Civil, Penal, Fiscal, Agrario, nos dé una respuesta, una respuesta jurídica, científica y no lo que cree, o lo que puede derivarse de no saber, que finalmente viene a exhibir una ignorancia crasa, cuando no podemos categóricamente y sólidamente, responder con una afirmación contundente, que la naturaleza jurídica de una institución, es ésta o aquélla. Por eso, nuestro interés de ahondar en el concepto, naturaleza jurídica en general, para después llevarlo a la esencia de este trabajo. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del Derecho Familiar?

## **II. ¿QUE QUIERE DECIR NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO FAMILIAR?**

La naturaleza jurídica del Derecho Familiar, es la de constituir un tercer género, al lado del Público y del Privado. No como Derecho Social, tampoco como Civil, sino como una nueva rama jurídica, con principios y objeto de estudio propios, que hoy, rebasa las instituciones tradicionales y va más allá de los límites, que desde la época de los romanos, se le ha marcado, al incluirlo en el Derecho Privado y en el Civil.

### **¡NUEVA RAMA DE LA CIENCIA JURIDICA!**

Para nosotros, el Derecho Familiar, tiene su propia naturaleza jurídica. Su ubicación en el mundo del Derecho. Su contenido que no es Privado ni Público, mucho menos Civil. El Derecho Familiar, que no de Familia ni de la Familia, sino con su género Familiar, es una nueva rama de la ciencia del Derecho, con características singulares. Su objeto de estudio propio, la familia. Sus relaciones jurídicas sometidas al orden público, pero sin ser un organismo del Estado. Sus sujetos —cónyuges, hijos, abuelos, padres, hermanos, madres, hijos, hermanas, primos, divorciados,

adoptantes, adoptados, adoptadas, concubinos, concubinas, emancipados, emancipadas, incapacitados, discapacitados, ausentes, desheredados, herederos, etc.— se rigen por normas de orden público, que no son las del Estado, que éste se ha preocupado por promulgarlas, con características especiales, donde se imponen —el *jus imperium*— a través del Derecho. La imposición que de estas normas hace el Derecho, no las deja, como ocurre en el Derecho Civil o en el Privado, al arbitrio o a la libre expresión y autonomía de la voluntad, de quienes intervienen en ella. El Estado las impone, obliga a los sujetos a cumplirlas.

### EJEMPLOS ILUSTRATIVOS

Las relaciones jurídicas entre los sujetos del Derecho Familiar —verbigracia cónyuges— no se pueden sujetar a la voluntad de éstos, si bien es cierto, el acto más privado que tiene el hombre es casarse; en el momento mismo que acepta, cuando manifiesta su voluntad y dice "sí me caso", una vez en el estado familiar de cónyuge, la ley le impone, sin concesiones, términos ni condiciones, el contenido de las mismas. Los cónyuges no pueden, aunque quieran, sujetar su vida matrimonial a un término. Tampoco a una condición suspensiva o resolutoria. Mucho menos a una carga, que en realidad sería una obligación, porque la misma tiene dos sujetos, uno activo con el derecho subjetivo de exigir, un pasivo, con el deber jurídico de cumplir, respecto a un objeto de dar, hacer o no hacer, que quedan vinculados por la relación jurídica, ésta sí, sujeta a término o condición.

¿Se imaginan lo que se podría pensar de un "jurista", que sostuviera que el matrimonio puede sujetarse a término o condición?

### LA LEY FAMILIAR ORDENA, NO DISCUTE

Los cónyuges se someten al imperio de la ley. Esta ordena, no discute. Cumplen o los hacen cumplir. Incluso, en el supuesto del divorcio por mutuo consentimiento judicial, se requiere, se exige, es un elemento "*sine qua non*", la intervención del Juez

Familiar; sin él, no hay divorcio. La voluntad de los cónyuges es insuficiente —por sí sola— para disolver un vínculo matrimonial, en cambio, juzguen ustedes, en Derecho Civil, por ejemplo, en un contrato de arrendamiento, los sujetos, arrendador y arrendatario, discuten, argumentan, pactan y hasta aceptan, las cláusulas, el pago, los términos, las condiciones, las cargas, la cláusula penal, las causas de rescisión, etc., porque la naturaleza jurídica del Derecho Civil, es de orden privado, individual, personal, egoísta, económico, patrimonial, de dinero, donde la autonomía de la voluntad, es casi la suprema ley, es el principio que regirá las relaciones en Derecho Civil; sin olvidar lo que tradicionalmente afirma el propio Código Civil para el Distrito Federal, que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de orden público son nulos. Sólo son renunciables los derechos particulares, los privados, los que no afecten el orden público y aquí surge una pregunta: ¿Cuál de los derechos familiares se deja en su cumplimiento, al arbitrio de las partes o simplemente no se cumple?

### **¡EL DERECHO FAMILIAR ES UN TERCER GENERO!**

Volvamos al camino inicial. La naturaleza jurídica del Derecho Familiar es ese tercer género de orden público, colectivo, general, no económico, excepcionalmente patrimonial, donde la voluntad particular no tiene cabida. No cuenta, no se sujetan los fines del Derecho Familiar, a lo que los cónyuges, los suegros, los hijos, los primos quieren; qué mejor ejemplo para ilustrar la importancia del Derecho Familiar, que el del testamento inoficioso. ¿Qué ocurre cuando el dueño de los bienes, el autor de la sucesión, otorga un testamento ológrafo —de su puño y letra— y por ignorancia o mala fe, distribuye sus bienes entre las personas a las que él quiere heredar y deja fuera a sujetos a quienes tiene la obligación de dar alimentos? El testador muere, se sabe su última voluntad, se llama a los herederos. Se da lectura al testamento y los bienes se van a repartir. Sin embargo, aparece la heredera preterida, la menor de edad, la reconocida en vida por el propio testador, prueba su entroncamiento y ¿qué ocurre con el testamento, qué pasa con esa voluntad del dueño de los

bienes? que simplemente viene la ley, ordena y por su imperio dice, *"a este sujeto, a quien le debías alimentos y lo olvidaste, hay que otorgárselos con cargo a la masa hereditaria"*. ¿Contó la voluntad del dueño de los bienes? ¿Su derecho de propiedad? ¿Su libre disposición de los mismos? ¿Qué ocurrió? Que en el Derecho Familiar hay un orden público, un interés de la sociedad, una vigilancia del Estado para que los fines superiores de la familia se cumplan. Por ello es importante entender que la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, es distinta al del Derecho Civil, al del Derecho Público, al del Derecho Penal y a todos los demás, porque la familia es única, sus instituciones también y de ahí que sea necesario darle ese tercer género y que los juristas propugnemos por crear la teoría del acto jurídico en Derecho Familiar, la teoría de las nulidades de los actos jurídicos del Derecho Familiar, en una palabra, el Derecho Familiar y el Derecho Familiar Patrimonial.

### TIENE SUS PROPIAS CARACTERÍSTICAS

¿Quién puede dudar que el Derecho Familiar tiene sus propias características? no admite la renuncia de derechos subjetivos familiares. No permite el arbitraje. Tampoco las modalidades del acto jurídico de Derecho Civil se le aplican. Rechaza la autonomía y la exteriorización de la voluntad. Imagínense ustedes, si tuviéramos que aplicar, lo que dice el Código Civil, cuando hay discrepancia entre la intención de los contratantes, respecto a su querer interno y lo que han declarado; dice la ley específicamente, que si no van en el mismo sentido la intención y la declaración, el acto está afectado de nulidad absoluta. Esto es Derecho Civil, no es Derecho Familiar. Si tuviéramos que aplicar esos preceptos, esas normas al Derecho Familiar, llegaríamos a este absurdo. Una pareja de casados, después de treinta años, viene ante un Juez y le dice el señor, "la intención, cuando me casé con esta mujer era que ante mi creencia de que era una mujer millonaria, con el matrimonio, me iba a convertir en rico. Es decir, mi intención —adquirir riqueza— no concordó con mi declaración de quererme casar. Porque sí dije y así se asentó en el acta correspondiente, que me quería casar y mi sorpresa mayúscula fue que



era una mujer pobre. Después de treinta años, vengo a pedirte que este matrimonio lo declares nulo absoluto, con base en el artículo 1851 y demás del Código Civil para el Distrito Federal, porque la intención fue por un lado y la declaración por otro y como expresamente dice la ley, que si la intención no va en el mismo sentido que la declaración, el acto está afectado de nulidad absoluta, vengo a pedirte que emitas esa declaración, que retrotraigas los efectos al día en que me casé, que destruyas todo lo que hubo y vuelvas las cosas al estado que tenían". Esto es Derecho Civil, no es Derecho Familiar. La naturaleza jurídica de éste es de orden público, la familia es primero. No podemos seguir utilizando subterfugios legaloides, para decir que el Derecho Familiar es Derecho Civil.

En Derecho Familiar no podemos otorgar un mandato, ni a nuestra hermana, para ejercer la patria potestad sobre nuestros hijos, sobre todo, porque los únicos titulares de ella son el padre, la madre y los abuelos paternos o maternos. ¿De dónde habría materia para un mandato, para una representación o para una carta poder?

Se prohíbe la enajenación, cesión y comercialización de los derechos familiares, verbigracia, un casado, no puede ceder su estado familiar, por una cantidad de dinero. ¿Pensar en vender o comprar un hijo, hacerlo con un hermano? Imposible, desde el punto de vista del Derecho Familiar. Se podrá aplicar la teoría tripartita de las nulidades, que regula el Código Civil del Distrito Federal, a los actos jurídicos del Derecho Familiar. En qué cabeza cabe, que el matrimonio putativo, el celebrado, sin haber disuelto el primero, no produce efectos jurídicos. Que esos hijos no existen, que las relaciones jurídicas con terceros, tampoco. ¿Qué pasa con los efectos del segundo matrimonio? ¿Qué dice la ley respecto a la sociedad conyugal del segundo matrimonio? ¿Cómo resuelve la sociedad conyugal del primer matrimonio vigente y que produce todos sus efectos jurídicos? Ella, la segunda esposa, ¿se queda con todos los bienes, si actuó de buena fe? y ¿la primera esposa, que es la dueña auténtica, pierde todo?

### III. CONCEPTO DE DERECHO FAMILIAR

¿Por qué no hay definiciones en esta materia? ¿Por qué se sigue definiendo el Derecho Familiar, como parte del Civil? ¿Por qué los auténticos estudiosos del Derecho Civil, continúan considerando las relaciones familiares dentro de aquél? ¿Seremos, los civilistas, los representantes del más puro conservadurismo en el Derecho? ¿Será posible que a pesar del contenido de las relaciones familiares, se les siga considerando Derecho Civil?

#### DEFINICIONES DIVERSAS

Desde la época en que en Roma, el Derecho se dividía en dos grandes partes, el Público y el Privado, éste hacía hincapié en tener por objeto, las relaciones entre los particulares.\* Ya en ese tiempo, al Civil se le daba un contenido personal y particular. Para Ulpiano, el Derecho Positivo en Roma, incluye preceptos naturales, el Derecho de Gentes y el Civil; en este sentido, Felipe Clemente de Diego, destaca que el Civil es todo el Derecho, "en particular el emanado de la autoridad de los jurisconsultos".\*\* Para muestra, lo que estamos señalando; para entender que como afirma Rafael Rojina Villegas, el Derecho Civil es Privado, su objeto es regular los atributos de las personas físicas y morales, "y organizar jurídicamente a la familia y al patrimonio, determinando el orden económico entre los particulares, que no tenga contenido mercantil, agrario u obrero".\*\*\* Se mezclan el Derecho Familiar, el Sucesorio y el Civil. Guillermo Floris Margadant, afirma, al hablar del Derecho Civil, que éste es el antiguo Derecho Romano, en el cual hay costumbres, leyes, senados consultos y plebiscitos, que se desarrolla por la jurisprudencia sacerdotal y seglar. Para este jurista, haber eliminado lo arcaico del Derecho Romano, le dio la posibilidad de su enfoque mediterráneo. Es

\* PETTIT, EUGENE. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducido por José Fernán González. Ed. Nacional, 1961. p. 21.

\*\* DE DIEGO, FELIPE CLEMENTE. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Artes Gráficas. Julio San Martín. Madrid, España, 1959. p. 68.

\*\*\* ROJINA, VILLEGAS RAFAEL. *Compendio de Derecho Civil*. Ed. Porrúa, S.A. México, Distrito Federal, 1963. p. 22.

evidente que al no haber una referencia específica al Derecho Familiar, se le sigue considerando como parte del Civil.\*

### EL DERECHO FAMILIAR NO ES CIVIL

Benjamín Flores Barroeta, también entra a la definición del Derecho Civil y como los demás, agrega en él las cuestiones de la familia. Así sostiene que este conjunto de normas jurídicas, incluyen "las relaciones de la propia persona con la familia y sus semejantes, así como el poder de la propia persona con respecto a los bienes, ocupándose a lo último, de la transmisión de dichos bienes por muerte".\*\* Eduardo García Maynez, describe el contenido del Derecho Civil, da un concepto interesante de él y dice, "*El Derecho Civil determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana, en relación a sus semejantes (capacidad civil, deudas y créditos) o en relación a las cosas (propiedad como usufructo, etc.)*".\*\*\* Se incluye en ese concepto el Derecho Familiar, cuando habla sobre todo, de los principales hechos y actos de la vida humana, es decir, matrimonio, divorcio, patria potestad, adopción, tutela, curatela, etc. Silvio Rodríguez afirma, al referirse al Derecho Civil y al Privado, que incluye las relaciones entre los hombres, de acuerdo a sus intereses particulares, "*a la disciplina de las relaciones humanas que surgen dentro del ámbito familiar; las obligaciones que se establecen de individuo a individuo, las que resultan del contrato, las que se derivan de los delitos o las provenientes de la ley; de derechos reales sobre las cosas propias de dominio, los derechos reales sobre cosas ajenas, tales como la enfiteúsis, el usufructo, las servidumbres, etc., y algunas cuestiones ligadas a la transmisión de la propiedad por causa de muerte. Este es —reafirma Rodríguez— el Derecho Privado*".\*\*\*\* Es evidente la tradición. Es sin lugar a dudas, la opinión unánime de que el Derecho Familiar es

\* MARGADANT, GUILLERMO S. FLORIS. *El Derecho Privado Romano*. 4a. edición. Ed. Esfinge, S.A. 1970, pp. 101, 102 y 103.

\*\* FLORES BARROETA, BENJAMÍN. *Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil*. Tomo I. N. E. México, 1964. p. 89.

\*\*\* GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa, S.A. México, 1972. p. 89.

\*\*\*\* RODRIGUES, SILVIO. *Derecho Civil. Parte General*. Volumen I. 6a. edición. Edición Saraiba. Sao Paulo, Brasil, 1976. Traducción del Portugués al español por Julián Güitrón Fuentesvilla. p. 8.

Civil, pero ¿será cierto? ¿Se podrá sostener científicamente que la patria potestad es como un contrato de mandato: o que un divorcio es la rescisión de un contrato?

En Alemania, Enneccerus Ludwig, afirma, respecto al Derecho Civil, que éste es parte del Código de la materia, "así como de sus leyes colaterales o que forman parte de aquél".\* Si en el Código Civil están las relaciones de la familia, este Derecho es parte del Civil y en consecuencia del Privado, opinión que no compartimos pero señalamos para destacar por qué la larga tradición ha dado como resultado, que no se dé al Derecho Familiar, su verdadera dimensión.

### CONCEPTOS IMPRECISOS

En la Enciclopedia Jurídica Omeba, encontramos, al referirse al concepto de Derecho Civil, la afirmación de que hay materias, quizá la más importante de él, como la familia, que "ahora es preciso incluir más bien en el Derecho Público. Lo más severo es realizar una descripción del contenido que abarca actualmente el concepto, y señalar que comprende el régimen de los bienes (derechos reales), de las obligaciones y contratos, de la familia y de las sucesiones, además de un cierto número de nociones generales y comunes a todas esas instituciones especiales".\*\* Debe destacarse de este concepto, que el Derecho Familiar no es Privado sino Público, opinión que no compartimos, pero es trascendente destacarlo, porque se hace una verdadera distinción entre Civil y Familiar.

En España, Antonio Hernández Gil, al hablar de Derecho Civil, sostiene de manera genérica, que concierne al hombre. Se refiere a la persona, concretamente dice este autor, "factores o presupuestos de todo ordenamiento jurídico son: la persona, la sociedad y el Estado. De estos tres factores cobra especial relieve en la esfera del Derecho Civil, la persona. En un sentido, Derecho

---

\* ENNECCERUS. NIPPERDAY. *Parte General del Tratado de Derecho Civil*. Volumen I. Barcelona, España, 1934. p. 1.

\*\* *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo VII. Ed. Bibliográfico Argentina. Buenos Aires, 1964, p. 11.

Civil es obra de la persona; en otro sentido, la persona es la materia primordial del Derecho Civil. La persona es un '*prius*' respecto del Derecho; una categoría ontológica y moral; no meramente histórica o jurídica. La persona no es una creación del Derecho (positivo). No se es persona porque se tiene capacidad jurídica; se tiene capacidad jurídica en cuanto se es persona".\* Del concepto de este jurista, debemos destacar su interés al hablar de la persona. Si bien, él no se refiere a que el Civil incluya a la familia, pudiera ser que haya pensado en una distinción entre uno y otro.

En cambio, José Castán Tobeñas, categóricamente expresa, que los Derechos de Familia, son parte del Derecho Civil, incluyendo la sucesión por causa de muerte. Mezcla los conceptos y así destaca que estas normas jurídicas, van a regular las relaciones de los individuos o entes colectivos y por supuesto, los de la familia y los corporativos. La tesis es la misma, el Derecho Familiar es Derecho Civil, según este autor.\*\*

En Francia, Julián Bonnecase considera que el Civil y el Familiar, son uno y así se engloba en el Derecho Privado, para afirmar que éste, "*tiene por objeto la regulación de la persona en su estructura orgánica, en los derechos que le corresponden como tal, y en las relaciones derivadas de su integración en la familia, y de ser sujeto de un patrimonio, dentro de la comunidad*".\*\*\*

### ¡APORTACION HISTORICA DE LOS MAZEAUD!

También de Francia, tenemos una opinión histórica en relación al Derecho Familiar. Los hermanos Henri, Leon y Jean Mazeaud, al referirse al Derecho Civil, mencionan que siguieron el camino del Derecho Romano, que incluía los aspectos de la familia en el siglo; sin embargo, destacan que "*se asombrarán*

---

\* HERNANDEZ GIL, ANTONIO. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Ed. Maribel. Artes Gráficas. Madrid, España, 1960. p. 7.

\*\* CASTAN TOBEÑAS, JOSE. Citado por DE PINA, RAFAEL. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. Volumen I. 6a. edición. Ed. Porrúa, S.A. México, Distrito Federal, 1968.p. 83.

\*\*\* BONNECASE, JULIAN. *Elementos de Derecho Civil*. Ed. Cajica, 1950. p. 50.

mucho los legos en Derecho y también un gran número de juristas, *al afirmar que el decreto que determina el programa de los estudios de Derecho Civil, ha realizado una verdadera revolución, cuando ha conseguido un lugar a la familia*". Abrase el Código Civil; no se encontrará en él ni libro, ni título, ni capítulo, ni sección que se titule de la familia. Más aún, la palabra familia está ausente del mismo, salvo la expresión Consejo de Familia y en el artículo 302, donde es sinónima de parentesco. Los primeros comentaristas del Código Civil, que seguían el texto, artículo por artículo, no consideraron tampoco a la familia en sí misma, cuando ya más adelante, los autores buscaron presentar una construcción de conjunto de Derecho Civil sobre un plan lógico, tampoco advirtieron mejor la necesidad de hacer de la familia el centro de toda una categoría de reglas jurídicas. El primero que ha consagrado una parte de su *Cours de Droit Civil Positif Français* a la familia, parece haber sido Jossierand, pero en verdad, apenas pasa de un epígrafe. Y la misma observación cabe hacer, sin duda, para el volumen de *Traite Practique de Droit Civil Français* de Planiol y Ripert, consagrada a la familia. Mas no se vaya a concluir de esto que los redactores del Código Civil y sus comentaristas, hayan ignorado las reglas jurídicas que rigen a la familia. Tratan extensamente del matrimonio, del divorcio, de la filiación, de la patria potestad, de las incapacidades (Arts. 144 al 515 del Código Civil Francés). Pero, por una parte se ocupan de ellas sobre todo desde el punto de vista puramente individualista: se trata de regular las relaciones de particulares entre ellos, asegurando la posición de cada uno; no consideran el interés general de la familia ni de la sociedad. Por otra parte, tratan separadamente esas instituciones, sin adquirir conciencia o al menos sin adquirir plenamente conciencia, de que todas sus reglas se relacionan con una institución única: la familia, cuya constitución, organización y disolución determinan.

### **EL DERECHO FAMILIAR EXISTE**

En la actualidad todas esas reglas han sido puestas de nuevo en su sitio. Los juristas han comprendido que existe un Derecho Familiar, rama distinta al Derecho Civil; la familia ha conquis-

tado el derecho de ciudadanía en el ámbito jurídico. Sin embargo, todavía falta por recorrer un largo camino, falta sobre todo incluir en el Derecho de Familia, las reglas de los regímenes matrimoniales, de las sucesiones y en gran parte de las liberalidades. El término de la evolución será promulgar un Código de la Familia que reunirá todas las reglas del Derecho Privado y del Derecho Público consagradas a la familia. En el Anteproyecto que ha redactado la Comisión de Reformas del Código Civil Francés, no ha llegado hasta allí. Tampoco le ha consagrado un libro distinto a la familia; pero, al menos el Libro I se titula: 'De las Personas Físicas y de la Familia'; se encuentran en el mismo, además de las reglas relativas al estado civil de las personas, las relacionadas con el matrimonio, el divorcio y la separación de cuerpos, con los regímenes matrimoniales, la filiación, la obligación alimentaria y las incapacidades.

La cuestión no concierne sino al plan. Solamente si se agrupan en torno a la familia cuantas instituciones le conciernen; y si, de esa manera se hace de la misma un estudio de conjunto, es como será posible elevarse a una visión general de su régimen jurídico, especialmente al de la protección que el Derecho debe asegurarle. Una cosa es proteger a la mujer, al marido, a los hijos; y otra cosa proteger a la familia, considerada como institución. El interés individual de cada uno de los miembros de la familia, deberá ceder a veces ante el interés general de la misma, no solamente de tal o cual familia particular de la que sea miembro, sino de la familia como elemento básico de la sociedad.\*

Si hubiera duda sobre el concepto de Derecho Familiar, los Mazeaud han iluminado el camino. Han aportado a la ciencia jurídica la gran luz, al determinar que existe el Derecho Familiar, que es distinto al Civil y además, la necesidad de crear nuevas sistemáticas de enseñanza y aprendizaje del Derecho Civil y Familiar, como ya ocurrió en el año de 1993, concretamente en septiembre, cuando el Consejo Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de

---

\* MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN. *Lecciones de Derecho Civil. Parte 1. Volumen III: La Familia, Constitución de la Familia.* Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Abogado de la obra original *Lecons de Droit Civil.* Ed. Mont Chrestien. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1959. pp. 45 y 46.

México, aprobó la reforma al programa de estudios de la Facultad de Derecho de la UNAM, separando científicamente el Derecho Civil del Familiar, creando cinco cursos del primero y dos del segundo.

### TODO FUE DERECHO CIVIL; YA NO MAS

El Derecho Francés, en la línea en que estamos estudiando, en cuanto a esa separación del Familiar respecto del Civil, tiene una opinión interesante, cuando sostiene que se da la separación del Derecho Público y Privado y en relación a éste, afirma que fue el tronco común, "para ser más exactos el Derecho Civil es el mismo Derecho Privado, desprovisto de las ramas especializadas, que se han desgajado del mismo en épocas diferentes, el Derecho Comercial (terrestre), el Derecho Comercial (marítimo), el Derecho Laboral (legislación industrial, también llamado Derecho Social), del que tiende a desprenderse el Derecho de la Seguridad Social, el Derecho Rural, el Derecho Aéreo, el Derecho Penal (o criminal), el de Procedimiento Civil (o judicial), ocupan una situación peculiar. Su análisis permite enclavarlos dentro del Derecho Público, pues el derecho a castigar, núcleo del Derecho Penal, supone una relación entre el Estado y los particulares y el Procedimiento Civil regula el funcionamiento de un servicio público, como es la administración de justicia. Sin embargo, contemplados desde otra perspectiva, presentan más afinidad con el Derecho Privado, con relación al cual el Derecho Penal, supone la sanción más elevada, dado que protege a los individuos en sus vidas, honor y propiedades, el Derecho Civil se ofrece como la realización práctica de los Derechos individuales, que al ser infringidos, sólo pueden reponerse a través de la actuación judicial".\* ¿Por qué es importante la cita anterior? Para ubicar a quienes todavía creen que el Derecho Privado y el Civil, siguen en la época del romano y darse cuenta como este jurista lo señala, que fue en su tiempo el Derecho común, pero con el transcurso del mismo, ha originado todas las demás ramas jurídicas, por ello, es trascen-

---

\* CARBONNIER, JEAN. *Derecho Civil*. Traducción de la 1a. edición francesa con adiciones a la conversión al español, por Manuel Fenilla Ruiz. Tomo I. Volumen I. *Disciplina General y Derecho de las Personas*. Bosch Casa Editorial, 1960. Buenos Aires, Argentina. p. 55.



dente que nosotros como comentario personal, agreguemos, siguiendo a los Mazeaud, que el Derecho Familiar también fue parte del Privado, del Civil y que hoy tiene sus características que le dan una naturaleza jurídica distinta y su ubicación como un tercer género, al lado del Privado y del Público.

### TESIS DE ANTONIO DE IBARROLA AZNAR

En este esbozo general, para apoyar nuestra afirmación de la falta de conceptos en la materia, debemos destacar el pensamiento de nuestro homenajeado, quien en su obra **Derecho de Familia**, sostiene que es tan trascendente que debería establecerse en nuestro país, una Secretaría de la Familia, considerando su organización e importancia, ya que como él afirma no es "*una celdilla cerrada de la sociedad, así como tampoco como carga específica de determinadas personas, y en función de una acción ideológica que contemplara tan sólo una determinada concepción política o religiosa de la familia*".\*

En esta breve panorámica de los diferentes conceptos sobre Derecho Civil, citaremos a Demófilo de Buen, para quien "*el Derecho Civil puede ser definido, con una enumeración de su contenido, como aquel Derecho donde se regulan los requisitos generales de los actos jurídicos privados, la organización de la familia y la de la propiedad privada*".\*\*

Hasta aquí nuestro objetivo ha quedado satisfecho, por lo que vamos ahora a definir, lo que desde nuestro punto de vista, es el Derecho Familiar.

Derecho Familiar es un conjunto de normas jurídicas, que regulan la vida, entre los miembros de una familia, sus relaciones internas, así como las externas respecto a la sociedad, otras familias y el propio Estado.\*\*\*

---

\* DE IBARROLA, ANTONIO. *Derecho de Familia*. 1a. edición. Ed. Porrúa, S.A. México, Distrito Federal, 1978. p. 34.

\*\* DE BUEN, DEMOFILO. *Introducción al Estudio del Derecho Civil*. 2a. edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1977. p. 38.

\*\*\* GÚTRON FUENTEVILLA, JULIAN. *¿Qué es el Derecho Familiar?* Volumen II. 1a. edición, 1992. Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. p. 40.

#### **4. ANALISIS DE SUS ELEMENTOS**

##### **CONJUNTO DE NORMAS JURIDICAS**

Para determinar el concepto de familia, la regulación de los esponsales, del matrimonio, de las formalidades para contraerlo, sus requisitos, los impedimentos en ese sentido; los deberes y derechos de los cónyuges, así como los regímenes matrimoniales que incluyen la sociedad conyugal, la separación de bienes y el mixto; también regular el nombre de la mujer casada y un capítulo especial, creando la teoría de las nulidades del matrimonio.

El conjunto de normas jurídicas, sustento del Derecho Familiar, debe incluir los aspectos del divorcio, alimentos, estado familiar, nombre de la mujer soltera, viuda y divorciada, concubinato, las diferentes clases de parentesco, la filiación, los hijos, la adopción, la patria potestad, la tutela, la emancipación y la mayoría de edad.

Desde nuestra óptica, debe considerar ese conjunto de normas jurídicas, la creación de los Consejos de Familia, como auxiliares del Juez Familiar, la personalidad jurídica de la familia, la protección de inválidos, niños, ancianos, alcohólicos, discapacitados, el patrimonio familiar, la planificación familiar y el control de la fecundación, así como el Registro del Estado Familiar.

De acuerdo a este primer elemento, llegamos a la conclusión de que no es posible ubicar como Derecho Civil, ni Derecho Privado, a ese conjunto de normas jurídicas, precisamente por su naturaleza, por su objeto de estudio y por su protección a la familia. En síntesis, estamos en presencia del Derecho Familiar.

##### **QUE REGULAN LA VIDA ENTRE LOS MIEMBROS DE UNA FAMILIA**

Es importante destacar que la relación jurídica entre cónyuges, entre concubinos, padres o madres solteros, hijos, sea cual fuere su filiación, divorciados o divorciadas, el estado familiar y todas estas cuestiones, deben ser objeto de una regulación espe-

cial, que es distinta a la que se da entre extraños. La vida entre los miembros de una familia, no puede dejarse al arbitrio de quienes la integran y mucho menos en circunstancias en que cuando haya obligaciones, no existan las normas legales que obliguen a su cumplimiento. Es diferente la relación jurídica entre cónyuges o divorciados, a la que se da entre quienes compran un objeto o simplemente exigen el pago de una letra de cambio o una renta, porque jurídicamente hay objetos diferentes y no pueden tratarse igual. Por ejemplo, el testamento donde se deja escrita la última voluntad del dueño de los bienes, a la simple disposición en una compraventa o en una donación de esos bienes. Por ello, insistimos, ese segundo elemento de la definición del Derecho Familiar, debe tener un carácter especial, porque regula la vida entre los miembros de una familia. Imagínense ustedes, de qué manera debe ser el contenido de estas normas, cuando se refiere a las relaciones jurídicas establecidas entre los que fueron cónyuges, se convierten en divorciados, tienen hijos y obligación de pagarse alimentos, para después de esa disolución. No podría decirse que se acabó la familia; es tan importante la relación jurídica entre excónyuges, por ejemplo, que podemos afirmar categóricamente que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial, termina con esa institución, el matrimonio, pero la familia continúa. El sigue siendo padre y ella madre de sus hijos y hay que cumplir con las relaciones jurídicas como lo establezca la ley. Esto también es importante en este concepto de Derecho Familiar, porque esas normas, reguladoras de la vida entre los miembros de esa institución, deben tener un tratamiento distinto, al que le han dado hasta ahora, en Derecho Civil.

## RELACIONES INTERNAS Y EXTERNAS

Cumplir por mandato de la ley familiar y no por voluntad personal, es esencia en el Derecho Familiar. Prohibir el matrimonio entre parientes, que puedan dar un resultado grave, por la cercanía genética en la relación, corresponde al Derecho Familiar. Destacar que las relaciones entre esposos, hijos, concubinos y en general dentro de la familia, debe tener como característica el interés público, ya que la sociedad y el propio Estado, están

interesados en que haya profiláxis familiar, que se cumpla con los deberes y obligaciones adquiridos por el solo hecho de formar parte de una familia y por supuesto, que esas relaciones internas en su repercusión externa, también estén reguladas adecuadamente por la ley. Si la familia, a la que debe dársele personalidad jurídica, es atacada desde fuera, debe haber una norma externa, precisamente de Derecho Familiar, que le permita ejercer en nombre y representación de sus miembros, el cumplimiento de los deberes de quienes la hayan lastimado u ofendido. Es importante insistir en que las relaciones internas y externas, al referirse a la familia y a sus miembros, no pueden tener un carácter civilista ni privativo, mucho menos de orden personal, porque la familia representa un interés superior, debe estar por encima de esos criterios; por ello, esas relaciones internas y externas deben tener, al referirse a los miembros de la familia, originada en el matrimonio, en la adopción, en la inseminación artificial en cualesquiera de sus formas, en el concubinato, etc., un contenido ético y jurídico establecido en favor de la familia.

### RESPECTO A LA SOCIEDAD

Esto significa que el conjunto de normas jurídicas, debe contemplar el interés de que la familia sea el mejor y mayor soporte del Estado. Que sea la familia el modelo para la sociedad y su desarrollo. Que se exhorten los valores colectivos, fundados en la familia. Que cualquier situación —quién puede dudar de ello— va a repercutir en la familia. Lo más trascendente, no es el Estado, ni el individuo, ni la sociedad, es la familia, por ello, el conjunto de normas jurídicas que establece las relaciones y las regula entre la familia y la sociedad, debe darle a aquélla, una prioridad para alcanzar los más altos valores. Para que frente al quebrantamiento de los fines que debe perseguir el Estado, para darle más seguridad y mejores condiciones a los miembros de una familia, se logre a través de esa protección de los valores colectivos. No debemos olvidar que si ese conjunto de normas jurídicas, dadas respecto a la sociedad, no se respetan; si en el seno familiar no hay respeto y moral en relación a los hijos, a los cónyuges, a los miembros de esa familia, los mismos saldrán a la calle y

atacarán a la sociedad. Agrederán a los guardianes del orden público. Esa familia habrá engendrado células enfermas, que van a atacar a la sociedad. El conjunto de normas jurídicas a las que nos referimos, cuando hablamos de la familia y de la sociedad, deben contemplar la trascendencia que ésta tiene. No olvidar que la familia representa un interés superior, por encima de los individuos, de la sociedad y del propio Estado.

### **LAS RELACIONES CON OTRAS FAMILIAS**

Es importante que este vínculo externo con otras familias, permita crear un sentimiento de apoyo, de solidaridad, de identificación, de ayuda entre las diferentes familias mexicanas. Que no veamos en ellas enemigos de la nuestra, sino por el contrario, eslabones que al ligarse, hagan más fuerte la sociedad. Más sana y permitan en un momento dado, con esa regulación jurídica, con esas normas, que las familias puedan constituir la base moral, solidaria, jurídica del Estado. Es importante destacar que la tradición de las familias mexicanas no debe perderse. Que la relación entre ellas, debe regularse por la ley y tener un tratamiento especial, para que la sociedad mexicana recupere sus valores y todo lo propio y esencial a la idiosincrasia y sentir de los mexicanos.

### **LA RELACION CON EL ESTADO**

El conjunto de normas jurídicas a que nos hemos referido, respecto a la familia, debe considerar que el Estado debe apoyar el desarrollo de ésta. Propiciar la creación de los patrimonios familiares, que verdaderamente la protejan económicamente. Dictar las normas jurídicas que garanticen la seguridad de la familia. Hacer hincapié en sus derechos fundamentales. Regular el aspecto de la planificación familiar, respetando las garantías constitucionales establecidas a favor de la familia, sin olvidar que la familia nació antes que el propio Estado. Destacar que el Estado, a través de sus diferentes instituciones como los de Desarrollo Integral de la Familia estatales y el de la ciudad

capital, deben procurar la promulgación de Códigos Familiares, de Procedimientos Familiares, de Juzgados y de Salas Familiares, para que con el apoyo del Estado, la familia pueda recibir la justicia que merece. Que haya seguridad respecto a sus miembros. Que no se sigan cometiendo los grandes fraudes que por ejemplo en alimentos se dan día a día. Por ello, el conjunto de normas jurídicas respecto a la familia y del propio Estado, debe permitir a éste apoyarla para que alcance su máximo desarrollo.

Para nosotros, éste es el concepto de Derecho Familiar. Desde ninguna perspectiva puede considerarse como Civil. No hay un interés personal ni particular en esas normas. Lo que representa la familia es superior, como ya lo hemos dicho, al propio Estado. Por todas estas razones, es fundamental, que este concepto de Derecho Familiar, se desarrolle, al extremo de que sea el sustento de la organización básica de la sociedad y del Estado.

## **5. ¿CUAL ES LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO FAMILIAR?**

Como lo señalamos anteriormente, la expresión naturaleza jurídica, significa la ubicación en Derecho de la institución en estudio. El lugar que le corresponde en las diferentes ramas del Derecho, Público, Privado, etc.

Específicamente, la respuesta a la pregunta anterior, es señalar que el Derecho Familiar es un tercer género al lado del Derecho Público y del Privado. Su naturaleza jurídica, lo ubica al margen de esas dos grandes ramas del Derecho, considerando que el contenido de sus normas es distinto al Público y al Privado y por referirse y proteger al núcleo fundamental de la sociedad, que es la familia, es necesario que sus disposiciones jurídicas, tengan una naturaleza especial, distinta, efectiva, que no sea pública ni privada, sino que sea Familiar.

## ANTONIO CICU

En su época —1913— Antonio Cícu, jurista italiano, quien ha sido honrado, imponiéndole su nombre a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bologna, primera fundada en el mundo. Fue precursor de la nueva ubicación del Derecho Familiar.\*

El Derecho Familiar es distinto al Público y al Privado, porque la familia —materia prima de éste— tiene una estructura diferente en las relaciones jurídicas, respecto al individuo, a la persona, a la sociedad y al propio Estado.

La familia es más importante que el Estado. Nace antes que éste, se manifiesta como producto natural y necesario de la humanidad.

La familia es un hecho jurídico-social, que no se agota en la relación sexual, ni en el hecho de la procreación. Va más allá de esas necesidades. Es sustento común y defensa de la familia, son presupuestos indispensables del Derecho Familiar.

La familia no surge de la libre voluntad de quienes la integran, sino a semejanza del Estado, por imperio, por mandato, por interés público, por la necesidad de la supervivencia del sustento de todas las formas que antes que el propio Estado, se dieron como organización social y colectiva.

Existe analogía entre el Estado y la familia, porque hay similitud en las relaciones jurídicas de ambos, razón entre otras, para crear una nueva reglamentación y ubicación del Derecho Familiar.\*\*

El Derecho Familiar —quién lo puede dudar— es afín al Derecho Público; pero distinto a éste. Tiene fisonomía propia. Atrae la preocupación del Estado por su regulación y protección. El Derecho Público debe proveer a la familia de legislaciones y

---

\* CICU, ANTONIO. *El derecho de Familia*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Elvivar Buenos Aires, Argentina, 1947. Correspondiente a la traducción de la obra italiana *Il Diritto de Famiglia*. Athenaeum, Roma MCMXIV. p. 40.

\*\* *Op. Cit.* p. 109.

**Tribunales Familiares. Establecer cátedras universitarias, separadas de su tronco original: Derecho Civil.**

El Derecho Familiar representa y tutela un interés superior que limita el individual o personal, y por ello debe quedar claro, que no haya dudas que los atributos de la persona física jurídica, por ejemplo, son de Derecho Civil. En cambio, cuando ésta pertenece a una familia, su actuar, su hacer, su conducta, debe regularse por el Derecho Familiar.

Es un tercer género, distinto al Privado y al Civil, porque en el Derecho Familiar se protege el interés público de preservar a la familia. Debe haber preeminencia de los actos y hechos jurídicos familiares sobre los civiles.

El Derecho Familiar, tiene una estructura semejante al Derecho Público, sin embargo —desde nuestro punto de vista— la familia está incluso por encima del propio Estado.

Se reafirma la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, distinta al Privado y al Civil, porque no hay libre disposición privada, más bien se tiende a satisfacer el interés superior, representado por la familia.

El contenido de las normas del Derecho Familiar, debe interpretarse de manera distinta al Derecho Público y al Privado; se debe satisfacer el interés superior, familiar, que representa esta institución.

El Derecho Familiar no regula los bienes, los derechos reales, la posesión, la propiedad, las obligaciones o los contratos; su objeto exclusivo de estudio es la familia y las instituciones que de ella derivan.

En el Derecho Familiar, dada su especial estructura, no se considera el interés individual ni la voluntad particular; más bien el de la familia, está por encima de cualquier otro.

Por ser distinto al Derecho Privado, Público y Civil, el Derecho Familiar no tutela intereses individuales, ni el querer interno de sus miembros; sobre ellos, aparece siempre la familia.

El Derecho Familiar subordina la voluntad particular a la de la familia; determina el funcionamiento de todas las institu-



ciones del Derecho Familiar. Así, verbigracia, el matrimonio o el divorcio, sólo pueden surgir por la regulación jurídica que de la voluntad que se va a emitir, hace el Derecho Familiar y no la libre expresión del ejercicio de la autonomía de su voluntad, quienes sean miembros de una familia. No puede la voluntad particular, crear una relación jurídica de Derecho Familiar o darla por terminada.

El Derecho Familiar no considera los fines personales de sus miembros, sino los superiores, generales, los más elevados, para que la familia se realice plenamente.

El Derecho Familiar, que no es Público ni Privado, delimita la organización de la familia frente al Estado y el propio individuo; tiene principios propios y por ello garantiza la protección de la familia frente al Estado, impidiendo la intervención de éste en el núcleo familiar; situación que con toda claridad se ve en el Derecho Familiar mexicano, si acudimos a la garantía constitucional establecida en la Carta Fundamental, en el artículo 4o., que entre otras situaciones, garantiza al hombre, a la mujer, a la pareja, al matrimonio, el respeto a su voluntad para determinar el número y espaciamiento de sus hijos. Ejemplo este de protección y no intervención del Estado en el núcleo familiar.

Por su especial naturaleza jurídica, distinta al Derecho Privado, al Civil y al Público, el Derecho Familiar debe regular correctamente las consecuencias del nacimiento, crecimiento y disolución de la familia; así como el destino adecuado de los bienes, cuando se dejan en sucesión legítima o testamentaria a los miembros de esa familia.

El Derecho Familiar representa un interés superior, que debe repercutir en la fortaleza del Estado y de la sociedad.

El Derecho Familiar persigue fines superiores que no pueden dejarse en su cumplimiento, al libre arbitrio de los particulares, sino confiarlos al Estado para conseguirlos a como dé lugar. La autonomía y la exteriorización de la voluntad, pilares del Derecho Civil, son inoperantes en el Derecho Familiar, dada la especial estructura y naturaleza jurídica de éste.

**El Derecho Familiar contiene normas imperativas, inderogables, eficaces, que ordenan, aun en contra de la voluntad particular de los miembros de esa familia. Se imponen para que los fines de la familia se den, en muchas ocasiones, aun en contra de la voluntad de sus integrantes.**

**El Derecho Familiar a diferencia del Civil y del Privado, ordena, no discute. Se impone, no se propone. Ejecuta, no pregunta. Obliga, aun en contra de la voluntad particular.**

**El Derecho Familiar va más allá de los fines particulares. Sus instituciones básicas, esenciales —matrimonio, familia, divorcio, alimentos, estado familiar, concubinato, parentesco, filiación, hijos, adopción, patria potestad, tutela, emancipación, Consejos de Familia, personalidad jurídica de la familia, protección de inválidos, niños, alcohólicos, ancianos, incapacitados y discapacitados, patrimonio familiar, planificación familiar y control de la fecundación, así como el Registro del Estado Familiar— subsisten, producen sus efectos jurídicos, en ocasiones imponiéndose, en otras, aun en contra de la voluntad de los miembros.**

**El Derecho Familiar, dada su naturaleza jurídica de lograr los fines de la familia, se funda más en obligaciones por cumplir, que derechos a exigir. Impone más deberes que facultades. Sanciona aun en contra de la voluntad de los miembros de una familia, cuando aquéllos atentan contra ésta.**

**El Derecho Familiar no permite el abuso o el mal ejercicio de los derechos que otorga, porque entonces interviene y sanciona de manera tal, que en ocasiones hace perder la patria potestad a sus titulares o les impone sanciones, considerando que primero está la familia y después, sus miembros en lo particular.**

**El Derecho Familiar, por su especial naturaleza jurídica, no puede aplicarse a la clasificación o regulación de los bienes inmuebles o muebles. No tiene cabida la posesión, como no sea en la excepción de la posesión de estado de hijo o en el de hijo de matrimonio, fuera de ahí, en ninguna circunstancia, puede por la posesión, adquirirse algún derecho familiar. Tampoco el Derecho Familiar puede regular la propiedad, la apropiación de animales, de tesoros, de accesión, de dominio de las aguas o establecer las**

reglas de la copropiedad. Si bien es cierto, que cuando hay coherederos, se deben seguir ciertos principios semejantes a la copropiedad, es porque se unen por el concepto de propiedad y no por la cuestión de la herencia.

El Derecho Familiar, en ningún supuesto podría regular el usufructo, el uso o la habitación, o las servidumbres; imagínense ustedes, distinguidos lectores, que las servidumbres legales de desagüe, acueducto o de paso, se regularan por normas de Derecho Familiar. Sería un absurdo; por eso nuestra insistencia de que el Derecho Familiar no puede seguir siendo parte del Derecho Civil y no por el prurito de separarlo, sino porque ustedes lo han ido constatando en este trabajo, la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, es distinta al del Civil.

Si entramos a la materia de la prescripción, la positiva o la negativa, tenemos que llegar a la misma conclusión; no es posible que el Derecho Familiar sea sometido a estas cuestiones. Por ejemplo, una persona que ha dejado de pagar la pensión alimenticia; ¿Es prescriptible? La respuesta es categórica, no. Porque el Derecho Familiar es distinto al Civil.

Es innegable que un pilar fundamental del Derecho Civil, es la materia de las obligaciones; aun en este supuesto, no podemos considerar que el Derecho Familiar pueda regular las fuentes de las obligaciones tradicionales en el Civil, como son, los contratos, las diferentes formas que tiene el Código Civil, las modalidades de las obligaciones, cómo se transmiten o los efectos que producen; incluso la extinción de las mismas. En ningún supuesto vamos a encontrar que haya aplicación precisa, exacta, al cien por ciento del Derecho Civil al Derecho Familiar, en materia de obligaciones; porque el Familiar tiene las suyas propias.

Es indiscutible que la teoría de las nulidades, la absoluta y la relativa, con su inexistencia, es un soporte fundamental del Derecho Civil; pero ¿será posible aplicarlo al Derecho Familiar? ¿Se le podrá dar el mismo tratamiento a un matrimonio putativo, que a un contrato que le falta un elemento esencial? ¿Podrá decretarse una nulidad absoluta en Derecho Familiar y decirse paladinamente por el Juez, "se destruyen todos los efectos retroactivamente". ¿Qué pasa con los hijos habidos en ese matrimonio,

con los bienes, con las relaciones jurídicas, respecto a terceros. ¿Estaremos en presencia de la necesidad de crear para el Derecho Familiar, su propia teoría de las nulidades?

Si usted es civilista, coincidirá con nosotros en aquel aforismo latino puesto en vigor cuando se redescubre el Digesto que dice "*nemo civilista nemo jurista*". Nosotros parafraseando ese pensamiento, hoy afirmamos categóricamente: "*nemo civilista nemo familiarista*"; quien sepa Derecho Civil, so pena de exhibirse como un ignorante, no puede afirmar que el Derecho Familiar es Derecho Civil y no son cuestiones emocionales ni sentimentales las que nos pueden llevar a esta batalla, ya de tantas décadas, sino la ciencia, el conocimiento, la frialdad del Derecho. El Derecho Familiar tiene su propio objeto de estudio, sus instituciones y por supuesto, su propia naturaleza jurídica, como lo hemos venido demostrando palmariamente hasta ahora.

Podría en algún supuesto el Derecho Familiar, regular o que a él se le aplicaran, los contratos preparatorios, la promesa o los traslativos de dominio, como la compraventa, la permuta, el mutuo o la donación. Como no sea en este último, en relación a las donaciones antenuptiales o entre cónyuges; ¿cómo podría darse la compraventa de los derechos familiares, de un hombre casado, viudo, divorciado, etc.? ¿Se podrá arrendar a un hijo? ¿Se podrá dar en comodato a una esposa? ¿Se podrán celebrar contratos de depósito y secuestro, regulados por el Derecho Familiar? Ni siquiera el mandato, como antes lo habíamos expresado, puede darse, por ejemplo, si un padre quiere otorgarlo a un hermano para que ejerza la patria potestad o a un amigo, para que actúe como cuñado. Son absurdos jurídicos, que dada la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, no pueden aplicarse a éste.

Así ocurre con los contratos de prestación de servicios, así sean profesionales, sean domésticos, de obras, de hospedaje, etc. Tampoco se le pueden aplicar al Derecho Familiar, los contratos asociativos; no puede haber una asociación civil de los cónyuges, para cumplir o dejar de hacerlo con sus obligaciones y derechos matrimoniales. Al hablar de las sociedades, encontramos una excepción, cuando se refiere a la sociedad conyugal, que tiene una especial naturaleza y que incluso debe ser objeto de revisión

fundamental. La aparcería rural de ganados o terrenos, no se da en Derecho Familiar.

¿Cómo podríamos considerar que los contratos aleatorios, juego y apuesta, renta vitalicia, compra de esperanza o de cosa esperada, pudieran regularse por el Derecho Familiar o a la inversa, que en el Derecho Familiar se celebraran este tipo de acuerdos? Definitivamente no es posible.

Por ejemplo, si hablamos de la fianza, cuando se trata de obtener la libertad de uno de los cónyuges, tiene un tratamiento especial, pero en general, la fianza como contrato accesorio, tiene que regularse por el Derecho Civil y no por el Familiar. Lo mismo ocurre con la prenda o con la hipoteca, aun cuando sabemos que en materia de alimentos, éstas son formas de garantizarlos; pero desde el punto de vista Civil y no Familiar. En otras palabras, quien esté obligado a pagar una pensión alimenticia, lo hará garantizándolo, por ejemplo con una hipoteca, pero de ninguna manera, podrán darse supuestos hipotecarios en Derecho Familiar.

Estas cuestiones dichas "*grosso modo*", nos llevan a una conclusión definitiva en este trabajo. El Derecho Familiar tiene su propia naturaleza jurídica. No es Privado ni Público. No es Civil ni algo que se le parezca. Es Familiar, porque tiene sus características en cuanto a sus instituciones, sus principios propios de estudio y sus objetos de estudio, bien definidos.

### ROBERTO DE RUGGIERO

Roberto de Ruggiero,\* para este autor, discípulo de Antonio Cicú, el Derecho Familiar tiene una naturaleza jurídica distinta al Derecho Público y al Privado y así sostiene que "*mientras en las demás ramas del Derecho Privado, el ordenamiento lo que mira es el interés del particular a un fin individual de la persona,*

---

\* RUGGIERO, ROBERTO DE. *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de la 4a. edición italiana anotada y concordada con la legislación española por RAMON SERRANO SUÑER Y JOSE SANTA CRUZ TEJEIRO. Tomo II. *Derecho de Obligaciones. Derecho de familia. Derecho Hereditario*. Instituto Editorial Reus. Madrid, España, 1931. pp. 9 y 10.

*el derecho subjetivo se atribuye en ellas y reconoce en función a la necesidad particular que debe ser satisfecha, de modo que a toda obligación se opone un derecho del titular, y mientras para ejercer tales derechos se conceden acciones cuyo ejercicio se supedita a la libre voluntad del individuo, las relaciones familiares, por el contrario, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia, porque a las necesidades de ésta y no a las del individuo, subviene la tutela jurídica. Y a través del interés familiar exige y recibe protección un interés más alto que es el del Estado, cuya fuerza de desenvolvimiento y vitalidad dependen de la solidez del núcleo familiar. Importa mucho al Estado que el organismo familiar sobre el que reposa el superior organismo estatal, se haya regulado de conformidad con el fin universal común que persigue. Puesto que el fin de la familia no puede ser éste o aquél del individuo, ni un fin querido libremente por el particular, sino el fin superior de la comunidad social que ha de conseguirse necesariamente, no puede abandonarse tal consecución a la voluntad libre del particular que podría actuar contrariamente a la utilidad general, sino que debe confiarse al Estado, el cual lo conseguirá a toda costa. De esto derivan consecuencias notables que influyen de modo decisivo en la naturaleza y en la estructura interna de las relaciones".\**

### **PRINCIPIOS NO APLICABLES**

Para reafirmar la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, distinta al Privado y al Público y por supuesto al Social, Ruggiero afirma que "no es aplicable el principio de la representación, por cuya virtud en los demás campos del Derecho Privado, el interesado puede remitir a la voluntad ajena a la determinación y declaración productivas de efectos jurídicos".\*\* En este caso, según nuestra opinión, el principio sostenido por este autor, sufre algunas excepciones, entre otras, que el matrimonio, cuando menos en México, sí se puede realizar por medio de apoderado

---

\* Loc. Cit.

\*\* Loc. Cit.

legal y nada más; es decir, no serviría ese poder o ese mandato, para ejercer las funciones de cónyuge auxiliar.

El segundo principio de Derecho Privado, no aplicable al Derecho Familiar, es el reglamentado para imponer modalidades a los actos jurídicos familiares, o sea, no se pueden sujetar a término o condición, sea suspensivo o resolutorio. Ruggiero en este sentido, sostiene que *"no puede contraerse el matrimonio bajo condición suspensiva o resolutoria o sujetándolo al término inicial o final; tampoco puede ser reconocido de este modo, el hijo natural, ni efectuar en tal forma la adopción, la emancipación, etc. Pugna con la esencial naturaleza de estos actos, su sujeción a condiciones y términos; se trata de actos generadores de estados personales, y éstos exigen certeza y duración y a estas exigencias se oponen las modalidades de condición y término. Además, son actos en que interviene el poder público y éste no tolera limitaciones que provengan de los particulares"*. \*•

Otro principio no aplicable al Derecho Familiar, es la irrenunciabilidad y no enajenación de los derechos subjetivos familiares, así Ruggiero manifiesta: *"no pueden transmitirse a otros la potestad paterna, la marital, la tutelar; no es apenas admisible la transmisión a otros del ejercicio de alguno de sus atributos (por ejemplo, la función educativa encomendada a un preceptor), no son transmisibles tampoco los estados personales ni los derechos patrimoniales conexos a dichos estados; el derecho y el deber de administrar la dote o los bienes pupilares en el marido o tutor, el usufructo legal del padre, el derecho a alimentos, o se transfieren de una persona a otra; aunque a veces parezca operarse esta transmisión, no se opera en realidad; así por ejemplo, cuando el padre muere y ejerce la patria potestad en la obligación alimentaria, que cesa o se extingue, si el pariente más próximo muere o es pobre, surgiendo en cambio en el pariente más remoto. Lo mismo puede decirse de la renuncia; no son renunciables los poderes familiares y tampoco las atribuciones inherentes a éstos, porque tales poderes son creados por la ley y subsisten independientemente de la voluntad del investido con ellos, ya que no se crean para servicio o utilidad de éste, sino para un fin superior,*

---

\* RUGGIERO. Op. Cit. p. 11.

*el padre, el marido, el tutor, no puede despojarse de los poderes que le corresponden; porque le son atribuidos para servir a un interés que trasciende del suyo particular. Y si en algunos casos se autoriza la renuncia, como por ejemplo, ocurre con la acción de desconocimiento de la paternidad —en el Derecho Familiar italiano— impugnación del matrimonio, acción de separación personal de los cónyuges, es porque el interés familiar resulta protegido merced a la renuncia; por esto, dicho interés viene a ser mejor protegido, porque con ellos se mantiene firme aquel vínculo, aquella relación que, de otro modo —de no mediar la renuncia— se hubiera disuelto. Con más extensión se permite la renuncia de los derechos de contenido patrimonial; ello es comprensible y no ataca el principio sentado".\*•*

El cuarto principio consiste en la enorme intervención estatal en las normas de relaciones de Derecho Familiar, pues en el Privado se deja que las partes decidan a su libre arbitrio, cómo será su conducta. Ruggiero dice en relación con lo antes expresado: *"En algunos casos la voluntad del particular es un mero supuesto de hecho en cuanto vale como iniciativa o como incitación a la autoridad, de modo que el acto es creador, la relación se constituye por voluntad de esta última.*

*Esta autoridad es la judicial en la adopción o en la separación cónyugal, el poder real en la legitimación de los hijos por decreto o un órgano administrativo especial, como el funcionario del estado civil llamado a intervenir en el matrimonio. Esto demuestra que la voluntad privada es por sí sola impotente para crear la relación y ello constituye la prueba más palmaria de que la relación familiar es distinta de las demás relaciones".\*\*•*

Para reafirmar esta naturaleza jurídica del Derecho Familiar distinta al Civil, al Privado, al Público, el autor en estudio sostiene: *"Todo el Derecho Familiar reposa en esta idea: que los vínculos que establecen y los poderes se otorgan no tanto por crear derechos como por imponer deberes. Lo cual se manifiesta elocuentemente en el hecho de que no solamente la violación del deber sino el abuso y hasta el mal uso de las facultades correlativas, deter-*

\* RUGGIERO. Op. Cit. p. 12.

\*\* Op. Cit. p. 13.



*minan la privación de ellas, así que los poderes se pierden si se ejercitan mal y, en cambio, no se extinguen por prescripción ni por renuncia voluntaria. Es siempre el aspecto de obligación o el de deber el que predomina en toda relación, precisamente porque se trata de un interés superior, que se evidencia especialmente cuando nos referimos al reducido círculo de la familia estricta y a personas incapaces, a cuya protección responden muchas instituciones familiares. Todas esas especialidades nos llevan a la conclusión de que el Derecho de Familia se destaca de las demás partes del Derecho Privado y se aproxima al Público. No se puede decir, sin embargo que sea verdadero Derecho Público, pero sí que se separa del resto del Derecho Privado y que constituye una rama autónoma".\**

Es indiscutible que el contenido del Derecho Familiar, tiene una organización distinta al del Civil. "Todo Derecho Familiar se desenvuelve por manifestaciones de poderes, cuya organización es indispensable. Estos poderes no son las potestades típicas, tradicionales (patria potestad, poder marital, tutela), ni encarnan únicamente en los representantes legales de los incapaces. El concepto de poder tiene aquí un sentido amplísimo, comprendiendo, además de las instituciones que tienen por objeto la representación y la asistencia de los incapaces (éstas son, ciertamente, las más importantes), aquellas otras, que sin suponer una incapacidad, tienden a realizar el interés familiar, cuyo cuidado y vigilancia se encomiendan a otras".\*\*

Se incluyen por este autor en la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, los aspectos patrimoniales, específicamente de sucesiones y testamentos, "estos derechos —los patrimoniales— que reproducen a veces figuras de Derecho Patrimonial Común, son tipos especiales y específicos de Derecho Familiar, constituyen siempre algo distinto con peculiaridades y características privativas, de modo que sería inútil para fijar su noción, recurrir a los principios que presiden las demás ramas del Derecho Privado".\*\*\*

---

\* Op. Cit. p. 14.

\*\* RUGGIERO. Op. Cit. p. 17

\*\*\* Op. Cit. p. 36.

Como síntesis de nuestras propias reflexiones, para hablar de esta naturaleza jurídica del Derecho Familiar, debemos destacar específicamente que no se le aplican las teorías en que se apoya el Derecho Civil, como son la autonomía de la voluntad, la de la exteriorización de la voluntad, la representación, el mandato, el poder, las modalidades del acto jurídico, la renuncia a los derechos privados, la enajenación, cesión, comercialización, venta, compra, etc. de derechos privados. La teoría de las nulidades del Derecho Civil, como la inexistencia, la nulidad absoluta o la relativa, la no intervención del Estado en relaciones particulares y que sí es vigente en el Derecho Familiar. La ley regula la relación familiar y no la voluntad particular, así se determina el contenido de las potestades en el Derecho Familiar, en relación a los hijos, a los cónyuges y en el Privado es la voluntad particular la que manda. En cuanto a los efectos de los actos del Derecho Familiar, éstos surgen aun en contra de la voluntad de sus autores, como ocurre en la filiación, en el matrimonio, en los testamentos, en los intestados, en la tutela, en la adopción. El Familiar es distinto al Civil, porque los actos de aquél exigen certeza y duración, en ellos interviene el Poder Público que no tolera limitaciones provenientes de los particulares. La voluntad privada es impotente por sí sola para crear la relación familiar, que es distinta a todas las demás. La teoría de la prescripción, como lo dijimos anteriormente, no se aplica al Derecho Familiar, incluso si los deberes familiares se abandonan, no se cumplen o se ejercen mal, se pierden como sanción y no se adquieren como derecho.

No se aplican al Derecho Familiar Patrimonial las teorías del patrimonio de derecho común, en explotación, en liquidación, etc.; por ejemplo, el patrimonio de familia, la sociedad conyugal, la de gananciales, la separación de bienes, los alimentos o las pensiones. Asimismo, las Constituciones Políticas de la mayor parte de los países del mundo, incluyen normas de Derecho Familiar, que no son del Civil y que son declaraciones y garantías específicas en favor de la familia.

Estamos en presencia de un descubrimiento científico que va a revolucionar el estudio del Derecho Civil y del Derecho Familiar. Podrá alguien "*juris tantum*" que sepa Derecho Civil, imponerle

al matrimonio término, condición suspensiva o resolutoria, que los cónyuges pacten lo que quieran de una teoría de la voluntad, que le apliquen la inexistencia o la nulidad absoluta al matrimonio putativo, para destruir a los hijos, porque así lo autoriza una sentencia; podrá adquirirse el estado familiar de casado, por el simple transcurso del tiempo, sin haber contraído matrimonio; será factible ceder a un hermano, la patria potestad de un hijo, enajenar o vender el estado familiar de viudo, divorciado o casado; podrá aplicarse resolución de las obligaciones —rescisión, revocación— al matrimonio; será posible que al no cumplir con las obligaciones en un matrimonio, surja como fuente de éstas, el hecho jurídico ilícito y darle a las víctimas derechos como la acción pauliana o la acción contra la simulación; podrá renunciarse a un hijo y a la filiación que nos une con éste; o el hijo, porque no le parezcan sus padres, podrá renunciar a su calidad como tal y dejar de ser hijo por su simple voluntad, podrá una pareja —casada de acuerdo a la ley familiar— que ha vivido separada durante treinta años, sin haber intentado el divorcio y lograrlo, argumentar que ha operado la prescripción extintiva o liberatoria y que ya no poseen el estado familiar de casados; si usted, que nos hace el favor de leer este trabajo, tiene las mismas inquietudes, respecto a la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, continúe este razonamiento y llegará a la misma conclusión que nosotros: el Derecho Familiar es independiente, autónomo del Civil y del Privado, porque no se le aplican las teorías ni principios del Derecho Civil al Familiar. Por ello, el Derecho Familiar es un tercer género al lado del Público y Privado.

## 6. ¿QUE ES LA AUTONOMIA EN DERECHO?

Después de haber tratado de resolver las dudas que han surgido del estudio de la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, vamos a avocarnos ahora a fundamentar su autonomía. Para ello, es necesario, en primer lugar, destacar lo que significa esta palabra. De acuerdo con la más elemental lógica, cuando se dice autónomo, se quiere significar que no tiene dependencia, que tiene vida propia. Esta palabra, permite, si la llevamos a la teoría general del Estado, a hablar de un pueblo y sus condiciones para

que goce de entera independencia política; como ocurrió, por ejemplo con nuestro país, cuando al darse la Independencia nos convertimos en autónomo. Pero también, debemos entender que es la no dependencia de otros conceptos. Es decir, desarrollarse con principios y caminos propios, aun cuando en el pasado hayan venido de otras fuentes.

Autonomía en Derecho, significa que la rama de la cual se pretende separar, al hacerlo, tenga vida propia, instituciones que le den sustento, procedimientos que le van a dar su estatura y su mayoría de edad.

Autonomía en Derecho, simplemente quiere decir que hay una separación, que hay una independencia, que se ha roto el cordón umbilical que unía a la rama original, con su derivada. En este sentido, vamos a dirigir nuestro estudio, nuestras reflexiones, para demostrar que la autonomía se da en el Derecho en general y después, específicamente, en el Familiar.

### **7. ¿CUANDO SE PUEDE CONSIDERAR QUE UNA RAMA JURIDICA ES AUTONOMA DE LA QUE LA HA ORIGINADO?**

La respuesta es simple, sencilla, lógica. Cuando esa rama ha logrado crear sus cátedras universitarias, su bibliografía, sus obras, sus ensayos, sus Tribunales, sus leyes, sus procedimientos jurídicos. Quién podría dudar que el Derecho Laboral, que en alguna época fue parte del Civil, tiene una verdadera autonomía. Allí están la Ley Federal Laboral, sus cursos en la universidad, sus Tribunales, sus instituciones, sus procedimientos, sus sindicatos, sus sujetos activos, cómo podría confundirse un contrato individual con uno colectivo de trabajo y éstos con un contrato de prestación de servicios profesionales o de compraventa o de arrendamiento. Y si pensáramos en otras ramas que han tenido como matriz al Derecho Civil y se le han desgajado, como lo señalamos anteriormente, tendríamos que llegar a la misma conclusión; han recorrido un gran trecho, un largo camino y finalmente han logrado su autonomía. ¿De qué o de quién? De la rama original, de la matriz, de la que les dio nacimiento. Y así, en ese umbral,

estamos con el Derecho Familiar. Vamos a demostrar que la autonomía del Derecho Familiar, se da plenamente del Derecho Civil, por supuesto, no debemos confundir y es uno de los propósitos de este trabajo, que una es la naturaleza jurídica del Derecho Familiar y otra, muy distinta, su autonomía respecto del Derecho Civil.

## 8. ¿EN QUE CONSISTE LA APORTACION DE GUILLERMO CABANELLAS DE TORRE, RESPECTO A LA AUTONOMIA JURIDICA EN GENERAL?

Nacido español y nacionalizado argentino, en 1945, Guillermo Cabanellas de Torre, escribe una obra titulada: "**Los Fundamentos del Nuevo Derecho**"\* en la cual aporta los elementos científicos para demostrar la autonomía del Derecho Laboral, respecto al Derecho Civil.

Es importante destacar desde ahora, que los puntos de vista y las tesis de Cabanellas, aplicados cómo los acabamos de señalar, pueden llevarse a otras ramas del conocimiento jurídico, a otras áreas del Derecho, para probar su autonomía respecto a la que las ha originado. En este sentido, es la aportación de quien esto escribe, para que tomando estos criterios, de los que vamos a hablar a continuación, al llevarlos al Derecho Familiar, también podamos plenamente demostrar su autonomía en relación al Derecho Civil y al Derecho Familiar.

Para Guillermo Cabanellas, es importante que se consolide la independencia del Derecho Laboral, respecto al Civil, para darle sustantividad y autonomía al Derecho del Trabajo. Debe en palabras de él, encontrarse además, "su autonomía jurisdiccional; como tercer motivo, por su autonomía didáctica y científica y, como cuarta y última causa, por la influencia que ha ejercido, modificando conceptos en las restantes ramas del Derecho".\*\*

---

\* CABANELLAS, DE TORRE GUILLERMO. *Compendio de Derecho Laboral*. Tomo I. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, Argentina, 1968. p. 161.

\*\* Loc. Cit.

En otras palabras, Cabanellas sostiene que la autonomía se da, cuando se satisfagan los criterios legislativo, científico, didáctico y jurisdiccional.

### **CRITERIO LEGISLATIVO**

El primero de ellos, el legislativo, en general, se da cuando la rama del Derecho, de la cual se pretende su autonomía, tiene sus propias leyes y Códigos, que su legislación, aun cuando haya formado parte de otra, sea en un momento dado, independiente y autónoma, con principios básicos propios y exposición de motivos. Entendemos que en algunas épocas y países, la autonomía legislativa varía, pues con la evolución de la humanidad se va haciendo necesario el estudio especializado de cada una de las disciplinas rectoras, así sucede en el campo del Derecho, por lo que los juristas no debemos asombrarnos y por el contrario, enfrentar esa realidad y reto, para mejor resolver los problemas planteados por ese avance de la humanidad.

El criterio legislativo, siguiendo a Cabanellas, de una rama jurídica, se da cuando tiene sus propias leyes y Códigos, decretos, etc.

### **CRITERIO CIENTIFICO**

El segundo principio sustentado por el autor en estudio, se identifica con el nombre científico. La autonomía en este sentido, consiste en la producción literaria y bibliográfica, especializada y dada con independencia de cualquier otro género del Derecho. La elaboración de libros, ensayos, artículos originados independientemente de la rama del Derecho que los haya creado, nos permite ver con claridad el criterio científico de una ciencia; o de la que en el caso específico, se pretende su autonomía.

### **CRITERIO DIDACTICO**

El tercer fundamento de la tesis de Guillermo Cabanellas, para sostener la autonomía del Derecho Laboral, respecto al Civil, se refiere a que se dé la enseñanza de manera autónoma, que el

aspecto didáctico surja, ya no enseñando el Derecho Laboral en el Civil, sino separado. Y esto por supuesto es una realidad, porque ese criterio didáctico, en esencia consiste en que en las diferentes universidades e instituciones de enseñanza superior, ese criterio didáctico o pedagógico, se dé plenamente respecto a la rama de la cual se pretende su autonomía.

### **CRITERIO JURISDICCIONAL**

El cuarto criterio o sea el jurisdiccional, que Cabanellas llama la autonomía en esta materia, se refiere a la existencia de Tribunales autónomos para la resolución de controversias de esta materia. En este caso los de materia laboral separados de los de Derecho Civil. Hasta aquí la tesis de Guillermo Cabanellas, que a nuestro juicio nos parece muy importante, porque se puede aplicar no sólo al Derecho Laboral, sino a cualquier otra rama que pretenda su autonomía y en ella nos hemos apoyado para sostener en México, la autonomía científica, jurídica, indiscutible del Derecho Familiar, respecto al Derecho Civil.

### **9. ¿COMO SE PUEDE DEMOSTRAR LA AUTONOMIA DEL DERECHO FAMILIAR, RESPECTO AL DERECHO PRIVADO Y EL CIVIL?**

Siguiendo la tesis anterior, aplicando las teorías de Guillermo Cabanellas, usadas por él para separar al Derecho Laboral del Civil, debemos considerar en primer lugar el criterio legislativo en Derecho Familiar.

### **LEYES FAMILIARES EN MEXICO DESDE 1917**

Desde nuestro personal punto de vista, el criterio legislativo en Derecho Familiar, se ha dado plenamente en México y en el mundo. Citamos a nuestro país, porque fue el primero que contó con una legislación autónoma sobre la familia. La Ley sobre Relaciones Familiares, promulgada por Venustiano Carranza en Veracruz, el día 9 de abril de 1917, y su autonomía del Código

Civil vigente en esa época que era el de 1884 para el Distrito y Territorio de la Baja California, se funda en el artículo 9o. transitorio de la misma ley que a la letra dice: "Quedan derogados el Capítulo II del Título IV; los Capítulos I, II, III, IV, V y VI, del Título V; los Capítulos I, II, III y IV del Título sexto; el Título séptimo; los Capítulos I, II y III, del Título octavo; los Capítulos I, II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIII y XIV del Título noveno; el Título décimo; los Capítulos I y II del Título undécimo; los Capítulos I, II, III, IV, V, VI y VII del Título duodécimo; del Libro Primero y los Capítulos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII y XIII del Título décimo; del Libro Tercero del Código Civil publicado por el decreto del 15 de mayo de 1884".\*

En relación a la cita anterior, debemos destacar que es un fundamento científico importante, para quienes desconocen que el Derecho Familiar en México, inició su autonomía en 1917. Es decir, esa parte de la legislación civil, —la abrogada— referida a la familia, iba a tener vigor independientemente del Código Civil de 1884, que seguía vigente en las demás materias, excepto en la familiar, pues la legislación familiar tenía por primera vez en su historia, autonomía legislativa.

El movimiento legislativo de Derecho Familiar en México creció tanto, que todos y cada uno de los estados de la República, promulgaron sus respectivas leyes sobre Relaciones Familiares, abrogaron la parte correspondiente de los Códigos Civiles vigentes y para muestra citaremos que en el estado de Guanajuato, la Ley sobre Relaciones Familiares, tuvo vigencia hasta 1967, fecha en que apareció el actual Código Civil que la abrogó y la volvió a meter en sus líneas como parte del Derecho Civil. En el Distrito Federal, esta ley tuvo vigencia hasta 1932, fecha en que entró en vigor el Código Civil de la ciudad-capital.

### **HIDALGO, PIONERO EN DERECHO FAMILIAR**

La historia de esta autonomía legislativa no termina ahí. En México se promulgó en el año de 1983 en Hidalgo, el primer

---

\* *Ley sobre relaciones Familiares de 1917*. Edición Oficial. p. 15.



Código Familiar de la materia, teniendo el suscrito el honor de haber sido el autor del mismo. Igualmente, debe destacarse que en ese año, se puso en vigor, junto con el Familiar, el de Procedimientos Familiares, cuyo autor es Emilio Eguía Villaseñor, catedrático de la Universidad Nacional Autónoma de México. Después de estos dos Códigos, que hasta la fecha siguen en vigencia en Hidalgo, debe señalarse que en el año de 1986, se le hicieron algunas reformas, pero en esencia, el Código Familiar de Hidalgo, sigue siendo el original. En Zacatecas el 10 de mayo de este mismo año, se puso en vigor el Código Familiar de la entidad. Debe subrayarse que en este caso se copió en un noventa por ciento, el Código Familiar de Hidalgo y se le hicieron agregados del Código Civil para el Distrito Federal y del de Zacatecas. De cualquier modo, en el haber, es más importante sumar, que también en Zacatecas hay una legislación que rige específicamente para este tipo de problemas y de instituciones.

#### OTROS CODIGOS FAMILIARES EN EL MUNDO

Para estar al día, debemos destacar que si ese criterio legislativo, se dio con esa fuerza en México, en el mundo vamos a encontrar, que a pesar de que en su época, el Código Napoleón o Código Civil de los franceses del 21 de marzo de 1804, dejó de legislar en materia familiar, excepto en algunas cuestiones del matrimonio, fue allá que el 29 de julio de 1939, se dio lo que se llama el *Code de la Famille* o sea una ley francesa de aquella época, la cual reguló aspectos familiares, matrimoniales y de natalidad en Francia. A esto debe agregarse el gran movimiento mundial que ha habido en esta materia y así, hay que enumerar después de México, el Código de Familia en Rusia, promulgado en 1918, Yugoslavia 1946, Bulgaria 1949, Checoslovaquia 1950, el Código de la Familia y la Tutela de la República Popular de Polonia de 1966, Código de Familia de Costa Rica, el de Guatemala, recientemente el de la República de El Salvador 1994, que ha seguido los lineamientos del Código Familiar de Hidalgo y el de Panamá, puesto en vigor el 1 de enero de 1995 y en el cual tuvimos el honor de colaborar.

También debemos referirnos en ese movimiento legislativo a favor de la familia, a algunas declaraciones constitucionales, como las que encontramos en México o en Estados Unidos, como la de Alabama de 1946, en Alemania en 1949, en Bolivia, en Brasil, en Bulgaria, en China, en España, en algunos estados de la Unión Americana, como Montana, Nevada, Dakota del Norte, etc., la Constitución de Finlandia, la de Guatemala, la de Honduras, la de Hungría, en la India, en Irlanda; todo esto nos permite afirmar que en algunos lugares, la autonomía legislativa del Derecho Familiar, ha alcanzado una completa madurez. La tendencia actual es darle a la familia una legislación autónoma.

### OBRAS DE DERECHO FAMILIAR

El criterio científico en materia familiar, se da plenamente como se ha logrado en la actualidad. Es con la obra de Antonio Cicú, en 1914, en que se inicia la gran corriente a favor de la autonomía científica del Derecho Familiar. De la A a la Z, vamos a encontrar una serie de autores que han hecho aportaciones trascendentes en la materia y así tenemos por ejemplo, que José Arias escribe un Derecho de Familia en el año de 1943; Ludovico Barassi, lo hace en Milán, Italia en 1947, después en Montevideo, Uruguay en 1940, Roberto Berro, que habla sobre el Código de la Familia y por supuesto Julián Bonnecase, en su obra **La Filosofía del Código Napoleón aplicada al Derecho de Familia**, y el propio Antonio Cicú, que tiene no sólo la obra básica de este movimiento, sino también una sobre La Filiación.

Más obras en Derecho Familiar. Encontramos por ejemplo la de Federico Engels, **Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y el Estado**; en Alemania, la parte general en el Tratado de Derecho Civil de Ludwig Ennecceruss, Theodor Kipp y Martin Wolff, que se refiere específicamente a la familia o en la legislación comparada de **Derecho de Familia** de Luis Fernández Clérigo. Adolfo Posada, en España, a finales del siglo pasado, escribe sobre **Teorías Modernas Acerca del Origen de la Familia** y así otros autores en Chile por ejemplo, **Instituciones de Familia** de Juan Carlos Reborá, la Familia en Buenos Aires; es decir, hay una serie de trabajos extraordinarios sobre la mate-

ria y en este caso, nuestra intención, es probar que el criterio científico es una realidad en materia familiar. No podemos dejar de mencionar la obra trascendente de los hermanos Henri, León y Jean Mazeaud en Francia, así como la de Jean Carbonnier que también habla y escribe sobre las cuestiones familiares y cuasi-familiares. Entre otros en Argentina, de los más modernos está César Augusto Belluscio.

En México la corriente doctrinaria autónoma respecto al Derecho Familiar, es una realidad. Existen trabajos monográficos extraordinarios sobre la materia y muchos autores que se han sumado a todo esto. Así por ejemplo, a pesar de que lo han hecho como trabajos dentro del Derecho Civil, han sido realmente estudios de Derecho Familiar. Entre otros, debemos citar a Rafael Rojina Villegas, a Rafael de Pina, a Jorge Mario Magallón Ibarra, a Benjamín Flores Barroeta, que de manera importante han estudiado el Derecho Familiar.

#### CATEDRAS AUTONOMAS DE DERECHO FAMILIAR

El tercer elemento necesario para ubicar la autonomía del Derecho Familiar, es el que llamamos el criterio didáctico.

En México es una realidad. Durante décadas se consideró que el Derecho Familiar era parte del Derecho Civil. Ha sido a partir de septiembre de 1993, con la reforma al Plan de Estudios aprobado por el Consejo Universitario de nuestra máxima Casa de Estudios, que se han establecido dos cursos de Derecho Familiar separados totalmente del Derecho Civil. Así, el Civil se divide en cinco cursos que de ninguna manera incluyen una sola línea de Derecho Familiar y por otro lado, se requiere cursar estas materias para tener derecho a inscribirse en Derecho Familiar I y a Derecho Hereditario, que es el complemento del Derecho Familiar, es decir, el Derecho Familiar Patrimonial que se refiere a sucesiones testamentarias y legítimas.

Pero no sólo en México se enseña ya la disciplina jurídica en forma autónoma, también en Venezuela, El Salvador, Puerto Rico, Brasil, Guatemala, donde hay estudios de Derecho Familiar, aun cuando siguen formando parte del Derecho Civil.

En la División de Estudios de Posgrado en México, ésta es una realidad, porque también ya se estudia de manera independiente y existe como Derecho Familiar.

### TRIBUNALES DE DERECHO FAMILIAR

El cuarto criterio para que se dé esta autonomía, siguiendo a Cabanellas, es el jurisdiccional. Este consiste en saber si la materia, de la cual se pretende su autonomía, tiene Tribunales propios, si tiene las instancias jurídicas adecuadas para resolver los conflictos en la materia. En México es una realidad. A partir de 1971, se crearon los primeros seis Juzgados Familiares en el Distrito Federal. En la actualidad —1995— hay cuarenta Juzgados Familiares y dos Salas de segunda instancia con sus respectivos Magistrados —3 en cada una de ellas—. Este ejemplo cundió al interior de la República y así encontramos en todos y cada uno de los Estados de México, treinta y dos en total, incluyendo el Distrito Federal que tienen ya establecida la jurisdicción familiar. En algunos estados, por ejemplo Jalisco, hay también la segunda instancia, es decir Salas familiares. En otros, se han concretado a los Juzgados Familiares, pero podemos decir que ya a lo largo y lo ancho de la República Mexicana, se da plenamente este criterio jurisdiccional.

### INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS PROPIOS

A lo anterior debemos agregar, ya en materia de Derecho Familiar, los criterios institucional y procesal, sostenidos por José Barroso en apoyo de la autonomía del Derecho Familiar.\*

El criterio institucional se refiere a que el Derecho Familiar tiene sus propias instituciones; es decir, no le pide ni le quita al Civil o al Privado, sus elementos y sus teorías, mucho menos sus instituciones, porque tiene las propias. Así por ejemplo, podría-

---

\* BARROSO, FIGUEROA JOSE. *Autonomía del Derecho de Familia*. Revista de la Facultad de Derecho de México. UNAM. Tomo XVIII. Octubre-Diciembre. No. 68. México, 1968. p. 36.

mos ejemplificarlo señalando el matrimonio, el divorcio, los alimentos, la patria potestad, etc.

En cambio el criterio procesal, consiste en señalar que las cuestiones y los conflictos del Derecho Familiar, han tenido, sobre todo después de la reforma de 1973, una serie de disposiciones de carácter procesal, que le dan su verdadero contenido al Derecho Familiar. Así por ejemplo, hay procedimientos especiales en materia de divorcio voluntario, todo esto dentro del Código Civil, y otros que se encontraban en el de Procedimientos Civiles que con la reforma del año mencionado, han venido a formar parte del capítulo de las controversias de orden familiar. Con ello, se enriquecen los criterios señalados primeramente por Cabanellas, respecto a la autonomía del Derecho Laboral, respecto al Civil y nosotros que los hemos sostenido en relación al Derecho Familiar. Así en síntesis de lo que hemos citado, se dan plenamente para sostener la autonomía científica del Derecho Familiar, los criterios legislativo, jurisdiccional, didáctico, científico, institucional y procesal.

## 10. SITUACION ACTUAL DEL DERECHO FAMILIAR

Debe destacarse que el Derecho Familiar a nivel nacional e internacional, ha dado frutos muy importantes. En 1977, con la participación de juristas tan extraordinarios como Henri Mazeaud de Francia, Guillermo Cabanellas de Argentina, Gunther Beitzke de Alemania, Witold Czachorski de Polonia, Marina Hart Dávalos de Cuba, Diego Espín Cánovas de España, Néstor de Buen Lozano de México, César Augusto Belluscio de Argentina, Guillermo Floris Margadant de México, Alberto Trueba Urbina de México, Alberto Trabucchi de Italia, Silvio Rodrigues de Brasil, José Manuel Almanza Pastor de España, Raúl Ortiz Urquidi de México, Aurora Arnáiz Amigo de México, Raúl Carrancá y Rivas de México, Fernando Siliceo Camacho de México, Alberto E. Spota de Argentina, Emilio Eguía Villaseñor de México, José de Jesús López Monroy de México, Ernesto Gutiérrez y González de México, Katherin Schenk de Alemania, José María Cajica Jr. de México, Jorge Sánchez Cordero de México, Leoba Castañeda Rivas de México, Susana Roig de Güitrón de México, Baltasar

Cavazos Flores de México, Fernando Castellanos Tena de México y de otros distinguidos juristas, se realizó el Primer Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil, en el cual se sometió a la consideración de los distinguidos juristas que allí estaban presentes, los primeros Proyectos de Códigos Familiar y de Procedimientos Familiares, elaborados respectivamente por el suscrito y el segundo por Emilio Eguía Villaseñor.

### OCHO CONGRESOS MUNDIALES

Debe mencionarse que los Congresos a nivel mundial se han seguido desarrollando y así, el segundo se llevó a cabo en la Universidad de Salamanca, presidido por el Doctor Antonio Hernández Gil, el cuarto tuvo efecto en la Universidad de Cáseres en Extremadura, España, después fue la tricentenaria Facultad de Derecho de San Cristóbal de las Casas en Chiapas, la que albergó a los juristas más connotados. Fue en Puerto Rico, en la Universidad Panamericana de ese país, donde se celebró el sexto Congreso, presidido por el ilustre jurista Ennio Colón García, después el séptimo se realizó en la República de El Salvador, presidido por su Presidente, Cristiani y el último que tuvo efecto en 1994, en la Universidad Central de Caracas en Venezuela, primer Congreso presidido por una Doctora en Derecho Lourdes Wills Rivera.

### LA OEA Y LA SANTA SEDE

Al margen de estas actividades, siempre con la tesis de la importancia que tiene la familia y sus derechos, el 22 de octubre de 1983, la Santa Sede presentó a todas las personas, instituciones autorizadas interesadas en la misión de la familia en el mundo contemporáneo, su Carta de los Derechos de la Familia. En 1992, el 17 de junio, la Organización de los Estados Americanos, a través de su subsecretaría de asuntos jurídicos, y de acuerdo al censo de los Estados miembros de la OEA, se emitió la Declaración de los Derechos de la Familia, aprobada por la Asamblea General de la Organización en noviembre de 1983.

## NACIONES UNIDAS

Más recientemente, en el año de 1994, se determinó considerar este año como el Internacional de la Familia, habiéndose establecido como una celebración permanente el 15 de mayo, celebrándose ahora el segundo aniversario, festejándose el Día Internacional de la Familia.

## PROSPECTIVA

Es indiscutible que la prospectiva del Derecho Familiar está a la vista; en el futuro próximo, nuestro país y los demás miembros de la Organización de las Naciones Unidas, pondrán en vigor, la legislación familiar —Código Familiar y Código de Procedimientos Familiares— que tanto demanda y necesita la familia.

# **EL DERECHO PARA LA FAMILIA, LA TEORIA DE LAS OBLIGACIONES Y LA FIGURA DEL DIVORCIO**

**ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ**

**LICENCIADO EN DERECHO. PROFESOR TITULAR POR OPOSICION  
DE DERECHO CIVIL EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO**

Separata que hace y adapta el licenciado en Derecho Ernesto Gutiérrez y González, de su libro Próximo a Editarse "Derecho para la Familia", para los señores licenciados en derecho y maestros, D. José Barroso Figueroa, Director del Seminario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, y D. Joaquín Martínez Alfaro, Presidente del Colegio de Profesores de Derecho Civil, de la misma Facultad y Universidad, quienes le solicitaron un artículo de índole jurídica, para publicarlo en un libro que editarán, en homenaje que ellos harán al licenciado Antonio de Ibarrola.



## **1. DEL MAL NOMBRE AL HABLAR DE "DERECHO FAMILIAR" O "DERECHO DE LA FAMILIA"**

El idioma es la única herramienta e instrumento que puede emplear el profesional del Derecho para el desarrollo de sus actividades y el estudio de su ciencia.

Se puede pensar mucho y decir que el profesional del Derecho ya cuenta hoy día con herramientas muy especializadas como las máquinas ordenadoras (computadoras), transparencias, videos, etc., pero en realidad eso en nada le ayuda en el pensamiento jurídico, pues con esos instrumentos no va a forjar interpretaciones jurídicas o nuevos pensamientos en la materia.

No, es el lenguaje, el solo, único y absoluto instrumento con el que se cuenta para forjar la Ciencia del Derecho y su técnica.

Por ello, se debe procurar que las palabras denoten lo que en verdad es y lo que se piensa. Y desde ahí empieza la dificultad para el desarrollo y el estudio del Derecho hoy día.

Cada vez más, de manera infortunada, se corrompe el idioma, y se tergiversa el sentido y contenido de las palabras. Estoy de acuerdo en que el idioma es algo vivo, que evoluciona, y que debe admitir la creación de nuevos vocablos, y adoptar otros, de otras lenguas, pero el idioma jurídico que ya tiene un vocabulario adecuado, no hay necesidad de torcerlo y deformarlo, y cuando por otra parte, se ha empleado en el ámbito del Derecho un vocabulario inadecuado, entonces debe corregirse y emplear las palabras que denoten lo que se hace o lo que se regula.

En la materia a la cual se refiere este trabajo, desde el nombre se ha equivocado la denominación, pues se habla de "Derecho Familiar" o "Derecho de la Familia", nombres que considero son equívocos, e inadecuados para denominar a una rama tan importante del Derecho Civil, si, del Derecho Civil, le pese a quien le pese, y que de manera absurda hablan de que esa rama del Derecho es autónoma del Derecho Civil. Ya en mi libro sobre la materia, expongo todas las barbaridades y sinrazones, que por falta de conocimientos jurídicos, y sólo por exhibicionismo, ha

llevado a que se pretenda que este Derecho sea una rama autónoma del Derecho Civil, y han llegado a la aberración de emitir algunos bárbaros legisladores "Códigos de la Familia".

Pero vuelvo a lo inadecuado de la denominación de esta rama, pues es un error hablar de "Derecho Familiar", pues FAMILIAR, que se emplea como calificativo de Derecho, es lo

**"PERTENECIENTE A LA FAMILIA. // DICESE DE AQUELLO QUE UNO TIENE MUY SABIDO O EN QUE ES UN EXPERTO..."\***

- a) Y es así, por demás infortunado, designar a una rama del Derecho Civil, como el derecho que pertenece a la familia, pues el Derecho que el Estado elabora para regir las relaciones de una familia, no pertenece a la familia.

No es igual decir que las normas son PARA REGIR A, que decir que LAS NORMAS PERTENECEN A.

- b) También si se toma en cuenta la segunda aceptación de la palabra, resulta igualmente torpe la calificación de "familiar" que se da a esa rama del Derecho Civil, pues es indudable que las normas sobre la materia, no las va a tener la familia muy sabidas, o es una experta en ellas.

Y así resulta que el Derecho no puede ser "familiar", pero por ser usual la expresión, y por ignorantes los tratadistas y hasta los legisladores, hablan de Derecho Familiar.

- c) Por otra parte, hablar de Derecho de la Familia" es de igual manera impropio y poco ilustrativo, ya que con esa expresión tal parece que el Derecho fuera "de la familia", esto es, "propiedad o titularidad de la familia".

---

\* Real Academia Española de la Lengua. Diccionario. 19a. edición. Madrid 19. Espasa-Calpe.

## **2. DERECHO PARA LA FAMILIA: NOMBRE ADECUADO DE ESA RAMA DEL DERECHO CIVIL**

Considero que una de las funciones más importantes del Derecho, es la que se expresa en el principio que yo he llamado "FUNCION EDUCATIVA DEL DERECHO". Ignoro si algún otro autor ha empleado ese nombre y esa figura, pero protesto bajo palabra, que no lo he leído en ningún tratadista, sino que de esa manera lo bauticé.

Estimo que entre las funciones básicas del Derecho, está no sólo la de regular conductas humanas en sociedad, sino que también está la de ilustrar a los gobernados, sobre lo que el Derecho es, y sobre las materias de que él se ocupa.

Así, una de esas metas para ilustrar a los gobernados debe ser, el buen y correcto uso del idioma, que las palabras que se empleen, correspondan en realidad a las ideas que se van a externar.

Pero este principio, de manera infortunada, es de los que menos se observan y aplican, tanto por la ignorancia del idioma de muchos tratadistas, como por la mayúscula ignorancia del idioma por parte de los legisladores, y de los que cumplen con la misión de "desasesorar" al titular del Organismo Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos.

Pues bien, para lograr que el idioma responda al contenido y finalidad de esta rama del Derecho Civil que me ocupa, se debe denominar "DERECHO APLICABLE A LA FAMILIA", pero como el nombre es muy largo y poco pedagógico, entonces decidí emplear, y sugiero que Ud. lector(a) emplee el de "DERECHO PARA LA FAMILIA", pues ese Derecho en verdad, es hecho para ella y para regir la conducta de sus miembros.

## **3. LA REVOCACION Y LA RESCISION EN MATERIA DEL CONTRATO DE MATRIMONIO**

Por desconocimiento de muchas instituciones y figuras jurídicas, muchos tratadistas que conozco, no emplean un vocabula-

rio jurídico conveniente y propio, como debiera ser, y en otras ocasiones, aun conociendo ese vocabulario propio, no lo aplican al Derecho para la Familia, pues de manera absurda, piensan que tratándose de ésta, se debe emplear un vocabulario diferente:

El hecho es que, lo único que logran con ello, es envolver en palabras inconvenientes, lo que se entendería en forma por demás fácil, por los que se dedican a la ciencia y a la técnica del Derecho, y que después al transmitirlo al pueblo, a los gobernados, éstos ignoren o no capten, cuál es la esencia de una institución o figura jurídica, cuando por el contrario si se expresaran con propiedad esos tratadistas o legisladores, lograrían cultivar al pueblo.

Sin embargo, como dicen desde hace siglos los políticos: entre menos Derecho sepa el pueblo, más fácil será gobernarlo. Pero gobernarlo al gusto y para el beneficio de los gobernantes, digo yo.

Al pueblo pan y circo, y tenerlo ignorante, pues mientras menos conozcan sus derechos, más fácil son de oprimir, es la mística de los gobernantes mexicanos en su gran mayoría.

En evidencia de estos puntos de vista, haré ver en seguida, como se ha tenido al pueblo con una carga moral de culpa, de dolor y de vergüenza social muchas veces, por no hacer los "juristas", un análisis de las figuras jurídicas, y darle el nombre correcto que les corresponde a otras figuras o instituciones.

Concretamente me referiré a las figuras jurídicas de la Teoría de las Obligaciones, que se conocen con el nombre antiquísimo de "REVOCACION" y de "RESCISION", y de cómo esas dos figuras debieron emplearse para referirse a una figura que en verdad es traumatizante para muchas personas, cuando tienen que practicarla: EL DIVORCIO.

De la REVOCACION, elaboré el siguiente concepto:

**"ES UN ACTO JURIDICO UNILATERAL O BILATERAL, POR MEDIO DEL CUAL, SE PONE FIN A OTRO ACTO JURIDICO ANTERIOR, UNILATERAL O BILATERAL, PLENAMENTE VALIDO, POR RAZONES DE CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD, CATALOGADAS SUBJETIVAMENTE POR UNA SOLA PER-**

**SONA, O BIEN APRECIADAS EN FORMA OBJETIVA POR AMBAS, SEGUN SEA EL CASO".\***

y de la RESCISION elaboré también este concepto:

**"ES UN ACTO JURIDICO UNILATERAL, POR EL CUAL SE PONE FIN, SALVO QUE LA LEY LO PROHIBA, DE PLENO DERECHO, "IPSO JURE" SIN NECESIDAD DE DECLARACION JUDICIAL, A OTRO ACTO, BILATERAL, PLENAMENTE VALIDO, POR INCUMPLIMIENTO CULPABLE, EN ESTE, IMPUTABLE A UNA DE LAS PARTES".\*\***

Pues bien, hay una figura jurídica en el ámbito del Derecho Civil, en su rama Derecho para la Familia, a la que nunca se le ha denominado con el nombre que en verdad corresponde a su esencia jurídica, y que con sus dos variantes, debían de designarse REVOCACION O RESCISION, según fuera el caso, pero a la cual se le da un nombre que en lo absoluto responde a la noción jurídica, sino gramatical, y que es EL DIVORCIO.

En efecto, el DIVORCIO tiene en el Código Civil del Distrito Federal dos diferentes especies, que no son sino casos de revocación o de rescisión del contrato de matrimonio. Así se tiene:

- A. El divorcio por mutuo consentimiento, que a su vez tiene dos especies:
  - a) Divorcio por mutuo consentimiento, formal y materialmente administrativo, y
  - b) Divorcio por mutuo consentimiento, formalmente judicial, pero materialmente administrativo.
- B. Divorcio necesario, formal y materialmente judicial.

En estos diversos tipos de divorcio, lo que se presenta, es un CONVENIO REVOCATORIO, O UN ACTO RESCISORIO DE UN CONTRATO DE MATRIMONIO, que se traduce en una

---

\* GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. *Derecho de las Obligaciones*. 10a. Ed. Ed Porrúa. México, 1995. P. 637 No. 701.

\*\* GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. Op. cit. pp. 637. No. 701.

situación que homologa el Estado en el primer caso en cualquiera de sus dos especies, y decreta el Estado también, en el segundo caso.

Si se analiza como lo hago en seguida, se tiene que concluir que en efecto, el DIVORCIO, tiene por esencia jurídica o un convenio revocatorio del contrato de matrimonio, o el Estado decreta la rescisión de un contrato de matrimonio, a petición de parte.

#### **4. DEMOSTRACION DE QUE EL DIVORCIO, SEGUN SEA SU TIPO, RESPONDE A LA ESENCIA JURIDICA DE UN CONVENIO DE REVOCACION, O A UNA RESCISION DECLARADA POR EL ESTADO**

El Código Civil del Distrito Federal de 1928, regula dos diferentes tipos de divorcio, como ya lo anoté en líneas anteriores:

**A. Divorcio por mutuo consentimiento, para terminar el contrato de matrimonio, que se puede verificar de dos diferentes maneras, según sean las circunstancias de los cónyuges:**

**a) Divorcio por mutuo consentimiento, en los términos del Código Civil en sus artículos 267 fracción XVII y el 272. El primero de estos artículos dispone:**

**"Son causas de divorcio:  
XVII. El mutuo consentimiento;"**

y el segundo de ellos ordena que

*"Cuando ambos consortes CONVENGAN en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de COMUN ACUERDO hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.*

*El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará una acta en que se hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días.*

*Si los consortes hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.*

*El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquéllos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia.*

*Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles."*

Si se analiza el anterior texto, se encuentra que para la procedencia de este tipo de divorcio, se requiere:

- a') Un acto previo de un contrato de matrimonio, plenamente válido.
- b') Un ACUERDO O CONVENIO DE LAS PARTES MATRIMONIADAS, para dar fin, a su contrato de matrimonio, por razones que ellas juzgan objetivamente como oportunas y convenientes.
- c') Ese convenio o acuerdo de las partes para poner fin a su matrimonio plenamente válido, DEBE SUJETARSE A LA HOMOLOGACION DEL ESTADO, POR MEDIO DE UN MAL LLAMADO JUEZ DEL REGISTRO CIVIL, pues nada juzga, sólo oficia, por lo cual antes con toda propiedad se le llamaba OFICIAL DEL REGISTRO CIVIL.

En esta hipótesis legal, los cónyuges no tienen que decir al funcionario, cuáles son las razones que los llevan a dar fin a su contrato de matrimonio, sino que ellos de común acuerdo, y por razones de conveniencia y oportunidad catalogadas por ambos, deciden terminar ese acto jurídico que los liga como marido y mujer.

Se aprecia así con claridad, que lo que han hecho, es celebrar UN CONVENIO REVOCATORIO, por medio del cual, con la homologación del Estado, van a poner fin a un acto jurídico plenamente válido, por razones de conveniencia y oportunidad, catalogadas de común acuerdo.

**Este CONVENIO REVOCATORIO DE SU CONTRATO DE MATRIMONIO, es un CONVENIO SOLEMNE, PUES REQUIERE DE LA HOMOLOGACION DEL FUNCIONARIO DEL REGISTRO CIVIL.**

Lo anterior me permite afirmar sin lugar a duda, que el LLAMADO DIVORCIO ADMINISTRATIVO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, RESPONDE EN TODO, Y ES, UN CONVENIO SOLEMNE, REVOCATORIO, DEL CONTRATO DE MATRIMONIO, MEDIANTE EL CUAL EL ESTADO SANCIONA SUS VOLUNTADES, Y DA POR TERMINADA LA RELACION MATRIMONIAL.

Ello también me permite proponer, por las ventajas que adelante anoto, QUE SE DEJE DE HABLAR DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, O DIVORCIO VOLUNTARIO, Y SE DIGA POR EL LEGISLADOR, "CONVENIO REVOCATORIO DEL MATRIMONIO", O "REVOCACION CONVENCIONAL DEL CONTRATO DE MATRIMONIO".

- b) Divorcio por mutuo consentimiento, en los términos del Código civil en sus artículos 267 fracción XVII, 272 último párrafo y 273.

El primero de estos artículos con su fracción citada, ya lo transcribí antes, y se refiere a que los cónyuges pueden disolver su matrimonio por mutuo consentimiento, de acuerdo con lo que dispone el último párrafo del artículo 272, y el último, el artículo 273, establece que:



*"Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al Juzgado UN CONVENIO en que fijen los siguientes puntos..."*

lo cual permite ver que se está en situación análoga a la analizada en el apartado anterior, sólo que aquí la convención no se va a homologar por un Juez u oficial del Registro Civil, sino por un VERDADERO JUEZ, por un funcionario del Organó Judicial del Estado, en tanto que en el caso anterior, el funcionario mal llamado juez, depende del Organó Ejecutivo del Estado.

¿Qué se precisa para que se verifique este tipo de divorcio?  
Pues se requiere:

- a') Un contrato de matrimonio plenamente válido.
- b') Celebración de un convenio entre los cónyuges, en donde por razones de oportunidad y conveniencia que sólo ellos catalogan, deciden dar por terminado su contrato de matrimonio.
- c') Homologación de su convenio para dar por terminado el contrato de matrimonio, por parte del Estado, a través de un juez, un verdadero juez, miembro del Organó Judicial del propio Estado.

Aquí también se encuentra que la conducta jurídica de los cónyuges en su primer momento en que ocurren ante el funcionario judicial, es el de decirle, si supieran derecho, y si también así lo estableciera la ley, que han celebrado UN CONVENIO POR EL CUAL REVOCAN SU CONTRATO DE MATRIMONIO, POR RAZONES DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA CATALOGADAS SOLO POR ELLOS, sin tener que dar mayor explicación al funcionario judicial.

Por ello afirmo con absoluta convicción, que la naturaleza jurídica del divorcio por mutuo consentimiento judicial, es UN CONVENIO REVOCATORIO SOLEMNE, HOMOLOGADO POR EL ESTADO, POR CONDUCTO DE UN JUEZ COMPETENTE.

- B. Divorcio necesario, con base en cualesquiera de las hipótesis previstas en el Código Civil en su artículo 267, que contempla 18 causales, con excepción de la fracción XVII.**

Este tipo de divorcio, como anoto antes, sólo se puede solicitar ante un juez competente para el caso, y el actor, debe fundar su pretensión en alguna de las fracciones del artículo 267 ya citado, que son 18 supuestos, con excepción de la fracción XVII que corresponde al divorcio por mutuo consentimiento.

¿Qué se requiere para la procedencia de este divorcio al que se le llama NECESARIO? Requiere:

- a) Un contrato de matrimonio, plenamente válido.
- b) Un hecho ilícito, o sea el incumplimiento culpable de una de las partes en el contrato, que implica una violación a las obligaciones y deberes que con él se generan.
- c) Petición al Estado, para que constate el hecho ilícito, y decrete así la terminación del contrato de matrimonio.

¿Y cuál es la esencia de la sentencia que emita el juez decretando que en vista del hecho ilícito del demandado, y de haberlo probado la parte actora, se da por terminado el contrato de matrimonio?

Pues ni más ni menos, que UNA SENTENCIA DE RESCISIÓN DEL CONTRATO DE MATRIMONIO. El juez, pone fin a un acto jurídico bilateral, tipo contrato, plenamente válido, por incumplimiento culpable de una de las partes.

Así entonces, puedo afirmar sin temor, que lo que hace el juez, es **DECRETAR LA RESCISIÓN DEL CONTRATO DE MATRIMONIO, CON BASE EN EL HECHO ILÍCITO COMETIDO POR UNO DE LOS CONYUGES, EN DETRIMENTO DEL OTRO.**

Si se hace un análisis de las diversas "causales" de divorcio establecidas en el artículo 267 ya citado, se encuentra que entrañan una conducta ilícita, establecida en la norma de manera abstracta, general y permanente, que cuando se lleva al caso concreto, implica por parte de aquél al cual se le imputa, un hecho ilícito por él cometido.

Piénsese si no es incumplir ilícitamente el contrato de matrimonio, el adulterio (Art. 267-I) en donde con su conducta una de las partes rompe la fe conyugal del otro, y que esa fe, es la base de sustentación del contrato.

¿Y qué pensar del cónyuge que abandona sin causa justificada por más de seis meses el hogar conyugal (Art. 267-VIII)? Pues que su conducta es totalmente ilícita, y que necesariamente da base para que se rescinda el contrato.

Así se puede hacer el análisis de cada una de las hipótesis de ese artículo 267, excepción como dije de la fracción XVII, que lleva a la REVOCACION del matrimonio y no a su rescisión, y siempre se va a encontrar una situación ilícita, de incumplimiento culpable por una de las partes, del contrato de matrimonio.

Habrá alguna causal que pudiera a primer comentario, decirse que no implica un hecho ilícito, como en el caso de la fracción VI del artículo 267, que establece como supuesto el que una de las partes padezca sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

Y se dirá, el estar sifilítico puede no ser culpa del cónyuge, sino haberse contagiado de manera accidental, sin relación sexual, y digo yo que en efecto así puede ser, pero aclaro que en este evento debe recordarse que en el año de 1928 en que se elaboró el Código Civil vigente, no se sabía que la sífilis pudiera contagiarse en forma diversa a la "venérea", originada por la adoración a Venus, diosa del amor, y de ahí que siempre que un miembro de la pareja sufriera esa enfermedad, había la presunción de que había sido por medio de contacto sexual.

Así se pueden hacer especiales consideraciones sobre cada uno de los casos que se establecen en las causales de divorcio del artículo 267, y si hubiere un caso en que se decretara la rescisión del contrato de matrimonio, sin que hubiere culpa, entonces se podría pensar en que la sentencia de divorcio no contendrá un acto rescisorio, sino el resultado de una responsabilidad objetiva.

**5. UTILIDAD CIENTIFICA Y TECNICA DE ACEPTAR  
EN LA LEY EL USO DE LA TERMINOLOGIA  
"REVOCAION DEL CONTRATO  
DE MATRIMONIO "  
O "RESCISION DEL CONTRATO DE MATRIMONIO**

Considero que si se aceptara por los legisladores de los códigos civiles del país, la terminología que propongo, se podrían obtener grandes beneficios de tipo:

- A. Científico;
- B. Técnico;
- C. Psicológico y moral.

Paso a explicar lo anterior:

**A. BENEFICIOS CIENTIFICOS DE ACEPTAR LA TERMINOLOGIA DE REVOCAION Y RESCISION DEL CONTRATO DE MATRIMONIO, EN LUGAR DE HABLAR DE DISOLUCION DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO.**

Al científico no le interesa encontrar la utilidad de lo que investiga y descubre. Sólo le interesa encontrar la verdad, sin pensar en la utilidad de esa verdad. La utilidad del descubrimiento científico le corresponde al técnico.

Sobre ese principio, debe entenderse que científicamente es importante haber descubierto que el acto de divorcio, tiene la esencia jurídica, o de una revocación o de una rescisión, según sea el caso, sin interesar más al respecto.

Científicamente es conveniente que se manejen en forma adecuada las figuras e instituciones jurídicas, y de ahí la importancia de que se empleen los nombres correctos de las denominaciones que la teoría da a cada tipo de acto jurídico.

Al suprimirse del Código Civil la terminología de "Divorcio voluntario", y hablar de "Convenio revocatorio del contrato de matrimonio", por una parte, y por la otra hablar de "Rescisión judicial del contrato de matrimonio" en lugar de "Divorcio necesario", se habrá alcanzado la pureza del lenguaje jurídico, que es lo que se busca entre otras cosas, por el científico del Derecho.

## **B. BENEFICIOS TECNICOS DE HABLAR DE "CONVENIO REVOCATORIO DEL CONTRATO DE MATRIMONIO", Y DE "RESCISION JUDICIAL DEL CONTRATO DE MATRIMONIO".**

El técnico del Derecho, también obtendrá beneficios de conocer el contenido real y verdadero de lo que hasta ahora y por siglos, se ha llamado "Divorcio".

Un beneficio inmediato, íntimamente ligado con lo que expongo en el siguiente apartado, radica en que los gobernados recibirán una educación jurídica, y al conocer qué es lo que la ley establece, sin cubiertas o mantos de palabras a las que les temen, habrán avanzado en su ilustración y se cumplirá en otro punto más, la función educativa del Derecho.

Pero otro punto más, todos esos snobistas que pretenden que el Derecho para la Familia forme una rama aparte del Derecho Civil, entenderán, pues ahora no lo entienden, que sin el conocimiento y regulación que de las figuras jurídicas que da la Teoría de las Obligaciones, y de la reglamentación que ofrece el Código Civil, no es posible que esos snobistas puedan saber y entender lo que es el Derecho para la familia, y que se le hace un gran daño a esa rama del Derecho Civil, al dejar incompletas las nociones que deben manejarse en su conjunto, al fincar esa aberración del "Código Familiar", como el bodrio del Estado de Hidalgo, que es la obra jurídica más mala de los últimos 10 mil años de la historia jurídica de México, a pesar de las reformas que medio lo drenaron de tanta basura en 1988.

## **C. BENEFICIOS PSICOLOGICOS Y MORALES DE ACEPTAR LAS NOCIONES DE "CONVENIO REVOCATORIO DEL CONTRATO DE MATRIMONIO" Y "SENTENCIA DE RESCISION DEL CONTRATO DE MATRIMONIO" EN LUGAR DE DIVORCIO VOLUNTARIO O DIVORCIO NECESARIO.**

Se quiera o no, la sola palabra "DIVORCIO" lleva una gran carga emocional, y está también desprovista de la apariencia de lo jurídico.

Los descendientes de matrimonios que se disolvieron por divorcio, nunca llegan en su vida, por regla general, a superar el trauma de saberse "hijos o hijas de divorciados".

Lo ven casi casi como un estigma, y por más que se les trate de hacer entender que ellos no tienen culpa alguna de la decisión de su madre y padre, de poner fin a su matrimonio, ellos se sienten víctimas, y procuran ocultar ante su medio social, ese estado al que llegaron sus progenitores.

Por su parte, y por regla general, la mujer divorciada, en menor escala el hombre divorciado, sienten que su vida terminó, y que la sociedad le puso una marca, un estigma en la frente, y que dice "mujer divorciada".

Cierto es que ya en la presente época, cada vez la mujer que se divorcia, va perdiendo el miedo al que dirán, pues sabe que hizo lo que era correcto, y que era preferible terminar ese lazo jurídico, a mantener una situación insana física y moralmente por todos conceptos.

Si usted que lee este trabajo y es hombre, esté o no soltero, y está usted en una edad entre los 20 y los 50 años en promedio, haga un ejercicio de conciencia, y conteste esta pregunta: ¿cuando le es presentada o conoce ya a una mujer divorciada, y la vea o no guapa, pero sí de algunos atractivos físicos, piensa usted honestamente en que podría tener con ella una relación que, si es soltero le llevara al matrimonio, y si ya es usted casado, que pudiera tener con esa mujer una relación, simplemente de amistad?

Puedo asegurar que la respuesta que se den los que contesten de manera honesta será: No, yo pienso que con esa mujer, divorciada, y ya con experiencia, lo que puedo vivir a su lado es una gran aventura o pasar con ella ratos de gran placer sexual.

Muy pocos son los que contestarán en forma positiva a la pregunta que dejo planteada, si son solteros, pensarán en celebrar contrato de matrimonio con esa mujer, y de los casados, muy pocos pensarán en tener con esa mujer una relación de limpia y sincera amistad.

Así es la carga psicológica, moral y social, que conlleva el solo cartelón de "persona divorciada".

Por ello, si en lugar de utilizarse ese vocablo que en mucho es infamante desde el punto de vista psicológico, moral y social, se le da a ese acto su real dimensión jurídica, y sólo se emplean vocablos pletóricos de carga legal y jurídica, pero desprovistos de carga emocional, estoy seguro que se alcanzarán benéficos resultados.

Los descendientes, no dirán que son hijos o hijas de madre y padre "divorciados", sino que solamente si son inquiridos por el estado que guardan sus progenitores, podrán decir que "revocaron su contrato de matrimonio", o fue "rescindido el contrato de matrimonio que los unía".

Algunos lectores se reirán de estas consideraciones y propuesta que hago, pero les invito a que mediten seriamente en torno a ellas, y puedo apostar que si son reflexivos y sensibles, tendrán que llegar a la decisión de unirse a mi propuesta.

Debo hacerles en apoyo de mi idea, esta adicional consideración:

Desde el año de 1952, ya en forma oficial y acreditable, empecé a levantar mi protesta por la clasificación que en el ámbito del Derecho para la Familia como rama que es del Derecho Civil, se hacía de los descendientes, en hijos o hijas de matrimonio e hijos o hijas naturales o fuera de matrimonio, sin considerar las demás clasificaciones que de ellos se hicieron en otras épocas.

Consideré siempre humillante que a los descendientes, que no tenían responsabilidad alguna del estado civil que guardaban sus progenitores cuando los engendraron y concibieron, se les impusiera un estigma y se les designara como "naturales", lo que en plan de venganza permitía pensar que si ellos eran "naturales", los de matrimonio eran "artificiales".

Luché años y más años por hacer que de la ley se suprimiera tal denominación, y fue hasta el año de 1976 en que tuve la oportunidad de ser coautor del proyecto del Código Civil para el Estado de Tlaxcala, lo cual se reconoce en la exposición de motivos de ese Ordenamiento, que logré que por primera vez en una legislación, se suprimiera esa infamia, y en las actas del Registro

Civil, quedara prohibido hacer cualquier referencia al estado civil de los progenitores en el acta de nacimiento.

Se suprimió así una carga psicológica y moral muy grave que pesaba sobre esos descendientes de fuera de matrimonio, y ahora sin necesidad de recato o de ocultamiento, pueden exhibir sus actas de nacimiento, sin que se pueda decir por persona alguna, si son o no de matrimonio.

Pues bien, este antecedente es el que me lleva ahora a luchar por la terminología jurídica que propongo para el milenario vocablo "divorcio", y suprimirlo de los códigos civiles, para sustituirlo sólo por el de REVOCACION Y RESCISION, que estimo ayudará en mucho, a suprimir esa carga psicológica y moral negativa, que pesa sobre los descendientes de progenitores divorciados, así como sobre las mujeres y hasta de los hombres, que han llegado a esa situación de revocación o rescisión de su contrato de matrimonio.

Los excónyuges, tanto en lo psicológico, como los descendientes en el mismo aspecto, y la sociedad en general, no se percatarán de que fue grave la situación, si dejan de emplear ese vocablo "divorcio", y si por el contrario se habla de "REVOCACION O RESCISION JUDICIAL DEL CONTRATO DE MATRIMONIO".

Por otro lado, y ya para concluir, manifiesto que estoy consciente, que estas ideas van a sufrir serias críticas por parte de aquellos que consideran que el matrimonio no es un contrato, sino una institución o un sacramento, pero yo, sin menospreciar sus pensamientos, la verdad es que no me afectan en lo mínimo sus críticas, pues quiéranlo o no, si se parte de la idea de que para contraer matrimonio, se requiere de dos voluntades que se ponen de acuerdo sobre un o más objetos, y que precisamente la noción de contrato implica esos dos elementos, consentimiento y objeto, digan lo que quieran, pero el matrimonio será siempre un contrato, solemne sí, pero contrato al fin y al cabo.

Y que además si piensan que es "deshumanizar" al divorcio, y privarlo de su aspecto humano, para dejarlo en un simple acto jurídico de revocación o rescisión, tampoco me importa, pues considero que tiene mayor valor humano, el no permitir que mujeres y descendientes, de manera fundamental, soporten la carga emotivo-negativa del divorcio.



De un valor humano-negativo-emocional, a un valor jurídico-emocional-positivo, sin dudarlo un segundo, me quedo con este último.

Ahí dejo esas ideas para que se mediten, y se mejoren en su caso, y si se encuentran adecuadas, se piense en la conveniencia de emplear ese vocabulario en los Códigos Civiles, en lugar de emplear la traumatizante palabra de "DIVORCIO".

Coyoacán, D.F., a veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

Lic. Ernesto Gutiérrez y González.

# **PROPUESTA DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL A FIN DE REGLAMENTAR EL PROBLEMA DE LA "IMPREVISION"**

LIC. RICARDO LANDERO SIGRIST

PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL Y JUEZ DEL ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Con motivo de la crisis económica por la que atraviesa nuestro país derivado de la fuerte devaluación que sufrió nuestra unidad monetaria denominada "peso" (que ya no pesa), de las reformas a la miscelánea fiscal y a la exagerada alza de los precios, fuerza retomar con carácter imperativo la idea de introducir reformas a nuestro Código Civil con el propósito de que quede establecido un capítulo que prevea y resuelva todos los casos que deriven de la "imprevisión".

En efecto, actualmente se experimenta una situación que, por las causas anteriormente señaladas ha desembocado en la imposibilidad en que se encuentran los deudores en el cumplimiento de sus obligaciones. De ahí que sea menester que la presente propuesta de reformas al Código Civil en dicha materia sea aprobada por el Congreso de la Unión a fin de paliar la grave situación en que se encuentran los tantas veces mencionados deudores.

Así, el maestro Reyes Tayabas\* nos dice que el tema a estudio presenta una disyuntiva que parte de las siguientes interrogan-

---

\* REYES TAYABAS JORGE. Notas tomadas de una conferencia.

tes: ¿El contrato una vez firmado debe permanecer inalterable aunque las circunstancias que **racionalmente** no se hayan podido prever al firmarse el convenio, conviertan en injusta la situación de una de las partes? o, por el contrario ¿se debe llevar a cabo una revisión del vínculo en virtud de esos acontecimientos que son supervenientes, totalmente imprevisibles y ajenos a la voluntad de las partes?

A guisa de ejemplo tenemos las siguientes situaciones que están gravitando de manera alarmante sobre nuestra población.

1. Por las altas tasas de interés cerca de cuatro millones de tarjetahabientes se encuentran en serias dificultades para cumplir con sus compromisos, o sea que casi el 60% está a punto de declararse en quiebra y un 20% ya está en cartera vencida, según lo ha informado Arturo Lomelí en su carácter de presidente de la "Asociación Mexicana de Estudios para la Defensa del Consumidor".\*

Al dar a conocer la situación actual de los tarjetahabientes en el país, dijo que a partir de la devaluación de nuestra moneda que se inició en diciembre pasado, las tasas de interés de las tarjetas bancarias se han estado incrementando, de forma tal que hoy llegan hasta casi 11% mensual o aun más.

Por ello, consideró que evidentemente no hay presupuesto familiar o de pequeño empresario que pueda resistir por mucho tiempo esta elevadísima tasa. ¿Quién resiste, por ejemplo pagar un adeudo de treinta mil nuevos pesos, los cuales devengan sólo de intereses más de tres mil pesos mensuales?, de ahí que el uso de las tarjetas ha constituido un problema de pesadilla para ir directamente al infierno, según señala el Sr. Lomelí.

Explicó que año con año las operaciones comerciales que se hacen con el llamado dinero de plástico han sido mayores y estimó que durante los próximos diez años a nivel internacional, llegarán a representar el 90% de las operaciones comerciales en nuestro país.

---

\* Reportaje de EDGAR RODRIGUEZ en la sección Finanzas del periódico "El día" del viernes 21 de abril de 1995. p. 14.

Según un cálculo conservador, durante 1994 se vendieron por medio de tarjetas de crédito cerca de sesenta millones de nuevos pesos. El número expedido de tarjetas bancarias y las de servicio suman cerca de catorce millones, o sea casi una tarjeta por familia, aunque había que tomar en cuenta que la mayoría de los tarjetahabientes tienen de dos a cinco tarjetas diferentes, por lo que el número real debe ser de seis millones, destacó.

Arturo Lomelí abundó en que muchos tarjetahabientes no parecen haber tomado en cuenta los serios inconvenientes de este sistema: "Que compran más caro porque muchos comerciantes incrementan los precios cuando saben que les van a pagar con tarjeta; que los bancos siempre cargan intereses cuando los consumos son pagados después de la fecha límite de pago; que se tiene que pagar el costo de apertura y anualidad; que la pérdida de la tarjeta, entraña serios descalabros y problemas; que son muy frecuentes los errores del sistema por "cargos indebidos" que al tarjetahabiente le cuesta trabajo aclarar.

2. Otro ejemplo que ilustra esta candente y problemática cuestión, deriva de la aplicación del artículo 78-"A" de la Ley del Impuesto sobre la Renta la cual trae como consecuencia, que las instituciones financieras del país, se están convirtiendo, desde principios de este año, en una nueva expresión de las "tiendas de raya" que agobiaron a los peones de las haciendas prerrevolucionarias, en la época del Porfiriato.\*

Como consecuencia de las reformas emprendidas por la miscelánea fiscal y las altas tasas de interés resultado de la crisis económica por todos conocida, los bancos aplican hoy a sus trabajadores impuestos que les presentan desde el 60 hasta el 100 por ciento de sus salarios y, en muchos casos, los empleados bancarios le quedan debiendo al fisco.

En efecto, como consecuencia de la aplicación que hace la Secretaría de Hacienda y Crédito Público del artículo antes mencionado, se gravan los créditos personales, hipotecarios y de compra de automóvil, ropa y calzado, precisamente los que constituyen las

---

\* ADRIANA CARDENAS VALDES. Reportaje publicado en el periódico "El Día" del viernes 21 de Abril de 1995.

principales prestaciones del gremio, siendo que, hace algunos años, entre una de las ventajas o atractivos de trabajar en un banco, consistía en gozar de las prestaciones que dichas instituciones concedían a sus trabajadores, entre las que se contaban, precisamente, en obtener préstamos *blandos*, esto es, a un interés sumamente cómodo del 8% anual.

Sin embargo, actualmente y de acuerdo con la aplicación de dicho artículo, los empleados bancarios deben pagar mensualmente el abono de sus préstamos, el interés respectivo y el nuevo gravamen del Impuesto sobre la Renta, que se calcula con base en la diferencia entre la tasa de interés preferencial, acordada por el crédito, y el rendimiento de los certificados de la Tesorería de la Federación (CETES) a 90 días del mes anterior.

Como lo señalan los propios afectados, *"las autoridades hacendarias aplicaron la reforma al artículo sin imaginar que se presentaría una alza tan impresionante en las tasas de interés y sin medir que ese incremento se mantuviera a lo largo de varios meses"*.

Así las cosas, la Federación Nacional de Sindicatos Bancarios, elevó protestas y expresó su rechazo, por lo que consideraba la aplicación de una doble carga tributaria, ya que por un lado se descuenta a los trabajadores el impuesto correspondiente a su salario, más el impuesto que generan los préstamos a que tiene derecho, y por otro, el fisco impone nuevos gravámenes sobre sus prestaciones económicas.

Lo único que se logró fue que la aplicación del nuevo impuesto se hiciera en forma paulatina. Aplicar el 25% del impuesto en 1992, el 50 en 1993, el 75 en 1994 y el 100% en este 1995.

Sin embargo, en diciembre pasado se agregó un factor que quizá nadie tenía considerado: el desequilibrio de los mercados bancarios y un elevado incremento en las tasas de interés, que de cualquier forma parece que se mantendrá todo este año.

Con respecto de lo anterior "para muestra basta un botón".\* Presentamos un caso real de un empleado bancario afectado por

---

\* Reportaje de ADRIANA CARDENAS intitulado. "Para muestra un botón". publicado en el periódico "El Día" del viernes 21 de abril de 1995. p. 18.

su aplicación, se cambia su nombre para evitar posibles represalias:

Juan Carlos, quien tiene un sueldo mensual de N\$5,417. En la primera quincena de marzo debió cobrar N\$2708.50, más 8 nuevos pesos de compensación por antigüedad y un subsidio de N\$473.17: en total recibiría \$3,190.44. Sin embargo, aplicando el artículo 78-A se le descuenta N\$1,675. Su mensualidad por préstamo hipotecario es de N\$1,091.48, IVA por préstamo N\$3.60; adeudo de auto N\$146.75, seguro de vida por los préstamos N\$1.55, seguro de incendio N\$10.54 y un nuevo seguro de vida por el préstamo hipotecario de N\$22.00. En total se le descuentan N\$3,632.50. Es decir que en lugar de cobrar le debe a su banco N\$433.06.

Para la segunda quincena del mismo mes se le agregará el sobregiro anterior, o sea que su adeudo es de N\$1,318.23. De continuar la aplicación de este artículo, al final del año sin haber cobrado un solo peso Juan Carlos le deberá a su banco N\$8,660.00.

De lo anterior se colige que el artículo en cuestión es ilegal y viola sus derechos laborales. Su retención le presenta hasta el cien por ciento de sus salarios, no obstante que su contrato colectivo de trabajo señala que dichas retenciones serán entre un 30 y un 40% del salario mensual, según la institución de que se trate.

Del mismo modo, el artículo 31 del reglamento de las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares, menciona que los préstamos a corto plazo no causan interés. En esta categoría se ubican los préstamos personales y para compra de ropa y calzado hoy gravados por el Impuesto sobre la Renta.

El artículo 31 Bis, del mismo reglamento, indica que para otorgar préstamos para la adquisición de bienes de consumo duradero, incluyendo automóviles, se causará un interés anual del seis por ciento sobre saldos insolutos, mientras que el 32 indica que los préstamos con garantía hipotecaria causan interés a las tasas del seis, ocho o diez por ciento, según el monto del mismo y con plazo pactado no mayor de 20 años.

A principios de este año, con la nueva situación económica, las autoridades del ramo notaron la gravedad del problema. La asociación de banqueros de México y la Federación de Sindicatos Bancarios solicitaron a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el diferimiento del pago de este impuesto.

El 10 de febrero pasado se autorizó a los bancos para que, durante el periodo comprendido entre el primero de febrero y el 31 de diciembre del año en curso, se retenga al trabajador el ISR. Tomando como base la tasa promedio de CETES a 90 días registrada en 1994, que fue de 14.62%.

Sin embargo, con esta medida, que ya se aplica en Banca Serfin existirá un diferencial de tasas que se acumulará en un adeudo mismo que los trabajadores empezarán a cubrir a partir de enero de 1996 en dieciocho mensualidades, es decir, se traslada el problema y la deuda para el próximo año.

Pero el artículo 78-A, toma mayor relevancia puesto que, si bien ahora sólo se aplica a los trabajadores del banco, también incluye, y en algún momento dado afectará a los trabajadores del Instituto Mexicano del Seguro Social, de Petróleos Mexicanos y del Sindicato Mexicano de Electricistas.

Como se deduce de lo anteriormente expuesto, el problema es grave y requiere de una pronta solución

En tiempos antiguos, concretamente en el Derecho Canónico se buscó la solución a este problema y se sostenía que era contrario a la moral católica que un acreedor se aprovechara de las nuevas condiciones para obtener prestaciones perjudiciales para su deudor; eso, era tanto como ser usurero, pues la usura para este derecho se considera no sólo en el momento de realizar el contrato o el acto jurídico en cuestión sino también aprovechándose de las situaciones posteriores para obtener lucros exorbitantes.

Crearon los canonistas la máxima "*Rebus sic stantibus*" traducida literalmente como "si las cosas quedan en el mismo estado", esto es, que un contrato debe ser cumplido, siempre y cuando las condiciones en que se originó se mantengan estables; por lo mismo, si cambian las condiciones en que surgió la convención, la persona que se ve en situación de dificultad para cumplir,

puede invocar esta cláusula y dar por terminado el contrato, u obtener una modificación que le sea menos perjudicial.

Durante el siglo XIX, los juristas de la época se declararon en contra de cualquier modificación de los contratos, invocando el principio de seguridad en el campo del comercio jurídico y fundado en la cláusula "*Pacta sunt Servanda*". En el siglo XX, y a raíz de la Primera Guerra Mundial, la reacción de los legisladores ante el problema objeto de este estudio, tomó un giro diferente. Principalmente en algunos países europeos, los jueces se vieron ante una grave cuestión; por una parte estaba la máxima "*Pacta sunt Servanda*", y por otro lado se veía el desorden económico provocado por la guerra y el esfuerzo tan grande para hacer cumplir sus obligaciones a los contratantes, a menos que se provocara un menoscabo económico en sus patrimonios.

A raíz de la Segunda Guerra Mundial, en México se resolvió este problema mediante el establecimiento de "Leyes de emergencia" como lo fueron el Decreto de Congelación de Rentas de 1948 y la "Ley de Moratoria y Suspensión de Pagos" de lo anterior se desprende que como nuestro actual Código Civil no tiene reglamentado un capítulo que permita la aplicación de las disposiciones legales para dicho efecto, es que el ejecutivo tuvo que resolver el problema promulgando las anteriores leyes de emergencia.

La experiencia anteriormente vivida no encontró solución para todos los casos particulares en que, llegada la situación de emergencia se pudieran aplicar disposiciones del Código Civil, por lo que es menester recoger el fruto de las experiencias vividas y reformar nuestro vigente Código Civil a efecto de que se prevea la forma de solucionar los problemas derivados de la crisis por las que cíclicamente atraviesan las naciones del orbe.

El problema requiere urgente solución, si tomamos en cuenta que a la fecha nuestro poder ejecutivo no ha promulgado ningún decreto de emergencia que resuelva la crítica situación y, por otro lado, si se tuviera pensada tal solución, mientras se da paso al mecanismo legislativo para dicho efecto los casos concretos que actualmente se están viviendo no encuentran solución, por lo que es que este trabajo propende a reformar nuestro actual Código Civil vigente y en su caso el Código de Comercio a efecto



de que queden previstas las soluciones a los casos anteriores y se apliquen de manera inmediata a la problemática que se presentará.

### DESARROLLO DEL TEMA

"La teoría del riesgo imprevisible pretende evitar los abusos que supondría no restablecer el equilibrio roto al producirse de un modo brusco, repentino, violento, **imprevisible** un acontecimiento sobreveniente que cambiará radicalmente las circunstancias existentes en el momento de contratar.

Un contrato técnicamente irreprochable e intrínsecamente justo, al momento de concluirse —observa Stammler— puede, al cambiar las circunstancias, convertirse en absolutamente injusto".\*

"La justicia de la teoría aparece en la conciencia como vía de inspiración imperativa en muchos casos prácticos, aunque permanezcan como ocultas las razones técnico-jurídicas en las que tenga que apoyarse la conclusión a la cual se llega súbitamente por simple intuición".\*\*

La teoría del riesgo imprevisible aparece para prever los actos jurídicos en general, y especialmente los contratos. Ciertamente, como dice Demogue,\*\* que el más grande de los *desiderata* de la vida jurídica y social, el motor central es la necesidad de seguridad, e igualmente es cierto que, fijando por anticipado las condiciones de sus propios futuros, cada una de las partes quiere *asegurarse* contra las fluctuaciones posibles del mercado, lo cual constituye la base de las afirmaciones de Ripert\*\*\*\* al decir que "contratar es prever".

Pero no es menos cierto que si bien todo contrato implica un juicio valorativo del alea que se está dispuesto a correr, no tienen porque respetarse contratos cuya observancia constituye una lotería para una de las partes y la ruina para la otra, a causa de

---

\* BADENES GASSET RAMON. *El riesgo imprevisible*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, España. p. 19.

\*\* BADENES GASSET RAMON. Op. Cit. p. 65.

\*\*\* BADENES GASSET RAMON. Op. Cit. p. 20.

\*\*\*\* BADENES GASSET RAMON. Op. Cit. p. 98.

los cambios imprevisibles sobrevenientes a que hemos hecho referencia.

Como se ve, la idea de *seguridad* domina todo el problema de la imprevisión, como acertadamente ha dicho Casin.\* Supone, por tanto, el riesgo imprevisible dos ideas: *Primera*, la de magnitud, que sobrepase los límites de la previsión normal y corriente, y *Segunda*, la de tiempo, el que transcurre entre la celebración del acto jurídico y la aparición del acontecimiento imprevisto que varía fundamentalmente las circunstancias. Asimismo hay que tener en cuenta que la alteración básica de la circunstancias se ha de producir antes de una injustificada dilación de la prestación.

#### DIVERSOS MEDIOS DE APLICACION DE LA TEORIA

Frente al acto jurídico gangrenado, es decir, cuando se ha producido la circunstancia sobreveniente imprevisible y la obligación deviene excesivamente onerosa, ¿qué remedios cabe utilizar?

Existen diversas posibilidades: 1o. Resolución; 2o. Revisión y 3o. Suspensión o Prórroga:\*\*

A) *Resolución*. El modo más radical de aplicar el riesgo imprevisible consiste en anular el acto o contrato de que se trate.

No hay que confundir la resolución con la rescisión, conceptos que están perfectamente deslindados en el campo del Derecho Civil. En ambos se anula el contrato, pero mientras en la resolución se dejan subsistentes los efectos ya pasados, en la rescisión verdadera nulidad, las cosas vuelven al mismo estado en que se encontraban antes del acto jurídico.

B) *Revisión*. Hay casos en que la resolución, si es conforme a la equidad por librar al deudor de un gravamen excési-

---

\* BADENES GASSET RAMON. Op. Cit. p. 21.

\*\* BADENES GASSET RAMON. Op. Cit. pp. 56-61.

vo, no lo es en cuanto le priva de los beneficios de la contraprestación.

La resolución mira sólo a una de las facetas, pero debemos considerar el prisma completo. La solución evitaría la ruina del deudor al librarle de una obligación excesivamente onerosa, pero puede arruinarlo porque le priva de un derecho de acreedor que a veces alcanzará el rango vital desde el punto de vista económico.

La resolución es un remedio heroico para la mitad del problema. La otra mitad sólo puede encontrar solución adecuada en la revisión.

- C) *Suspensión o Prórroga*. El transcurso del tiempo muchas veces basta por sí solo para normalizar la situación, y de ahí la adopción, en ocasiones, de este remedio provisional.

En casi todas las leyes de emergencia se menciona la prórroga o la suspensión ya sea de la exigibilidad de la pretensión, ya del vencimiento.

La facultad en el juez de conceder una dilación al deudor cuenta con un antiguo abolengo. La introdujo el Derecho Canónico, en la materia del arrendamiento, y fue después extendida a toda clase de obligaciones a fin de moderar la rigurosa regla del "día interpela por el hombre".

## SOLUCION PREFERIBLE

Vistas estas diversas soluciones dadas por la doctrina y que hemos examinado como modos de aplicación de la teoría, debemos plantearnos el problema de cuál de ellas es preferible adoptar por estimarlo más justo.

Baste decir que, dicho problema no lo podemos resolver teóricamente porque creemos que se trata de una cuestión de hecho que, como tal, debe dejarse al prudente arbitrio judicial.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1796, dispone: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto

aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. *Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo a el cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley*".

Precisamente del párrafo donde se dispone que el cumplimiento de los contratantes no sólo reside en lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que deriven de la buena fe; de ahí que es preciso tener un concepto de ella.

Planiol considera,\* que la obligación de obrar como hombre honrado y consciente, no sólo en la formación, sino también en el cumplimiento del contrato, sin atenerse a la letra del mismo, es buena fe. Precisamente en atención a la buena fe es donde reside el problema al cual hay que darle solución mediante la aplicación de la *Teoría de la Imprevisión*. Como afirma Ripert en su libro "La regla moral en las obligaciones civiles" el principio de la imprevisión descansa en la moral (buena fe); no debe el acreedor usar de sus derechos con excesivo rigor, pues ello constituiría una suprema injusticia. El legislador no puede prever todos los casos y es la buena fe un principio de seguridad para la aplicación del derecho a cada caso concreto; las normas de derecho que hacen depender una decisión de las circunstancias de cada caso concreto, son siempre el resultado y el índice del alto grado de perfección y desenvolvimiento del derecho.

Por lo tanto concluimos en que el problema de la imprevisión debe ser resuelto por la *intervención del juez en la ejecución del contrato* y por ende, debe introducirse en el Código Civil un conjunto de normas que den solución a los casos concretos que se deriven de la chocante alteración de las circunstancias en el momento de la ejecución de los contratos, tal como lo hace el Código Civil del Estado de Jalisco que recogió y sancionó la idea de la imprevisión, a la luz de los razonamientos y proposiciones de este estudio y así en su artículo 1771 dispone:

---

\* PLANIOL MARCEL. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo VI. Las obligaciones. p. 530.

***"El consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato; por tanto, salvo aquellos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, los contratos podrán declararse rescindidos cuando, por haber variado radicalmente las condiciones generales del medio en que debían tener cumplimiento, sea imposible satisfacer la verdadera intención de las partes y resulte, de llevar adelante los términos aparentes de la convención una notoria injusticia o falta de equidad que no corresponda a la causa del contrato celebrado. Este precepto no comprende las fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico o social ni los cambios de posición o circunstancias de los contratantes en la sociedad, sino sólo aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevienen por hechos de carácter general y que establecen una desproporción absoluta entre lo pactado y lo que actualmente debiera corresponder a la terminología empleada en el contrato".***

Y esta reglamentación, se completa con la norma comprendida bajo el artículo 1772 que agrega:

**"En todo caso de aplicación del artículo anterior, la parte que haya obtenido la cesación de los efectos de un contrato deberá indemnizar a la otra, por mitad, de los perjuicios que le ocasione la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato, incluyendo gastos y demás que tuvieren que hacerse para lograr las mismas prestaciones en los términos que sean usuales y justos en ese momento. Sólo podrá librarse de este compromiso la parte que ofreciere a la otra llevar adelante las prestaciones aludidas, en términos hábiles, aun cuando esta última rehusare la proposición".**

Estos preceptos los ha reproducido literalmente el Código Civil del Estado de Aguascalientes en sus artículos 1733 y 1734.

A su vez los Códigos Civiles de los estados de Guanajuato, Guerrero y Quintana Roo, establecen la mencionada cláusula al disponer:

**GUANAJUATO: Artículos 1351, fracción III y 1352:**

**Art. 1351.** *Los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida se resuelven por:*

*III. La circunstancia de que la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, ajenos a su voluntad y que no sean consecuencia de la ejecución normal del contrato.*

**Art. 1352.** *En los casos de los artículos 1349, fracción IV, 1350 y 1351, fracciones II y III, para que opere la terminación del contrato será necesaria la resolución judicial.*

*El contratante afectado podrá solicitar la modificación o resolución del contrato.*

**GUERRERO: Artículos 2012, 2013, 2014 y 2015:**

*De la Excesiva Onerosidad Sobrevenida*

**Art. 2012.** *Cuando en cualquier momento de la ejecución de un contrato bilateral de cumplimiento continuo, periódico o diferido, la prestación de una de las partes hubiere llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios que no pudieron razonablemente preverse en el momento de la celebración, la parte que deba tal prestación podrá demandar, bien la rescisión del negocio o bien una modificación equitativa en el momento, la forma o modalidades de la ejecución. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. Si el negocio fuere de ejecución continuada o periódica, la rescisión o la modificación no se extenderá a las prestaciones ya cumplidas.*

**Art. 2013.** *Si se demandare la rescisión, el demandado podrá oponerse a ella proponiendo modificaciones al contrato, suficientes para reducir equitativamente.*

**Art. 2014.** *Cuando la excesiva onerosidad por los acontecimientos extraordinarios a que se refiere el artículo 2012 se presente en negocios en que una sola de las partes hubiere asumido obligaciones, la misma podrá pedir, bien una reducción equitativa de su prestación, bien una modificación, también equitativa, de las modalidades de ejecución.*

**Art. 2015.** *No procederá la resolución ni la modificación del contrato si el perjudicado estuviese en mora de cumplir su obligación.*

QUINTANA ROO: Artículos 378, 379, 380 y 381

#### SECCION TERCERA

##### *De la excesiva onerosidad sobreviniente*

**Art. 378.** *Cuando en cualquier momento de la ejecución de un contrato bilateral de cumplimiento continuo, periódico, o diferido, la prestación de una de las partes hubiere llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios que no pudieron razonablemente preverse en el momento de la celebración, la parte que deba tal prestación podrá demandar, bien la rescisión del negocio o bien una modificación equitativa en la forma y modalidades de la ejecución, pero si el negocio es de ejecución continuada o periódica, la rescisión no se extenderá a las prestaciones ya realizadas.*

**Art. 379.** *Si de los medios mencionados en el artículo anterior el interesado opta por la rescisión, el demandado podrá oponerse a ella proponiendo modificaciones al contrato suficientes para reducirlo a la equidad.*

**Art. 380.** *Cuando la excesiva onerosidad por los acontecimientos extraordinarios a que se alude en el artículo 378 se presente en negocios en que una sola de las partes hubiere asumido obligaciones, la misma podrá pedir, o bien una reducción equitativa de su prestación o bien una modificación, también equitativa, de las modalidades de ejecución.*

**Art. 381.** *No son aplicables las disposiciones de esta sección a los contratos aleatorios en que la sobrevenida onerosidad excesiva quede comprendida en la incertidumbre normal de los mismos.*

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** Designamos genéricamente con el nombre "riesgo imprevisible" los mecanismos correctivos o fórmulas ideadas para evitar los abusos que supondría mantener inflexiblemente la obligación contraída por el deudor cuando circunstancias extraordinarias que no pudieron racionalmente preverse, gangrenan el acto jurídico, convirtiendo la obligación en excesivamente onerosa.\*

**SEGUNDA.** Supone el riesgo imprevisible dos ideas: A) la de magnitud: que sobrepase los límites de la previsión normal; y B) La de tiempo: el que transcurre entre la celebración del acto jurídico y la aparición del acontecimiento imprevisto.

**TERCERA.** El problema de la imprevisión ha surgido preferentemente con ocasión de las perturbaciones bélicas, pero no es preciso una guerra para que pueda tener aplicación esta teoría. Basta con que sobrevenga un hecho o una serie de hechos que se realizan mientras eran normalmente imprevisibles, o viceversa, no se realizan si eran normalmente previsibles.

**CUARTA.** En el caso concreto que vivimos en nuestro país, dados los acontecimientos imprevistos derivados de la deva-

---

\* BADENES GASSET RAMON. Op. Cit. p. 225.



luación de la moneda, de la miscelánea fiscal y las altas tasas de interés, se requiere un marco legal que dé lugar a la aplicación de las disposiciones legales en materia civil y mercantil para la solución de los casos concretos.

**QUINTA.** De tres modos puede tener aplicación la teoría del riesgo imprevisible: A) El modo más radical consiste en anular el acto o contrato de que se trate (resolución); B) La revisión que es la fórmula a la que más se inclina la doctrina; y C) La suspensión o prórroga (moratoria) ya que muchas veces el simple transcurso del tiempo basta por sí solo para normalizar la situación.

**SEXTA.** No en todos los casos es necesario aplicar las normas de la imprevisión, sino en aquellos convenios o actos jurídicos que reúnan las siguientes condiciones: 1. El contrato de que se trate debe ser de tracto sucesivo o de ejecución continuada o diferida; 2. La alteración de las circunstancias debe ser absolutamente imprevisible y ajena a la voluntad de las partes; 3. Debe de tratarse de contratos conmutativos; 4. El cumplimiento de la obligación debe tornarse en excesivamente oneroso para el deudor y 5. La alteración de las circunstancias debe ser posterior a la celebración del contrato.

**SEPTIMA.** La fundamentación científica de la teoría del riesgo imprevisible ha de deducirse de la relatividad de los derechos y de la solidaridad social. Las nuevas tendencias dominantes en el derecho de obligaciones, consecuencia de la crisis de los conceptos tradicionales, nos brindan posibilidades técnicas para justificar este instituto jurídico como una figura nueva caracterizada por su flexibilidad y humanidad, constituyendo, en definitiva, uno de los aspectos de la tendencia revisionista del Derecho.

**OCTAVA.** Los jueces deben tener facultades para llegar a modificar los términos en que fue pactada una obligación "*por alteración sobrevvenida de las bases previstas por los contratantes*" constituyendo esta resolución un caso de aplicación del riesgo imprevisible. En sus directrices se observa la tendencia a conciliar dos necesidades fuertemente sentidas y de signo contrario: la seguridad y la equidad contractual.

# **EL NUEVO DERECHO AGRARIO A LA LUZ DE LAS REFORMAS HABIDAS EN EL REGIMEN DEL SR. LIC. SALINAS DE GORTARI**

**LIC. JOSE DE JESUS LOPEZ MONROY**

**PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, DE SISTEMA JURIDICO ANGLOSAJON  
Y DE HISTORIA DEL DERECHO**

Las reformas al artículo 27 constitucional del 3 de enero de 1992, publicadas el 6 de enero de ese año y que entraron en vigor el 7 de enero de 1992 ameritan una reflexión:

Las reformas en cuestión tienen las siguientes modificaciones importantes, a mi juicio, a saber: otorgan facultades a las sociedades mexicanas para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o por tener concesiones de explotación de minas o aguas; conceden el mismo derecho a los extranjeros siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos; otorgan a las asociaciones religiosas capacidad para adquirir, poseer o administrar exclusivamente los bienes que sean indispensables para su objeto, y señalan que las sociedades mercantiles por acciones pueden ser propietarias de terrenos rústicos pero únicamente en la extensión que sea necesaria para el cumplimiento de su objeto e indicando además que las sociedades de esta clase podrán tener en propiedad dedicadas a las actividades agrícolas, ganaderas o forestales, sólo con mayor extensión la respectiva equivalente a

veinticinco veces los límites señalados a la pequeña propiedad (fracciones I, II, IV y XV del artículo 27 constitucional).

Las mencionadas reformas significan un cambio notable de las instituciones a tal grado que podría pensarse en una privatización del Derecho Agrario, una prudente reflexión conduciría a pensar que no es que surja una privatización sino un nuevo concepto del Derecho Agrario.

La circunstancia de colocar la posibilidad de la explotación agraria, agrícola o ganadera en manos de sociedades mercantiles por acciones, significa una profunda reforma en el Derecho Agrario.

Las sociedades mercantiles no han sido definidas por la Ley General de Sociedades Mercantiles y si bien el Código Civil en los artículos 2670 y 2688 no contienen una definición sino posiblemente una descripción de asociaciones y sociedades civiles, podríamos decir que la sociedad mercantil es aquella en la que los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico que constituye una especulación comercial.

Traemos a colación en esta definición del texto del artículo 2688 pero añadiendo precisamente la característica de especulación comercial porque tanto la sociedad civil como la sociedad mercantil contemplan la necesidad de la existencia de varios socios, en la actualidad ni siquiera se requieren cinco para la sociedad anónima bastando sólo el número de dos; hay una combinación de recursos y esfuerzos o de ambos; hay una realización de un fin común de carácter preponderantemente económico y la diferencia es que en la sociedad civil no se busca una especulación comercial, obviamente si se busca en la sociedad mercantil.

La especulación mercantil al decir de Rocco consiste en la intermediación entre la producción y el consumo.

De todas maneras queda firme, desde luego, lo dispuesto en el artículo 2695 del Código Civil, en donde se indica que las sociedades que tomen la forma de sociedades mercantiles quedan sujetas al Código de Comercio.

Aparentemente la reforma implica una privatización del Derecho Agrario, pero no hay tal privatización puesto que se conserva la tesis del dominio eminente de la nación: "la propiedad de tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponden originariamente a la nación...".

Sobre todo los fines esenciales de un derecho social agrario quedan conservados en los objetivos relatados en la parte final del párrafo tercero del artículo 27 constitucional, pues después de indicar que la nación podrá poner las modalidades que dicte el interés público y regulará, en beneficio social el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, en realidad señala las finalidades de la intervención supletoria del Estado en cuatro grandes objetivos: *Primero*. Ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas prohibiciones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques para la conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; *Segundo*. Preservar y restaurar el EQUILIBRIO ECOLOGICO; *Tercero*. Disponer en los términos de una ley reglamentaria la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades, y *Cuarto*. Para el fomento de la agricultura, ganadería, silvicultura y demás actividades del medio rural.

En este relato de los objetivos del artículo 27 constitucional he suprimido dos que menciona el propio párrafo tercero en su sección final o sea: el fraccionamiento de los latifundios y el desarrollo de la pequeña propiedad rural, porque considero que al definir la pequeña propiedad y al marcar un límite a la adquisición de tierras por sociedades mercantiles, obviamente está excluyendo los latifundios y al fomentar la agricultura y la ganadería y demás actividades del medio rural, está desarrollando la pequeña propiedad rural, de manera que no las mencioné para no ser repetitivo **en el señalamiento** de los objetivos.

## **ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ARTICULO 27 CONSTITUCIONAL**

No voy a repetir en este párrafo los antecedentes históricos prehispánicos, novohispanos y porfiristas de nuestro desarrollo agrario.

Me permito únicamente mencionar como antecedentes del artículo 27 constitucional los que menciona Don Andrés Molina Enríquez en su obra intitulada "Esbozo de la Historia de los Primeros Diez Años hecha a Grandes rasgos por el Lic. Andrés Molina Enríquez", (México, Talleres Gráficos del Museo Nacional de Arqueología, Historia y Etnografía, 1932-1936).

El inspirador del artículo 27 constitucional decía que en su proyecto adoptaba como derechos territoriales legítimos, todos los adquiridos por título, por posesión y hasta por simple ocupación de recorrimiento; renunciaba la accesión respecto de todas tierras y aguas adquiridas por particulares, el derecho de reversión que tenían por herencia jurídica de los reyes españoles y por razón de su propia soberanía; pero ejercía ese derecho de reversión, sobre todas las propiedades teniendo como derecho privado cuando causaban perjuicio social "como los latifundios que de una pluma-da quedaban nacionalizados y vueltos al Estado, como fuente de donde salían y adonde debían volver en su caso, **TODOS LOS DERECHOS TERRITORIALES**".

El intelectual que estamos examinando da como fundamento del artículo 27 constitucional un derecho absoluto del Estado.

## **CAMBIOS EN LA LEGISLACION**

Aparentemente el cambio ha sido inocuo, pues en resumen sólo consiste en aceptar que las sociedades por acciones tengan derechos sobre los bienes agrícolas y ganaderos.

La sola aceptación de las sociedades mercantiles en el campo rústico, significa una total revolución en las concepciones que se originaron como antecedentes del artículo 27 constitucional.

La frase de que la propiedad de tierras y aguas corresponde originalmente a la nación, no puede interpretarse como un derecho absoluto del Estado, sólo significa que la nación tiene sobre el territorio el dominio eminente.

El concepto de dominio eminente proviene de la Edad Media pues no viene a ser sino que la jurisdicción para resolver los presuntos conflictos judiciales son prerrogativas del Estado, esto ya no es lo que decía Molina Enríquez de que se iban a reconocer los derechos hasta por simple recorrimiento y que renunciaba a la accesión respecto de tierras y aguas adquiridas por particulares, "el derecho de reversión que tenían por herencia jurídica de los reyes españoles y por razón de su propia soberanía".

La frase no puede interpretarse entendiendo la soberanía como un derecho absoluto sobre los bienes, sino exclusivamente como una jurisdicción, puesto que al admitirse la sociedad mercantil se da cabida al concepto de empresa y se reconoce por consecuencia que los particulares tienen derecho de organizarse empresarialmente para explotar la agricultura.

La agricultura mexicana queda sujeta a la competencia pura y simple y a la libre empresa aun cuando está vinculada con la necesidad de ordenar los asentamientos humanos y restaurar y preservar el equilibrio ecológico.

### **¿PUEDE EL GOBIERNO AYUDAR A LA AGRICULTURA?**

Tomando en consideración la inestabilidad de los precios y de la renta agrícola así como el requerimiento de una renta agrícola a precio lucrativo podemos decir que el Estado está facultado para auxiliar a la agricultura, pero siempre promoviendo que los particulares realicen los ahorros tanto de semillas como de numerario que se exige para la proyección y promoción de la agricultura.

Los programas de crédito agrícola tienen que estar vinculados con las empresas agrícolas y deberán tomar en consideración la necesidad de un desarrollo.

## **JURISDICCION**

Por último nos preguntamos si la materia agraria es de jurisdicción federal o jurisdicción local.

Originariamente es de jurisdicción local puesto que no puede existir ningún Estado si no tiene un elemento esencial: el territorio.

Considerar que el territorio es materia federal es alterar la naturaleza jurídica de los Estados de la Federación.

La jurisdicción federal debe limitarse a prever las dificultades cíclicas del campo y las dificultades crediticias, pero contando siempre con la participación de las EMPRESAS AGRICOLAS.

~~\_\_\_\_\_~~ Lic. José de Jesús López Monroy.

# **EL NUEVO DERECHO AGRARIO A LA LUZ DE LAS REFORMAS HABIDAS EN EL REGIMEN DEL SR. LIC. SALINAS DE GORTARI**

LIC. JOSE DE JESUS LOPEZ MONROY

PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, DE SISTEMA JURIDICO ANGLOSAJON  
Y DE HISTORIA DEL DERECHO

Las reformas al artículo 27 constitucional del 3 de enero de 1992, publicadas el 6 de enero de ese año y que entraron en vigor el 7 de enero de 1992 ameritan una reflexión:

Las reformas en cuestión tienen las siguientes modificaciones importantes, a mi juicio, a saber: otorgan facultades a las sociedades mexicanas para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o por tener concesiones de explotación de minas o aguas; conceden el mismo derecho a los extranjeros siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos; otorgan a las asociaciones religiosas capacidad para adquirir, poseer o administrar exclusivamente los bienes que sean indispensables para su objeto, y señalan que las sociedades mercantiles por acciones pueden ser propietarias de terrenos rústicos pero únicamente en la extensión que sea necesaria para el cumplimiento de su objeto e indicando además que las sociedades de esta clase podrán tener en propiedad dedicadas a las actividades agrícolas, ganaderas o forestales, sólo con mayor extensión la respectiva equivalente a



veinticinco veces los límites señalados a la pequeña propiedad (fracciones I, II, IV y XV del artículo 27 constitucional).

Las mencionadas reformas significan un cambio notable de las instituciones a tal grado que podría pensarse en una privatización del Derecho Agrario, una prudente reflexión conduciría a pensar que no es que surja una privatización sino un nuevo concepto del Derecho Agrario.

La circunstancia de colocar la posibilidad de la explotación agraria, agrícola o ganadera en manos de sociedades mercantiles por acciones, significa una profunda reforma en el Derecho Agrario.

Las sociedades mercantiles no han sido definidas por la Ley General de Sociedades Mercantiles y si bien el Código Civil en los artículos 2670 y 2688 no contienen una definición sino posiblemente una descripción de asociaciones y sociedades civiles, podríamos decir que la sociedad mercantil es aquella en la que los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico que constituye una especulación comercial.

Traemos a colación en esta definición del texto del artículo 2688 pero añadiendo precisamente la característica de especulación comercial porque tanto la sociedad civil como la sociedad mercantil contemplan la necesidad de la existencia de varios socios, en la actualidad ni siquiera se requieren cinco para la sociedad anónima bastando sólo el número de dos; hay una combinación de recursos y esfuerzos o de ambos; hay una realización de un fin común de carácter preponderantemente económico y la diferencia es que en la sociedad civil no se busca una especulación comercial, obviamente si se busca en la sociedad mercantil.

La especulación mercantil al decir de Rocco consiste en la intermediación entre la producción y el consumo.

De todas maneras queda firme, desde luego, lo dispuesto en el artículo 2695 del Código Civil, en donde se indica que las sociedades que tomen la forma de sociedades mercantiles quedan sujetas al Código de Comercio.

Aparentemente la reforma implica una privatización del Derecho Agrario, pero no hay tal privatización puesto que se conserva la tesis del dominio eminente de la nación: "la propiedad de tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponden originariamente a la nación...".

Sobre todo los fines esenciales de un derecho social agrario quedan conservados en los objetivos relatados en la parte final del párrafo tercero del artículo 27 constitucional, pues después de indicar que la nación podrá poner las modalidades que dicte el interés público y regulará, en beneficio social el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, en realidad señala las finalidades de la intervención supletoria del Estado en cuatro grandes objetivos: *Primero*. Ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas prohibiciones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques para la conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; *Segundo*. Preservar y restaurar el EQUILIBRIO ECOLOGICO; *Tercero*. Disponer en los términos de una ley reglamentaria la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades, y *Cuarto*. Para el fomento de la agricultura, ganadería, silvicultura y demás actividades del medio rural.

En este relato de los objetivos del artículo 27 constitucional he suprimido dos que menciona el propio párrafo tercero en su sección final o sea: el fraccionamiento de los latifundios y el desarrollo de la pequeña propiedad rural, porque considero que al definir la pequeña propiedad y al marcar un límite a la adquisición de tierras por sociedades mercantiles, obviamente está excluyendo los latifundios y al fomentar la agricultura y la ganadería y demás actividades del medio rural, está desarrollando la pequeña propiedad rural, de manera que no las mencioné para no ser repetitivo en el señalamiento de los objetivos.

## **ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ARTICULO 27 CONSTITUCIONAL**

No voy a repetir en este párrafo los antecedentes históricos prehispánicos, novohispanos y porfiristas de nuestro desarrollo agrario.

Me permito únicamente mencionar como antecedentes del artículo 27 constitucional los que menciona Don Andrés Molina Enríquez en su obra intitulada "Esbozo de la Historia de los Primeros Diez Años hecha a Grandes rasgos por el Lic. Andrés Molina Enríquez", (México, Talleres Gráficos del Museo Nacional de Arqueología, Historia y Etnografía, 1932-1936).

El inspirador del artículo 27 constitucional decía que en su proyecto adoptaba como derechos territoriales legítimos, todos los adquiridos por título, por posesión y hasta por simple ocupación de recorrimiento; renunciaba la accesión respecto de todas tierras y aguas adquiridas por particulares, el derecho de reversión que tenían por herencia jurídica de los reyes españoles y por razón de su propia soberanía; pero ejercía ese derecho de reversión, sobre todas las propiedades teniendo como derecho privado cuando causaban perjuicio social "como los latifundios que de una pluma da quedaban nacionalizados y vueltos al Estado, como fuente de donde salían y adonde debían volver en su caso, TODOS LOS DERECHOS TERRITORIALES".

El intelectual que estamos examinando da como fundamento del artículo 27 constitucional un derecho absoluto del Estado.

### **CAMBIOS EN LA LEGISLACION**

Aparentemente el cambio ha sido inocuo, pues en resumen sólo consiste en aceptar que las sociedades por acciones tengan derechos sobre los bienes agrícolas y ganaderos.

La sola aceptación de las sociedades mercantiles en el campo rústico, significa una total revolución en las concepciones que se originaron como antecedentes del artículo 27 constitucional.

La frase de que la propiedad de tierras y aguas corresponde originalmente a la nación, no puede interpretarse como un derecho absoluto del Estado, sólo significa que la nación tiene sobre el territorio el dominio eminente.

El concepto de dominio eminente proviene de la Edad Media pues no viene a ser sino que la jurisdicción para resolver los presuntos conflictos judiciales son prerrogativas del Estado, esto ya no es lo que decía Molina Enríquez de que se iban a reconocer los derechos hasta por simple recorrimiento y que renunciaba a la accesión respecto de tierras y aguas adquiridas por particulares, "el derecho de reversión que tenían por herencia jurídica de los reyes españoles y por razón de su propia soberanía".

La frase no puede interpretarse entendiendo la soberanía como un derecho absoluto sobre los bienes, sino exclusivamente como una jurisdicción, puesto que al admitirse la sociedad mercantil se da cabida al concepto de empresa y se reconoce por consecuencia que los particulares tienen derecho de organizarse empresarialmente para explotar la agricultura.

La agricultura mexicana queda sujeta a la competencia pura y simple y a la libre empresa aun cuando está vinculada con la necesidad de ordenar los asentamientos humanos y restaurar y preservar el equilibrio ecológico.

### **¿PUEDE EL GOBIERNO AYUDAR A LA AGRICULTURA?**

Tomando en consideración la inestabilidad de los precios y de la renta agrícola así como el requerimiento de una renta agrícola a precio lucrativo podemos decir que el Estado está facultado para auxiliar a la agricultura, pero siempre promoviendo que los particulares realicen los ahorros tanto de semillas como de numerario que se exige para la proyección y promoción de la agricultura.

Los programas de crédito agrícola tienen que estar vinculados con las empresas agrícolas y deberán tomar en consideración la necesidad de un desarrollo.

## **JURISDICCION**

Por último nos preguntamos si la materia agraria es de jurisdicción federal o jurisdicción local.

Originariamente es de jurisdicción local puesto que no puede existir ningún Estado si no tiene un elemento esencial: el territorio.

Considerar que el territorio es materia federal es alterar la naturaleza jurídica de los Estados de la Federación.

La jurisdicción federal debe limitarse a prever las dificultades cíclicas del campo y las dificultades crediticias, pero contando siempre con la participación de las EMPRESAS AGRICOLAS.

~~—————~~ Lic. José de Jesús López Monroy.

## **DETERMINACION DEL PRECIO POR UN TERCERO EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA**

LIC. JOAQUIN MARTINEZ ALFARO

PROFESOR DE TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO; ASI COMO DEL CENTRO UNIVERSITARIO MEXICO, DIVISION DE ESTUDIOS SUPERIORES

En los casos de compraventa en que el precio debe ser fijado por un tercero, se presentan, entre otros problemas,\* los dos siguientes:

- 1o. Determinar en qué momento existe el contrato de compraventa: ¿Desde que las partes designan al tercero, o hasta que éste fija la cuantía del precio?
- 2o. Determinar cuándo se perfecciona el contrato de compraventa, si al momento de su celebración o hasta la determinación del precio.

Cabe desde luego precisar, que estos dos problemas son diferentes, porque están constituidos por hipótesis distintas que, a su vez originan consecuencias también diferentes; pues la consecuencia relativa a la hipótesis del momento en que exista el contrato, consiste precisamente en la existencia o inexistencia del negocio jurídico, según se resuelva que éste existe desde que se designa al tercero o hasta que éste fije el precio, y en caso de que se concluya que el contrato es inexistente mientras el tercero no fije el precio, ninguna obligación se habrá producido. En cambio, en la hipótesis relativa al momento en que se perfecciona el

---

\* ROJINA VILLEGAS RAFAEL. *"Compendio de Derecho Civil"*. Tomo IV. p. 81; Ed. Robredo. 1a. edición. México, 1962.

contrato, la consecuencia consistirá en que existiendo ya el contrato, sólo estará pendiente su perfeccionamiento, el que se obtendrá cuando el tercero fije el precio.

Dadas las respectivas y diversas consecuencias ya expresadas, que a cada hipótesis corresponden, es el caso de precisar que una cosa es la existencia del contrato y otra su perfeccionamiento.

La existencia consiste en que el contrato tenga todos sus elementos esenciales en la forma que requiere la ley, y el perfeccionamiento consiste en el hecho de que el contrato, además de contar con todos sus elementos esenciales y los de validez, tenga sus elementos naturales.

Respecto a estos últimos, Giuseppe Stolfi\* manifiesta:

*"Elementos naturales son las consecuencias del acto que tienen lugar por disposición de la ley, en vista del silencio de los interesados; por tanto, no es necesario la voluntad de éstos para que tenga lugar. Respecto de los elementos naturales basta esta indicación, porque cada negocio jurídico tiene los suyos particulares y para mencionarlos sería necesario un tratado completo de Derecho Civil".*

Nicolás Coviello\*\* expresa: *"Elementos naturales son las consecuencias que derivan de la misma naturaleza jurídica de un negocio determinado, de modo que las partes no tienen necesidad de hacer de ellas objeto especial de declaraciones de voluntad, ya que las establece la ley".*

Castán Tobeñas\*\*\* dice: *"Elementos naturales del negocio jurídico. Se llaman así a los que se derivan de la naturaleza de cada negocio y acompañan al mismo aun sin ser objeto de especial declaración de voluntad. En realidad, los llamados elementos naturales no son otra cosa que las consecuencias que el acto está destinado a producir. No son pues, como los elementos esenciales,*

\* STOLFI GIUSEPPE. *"Teoría del Negocio Jurídico"*. Traducción de JAIME SANTOS BRIZ. pp. 16 y 17. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959.

\*\* COVIELLO NICOLAS. *"Doctrina General del Derecho Civil"*. Traducción de FELIPE DE J. TENA. p. 364. Ed. UTEHA. México, 1949.

\*\*\* CASTAN TOBEÑAS JOSE. *"Derecho Civil Español Común y Foral"*. Tomo I, volumen II. pp. 718 y 719. décima edición. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1963.

*requisitos o elementos de constitución del negocio y afectan solamente al contenido y efectos del mismo".*

En otros términos y de acuerdo con los anteriores tratadistas, el perfeccionamiento del contrato consiste en que el mismo haya producido sus normales y característicos efectos o en que se estén produciendo, si el contrato es de tracto sucesivo, porque el perfeccionamiento del mismo está determinado por la presencia de los elementos naturales del negocio jurídico, que consisten en la realización de las consecuencias del acto jurídico, entendiéndose por éstas la creación o transmisión de derechos y obligaciones, mas no el cumplimiento de las mismas, porque tal hecho es a su vez un efecto de las obligaciones.

La realización de las consecuencias del negocio jurídico, o sea la presencia de sus elementos naturales puede estar condicionada a que se realice o no un hecho posterior a la formación del contrato, el cual de acuerdo con alguna disposición legal, debe acontecer para que se produzcan los efectos normales; en el caso de que no se realice el acontecimiento posterior al otorgamiento del contrato, exigido por la ley, para que se produzcan los efectos negociales; o en el supuesto de que se realice otro distinto que impida el nacimiento de los efectos normales, no llegarán a existir éstos, a pesar de que el negocio jurídico exista y sea válido por tener sus elementos esenciales y de validez. La no realización de los efectos normales del negocio, significa la ausencia o falta de elementos naturales del mismo, lo que a su vez implica su ineficacia, porque si los elementos naturales consisten en la realización de las consecuencias del negocio jurídico, la falta de éstas significa la falta de los efectos normales lo que equivale a la ineficacia.

Cuando el contrato existe, y por tanto, está formado, puede sin embargo, no estar perfeccionado por no haber producido sus efectos normales, lo que implica la carencia de sus elementos naturales; en consecuencia será ineficaz. En cambio, cuando el contrato está perfeccionado, ya se realizaron todas sus consecuencias, o se están realizando si el contrato es de tracto sucesivo, con lo cual queda el contrato provisto de sus elementos naturales.

La teoría general del acto jurídico, al estudiar este concepto jurídico fundamental, trata de su existencia y de su validez, y



refieren los autores que la existencia consiste en que el acto jurídico tenga los elementos que le son esenciales para existir; también manifiestan que el concepto contrario a la existencia es la inexistencia, debida a la falta de los elementos esenciales del negocio jurídico. Por lo que se refiere a la validez, ésta consiste en que el acto jurídico tenga los elementos que le son necesarios para que sea válido. La falta de tales elementos ocasiona la nulidad, absoluta o relativa, que es el concepto contrario a la validez.

Según lo antes tratado, la teoría del acto jurídico considera que en la formación de éste hay dos etapas: existencia y validez; determinadas por la presencia de los elementos que son necesarios para que el acto exista y sea válido; pero si se toma en cuenta que el perfeccionamiento del acto jurídico consiste en que éste, además de tener los elementos antes mencionados, tenga sus elementos naturales que consisten en la realización de las consecuencias del negocio jurídico, se puede concluir que las etapas de un negocio jurídico no son dos, sino tres, a saber: existencia, validez y perfeccionamiento, cuyos conceptos contrarios son, respectivamente, la inexistencia, la nulidad absoluta o relativa y la ineficacia simple o ineficacia en sentido estricto, concepto del que haré algunas referencias más adelante.

Como antes señalé, la existencia la determina la presencia de los elementos esenciales del acto jurídico; la validez a su vez está determinada por la concurrencia de los elementos que son necesarios para que el acto sea válido y el perfeccionamiento por la de los elementos naturales del mismo.

El anterior concepto de perfeccionamiento del contrato es diverso del estudiado por los tratadistas de Derecho Civil, cuando estudian "El Perfeccionamiento del Contrato celebrado entre Ausentes", pues en este caso lo que se estudia es "El Perfeccionamiento del Consentimiento", concepto que no agota las hipótesis a que quiero referirme, aunque para los efectos que lo estudian, pueda producir el perfeccionamiento del contrato.

El problema correspondiente al momento en que se perfecciona el contrato de compraventa, sólo puede tener lugar cuando se resuelva afirmativamente que el contrato existe desde que se designa al tercero para la determinación del precio, pues si se

resolviera que es inexistente, no habría ya lugar para hablar del momento del perfeccionamiento, pues éste supone necesariamente como presupuesto la existencia del contrato que, si bien imperfecta, es al fin existencia.

Al tratar el tema "Fijación del precio por un tercero", el maestro Rojina Villegas,\* sólo estudia el problema relativo a "El momento en que existe el contrato", García López\*\* y Lozano Noriega,\*\* estudian únicamente el segundo problema: "En qué momento se perfecciona el contrato".

Aun cuando estos autores no lo expresan, la forma en que tratan el tema, permite suponer que para ellos la cuestión que se refiere a la "Existencia del Contrato" y la relativa a su "perfeccionamiento", son la misma; esto es, que para Rojina Villegas, cuando estudia la existencia del contrato, considera que está estudiando también el perfeccionamiento del mismo; y a su vez, García López y Lozano Noriega, al tratar el perfeccionamiento del contrato, consideran que tratan su existencia. Esto da lugar a suponer, como consecuencia, que incurren en una confusión, para mí grave, que trataré de hacer desaparecer.

Expuesto lo anterior, estimo procedente abordar por su orden, los dos temas enunciados. Así y desde luego, "¿En qué momento existe el contrato de compraventa?; ¿cuando las partes designan al tercero o hasta que éste fija la cuantía del precio?".

Alguna corriente, a la que pertenecen Enneccerus, Lehmann, Planiol, Colin y Capitant, afirma que el contrato de compraventa existe a partir del momento en que las partes se ponen de acuerdo en la cosa y en la designación del tercero que determinará el precio; y añade que esta operación es una compraventa sujeta a una condición suspensiva que consiste en la determinación del precio por parte del tercero. Esta corriente en el Derecho Mexicano, se funda en los artículos 2252 y 2253 del Código Civil del Distrito Federal que disponen respectivamente:

---

\* ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Op. Cit. p. 82.

\*\* GARCIA LOPEZ AGUSTIN. "Apuntes de su Cátedra de Contratos en la Facultad de Derecho". pp. 77 a 79.

\*\*\* LOZANO NORIEGA FRANCISCO. "Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos". p. 105. editado por la Asociación Nacional del Notariado. México, 1962.

**Art. 2252.** "Fijado el precio por el tercero, no podrá ser rechazado por los contratantes, sino de común acuerdo".

**Art. 2253.** "Si el tercero no quiere o no puede señalar el precio, quedará el contrato sin efecto, salvo convenio en contrario".

La misma corriente ha sido aceptada, en forma implícita en la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que se lee: "Compraventa. Las divergencias sobre la fijación de precio, no son motivo para decir que éste no fue cierto y que faltó uno de los elementos esenciales para validez del contrato y que por lo mismo es nulo." Quinta Epoca: Tomo XVIII, Pág. 532. Donnadieu Emilio y Coags.

Esta tesis según la teoría del acto jurídico, debió haber dicho: "*Es inexistente*" y no "*nulo*".

Respecto a este tema, *Planiol*\* expresa: "*1384. A quel moment la vente est réputée conclue. Rigoureusement, le contrat ne devrait exister qu'à partir du jour où l'arbitre a accompli sa mission. Jusque-là il ne peut y avoir vente, faute d'un prix. Cependant l'opinion générale fait remonter les effets de la vente au jour de la convention conclue par les parties, parce que la détermination du prix par l'arbitre ou l'expert est considérée comme une condition mise par les parties à leur engagement, condition qui rétroagit selon la règle commune. Il en résulte que le transfert de propriété est réputé accompli du jour de la convention et que les risques passent de ce même jour à la charge de l'acheteur.*"

(TRADUCCION: En qué momento la venta se considera concluida. Rigurosamente, el contrato no debería existir sino a partir del día en que el árbitro ha cumplido su misión. Hasta entonces no puede haber venta, por falta del precio. Sin embargo la opinión general remonta los efectos de la venta al día en que la convención fue concluida por las partes, porque la determinación del precio por el árbitro o el perito es considerada como una condición puesta por las partes a su compromiso, condición que se retrotrae según la regla común. Resulta que la transmisión de

---

\* PLANIOL MARCEL. "*Traité Élémentaire de Droit Civil*". 9a. Ed. Tome II. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1923.

propiedad se considera cumplida el día del convenio y que los riesgos pasan desde ese mismo día a cargo del comprador.)

En relación a la corriente antes referida, Colin y Capitant\* manifiestan: "El precio de la venta debe ser determinado. Habrá determinación suficiente si en el contrato se contienen los elementos de una determinación ulterior. Tal es el caso para las ventas cuyo precio se deja al arbitrio de un tercero".

Por otra parte, Enneccerus\*\* dice "*Si la determinación se deja al libre arbitrio (del tercero), esta determinación condiciona el contrato, y se considera que falta la condición si la determinación es denegada o no se practica dentro de un plazo prudencial*".

Otra corriente, a la que pertenece el Dr. Rojina Villegas, señala que el contrato de compraventa existe hasta que el tercero determina el precio. Se apoya la tesis en los siguientes argumentos:

- 1o. Para que exista un contrato se requiere un objeto que pueda ser materia del mismo, según el artículo 1794 del Código Civil.
- 2o. Según la definición de compraventa del artículo 2248 de dicho Código el precio es uno de los objetos de este contrato.
- 3o. De acuerdo con el artículo 2249 del mismo ordenamiento, la compraventa se perfecciona en el momento en que las partes se ponen de acuerdo en la cosa y en el precio.
- 4o. En los términos del artículo 2014 del citado cuerpo legal, la propiedad se transmite por efecto del contrato.
- 5o. Ahora bien, afirma el tratadista Rojina Villegas,\*\*\* cuando se designa al tercero, lo que se celebra es un contrato de promesa de venta y no una compraventa.

---

\* COLIN Y CAPITANT. "*Curso Elemental de Derecho Civil*". Traducido por DEMOFILO DE BUEN. Tomo IV. p. 49. Ed. Reus. Madrid, 1925.

\*\* ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, LEHMANN. "*Tratado de Derecho Civil*". Traducido por BLAS PEREZ GONZALEZ Y JOSE ALGUER. Tomo II. Volumen I. "*Doctrina General de Obligaciones*". p. 28. Ed. Bosch. Barcelona, 1954.

\*\*\* ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Op. Cit. p. 83.

A los anteriores argumentos procede hacerles las observaciones siguientes:

I. Efectivamente, según el artículo 2248 del Código Civil, el precio es uno de los objetos del contrato de compraventa; por tanto, uno de los elementos esenciales de este contrato, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1794 del mismo Código; pero por ser el precio uno de esos objetos, está regulado por los artículos 1825 y 1826 del Código Civil citado, que rezan:

"La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza; 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3o. Estar en el comercio". (1825).

"Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato.  
... (1826)".

De los anteriores preceptos, que no estudia el maestro Rojina Villegas, se deduce lo siguiente:

- a) No es necesario, para la existencia de un contrato, que la cosa exista al momento de su celebración pues también las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato, con tal de que sean susceptibles de existir. En este caso, la cosa en que consiste el precio, es dinero, que sí existe y que sólo está pendiente la determinación de su cuantía.
- b) Tampoco es necesario para la existencia de un contrato, que su objeto esté determinado individualmente al momento de la celebración; sino que lo indispensable es que ese objeto sea determinable y que por tanto, pueda determinarse en esa forma, ya en el momento de la celebración, ya durante la vigencia del contrato o a más tardar cuando deban cumplirse las obligaciones derivadas del mismo.
- c) Con la falta de precio falta un elemento esencial, pero el hecho de que aun no esté determinado, no significa que este elemento no exista en forma definitiva.
- d) La definición de compraventa del artículo 2248 exige el precio, pero no que esté determinado desde el momento de la celebración del contrato.

- e) En las anteriores argumentaciones se demostró que, cuando el precio debe determinarlo un tercero, no falta el objeto materia del contrato de compraventa, sino únicamente su determinación que está suspendida temporalmente. Ahora bien, si no falta el objeto del contrato, no es válido concluir que éste es inexistente, sino por lo contrario, que existe, y que sólo está pendiente la realización de una condición.

II. Por lo que toca a lo dispuesto por los artículos 2249 y 2014 del Código Civil, sobre que la compraventa se perfecciona desde el momento en que las partes se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio y que es hasta entonces cuando se transmite la propiedad; cabe señalar que no es requisito para la existencia del contrato de compraventa, que se transmita la propiedad de la cosa vendida al momento de su celebración, ya que la compraventa puede existir sin que se haya transmitido el dominio, como sucede en la compraventa con reserva de dominio; en la de cosas futuras; en la de cosas que se gustan, pesan o miden y en la de géneros; hipótesis todas consagradas en el Código Civil. Por otra parte, este contrato no requiere para su existencia de la transmisión de propiedad, porque dicha transmisión es sólo el cumplimiento de la obligación de transmitir el dominio, lo cual supone o exige la existencia del contrato como fuente de tal obligación. Respecto a que la compra venta no requiere para su existencia de la transmisión de propiedad, Véanse; Degni;\* Lozano Noriega;\*\* Messineo;\*\*\* Barbero;\*\*\*\* Planiol y Ripert;+ Aubry et Rau.++

III. Respecto a que, cuando las partes estipulan que el precio lo fijará un tercero, lo que sucede es que hay una promesa de venta; hay que señalar que, efectivamente, pueden las partes

\* DEGNI FRANCISCO. *"La Compraventa"*. Traducción de FRANCISCO BONET RAMON. pp. 9 y 10. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1957.

\*\* LOZANO NORIEGA FRANCISCO. Op. Cit. p. 79.

\*\*\* MESSINEO FRANCESCO. *"Manual de Derecho Civil y Comercial"*. Traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO. Tomo V. pp. 56, 57 y 58. Ed. E.J.E.A. Buenos Aires, 1955.

\*\*\*\* BARBERO DOMENICO. *"Sistema del Derecho Privado"*. Traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO. Tomo IV. pp. 8, 9, 10, 11 y 12. Ed. E.J.E.A. Buenos Aires, 1967.

+ PLANIOL Y RIPERT. *"Tratado Práctico de Derecho Civil Francés"*. Traducción del DR. MARIO DIAZ CRUZ. Tomo X. p. 8. Ed. Cultural, S.A., La Habana, 1943.

++ AUBRY ET RAU. Citado por PLANIOL Y RIPERT. Tomo X, p. 8.

pactar en una promesa esta cláusula, pero no es aceptable la conclusión de que, son promesas todas las compraventas en que se conviene que el precio lo fijará un tercero; pues para desechar esta conclusión, basta ver que la promesa es un contrato escrito, cuyo objeto es que una o ambas partes se obliguen, en cierto tiempo, a celebrar un contrato determinado, en el caso sería el de compraventa, cuyos elementos característicos deben constar en el instrumento en que se otorgue el contrato de promesa. Según esta definición y lo dispuesto por el artículo 2245 del Código Civil, el objeto de la promesa no puede ser sino una obligación de hacer, consistente en otorgar un contrato; y en el caso de la venta en que se conviene que un tercero fije el precio, el objeto no es una obligación de hacer, sino una obligación de dar, de acuerdo con el artículo 2011 del citado Código, y que consiste dicha obligación de dar en la transmisión de propiedad de una cosa determinada a cambio de un precio todavía no determinado, pero sí determinable. La diferencia en el objeto, elemento esencial, determina la diversidad entre los contratos de promesa y de compraventa, por lo que no es aceptable la teoría que los identifica en el supuesto examinado.

Estima Rojina Villegas\* que la compraventa es inexistente, mientras el tercero designado no determine la cuantía del precio, pues siendo éste un elemento esencial por constituir un objeto de la compraventa, su indeterminación equivale a la falta de tal objeto, lo que origina la inexistencia del contrato de acuerdo con los artículos 1794 y 2224 del Código Civil que ordenan: "Para la existencia del contrato se requiere: II. Objeto que pueda ser materia del contrato". (1794).

"El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno". (2224).

No comparto la anterior opinión porque, a mi juicio, según lo antes expresado, no es cierto que falte el objeto de la compraventa consistente en el precio cuando el tercero aun no fija su cuantía; porque el precio sí existe en atención a que el mismo consiste en

---

\* ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Op. Cit. p. 82.

dinero, que es un bien que existe en el comercio, que es determinable por naturaleza y además, mientras no está determinado, es un bien genérico que no perece en virtud del principio *genera-non-pereunt*.

Si el objeto precio existe y sólo está pendiente su determinación, lo que está permitido por disponer la ley que el objeto debe ser determinado o determinable, se concluye que, el contrato existe desde el momento en que las partes determinaron la cosa y designaron al tercero que fijará la cuantía del precio. Desde ese momento, la compraventa empezó a producir efectos, como son: la designación del tercero, la individualización de la cosa, la obligación de las partes de aceptar el precio que fije el tercero designado, la obligación del tercero que ha aceptado determinar la cuantía del precio, la obligación del vendedor de transmitir el dominio de la cosa al cumplirse la condición suspensiva que consiste en la determinación del precio, la obligación de pagar el precio determinado por el tercero designado, etc.

Entre las obligaciones que genera el contrato, unas son puras y simples, como la de fijar el precio que es a cargo del tercero que ha aceptado, y la de las partes de aceptar ese precio. En cambio, otras, como la de transmitir el dominio y la de pagar el precio, están sujetas a condición suspensiva, según se deduce de la lectura del artículo 1939 del Código Civil, que reza:

*"La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación".*

La no determinación del precio por parte del tercero designado, porque éste no quiera o no pueda hacerlo, como dice el artículo 2253 del Código Civil, no significa que falte el objeto precio de la compraventa, sino lo que significa es que no se realizó la condición suspensiva a que estaban sujetas las obligaciones de transmitir el dominio y de pagar el precio. Si no se realizó la condición suspensiva consistente en la determinación del precio por parte del tercero, no nacen las obligaciones condicionales mencionadas. La no realización de la condición es un acontecimiento posterior a la celebración del negocio jurídico; por tanto, una causa sobrevenida que hace inexistentes las obligaciones de



transmitir la propiedad y de pagar el precio; pero la inexistencia de esas obligaciones, no implica la de su fuente, el contrato de compraventa, ni la de las otras obligaciones puras y simples derivadas del mismo contrato, porque éste se formó y creó los efectos que antes se mencionaron, incluyendo las obligaciones sujetas a la condición suspensiva que no se realizó.

Por otra parte, la no determinación del precio es una causa sobrevenida, que origina una imposibilidad subsiguiente que se refiere al cumplimiento de las obligaciones puras y simples derivadas del contrato, y además es debida a una persona distinta a las partes contratantes, vendedor y comprador. Dicha causa sobrevenida, que consiste en la no determinación del precio por parte del tercero designado, es para las obligaciones sujetas a condición suspensiva una imposibilidad originaria que impide su nacimiento y, para las obligaciones puras y simples, como ya se dijo, una imposibilidad sobrevenida que impide su cumplimiento.

Ante la imposibilidad sobrevenida de cumplir unas obligaciones y la originaria relativa al nacimiento de otras, que no es imputable a las partes, debe resolverse que el contrato de compraventa es ineficaz, como correctamente lo resuelve el artículo 2253 del Código Civil, que reza: "Si el tercero no quiere o no puede señalar el precio, quedará el contrato sin efecto".

En apoyo a lo anterior, cito lo expresado acertadamente por Rojina Villegas en su tomo III de su Compendio de Derecho Civil, que consigna "La Teoría General de las Obligaciones", en cuyas págs. 394 y 395 se lee: *"7. Ideas Generales sobre la Imposibilidad en el Cumplimiento de las Obligaciones. Debe distinguirse entre la imposibilidad originaria en el nacimiento de la obligación y la imposibilidad subsiguiente que se refiere al cumplimiento de las deudas. Cuando existe una imposibilidad originaria, bien sea física o jurídica, la obligación no llega a nacer, se trata de una inexistencia por falta de objeto. La teoría que antecede (La de la imposibilidad del objeto), al referirse a la inexistencia misma de las obligaciones, no es aplicable al caso de imposibilidad en el cumplimiento de las mismas, pues en tanto que tratándose de la imposibilidad originaria la deuda no llega a nacer, cuando nos referimos a la imposibilidad subsiguiente, la obligación ha nacido, pero su funcionamiento se ve interrumpido por un hecho*

*posterior, como es el obstáculo que vuelve imposible el cumplimiento de una prestación que pudo física o jurídicamente constituirse o nacer. Ahora bien, los hechos o situaciones que hacen imposible el cumplimiento, deben estudiarse en relación con las consecuencias mismas de las obligaciones, pues constituyen formas de incumplimiento no imputable al deudor."*

En anteriores líneas expresé que ante las imposibilidades, una superveniente de cumplir obligaciones y otra originaria relativa al nacimiento de las mismas, debía resolverse que el contrato es ineficaz; lo que me obliga a hacer referencia a los conceptos ineficacia, inexistencia y nulidad de los actos jurídicos.

La inexistencia de un acto jurídico consiste en que a éste le falta alguno de sus elementos que son esenciales para su existencia; como son el consentimiento y el objeto; elementos sin los que no es posible que exista. Consecuencia lógica y jurídica de que el acto sea inexistente, es que no produzca efectos, según lo dispone el Código Civil en su artículo 2224.

La nulidad de un acto jurídico consiste en que éste ha sido otorgado con los elementos necesarios para su existencia, pero faltándole los elementos de validez, que son requisitos necesarios para que sea perfecto y así tenga la plenitud de sus efectos; como es el caso del acto jurídico que celebra una persona incapaz, o que ha sufrido un vicio del consentimiento o el acto otorgado sin la forma requerida por la ley, o también el negocio jurídico cuyo objeto es ilícito por contrariar alguna disposición de orden público. El acto afectado de nulidad produce efectos provisionales, que serán destruidos retroactivamente por la sentencia que declare la nulidad (Arts. 2226 y 2227 Código Civil). Como puede verse, la nulidad hace ineficaz al acto afectado del vicio que acarrea dicha sanción, porque lo priva de efectos, pero la ineficacia debida a la nulidad es sólo parcial porque para que se dé tal ineficacia, es necesaria la sentencia que declare la nulidad y mientras no haya tal sentencia, el acto es eficaz.

Hay actos que tienen todos sus elementos esenciales, así como sus elementos de validez, pues fueron otorgados con el consentimiento de ambas partes, por personas capaces; con la forma requerida por la ley, sin vicios y sin que el objeto, motivo,

fin o condición fueran ilícitos. Sin embargo, estos actos, por circunstancias posteriores a su otorgamiento, no producen efectos. Son estos actos los que la doctrina ha calificado simplemente de ineficaces, como sería el negocio jurídico sujeto a condición suspensiva que nunca se realizó, pues es un acto válido que tiene todos sus elementos esenciales y de validez, pero que, por un acontecimiento posterior a su formación, no llegó a tener efectos, a pesar de no ser inexistente ni nulo.

Por no poder incluir este negocio ineficaz dentro de las clasificaciones de la inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa, procede crear en la ciencia jurídica otra clasificación, la de la ineficacia, de la cual referiré adelante la forma en que algunos tratadistas hacen mención a este concepto.

Visto lo anterior, se observa que todos los actos inexistentes ~~son ineficaces~~, pero no todos los ineficaces son inexistentes; todos los actos nulos son ineficaces cuando en una sentencia se declara su nulidad, pero no todos los actos ineficaces son nulos; de lo que se desprende que la ineficacia es el género y que la inexistencia y la nulidad sólo son especies de ese género, lo que permite calificar de ineficaces a aquellos actos que, sin ser inexistentes o nulos, están privados de efectos, como la compraventa descrita en el artículo 2 253 del Código Civil, y como algunos actos que sanciona la Ley de Quiebras con la sola ineficacia, como son los referidos en los artículos 168 y 411 de esta ley, los que rezan:

**Art. 168.** "Serán ineficaces frente a la masa todos los actos que el quebrado haya hecho antes de la declaración de quiebra o de la fecha a que se retrotraigan sus efectos, defraudando a sabiendas los derechos de los acreedores..."

**Art. 411.** "Serán ineficaces frente a los acreedores los actos de constitución de hipotecas y prendas, los actos de carácter gratuito y, en general todos los que excedan de la administración ordinaria de la empresa..."

También algunos ordenamientos extranjeros, como el Decreto Italiano de las Quiebras de 1942, sancionan únicamente con la ineficacia determinados actos, como se observa en el artículo 44 de esta Ley que dispone:

"Todos los actos realizados por el quebrado y los pagos efectuados por él después de la declaración de quiebra son ineficaces respecto a los acreedores."

Del mismo modo, la Ley Concursal Alemana de 1877, en su artículo séptimo disponía: "Los actos jurídicos, que haya realizado el concursado con posterioridad a la apertura del procedimiento, quedarán sin efecto frente a los acreedores de éste."

En anteriores líneas anuncié que referiría la forma en que tratan algunos autores el concepto ineficacia, por lo que procedo a hacer tal referencia.

Santoro Passarelli\* expresa: "Ineficacia del Negocio. Los efectos del negocio pueden faltar porque el negocio sea inexistente o inválido o porque, aun siendo el negocio existente y válido, una circunstancia, es decir, un hecho extraño al negocio, impida su eficacia o determine su ineficacia. Bajo este punto de vista, la inexistencia y la invalidez del negocio se presentan como causas de ineficacia del negocio, al lado de otras que suponen su existencia y son compatibles con su validez. Hay simple ineficacia en todos aquellos casos en que el negocio, aunque válido, es ineficaz. Por su misma generecidad la simple ineficacia comprende hipótesis tan desproporcionadas que no es posible ni tampoco interesante estudiarlas en su totalidad. La distinción conceptual entre invalidez y simple ineficacia es clara; como se ha visto, aquélla depende de un vicio, más o menos grave del negocio; la simple ineficacia, por el contrario, postula la integridad del negocio jurídico y no puede depender, por tanto, más que de un hecho extraño al negocio".

Giuseppe Stolfi\*\* manifiesta: *"Al contrario que la invalidez, que es la consecuencia de un acto afectado total o parcialmente en su íntima constitución, la ineficacia supone un negocio jurídico válidamente formado y, por consiguiente, susceptible de ejecución, pero que carece de efectos o que le priva de ellos un hecho posterior, tal vez extraño a la voluntad de las partes. La ineficacia puede depender de una circunstancia generalmente casual, cuya no*

\* SANTORO PASSARELLI. "Doctrinas Generales de Derecho Civil". Traducción de A. LUNA SERRANO. pp. 294 y 318. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964.

\*\* STOLFI GIUSEPPE. Op. Cit. p. 129.  
DR © 1996. Facultad de Derecho  
Universidad Nacional Autónoma de México

*llegada impide los efectos del negocio concertado bajo condición suspensiva o que al verificarse destruya los efectos ya producidos en el negocio concertado bajo condición resolutoria".*

Francesco Messineo\* refiere: "Se llama ineficaz al contrato cuando, aun no siendo inválido, no es apto para producir efectos a causa de la presencia de un obstáculo extrínseco. Tal ineficacia puede ser transitoria (otros la llaman eficacia suspendida) como ocurre en el caso del contrato sujeto a un término inicial, antes que dicho término venza; o a una condición suspensiva, antes que dicha condición se cumpla. Pero puede haber —y eso interesa más— ineficacia permanente. Aquí, aun siendo válido el contrato (es decir, ni nulo ni anulable) porque está provisto de todos sus requisitos, no es productor de efectos".

Nicolás Coviello\*\* dice: "Ineficacia es un concepto general que necesita ser determinado en sus varias especies. La ineficacia puede derivarse de la falta de uno de los elementos esenciales del negocio jurídico, lógica o legalmente tales (causa intrínseca), o bien de la falta de la presencia de una circunstancia extrínseca al negocio mismo, pero que, por voluntad de las partes o por la ley, es necesario que exista o que falte, según los diversos casos, para que el negocio produzca todos sus efectos (causa extrínseca). La ineficacia por causa intrínseca puede llamarse exactamente invalidez; si el negocio carece de uno de los elementos esenciales, no es válido. La ineficacia por causa extrínseca puede llamarse simplemente, y en sentido estricto, ineficacia; el negocio en sí es válido, pero no produce todos o algunos de los efectos que produciría considerado abstractamente, y, por lo mismo, es simplemente ineficaz. La ineficacia simple que puede tener causas diversas, y, por ello, extensión y modos de manifestarse diversos, puede dar lugar a varias especies de negocios simplemente ineficaces, es decir ni nulos ni anulables. Ordinariamente se habla de negocios resolubles, revocables, rescindibles, pero los casos de resolución, de revocación y de rescisión no son los únicos casos de ineficacia. La ineficacia puede depender de una circunstancia extrínseca al

---

\* MESSINEO FRANCESCO. "Doctrina General del Contrato". Traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO, O. FONTANAROSA Y M. VOTERRA. p. 311. Ed. E.J.E.A. Buenos Aires, 1952.

\*\* COVIELLO NICOLAS. Op. Cit. pp. 365, 366 y 367.

*negocio, cuya falta impida que surjan los efectos (condición suspensiva), o cuya presencia destruya los ya producidos (condición resolutoria), puede depender también de una circunstancia extrínseca, por cuya falta el negocio produce efectos limitados".*

Nótese que Coviello, al tratar las ineficacias, no acepta la categoría de la inexistencia que está consagrada por la escuela tripartita de las nulidades.

El maestro Don Trinidad García,\* dice: *"El acto inválido es ineficaz en cuanto no produzca efectos, y puede serlo aun cuando los produzca, dado que tales efectos están en situación de quedar destruidos posteriormente en forma retroactiva. No deben confundirse, empero, las nociones de invalidez y de ineficacia, si es cierto que el acto inválido es o puede ser ineficaz, no es exacto que todo acto ineficaz lo sea por carecer de validez; existen actos ineficaces válidos en sí, y que no producen efectos por causas ajenas a sus condiciones de validez, como el sujeto a condición suspensiva, ineficaz mientras la condición no se realiza, o el supeditado a una condición resolutoria, que pierde su eficacia cuando ésta se cumple. Es también ineficaz parcialmente el acto que, realizado, no reúne determinados requisitos legales de cuya observancia posterior a su realización depende que se produzcan ciertos efectos; está en este caso el acto de enajenación de un bien inmueble, cuyo título no se ha inscrito en el Registro Público de la Propiedad, y que no produce por tanto efectos contra tercero".*

Como puede haberse observado, la doctrina antes transcrita es uniforme por lo que se refiere a la ineficacia de los actos jurídicos y coincide con el concepto que de la misma expresé anteriormente.

Es llegado, ahora, el momento de investigar la segunda cuestión propuesta, o sea: "¿En que momento se perfecciona el contrato de compraventa?". Pero previamente, ¿qué es el perfeccionamiento?

El perfeccionamiento, como antes se dijo, consiste en el hecho de que el contrato, además de tener todos sus elemen-

---

\* GARCIA TRINIDAD. "Apuntes de Introducción al estudio del Derecho". Octava Edición. pp. 211 y 212. Ed. Porrúa. México, 1959.

tos esenciales y de validez, tenga sus elementos naturales, los que consisten en la realización de sus consecuencias. En otros términos, el perfeccionamiento del contrato consiste en que éste haya producido sus efectos normales y característicos, o se estén realizando en el caso de que el contrato sea de tracto sucesivo.

García López\* expresa: "Se puede optar por la tesis de que la compraventa se perfecciona en el momento en que es concertada por sus partes; o que el negocio jurídico viene a perfeccionarse hasta el instante en que el precio es fijado por el tercero. Pasaremos a exponer cada una de esas tesis."

a) "La compraventa se perfecciona en el momento de su celebración. Esta tesis se basaría en los artículos 2252 y 2253 del Código Civil, ya que tales preceptos descansan en el supuesto de la existencia de la compraventa; pues si las partes no pueden rechazar el precio fijado por el tercero, ello significa que tienen la obligación de aceptarlo, y la existencia de tal obligación no puede explicarse más que admitiendo la existencia del contrato de compraventa y si la compraventa no existiera en el momento de su celebración, carecerá de sentido el artículo 2253."

b) "La doctrina de que la compraventa se perfecciona hasta el momento de la fijación del precio por el tercero, se sustenta en el artículo 2249 del Código Civil. En efecto, si el precio no se ha fijado en el momento de la celebración del contrato, no se podrá decir que los contratantes han convenido sobre él."

"En mi concepto (en el de García López), la primera de las tesis es la aceptable porque los artículos 2252 y 2253 constituyen una excepción al artículo 2249 que sólo establece una regla general."

De la exposición de García López se desprenden estas dos conclusiones:

---

\* GARCIA LOPEZ AGUSTIN. Op. Cit. pp. 77 a 79.

1. Considera que la compraventa existe desde que las partes celebran el contrato, o sea desde que identifican la cosa y designan al tercero que fija el precio.
2. Considera perfeccionado el contrato de compraventa desde el momento en que se celebró.

Lozano Noriega\* expone el tema en forma similar a García López; refiere las dos tesis que existen y que comenta el autor antes mencionado; analiza los fundamentos de cada una y concluye en los siguientes términos: *"A mi modo de ver la solución correcta es la que considera el contrato perfeccionado hasta el momento en que el tercero fija el precio, porque mientras no lo hace falta un elemento de existencia en el contrato: el precio"*.

Unas líneas antes de expresar su conclusión manifiesta: *"¿Cuando el contrato es inexistente; por qué lo será?; por falta de precio."*

Las conclusiones que se desprenden de Lozano Noriega, son:

1. Confunde existencia del contrato con perfeccionamiento del mismo, porque considera como equivalentes los vocablos existencia y perfeccionamiento.
2. Considera perfeccionada la compraventa en el momento en que el tercero fija el precio.
3. Consecuencia de las dos conclusiones anteriores, es que para él, la compraventa es inexistente mientras el tercero designado no fija el precio.

A Lozano Noriega le es aplicable íntegramente la crítica hecha al Dr. Rojina Villegas anteriormente, así como al Maestro Leopoldo Aguilar,\*\* quien llega a conclusiones idénticas a las de Rojina Villegas y Lozano Noriega, al expresar: *"En el caso de que el tercero no fijara el precio, falta un elemento esencial al contrato, por lo que será inexistente"*.

---

\* LOZANO NORIEGA FRANCISCO. Op. Cit. pp. 105 y 106.

\*\* AGUILAR CARVAJAL LEOPOLDO. "Contratos Civiles". p. 77. Ed. HAGTAM; México, 1964.



Después de exponer los razonamientos de García López y Lozano Noriega, respecto al problema de determinar cuándo se perfecciona el contrato de compraventa, si al momento de su celebración o hasta la determinación del precio; es necesario recordar que, el perfeccionamiento del contrato consiste en el hecho de que este negocio jurídico haya producido sus efectos normales, o se estén produciendo si el contrato es de tracto sucesivo.

Después de recordar el concepto de perfeccionamiento del contrato, y de haber observado que mientras el tercero designado no fija el precio, ya existe el contrato de compraventa, pero no se han originado algunos de sus efectos característicos, como son las obligaciones de transmitir el dominio y de pagar el precio y, tampoco ha sido posible el cumplimiento de la obligación de las partes de aceptar el precio que fije el tercero; todo lo cual significa ~~que, no se han producido los efectos que normalmente debían haberse derivado del mismo, de lo que se concluye que el contrato carece de sus elementos naturales, por lo que aun no se ha perfeccionado; por tanto, para perfeccionarse es necesario que se generen sus efectos normales, v. gr.: la transmisión de dominio, el pago del precio, la aceptación del precio por las partes, etc.; efectos que se producirán únicamente hasta que el tercero fije la cuantía del precio, de donde se deduce la conclusión de que el contrato de compraventa en el que se pacta que un tercero fijará el precio, se perfecciona hasta el instante en que el tercero designado determina la cuantía del precio, pues hasta entonces el contrato de compraventa tiene sus elementos naturales, además de los esenciales y de validez, por haber generado sus normales consecuencias al crear las obligaciones de transmitir la propiedad y de pagar el precio.~~

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** Cuando es un tercero quien va determinar la cuantía del precio, se presentan dos problemas:

1. Momento desde el cual existe la compraventa;
2. Momento desde cuando se perfecciona el contrato.

**SEGUNDA.** Los problemas antes referidos son distintos, por estar constituidos por hipótesis diferentes y porque generan consecuencias también diversas.

**TERCERA.** El problema del momento en que se perfecciona el contrato, sólo se presenta cuando se resuelve que la compraventa existe desde que se identifica la cosa y se designa al tercero que fije el precio.

**CUARTA.** El contrato de compraventa existe desde el momento en que las partes identifican la cosa y designan al tercero, pues desde entonces existe el objeto precio, porque éste consiste en dinero, que es un bien que está en el comercio y que es determinable por naturaleza.

**QUINTA.** Desde el momento en que las partes determinan la cosa y designan al tercero, el contrato empieza a generar algunos efectos, los que se mencionaron en este estudio con anterioridad.

**SEXTA.** Las obligaciones de transmitir la propiedad y de pagar el precio, son obligaciones sujetas a condición suspensiva que consiste en la determinación del precio por parte del tercero.

**SEPTIMA.** El contrato genera otras obligaciones que son puras y simples, como la de aceptar las partes el precio que fija el tercero, la de éste de determinarlo cuando ha aceptado el cargo.

**OCTAVA.** La no determinación del precio, equivale a la no realización de la condición suspensiva mencionada en la conclusión sexta, lo que significa que no llegan a nacer las obligaciones también referidas en la conclusión sexta.

**NOVENA.** La no determinación del precio por parte del tercero, significa respecto a las obligaciones puras y simples, una imposibilidad subsiguiente relativa a su cumplimiento.

**DECIMA.** La ineficacia consiste en que el acto, a pesar de ser válido, por reunir todos sus elementos esenciales y de validez, no produce efectos, o los efectos deseados, a causa de circunstancias extrínsecas al mismo; un ejemplo de ineficacia lo tenemos en el supuesto jurídico que contiene el artículo 2253 del Código Civil.

**UNDECIMA.** El contrato de compraventa se perfecciona hasta que el tercero fija el precio de la cosa vendida, ya que debe entenderse que el perfeccionamiento consiste en la circunstancia de que, el contrato tenga sus elementos naturales que son la realización de sus efectos normales; en el presente caso, estos efectos consisten en el nacimiento de las obligaciones de transmitir la propiedad y de pagar el precio, obligaciones que se originan hasta que el tercero designado determina la cuantía del precio.

## **EL CONCEPTO DE LA UNIVERSALIDAD**

**JOAQUIN MARTINEZ ALFARO**

PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL  
EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM

### **NOCION DE UNIVERSALIDAD**

El diccionario de Derecho Privado Labor\* señala que "las cosas, atendiendo a su constitución y contenido, se clasifican en singulares y universales". Son singulares "aquellas cosas que constituyen una unidad natural o artificial, simple o compleja, pero con existencia real en la naturaleza (por ejemplo, un caballo, una casa, etc.)". Son universales, "aquellas que están constituidas por una agrupación de cosas singulares designadas con una denominación colectiva, (por ejemplo, un rebaño, una biblioteca, etc.), se pueden dividir en dos clases: a) universales de hecho; b) universales de derecho".

Castán Tobeñas\*\* se expresa en los mismos términos del Diccionario Labor, pues acepta la clasificación de las cosas, atendiendo a su constitución y contenido, en singulares y universales y define en forma idéntica a las singulares, pero respecto a las universales, las define en forma similar aunque no igual, al decir: "son universales, aquellas que, sin aparecer materialmente unidas, se reúnen bajo un solo nombre y son consideradas como un todo unitario".

---

\* *Diccionario de Derecho Privado Labor. Voces "Cosas Singulares y Cosas Universales".* Tomo I. A-F. p. 1276. Ed. Labor. Barcelona, 1961.

\*\* CASTAN TOBEÑAS JOSE. *"Derecho Civil Español, Común y Foral"*. Tomo I. Volumen II. "Las cosas". pp. 545 y 546. Décima Edición. Ed. Reus. Madrid, 1963.

Tanto la definición del diccionario como la de Castán son correctas, aunque se puede pensar que recíprocamente se mejorarían si a la primera se le agregan algunas proposiciones de la segunda, como son las siguientes:

- A) "Sin aparecer materialmente unidas".
- B) "Son consideradas como un todo unitario".

En esta forma, si se agregan estas dos proposiciones de Castán Tobeñas a la definición del Diccionario Labor, nos queda la siguiente definición de las cosas universales: *"Son cosas universales aquellas que están constituidas por una agrupación de cosas singulares que, sin aparecer materialmente unidas, se les designa con una sola denominación colectiva y son consideradas como un todo unitario"*. Es decir, el conjunto de las mismas constituye una unidad ideal; por ejemplo: un rebaño, una biblioteca o una vajilla.

Conforme a lo anterior, las cosas singulares se conciben existiendo en forma aislada o individual; por ejemplo: un libro, una vaca, una taza; en cambio, las cosas universales sólo se conciben existiendo en forma colectiva o de agrupamiento de cosas singulares; como sucede con una biblioteca, con un rebaño, con una vajilla, etc. Es posible comprar un libro aislado, pero también hay casos en los que varios tomos integran una obra, la cual únicamente se vende entera; es decir, no se venden los tomos sueltos, sino toda la obra por integrar una unidad, o también, los mismos pueden constituir una biblioteca que sólo se vende completa, como una unidad. Igualmente, se puede adquirir una taza o un plato en forma individual, pero también se da la ocasión en la que no es posible la enajenación de tazas o de platos sueltos, sino únicamente se enajena el conjunto consistente en toda la vajilla, la cual viene a constituir una unidad indivisible. Estas cosas universales como el rebaño, la biblioteca, la vajilla, etc., constituyen una unidad indivisible, no desde el punto de vista físico, sino conceptual, jurídico, económico y cultural; por tal razón, se dice que "el carácter esencial de la universalidad es que forman una unidad conceptual distinta de la aglomeración de bienes".\*

---

\* AGUILAR CARVAJAL LEOPOLDO. *"Segundo Curso de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones"*. p. 81. Segunda Edición. Ed. Porrúa. México, 1967.

En los ejemplos que anteceden, los elementos particulares que integran la cosa universal, de existencia colectiva, son cosas singulares que tienen una existencia física individual, pero no se les considera por su naturaleza concreta, sino como partes de un conjunto que tiene una realidad y sentido propios; dicho sentido y realidad están compuestos por las mismas cosas singulares que son todos sus elementos integrantes, pero el sentido y la realidad de la cosa universal, de existencia colectiva, son diferentes a los que corresponden a las cosas singulares, de existencia individual, que integran a la misma universal colectiva; además "los elementos que forman las universalidades se consideran en su valor económico y no en su individualidad".\*

Las cosas universales, de existencia colectiva, se clasifican en dos categorías: universalidades de hecho y universalidades de derecho.

## UNIVERSALIDAD DE HECHO

La universalidad de hecho es una cosa de existencia colectiva, integrada por una agrupación de cosas singulares que, sin aparecer materialmente unidas, se les designa con una denominación colectiva y constituye un todo unitario; es decir, una unidad conceptual cuya esencia no se agota en una substancia individual, sino al contrario, está compuesta por una pluralidad de cosas singulares, que tienen cada una su existencia física individual y diferente a la de la universalidad, por lo que, dicha unidad conceptual es independiente de sus elementos integrantes y a su vez, la misma unidad está destinada a la realización de un fin económico, científico, artístico o cultural, siendo esa realización la razón para lograr la unificación de las cosas singulares, o de otro modo, la unidad ideal que consiste en la universalidad de hecho.

---

\* AGUILAR CARVAJAL. Op. Cit. p. 82. IBARROLA ANTONIO DE. "Cosas y Sucesiones". p. 34. Segunda Edición. Ed. Porrúa, México, 1964.

## UNIVERSALIDAD DE DERECHO

La universalidad de derecho es una cosa de existencia colectiva, integrada por un conjunto de derechos y obligaciones singulares, que se les designa con un nombre colectivo, como herencia, patrimonio, etc., y que constituye una unidad ideal, abstracta e indivisible, no siendo dicha unidad de naturaleza individual, sino por el contrario colectiva por estar compuesta por un agrupamiento de derechos y obligaciones singulares que tienen cada uno su esencia particular y diferente a la de la universalidad, la que constituye un todo unitario indivisible, por lo que, dicha unidad abstracta e indivisible es independiente de sus elementos integrantes, los derechos y obligaciones particulares; lo que significa que si cambian los elementos que integran la universalidad, ésta ~~subsistirá~~ ~~sin que se altere su esencia; por ejemplo: si se extinguen~~ los créditos a favor de Bancomer y se contraen otros posteriores, el patrimonio del Banco continuará sujeto al mismo régimen jurídico, como expresa Gutiérrez y González\* al definir a la universalidad de derecho como "un conjunto de obligaciones y derechos abstractamente considerados como unidad, por lo cual de manera independiente, que las partes de ésta varíen, la unidad queda sujeta a un mismo régimen jurídico".

### CARACTERÍSTICAS DE LAS UNIVERSALIDADES

Según el Diccionario de la Lengua Española\*\* "Universalidad es la calidad de universal" y universal, es el adjetivo "que comprende o es común a todos en su especie, sin excepción de ninguno".

---

\* GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. *"El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la personalidad"*. p. 103. Primera Edición. Ed. José M. Cajica Jr., S.A. Puebla. Puebla, 1971.

\*\* Real Academia Española. *"Diccionario de la Lengua Española"*. Voces Universalidad y Universal. Tomo II. H-Zuzón. p. 1357. Vigésima Edición. Ed. Espasa Calpe, S.A. Madrid, 1984.

Conforme al anterior concepto gramatical, en las universalidades se comprenden todos los elementos que las componen, o sea, no es concebible que alguno de los elementos integrantes de la universalidad deje de estar incluido en ella, sería un contrasentido como ser y no ser; de este modo, la universalidad de hecho comprende todas las cosas singulares que agrupa, independientemente de que cada una tenga su existencia física individual y de que no estén materialmente unidas; por ejemplo: un rebaño necesariamente comprenderá todas las cabezas de ganado que lo componen; igualmente, una vajilla incluye todas sus piezas integrantes y, una biblioteca está integrada por todos los libros que la constituyen, sin que pueda decirse que, esta vaca, estos platos y estos libros se encuentran excluidos, respectivamente del rebaño, de la vajilla o de la biblioteca a la que pertenecen.

A su vez, la universalidad de derecho comprende todos los derechos y obligaciones singulares que agrupa, independientemente de que cada derecho u obligación tenga una naturaleza jurídica particular que los distinga de los demás derechos y obligaciones agrupados en dicha universalidad; por ejemplo: el patrimonio de Bancomer comprende necesariamente todos sus derechos y obligaciones; del mismo modo, el patrimonio de Pedro Ruiz incluye la totalidad de sus derechos y obligaciones; sin que pueda afirmarse que determinados derechos u obligaciones están excluidos, respectivamente, del patrimonio de Bancomer o de Pedro Ruiz.

La razón o factor que determina que las cosas singulares constituyan una unidad ideal, puede ser de carácter fáctico o jurídico, cuando esa razón es de naturaleza jurídica, la universalidad será de derecho, pero será de hecho cuando tal razón o factor no sea de carácter jurídico, sino fáctico, y, tendrá el carácter de fáctico, cuando sea científico, artístico, cultural o económico; ejemplos:

En una colección de pinturas, el factor que determina que todos los cuadros singulares constituyan una unidad llamada pinacoteca, es de naturaleza artística; del mismo modo, el factor que determina que un conjunto de libros constituya una unidad ideal denominada biblioteca, es de carácter científico y cultural; igualmente ocurre con todos los animales que forman el rebaño,



el cual es una unidad ideal determinada por una razón de naturaleza económica.

En ocasiones, es de carácter jurídico el factor que determina que las cosas singulares sean una unidad, y dicho factor consiste en "la necesidad de responder de un pasivo";\* razón por la cual se responde con todos los bienes del cumplimiento de las obligaciones, artículo 2964 del Código Civil, pues en este caso, tanto los bienes como las deudas, constituyen una unidad ideal que viene a ser el patrimonio del deudor. La misma situación se presenta con la herencia, en la que, todos los bienes, derechos y obligaciones del difunto constituyen una unidad conceptual que se transmite a los herederos como una universalidad de derecho, pues el factor que determina que todos esos elementos constituyan una unidad conceptual es de carácter jurídico, en atención a que por disposición de la ley se responde con los bienes del pago de deudas. Esta situación también ocurre, cuando se afecta un conjunto de bienes a la realización de un fin, como suele acontecer con los fideicomisos, en los que, para la realización de un fin, se destinan determinados bienes y se contraen obligaciones, constituyendo estos derechos y obligaciones una universalidad de derecho.

De lo anterior se desprende que la universalidad es de derecho, cuando es de naturaleza jurídica la razón que determina que las cosas singulares constituyan una unidad conceptual, y tal razón "es el reconocimiento que hace la ley del agregado, considerándolo como unidad jurídica";\*\* es decir, dicha razón viene a ser una norma jurídica en virtud de la cual las cosas singulares forman una unidad. En cambio, si la razón determinante no es de carácter jurídico sino fáctico, entonces la universalidad será de hecho, pues será "una pluralidad de cosas agrupadas en unidad, pero no reconocidas como unidad de derecho".\*\*\* Ejemplos: la herencia constituye una unidad conceptual por disposi-

---

\* AGUILAR CARVAJAL. Op. Cit. p. 82. IBARROLA. Op. Cit. p. 34.

\*\* RUGGIERO, ROBERTO DE. *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de RAMON SERRANO SUÑER Y JOSE SANTACRUZ TELJEIRO. Tomo I. p. 487. Ed. Reus. Madrid, 1929.

\*\*\* RUGGIERO, ROBERTO DE. *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de RAMON SERRANO SUÑER Y JOSE SANTACRUZ TELJEIRO. Tomo I. p. 487; Ed. Reus. Madrid, 1929.

ción de la ley, o sea, es una universalidad de derecho; a diferencia del rebaño o de la vajilla, que forman una unidad conceptual en atención a razones no jurídicas sino fácticas, como pueden ser la clase de animales o la calidad de los platos y tazas, razones que pueden tener un carácter económico.

Consecuencia de lo anterior es que \* "en una universalidad de derecho el pasivo sigue al activo", pues los comprende a los dos, ya que el pasivo es correlativo del activo. En cambio, "la universalidad de hecho, al contrario no implica ese pasivo correlativo, se trata sólo de una reunión de elementos activos que podrían ser autónomos pero que tienen un destino común y un régimen jurídico particular".

## SITUACIONES QUE EXPLICA LA NOCIÓN DE UNIVERSALIDAD DE DERECHO

Esta noción permite explicar las situaciones jurídicas siguientes:\*\*

- A) La responsabilidad patrimonial;
- B) La transmisión del patrimonio a título universal;
- C) La subrogación real.

### A) LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Según el artículo 2964 del Código Civil, "el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes"; esto significa que los acreedores quirografarios, que son aquellos cuyos créditos no están garantizados con un bien individualmente determinado que se haya hipotecado o empeñado para asegurar su cobro, tienen como garantía del pago de sus créditos, la totalidad de los bienes de su deudor, pues en el caso de que éste no cumpla, dichos acreedores quirografarios podrán embargar y rematar cualesquiera de los bienes del deudor; en

\* MARTY GABRIEL ET RAYNAUD PIERRE. *Droit Civil*. Tome I. "Introduction Générale à l'étude du Droit". p. 469. Deuxième édition. Sirey. Paris, 1972.

\*\* AGUILAR CARVAJAL, Op. Cit. pp. 15, 16, 17 y 18.

embargar y rematar cualesquiera de los bienes del deudor; en atención a que, el pasivo sigue al activo, por constituir ambos una unidad conceptual que hace que el pasivo sea correlativo del activo, unidad conceptual que es la universalidad de derecho llamada patrimonio, universalidad que al comprender todos los bienes y obligaciones del deudor garantiza el cumplimiento de las mismas.

## **B) LA TRANSMISION DEL PATRIMONIO A TITULO UNIVERSAL**

Al fallecer el titular del patrimonio, transmite a sus herederos su patrimonio, como una universalidad de derecho, comprendiendo tanto el activo como el pasivo; en consecuencia, la adjudicación de los bienes hereditarios se hará hasta que se hayan pagado las deudas del autor de la herencia, pues se transmiten unidos los bienes y las deudas.

## **C) LA SUBROGACION REAL**

Esta consiste en que, si los bienes concretos de un patrimonio, están destinados a la realización de un fin y son sustituidos por otros, los bienes sustitutos también quedarán afectados a la realización del mismo fin primitivo; en virtud de que, el patrimonio, universalidad de derecho, es una unidad abstracta independiente de los bienes concretos que lo integran, los cuales sean o no cambiados estarán destinados a realizar el fin original; por lo tanto, los bienes son sustituibles o intercambiables y sin que tal cambio implique una alteración para el fin al cual están destinados, pues como antes se indicó\* "los elementos que forman las universalidades se consideran en su valor económico y no en su individualidad, dando origen a la subrogación real", ejemplo: si se destinan los productos de un capital a financiar la investigación científica para curar las enfermedades respiratorias, y posteriormente con ese capital se establecen empresas mercantiles que tienen altos rendimientos, estos frutos permanecerán destinados al financiamiento de la investigación científica mencionada.

---

\* AGUILAR CARVAJAL. Op. Cit. p. 82. IBARROLA ANTONIO DE. "Cosas y Sucesiones". p. 34. Segunda Edición. Ed. Porrúa. México, 1964.

## **REFLEXIONES EN TORNO DEL DIVORCIO**

***(una visión de sus condicionamientos sociales)\****

En homenaje a Don Antonio de Ibarrola y Aznar\*\*  
Lic. René Ramón Rosales Hernández\*\*\*

### **PLANTEAMIENTO**

Hoy día, un número importante de estudiosos de varias disciplinas, sobre todo sociólogos, filósofos, juristas —principalmente éstos—, y aun trabajadores sociales, han mostrado, a lo largo de los últimos cuarenta años, una creciente inquietud que se ha acentuado en el actual cuarto de siglo, en diversas direcciones doctrinarias y técnicas, por la investigación de los motivos sociales determinantes del lamentable incremento, al parecer sin freno, de los divorcios habidos, sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial,\*\*\*\* principalmente en las grandes urbes.

En México, la mencionada inquietud ha surgido, además, en razón de que dicho fenómeno se incubó y se ha desarrollado en el seno de una sociedad tradicional indohispánica, culturalmente inscrita dentro del mundo de la latinidad, que con singular fervor defendiera Vasconcelos\* frente a la cultura de origen anglo y

---

\* El título denota que este trabajo lo es sólo de reflexiones y nunca una investigación sociológica formal, pues ella exigiría una intensa actividad de campo, de estadísticas, etc., respecto de la visión que tenemos de los condicionamientos sociales —entendidos como todos aquellos requerimientos sine qua non de un cierto fenómeno social— como, en la especie, del divorcio, derivadas de lecturas de sociología y antropología y más de 26 años de atención profesional de asuntos jurídicos de esta índole. Cd. Universitaria, enero de 1995.

\*\* Hombre singular, de elevado espíritu, y profesor sin paralelo.

\*\*\* Profesor de Filosofía del Derecho y Cronista de la Facultad de Derecho de la UNAM.

\*\*\*\* Schoeck, Helmut. *Diccionario de sociología*, segunda edición, Editorial Herder, Barcelona, 1977, columnas 226 a 228.

sajón, que cada día, con mayor pujanza, logra en aquélla una evidente, dramática y, con seguridad, irreversible influencia.

Las diferencias conyugales, manifestación primaria del germen disolvente del matrimonio, no se producen de manera espontánea, ni siquiera en el caso de enfermedades muy severas de la personalidad, sino que tienen un sinnúmero de condicionantes, así endógenas como exógenas, que favorecen su aparición y que, con posterioridad, las fertilizan, en ocasiones grandemente, en el entorno mismo de los consortes, las cuales habremos de mirar desde variadas ópticas, sin que intentemos el ensayo, siquiera, de su clasificación, puesto que ello rebasaría, en mucho, los propósitos de estas brevísimas reflexiones.

## EDUCACION PRE Y MATRIMONIAL

En rigor objetivo, parece que en ninguna sociedad ha existido, jamás, educación prematrimonial propiamente dicha, por lo menos medianamente satisfactoria —aunque sí intentos en las culturas orientales de la antigüedad y en las prehispánicas de México—\* que haya preparado a los futuros consortes en todo lo relativo a la vida conyugal y familiar, para que ellos pudieran labrarse, en ese terreno, expectativas de éxito.\*\* Este es un hecho constatado, antaño como hogaño, cotidianamente por todas las sociedades del mundo. Por supuesto que pudiérase, aparentemente, argumentar en contra, que hoy, en Europa, Asia, América y otros confines, las iglesias, prácticamente de todos los signos, y la iniciativa privada, primordialmente, han establecido, a este respecto, centros de doble propósito, de los cuales, unos son para la preparación y capacitación de las personas que pretenden contraer matrimonio, y otros para buscar el avenimiento de los cónyuges que tienen diferendos o se encuentran en franco conflicto; empero, aun siendo verdad, habida cuenta de que esto representa un esfuerzo proporcionalmente mínimo respecto de todos

+ *La raza cósmica*. décima cuarta edición. Colección Austral. N° 802, Espasa-Calpe, Mexicana, S.A. México, 1990, p. 16 y ss.

\* LEON-PORTILLA, MIGUEL. *La filosofía náhuatl*. Cuarta edición. UNAM. México, 1974, pp. 233 y 238.

\*\* Cfr. GARCIA HOZ, VICTOR. *Diccionario de Pedagogía*, Editorial Labor, S.A. Barcelona, 1964, Voces: "Familia" y "Familia (Educación)", pp. 410 y 411.

los demás desplegados por la sociedad, su impacto en la vida social no es significativo.

Los Estados, con el aliento expreso de la Organización de las Naciones Unidas,\* singularmente los del tercer mundo, intervienen ahora en este terreno aunque de una manera parcial, ya que sus esfuerzos están dirigidos a los fenómenos demográficos, sobre todo en lo referente al control de la natalidad y a la planeación familiar —dentro de los cuales se han manifestado dos corrientes: la que respeta los derechos fundamentales de la pareja, como nuestro país,\*\* y la que se impone a ella normativamente—, así como a la higiene y educación, sexuales,\*\*\* entre otros motivos, merced a la conciencia que se tiene del "síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA); sin embargo, nada hacen, o casi nada, atañedero a una preparación integral de los aspirantes a formar una familia, a través del matrimonio o del concubinato —es recomendable la absorción de éste por aquél, cuando menos para los efectos de la educación preconyugal— que abarque enfoques psicológicos, sociológicos, jurídicos, antropológicos, culturales, etc., de la sociedad misma, como de las personas, pacientes pudiéranse denominar, inmersas en dicha intención, así como para disuadir, razonablemente y dentro de los parámetros de lo posible, a los consortes que se hubieran propuesto divorciarse.

Resulta claro, de acuerdo a lo anterior, que no obstante la presencia de las diversas instituciones, eclesiásticas o no, de la iniciativa privada y del Estado, sobre todo por las limitaciones apuntadas, que las parejas aspirantes a formar una familia y aun los matrimonios, no tienen —y al parecer nunca han tenido—, en términos generales, los ingredientes mínimos necesarios para su desenvolvimiento más o menos armonioso, que propicien la cele-

\* MORA BRAVO, MIGUEL. *El derecho a la planeación*. Consejo Nacional de Población. México, 1984. p. 60.

\*\* Del tercer párrafo del artículo 4o. de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* escribe Emilio O. Rabasa: "A cargo del Estado fundamentalmente está proporcionar a hombres y mujeres los servicios informativos adecuados sobre cómo planear a la familia de acuerdo con sus propias ideas...", y agrega "pero el Estado no interviene en las decisiones que hombres y mujeres adopten sobre la paternidad". (Mexicano: ésta es tu constitución, 9a. edición, Miguel Angel Porrúa, Librero-editor, México, 1994. p. 48).

\*\*\* GARCIA HOZ, VICTOR. Op. Cit. *Voz: "Educación sexual"*, p. 318.

bración y constitución de exitosos matrimonios —y familias— y sean, en otro aspecto, un consolidado valladar frente a su posible disolución, con el simultáneo correlativo reflejo en la sociedad y en el Estado, toda vez que cada extinción intencional del matrimonio representa, para ellos, un indicador de desorganización social total.\*

### Incompatibilidad

Otro aspecto de atención inaplazable es, sin duda, la incompatibilidad de los consortes, misma que se encuentra, de alguna manera, subterránea en sus diferencias y conflictos, la cual se bifurca en sociocultural u objetiva y en psicológica o subjetiva. Entre ambas existe, como se verá más adelante, una marcada relación de interdependencia.

a) La referida *incompatibilidad sociocultural* de los cónyuges logra una creciente relevancia en la medida que la sociedad, que es su soporte, adquiere características más complejas, debido a los factores del cambio social,\*\* es decir, en la medida y velocidad que ésta transita de *homogénea* a *heterogénea*. La tendencia natural de este tránsito apunta, sospéchase, a la desaparición de la primera, aunque, como se verá más adelante, se trata, según nuestro punto de vista, más bien de su superación.

Es cierto, entre las etnias y grupos sociales, en la normalidad indígenas —en el sentido de originarias del mismo lugar desde época inmemorial—, que se encuentran en notable retraso sociocultural,\*\*\* bien por lo apartado e intrincado de su ubicación geográfica, que origina su incomunicación —a veces radical— o bien por resistirse a su transformación dentro del total de la sociedad, respecto de ellos macrosociedad, a la que corresponden, por su enclavamiento, así como por el nivel económico "estándar" en que viven, que de ordinario es deprimido —aunque no necesariamente—, o todo al mismo tiempo, se percibe con facili-

\* AZUARA PEREZ, LEANDRO. *Sociología*. Ed. Porrúa, S.A. México, 1977, p. 57.

\*\* RECASENS SICHES, LUIS. *Tratado General de Sociología*. Segunda edición, revisada y corregida. Ed. Porrúa, S.A. México, 1958, p. 239.

\*\*\* LINTON, RALPH. *Estudio del hombre*. 9a. edición. Fondo de Cultura Económica. México, 1967. p. 218.

dad que su cohesión es firme y reporta que ellos se integran de manera más o menos indiferenciada y solidaria, puesto que descansan en un conocimiento y familiaridad consanguínea y/o espiritual de sus integrantes,\* en una relación clara de procesos de interdependencia\*\* e intercomunicación interna permanentes y, además comúnmente, en la influencia de un maestro —si lo hubiera— que lo ha sido toda su vida en el mismo lugar y para la misma comunidad, así como, con esta característica, de un sacerdote o ministro religioso, de un juez, de un médico —o curandero o algo similar— y de un policía, o personas que, de acuerdo a las costumbres que las rigen, realizan dichos roles.

Pues bien, todo lo mencionado determina un ambiente socio-cultural concreto que, a más de perfectamente definido e identificable, es originador de un tipo básico de personalidad\*\*\* dentro de dichos grupos, el cual dibuja, por otra parte y en forma clara, también la de éstos, sin que ello en nada afecte la individual de cada uno de sus integrantes, aunque la influya, lo que explica, por otro lado, que esas pequeñas sociedades estén dotadas, como efecto natural, de un cierto ambiente de seguridad y tranquilidad bien comprensibles, así como de aspiraciones y realizaciones comunes. Tales sociedades, por la mencionada indiferenciación y por lo extremadamente compactas, casi impenetrables,\*\*\*\* justifican que las califiquemos de *homogéneas*, en el sentido estrictamente lexicológico del término.

Por lo que se refiere a los matrimonios —y a las familias que suelen originar, respecto de los cuales (aquéllos y éstas), percibimos genuinos grupos o figuras sociales primarias— se colige con cierta facilidad que los mismos son estables, en términos casi absolutos, precisamente por la recia vinculación de los cónyuges, así como de los integrantes de su familia, sustentada en la homogeneidad referida y en lazos afectivos y de moralidad —de mores— surgidos en su intimidad, que se traducen en una clara solidaridad social que los cohesionan y, además, les

\* MERTON, ROBERTO K. *Teoría y estructura sociales*. Primera edición en español, tercera reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México, 1972. p. 69.

\*\* RECASENS. Op. Cit. p. 238.

\*\*\* *Ibidem*. p. 173.

\*\*\*\* MERTON. *Loc. Cit.*



da fortaleza frente a elementos externos que pudieran funcionar, eventualmente, como factores exógenos, toda vez que participan de la solidez e impenetrabilidad de su correspondiente grupo. Este tipo de sociedades no dan lugar, por sí mismas, en términos generales, a graves diferencias entre consortes que los conduzcan al divorcio.

Por supuesto que la *sociedad homogénea*, a que nos hemos referido, hoy es, en buena porción, idílica, pudiérase decir casi pastoral si no fuera, cuando menos en nuestro paisaje continental, francamente rural, ya que se encuentra semiextinta, de suerte que su mención sólo tiene sentido como recurso metodológico, en vía de contraste con la *sociedad heterogénea*, para obtener un claro concepto de ésta.

Lo heterogéneo se ha de entender, por tanto, en su sentido estricto, como aquello que ~~se compone~~ de partes distintas o de naturaleza diferente, por lo que la sociedad calificada con dicho término se identifica, hoy, más que nunca, con el *cosmopolitismo contemporáneo*, precisamente porque ella se integra con miembros provenientes de todos los grupos sociales, incluidos los étnicos, habidos dentro y fuera del ámbito donde se halla enclavada, lo que implica, por ende, que su concentración viene cabalmente de todo el ámbito nacional y del de la tierra. Se trata, pues, de un fenómeno de *hibridación o mestizaje* que va más allá de lo meramente etnológico y que, al hundirse en el mundo de la cultura, rebasa brutalmente lo que Azuara\* denomina transculturación, mismo que se caracteriza por tender hacia la universalidad y, por consecuencia, a la postrer sustitución, aunque gradualmente —a veces con brusquedad— de las *sociedad homogénea* y, con ello, a la eliminación de la indígena.

En guisa de lo anterior, la mencionada heterogeneidad hace evidente, como en cierta manera ya señalaba Recaséns,\*\* el cargamento sociocultural que cada componente de tal sociedad trae consigo, del lugar de su procedencia, lo que, desde otro ángulo, explica:

---

\* Op. Cit. 1977. p. 184.

\*\* Op. Cit. p. 239.

- a) Que el idioma, entendido como lenguaje, actitudes y signos, de dicha sociedad, vaya teniendo diversos sentidos y significaciones, según el individuo —o grupos de ellos— que lo use, lo que propicia, más que su evolución, su descomposición primero y luego su transformación;
- b) Que la confluencia cultural foránea\*\* produzca en la misma localidad una variada e infinita visión de la vida y del mundo;
- c) Que los símbolos, de toda índole, sean entendidos de manera distinta y acaso antagónica —en ocasiones negados— por cada miembro o grupos de dicha sociedad,\*\*\* quienes suelen asumir conductas violentas por la manipulación ideológica sectaria de que llegan a ser objeto;
- d) Que se establezcan discordes formas de vida, según la procedencia de las personas;
- e) Que los individuos, originarios del lugar a donde llegan los de procedencia externa, sean desplazados, en importante medida, del ámbito sociocultural, toda vez que el ambiente social se les transforma inadecuado para su desarrollo, si no pleno, al menos satisfactorio, y cuando éste deviene hostil, también lo sean de su ámbito territorial.
- f) Que se generen tensiones no sólo entre clases sociales, sino, además, entre los individuos o grupos;
- g) Que se haga patente un cierto grado de incompreensión social; y
- h) Que la actuación de la autoridad se haga presente, de manera clara, para impedir el desbordamiento de la sociedad.

---

\* ALONSO, MARTIN. *Ciencia del lenguaje y arte del estilo*. Duodécima edición, cuarta reimpresión. Aguilar, S.A., de Ediciones, Madrid, 1982. pp. 4 a 11. Cfr. Berr, Henri. "El lenguaje y la 'herramienta' mental", prólogo al libro *El lenguaje*, de J. Vebdryes, Unión Tipográfica Ed. Hispano-Americana, S.A. de C.V., México, 1979.

\*\* AZUARA. Loc. Cit.

\*\*\* AZUARA. Ob. Cit., p. 193.

Desde otra perspectiva, la *sociedad heterogénea* presenta, dado el grado de complejidad que llega a tener, una urdimbre o tejido social muy complicado, no claramente perceptible, que se integra, desde el plano de sus miembros hasta el del aparato gubernativo, por una multiplicidad de micro y macro sistemas y subsistemas, y todo lo inimaginable, de incalculables actividades y funciones, privadas y oficiales, que agotan la totalidad del espectro social que la constituye.

En efecto, es palmaria la presencia de una impresionante cantidad de profesores en todos los niveles de la educación, incluso en áreas poco ortodoxas; de profesionistas y profesionales de todas las actividades y excelencias, requieran o no, formalmente, estudios universitarios, técnicos o de otra índole, conferidos o reconocidos por el Estado; de ministros religiosos, que en dicha sociedad lo son prácticamente de todas las confesiones y de todas las orientaciones que de ellas puedan existir; de prestadores de servicios e intermediarios hasta de lo nunca imaginado; de trabajadores de las tareas más modestas y, en fin, de individuos dedicados a realizar actividades francamente impredecibles.

Una sociedad semejante, vista desde el ángulo del Estado, requiere, de manera imprescindible, de un aparato gubernativo extraordinariamente complicado, con un amplísimo personal burocrático, de todas las especialidades, suficiente para cubrir sus tres ámbitos de quehacer o funciones o, dicho en términos de la teoría del Estado y de la ciencia política, de poder.

El cosmopolitismo de la *sociedad heterogénea* según el hilo de lo expuesto, es, además, en rigor cultural, una auténtica *hibridación*, según se ha señalado en líneas precedentes, exactamente como lo entiende Linton cuando asegura: "La cultura de una sociedad moderna contiene tantos elementos extraños, tomados de aquí y de allá, que no puede representar una unidad y tener consistencia propia".\*

Ciertamente, dicho hibridismo impide, en un porcentaje importante, la comprensión y entendimiento cabales de los miembros de dicha sociedad, quienes se encuentran en términos gene-

---

\* Op. Cit. p. 118 y s.

rales, unos respecto de otros, inmersos en un estado de *incompatibilidad*, la cual, por diversas situaciones e intereses concretos, suele disimularse; empero, el disimulo resulta transitorio por su específica naturaleza. A este propósito escribe Thibón: "*Imaginemos al habitante actual de una gran ciudad. Vive en un gran edificio, trabaja en una empresa gigante, frecuenta a hombres de todas las razas y de todos los países, recibe el periódico, la radio, el cine y la televisión, noticias e imágenes de todos los rincones del universo. La publicidad, la propaganda, acosan incesantemente su espíritu en las más opuestas direcciones. No dispone de un rincón solitario donde relajar su cuerpo ni unos minutos silenciosos para recoger su alma: Nada protege su intimidad de los asaltos del mundo exterior... De ahí el carácter impersonal y la inconcebible inconstancia de sus opiniones y sentimientos...*"\*

Toda esta imagen, que configura casi una esquizofrenia colectiva, se proyecta, inevitablemente y de manera brutal, en el matrimonio —que tiene, como condición básica de su finalidad natural y de su función, como en inmediatas líneas se precisa, su desenvolvimiento armonioso—, lo que aclara en gran medida y sólo desde este punto de vista, los porqués de la mayoría de los conflictos conyugales y, consecuentemente, de los divorcios.

De esta suerte, está claro, las disoluciones matrimoniales solamente son resultado, según el ángulo de observación que venimos mencionando, de la heterogeneidad de una moderna sociedad concreta. A este respecto escribe Toffler: "Cuando es una pequeña minoría la afectada, el resquebrajamiento de sus familias puede que refleje la existencia de fracasos individuales. Pero cuando el divorcio, la separación y otras formas de desastre familiar alcanzan simultáneamente a millones de personas en muchos países (sociedades heterogéneas o cosmopolitas contemporáneas, como nosotros las denominamos), es absurdo pensar que las causas sean puramente personales.",\*\* lo que significa, en otros términos, que a la catalogación legal de las mismas subyace la *incompatibilidad sociocultural* de los esposos.

\* *La crisis moderna del amor*. Ed. Fontanella. Barcelona, 1968. p. 63.

\*\* *La tercera ola*. Edición, Compañía Editorial, S.A., México, 1981. p. 209.

En la *sociedad heterogénea*, debido a su propio cosmopolitismo o hibridismo cultural, se genera, por una fusión múltiple de las culturas con la tenida en la *sociedad homogénea*, un cúmulo de nuevas concepciones filosóficas, religiosas, éticas, estéticas, cosmológicas, científicas, tecnológicas, en fin, maneras variadísimas de pensar y ver al mundo y de comportarse en dicha sociedad.

El mestizaje cultural, por ende, implica un nuevo orden axiológico, el cual se mueve pendularmente entre el individualismo y el colectivismo, incluidos todos sus matices y grados, adoptando jerarquías distintas a las tenidas con anterioridad al establecimiento de la nueva sociedad. En la actualidad, resulta inequívocamente perceptible, que ella se encuentra presidida, cuando menos dentro del capitalismo —en el cual estamos inmersos— por el valor utilidad. El mundo de la cultura occidental, el de hoy, donde mayor desarrollo ha tenido dicho sistema económico, se encuadra, en términos generales, dentro de los individualismos con una visión utilitaria de la sociedad, la que impacta, de diversas maneras, al matrimonio, desde su matización hasta su intento de transformación, estrictamente por intereses económicos.

En otro aspecto, parece que ahora se busca, dentro de la *sociedad heterogénea*, una nueva concepción del matrimonio y, en consecuencia, de la familia, por lo que estas instituciones encuentran, dentro de dicha realidad social, para su integración estable, como obstáculos, además de los mencionados del hibridismo cultural, entre otros, los siguientes: Los derivados del abandono de la metafísica; la desantropomorfización producida por las ciencias, la tecnología y la cibernética; las políticas de consumo; las nuevas concepciones axiológicas y, en fin, hasta las nuevas corrientes de interpretación de la historia, que los han trastocado de bárbara manera, en algunos países, ontológica y teleológicamente, como, por ejemplo, en los Estados Unidos de América, quizás el país de mayor cosmopolitismo del mundo, donde hay una fuerte propensión por la unión libre —que no necesariamente concubinato— y por preterizar a la familia celular,\* y en algunos de Europa, que hoy aceptan y regulan el mal llamado "matrimo-

---

\* *Ibíd.* p. 210 y ss.

nio" entre homosexuales, como Dinamarca, Noruega y Suecia. Hay, además, una fuerte corriente en este mismo sentido, aun no exitosa del todo, en la Unión Americana.\*

El matrimonio, que ha sido entendido y definido —desde la Roma clásica hasta nuestros días, en el mundo occidental, y desde el antiguo Israel,\*\* quizás antes y en otras culturas, en el mundo oriental— substancialmente de manera similar, es, como lo sabemos, la legítima unión de dos individuos de distinto sexo, para apoyarse en las cargas de la vida y para procurar, hoy se recomienda que sea con la mayor responsabilidad, la procreación de la especie,\*\*\* y que constituye una comunidad, así espiritual como jurídica,\*\*\*\* en la que descansan la sociedad y el Estado. Con esta guisa no se puede entender ni aceptar al matrimonio de otra manera, por más unidad común, real o aparente, que pudieran formar una pareja —de homosexuales, por supuesto— y mejor apoyo que entre sí pudiéranse brindar, puesto que no podrían cumplir jamás las finalidades trascendentes, de toda índole, de la vida conyugal. ¡Pobre sociedad y pobre Estado si se sustentaran en estas uniones!

b) En lo referente a la *incompatibilidad psicológica*, que por antonomasia es subjetiva, ella representa un aspecto muy importante en las relaciones interindividuales, sobre todo las de mayor intimidad, como las derivadas del matrimonio, por cuanto que muestra el resultado de la comparación práctica, acaso inconsciente —las más de las veces—, que llevan acabo las personas respecto de sus rasgos caracterológicos, que concurren, junto con otros elementos, a conformar su verdadero ser singular e íntimo, que los psicólogos, psiquiatras y médicos denominan personalidad,+ que es el resorte de cuanto proyectan a su exterior, lo mismo como imagen que como conducta.

\* *Ibidem.* p. 131.

\*\* POUPARD, PAUL. *Diccionario de las religiones*. Ed. Herder. Barcelona, 1987. p. 1135.

\*\*\* MAGALLON IBARRA, JORGE MARIO. *Instituciones de derecho Civil*. Tomo III. "Derecho de Familia". Ed. Porrúa, S.A. México, 1988. pp. 103 y ss.

\*\*\*\* *Idem.*

+ ALFRED ADLER. *El carácter Neurótico*. Planeta-Agostino. Barcelona, 1994, pp. IV y V.

Se ha sostenido, al respecto, que la personalidad "Es la integración de todos los rasgos y características del individuo, que determinan una forma propia de comportamiento.",\* por lo que las mismas lo "...son física, intelectuales y caracteriales."\*\* De ello se infiere, asegura García Hoz, que la "... personalidad se forma en función del desarrollo que según las condiciones ambientales han adquirido ciertas predisposiciones biológicas.",\*\*\* dentro de las cuales se deben incluir, porque corresponde a su naturaleza, las genéticas.

En efecto, influye de manera determinante en la formación del carácter, como lo advierte Karen Horney,\*\*\*\* el medio ambiente, lo mismo físico —natural y/o artificial— que sociocultural o espiritual, al cual nos referimos, sin calificarlos con esta expresión, cuando se expuso lo relativo a sociedades homogénea y heterogénea, dentro de las cuales tiene un lugar privilegiado el ambiente familiar; sin embargo, su grado de influencia y la dirección a donde ésta es canalizada, siempre estará condicionado por la capacidad psicológica de asimilación, el coeficiente intelectual y el código genético de cada quien, lo que confirma, desde un ángulo rigurosamente ontológico, el valor de la individualidad y de la colectividad, así como la obra humana, valga decir, de los subjetivo y lo objetivo. De esta manera, queda evidenciado que los mundos exterior e interior se fusionan de modo ineluctable, pudiérase decir fatal, para dar origen a la personalidad, la cual habrá de presentar claros signos de incompatibilidad, si tal integración fuera, por insanidad psíquica fundamentalmente, impura y forzada.+

Ahora visto desde la perspectiva del objeto de estas reflexiones, se comprende, sin dificultad, cuán importante son el cargamento sociocultural y la sana conformación psicológica de cada consorte, para el armonioso desarrollo de la vida conyugal y, por ende, de la familia que ellos llegaran a fundar, así como de la sociedad y del Estado, que se sustentan en aquéllas.

---

\* Op. Cit. p. 713, Voz: "personalidad".

\*\* Idem.

\*\*\* Idem.

\*\*\*\* *La personalidad neurótica de nuestro tiempo*. Planeta-Agostini, Barcelona, 1994. p. 15 y ss.

+ THIBON. Loc. Cit.

## COMPATIBILIDAD, ASPIRACION UNIVERSAL

El mestizaje etnosociocultural que hoy se está produciendo, genéricamente dicho, en todo el mundo y al que nos hemos referido en líneas anteriores, es signo inequívoco de un próximo cosmopolitismo universal. Denominamos, provisionalmente, a aquél, cosmopolitismo contemporáneo al cual se refiere Francis Fukuyama de la siguiente manera: "No es señal de provincialismo, sino de cosmopolitismo reconocer que ha surgido... algo así como una cultura realmente global, centrada en el crecimiento económico fomentado por la tecnología y en las relaciones sociales capitalistas necesarias para producirla y sostenerla."

Pues bien, dicho mestizaje solamente presenta, como espejo, un momento caótico, es decir, "... un periodo de penoso cambio...", según expresión de Powers,\*\* y por lo mismo transitorio, del desarrollo de la *sociedad heterogénea*, la cual tenderá a desaparecer, con mayor o menor rapidez, en la medida que ella transite hacia una nueva homogeneidad, distinta de la inicialmente mencionada, puesto que se habrá de concretar en una sociedad sintética del referido hibridismo, como lo había vislumbrado, claramente, José Vasconcelos en la parte substancial de su utopismo criollo,\*\*\* a la cual divisamos, según lo expuesto, como cosmopolitismo universal. Frente a esta perspectiva, fácil se entiende que la antigua sociedad homogénea se nos presenta como típicamente ingenua, en tanto que la nueva como superación sociocultural, tecnológica y étnica de la estirpe humana.

Los acontecimientos indican, en efecto, que el referido mestizaje contemporáneo se ha visto favorecido, principalmente a partir de mediados del presente siglo, por la rapidez de las comunicaciones aéreas, terrestres y marítimas; por centros de macrodesarrollo industrial y postindustrial; por el impresionante crecimiento tecnológico, que ha hecho el milagro de reducir a su

---

\* *El fin de la historia y el último hombre*. Ed. Planeta-De Agostini. Barcelona, 1994. p. 187.

\*\* "Prefacio" del libro *La aldea global*. Transformaciones en la vida y los medios de comunicación mundiales en el siglo XXI, de MARSHALL MCLUHAN y B. R. POWERS, Planeta-Agostini, Barcelona, 1994, p. 14.

\*\*\* Op. Cit.



mínima expresión el tamaño del mundo; por los novedosos sistemas de traducción instantánea, manejados en todos los lugares del orbe y dirigidos hacia todas partes del mismo y, en fin, por innumerables y excitantes inventos y descubrimientos, de todos los órdenes.

Respecto de esta aseveración, Fukuyama ha escrito: "El desarrollo de la ciencia natural moderna (que se encuentra al servicio del poder económico) ha tenido un efecto uniforme en todas las sociedades... (entre otras razones, porque) establece un horizonte uniforme de posibilidades de producción económica. La tecnología hace posible la acumulación ilimitada de riqueza, y con ello de satisfacción de una serie siempre en aumento de deseos humanos. Este proceso garantiza una creciente homogeneización de todas las sociedades humanas, independientemente de sus orígenes históricos o de su herencia cultural."<sup>\*</sup>

Vista la homogeneización desde su fundamento estrictamente económico, advierte el autor: "*Todos los países que se modernizan económicamente han de parecerse cada vez más unos a otros... Estas sociedades se han visto ligadas cada vez más (entre sí), a través de los mercados globales y por la extensión de una cultura universal de consumidores...*"<sup>\*\*</sup>

Todo ha sido tan vertiginoso, señala Powers, "... que el espejo retrovisor ya no funciona; a velocidades supersónicas, los espejos retrovisores no sirven de mucho."<sup>\*\*\*</sup> Toffer ya lo preveía<sup>\*\*\*\*</sup> y luego lo constató,<sup>+</sup> de tal manera que no ha dado tiempo, hoy, para que en las sociedades heterogéneas se produzca, en significativo rango substantivo, la comprensión, la amistad y la armonía entre los individuos que las constituyen; empero, esto no debe desalentarnos, ya que la continua relación e intercomunicación entre ellos eliminará, paso a paso, aunque lentos, todo cuanto de manera objetiva los ha mantenido incompatibles, lo que, al impactarse en el mundo de su subjetividad, producirá, cualitativa

\* Op. Cit., p. 15.

\*\* Idem.

\*\*\* Loc. Cit.

\*\*\*\* *El Shock del futuro*, traducción de J. Ferrer Aleu. Novena edición. Plaza & Janés, S.A. Editores. Barcelona, 1977.

+ *La tercera ola*. p. 19.

y cuantitativamente, en un nivel más o menos general, cierta compatibilidad social, misma que se reflejará en el matrimonio y, por consecuencia, en la familia.

Habida cuenta de la conveniencia de acelerar, racional y prudentemente, dicho proceso social, es claro que el mismo no se puede dejar al impulso natural de la sociedad, lo que significa que es de la competencia del Estado, porque ello es de su responsabilidad, así como de la iniciativa privada, promover y participar, mediante adecuados planes de estudio, profundos y pedagógicamente diseñados, de la mayor excelencia, la educación integral del individuo, en orden a la inevitable y necesaria nueva homogeneización de la sociedad, que se pongan en práctica desde el nivel más elemental de educación, hasta los estudios de postgrado, con su encuadramiento en los principios fundamentales, de rango constitucional, que en materia educativa existan; pero con respeto de los derechos fundamentales de la persona humana.

Ahora, por lo que se refiere al diseño, establecimiento e instrumentación de la educación pre y matrimonial, el Estado tendrá que asumir en serio y con absoluta responsabilidad su papel, para evitar el desmoronamiento de la sociedad que lo sustenta —el cual sería, de lo contrario, inevitable, por la desorganización total de la misma—, mediante la realización directa de ciertas actividades y el apoyo y estímulo a la iniciativa privada, que en esto deberá participar ilimitadamente, todo lo cual, según nos parece, en los términos que pasamos a sugerir:

- a) Elaborar, sin demagogia ni manipulación ni engaño, en esfuerzo conjunto del Estado y de la iniciativa privada, por especialistas en cuantas disciplinas sean necesarias, dos tipos de programas: Uno, de educación prematrimonial, en cuantas modalidades sea necesario, para aplicarse desde la enseñanza básica hasta la superior, independientemente de la profesión que se estudie, cuyo contenido temático atienda, cuando menos, a la educación sexual, a la planeación familiar y, en el mismo rango, a la información, lo más profunda posible, de psicología —social, familiar e individual—, en sus diversos aspectos: antropología, sociología, derecho y materias afines.

El otro programa estaría dedicado al rescate y salvamento de matrimonios, dentro de lo razonablemente posible y sin abandono de la función del trámite, para los casos que no admiten ya otra posibilidad, de divorcios, puesto que no se debe olvidar que ellos son, desde todo punto de vista, y así deben ser tratados, la excepción de la vida social.

En todo caso, dicho programa deberá manejarse, y en ello somos enfáticos, con respeto absoluto de la dignidad de las personas, lo que implicará el de sus derechos humanos, puesto que el mismo no supone, en modo alguno, imperio por parte del Estado, de la sociedad y/o de particulares.

- b) Para instrumentar al primero de los programas, el Estado y la iniciativa privada deberán canalizar sus esfuerzos a la adecuada preparación del personal docente con que cuentan, para que en sus respectivos centros de educación impartan, con absoluta responsabilidad, los conocimientos correspondientes.
- c) La instrumentación del segundo de los programas implica, necesariamente, el establecimiento, por parte del Estado y de la iniciativa privada, incluido el esfuerzo patronal, de centros especializados, con psicólogos, sociólogos, psiquiatras, médicos, antropólogos, pedagogos, abogados, humanistas, trabajadores sociales, etc., suficientemente preparados, que puedan cumplir con la misión de rescate y salvamento de matrimonios, con lo que se modifica el triste papel de suicida que el Estado ha asumido, sobre todo el del Tercer Mundo, puesto que a través de sus instituciones sociales más se ha dedicado, con olvido de la naturaleza, fundamento y dignidad del matrimonio, al trámite, entre otros, de juicios de divorcio, que a consolidar a aquél, a la familia y a la sociedad.

Por supuesto que semejante función no implica, como se ha mencionado, el abandono de la atención profesional, por parte de los bufetes, de los asuntos de divorcio, sino tan sólo un esfuerzo, en el que ellos deben participar también, con apoyo de los referi-

dos centros, para propiciar el decremento de la disolución de los matrimonios y, con ello, la revigorización de la sociedad y del Estado.

### A MANERA DE EPILOGO

Seguramente no faltarán, y de eso no hay duda, quienes califiquen de utópicas a las sugerencias hechas en estas reflexiones; pero ello ninguna inquietud nos causa, puesto que entendemos, con Herbert Marcuse, por utópicos, a aquellos "*...proyectos de transformación social que se tienen por imposibles... (debido a que sustentase en la contradicción) de leyes científicas (esto es, de la naturaleza,) comprobables y comprobadas...*"\* y, por ende, metahistóricas.

Por lo contrario, resulta netamente histórico, valga decirlo de esta manera, radicalmente transitorio, pues ello es de su índole, todo obstáculo social, mismo que, desaparecido, dejará abierto el camino para la realización del proyecto al que se oponía, razón por la que a éste no se adecua, en sentido estricto, el utopismo como calificación. Marcuse es, a este respecto, más preciso: "*...las llamadas posibilidades utópicas —escribe— no son utópicas en absoluto, sino negación histórico-social determinada por lo existente, la toma de conciencia de las fuerzas que las impiden y las niegan exigen de nosotros una oposición muy realista y muy pragmática.*"\*\*

De acuerdo al postulado que antecede, claramente se percibe lo siguiente:

- 1o. No son nuestras sugerencias, en modo alguno, utopías, por más dificultades y obstáculos, de diversa índole, que en la realidad social pudieran existir; y
- 2o. Ellas son, en cambio, practicables a menor o mayor tiempo, sólo que para ello se requiere:
  - a) Plena toma de conciencia tanto de la inexistente educación pre y matrimonial, cuanto de la heterogeneidad de

\* *El fin de utopía*. Séptima edición. Siglo Veintiuno Editores, S.A. México, 1971. pp. 2 y 3.

\*\* *Ibidem*. p. 11.

la sociedad, como se ha señalado en las líneas precedentes, y, por último.

- b) **Voluntad firme, realista y pragmática, para establecer la educación pre y matrimonial, de acuerdo a lo señalado en líneas anteriores, y para acelerar, dentro de lo que en la sociedad sea factible y moralmente conveniente, los acontecimientos que la conduzcan, en el menor tiempo, a su homogeneización y aseguren, por un principio de supervivencia del Estado, la estabilidad permanente de los matrimonios y, con ello, de las familias.**

No se olvide, finalmente, que un matrimonio estable y armonioso requiere, para serlo, antes que nada, compatibilidad socio-cultural y psicológica, esto es, conceptos, de toda índole, acerca del mundo y de la vida en cierta medida similares y, además, en ambos cónyuges, un normal equilibrio psicológico —ausencia radical de traumas y complejos graves, así como de deficiencias en el coeficiente mental—, y que en ello tienen incuestionable responsabilidad la sociedad y el Estado.

## **ABORTO LIBRE. SINONIMO DE ASESINATO**

LIC. MIGUEL ANGEL RUBLUO I.

PROFESOR DE DERECHO CIVIL

Sólo descendientes del Rey Herodes —El Viejo— o de algún recalcitrante genocida como Adolfo Hitler, Nerón, etc., pueden clamar por una legislación que permita la práctica libre del aborto, puesto que tal cuadro patológico se encuentra debidamente reglamentado por nuestro Derecho Positivo, el que, aun cuando no sanciona rigurosamente la conducta culposa de quienes lo practican como ejecutantes o auxiliares de estas criminales tareas, de toda forma limita en algún modo más o menos justo, estas prácticas.

Ahora bien, sale sobrando tratar de explicar lo que el sentido común indica con toda claridad. Esto es: Aborto es privar de la vida a un ser humano que existe y, aun cuando nuestras leyes punitivas lo definen de otra manera —(como la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez)—; el mismo, no deja de tener toda la traza de un homicidio, cuyo bien jurídico tutelado es la vida misma; por lo cual, atentos a la definición empleada en nuestra legislación criminal, a este último delito —y que es tan sencilla—: El que priva de la vida a otro, se produce plenamente en el aborto; puesto que, la madre que lo quiere (sin que exista causa justificable para ello) y cuantos le presten ayuda —interesada o no— de la naturaleza que sea, están deseosos de realizar una conducta cuya finalidad es la de obtener un resultado comprendido en la privación de la vida a otro; y, en este orden de ideas, decir que matar el producto de la concepción

en cualquier momento de la preñez, no es lo mismo que privar de la vida a otro; es tanto como afirmar no ser lo mismo asesinar a una persona débil y bajita de estatura que a un vigoroso atleta alto y musculoso. Así las cosas, está de más alegar si es o no un asesinato el aborto comparado con el homicidio. Ahora bien, en ambos casos, existen excluyentes de responsabilidad; esto es: cuando aparecen causas que justifican y disculpan una conducta, tomando como ejemplo dentro del homicidio, una de éstas, lo es cuando existe una fuerza física exterior irresistible que propicie la privación de la vida a un ser humano.

Otra lo es, cuando se obra en legítima defensa al ver que se corre peligro inminente de sufrir un daño irreparable en relación con la persona y honor o patrimonio propio o de otro; y, dentro del aborto, puede ser que el producto sea resultado de violación y la madre lo repudie. También lo es el hecho de que la madre pueda morir si no es provocado el aborto oportunamente, cuando la vida del pequeño ser, por algún extraño fenómeno del organismo materno haya encauzádose mal sin intervención de la voluntad humana —embarazo extrauterino, por ejemplo—, razonablemente esto disculpa plenamente a la madre vista en tal conflicto.

Pero es el caso de que existen personas quienes argumentan absurdas teorías para lograr que nuestros legisladores elaboren leyes favorables para matar impunemente a seres humanos débiles, inofensivos e inocentes, empleando, además, todo tipo de agravantes en contra de la pequeña víctima y arguyen teorías tales como que el pequeño ser humano gestado, no es más que una víscera de la mujer, puesto que es "carne de su carne", olvidándose de que se necesitó del varón para hacer posible la existencia, y en fin, sería largo enumerar toda una serie de sandeces discutidas por los partidarios de tan abominables ideas, cayendo en la cuenta de cómo estas personas seguramente están enfermas, pues padecen sin lugar a dudas, deficiencias mentales de las cuales un psiquiatra podría tratarlas; posiblemente arrastran una pésima educación, o bien, dependen de familias desequilibradas; tal vez carezcan de familia, o simplemente —cuando son de corta edad— no saben cuánto dicen debido a su inmadurez; pero si acaso llegáramos a encontrarnos con una persona quien clame por la libre práctica del asesinato o aborto —son sinónimos en nuestro

criterio—, no olvidemos que nada hay para discutir, ya que esto sería tanto como acudir a un establecimiento para enfermos mentales y entablar un diálogo bizantino con un supuesto Herodes, un Nerón o un Adolfo Hitler de nuestro tiempo.

Por el contrario, es saludable verlos como lo que son: enfermos, víctimas de la ola de violencias y desatinos por los que atraviesa la humanidad actualmente, los cuales han causado que la sociedad, de la que somos parte, esté saturada de convencionalismos sociales, prejuicios y normas aparentemente morales, las que son verdaderas causantes de que haya quienes quieran asesinar antes de "quedar mal" ante gente sin escrúpulos que condenan "un mal paso" dado por alguna circunstancial pareja, en ocasiones mal educada desde su infancia, quien seguramente se equivocó debido a sus ascendientes, quienes no le prodigaron orientación, haciendo de sus propios hijos verdaderas víctimas —en especial la mujer—, y en otros casos, son los maridos quienes han propiciado la concepción de un hijo adulterino, originado por su irresponsabilidad, la cual, aunada a la mala educación recibida desde el principio en el seno familiar conduce a crear situaciones en las que, como "única salida", recurren al aborto o asesinato, igual como lo hacen un gangster o un decepcionado suicida, cuando acuden a las muertes violentas; bien causándolas a otros, o bien a sí mismos.

¿No habrá dentro de nosotros también actitudes inquisitoriales en las que pretendemos juzgar o criticar a quienes han sufrido o atraviesan por un problema de esta naturaleza?; ¿no sería factible cómo alrededor de los nuestros se produjera una situación similar?; ¿nos convertiremos en enfermos que se proclaman en favor del asesinato-aborto?

Antes de contestar, pensemos en que nosotros fuimos alguna vez pequeños, tanto como anidamos en las entrañas de nuestra madre y, ahí estuvimos seguros, fuimos amados, nadie nos molestó o, ¿existiría alguien que quiso hacerlo?, ¿hubiera justificándose de algún modo dicha conducta? ¿hubo alguna ley apreciada por justa la que hubiese permitido asesinarnos tomando en cuenta la "insignificancia" de nuestro tamañito? Seguramente no; ¿permitiremos entonces que alguien asesine vilmente a un pequeñito como el que fuimos alguna vez?; ¿guardaremos silencio ante



ideas descabelladas de legislar favoreciendo la "libertad" de abortar o asesinar impunemente seres inocentes? definitivamente, quien considere tener alguna calidad humana, se levantará protestando ante cualquier loco intento por cristalizar tales ideas, las que sólo un demente puede defender y, en última instancia, apelamos al recuerdo de que nosotros fuimos así de pequeños en un momento de nuestra existencia.

Analizando a la luz de nuestro derecho positivo las normas de vital importancia que tutelan a los niños y especialmente a los más pequeños, atendiendo a la definición que cualquier diccionario de la lengua castellana nos da de la palabra niñez, refiriéndose a ésta como:

"Primer periodo de la vida humana que llega hasta la adolescencia" por lo cual encontramos en nuestra Constitución Política el Artículo 1o. que dice: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece". Al hablar de individuo, se entiende como tal desde el punto de vista biológico un ente absolutamente particular, que posee características genéticas propias e inherentes única y exclusivamente a él, dado que la fecundación no es sino la unión de un óvulo que aporta 23 cromosomas y un espermatozoide que da otra cantidad igual que arroja no sólo el total de 46 cromosomas características de la especie humana, sino además la exclusividad individual de ese único juego de 46 cromosomas, es decir, esas características no volverán a repetirse jamás bajo ninguna circunstancia y esto hace al individuo, por lo cual se puede concluir que existe éste, desde que se adquieren las características genéticas particulares, es decir en el momento de la fecundación misma; siendo esta concepción descrita por el famoso biólogo JEAN ROSTAND\*\* así: *"Todo individuo por su constitución hereditaria posee una originalidad de principio EL ES SOLO EL."*

\* Diccionario enciclopédico de todos los conocimientos "Larousse". RAMON GARCIA PELAYO Y GRASS. Edit. Roguer. Barcelona, 1974.

\*\* (Pensamiento de un Biólogo) ("El hombre y la vida" JEAN ROSTAND. Fondo de Cultura Económica. Méx. Buenos Aires, 1960).

*Aunque la tierra durara los millones de siglos que prometen los astrónomos, no hay la mínima posibilidad de que los ciegos caprichos de la herencia vuelvan a reunir a una combinación cromosómica como la nuestra y se susciten así una segunda vez".*

En este orden de ideas, el artículo 1o. constitucional no excluye de ningún modo a los individuos más pequeños, ya que no hace ninguna diferencia al respecto, lo cual nos indica que la protección constitucional alcanza a los individuos más indefensos como lo son quienes viven en el seno materno.

Por otra parte, el artículo 4o. constitucional que a la letra dice: "El varón y la mujer son iguales ante la ley, ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos".

"Toda persona tiene derecho a la protección de la salud..." Para continuar en su último párrafo "... Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las Instituciones Públicas".

Al escudriñar este precepto constitucional, observamos en primer lugar que una de sus finalidades es la de proteger la organización y desarrollo de la familia y, ¿qué es ésta para nuestro Derecho? decimos que existe familia cuando hay entre personas lazos de matrimonio, parentesco o concubinato, esto es que los cónyuges, parientes y concubinos ya forman una familia por pequeña que ésta sea, pudiendo ser de dos personas solamente e incluso, aunque no existe una definición legal de familia, el artículo 725 del Código Civil vigente en el D.F., y aplicable en la República Mexicana en materia Federal, de su redacción se infiere qué personas integran una familia, cuando dicho numeral dispone que tiene derecho al patrimonio familiar el cónyuge del que la pretende constituir y las personas a quienes tiene obligación de dar alimentos y, en el caso que nos ocupa, o sea la relación filial surgida entre padre o madre e hijo (que es el vínculo más íntimo del parentesco) definitivamente sí hay familia, por lo cual cabe concluir, que la norma constitucional en estudio, al determinar específicamente protección a la organización y desarrollo de

aquella, evidentemente incluye al embrión humano, alcanzando éste la tutela de nuestra Carta Magna, pues la misma no precisa si a los hijos enfermos se les puede eliminar, dado que el precepto es genérico y no hace distinciones en cuanto a su alcance protectorista, diciendo que sólo a los viables o a los sanos se les protegerá, como absurdamente se ha venido violando la Constitución reiteradamente cuando el artículo 333 del Código Penal vigente en el D.F., establece que cuando el embarazo sea resultado de una violación el aborto no será punible, o bien cuando el dispositivo 332 del ordenamiento punitivo citado disminuye la pena a la mujer que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otra la haga abortar, si concurren tres circunstancias a saber:

- a) Que no tenga mala fama;
- b) Que haya logrado ocultar su embarazo; y
- c) Que éste sea fruto de una unión ilegítima.

Y, la duda es: Con la aplicación de estas normas inferiores ¿será respetada nuestra Constitución en cuanto hace al artículo 4o. de la misma que ordena la protección a la familia? pues, ¿será su espíritu eliminar a los débiles, enfermos, pobres y seres productos de ilícitos reprobables? esto definitivamente no lo quiso el constituyente, quienes procuraron hacer cesar la violencia entre los mexicanos y no fomentarla como se hace con la práctica de abortos sea cual fuere su clasificación. (Excepción hecha de contados casos tales como el practicado para salvar la vida a la madre en donde existiría una excluyente de responsabilidad, o bien, el imprudencial que se disculpa por la no intención de causar el daño).

Continuando con el mismo artículo 4o. constitucional, en donde se señala que toda persona tiene derecho para decidir acerca del número y espaciamiento de sus hijos, evidentemente que se refiere a los que quieran tener a futuro, y no habla acerca de darles a las personas derecho alguno/para decidir si permiten la vida o no de sus hijos que ya existen, pues en todo caso, cabría la posibilidad de que se ultimasen también a los vástagos

de cualquier edad, mas los crecidos ya podrán defenderse físicamente, pues será mejor (piensan los abortistas) matar a los indefensos.

Más adelante se menciona que "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud". Y no se exceptúa a nadie, esto es, que no se dice que los niños concebidos no tienen derecho a ella y los demás sí, amparando con esta consigna también a los embriones humanos cuando nos habla de: "... Toda persona...".

En el párrafo final del artículo 4o. constitucional, dicho dispositivo impone a los padres el deber de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental y, al igual que las anotaciones anteriores, no se excluyen de modo alguno a los más pequeños, pues simplemente se protege a todos los menores y se obliga a todos los padres (refiriéndose obviamente al hablar en plural al papá y a la mamá) a satisfacer necesidades y conservar la salud de sus hijos sin considerar si éstos son muy pequeños o ya están bastante crecidos, el hecho es de que deben velar por tales intereses y, provocar su muerte a través del aborto, o permitirlo veladamente disminuyendo sanciones corporales que se reducen a pecuniarias como lo es el caso del artículo 332 del Código Penal, del cual ya anotamos que si se dan ciertas circunstancias en el aborto por parte de la mujer que lo practicó, sufrirá ésta menos castigo y se habla en dicho precepto legal que si se logra ocultar el embarazo, y que éste sea fruto de una unión ilegítima y que dicha fémina no tenga mala fama, entonces se disminuirá la pena, en este orden de ideas también los homicidas, de acuerdo al criterio de los abortistas deberían de disfrutar de estas facilidades que brinda este numeral 332 del Código Penal y así veríamos que un homicida si no tiene mala fama (¿se referirá la absurda disposición a la carencia de antecedentes penales? pues no aclara en qué consiste esa característica) pudiendo agregarse en favor de estos delincuentes y además que "le tenga coraje a su víctima" —por ejemplo— o bien, que haya logrado disimular el homicidio o quién sabe que otra atrocidad (como las contempladas en el multimencionado numeral en cita del Código punitivo) se pudiera incluir, como ya se hizo en este precepto que otorga como ya mencioné, verdaderas facilidades a la mujer que desea abortar, existiendo otras dispo-

siciones como las contenidas en los artículos 330, 331 y 333 del Código Penal del D.F., y aplicable a toda la República Mexicana en materia federal que induce mediante la aplicación de penas leves a que se continúe abortando y, esto no es más que fomentar y solapar conductas delictivas, como sucede con los homicidas, violadores, ladrones, defraudadores, etc., quienes al conocer que las benignas leyes les otorgan concesiones diversas tales como libertades provisionales bajo fianza, desvanecimiento de datos, atenuantes, etc., etc., pues en ocasiones calculan los delincuentes que, si el ilícito de forzar a una mujer para tener cópula con ésta le sale barato y lo sabe hacer al cuidar que se den ciertas circunstancias en la perpetración de su conducta inmoral, dadas las facilidades otorgadas por nuestra Legislación pues, el sujeto mal educado corre el riesgo, conociendo a la propia justicia la cual lo solapa a través de normas absurdas como las analizadas del aborto aplicables actualmente en nuestro país, y que además se nos amenaza con reformarlas o sustituirlas por otras peores.

Finalmente en el artículo 4o. constitucional indica que la Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las Instituciones Públicas. Meditando este párrafo y ver las palabras apoyo, protección, menores, e Instituciones Públicas, se piensa en todo menos en abortos cuyo resultado produce un vocablo contrario a las mencionadas: LA MUERTE, y aunque uno solo, atendiendo al artículo 329 del Código Penal vigente en el D.F., y para la República Mexicana en materia Federal, el cual estipula: "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez", o sea que aquellas palabras de apoyo, protección, etc., se trocarían, de continuarse permitiendo en ciertos casos las prácticas abortivas, o lo peor, tratar de ampliar las atenuantes o disminución en las penas aplicables para el caso, en una sola que es MUERTE, en total contrasentido a la constitución que nos rige, así como desconfianza en las Instituciones que otorgan protección a los menores; al dudar de que éstas no pueden hacer frente a las necesidades de los pequeños que nazcan quienes sean producto de alguna violación o de escasos recursos, situaciones sociales incómodas, etc.

Cabe también el análisis del artículo 6o. de nuestra Carta Magna, el cual en forma indirecta también hace llegar su protec-

ción a los pequeños concebidos al estipular: "la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito..." y de su lectura podemos establecer que el solo hecho de que alguna gente o cualquier grupúsculo pretenda tan sólo manifestar su idea de despenalizar o de favorecer bajo cualquier circunstancia la muerte o asesinato de un ser humano, con ello debe ser objeto de enjuiciamiento de acuerdo a lo establecido por el dispositivo analizado, dado que cuando se pretende legislar para que se permita matar impunemente alegando problemas sociales, las futuras víctimas son aquellos terceros afectados o sea los niños concebidos y esto ataca definitivamente a la moral y provocará una conducta delictiva, por lo mismo, tan sólo al pensar en legislar para permitir mayores facilidades en el aborto, esta idea en sí, por tan sólo manifestarse, constituye un ataque a la norma constitucional en estudio, pues como apunta el maestro Mariano Jiménez Huerta. \* "... *En el delito de aborto se lesiona, no un interés jurídico individual de la persona, sino el interés jurídico que la nación o comunidad tienen en el desarrollo de su estirpe, raza o población...*" esto es que atentaría dichas propuestas en contra de la nación viéndolo realmente y sin apasionamiento, sino en forma fría tomando a pie juntillas la letra de la norma que aquí analizo.

Por otra parte, el artículo 123 constitucional en el apartado A fracción V ordena: "Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación..." estableciéndose de esta forma una protección para ambos seres, tanto para la madre como para el producto, esto es, dicho ordenamiento es una conquista en favor de la especie humana al ser cuidada desde el periodo de gestación, resultando por lo mismo incoherente la existencia de normas contradictorias que logran disminuir sanciones cuando se cometen conductas ilícitas o bien cuando se permite la muerte del concebido si éste tuvo la desgracia de ser engendrado por un violador, más definitivamente el niño no

---

\* *Derecho Penal Mexicano*. MARIANO JIMENEZ HUERTA. Editorial Porrúa. México, 1971.

participó en el acto degradante y repugnante cometido por el delincuente sexual, más sin embargo se le condena a muerte como si él hubiese sido el propio violador. Razonando al respecto el Jurista Antonio de Ibarrola,\* dice: *"Menos aún puede aplicársele jurídicamente a un inocente la pena de muerte. ¿De qué se puede culpar a una criatura indefensa y que no goza todavía del uso de la razón?* si se tratase de algún criminal, leemos en el párrafo tercero del artículo 22 constitucional que "queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar": Imposible equiparar a un niño que se asoma a la vida a ninguno de tan desagradables personajes".

Ahora bien, conociendo las normas constitucionales que más protegen a los niños concebidos, nos preguntamos si son coherentes con las que contradicen tan abiertamente a nuestro máximo cuerpo de leyes y aquí hago mención específica de la Legislación Penal vigente que permite el aborto o disminuye su sanción dándose ciertas circunstancias como ya lo hemos visto, por lo cual, será necesario escoger un solo camino, o bien se modifican las normas inferiores (las del Código Penal) o se cambian las constitucionales y así, por ejemplo, el artículo 1o. podría rezar: En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo (excepto los más pequeños) gozarán de las garantías etc., etc. O bien que quedase como aparece actualmente dicho artículo, pero hacer un agregado al final diciendo: "Se exceptúan de esta disposición los individuos en periodo de gestación" y así sucesivamente en los demás numerales se tienen que hacer las correcciones necesarias para que sean estas normas compatibles con las disposiciones punitivas relativas al aborto y que hemos criticado por su antagonismo con las constitucionales.

Así las cosas, vemos que existen diversas normas las cuales, aunque no tienen rango constitucional, sin embargo son sumamente interesantes, encontrando dentro de la Ley Federal del

---

\* *Derecho de Familia*. ANTONIO DE IBARROLA. Ed. Porrúa. México, 1984.

Trabajo un capítulo específico dedicado al empleo de mujeres y, en forma directa dicho cuerpo de leyes; en sus artículos 165, 166, 167 y 170 protege en forma clara al embrión humano, veamos:

**Artículo 165.** "Las modalidades que se consignan en este capítulo tienen como propósito fundamental, la protección de la maternidad" así reza este precepto, el cual protege directamente no a la mujer solamente, sino a la maternidad, cuyo elemento existencial lo es el niño concebido y, en este particular la mujer es sólo el instrumento del fenómeno de la procreación humana.

El artículo 166 señalado estipula: "Cuando se ponga en peligro la salud de la mujer o la del producto, ya sea durante el estado de gestación o el de lactancia y sin que sufra perjuicio en su salario, prestaciones y derechos, no se podrá utilizar su trabajo en labores insalubres o peligrosas, trabajo nocturno industrial, en establecimientos comerciales o de servicio después de las 10 de la noche, así como en horas extraordinarias" este dispositivo ya especifica con claridad la protección al producto, o sea al pequeño individuo cuya madre disfrutará de consideraciones y medidas que sin duda alguna conservará adecuadamente las circunstancias favorables al parto futuro que se avecine, dándole la tutela a que se refiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues en este particular sí se cumplen los cometidos constitucionales.

El artículo 167 del cuerpo de leyes en consulta dice: "Para los efectos de este título, son labores peligrosas o insalubres las que, por la naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas y biológicas del medio en que se presta, o por la composición de la materia prima que se utilice, son capaces de actuar sobre la vida y la salud física y mental de la mujer en estado de gestación, o del producto".

Si recordamos lo anotado con anterioridad, cuando se analizó el artículo 4o. constitucional, al estipular éste entre otras cosas que se preservará por los padres el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental de los pequeños, esta norma laboral coincide con el sentido común de la norma superior siendo armónicas ambas y no contradictorias como las que permiten la propia muerte del embrión humano, refiriéndose a las del Código Penal ya mencionadas en este trabajo.



Finalmente el artículo 170 de la legislación laboral vigente en sus fracciones I, II, III, V y VII, aluden éstas al "embarazo", "gestación", "semanas anteriores al parto" y "periodos prenatales" refiriéndose obviamente al niño concebido y no a la mujer, la cual como ya dije sólo es el instrumento para que nazca al mundo físico exterior el ser que ya no es nuevo, pues cuenta con una pequeña historia, dado que fue concebido con cierto tiempo de anterioridad a su alumbramiento.

Sólo para analizar alguno de los artículos descritos y comparar su finalidad proteccionista y positiva con la negativa y absurda de las normas relativas a la desprotección de los pequeños concebidos que contiene nuestro Código Penal, observamos: El artículo 167 de la Ley Federal ya descrito, ordena que con tan sólo darse una labor peligrosa o insalubre que pueda actuar sobre la vida y la salud física y mental del producto (refiriéndose al embrión humano) ya que ~~no se podrá~~ utilizar por este motivo el trabajo de la mujer embarazada, notándose en este supuesto el humanismo de la norma en estudio la cual comparada con el dispositivo 333 párrafo final del Código Penal vigente en el D.F., de aplicación en todo el territorio en materia federal, sólo por citar uno y que dice: "No es punible el aborto causado..." y sigue "... cuando el embarazo sea resultado de una violación". Esta inhumana norma condena a muerte al inocente niño, mientras que aquella analizada, tan sólo por existir una labor peligrosa de la madre ya le extiende al pequeño su protección, y ésta punitiva le condena a muerte por haber sido producto de una violación y, como ya lo dije antes, tal parece que el pequeño fue el propio violador, y ni siquiera en este supuesto lo ubica tan injusta norma penal, pues si así lo tomara, o sea con el carácter de violador, a lo mejor le concedería a éste tan sólo por serlo el derecho de nacer bajo fianza, pero no, no hay ninguna consideración, el artículo 333 mencionado le condena sin juicio alguno a la máxima pena o sea la de muerte.

Por otra parte, nuestro Código Civil vigente en el D.F., y de aplicación en toda la República en materia Federal estatuye en su artículo 22 al referirse a las personas: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es

concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

Resulta claro que dicho precepto está sujeto y es acorde al ordenamiento constitucional ya estudiado, al precisar con exactitud que el individuo es protegido por la ley desde su concepción, por lo tanto, es incompatible y contradictoria esta norma con el Código punitivo vigente de igual jerarquía y aplicación que el aquí analizado y, sin embargo, cuanta diferencia hay cuando éste, como hemos visto, atenta en contra del individuo concebido en tanto el dispositivo Civil lo defiende abiertamente; derivándose de tal numeral, diversas disposiciones relativas, como el artículo 147 del Código Civil en estudio que a la letra dice: "Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie..." para continuar "... se tendrá por no puesta". Esto significa que en este supuesto definitivamente no tiene cabida el aborto en la forma establecida por el Código o Códigos Penales de nuestro país, ya que debemos recordar que son muy similares los ordenamientos punitivos de los Estados de la República Mexicana así, tomando como muestra el del Estado de México (que es de los más severos) sólo lo disculpa en dos casos a saber: artículo 244: "No es punible la muerte dada al producto de la concepción:

- I. Cuando aquélla sea resultado de una acción culposa de la mujer embarazada; y
- II. Cuando el embarazo sea resultado de un delito de violación" severo cuando ordena: artículo 243 párrafo segundo "... Si hubiere dado muerte al producto para ocultar su deshonra, será castigada —refiriéndose a la mujer embarazada— con prisión de seis meses a dos años"; pues comparado con el Código Penal del D.F., la pena es mayor en aquél y, en comparación con el Veracruzano el cual resulta más alcahuete, cuando en su dispositivo número 133 fracción IV estipula: "... cuando se practique —refiriéndose al aborto— con el consentimiento de la madre y del padre en su caso y a juicio de dos médicos exista razón suficiente para suponer que el producto padece alteraciones genéticas o congénitas, que dan por resultado el nacimiento de un ser con trastornos físicos o mentales graves". Y utilizo la palabra alcahuete, dado que en esta

fracción se puede encontrar el pretexto y justificación de pseudomédicos quienes en franco contubernio con los abortistas pueden aparentar el trastorno físico o mental exigido por el precepto criticado en perjuicio del inocente por nacer y, en caso de que se diese el supuesto de existir el mal, ¿por qué entonces no se permite darles muerte a los nacidos que presentan problemas genéticos o congénitos y a los pequeños se les priva del derecho de nacer por tan sólo presumirse que pueden estar enfermitos? de esta comparación podemos establecer que la vida de un niño mexiquense, tiene más valor que la de un jarocho. Pero regresando al tema del Código Civil del D.F., el cual favorece y protege la perpetuación de la especie humana en su dispositivo 147 transcrito, la lucha de ideales es desigual cuando la comparamos con aquellas normas penales francamente monstruosas por fomentar la muerte del ser humano.

Posteriormente a los preceptos ya comentados del cuerpo de Leyes Civiles, se suceden varios que tratan el embarazo o preñez de las mujeres, ya en el caso de que éstas tengan problemas conyugales (Art. 263) (nulidad de matrimonio o divorcio) o bien, viudas que estén encintas tal como previenen los numerales 1638, 1639, 1641, 1643, 1644, 1645, 1648 del Código señalado; normas estas que velan por los derechos de las criaturas a nacer próximamente asegurando para ellos, alimentos, herencias etc., a diferencia del Código Penal, el cual les niega sin ninguna justificación el derecho a nacer, ya que la única en que se basa es un supuesto derecho de la mujer que lo lleva en su seno y dicho bien tutelado, ni siquiera tiene en muchos casos la certeza para ser protegido, siendo por lo mismo de menor jerarquía e importancia que la propia vida del ser humano a segar, como lo hemos visto ya a lo largo de este trabajo; pues dichos derechos lo son siempre actitudes egoístas, o sea problemas sociales, deshonras de señoritas que dieron su "mal paso" (pues hay quienes depositan en la virginidad —así interpretada— todo su valor como seres humanos) errores de malos cálculos temperamentales de féminas (en los casos de parejas unidas en un estado de vida total y permanente), pobreza, etc., etc., pero todo esto, no puede sobreponerse frente a la vida humana del embrión a asesinar.

He querido realizar un breve análisis de algunas normas jurídicas de nuestro país que protegen la vida del embrión humano, preceptos los cuales no exigen tanta explicación como para elaborar estudios meticolosos acerca de su interpretación, pues sabemos perfectamente cuál es la idea de lo justo, lo natural, como lo apuntó Hans Kelsen\* quien afirma: "... *Natural* —refiriéndose al derecho— *pasa a significar tanto como 'justo', 'exacto', 'adecuado', viene aquí el caso ante todo aquello que resulta de su contraste con 'artificial'. Cuando se dice: Una ordenación 'natural', se piensa en una ordenación no basada en la voluntad humana, insuficiente por serlo, no creada 'arbitrariamente', sino dada 'por sí misma', y en algún modo objetiva, es decir, existente con independencia del querer humano subjetivo...*" Por esta razón, el derecho a la vida es natural y no puede ser transgredido por verdaderos caprichos de los conglomerados sociales, alterando con estas actitudes la marcha correcta del destino de la humanidad y, si esto les enseñamos a las generaciones jóvenes, especialmente a quienes tendrán intervención frecuente con el problema aborto, esto es, médicos y abogados, mientras que los primeros luchan por conservar la vida, los segundos se prestan para destruirla y en las escuelas superiores de Derecho se les adiestra para torcer los caminos rectos deshumanizando la enseñanza.

En el aborto que es privativo de la vida, no puede haber ninguna explicación para enseñar su procedencia, la cual justifique en los casos aquí criticados y regulados actualmente por los artículos 332 y 333 (párrafo final) de nuestro Código Penal vigente aunque, claro está, los pobladores de la tierra no cesan en sus conductas egoístas y codiciosas, no escapando a esto nosotros y desafiamos a la naturaleza, la cual nos cobrará con creces estos desatinos cometidos por los legisladores al aprobar dichos preceptos y lo peor es que tratan constantemente de relajarlas aún más, como en el caso del anteproyecto del Código Penal del D.F., que se maneja para su presunta aprobación ante el H. Congreso de la Unión, el cual contiene disposiciones aún más criminales que las actuales y así encontramos a la punibilidad ahí establecida (apli-

---

\* *La idea del Derecho Natural y otros Ensayos*. HANS KELSEN. Ed. Nacional. México, 1974.

cada al aborto) reducida de seis meses a dos años y podrá rebajarse hasta en una tercera parte considerando el juzgador la edad de la madre, su instrucción y condiciones personales y otras circunstancias, esto es que podría (de ser aprobado tan abominable anteproyecto) tener condenas de tan sólo dos meses de prisión para quien asesine a estos niños no natos, sanción que es conmutable y por lo mismo se reduciría al pago de una ridícula suma de dinero manchada de sangre inocente por criminales consentidores, la cual ingresaría a la Hacienda Pública bajo estas condiciones.

Introduce tan repugnante proyecto de Código Penal (en cuanto hace a las normas referentes al aborto) la novedad del aborto Eugenesico, así mal llamado, pues la palabra Eugenesia de ningún modo implica asesinato de seres humanos, y al igual que el Código Penal Veracruzano ya citado, el pretendido a aprobar en un futuro en nuestro D.F., quiere que se permitan las prácticas abortivas si se demuestra que el niño no nato padece algún trastorno genético o congénito, o sea que según el criterio de quienes participaron en la elaboración del citado anteproyecto, los inválidos deben ser exterminados, ¡Cuidado ciudadanos capitalinos que tengan por desgracia algún padecimiento actual, el cual pueda desaparecer por avances de la ciencia médica! porque estos señores, pueden algún día hacer extensivo en contra suya su "sabio y profundo conocimiento" —eso creen tener ellos— a todas las edades, pues quieren empezar con los más indefensos y débiles, mas esto no debe extrañarnos, dado que, si como señalé en mi libro\* *"Lo Obsoleto del Matrimonio Civil en México"* refiriéndome a los yerros cometidos por Ministros de nuestro Supremo Tribunal cuando digo: *"Pero esto no es todo, ya que en verdad se podría pensar que el criterio de algunos legisladores puede ser obtuso, pero humanamente también nuestros jurisconsultos yerran en ocasiones y así podemos estudiar igualmente, escogida al azar, una tesis jurisprudencial, aprobada por unanimidad, veamos qué nos dice la tesis 177 del apéndice de 1975, emitida por la H. 3ra. Sala del Poder Judicial de la Federación. A saber: "DIVORCIO, SEVICIA COMO CAUSAL DE. La sevicia, como causal*

---

\* MIGUEL ANGEL RUBLUO. *"Lo Obsoleto del Matrimonio Civil en México"*. Ed. Edamex. México, 1987.

*de divorcio, es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común y no un simple altercado o un golpe aislado que pueden ser tolerados...*" 5ta. Epoca TOMO LXX (70) Página 2367 A.D., analizando esta tesis emitida por la H. 3ra. Sala de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, encontramos que es un absurdo consentir que deba tolerarse un golpe ya que un altercado es verdaderamente muy común y no existen cónyuges que no lo tengan, pero un golpe, aceptarlo y además obligar a alguien a conformarse, es denigrante y sin embargo está prescrito por la Ley, tan absurda como las ideas de los emitentes". Esto dije en mi citado libro cuando trato el problema de nuestra Institución matrimonial, pero tratándose de la vida es mucho más delicado y por eso es necesario que los legisladores contemplen el aspecto humano más elemental, como lo es el derecho y respeto que se deben a la vida humana a efecto de que estudien la forma del bienestar común y no la manera de encontrar aparentes soluciones a ciertos problemas mediante el asesinato, pues como lo dije en un principio, si homicidio para nuestra legislación vigente significa; PRIVAR DE LA VIDA A OTRO, y en el caso del aborto hay una vida humana que se aniquila, definitivamente aborto equivale a un asesinato, así lo entiende el menos entendedor; ahora bien, en el último de los casos, y tomando en cuenta que existen muchas formas de pensar, pues como todos sabemos "cada cabeza es un mundo" reza el refrán y, si por desgracia la mayoría de la gente de este país se decidiese a optar por aceptar una legislación que apruebe o tolere (como es el caso) la práctica del aborto o asesinato de menores, pues ni modo, quienes no estemos de acuerdo, sólo nos dedicaremos a realizar labores tendientes a conservar y defender el derecho a vivir de los pequeños, pero sólo en la medida de nuestras posibilidades, mas se debe tomar en cuenta por los legisladores, si éstos son cuidadosos en su tarea que, para poder continuar con las normas abortivas, o aprobar otras más agresivas, primero es necesario modificar nuestra Constitución Política de la cual se excluyan de manera clara y precisa a los individuos más pequeños, y entonces sí, que se apruebe el anteproyecto del Código Penal pretendido para el D.F., o de plano que ordenen y se permitan las matanzas de niños que deseen a manos de quienes así hayan sido educados por sus padres alegando pobrezas, sufrimientos físicos, aparentes des-

honras, frustración de estudios y demás fútiles pretextos para poder disculpar su carencia de valor al no querer hacer frente a la hermosa realidad de la vida humana, encontrando la solución a su egoísmo destruyéndola violentamente en cada aborto, realizándose estos repugnantes actos con las agravantes de la ley que se producen en esta conducta, o sea la premeditación, alevosía, ventaja y traición.

En fin, cierto es que, como ya dije, hay distintas formas de educación, eso depende de nuestros padres quienes sembraron semillas de construcción o destrucción en su caso, lo cierto es que es más fácil destruir que construir, aquello es lo rápido, cómodo, irresponsable, cualquiera lo hace, y corresponde al aborto, lo segundo es más complicado pues significa enfrentar obligaciones y la mejor manera de escapar a la realidad para personas con educación antivida, es acudir al aborto o asesinato disfrazado, yo tengo la dicha de contarme entre las gentes educadas para conservar y apreciar la vida, mis padres primero y posteriormente mis profesores así me lo inculcaron, por lo cual, el hecho de que yo haya tenido esta oportunidad y la fortuna de que mi madre luchó por conservar mi vida cuando atravesé como todos la etapa fetal, provoca que me sienta con ánimo para luchar porque todos los niños engendrados y a engendrar en lo futuro, tengan la misma oportunidad que se nos dio a quienes pensamos de un modo o de otro, de vivir la vida y existir y es eso lo que me ha llevado a escribir este trabajo, o sea la gratitud que aquí hago constar para mi Señora Madre en toda la extensión de la palabra por haberme brindado mi primer hogar que lo fue nada más y nada menos que su propio vientre, sin que haya tratado de expulsarme del mismo a través de un aborto y cortarme así el hilo de la vida, sino por el contrario, cuidó de mi hasta que vi la luz primera del mundo exterior y cuento con la enorme dicha en compañía de mis hermanos de que aquella responsabilidad adquirida desde mi concepción continúa hasta estos días en los que amorosa me sigue cuidando con la misma entrega de siempre, llámeme como me llame la legislación, producto de la concepción, persona, individuo, ser humano, etc., para ella, desde que fui concebido, y hasta hoy, he sido siempre su HIJO.

# **EL REGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA FE PUBLICA EN MEXICO**

**ENRIQUE SANCHEZ BRINGAS**

**PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA FACULTAD DE DERECHO. UNAM**

## **I. INTRODUCCION**

La apertura comercial desarrollada por nuestro país, congruente con la dinámica económica mundial, ha dado lugar a la expedición de diferentes ordenamientos legales y reglamentarios, dentro de los que destaca la Ley Federal de Correduría Pública, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 1992, y su reglamento publicado en el mismo Diario el 4 de junio de 1993.

Ambos ordenamientos transformaron la naturaleza jurídica y las funciones del Corredor Público, de tal manera que del añejo concepto que en el Código de Comercio de 1889 lo concibió como agente auxiliar del comercio con cuya intervención se preparaban, ajustaban y otorgaban los contratos mercantiles, pasando por la dotación de fe pública que para esos actos se le asignó en 1970, ahora puede actuar como fedatario en la constitución, modificación, fusión, escisión, liquidación y extinción de sociedades mercantiles. También se le faculta para intervenir en los actos relativos a los órganos de administración de esas sociedades como actas, poderes y demás certificaciones de índole mercantil, disponiendo de fe pública para hacer constar en documentos que hagan prueba plena, cualquier hecho, acto, convenio o contrato de naturaleza mercantil; igualmente, es agente mediador de propuestas mercantiles, perito valuador de bienes, servicios, derechos y obligaciones; asesor jurídico de comerciantes y árbitro.



Las reglas que ahora rigen la figura del Corredor Público, ameritan su examen normativo a partir de los dispositivos de la Constitución General de la República porque algunas de sus nuevas atribuciones inciden en las funciones que las leyes de las entidades federativas asignan a los notarios. El análisis debe hacerse diferenciando la naturaleza civil de la mercantil en aquellos actos y hechos jurídicos que son materia de la fe pública, siempre sobre la base del principio competencial que califica a toda función mercantil o acto de comercio, en principio, como una materia que debe ser regulada normativamente por la Federación; en tanto que toda función o acto civil, en principio, debe ser regulado por las legislaturas de los estados y del Distrito Federal. Específicamente, el problema se centra en la función que los fedatarios —trátese de notarios o de corredores públicos— realizan, por una parte, en la constitución, modificación, fusión, ~~escisión~~, liquidación y extinción de las sociedades mercantiles, y, por otra parte, en lo que atañe a las operaciones relativas a la propiedad inmobiliaria.

En consecuencia, es objeto de este documento precisar la naturaleza jurídica y los efectos normativos de los siguientes componentes del problema planteado:

1. El régimen constitucional sobre la competencia de la Federación y de las entidades federativas.
2. La competencia constitucional de la Federación y de los Estados en materia civil y de comercio o mercantil.
3. El régimen normativo del Notariado y de la Correduría Pública.

## **II. EL REGIMEN CONSTITUCIONAL SOBRE LA COMPETENCIA DE LA FEDERACION Y DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS**

De acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la distribución competencial entre la Federación y las entidades federativas, atiende a las siguientes reglas:

**1. La competencia constitucional de la Federación. Los órganos de la Federación (Poder Legislativo Federal, Poder Ejecutivo Federal y Poder Judicial Federal) sólo pueden realizar las siguientes clases de atribuciones:**

- a) Las facultades expresas. Son facultades expresamente asignadas a la Federación, de manera exclusiva y excluyente, por la norma fundamental, por ejemplo, la que el artículo 73.XVII establece en favor del Congreso de la Unión para dictar leyes sobre vías generales de comunicación. Significa que los Estados y el Distrito Federal están impedidos para expedir esa clase de ordenamientos.**
- b) Las facultades compartidas. Son facultades expresamente asignadas a la Federación y a las entidades federativas para que conjuntamente las desarrollen, por ejemplo, el primer párrafo de la fracción I del artículo 104 constitucional asigna a los tribunales federales y a los de los Estados y del Distrito Federal, la atribución de conocer indistintamente de las controversias del orden civil o penal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por México, siempre que sólo se vean afectados intereses particulares.**
- c) Las facultades implícitas. Son aquellas que el Congreso de la Unión debe desplegar aunque no se encuentren expresamente asignadas en la Constitución en favor de alguno de los órganos de la Federación pero que les corresponde para poder ejercitar alguna facultad expresa que sí les fue asignada. Por ejemplo, el Congreso de la Unión no tiene facultad expresa para legislar en materia de derechos de autor pero lo hace para hacer efectiva la facultad expresa contenida en el artículo 73, fracción XXV, que le impone la obligación de desarrollar y proteger la cultura nacional.**

Conforme a estas reglas las atribuciones de la Federación se restringen a las facultades que expresamente se le asignaron a sus órganos, a las que comparten con los estados y a las implícitas,

de tal manera que constitucionalmente la Federación no puede actuar fuera de esos ámbitos.

**2.** La competencia constitucional de las entidades federativas. Los estados, por su parte, disponen de las siguientes reglas competenciales:

- a) Las facultades reservadas. En principio, los estados pueden desarrollar todas las facultades que la constitución no asigna a la Federación de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 124 de la norma fundamental.
- b) Las obligaciones. Los Estados deben cumplir ciertas obligaciones que la Constitución establece en las siguientes materias: tratamiento de menores (Art.18); respeto a la nulidad de propiedades dispuesta por el artículo 27-VIII, colaboración con otras entidades y con la Federación, en materia penal (Art.119); reconocimiento de la validez de las normas jurídicas de otros Estados, relativas a personas y a la propiedad de bienes muebles e inmuebles (Art. 121); y respeto a la Ley Suprema de la Unión (Art.133).
- c) Otras atribuciones. Los Estados disponen de las siguientes atribuciones que la Constitución de la República les asigna expresamente: en materia de profesiones (Art. 5o.); sistemas penitenciarios e intercambio de sentenciados (Art. 18); materia de aguas y expropiación (Art. 27); actos públicos, registros y procedimientos relacionados con los bienes muebles e inmuebles (Art. 121.II); propiedad rural y patrimonio familiar (Art. 27); sociedades cooperativas (Art. 28); materia tributaria (Art. 31. IV); guardia nacional (Art. 73. XV); participaciones tributarias federales (Art. 73.XXIX); iniciativa de investigación de jueces y magistrados federales (Art. 97); preservación de los derechos del gobernado (Art. 97); control constitucional sobre ayuntamientos y legislación municipal (Art. 115); derecho del trabajo (Art. 123 A.XXXI) y autorizaciones a la Federación (Art. 132).
- d) Las atribuciones compartidas con la Federación. Son facultades que los Estados desarrollan coincidentemente con la Federación, en las siguientes materias: educación

(Arts. 3 y 73.XXV); salubridad (Arts. 4 y 73.XVI); desarrollo nacional (Art. 26); asentamientos humanos y ecología (Art. 73.XXIX C y G); resoluciones de juicios federales (Art. 104); combate al alcoholismo (Art. 117); asociaciones religiosas (Art. 130); seguridad pública (Art. 21).

- e) Las prohibiciones. Los Estados no pueden desplegar atribuciones en las siguientes materias: restringir el comercio interestatal (Art. 73.IX); celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado o con alguna potencia extranjera (Art. 117.D); acuñar moneda, emitir papel moneda, estampillas y papel sellado (Art. 117.II); gravar el tránsito de personas o bienes, y el ingreso o salida de mercancías (Art. 117.IV, V y VI); establecer diferencias de impuestos ni contraer directa o indirectamente empréstitos con gobiernos extranjeros, con sociedades o particulares extranjeros ni aquellos que deban pagarse en moneda extranjera o fuera del territorio nacional (Art. 117.VII); gravar la producción, el acopio o la venta de tabaco en rama en forma diferente o con cuotas mayores de las autorizadas por el Congreso de la Unión (Art. 117).

Además existen prohibiciones relativas de naturaleza militar y tributaria, a cargo de los Estados (Art. 118).

Dentro de esta perspectiva, los Estados pueden desarrollar sus atribuciones en las materias que la doctrina denomina facultades reservadas; además, en las comprendidas dentro de sus obligaciones, en las que comparte con la Federación, en otras atribuciones expresamente asignadas en la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las que corresponden a las prohibiciones relativas cuando lo autorice el Congreso de la Unión.

En sus respectivas competencias, la Federación y las entidades federativas disponen de plena autonomía para el cumplimiento de sus facultades, de tal suerte que cualquier acto de aquélla o de éstas que afecte un ámbito competencial ajeno, carecerá de validez constitucional y podrá ser combatido en términos de lo dispuesto por los artículos 103, fracciones II y III y 105.I constitucionales.

### **III. LA COMPETENCIA CONSTITUCIONAL DE LA FEDERACION Y DE LOS ESTADOS EN MATERIA CIVIL**

Para identificar las atribuciones que en materia civil tiene la Federación y aquellas que corresponden a los Estados y al Distrito Federal, primero precisaremos la naturaleza y los límites de las actividades civiles, y aplicando las reglas competenciales reseñadas en el apartado II de este documento, definiremos los alcances de esas competencias, teniendo siempre como indicador principal a las facultades de los órganos legislativos de la Federación, de los Estados y del Distrito Federal.

1. **Determinación de la materia civil.** Históricamente el derecho civil fue el tronco de los órdenes normativos de la antigüedad griega y romana, donde se le identificaba como derecho privado. Paulatinamente, las actividades comerciales o mercantiles fueron materia de tratamientos especiales que dieron lugar a la creación de una rama autónoma desprendida del Derecho Civil: el Derecho Mercantil o Comercial generado en la actividad de los gremios o corporaciones de los mercaderes de las ciudades medievales de Europa.

De acuerdo con la doctrina jurídica y su expresión normativa, el contenido actual del Derecho Civil incluye los siguientes componentes:

- a) **El derecho de las personas.** En este aspecto las normas civiles regulan a las personas en lo individual y a las entidades creadas por el Derecho. Definen los atributos de la personalidad; las capacidades de goce y de ejercicio; el estado civil de las personas físicas; el nombre, o sea, la fórmula con la que una persona física o moral es identificada en la sociedad; el domicilio o circunscripción en que las normas sitúan a una persona; el patrimonio o acervo de una persona que comprende los bienes, derechos, obligaciones y cargas valubles económicamente; los derechos de la personalidad como la vida, la integridad física, etc.; inclusive, algunas reglas sobre la nacionalidad de las personas.

- b) El derecho de familia. Se compone de instituciones como el parentesco, el matrimonio, el divorcio, el concubinato, la filiación, la adopción, la patria potestad y los alimentos.
- c) El derecho civil patrimonial. En esta parte del Derecho Civil las normas regulan la definición y el régimen de los bienes y de todos los derechos reales, donde destaca la propiedad privada sobre los inmuebles; los derechos de crédito o personales donde se determinan las obligaciones; también se establecen y regulan los contratos, los convenios, la declaración unilateral de la voluntad, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, el pago de lo indebido, la responsabilidad objetiva y los hechos ilícitos; además, el derecho sucesorio, el concursal y el registral.

**2. Las competencias constitucionales en materia civil.** En la Constitución no existe una facultad expresa en favor del Congreso de la Unión que le permita legislar en materia civil, sin embargo, debemos tener presente la fracción I del artículo 104, donde se dispone que los tribunales de la Federación tienen la facultad de resolver las controversias civiles que se susciten con motivo del cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales. En consecuencia, en materia civil opera el principio de las facultades implícitas, previsto en el artículo 73.XXX constitucional, por virtud del cual el Congreso de la Unión puede producir la Legislación Civil Federal que sólo es eficaz para los actos, derechos, obligaciones, convenios y contratos civiles que impliquen la aplicación de leyes federales o tratados internacionales que formen parte del orden jurídico nacional, en términos de lo dispuesto por el artículo 133 constitucional.

En cuanto a la competencia de los Estados y del Distrito Federal en Materia Civil, sin duda alguna corresponde a los congresos estatales y a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, expedir la legislación en materia civil que no se refiera a la aplicación y cumplimiento de las leyes federales o de los tratados internacionales, porque forman parte de las facultades reservadas a las entidades federativas y porque no son materia de las prohibiciones que la Constitución establece para los Estados; y en el caso del Distrito Federal porque así lo dispone la

facultad expresa que se contiene en el artículo 122, fracción IV, inciso g) de la norma fundamental.

3. La Legislación Civil. Por lo mismo, en nuestro orden normativo nacional se consideran de naturaleza civil, los siguientes ordenamientos: el Código Civil para el Distrito Federal, aplicable en toda la República en materia federal cuando, como se adelantó, las personas, los actos, los contratos o los convenios sean materia de la aplicación de leyes federales y tratados internacionales; los 31 Códigos Civiles de los Estados y sus respectivos reglamentos sobre el Registro Público de la Propiedad y sobre el Registro Civil. Además, las leyes sobre el régimen de propiedad en condominio de inmuebles del Distrito Federal y cada uno de los Estados.

Complementan estos ordenamientos el Código Federal de Procedimientos Civiles que regula las controversias y demás procedimientos del derecho civil, aplicable en el ámbito federal, y los 32 Códigos de Procedimientos Civiles de los Estados y del Distrito Federal.

#### **IV. LA COMPETENCIA CONSTITUCIONAL DE LA FEDERACION Y DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE COMERCIO**

1. Determinación de la materia mercantil o de comercio. Esta rama del derecho, en general, determina la calidad de comerciantes y regula sus relaciones, usos y prácticas, de la siguiente manera:

- a) Comerciante. Así se reputa a las personas que hacen del comercio su ocupación ordinaria; también tienen esa calidad las sociedades mercantiles nacionales o extranjeras (Art. 3o. del Código de Comercio).
- b) Acto de Comercio. De acuerdo con la doctrina jurídica y especialmente con la determinación jurisprudencial del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, época 7a., volumen 34, página 25), en el moderno concepto de

comercio, la característica primordial del acto mercantil intrínseco, y su diferencia en relación con los actos civiles, es su finalidad de lucro y su destino mercantil, o sea, que siempre se dirija al mercado. Estos principios son contemplados por nuestra legislación en materia de comercio o mercantil, donde se determina que son materia de comercio y de las leyes mercantiles, las siguientes actividades e instituciones: todos los contratos, convenios y actos que se realicen con propósito de especulación comercial, en las siguientes materias: inmobiliaria, de crédito, de abastecimiento y suministros, de construcción, de trabajos públicos y privados, de fabricación y manufacturas, de transporte de personas o cosas por tierra o por agua, de turismo, de tipografía, impresión y ventas de publicaciones, de espectáculos, bancarias, de contratación de comercio marítimo y navegación, de seguros, de depósitos y las que desarrollen las sociedades mercantiles (Art. 75 del Código de Comercio).

**2. Las competencias constitucionales en materia de Comercio o Mercantil.** En términos de los imperativos constitucionales, la Federación y las entidades federativas tienen las siguientes atribuciones en materia de comercio o mercantil:

**2.1 Competencia de la Federación.** A través de sus tres órganos, la Federación puede desplegar las siguientes atribuciones:

**2.1.1 Facultades del Poder Legislativo Federal.** Se refieren a la atribución de expedir normas generales relacionadas con el comercio, de acuerdo con los siguientes rubros:

- a) Debe legislar con el objeto de impedir que en el comercio entre las entidades federativas se establezcan restricciones (Art. 73.IX).
- b) Debe legislar en materia de comercio, banca, intermediación y servicios financieros y sociedades de seguros (Art. 73.X en relación con los Arts. 28 y 73.XXIX3).
- c) Debe legislar en materia de derecho marítimo (Art. 73.XIII).



- d) Debe legislar en materia de abasto y producción (Art. 73.XXIX-E, en relación con el Art. 28).
- e) Debe legislar en materia de comercio exterior (Art. 131).
- f) Debe legislar en materia de sanciones, delitos, infracciones y procedimientos judiciales relacionados con el comercio porque si bien es cierto que estas atribuciones no aparecen expresamente asignadas al Congreso de la Unión, tienen naturaleza implícita en términos de lo ordenado por el artículo 73.XXX, en relación con la facultad expresa de regular el comercio, contenida en el artículo 73.X. Este criterio ha sido corroborado por la Jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el informe de 1987, primera parte, página 929, bajo el rubro: **PROCEDIMIENTO MERCANTIL. FACULTADES DEL CONGRESO DE LA UNION PARA EXPEDIR LAS DISPOSICIONES PROCESALES DESTINADAS A RESOLVER LAS CONTROVERSIAS DERIVADAS DE LAS RELACIONES MERCANTILES.**

**2.1.2** Facultades del Poder Ejecutivo Federal. A través de la Secretaría de Comercio, de la Procuraduría Federal del Consumidor y de otras instituciones, el Ejecutivo Federal tiene a su cargo la aplicación en el ámbito administrativo de las normas que rigen la materia del comercio, incluyendo la facultad reglamentaria; por ejemplo: el establecimiento de los precios máximos a los productos de consumo popular; el control de los precios en general y de la calidad de los productos; y las sanciones y procedimientos administrativos de naturaleza comercial.

**2.1.3.** Facultades del Poder Judicial de la Federación. Los tribunales de la Federación conocen y resuelven las controversias que se susciten en materia de comercio, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) De manera exclusiva y excluyente. Cuando se trate del comercio exterior (Art. 104.I); en las relacionadas con el comercio interior al aplicar las leyes federales o los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, siempre que se afecten intereses públicos, es decir, de la Fede-

ración, de las entidades federativas y de éstas con aquella o entre sí (Art. 104.I); cuando se trate de controversias relacionadas con el comercio marítimo (Art. 104. II); cuando la Federación fuese parte (Art. 104.III); las que surjan entre un Estado y uno o más vecinos de otro (Art. 104.V) y las que deriven de las relaciones comerciales de los miembros del cuerpo diplomático y consular acreditado en México (Art. 104.VI).

- b) De manera compartida con los tribunales de las entidades federativas (facultades coincidentes). Igual que los tribunales de los Estados y del Distrito Federal, los de la Federación pueden conocer de las controversias en materia de comercio o mercantil cuando sólo afecten intereses particulares (Art. 104.I).

**2.2 Excepciones a la competencia federal en relación con el acto de comercio.** Existen actos jurídicos que guardan una estrecha relación con los actos de comercio o mercantiles que hemos precisado y que no corresponden a las atribuciones que la Constitución asigna a las autoridades federales en esa materia. En otros casos, a pesar de que el acto pueda ser esencialmente mercantil, debido a que su régimen constitucional forma parte de las facultades reservadas en favor de los Estados, las autoridades federales carecen de atribuciones sobre su regulación. Examinemos estos supuestos:

- a) Los requisitos y condiciones para el ejercicio del comercio. Corresponde a los estados regular y vigilar los requisitos y condiciones que deben satisfacerse para el ejercicio del comercio, según lo sostiene el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas tesis jurisprudenciales, de las que destacamos la publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, 6a. Epoca, Volumen CXXIX, pág. 15, que expresa lo siguiente:

"... MOLINOS DE NIXTAMAL, EXPENDIOS DE MASA Y DE TORTILLAS, REGLAMENTO DE, PARA EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI. DECRETO NUMERO 143. CONSTITUCIONALIDAD. El reglamento mencionado legisla sobre los requisitos y condiciones que deben

cumplir todos aquellos que deseen dedicarse a la explotación de molinos y similares en el Estado de San Luis Potosí, crea un organismo auxiliar que colabora con las presidencias municipales del Estado en el control y vigilancia de tales giros y otorga facultades a los presidentes municipales para conceder las licencias de apertura cuando se han cumplido tales requisitos y condiciones, o para negarlas cuando no se cumplan o han dejado de cumplirse, otorgándoles facultades también para imponer sanciones por infracción a sus disposiciones. Los requisitos y condiciones que se previenen como necesarios para la concesión de la licencia, se hayan contenidos principalmente en el artículo 4o. que no lo es sobre materia de comercio, no define actos de explotación mercantil, no regula las adquisiciones, enajenaciones y demás actos que tengan por objeto el lucro comercial; no tiene por objeto ordenar los requisitos legales necesarios para la existencia de documentos y demás actos considerados como mercantiles por el Código de Comercio y demás leyes mercantiles, y tampoco pretende establecer las reglas conforme a las cuales deban estructurarse y organizarse las empresas en general, ni las de explotación de molinos de nixtamal y similares en particular. Su materia es otra: controlar y vigilar este tipo de negociaciones localmente para asegurar el orden, la seguridad y la salubridad de las poblaciones, objetivos que son propios y característicos de los reglamentos de policía y buen gobierno... Pueden tener tales giros, y de hecho la tienen, una finalidad mercantil o industrial, pero no es ésta la materia de regulación del cuerpo legislativo impugnado, ya que su objetivo es, ante todo, el establecimiento y regulación de los requisitos necesarios para el otorgamiento de licencias de apertura. Ahora bien, las atribuciones para expedir esos reglamentos de policía y buen gobierno, no son exclusivas de la Federación, pues ni el artículo 73, ni el 89, ni ningún otro precepto de la Constitución General de la República se las reserva, debiendo considerarse que los Estados tienen facultades para legislar sobre tal materia conforme lo dispuesto por el

artículo 124 del mismo Magno ordenamiento, según el cual, 'las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados', máxime si tales actividades no se hallan enumeradas dentro de las prohibidas a los Estados por el artículo 117 constitucional."

### CONSECUENCIA:

Conforme a la Constitución General de la República y de acuerdo con la interpretación jurisprudencial realizada sobre este tema por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, corresponde a las autoridades estatales la facultad de regular las condiciones y requisitos para el ejercicio del comercio por parte de cualquier persona, sin perjuicio de que se aplique la legislación mercantil correspondiente.

- b) La función de importación y exportación de bienes que realizan los agentes aduanales es de naturaleza civil, no comercial. En este caso estamos frente al ejemplo en el que actos esencialmente mercantiles tienen naturaleza civil para quien los realiza. Así lo ha determinado la Jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según aparece en el *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. Época, Volumen 34, página 25, donde se expresa:

"... AGENTES ADUANALES. SUS ACTIVIDADES HABITUALES NO CONSTITUYEN ACTOS DE COMERCIO, NI FORMAN PARTE DEL COMERCIO EXTERIOR. EL IMPUESTO QUE SOBRE ESAS ACTIVIDADES ESTABLECE EL DECRETO DE 10 DE DICIEMBRE DE 1953, DEL CONGRESO DEL ESTADO DE COAHUILA, NO INFRINGE EL INCISO 1 DE LA FRACCION XXIX DEL ARTICULO 73 CONSTITUCIONAL. Teniendo en cuenta que conforme a la legislación aduanera y al moderno concepto de comercio, la característica primordial del acto mercantil intrínseco, y su diferencia en relación a los actos civiles, es su finalidad de lucro y destino al mercado; que, por otra parte, cotidianamente salen y

entran en territorio nacional, a través de las aduanas, multitud de objetos y mercancías de particulares que cruzan las fronteras del país sin que tales actividades constituyan actos de comercio exterior, no obstante que legalmente están catalogadas como de importación o de exportación, y, finalmente, que esta Suprema Corte de Justicia ha determinado con claridad en muchas ejecutorias que constituyen jurisprudencia de la Segunda Sala, la naturaleza jurídica de las funciones de los agentes aduanales, así como el que sus actividades no son mercantiles, sino que el mandato que se les confiere es de naturaleza civil..."

### CONSECUENCIA:

Conforme a este criterio jurisprudencial, a pesar de que la naturaleza jurídica de los actos que se realicen sea esencialmente mercantil o de comercio, se reputarán como civiles si quien los ejecuta lo hace en función de una facultad, de un derecho o de una obligación regulada por el Derecho Civil.

**2.3** Facultades de los Estados y del Distrito Federal. En materia relacionada con el comercio, las entidades federativas disponen de las siguientes atribuciones:

**2.3.1** Competencia de los órganos legislativos. Pueden expedir normas generales sobre las siguientes materias:

- a) Se entienden como facultades reservadas en favor de los Estados, aquellas que se refieren a los establecimientos mercantiles y sobre las condiciones y requisitos para el ejercicio del comercio, atribuciones que en lo que atañe al Distrito Federal se encuentran expresamente asignadas a su Asamblea de Representantes en el artículo 122.IV.G. Esta competencia fue corroborada por la tesis jurisprudencial publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, 6a. época, Vol. CXXIX, pág. 15, cuya síntesis ya fue analizada.
- b) La regulación relativa al Derecho Civil que permite determinar el régimen de la propiedad inmobiliaria y de los

derechos y obligaciones derivados de su titularidad, de su transmisión y enajenación (Arts. 121.II y 122.IV.G).

- c) De los actos, convenios y contratos civiles que facultan a realizar transacciones comerciales por cuenta de terceros (caso de los agentes aduanales), según lo resuelve la tesis de jurisprudencia publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, Vol. XXXIV, página 25, cuya síntesis también ya fue examinada.
- d) La regulación del notariado, la fe pública y las atribuciones que inciden en los actos y relaciones comerciales y en aquellos que sin tener esa naturaleza en sí mismos producen efectos mercantiles, caso en el que se encuentran los mandatos y poderes, así como la Constitución, modificación, fusión, escisión, liquidación y extinción de sociedades mercantiles, motivo por el cual el artículo 5 de la Ley General de Sociedades Mercantiles determina que esas formas asociativas de naturaleza comercial deben ser constituidas ante notario público (facultades reservadas para los Estados y expresamente asignadas al Distrito Federal en el Art. 122.IV.G).
- e) En materia de registro notarial y de propiedades (Arts. 121 y 122. IV.G).
- f) En materia de registro público de comercio que en términos de lo ordenado por el artículo 18 del Código de Comercio, corresponde realizarlo a las autoridades de las entidades federativas, circunstancia que se corrobora en el texto del reglamento del Registro Público de Comercio (*Diario Oficial de la Federación* del 22 de enero de 1979).

**2.3.2 Competencia de los órganos ejecutivos de las entidades federativas.** Corresponde al jefe de Gobierno del Distrito Federal, a los gobernadores de los Estados y a los presidentes municipales, dentro de sus respectivas competencias, reglamentar, aplicar en la esfera administrativa y vigilar el cumplimiento de las leyes expedidas por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal y los Congresos de los Estados, respectivamente, en las materias precisadas en el numeral inmediato anterior.

**2.3.3 Competencia de los órganos judiciales de las entidades federativas.** Los tribunales de los Estados y del Distrito Federal deben resolver las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de las leyes que en ejercicio de las atribuciones mencionadas en el apartado 2.3.1 que antecede, expidan los órganos legislativos de las entidades federativas.

Asimismo, como ya se explicó, los tribunales de las entidades federativas tienen la facultad de conocer y resolver las controversias que deriven del cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano pero sólo cuando afecten intereses particulares, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 104.I constitucional.

**3. Legislación Mercantil.** Por lo mismo, en nuestro orden normativo nacional se consideran de carácter mercantil o comercial, los siguientes ordenamientos que tienen vigencia en toda la República porque esta materia forma parte de las atribuciones expresas de que dispone la Federación: el Código de Comercio; la Ley Federal de Correduría Pública y su Reglamento; la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria; la Ley General de Sociedades Mercantiles; la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; la Ley sobre Contrato de Seguro; la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos; la Ley de Navegación y la Ley de Comercio Exterior y su Reglamento.

## **V. EL REGIMEN NORMATIVO DEL NOTARIADO Y DE LA CORREDURIA PUBLICA**

En este apartado examinaremos la naturaleza jurídica de la fe pública, su régimen constitucional y sus alcances respecto de los fedatarios, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

**1. Naturaleza jurídica de la fe pública.** La función fedataria consiste en la facultad que atribuye el orden normativo a determinadas personas, por virtud de la cual se establece la autenticidad de los documentos en que se consignan determinados actos y hechos jurídicos. Desprendemos de esta definición tres atributos de la fe pública: en primer lugar, es una función de orden público; en segundo término, su naturaleza implica la prestación de un

**servicio público; en tercer lugar, debe estar prevista en el orden normativo como facultad para ser desarrollada por quienes defina la ley.**

- a) Es una función de orden público. La función fedataria es de orden público porque a través de ella se establece la autenticidad de los actos y hechos jurídicos regulados por el orden normativo, es decir, porque al acreditar hechos y conductas que producen efectos jurídicos dan lugar a la eficaz aplicación normativa, sustentada en el principio de seguridad jurídica.**
- b) Constituye un servicio público. Este atributo deriva de que el desarrollo de la función fedataria corresponde al cumplimiento de las atribuciones del Estado y a la satisfacción de los requerimientos colectivos e individuales de la población. Por lo mismo, la fe pública es una facultad originaria del Estado que puede presentarse como un componente de un servicio público o como el ejercicio autónomo de éste. Ejemplifica el primer caso, la certificación que sobre determinados hechos suscitados dentro de un procedimiento judicial, realiza el actuario de un juzgado porque en este evento la fe pública forma parte del servicio público de la impartición de justicia. La diferencia en el segundo caso es determinada por la autonomía de la fe pública requerida por cualquier persona, es decir, en esta hipótesis la función fedataria exclusivamente constituye, en sí misma, el servicio público.**

**La facultad fedataria a la que se refiere la primera hipótesis, siempre es desarrollada por los servidores públicos que se desempeñan en los órganos del Estado. Por el contrario, la que dispone de autonomía es desplegada por personas que sin ser servidores públicos se encuentran facultadas por la ley y autorizadas por el Estado para desempeñar esa función, como acontece con el notario público.**

- c) Es una facultad prevista en el orden normativo. La naturaleza de servicio público en que se significa la función del fedatario, en sus dos versiones, siempre debe estar prevista por las normas jurídicas. En la primera versión,**



la facultad se contempla en los ordenamientos que rigen el ejercicio del servicio público en el que la función fedataria se encuentra inserta, y en la segunda hipótesis se localiza en las leyes que especialmente regulan la función autónoma del fedatario.

**2. Régimen constitucional de la fe pública.** Sin dejar de tener presentes las dos versiones de la fe pública y de acuerdo con las reglas que rigen la competencia de la Federación y de las entidades federativas en el Estado mexicano, estamos en posibilidad de precisar las siguientes reglas competenciales:

- a) La función fedataria como parte de un servicio público. En virtud de que la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los municipios desarrollan servicios públicos, esta forma de la función fedataria puede ser desplegada por las autoridades federales, estatales y municipales que se encuentren facultadas por las leyes correspondientes, es decir, por las que rigen el desarrollo de cada uno de los servicios públicos. Desde la perspectiva constitucional, la facultad de legislar sobre esta clase de función fedataria es de naturaleza implícita para el Congreso de la Unión y para los órganos legislativos de las entidades federativas.
- b) La función fedataria autónoma. Como la atribución que examinamos es en sí misma un servicio público y no sólo una parte de éste, se encuentra sujeta a las reglas que analizamos al referirnos, por una parte, a la competencia de la Federación y, por otra, a la de los Estados y el Distrito Federal.

En consecuencia, es fácil percibir que el Congreso de la Unión carece de facultades expresas e implícitas que le permitan legislar en esta materia.

Por lo mismo, atendiendo al principio consagrado en el artículo 124 constitucional, la facultad para regular la existencia jurídica del fedatario y el desarrollo de sus funciones, se entiende reservada en favor de los Estados. Esta conclusión es corroborada en el caso del Distrito Federal, si observamos la facultad de legislar en materia de notariado que expresamente se asigna a la

Asamblea de Representantes de esa entidad federativa en el artículo 122.IV.g.

A este fenómeno se debe que hasta la fecha no exista —y constitucionalmente no podrá existir— la figura del "notario federal" y por lo mismo, que siempre que los órganos públicos de la Federación requieren los servicios notariales, exijan como requisito que el fedatario se encuentre registrado ante las autoridades federales correspondientes.

Desde esta perspectiva, la única posibilidad constitucional que permite la existencia del fedatario y el desarrollo de sus atribuciones, corresponde a las entidades federativas, las que han desplegado sus atribuciones a través de las treinta y dos leyes del notariado que existen en el país, que crean la figura del notario y regulan la función autónoma de otorgar fe pública a los hechos y actos jurídicos que el usuario de ese servicio público solicita. Consecuentemente, la única fe pública que constitucionalmente puede regular el Congreso de la Unión a través de normas generales, aun dentro de la materia de comercio, es la de sus servidores públicos, dentro de la prestación del servicio público de la regulación del comercio.

Por lo anteriormente expresado, el hecho que desde el año de 1970 se le hubiere asignado la calidad de fedatarios a los auxiliares del comercio conocidos como corredores públicos y la expedición de la Ley Federal de Correduría Pública de 1992 y su reglamento, en 1993, sólo se explica en una evidente y reiterada violación de la competencia constitucional de los Estados, por parte del Congreso de la Unión. Una consideración diferente, como sería la pretensión de justificar esas normas inconstitucionales en el ejercicio de las facultades implícitas (Art. 73.XXX) del Congreso de la Unión, en relación con la facultad expresa que le permite regular el comercio (Art. 73.X), conduciría a justificar también el quebrantamiento competencial del Estado Federal Mexicano porque con el mismo argumento, la Federación podría llegar al absurdo de legislar creando fedatarios autónomos en todas las materias de su competencia, de tal suerte que habría notarios federales en materia tributaria federal (Arts. 73.VII, 73.XXIX y 131 constitucionales), en materia patrimonial (Art. 73.X.17.29-G), en desarrollo económico (Art. 73.XXIX.D), en materia de población (Art. 73.XVI.29-C), en materia de educación

y cultura (Art. 73.XXV), en materia de salud (Art. 73.XVI), en materia de trabajo y previsión social (Arts. 73.X y 123, segundo párrafo), en materia de comunicaciones (Art. 73.XVII), en materia de seguridad pública (Art. 73.XXIII), incluso hasta en la materia relativa a las características y el uso de la bandera, el escudo y el himno nacionales (Art. 73.XXIX B).

3. La función fedataria autónoma y los actos de comercio o mercantiles. De acuerdo con lo explicado, los notarios públicos son regulados por las leyes del notariado de cada entidad federativa y los únicos aptos para dar fe pública en materia de comercio o mercantil, de todos los actos, hechos, convenios, contratos y, constitución, modificación, fusión, escisión, liquidación y extinción de sociedades mercantiles.

Porque, además, el desarrollo de la función fedataria no es un acto de comercio, sino del derecho notarial, circunstancia que hace aplicable el criterio establecido en la tesis jurisprudencial ya comentada, por virtud del cual a pesar de que la naturaleza jurídica de los actos que se realicen sea esencialmente mercantil o de comercio (actos y convenios y constitución de sociedades), se reputarán como civiles si quien los ejecuta lo hace en función de una facultad, de un derecho o de una obligación regulada por el Derecho Civil.

## VI. CONCLUSIONES

El examen que se contiene en este documento permite formular las siguientes consideraciones finales:

**PRIMERA.** Distribución competencial entre la Federación y los Estados:

- a) La Federación solamente puede desarrollar las facultades que se asignaron a sus órganos, las que comparte con los estados y las implícitas.
- b) Los Estados pueden desarrollar las facultades reservadas, las que comprenden sus obligaciones, las que comparte con la Federación, las que expresamente le asigna la Constitución y las prohibiciones relativas cuando sean autorizados por el Congreso de la Unión.

- c) Cualquier acto que realice la Federación o las entidades federativas fuera de las reglas precisadas, carecerá de sustento constitucional.

**SEGUNDA.** Competencia constitucional de la Federación y de los Estados en materia civil:

- a) El Congreso de la Unión sólo puede producir legislación en materia civil, siempre que se refiera a actos, derechos, obligaciones, convenios y contratos civiles que impliquen la aplicación de leyes federales o tratados internacionales que formen parte del orden jurídico nacional.
- b) Los congresos estatales y la Asamblea de Representantes del Distrito Federal tienen la más amplia facultad constitucional de expedir leyes en la materia del Derecho Civil que no corresponda a la Federación.

**TERCERA.** Competencia constitucional de la Federación y de los Estados en materia de comercio:

- a) La Federación está en aptitud constitucional de regular toda clase de actividad comercial o mercantil, es decir, todo acto que intrínsecamente tenga como objeto el lucro y como destino el mercado económico, con excepción de la regulación de las condiciones y requisitos para el ejercicio del comercio, y de aquellos actos que a pesar de ser esencialmente mercantiles, se reputen como civiles si quien los ejecuta lo hace en función de una facultad, de un derecho o de una obligación regulada por el Derecho Civil.
- b) Los Estados y el Distrito Federal tienen atribuciones constitucionales para regular:
  - 1. Los establecimientos mercantiles y las condiciones y requisitos para el ejercicio del comercio.
  - 2. La titularidad, transmisión y enajenación de la propiedad inmobiliaria.
  - 3. Los actos, convenios y contratos civiles que permitan las transacciones comerciales por cuenta de terceros.

4. La regulación del notariado, la fe pública autónoma y las atribuciones correspondientes, aun aquellas que incidan en actos de comercio.
5. En materia de registro notarial y de registro público de la propiedad y del comercio.

**CUARTA.** La fe pública:

1. Es una función de orden público prevista por el orden jurídico que se manifiesta de dos formas:
  - a) Como parte de un servicio público directamente prestado por el Estado.
  - b) Como único componente de un servicio público autónomo que prestan los notarios públicos.
2. Competencia constitucional para regular la fe pública.
  - a) Tratándose de la que directamente presta el Estado como parte de un servicio público, corresponde al Congreso de la Unión regularla respecto de los servicios públicos que presta, y a los órganos legislativos de los Estados y del Distrito Federal por lo que se refiere a sus respectivos servicios públicos.
  - b) En el caso de la función fedataria autónoma, únicamente compete a los congresos de los Estados y a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, legislar la función del notariado, en sus respectivos ámbitos.

**QUINTA.** La fe pública autónoma asignada a los corredores públicos con motivo de la reforma al Código de Comercio de 1970 y su ampliación prevista en la Ley Federal de Correduría Pública de 1992 y en su reglamento, de 1993, carecen de sustento constitucional porque el Congreso de la Unión no tiene facultades para legislar en esta materia.

**SEXTA.** Los notarios públicos, cuya regulación y funcionamiento corresponde determinar a los Estados y al Distrito Federal en sus respectivas competencias, son los únicos titulares de la función fedataria autónoma, en especial, la que se refiere a las operaciones relativas a la propiedad inmobiliaria y a la constitución, modificación, fusión, escisión, liquidación y extinción de las sociedades mercantiles.

## **FORO DE CONSULTA POPULAR JUSTICIA CIVIL REFORMAS AL CODIGO CIVIL**

**LIC. BEATRIZ SOLIS DE CASTILLO**

**PRESIDENTA DEL COLEGIO DE JUECES DEL REGISTRO CIVIL  
DE LA CIUDAD DE MEXICO, A.C.**

El 18 de julio de 1859, fue promulgada por el presidente Juárez la Ley Orgánica del Registro Civil. A partir de esa fecha, la Institución del Registro Civil, sólo ha tenido tres grandes transformaciones en su operatividad.

La primera de las reformas importantes, en la operatividad de la Institución, se efectúa en el año de 1935, con la introducción del formato preimpreso para cada acta, conservándose la forma manuscrita de inscripción.

La segunda se da a partir del 4 de febrero de 1979, a más de 100 años de su creación, cuando entraron en vigor reformas a la ley sustantiva, en donde quedan implementados los cambios más importantes y trascendentes en la historia del Registro Civil del Distrito Federal.

Entre los que podemos destacar: La sustitución de los libros tradicionales por formatos especiales, denominados "formas del registro civil", el asentamiento mecanográfico y simultáneo de tres ejemplares, lo que además permitió el uso de tecnología moderna, con las fotocopiadoras, para obtener copias certificadas de las actas, mediante este sistema, con las consecuentes ventajas de evitar errores de transcripción, además de la agilización del servicio y desapareciendo los escribanos.

La tercera innovación fue en 1993, con la introducción del sistema de cómputo en 16 Juzgados del Registro Civil en el Distrito Federal.

Por lo anterior, se considera de vital importancia la modernización integral del Registro Civil, entendida como una de las instituciones de mayor trascendencia en la vida de los mexicanos, por ser la encargada de proporcionar seguridad jurídica a la organización de la familia, dotándola de los instrumentos que constituyen el sistema probatorio de los actos y hechos del estado y capacidad de las personas.

En los últimos 20 años se han llevado a cabo estudios serios, para modernizar la institución a través de la actualización jurídica, en los que han participado diversas instancias, involucradas con el Gobierno Federal, pero no se ha tenido eco, posiblemente porque no se ha valorado debidamente la trascendencia de la institución, prueba de ello es que el Registro de los Bienes se maneja a través de la Dirección General del Registro Público de la Propiedad, en tanto que el Registro del estado y capacidad de las personas no alcanza el mismo nivel.

El Colegio de Jueces del Registro Civil, recogiendo parte de estos estudios y las propuestas, de quienes a diario realizan la función jurídica de la organización legal de la familia, a través del registro de nacimientos, matrimonios, defunciones, divorcios, adopciones, reconocimientos y demás actos del estado y capacidad de las personas: de los jueces del Registro Civil, así como de litigantes y de funcionarios con experiencia en la judicatura.

Concluye que algunas disposiciones del Código Civil, en materia de Registro Civil, no responden a las exigencias de la sociedad actual.

A efecto de alcanzar tales propósitos, se hace necesaria la adecuación del ordenamiento legal que regula la actividad de dicha institución, mediante la proposición concreta e integral de reforma, adición y derogación de diversas disposiciones del Código Civil vigente, aplicable en materia común para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal; sin dejar de considerar la urgencia de hacer uso integral de los magníficos

elementos que proporcionan los grandes avances tecnológicos de la era moderna.

Sin restar importancia y confiabilidad a los documentos del Registro Civil, proponemos simplificar su funcionamiento con, la reducción a tres del número de actas: nacimiento, matrimonio y defunción y a través de anotaciones, consignar los hechos que las aclaren, complementen, modifiquen, rectifiquen o anulen.

Con estas y otras reformas que proponemos, se simplificarían los trámites, se reducirían los costos de operación y conservación de archivo, se evitaría el traslado innecesario diario de cientos de personas que acuden como testigos; al suprimir su comparecencia, ya que son testigos del acto no del hecho, excepto en el matrimonio que se reducirían a dos para conservar la solemnidad del acto.,

En obvio de extenderme, sólo me referiré a las reformas más trascendentes.

## **NACIMIENTOS**

Se propone reformar el artículo 55, a fin de que no sea limitativo a padres y abuelos la obligación de registrar el nacimiento, sino que se extiende esta posibilidad a todos aquellos a quienes la ley confiere el ejercicio de la patria potestad.

En la práctica, es muy frecuente que se presenten personas que no pueden registrar a sus hermanos a falta de padres o abuelos. También debe considerarse la posibilidad de los que no reúnen la edad mínima para contraer matrimonio, puedan registrar o reconocer a sus hijos.

Valdría la pena estudiar esta posibilidad como una excepción a la capacidad.

## **RECONOCIMIENTO**

Proponemos en los casos en que el padre finalmente reconozca a su hijo, se extiende una nueva acta o una acta en síntesis, para que se acabe con la práctica estigmatizadora actual de poner



en las actas la leyenda de "hijo reconocido", con ello se logrará hacer realidad una inquietud del legislador de 1928, tendiente a borrar las diferencias estigmatizantes entre hijos nacidos fuera y dentro de matrimonio.

## **MATRIMONIO**

Se propone la modificación al artículo 98, a efecto de que se revise clínicamente las enfermedades enumeradas como impedimento para contraer matrimonio, para eliminar aquellas que son hoy curables e incluir las que no lo son.

Aumentar, en los requisitos para contraer matrimonio, el certificado de pláticas prematrimoniales.

## **RECTIFICACION DE ACTAS**

Deje de ser tramitada por la vía judicial, para tramitarse como la aclaración de actas en el Registro Civil, ya que el juez tiene la especialización en la materia.

El usuario, en la mayoría de las veces, no cuenta con los recursos económicos para contratar los servicios de un abogado.

Esta reforma contribuirá a descargar a las defensorías de oficio y a los Juzgados Civiles.

## **CERTIFICACIONES**

Proponemos que las certificaciones puedan extenderse literales o en extracto, acorde a la época moderna.

Relacionar entre sí las actas a fin de que sea auténticamente público el estado y capacidad de las personas.

## TESTIGOS

Suprimir la comparecencia de testigos en las actas de nacimiento y defunción, ya que no son testigos del hecho sino del acto.

Además del costo social que representa, para que se pueda considerar la magnitud de este problema, basta con analizar; si se efectúa el registro de 560 mil nacimientos que hay al año, esto implica la movilización de más de un millón de personas lo que conlleva, costos de traslado, permisos al trabajo fundamentalmente, con un elevado costo social.

El número de testigos se duplica en los matrimonios ya que actualmente se requiere la comparecencia de 4 testigos, por lo que se propone reducirlos a dos, sin que esto afecte la seguridad jurídica, ni la solemnidad o formalidad del acto.

## DIVORCIO

Proponemos que puedan divorciarse, por la vía administrativa, aquellos que tengan hijos mayores de edad y que no tengan ninguna incapacidad.

En el divorcio administrativo que no sea admisible la representación.

Proponemos establecer lineamientos y reglas para regular la asignación del nombre.

Proponemos la obligatoriedad de contar con perito traductor cuando el usuario del servicio no hable español, sobre todo tratándose de reconocimiento y matrimonio; asimismo se propone crear un "Banco de Datos" de fácil acceso y consulta de todo el territorio nacional, mediante el uso de sistemas magnéticos y telecomunicaciones, a efecto de evitar registros múltiples, bigamias, falsedades, fraudes, etc.

# **CUESTIONES RELATIVAS A LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO PARA LLEGAR A ALGUNAS CONCLUSIONES RESPECTO DE LA ETICA PROFESIONAL Y DE LA ENSEÑANZA JURIDICA**

**DR. PEDRO ZORRILA MARTINEZ**

**PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**NOTAS PARA UNA CHARLA Y DIALOGO  
CON LAS AUTORIDADES Y LOS  
PROFESORES DE LA ESCUELA DE DE-  
RECHO DEL CENTRO UNIVERSITARIO  
MEXICO, AL INICIO DE LOS CURSOS  
DEL SEGUNDO SEMESTRE DE 1995.  
JULIO 29 DE 1995. PEDRO G. ZORRILLA  
MARTINEZ.**

Creo que nos conviene recordar, para llegar a algunas conclusiones respecto de la ética profesional y de la enseñanza jurídica, ciertas cuestiones relativas a la Teoría General del Derecho, acerca de las cuales estoy seguro todos sabemos, pero que constituyen un prólogo o enfoque básico para una plática como ésta, que tan honrosamente para mí fui invitado a dar hoy, al inicio de los cursos en la Escuela de Derecho del Centro Universitario México.

Los bienes y valores que el Derecho asegura por sí mismo son el orden, la seguridad y la equidad jurídicas. Estos no son fines en sí mismos; su sentido proviene de otros, superiores, que tam-

bién se trata de alcanzar; el Derecho es un medio un instrumento para lograrlo.

Así, el valor de lo jurídico es uno, primero, que otorga validez formal al Derecho, y uno más, que estriba en que está para servir a otros valores o fines; por ello, el Derecho posee un doble aspecto valorativo: el que atañe a la legalidad, que es el valor surgido de la observancia de la ley, y la justicia, que se hace posible con el cumplimiento de los valores o fines de los que el Derecho es portador y asegurador.

*Con todo lo que desde otras profesiones se afirma del carácter artesanal del Derecho, y de su pretendidamente escaso valor científico, la verdad es que la técnica jurídica es la única forma que el hombre ha encontrado a través de la historia, de hacer que los valores que respeta y a los que aspira sean traídos a la vida cotidiana.*

El Derecho tiene un contenido de múltiples dimensiones, complejo, cuya naturaleza se revela en tres órdenes diversos, pero cercanamente entrelazados y con recíprocas influencias: el Derecho, por cuanto es un hecho social; el Derecho, en tanto norma jurídica; y el Derecho, como valor.

En efecto, el Derecho se genera como un fenómeno social, que se manifiesta en forma de reglas jurídicas, para ordenar comportamientos y dictar principios de conducta social, a la vista de determinados valores.

El aspecto axiológico o estimativo del fenómeno jurídico revela al Derecho en su sentido ético, por cuanto se refiere al valor instrumental que posee; dicho de otro modo, en tanto garantiza y porta otros principios superiores. Esta dimensión es la que interesa a la estimativa jurídica o axiología, de la que asimismo se hace referencia como Teoría de la Justicia; su objeto de análisis son los valores que originan y cimientan al Derecho; el estudio de las formas y modalidades en que estos valores se hacen normas jurídicas es el propio de la Política Jurídica o Política del Derecho.

En acertada definición, consecuente con lo hasta aquí recordado, se ha dicho que el Derecho es un sistema normativo de la

conducta social, producido y garantizado coactivamente por el poder político de una autoridad soberana, que asegura una convivencia satisfactoria, en un ámbito social ordenado, seguro y equitativo, al salvaguardar intereses fundamentales, y cuya validez u obligatoriedad se condiciona por los valores jurídicos y éticos de los cuales es generador y portador, respectivamente, en un momento y lugar históricos determinados.

Ya se dijo antes que el Derecho se desarrolla en tres ámbitos y facetas: la fáctica, la normativa y la axiológica; se relaciona con la moral, en razón de que el Derecho supone una decisión sobre lo bueno y lo malo, y porque únicamente los valores morales pueden dar origen, en el fondo, a su obligatoriedad.

La moral social está constituida por los principios que surgen de la moral ideal o crítica, y respecto de los cuales hay un reconocimiento social y una convergencia de opinión.

La moral y el Derecho tienen distintos espacios, pero están muy relacionados entre ellos; esto, porque el Derecho positivo precisa de una justificación moral, como requisito de su obligatoriedad.

Una desvinculación total entre Derecho y moral puede ser útil para distinguir y calificar a los sistemas jurídicos, pero no para alcanzar una completa precisión acerca del Derecho. Una abstracción plena del Derecho, hecha aún con fines exclusivamente metodológicos, que separara sus dimensiones fáctica, normativa y axiológica, sólo lograría un enfoque parcial del fenómeno jurídico.

*Es por esto que existen tantas definiciones distintas del Derecho; los autores que ponen el énfasis en alguna de sus tres dimensiones, sin vincularlas suficientemente entre ellas, arriban a conceptos incompletos, aunque no necesariamente equivocados. Ello explica que la llamada Teoría Tridimensional del Derecho haya tenido éxito; en efecto, parece dar cuenta de la realidad del Derecho en una forma más cabal.*

La trascendencia de las vinculaciones entre el Derecho y la moral no se agota en un debate teórico, de mera especulación jurídica, porque dichas relaciones están estrechamente referidas a la necesidad de dar una respuesta a las cuestiones humanas más importantes que conlleva la práctica del Derecho. La tarea de la moral es de juzgar la selección, ordenación y descarte de intereses, que orientan las actitudes de los hombres en lo individual y lo social; así, se producen y se sostienen las razones para adoptar obligatoriamente las conductas dispuestas por las reglas jurídicas, que en numerosas ocasiones significan optar por determinados intereses, o prescindir de algunos de ellos.

La apreciación moral del Derecho no tiene como propósito dudar de su exigibilidad, sino orientarlo hacia normas más justas, hacia sistemas jurídicos en los que cada vez menos baste la validez formal, y se procure siempre la justificación de los contenidos; en síntesis, se trata de moralizar el Derecho, no de legalizar la moral. Si el Derecho es un instrumento creado por y para los hombres, debe estar al servicio de sus más valiosas causas.

*Así, el Estado de Derecho, entendido a la vez formal y materialmente, que es como debe ser percibido, no es simplemente un Estado legal o legaloide, como lo fueron, recordémoslo, la España de la dictadura franquista y la Alemania del nacional socialismo fascista de Hitler. Sus leyes, en ambos casos, se produjeron ciertamente conforme a los mecanismos establecidos para crearlas. Pero en un genuino Estado de Derecho no se es, ni se podría ser, indiferente al contenido de las normas, que para constituirlo deben incluir los derechos humanos y sus garantías, producto de una larga lucha de los hombres; un poder con facultades limitadas, y dividido para su ejercicio, con el mismo fin de salvaguarda de la libertad; un poder judicial independiente, autónomo y digno, capaz de enjuiciar los actos de autoridad que violen los derechos de los individuos, y de dictar justicia conforme a Derecho en otras controversias que se someten a su consideración; y unas normas jurídicas, preferiblemente escritas, pero en todo caso bien claras y precisas, y difundidas ampliamente para su conocimiento general.*

En los casos mencionados, de Franco y de Hitler, y en muchos otros más desafortunadamente, las leyes existían, pero no consiguieron los derechos humanos y las libertades, que se violentaban; no limitaban al poder, ni lo dividían para su ejercicio, sino lo concentraban; tampoco garantizaban un poder judicial independiente, ni constituían normas que fuesen en función de estos principios básicos.

Debe insistirse en que crear y mantener un verdadero Estado de Derecho exige un esfuerzo colectivo permanente, que naturalmente debe ser encabezado por los abogados; se trata, en palabras de Rudolf Ihering, de una lucha por el Derecho, misma que, por la altura de fines que significa, ennoblece a quien la emprende.

El Derecho coexiste en la sociedad con otros sistemas normativos o reglas de conducta, tales como la moral y la religión; éstas y el Derecho coinciden en ciertos de sus contenidos, pero garantizan su observancia de diferente manera; en efecto, sólo el Derecho puede, legítimamente, emplear la coacción.

La producción del Derecho es un fenómeno dinámico y complejo, que adopta, desincorpora, afirma o modifica valores, principios y aspiraciones.

La cuestión de la justicia, como valor y exigencia ética fundamentales, requiere del examen o análisis ético del Derecho, que tiene que ver con su aspecto axiológico. La justicia o injusticia de una norma jurídica no implica el cuestionamiento acerca de su eficacia, sino respecto de su validez y obligatoriedad.

El Derecho posee una doble vertiente axiológica, ya que al lado de la significación que tiene la existencia misma del Derecho en una comunidad, en razón de que ordena las conductas sociales y genera seguridad e igualdad jurídicas, es conducto y garantía de otros altos valores, precisamente para cuyo servicio el Derecho prescribe una ordenación social, y produce seguridad jurídica y equidad.

El orden, la seguridad y la igualdad jurídicas tienen carácter instrumental, porque con ellos el Derecho crea un espacio social de paz, de libertad y de igualdad; pero sólo adquieren sentido en función de unos, distintos valores superiores. Así, el otro aspecto

axiológico del Derecho deriva de estos principios, que lo orientan y proporcionan la razón de ser del orden, de la seguridad y de la equidad, las que Derecho provee. Los valores que primeramente asegura el Derecho dan a éste su validez formal; pero conviene insistir en que éstos sólo adquieren su trascendencia a la luz de otros, los que le dan sentido; entre éstos están el respeto a la vida e integridad humanas, la libertad, la educación, la salud y el bienestar social.

Los denominados derechos sociales tienen por esta razón un sentido y un alto valor; lo tiene el bienestar social, que deriva del cumplimiento de esos derechos por parte del Estado. Este tiene una clara obligación de diseñar políticas sociales, tal como las laborales, agrarias, de vivienda o ecológicas, que se correspondan con las normas jurídicas que consignan los derechos sociales respectivos. Es obvio que son distintas las exigencias al Estado para que respete y cumpla las normas constitucionales que contienen derechos individuales, de las que se requieren para que honre los derechos sociales, y asimismo sus formas y vías de ejercicio.

Tanto el individualismo como el socialismo históricos fueron doctrinas reduccionistas; en el primer caso, nunca se dio cabal cuenta del aspecto social del hombre, y en el segundo, de su valor individual como persona. La Constitución Mexicana expresa en sus normas la dimensión completa del hombre, que es tanto individual como social.

Cuando las normas de un sistema jurídico muestran su doble aspecto axiológico, es posible dar al Derecho el adjetivo de justo. La legalidad no es indefectiblemente ocasión de la justicia; si un sistema jurídico se limita a su propio carácter instrumental, y no atiende a los valores superiores en razón de los cuales se justifica, tal ordenamiento tendrá validez formal, pero no podrá calificarse de justo.

La injusticia de una norma o de un ordenamiento jurídico en su totalidad, no supone su abrogación o derogación automáticas, ni que sus reglas, normalmente, dejen de ser observadas, así sea con base en argumentos exclusivamente de prudencia.



La legalidad es una condición necesaria, pero no suficiente, para que las normas jurídicas tengan plena validez. El segundo aspecto axiológico del Derecho, por sí mismo, tampoco garantiza la eficacia de los valores que conlleva, porque éstos requieren de la ordenación, seguridad e igualdad que son resultante de la instrumentación que realiza el Derecho.

La justicia no se reduce ni a la legalidad ni a la ética; está en la realización jurídica, es decir práctica, de los valores de que el Derecho es portador, en beneficio de la sociedad.

La justicia da sentido y orientación a las acciones que crean y aplican el Derecho, armonizando la convivencia y acrecentando la colaboración social que se estiman mejores, por un grupo social y en un entorno cultural determinados.

Un sistema jurídico puede calificarse como justo al ser considerado en los textos jurídicos, si de ese examen se llega a la conclusión de que hay correspondencia entre los valores que el Derecho genera, y los que conduce, desde otros ámbitos, a la vida cotidiana. Pero si en la aplicación del propio Derecho hay fallas, podrían no alcanzarse sus fines.

Esta es razón para que los integrantes de los poderes judiciales sean independientes, pero asimismo muy bien preparados; interpretar la ley es un problema, ustedes lo saben, de difícil solución; no puede ser resuelto por profesores de gramática o filólogos, y se requieren largos años de preparación y experiencia jurídica para lograrlo. En las escuelas de Derecho tenemos el deber de hacerlo posible.

Justicia y equidad son términos complementarios; este último se refiere al valor jurídico que permite al Derecho ajustar y equilibrar las particularidades que presenta cada caso real; así, se trata de un principio que hace posible la integración de un ordenamiento jurídico.

La equidad se traduce en una búsqueda de armonización, que lleva al Derecho a concertar los criterios y principios que determinan la justicia, cuya idea, así como la de legitimidad jurídica, se concretan en la época actual en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos.

La referencia a los derechos humanos equivale a apuntar a principios de una alta significación moral y jurídica, mayor aun que la de otros valores, y que por lo mismo se constituyen en medidas o ideales de justicia.

Los valores morales de los que surgen los derechos humanos se manifiestan como principios éticos; entre otros, los de libertad, autonomía, dignidad e igualdad humanas. Les es común una premisa básica, la de que los seres humanos son fines en sí mismos, valiosos esencialmente, razón por la cual todas las personas son acreedoras a un trato digno y requieren la libertad para realizarse, según sus propias decisiones, en la vida que estimen mejor y más satisfactoria.

El hombre y su dignidad deben estar al centro y constituir la última finalidad de un sistema jurídico. Así es en el caso del ordenamiento mexicano, lo que obliga a todos a actuar de tal manera que la libertad, la grandeza y la igualdad humanas no se queden en las palabras, sino que se den en los hechos. Muy desafortunadamente, la enorme desigualdad en la distribución de la educación y la cultura y en las condiciones sociales y económicas, tiene en una verdadera postración a más de la mitad de los mexicanos. Es una exigencia ética respetar el Derecho y definir una política económica y social conjunta y al servicio de los hombres, para que lo más pronto posible se revierta esta situación, que es una ofensa intolerable al sentido de justicia de los ciudadanos, y particularmente de los juristas. Mucho se puede hacer y preparar, a este respecto, en una escuela de Derecho.

Los derechos humanos se incorporan a las constituciones políticas, y se significan por ello como derechos subjetivos públicos, opciones constitucionales fundamentales, o garantías de los individuos y de los grupos sociales. Estos derechos humanos, una vez adoptados por la Carta Constitutiva de la ONU en 1945, asumieron el rango de paradigma jurídico y político en el ámbito internacional; consecuentemente, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948, se establece que el reconocimiento y la garantía efectiva de los derechos humanos, por los sistemas jurídicos nacionales, es condición de una justicia que debe reflejarse en los hechos.

Los derechos humanos han avanzado conforme se concretan las necesidades humanas a las que se refieren, y por ello han evolucionado desde un concepto inicial, de derechos individuales, hasta el de derechos ciudadanos, es decir, derechos políticos; después vinieron los derechos económicos, sociales y culturales; actualmente, se consideran derechos humanos los referidos a la libre determinación política, económica y cultural de los pueblos, y también a un medio ambiente sano, y a un desarrollo económico y social respetuoso de la ecología.

Los derechos humanos, entonces, deben entenderse como valores, principios éticos, y asimismo como derechos asegurados por normas jurídicas.

La cuestión relativa a la obediencia del Derecho es un problema ético; se trata de responder si los ciudadanos están o no obligados a respetar las normas jurídicas. Es claro que debe distinguirse el deber jurídico, de la exigencia ética; el primero surge de una disposición que se creó según las reglas de emisión de un ordenamiento jurídico; así, las normas pueden sancionarse coactivamente. La obligación ética nace de la conciencia individual de cada hombre, y no puede imponerse por vía de la coacción. En consecuencia, la obediencia al Derecho se refiere al deber moral de obediencia a las normas, y no a su eficacia jurídica.

Existen en los autores de obras jurídicas muchos puntos de vista respecto del tema de la obediencia a la Ley, que van, desde estimar que si el Derecho contradice la exigencia absoluta de una obligación moral debe ser desobedecido, hasta pensar que en primera instancia, sólo existe un deber moral general de someterse a él, derivado de los beneficios que recibe un individuo de la organización social a que pertenece, lo que conlleva para él un compromiso de participar en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas a que están sometidos todos los miembros del grupo; la desobediencia, en esta tesis, se justificaría si el deber general de obediencia al Derecho entrara en conflicto con otros deberes morales; así sucede en los casos de desobediencia civil o de objeción de conciencia.

El enfrentamiento entre el sentimiento de un deber moral y una norma de Derecho no podría consistir en un choque total,

que de darse llevaría a la revolución o a la absoluta sumisión; se trataría, entonces, necesariamente de un conflicto parcial, relativo a alguno de los principios o valores que pretende portar el Derecho objetado.

Ciertos sistemas jurídicos, no obstante las consecuencias de la genuina objeción de conciencia, la aceptan como una actitud lícita; un ejemplo es la excepción del servicio militar, que se admite para quien lo objete por razones de conciencia.

La desobediencia civil también se genera en la conciencia, pero es de carácter marcadamente político, y tiene el propósito de forzar algún cambio en la legislación o en la política de gobierno. Es un acto de resistencia que niega validez a ciertas leyes o actos gubernamentales.

Ha de recordarse que la desobediencia civil es difícilmente justificable si se produce dentro de un Estado democrático de Derecho, con leyes que dan recursos y tienen vías abiertas para hacer las reclamaciones de que se trate.

Naturalmente, por cuanto al respeto del Derecho, lo usual es tener un sentimiento de satisfacción al observar sus normas, y de molestia o intranquilidad si la ley no es cumplida. Sin embargo, psicoterapeutas muy experimentados y prestigiados, como es el caso del Presidente de la Asociación Mundial de Psiquiatría, que es un mexicano, el Dr. Federico Puente Silva, demuestran y sostienen que en México es muy frecuente el hecho de que las personas no sientan remordimiento o molestia alguna cuando violan la Ley.

Hay como una costumbre de hacerlo, o la reiterada experiencia de que todos atropellan leyes frecuentemente. Entre otras causas, podría ser que los mexicanos hayamos descuidado por generaciones la educación cívica y de respeto a las normas.

Una escena común: un niño al que acompañan sus padres, en automóvil, sabe que no obstante la señal de, por ejemplo, no dar vuelta a la izquierda en una calle, tanto el padre como la madre lo hacen una y otra vez; y ve que aunque frente a la escuela hay signos de prohibición del estacionamiento de vehículos, todos se paran ahí cotidianamente, y observa aún que los conductores

de los automóviles estacionados encargan su cuidado, nada menos que al policía, quien por lo demás recibe propinas por ello.

De estas experiencias y de la falta de educación a los niños por parte de los padres, no puede derivarse sino una indiferencia al sentido y valor del Derecho y de las leyes, cuya violación, entonces, no preocupa en lo más mínimo a muchos mexicanos.

Esto es grave, y aunque en las universidades el número de estudiantes es restringido respecto del total de jóvenes mexicanos, y probablemente algo tarde para hacerlo, por la edad de los alumnos debe tenerse un esmero especial en explicar por qué debe obedecerse el Derecho, cuál es su razón de ser, y la potencial descomposición social que podría generalizarse a partir de una recurrente actitud opuesta.

Ciertamente, la escuela ~~no puede~~ suplir la educación que debieron dar los padres; serían urgentes, por tanto, verdaderas campañas públicas de difusión de los valores cívicos y de la absoluta necesidad de respetar las reglas de la convivencia, para disfrutar de una que sea valiosa, justa, armónica y libre; además, los profesores de Derecho deberíamos influir más eficazmente para que las autoridades educativas establezcan la obligatoriedad de cursos de civismo, completos, desde los niveles escolares de primaria y secundaria.

En síntesis, son las anteriores ideas las que he querido recordar ante ustedes, distinguidos maestros. Todos aquí somos profesores de Derecho, es decir, de esta invención inacabada de las civilizaciones que asegura, con base en valores éticos y jurídicos, una convivencia armoniosa y en equidad, pacífica y con libertades concretas para todos.

No habría excusa para que en tratándose particularmente de la enseñanza del Derecho, y conociendo su importancia, no hubiera un particular esmero en tal tarea; sé bien que en esta Escuela lo hay; que los profesores están al día en el conocimiento de la pedagogía jurídica, de las técnicas modernas de investigación y de enseñanza del Derecho, y desde luego del contenido de las asignaturas que imparten. Sé que se conocen las ventajas de la docencia activa y de la participación de los estudiantes, y

también que se busca un equilibrio entre la enseñanza teórica y la de las prácticas jurídicas.

Igualmente, es muy importante consignar que en el plan de estudios de la carrera se ha proyectado un curso de Deontología Jurídica, que es indispensable. Lo es porque son valores espirituales y reglas morales las que inspiran el ejercicio de la profesión de abogado, que se mueve en un ambiente pleno de relaciones, significaciones y determinaciones éticas. La conciencia moral y el sentido de la justicia son premisas del razonamiento jurídico. La aspiración de un sistema moral es de realizar el valor de lo bueno, y tiene su fundamento en la naturaleza del hombre, cuya conducta pretende normar; por eso, en dichos sistemas es de la más relevante importancia el concepto, el significado y el valor que atribuyen a la persona humana.

Las fuentes reales de la ética y de la profesión están en la conciencia moral prevaleciente, y en los valores o fines que la profesión tiende a alcanzar. Las fuentes formales se encuentran en códigos de ética, en usos y costumbres y en textos que sobre la materia han escrito eminentes juristas. Existen pues principios generales de ética profesional, que informan la conciencia del jurista, y por ello dichos criterios básicos deben enseñarse.

También me llena de admiración, como mexicano, como jurista y como profesor, la alta calidad humana e intelectual de ustedes, en lo individual y como grupo, y el gran cuidado que las autoridades de la Universidad tienen en la selección de la planta docente.

Deseo para ustedes y para sus alumnos un semestre lleno de satisfacciones; las que derivan de la alta calidad académica de la enseñanza y del aprendizaje; las provenientes de las orientaciones morales de esta Escuela; las que surgen del trato cordial y respetuoso entre maestros y estudiantes; y las que lícitamente se pueden albergar, al saber que se está contribuyendo a una mejor justicia en México, que tanta falta hace, y a la grandeza de un país que todos amamos.

**NOTA BIBLIOGRAFICA CORRESPONDIENTE  
A LOS TEMAS DE UNA CHARLA DE PEDRO G.  
ZORRILLA MARTINEZ CON PROFESORES  
DE LA ESCUELA DE DERECHO DEL C.U.M.**

**29 DE JULIO DE 1995**

- ALVAREZ LEDESMA, MARIO. *Introducción al Derecho*. Ed. MacGraw Hill. México, 1995.
- BOBBIO, NORBERTO. *Liberalismo y Democracia*. Ed. FCE. México, 1989.
- BODENHEIMER, EDGAR. *Teoría del Derecho*. Ed. FCE. México, 1971.
- BURDEAU, GEORGES. *L'Etat*. Ed. Seuil. París, 1970.
- BURDEAU, GEORGES. *Traité de Science Politique*. Ed. LGDJ. París, 1991.
- CAMPILLO SAINZ, JOSE. *Dignidad del Abogado*. Ed. Porrúa. México, 1995.
- CAMPILLO SAINZ, JOSE. *Introducción a la Etica Profesional del Abogado*. Ed. Porrúa. México, 1992.
- DILTHEY, WILHELM. *Historia de la Filosofia*. Ed. FCE. México, 1975.
- FIX ZAMUDIO, HECTOR. *En torno a los Problemas de la Metodología del Derecho*. En *Antología de Estudios sobre Enseñanza del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México, 1976.
- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa. México, 1992.
- GARCIA, TRINIDAD. *Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa. México, 1991.
- KELSEN, HANS. *¿Qué es la justicia?* Ed. Fontamara. México, 1992.

LARA SAENZ, LEONCIO. *La Enseñanza del Derecho en México*. En Antología de Estudios sobre Enseñanzas del Derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México, 1976.

MORIN, EDGAR. *Terre-Patrie*. Ed. Seuil. París. 1993.

ORTEGA Y GASSET, JOSE. *Discursos Políticos*. Alianza Editorial. Madrid, 1974.

RADBRUCH, GUSTAV. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Ed. FCE. México. 1985.

RECASENS SICHES, LUIS. *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa. México. 1991.

RUBIO Y RUBIO, ALFONSO. *Los Valores y el Derecho*. Ed. Jus. México, 1945.

VILLORO TORANZO, MIGUEL. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Ed. Porrúa. México, 1973.

WITKER, JORGE. (Comp.). *Antología de Estudios sobre Enseñanza del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México, 1976.

ZORRILLA MARTINEZ, PEDRO G. *La Constitución Política y la Reforma del Estado Mexicano*. En Política y Administración. Ed. Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública. México, 1992.

Este libro se terminó de imprimir en

marzo de 1996

en los talleres de

FILIBERTO CARDENAS URIBE/  
CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR  
Calle 9 No. 1193, Col. Aguilera  
C.P. 02900, México, D.F.

La edición consta de 1000 ejemplares  
más sobrantes para reposición.