

*P*rimera Curso de Derecho Civil  
(Introducción)



# SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

*Presidente*

## **Primera Sala**

Ministro Sergio A. Valls Hernández

*Presidente*

Ministro José Ramón Cossío Díaz

Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo

Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas

Ministro Juan N. Silva Meza

## **Segunda Sala**

Ministro José Fernando Franco González Salas

*Presidente*

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano

Ministro Mariano Azuela Güitrón

Ministro Genaro David Góngora Pimentel

Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos

## **Comité de Publicaciones y Promoción Educativa**

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano

Ministro Mariano Azuela Güitrón

## **Comité Editorial**

Mtro. Alfonso Oñate Laborde

*Secretario Ejecutivo Jurídico Administrativo*

Mtra. Cielito Bolívar Galindo

*Directora General de la Coordinación de*

*Compilación y Sistematización de Tesis*

Lic. Gustavo Addad Santiago

*Director General de Difusión*

Dr. César de Jesús Molina Suárez

*Director General de Casas de la Cultura Jurídica*

*y Estudios Históricos*

Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez

*Director de Análisis e Investigación Histórico Documental*

BENEMÉRITA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE PUEBLA

Mtro. Enrique Agüera Ibáñez  
*Rector*

Dr. Guillermo Nares Rodríguez  
*Director General*  
*Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*

Mtra. Belinda Aguilar Díaz  
*Secretaria Académica*

Mtro. Demetrio Abundez Apreza  
*Secretario Administrativo*

Mtro. José Ismael Álvarez Moreno  
*Coordinador*  
*Centro de Investigaciones Jurídico Políticas*





*“Cuando la ley viola factores sociales, entonces aquellos a quienes se aplica, se rebelan y surge un nuevo derecho. Ese cambio radical es el que hace que estemos en un estado indefinido. Pero en realidad estamos en presencia de una noción de derecho, de una noción de equidad, de una noción de justicia, que se palpa; no podemos decir que se haya perdido esa noción, cuando la masa protesta, cuando la colectividad clama por una situación”*

*Lic. Roberto Cosío y Cosío*

Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

*P*rimera Curso de Derecho Civil  
(Introducción)

*Coordinadores*

Mariano Azuela Güitrón  
Carlos González Blanco  
José Ismael Álvarez Moreno

Lic. Roberto Cossío y Cosío  
México, 1950

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Catalogación**

PO

K030

C677p

Cossío y Cosío, Roberto

Primer curso de derecho civil : introducción / Roberto Cossío y Cosío ; coordinadores Mariano Azuela Güitrón, Carlos González Blanco, José Ismael Álvarez Moreno ; presentación Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis : Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2009.

xxviii, 370 p. -- (Apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del siglo XX ; 6)

ISBN 978-607-468-012-6

1. Derecho Civil – Fuentes del Derecho – Historia – México 2. Sistema Normativo – Jerarquía constitucional – Doctrina 3. Aplicación de la ley – Vigencia 4. Proceso Civil – Medios de impugnación – Sentencias 5. Acto jurídico – Vicios de la voluntad – Anulabilidad 6. Excepciones procesales 7. Proceso legislativo 8. Jerarquía normativa 9. Propiedad 10. Equidad 11. Derecho social 12. Derecho público 13. Derecho privado I. Azuela Güitrón Mariano, 1936- , coord. II. González Blanco, Carlos, coord. III. Álvarez Moreno, José Ismael, coord. IV. Ortiz Mayagoitia, Guillermo Ibero, 1941- , prol. V. t. VI. ser.

Primera edición: mayo de 2009

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación

Av. José María Pino Suárez Núm. 2

C.P. 06065, México, D.F.

D.R. © Benemérita Universidad Autónoma de Puebla

Facultad de Derecho y C.S.

Av. San Claudio s/n, Col. San Manuel

Ciudad Universitaria, Puebla, Pue.

Impreso en México

*Printed in Mexico*

La edición y diseño de esta obra estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## Contenido

Presentación. Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia .....	XIII
Homenaje a Roberto Cossío y Cosío .....	XVII
Estudio Preliminar .....	XXV
<i>Primera Clase</i> .....	1
El derecho de la posguerra .....	5
<i>Segunda Clase</i> .....	9
El derecho de propiedad .....	9
Las instituciones en derecho .....	11
El abuso en el uso del derecho .....	13
Principales instituciones del derecho civil .....	17
Conceptos generales del derecho civil .....	19
<i>Tercera Clase</i> .....	23
El derecho como producto social .....	23
Clasificación normativa .....	26
<i>Cuarta Clase</i> .....	37
La equidad en el derecho .....	41
<i>Quinta Clase</i> .....	47
Fuentes del derecho .....	51
<i>Sexta Clase</i> .....	63
El derecho codificado .....	68
<i>Séptima Clase</i> .....	73
Derecho social .....	73
Derecho público vs. Derecho privado .....	74
<i>Octava Clase</i> .....	87
Clasificaciones... ..	87

<i>Novena Clase</i> .....	97
Proceso legislativo en la conformación de leyes .....	107
<i>Décima Clase</i> .....	111
Jerarquía normativa en el marco constitucional .....	118
<i>Undécima Clase</i> .....	125
<i>Decimosegunda Clase</i> .....	137
Aplicación y vigencia de leyes .....	137
<i>Decimotercera Clase</i> .....	151
Temporalidad de la ley .....	151
Teorías sobre derechos adquiridos .....	154
<i>Decimocuarta Clase</i> .....	157
<i>Decimoquinta Clase</i> .....	167
Interpretación legislativa jurídica .....	167
<i>Decimosexta Clase</i> .....	181
Lagunas en el derecho .....	184
<i>Decimoséptima Clase</i> .....	189
Desconocimiento o ignorancia del derecho .....	192
<i>Decimoctava Clase</i> .....	201
Breve estudio histórico del derecho .....	211
<i>Decimonovena Clase</i> .....	215
Evolución del derecho mexicano .....	219
Derecho azteca .....	221
Derecho colonial .....	226
<i>Vigésima Clase</i> .....	229
El derecho en el México independiente .....	234
Legislación civil e instituciones de derecho privado .....	237
Primeras modificaciones legislativas en materia familiar .....	239
<i>Vigesimoprimerá Clase</i> .....	243
Legislación en materia civil de 1928 .....	250
<i>Vigesimosegunda Clase</i> .....	251
<i>Vigesimotercera Clase</i> .....	263
Diversas teorías sobre el acto jurídico .....	270
<i>Vigesimocuarta Clase</i> .....	275
Clasificación del acto jurídico .....	275

El convenio como acto jurídico .....	281
Requisitos de validez de los actos jurídicos .....	281
<i>Vegesimoquinta Clase</i> .....	289
El error en el consentimiento .....	290
Reiteración de conceptos .....	297
<i>Vigesimo sexta Clase</i> .....	301
Clasificación de los actos jurídicos en función de las partes que intervienen en él .....	301
Interpretación de la voluntad .....	309
<i>Vigimoséptima Clase</i> .....	313
Modalidades del acto jurídico .....	313
<i>Vigisimo octava Clase</i> .....	323
Diversas concepciones respecto a la nulidad de los actos jurídicos ...	323
Nulidad de hecho .....	327
Nulidad de derecho .....	331
<i>Vigisimonovena Clase</i> .....	333
Antecedentes procesales en materia civil .....	334
Aspectos procesales .....	337
Elementos en el procedimiento oral .....	338
Elementos en el procedimiento escrito .....	340
¿Por qué ubicamos al procedimiento en un ámbito público? .....	344
<i>Trigésima Clase</i> .....	347
Puntos relevantes en materia procesal .....	347
El interés jurídico en el proceso .....	349
Excepciones procesales .....	353
El juicio dentro del derecho civil .....	355
<i>Trigesimalprimera Clase</i> .....	359
La sentencia .....	360
Medios de impugnación .....	363



## *Presentación*

Con el presente título se enriquece la colección de *Apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del siglo XX*, que desde hace un par de años ha expuesto lo más representativo de cátedras dictadas por leyendas de la judicatura y la investigación jurídica nacionales, como Mariano Azuela Rivera, Jorge Sánchez Cordero, Vicente Peniche López y Gabriel García Rojas. En esta ocasión se presentan los apuntes de las clases impartidas por el maestro Roberto Cossío y Cosío, abogado nacido en 1904 y cuyas convicciones sociales lo hicieron desplazarse entre la práctica jurídica, la docencia y la política. Independientemente de enseñar derecho civil desde 1930 en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), fue fundador y primer Secretario General del Partido Acción Nacional. En cierto momento declinó el nombramiento de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Su trabajo contiene un conjunto de conocimientos adquiridos de autores clásicos de derecho civil, así como la síntesis de su visión sobre dicha rama jurídica, que, sumada a las experiencias alcanzadas en el foro y fundidas en una original y sólida argumentación jurídica, compartía cotidianamente con sus alumnos en la UNAM. La obra que el lector tiene en las manos comienza con la remembranza histórica del derecho romano, que en opinión del autor ha sobrevivido durante veinte siglos para solucionar aun problemas actuales. Enseguida se describen la caída del Imperio Romano y la forma en que la Iglesia Católica ejerció poderosa influencia sobre Europa, rigiendo numerosas conductas jurídicas, sobre todo de derecho civil, y de instituciones de corte jurídico-religioso derivadas de diferentes concilios.

El licenciado Cossío y Cosío se ocupa también del surgimiento del protestantismo, que originó la necesidad de establecer un derecho aplicable a todos, sin distinciones de tipo religioso. Por este motivo, los nacientes Estados modernos legislaron con base en la igualdad, tendencia consolidada con el estallido de la Revolución Francesa. Éstas son las bases en que se sostiene el resto de la obra del maestro Cossío y Cosío, quien describe los pormenores de la materia civil sin soslayar los cambios que ha sufrido por las transformaciones de la vida social en el curso de la historia.

Es importante destacar que en los apuntes se advierten el humor y la ironía que caracterizaron siempre las cátedras de don Roberto, proclive a amenizar el aprendizaje de sus alumnos. Aunque

estas notas se hayan tomado hace muchas décadas por C. Bedolla y J. Guridi, quienes fueron sus alumnos, no han disminuido su interés ni su actualidad; antes bien, rescatan hechos, ejemplos, normas, opiniones, nombres de tratadistas, costumbres y códigos que sirven de referentes para ahondar en el estudio del derecho civil.

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia  
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
y del Consejo de la Judicatura Federal*



## *Homenaje a Roberto Cossío y Cosío*

l asomarnos a los viejos ventanales del recuerdo, permite a quien esto escribe reconocer la semilla fecunda y magnífica que la memorable Escuela Nacional de Jurisprudencia —de la Universidad Nacional Autónoma de México— nos concedió al introducirnos al conocimiento de los principios fundamentales del Derecho, que solemnemente impartía a los estudiantes de primer ingreso el venerado maestro Roberto Cossío y Cosío, en la inolvidable cátedra del Primer Curso de Derecho Civil. Podemos enfatizar el calificativo que le atribuimos, teniendo en cuenta que las enseñanzas que de él recibimos se encuentran latentes de manera permanente —tanto en nuestra vocación como en la experiencia profesional y académica— aprovechando la ocasión de reconocerlo ahora, después de más de sesenta años haber saboreado sus enseñanzas, que germinaron en nuestra vocación y orientaron nuestros ideales al constatar

la trascendental importancia que tenía —y sigue teniendo— el Curso entonces a su cargo, por considerar que era la base de todo el estudio del Derecho. En apoyo de tal afirmación advertía que todo el Derecho Privado giraba alrededor del Derecho Civil —que él verdaderamente enseñaba— en razón de que sus reglas generales suplen las ausencias reglamentarias de la legislación mercantil; manifestándose vivamente la lógica jurídica en él, al modelar el pensamiento de los grandes juristas que, antes de orientar su vocación a alguna otra rama del Derecho, conocen primariamente el Derecho Civil con su eminente fuente romanista.

En la exposición de su cátedra, el maestro Cossío destacaba la importancia que tenía la parte preliminar relativa a las fecundas nociones generales de la ciencia del Derecho, ya que reconocía preceptos de carácter general que resultan reiterados en la diversa —y también básica— materia de Introducción al Estudio del Derecho, consistentes en aquellos principios que permiten conocer el orden normativo y su expresión en la ley; así como su vigencia, interpretación y aplicación, tanto en el espacio como en el tiempo. Después en la cátedra de quien nos enseñó sus nociones fundamentales, destacaba su formidable maestría en la exposición de la teoría general del acto jurídico, también denominada del negocio jurídico con sus formas, modalidades, y particularmente los elementos concurrentes que hemos calificado como la *anatomía del Derecho Privado*, ya que en efecto, su variada estructura permite que al conjugar tal concurrencia y la participación de sus elementos, se logre su transformación para la concertación de obligaciones y contratos. Resaltaba

el valor de la formalidad, que al referirla el maestro invocaba a Rudolf von Ihering en su inolvidable obra *El Espíritu del Derecho Romano*, en la cual encontramos la referencia de que “la forma es para los actos jurídicos lo que el cuño para la moneda”,<sup>1</sup> sin dejar de considerar el importante temario de los vicios del consentimiento, dado que su expresión —como falso concepto de la realidad— cuando sea consecuencia del error con sus diversos matices como el dolo —sugestión o artificio para el engaño— empleado para inducir o mantener en aquél a alguno de los contratantes; la violencia —sea física o moral— que se manifiesta como una amenaza de causar daño a una persona —sea en su integridad física, en su familia o en sus bienes— y la mala fe que disimula la realidad de las circunstancias, constituyen factores que, dado el caso, participan en la determinación de la validez y eficacia de todo acto jurídico, orientando a la vez la mirada del estudioso hacia la trascendental teoría de la inexistencia y nulidad de los actos jurídicos.

Un aspecto complementario de la doctrina general del acto jurídico lo encontramos en el tema de sus modalidades, dado que esos actos —como expresión del consentimiento humano— no siempre son puros y simples, de manera que desde el momento en que se manifiestan cobran totalmente sus consecuencias. De ahí que las denominadas modalidades —como el término y la condición—, consti-

---

<sup>1</sup> Véase la edición en francés de dicha obra “en sus distintas fases de su desarrollo.” Trad. por O. de la Meulenaere. 3a. ed. revisada y corregida, vol. III, Forni Editore, Bologna, Ristampa anastática (resucitada) dell’edizione di Paris, 1886-1888, p. 187 y/o una “Abreviatura” de la misma obra por Fernando Vela, 2a. ed. en castellano, *Revista de Occidente*, Madrid, 1962, p. 293.

tuyen restricciones o maneras impuestas a los actos jurídicos que los convierten en complejos. El maestro Cossío advertía que los actos puros y simples no presentaban ninguna dificultad, ya que sus consecuencias operaban de inmediato; advirtiéndonos que en nuestro Derecho existen actos —como el matrimonio o el reconocimiento de los hijos— que no pueden estar sujetos a modalidades que las partes pretendan imponerle.

Dentro de ese temario abundaba en distintas opciones del término: ‘cierto o incierto’, como lo constituye la muerte de una persona; subrayaba los aspectos de sus consecuencias: ‘suspensivo o extintivo’. A la vez la condición —como acontecimiento de realización incierta— establece una eventualidad, que permite subclasificarla, en la medida en que puede ser posible o imposible y en su caso si la misma condición pudiera ser física o legal; abundando en una diversa subclasificación de las condiciones, ya que pueden ser suspensivas o resolutorias; advirtiendo que era suspensiva, —como lo dispone el artículo 1939 del Código Civil—, cuando la existencia de la obligación dependía de su cumplimiento; era a su vez resolutoria, —como lo dispone el precepto 1940 del mismo Ordenamiento—, cuando cumplida dicha condición resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían como si ésta no hubiera existido.

El tema de la nulidad de los actos jurídicos, que como alumnos parecía muy compleja, sigue siéndolo para quienes ejercemos la profesión de abogados, advirtiéndonos puntualmente el maestro Cossío que es uno de los puntos que mayor discrepancia han pre-

sentado en el estudio del Derecho Civil, y no sólo en su aspecto doctrinario sino también en la práctica profesional. Observaba que tal materia “ha traído consecuencias formidables en la jurisprudencia”, el considerar diversas alternativas tanto en las mismas teorías que se admiten, como en las discrepancias de corrientes afines, ya que se han generado innumerables variantes y confusiones expresadas incluso en la elección del nombre que se debe dar a esta materia; así, algunos son partidarios de la denominación de la teoría de la ‘ineficacia’ de los actos jurídicos; que en criterio del maestro, no correspondía a la realidad de lo que se pretende connotar. Por ejemplo, un acto sujeto a condición futura, será un acto ineficaz en tanto el acontecimiento de realización incierta no se realice y, sin embargo, ese mismo acto jurídico es perfectamente válido dentro del derecho, y a la vez resulta ineficaz, puesto que no produce consecuencias mientras no se concrete la condición a la que está sujeto.

Una vez expuesta la primera parte del curso, el maestro abordaba el temario de la segunda, denominada como “Personas”. Las primeras lecciones se referían a los atributos de la personalidad: nombre, domicilio, ausencia, estado, cuestiones del registro civil —los libros que lo integran y la rectificación de las actas correspondientes—; los aspectos básicos del parentesco, los alimentos y el concubinato. De esta suerte, la segunda parte consideraba las instituciones que actualmente comprenden los temas de derecho familiar: el patrimonio de la familia, el matrimonio, los esponsales, las donaciones prenupciales, los impedimentos del matrimonio; se incluían los

finés de la unión conyugal y consecuencias; la situación jurídica de la mujer, los regímenes matrimoniales, los matrimonios nulos e ilícitos, el divorcio, la filiación, la legitimación, la patria potestad, la tutela y curatela, para finalmente abordar el tema de la emancipación.

El temario del derecho familiar expuesto por el maestro Cossío tuvo trascendental significación para quien esto escribe, pues se abordaba lo que él calificaba como la institución más importante del derecho familiar: el matrimonio, que por excelencia resultaba la fuente de la organización familiar. Nos anticipábamos a la gran discusión que había generado la indispensable condición de su naturaleza jurídica, dado que en contra del derecho canónico, durante la Revolución Francesa había surgido una reacción en contra de la organización matrimonial, de la cual derivó el criterio que se incorporó en la propia Constitución: que el matrimonio era un contrato; que en él existía un acuerdo de voluntades sobre un objeto de interés jurídico, pero que finalmente ya se había superado dicha idea al advertirse que era algo más: una institución. Consecuentemente, el maestro Cossío rechazaba dicho enfoque contractualista, determinado por el régimen de la autonomía de la voluntad, que resultaba incapaz para regir las condiciones de la unión.

Aquellos conceptos que captamos en 1943 se manifestaron objetivamente en 1965, cuando quien esto escribe presentó su tesis para obtener el doctorado en la ahora Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, misma que denominamos *El Matrimonio. Sacramento-Contrato-Institución*. En dicho

trabajo robustecimos la visión sacramental de la unión conyugal con la doctrina pontificia resultante de los criterios de Benedicto XIV —a partir de 1741—, hasta las tres Encíclicas expedidas por Juan Pablo II. En la tesis expusimos la doctrina contractualista del matrimonio, particularmente dentro del perfil de las Leyes de Reforma de nuestro país; asimismo en el marco de la Ley sobre Relaciones Familiares generada en el periodo Constitucionalista de 1917; en la legislación civil de 1928, incluyendo el texto vigente del Código Civil del Distrito Federal —del 25 de mayo del año 2000— que en su artículo 146 dispone: “El matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer, para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procurarán respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos, de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.”

Culminamos nuestra exposición con los perfiles desarrollados por Julián Bonnacase, quien advierte que el matrimonio *se explica* por la noción de la institución, que es un concepto íntimamente vinculado a la doctrina de Maurice Hauriou, desarrollada en su obra “La Theorie de L’Institution et de la fondation (Essai de Vitalisme Social)”, en la *Cité Moderne et les Transformations du Droit Cahiers de la Nouvelle Tournée*, 1925, la cual nos permitió concluir:

...creemos que el matrimonio tiene un carácter institucional porque en él encontramos precisamente un conjunto de principios, una “colección metódica” de elementos sociales y jurídicos que se regulan

dentro de la idea del propio matrimonio, y que mediante él —al celebrarse— se funda la base orgánica de una nueva familia, o sea, se establece una nueva célula social; se principia una nueva vida para ambos esposos. Pero por encima de ello advertimos que no nos cabe duda que sí hay una institución en el matrimonio, pero que él no es sólo una institución, pues la unión conyugal, dando cabida a una institución no se agota en ella, pues es algo anterior a la institución misma y ésta representa no su idea primaria sino en todo caso, su ideal final. Si confundiéramos esos términos sería tanto como identificar un edificio con sus propios cimientos.<sup>2</sup>

Dr. Jorge Mario Magallón Ibarra

---

<sup>2</sup> Véase Magallón Ibarra Jorge Mario, *El Matrimonio. Sacramento-Contrato-Institución*, Prólogo de Luis Recaséns Siches, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

## *Estudio Preliminar*

*Ahora bien, hemos admitido que en el ambiente social flota la idea de justicia; y que esta justicia es totalmente independiente del texto de la ley; tendremos que admitir que hay un derecho de crítica de las disposiciones legales; tendremos que admitir que innumerables situaciones previstas por la ley no están de acuerdo con el sentimiento de equidad. La labor del jurista es amalgamar ese sentimiento de equidad con la ley escrita.*

*Lic. Roberto Cossío y Cosío*

 El señor licenciado Roberto Cossío y Cosío nació el 13 de febrero de 1904 en la Ciudad de México. Inició sus estudios profesionales en la antigua Escuela Nacional de Jurisprudencia, hoy Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Tempranamente se distinguió por su dedicación al estudio del Derecho, que en una primera etapa lo llevó a realizar un brillante examen profesional el día 13 de septiembre de 1929.

De la teoría aprendida en las aulas pasaría sin dificultad alguna al paciente estudio de los casos concretos, para ir concatenando brillantemente la teoría y la praxis del Derecho, que le fueron dando merecida notoriedad.

Tuvo otras facetas más que distinguieron la vida y la personalidad del Lic. Cossío y Cosío, algunas de las cuales reseñamos brevemente, en la inteligencia que de la lectura y análisis de la obra que hoy presentamos a su consideración se pueden desprender otras que nos conducen a conocer mejor al maestro, al amigo y al humanista, a pesar de la distancia temporal y generacional que nos separan.

Inicia su camino en la noble actividad académica en 1930, impartiendo el primer curso de Derecho Mercantil y en 1931 la clase de Derecho Civil, que impartiría hasta el año de 1955, ganándose el afecto y el respeto de las diferentes generaciones de alumnos suyos, al dedicar ese breve espacio de su vida al delicado e importante cultivo del quehacer jurídico y a sensibilizar el espíritu y el intelecto de la juventud hacia los valores humanos. No es inadecuado expresar esas apreciaciones en este sentido, cuando se ha escudriñado cuidadosamente la vida y obra del maestro Cossío y Cosío.

Fue integrante destacado de la Barra Mexicana de Abogados desde 1942 y de su Junta de Honor; asimismo, miembro de número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación; en el ámbito de la conservación, creación y difusión del conocimiento impreso, es decir, el mundo apasionante del libro, fue Director de la Editorial Jus.

Razones personales y muy poderosas, algunas de ellas plasmadas en el cuerpo de este trabajo, lo alejaron de la seducción del poder, cuando en coherencia ética le orillarían a declinar caballero-

samente la designación de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En su obra advertimos su vasta cultura jurídica, propia de todo buen abogado, cuando con una espontánea desenvoltura aborda reflexivamente el pensamiento de notables tratadistas como: Ruggiero, Dumoulin, Suárez, Toveñas, Korkounov, Radbruch, Grocio, Savigny, Chiovenda, entre otros, para ir entretejiendo finamente dichas aportaciones y las propias en la impartición de su materia. De esta suerte, enriquece su discurso con una amplia serie de ejemplos teóricos y prácticos que seguramente enraizaron en la memoria de sus jóvenes alumnos, cuando sus comentarios eran culminados con su agudo sarcasmo y su fina ironía. Con ello motivaba el interés por la investigación y por indagar el origen de cada una de las instituciones del Derecho Civil.

Máximas, definiciones, costumbres, ética, normas —así divinas como naturales—; equidad, escuelas, códigos como el de Napoleón; obras jurídicas, países, conceptos, ejemplos, autores; jurisprudencia, doctrina, todo aparentemente distinto pero enlazado, unido bajo el estudio metódico y formal de su materia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP), a través de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, se congratulan de compartir el alto honor de brindar un reconocimiento muy especial al maestro Roberto Cossío y Cosío, en esta ceremonia de presentación, por medio del

rescate, publicación y difusión entre la juventud estudiosa y los profesionales del Derecho, de su obra *Primer Curso de Derecho Civil* (Introducción) que viene a incrementar generosamente el acervo bibliográfico de la colección *Apuntes de las Clases Impartidas por Ilustres Juristas del Siglo XX*, coeditada orgullosamente por ambas instituciones.

Dr. Carlos González Blanco  
Mtro. José Ismael Álvarez Moreno

## *Primera Clase*

 Este curso reviste una doble importancia: es propiamente la primera clase que se recibe de especialización para la profesión que han escogido ustedes, y la base de todo el estudio del derecho. La cátedra de Introducción al estudio del derecho civil es también importante porque todo el derecho privado gira alrededor del anterior: el derecho civil es la regla general y el derecho mercantil es aplicado solamente en algunos casos; así, cuando en el Código Mercantil no existe norma aplicable a un caso concreto se recurre al derecho civil, que tiene entonces el carácter de supletorio.

La lógica jurídica se manifiesta en el derecho civil. Éste es el que viene a modelar el pensamiento de los grandes juristas, quienes antes de dedicarse a cualquier otra rama del derecho han conocido del derecho civil. Hay una asignatura que tiene gran importancia

para el estudio del derecho civil: el derecho romano. Eso que hoy se ve como una antigualla y que en realidad se trata de reaccionarismo, no es sino un desconocimiento del derecho romano; los juristas, en la actualidad, son eminentes romanistas. Los más amplios estudios del derecho romano se han llevado a cabo en Italia y Alemania. Son los alemanes quienes han hecho evolucionar el estudio del derecho, profundizando más en el estudio del derecho romano, y es por ello que actualmente están ganando terreno en esta materia.

No obstante haber pasado ya veinte siglos, los romanos dieron solución a problemas jurídicos que actualmente están en boga. Claro que no podemos emplear a pie juntillas todas sus ideas: la familia actual es diferente de la antigua familia romana; se han creado nuevas familias jurídicas, nuevos contratos, etcétera. Sería ridículo, por ejemplo, que buscáramos en el derecho romano las obligaciones del porteador en el transporte aéreo; sin embargo, es de tal manera fuerte la influencia del derecho romano, que si vemos cualquier libro de derecho civil, encontraremos siempre referencias sobre aquél. El libro de Ruggiero, eminente profesor italiano, sobre el estudio del derecho civil, antes de abordar cualquier institución se refiere a las del derecho romano; lo mismo hacen otros autores. Así es que no debemos despreciar lo que han hecho nuestros antecesores y los hombres que han tenido el genio del derecho. Ellos se adelantaron a la evolución del derecho, y los que atacan al derecho romano son los que lo desconocen. Decía De los Ríos, eminente jurista español, hombre político partidario del régimen de Azaña,

y que no puede ser tomado como reaccionario: “Los que creían que el mundo empezaba con ellos, que despreciaban el pasado, no ponían de manifiesto sino su ignorancia de la historia”. La experiencia se compra, pero siempre cuesta cara; debemos aprovechar, pues, la experiencia de veinte siglos. Todos los problemas sociales se pueden resumir en esta figura geométrica: no es sino una espiral que gira alrededor de un punto, cambiando el problema, pero tendiendo siempre a la misma solución.

Junto al derecho romano, hay otro derecho que ha tenido influencia decisiva: el derecho canónico. La razón, es una razón histórica: cayó el derecho romano, la organización de la familia se abandonó a la Iglesia Católica durante cerca de cinco siglos. Todo lo relativo al nacimiento, matrimonio, defunciones, etcétera, estaba regido y organizado por la Iglesia a través de sus ministros. El Estado había abandonado el control de ese derecho; entonces vino la elaboración de cuatro siglos de estudio sobre ese derecho. Todo lo relativo a impedimentos de matrimonio, a disoluciones del mismo, a las actas de patria potestad, etcétera, fue elaborado por el derecho canónico a través de sus concilios y resoluciones, y cuando con el protestantismo surgió la división del orbe cristiano, emergió también la necesidad de crear un derecho independiente del canónico, ya que a quienes estaban fuera del catolicismo no podía aplicárseles el derecho canónico, el derecho aplicado a los católicos. De ahí la necesidad de crear un derecho que se aplicase a todos sin distinción de religiones. El Estado hizo suya la experiencia romana y canónica; estableció con la Revolución Francesa la ley igual para todos, sin distin-

ción de personas: el Código de Napoleón. Fue este Código el que vino a imprimir al derecho civil una nueva modalidad, pudiendo distinguirse en éste tres partes clásicas: la relativa a la propiedad, y las correspondientes a obligaciones y contratos.

La organización de la familia no era sino admitir en gran parte el Estado de hecho, regido por el derecho canónico, con ligeras modificaciones. La parte medular del derecho de propiedad es la referente a la organización de los bienes, sus limitaciones, etcétera. Por último, la parte relativa a las obligaciones y contratos, hacía referencia a cómo podían obligarse las partes, girando en torno al principio de la autonomía y de la libertad; esto es, las partes son autónomas en la forma y términos en que quieran obligarse. Sin embargo, se estableció determinado número de normas dentro del régimen de libertad de contratos; se fijaron ciertas barreras, ciertos límites de ejercicio. Todos eran libres para obligarse en la forma y términos que quisieran, pero después se determinaron preceptos de orden público que tenían carácter de supletorios: el silencio de las partes hacía que se aplicase lo establecido por la ley en dicho caso; esto es, cuando se manifestaba que se celebraba un contrato de compraventa y nada más, entonces quería decir que las partes se ajustaban a lo establecido por la ley en lo referente al pago, al precio, etcétera. Lo mismo tratándose de cualquier otro contrato: permuta, arrendamiento, etcétera. Sin embargo, este derecho se encuentra en la actualidad bajo una profunda transformación; transformación que se ha iniciado con el llamado "derecho de posguerra".

## EL DERECHO DE LA POSGUERRA

Dentro de este derecho de posguerra encontramos diversas tendencias de la escuela socialista; tendencias que claman contra el rigorismo del Código Napoleónico por su descuido respecto al trabajo del obrero. Mientras el Código dedica —dicen—, miles de artículos a estas tendencias socialistas, a la organización de la propiedad y a los contratos, no destina sino dos a la organización del trabajo humano: es necesario que esto sea tratado con amplitud. Además, esa autonomía de la voluntad de las partes no existe: es una voluntad forzada, coaccionada; es necesario atenuar esa autonomía, es necesario que el Estado ejerza tutelaje sobre los desamparados; operar una transformación en la organización familiar de tipo burgués, que no corresponde a la organización familiar tradicional. En una palabra, se impone una profunda transformación a todos los regímenes establecidos por el Código de Napoleón.

Quien se encuentre interesado en este tópico, puede leer el libro de F. Cossentina, el cual es una síntesis de las doctrinas sociales aplicadas al derecho civil, intitulado: *Transformación de la legislación civil y el proletariado*. Este libro inspiró en gran parte nuestro derecho civil, fue en él donde se inspiraron los autores del Código; sin embargo, hay un fenómeno curioso: hemos copiado inconscientemente legislaciones de tipos disímbolos, esto es, hemos abandonado nuestra tradición y con ello hemos acabado con nuestro derecho.

El derecho es un factor social y un producto social: nosotros no concebimos el derecho de Robinson Crusoe, aislado de todo indi-

viduo, viviendo en una isla con su perico. El derecho es una limitación a la libertad de acción impuesta por las sociedades; es decir, sin sociedad no hay derecho. ¿Qué límite tenía la voluntad de Robinson Crusoe? Anatole France explica, en la *Isla de los pingüinos*, cómo se forma el derecho, cómo se impuso uno de ellos e impuso determinadas normas que eran límites a la libertad de acción de los demás. El derecho es un producto social y todos los productos sociales son complejos: hay muchos factores determinantes, no se puede atribuir a uno solo, sino a varios, cuya unión da como resultado el derecho. Y cae aquí de perlas la frase de Montesquieu: “El derecho se hace para los pueblos, y no los pueblos para el derecho”. Así es que cuando se nos impuso un derecho, bueno o malo, no lo discuto, vino determinada cojera; cojera que se ha acentuado porque sin ton ni son se copian sistemas diversos; y mientras nuestro derecho privado es de origen europeo, francés y español, principalmente, nuestro derecho público es americano. Ahora bien, ¿qué sucede con este divorcio del derecho público y del derecho privado? Que cada uno camina por su lado y cada uno llega a soluciones diversas, surgiendo entonces un puente entre estos dos derechos: el amparo, instrumento que se utiliza para poder armonizar el derecho privado con el derecho público.

Todavía en el derecho privado, dentro del mismo Código Civil, se nos presenta una especie de mosaico jurídico: teorías diversas, soluciones distintas, tendencias transformistas, etcétera. Al mismo tiempo se introduce el patrimonio de familia que es, como ha dicho un autor, “el vestido de piedra” de la familia. Todo esto viene de que los legisladores se guían por libros de propaganda de determinadas

doctrinas brillantemente expuestas, pero que no van con la experiencia; de lo que ha resultado que con la aplicación de determinada doctrina, por conveniencia propia, por servilismo, por equis motivos o factores que influyen en nuestro medio, se han adoptado determinadas posiciones de equilibrio inestable. Cuando llegemos a un plano superior, dentro del estudio sereno, desapasionado y más o menos científico de una escuela de derecho, tendremos que ver el mal que han hecho con sus posturas de carácter político, con sus posturas revolucionarias ridículas.

Nosotros teníamos el derecho español antiguo que pertenecía a España y a México. Vino la Independencia, no la fobia contra todo lo español, y se copió el derecho francés, que a su vez había sido copiado del derecho español. Por tanto, tenemos orígenes del derecho español a través del francés. Y eso mismo pasó en España con muchas otras instituciones. Basta leer el libro de Benito para ver cómo las doctrinas de López de Somoza se copiaron a través del derecho civil francés. Y eso que nosotros despreciamos es acogido por los alemanes y los italianos; un libro que seguramente tendrán a la vista cuando estudien “procedimientos civiles”, es el de Koschaker *el* (*Kisch*) dice en él su autor: “Dedico este libro a los juristas españoles, es un acto de justicia por las profundas enseñanzas que nos han traído”. Y eso es lo que nosotros hemos mandado al cesto de los papeles. La obra clásica de Dumoulin no es propiamente de él: la teoría de la causa, que todavía tiene revuelos en la actualidad, estaba expuesta en los libros de Antonio Gómez. Todavía de la *Interpretación de las leyes divinas y humanas*, de Suárez, del ‘Individuo

Suárez', como le llamaban, se hacen ediciones y se considera dicha obra como uno de los pilares de la biblioteca de un jurista. La obra de Suárez sobre el matrimonio, que dio lugar a este dicho vulgar: "Lo que no sabe Suárez del matrimonio, no lo sabe ni el mismo demonio", fue considerada entusiastamente.

Este es el panorama de nuestro derecho; un panorama pobre, desgraciado y despreciado. Cuando veamos cada una de las instituciones, podremos hacer referencia a estos grandes errores; veremos, y creo que ustedes lo verán con precisión, que estas ideas que he anticipado como preámbulo al curso, las palparemos, las podremos ver con claridad meridiana; ideas éstas que no son una posición extremista, un arrebató de pasión, sino un razonamiento lógico.

## *Segunda Clase*

 Estábamos viendo en la clase pasada la transformación que sufrió el derecho con motivo del llamado derecho de posguerra; comentábamos que actualmente se habla de una crisis del derecho; que era necesario que el derecho evolucionara, que cambiara radicalmente. Veíamos dentro de las características del derecho de posguerra, que este derecho se origina por las conmociones surgidas en 1917, de las cuales se destacan principalmente dos: la primera es una preponderancia de lo económico sobre lo político y lo jurídico.

### EL DERECHO DE PROPIEDAD

La preponderancia de lo económico se explica en esta forma: los Estados durante la guerra dejan de producir, y cuando cesa la guerra se preocupan simple y sencillamente por lo económico. La política y

lo jurídico, debido a la misma guerra, quedan relegados a un segundo plano. La guerra es un estado de hecho y no de derecho; la organización política cede ante necesidades de hecho y entonces, una consecuencia del derecho cuando cesa la guerra viene a ser el desprecio a lo político y a lo jurídico; viene a ser la creencia de que el contenido del derecho es esencialmente económico, para resarcirse del desgaste sufrido por la guerra.

Este derecho de posguerra tiene también, como consecuencia y tendencia, la exaltación de la fuerza y la violencia. Ya no son las soluciones pacíficas las que resuelven los conflictos de derecho; ahora lo hacen los actos de fuerza. Entonces, como explicación de este derecho, surgen dos tendencias que, aparentemente antagónicas, coinciden en el fondo: fascismo y bolchevismo. Ambos son la exaltación de la fuerza, de los medios violentos; ambos tienen en común un contenido preponderantemente económico, pues mientras uno es el reconocimiento de superioridad de la clase media, el otro es el de la superioridad de la clase proletaria; esto es, ambas tendencias se imponen por la fuerza sobre los hombres.

Si hacemos un examen histórico rápido de cómo estaba organizado el derecho hasta el Código de Napoleón, veremos que, como ha dicho un autor: "... se unieron en estrecho abrazo el individualismo surgido de la Revolución Francesa y el individualismo romano". El *jus* primitivo romano estaba ampliamente reconocido en el Código Napoleónico, Código que sirvió de patrón a todos los de su época. Ahí era el individuo el eje sobre el cual giraba el dere-

cho; en cambio, en el derecho contemporáneo, en el derecho actual, el individuo no tiene derechos en cuanto sujeto aislado, sino tan sólo formando parte de la colectividad. Es la colectividad la que refleja el derecho sobre sus componentes. Es por esto que nos encontramos en presencia de una profunda transformación de las instituciones sociales, excesivamente individualistas, del antiguo derecho.

### LAS INSTITUCIONES EN DERECHO

Si examinamos cualquiera de las instituciones de las que se ocupaba el antiguo derecho, veremos cómo han sufrido éstas diversas transformaciones. Tomando al azar la institución de la propiedad, advertimos cómo ha ido cambiando el concepto de ésta; cómo de la libertad absoluta del propietario romano para usar, disfrutar y disponer de sus cosas, ha surgido la propiedad que conocemos actualmente, sujeta a modalidades y limitaciones hasta llegar, en algunos casos, a ser la negación misma de la propiedad.

Así, nos encontramos la limitación de que el propietario no puede ejecutar dentro de su propiedad determinados actos que dañen al vecino: plantar árboles a determinada distancia de la propiedad del vecino —como se conocía antiguamente—, para no causarle daño. Ya no es el uso y disfrute de la propiedad desde el centro de la tierra hasta el cenit. Ahora las redes telefónicas cruzan las propiedades y, sin embargo, siguen siendo propiedades; ya no se concibe la propiedad hacia el cenit: un acueducto, un río, un ferrocarril cruzan la propiedad, la limitan.

Y encontramos todavía más modalidades: viene la figura de la “expropiación”, considerando que la sociedad tiene interés en que se ejecuten obras en la propiedad individual; y la “enajenación forzosa”, como decían los antiguos, “la venta forzosa”. Se considera que para el derecho es mayor la utilidad de la colectividad que la utilidad particular; y no analizamos el caso de las modificaciones que pueda sufrir la propiedad en caso de guerra, porque llegaríamos hasta la destrucción de la misma. Así, de acuerdo con la Ley de Expropiación, la propiedad puede ser ocupada para bien común. Tenemos también en esta materia las leyes agrarias, la ley de bienes, la ley de propiedades ociosas, etcétera. En el antiguo derecho el propietario podía servirse o no de su propiedad; actualmente la propiedad debe tener un fin dentro de los objetivos sociales, y debe de converger a que esa propiedad sirva, sea útil a la colectividad. Cuando el propietario abandona, cuando el propietario no siembra las tierras de su propiedad, cuando tratándose de un terreno lo deja sin cultivar, entonces el Estado dice: “sigues siendo propietario, pero voy a darle derecho a otra persona para que cultive tu propiedad: tú debiste labrarla, no lo has hecho, y con esto sufre un perjuicio la sociedad”. Ocurrirán ante las autoridades, no nos importa por el momento la forma en que lo hagan, para conceder a tercera persona el derecho de labrar su propiedad mediante el pago de una determinada cantidad por concepto de arrendamiento. Vemos cómo entonces se aplica aquello de un individualismo absoluto a un individualismo reducido; esto es, para el derecho la colectividad es lo principal.

El individuo tiene derechos sólo cuando forman parte de la colectividad. Y esto que hemos dicho de la propiedad podríamos decirlo también de cualquier otra institución jurídica, por ejemplo, de la patria potestad; es decir, el poder de los padres sobre los hijos. En el derecho romano este era un poder absoluto; actualmente es una obligación, más que un derecho; ya no es el padre el que puede hacer o dejar de hacer determinada cosa para cuidar, educar, etcétera, a sus hijos, sino que es la ley quien le impone todas estas obligaciones. Vemos cómo, en este caso, es también el individualismo absoluto quien cede en favor de la sociedad. Y como este podríamos encontrar innumerables preceptos dentro de la ley; innumerables disposiciones en que el individuo va ocupando un lugar secundario para llegar hasta lo que se conoce con el nombre de uso abusivo del derecho, del cual nos ocuparemos extensamente en este curso.

## EL ABUSO EN EL USO DEL DERECHO

Un individuo tiene derecho a ejecutar determinado acto, pero en la forma de ejecutar su derecho puede abusar de él, causando un daño mayor de lo que la ley le permite. Surge entonces una corriente que dice: “aquella persona que ha abusado de su derecho, de la situación que le concede la ley causando un daño a la sociedad, debe hacerse acreedora a determinada sanción; aplicable ésta a quien causó el daño”. Dentro del antiguo derecho era lícito todo aquello que no era contrario a la ley; hoy son ilícitas muchas cosas que no son contrarias a la ley, pero que por circunstancias especiales lesionan intereses particulares o sociales.

Como consecuencia de lo anterior, encontramos que el derecho se está transformando: estamos en presencia de una modificación absoluta del derecho individualista, de una nueva legislación: nuestro Código de 1928, que al decir de Gastán Toveñas, ha sido uno de los que rompe el yugo del Código de Napoleón. Para él, dos códigos son los que han roto este patrón napoleónico: el Código mexicano y el Código Civil chino. El Código mexicano, según dice el mismo Toveñas, es un Código revolucionario sin técnica jurídica; el chino es admirable por la técnica, por el contenido y por la forma de legislación. Éste tiene relación estrecha con el Código japonés, el cual fue inspirado por la técnica jurídica alemana. Sin embargo, la técnica no vino a colocarse por encima de la ley: en la organización arcaica de la familia china perdura todavía la técnica japonesa, la cual no logró que los chinos cambiaran su organización.

Nuestro Código de 1928 rompió con el enfoque individualista, trató de socializar el derecho, pero al mismo tiempo desconoció los factores sociales que deben informar a todo derecho. Es por eso que el Código Civil de 1928, para Gastán Toveñas, no es un Código que se ajuste a la técnica, no es un Código perfecto, ni mucho menos nuevo.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Aquellos a quienes interese profundizar sobre este punto, pueden consultar el estudio hecho por Toveñas sobre el Código Civil de 1928. Dicho estudio se halla contenido en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* que publica el Lic. Vázquez del Mercado; me parece que es el tomo II de la *Revista*; igualmente pueden ver el estudio del mismo autor, "Hacia un nuevo Código Civil", publicado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia de Madrid*. Este ensayo, de unas 250 páginas, se publicó en un tomo especial; no sé si exista en nuestra Biblioteca, pero es sumamente interesante, porque hace un resumen de las tendencias actuales, operando sobre el derecho mismo.

Ahora bien, hemos visto surgir ciertas tendencias para unificar el derecho en materia de obligaciones; en Suiza se ha unificado el Código de las Obligaciones; ha habido convenciones para unificar la legislación en materia de letras de cambio en la Habana, en Argentina, Madrid, La Haya, etcétera; sin embargo, nunca se ha expuesto una corriente para unificar el derecho de familia, porque la familia cambia en cada región de acuerdo a las condiciones sociales. Por eso es un error tratar de introducir modificaciones esenciales, sustanciales, en la organización de la familia, tomadas de otras legislaciones. Si nuestra historia de veinte siglos demuestra que la organización de la familia es distinta: la chiapaneca de la oaxaqueña, de la sonorenses, la tamaulipeca y la coahuilense, entonces, si dentro del mismo Estado, en la misma nación, es imposible unificar la organización de la familia, ¿cómo es posible que se trate de dar una organización de tipo italiano, suizo, francés; de tipo brasileño, argentino y aun del tipo ruso? Porque en todas estas legislaciones han espigado nuestros legisladores y, entonces, resulta que el panorama que nos presenta nuestra ley, principalmente en lo que respecta a la organización familiar, es el de un mosaico jurídico, el de un precipitado químico, que por la mezcla de sustancias antagónicas se obtiene un resultado turbio. Por eso se ha dicho que nuestro Código carece de técnica jurídica.

Entonces es cuando surge el problema para el intérprete de la ley: ¿cómo podrá interpretar éstas disposiciones antagónicas? ¿cómo coordinar situaciones disímboles, cuando por una parte se toman disposiciones del Código ruso, en el cual la familia ocupa un lugar

casi nulo? Código en donde los hijos pasan a ser del Estado, no sólo en lo referente a su educación sino también en cuanto a su alimentación; ahí donde han existido y ahora se están modificando situaciones absurdas con respecto a la determinación de la paternidad; ahí en donde en caso de duda de quién es el padre de un niño, se hace un prorrateo entre todos aquellos que hayan tenido relaciones con la madre de éste; ¿cómo es posible que bajo este esquema haya familia? Ahí en donde a todos aquellos se les obliga a que paguen proporcionalmente la alimentación del niño, del hijo, ¿puede existir un vínculo de afecto, de cariño, entre el hijo y aquellas personas? Seguramente no, y sin embargo, es de ahí de donde se han tomado disposiciones para la organización familiar nuestra.

También se han tomado de este ordenamiento algunas prácticas para dar fuerza y sustento a la familia, al patrimonio familiar; satisfacer las necesidades de la familia, y poner a ésta al amparo de los acreedores y del despilfarro del jefe de familia.

Vemos, pues, cómo es difícil determinar el criterio empleado por nuestros legisladores y, sin embargo, vemos que el derecho evoluciona, cambia fatalmente. Consecuencia del derecho de posguerra es ese cambio que se intensifica indiscutiblemente; se dice que hay una crisis del derecho, crisis de la democracia, crisis parlamentaria, etcétera; pero en realidad lo que hay es una profunda transformación social con la cual surge el derecho de las masas. Es esta sociedad la que obra, la que protesta contra el derecho escrito; pero desde el momento en que protesta y declara que es injusta una ley, es porque

tiene una noción de justicia. Clama en contra del derecho escrito; del que el legislador impone a la masa abusando del poder que detenta. Por esto un jurista, Korkounov, ha dicho: “ la autoridad de una ley no depende de la fuerza del que la dicta, sino del grado de sumisión del que la obedece”. Cuando una ley viola preceptos sociales, aquellos a quienes se les aplica dicha ley se rebelan y surge como consecuencia un nuevo derecho. Ese cambio radical es el que hace que estemos en un estado indefinido. Pero en realidad estamos en presencia de una noción de derecho, de una noción de equidad, de una noción de justicia que se palpa; no podemos decir que se haya perdido esa noción, cuando la masa protesta, cuando la colectividad clama por una situación.

## PRINCIPALES INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL

Ahora bien, como consecuencia del tipo de derecho individualista se señalaban principalmente tres partes, que todavía en la actualidad encontramos; la relativa al derecho de familia, la referente al derecho de propiedad y la del contrato o la contratación. La parte relativa a la organización de la familia es sin duda la más importante para el jurista y, sin embargo, para la ley es el área en donde se encuentra más vedada su intervención. Si la familia es una organización distinta de la ley, si tiene un contenido social, una ética, una religión, determinadas costumbres, etcétera, el derecho se encontrará con que no podrá cambiar con un artículo o un precepto la organización familiar.

Nosotros vemos que dentro del derecho de familia hay innumerables preceptos que no tienen una sanción, una coacción; ¿por

qué? Porque esos preceptos tienen un contenido religioso y consuetudinario. ¿Cuál podrá ser la sanción cuando un padre no sea respetado por su hijo? No puede tener sanción el hijo que no tuviera amor hacia su padre; si el hijo insulta al padre, lo golpea, y el padre a su vez golpea al hijo, entonces surge una sanción, pero no porque sea una situación de hijo a padre sino por otras circunstancias.

Tenemos por otra parte la figura de la propiedad, la cual, como hemos visto, ha ido cambiando y formando parte de ese segundo grupo donde ubicamos el derecho a la sucesión. La ley reconoce a cada persona el derecho que le asiste a disponer de sus bienes y propiedades durante su vida; pero también le reconoce el derecho a disponer de sus bienes para después de su muerte, ya sea pasando éstos a la persona que designe en su última voluntad o testamento, y con las limitaciones que impone la ley misma (no poder dejar la herencia a los sacerdotes, al médico que le atendió, o a la persona que haya ejercido violencia sobre el testador, etcétera) o bien, en caso de que no haya testamento, llamando a las personas instituidas por ley como herederos: parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, establecido actualmente en nuestra ley, la cual supone que los une vínculos de afecto con el autor de la sucesión. En el primer caso se trata de herencia o sucesión testamentaria, en el otro, de sucesión legítima o legal.

Viene ahora la tercera y última parte del derecho, esto es, la relativa a la contratación. El derecho individualista estaba regido antaño por la ley de autonomía de la voluntad: las partes son autó-

nomas en la forma y términos en que quieran obligarse; es la voluntad de ellas la que engendra una relación, la que viene a fijar las consecuencias del acto que se celebra. Es aquí donde el tutelaje legal ha surgido con mayor fuerza; en donde la ley impone, a cada paso, restricciones a esa voluntad absoluta.

No obstante que se reconoce la voluntad para ejecutar un acto o no, el derecho ha intentado restringir determinados actos, contratos, etcétera, que considera no deben ejecutarse. Así, por ejemplo, tenemos innumerables preceptos que se consideran de orden público y que la voluntad de las partes contratantes es incapaz de modificar; esto es, cualquier pacto en contra de esos preceptos no produce efectos legales. No sólo eso, sino que ha creado un nuevo tutelaje: cuando dentro de pactos permitidos por la ley, aparece en los términos que ha habido abuso de una de las partes respecto a las condiciones de la otra, aquello por lo cual ejecuta el contrato, ignorando a la otra parte, etcétera, entonces viene cierta protección impuesta por la ley. Vemos cómo dentro de esta autonomía de la voluntad, limitada, restringida, está un tutelaje legal. Estas son las características, a grandes rasgos, de las tres principales instituciones del derecho civil; división tripartita que actualmente persiste en nuestro derecho sobre la materia.

## CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO CIVIL

En otro orden de ideas, en nuestro primer curso de derecho civil, de acuerdo a los programas señalados, corresponderá estudiar la Intro-

ducción al estudio del derecho civil. Dentro de esta categoría, es decir, la primera parte de nuestro curso, se encuentran las nociones generales del derecho civil; preceptos de carácter general que se aplicarán a cada una de las partes que ya hemos enumerado y que encontrarán ustedes a cada paso; se repetirán con frecuencia durante el curso de Introducción las explicaciones sobre los conceptos contenidos en la ley: el concepto de norma, de sanción, la clasificación en las distintas normas, etcétera, los cuales son objeto de estudio en la materia de Introducción general al estudio del derecho. Sin embargo, haremos, para efecto de nuestro curso, un análisis especial de estos conceptos generales que deberán aplicarse al derecho civil.

Abordaremos, desde luego, un estudio somero sobre la norma; después, cómo surge ésta, desde cuándo obliga, cuál es la situación de los individuos ante la misma. Veremos también cuál es el contenido de la ley, el alcance de ésta en cuanto al tiempo y al lugar; estudiaremos cómo una ley puede tener aplicación exclusiva en el Distrito y Territorios Federales, aisladamente, y cómo hay leyes que se aplican en toda la República, es decir, la limitación legislativa en cuanto al lugar y espacio; cómo se limita su aplicación respecto al tiempo... Analizaremos, asimismo, el problema de la retroactividad de la ley: cómo una ley dada el día de hoy no puede aplicarse a todo caso o a todo hecho ejecutado con anterioridad a ella; cómo, sin embargo, en algunas situaciones esta ley, siendo aun posterior al hecho, puede venir a regir actos anteriores. Por ejemplo, en materia penal, cuando a causa de una ley se le quita el carácter de delito a un hecho así

considerado, entra en aplicación ésta y no se castiga a la persona que lo ha cometido, aun cuando antes era considerado delictuoso.

Analizaremos después qué es el acto jurídico y sus efectos; las personas que intervienen en él. El acto mismo, su forma, modalidades, el término, la condición, siendo estos dos acontecimientos futuros: la condición es un acontecimiento futuro de realización incierta, y el término es un acontecimiento futuro, pero de realización cierta: “no hay plazo que no se cumpla”. Estudiaremos cómo puede haber actos jurídicos simples y actos jurídicos sujetos a término y condición. Por último veremos los vicios de estos actos: ya sean en la forma y solemnidades o en el consentimiento, y cuando haya habido coacción, error o violencia.

En la parte relativa a la institución de la familia, es decir, la segunda parte de nuestro primer curso de derecho civil, nos ocuparemos primero de la idea de persona; cómo inicia y termina la personalidad, cómo el derecho, en algunas ocasiones, anticipa facultades al individuo no nacido con el solo requisito de que haya sido concebido y nazca viable. De cómo en otras ocasiones se prolonga la personalidad del individuo, aun después de su muerte pero ignorándolo la ley; en casos como la ausencia, o bien sabiéndolo, en casos como el de la sucesión; se siguen otorgando derechos a una persona que ya no existe. Posteriormente veremos los atributos de la personalidad: el nombre, estado civil, domicilio; facultades inherentes a la persona, y a las cuales otorga efectos jurídicos la ley.

Después estudiaremos la persona con relación a la familia, las transformaciones de la familia, tipos de la misma, fuentes de ella, etcétera. Entre las principales fuentes de la familia veremos lo relativo al matrimonio, su evolución, el régimen económico, las relaciones entre los cónyuges, las relaciones entre los hijos y los padres, y viceversa; las relaciones entre terceras personas y los cónyuges, las modalidades del matrimonio: vicios del consentimiento, nulidades, impedimentos, reglamentación, disolución, etcétera. Luego nos ocuparemos de la organización de los hijos, de la materia que se conoce con el nombre de filiación; los hijos naturales, legítimos; filiación paterna, filiación materna, etcétera. Más adelante analizaremos la situación de los hijos menores y la de los incapacitados en la familia: la patria potestad, la curatela, tutela, los Consejos locales de tutelaje, la mayoría de edad, etcétera. Por último, tendremos obligación de ver algunas consecuencias económicas del derecho: el patrimonio de familia, la obligación de dar alimentos a los parientes, etcétera.

Este es, a grandes rasgos, el programa de nuestro Curso.

## *Tercera Clase*

### EL DERECHO COMO PRODUCTO SOCIAL

n la clase pasada comentábamos cómo nuestros legisladores habían desconocido la realidad social y decíamos que, a reserva de ir demostrando esto en cada una de las clases en las que estudiamos las diversas instituciones jurídicas objeto de nuestro curso, podíamos anticipar algunas ideas. Así, por ejemplo, nos referíamos a instituciones como la familia y la propiedad, en las que se había desconocido la realidad, y citábamos la frase de Montesquieu: “El derecho se hace para los pueblos y no los pueblos se han hecho para el derecho”. Esta frase, todo este pensamiento, se deriva de que el derecho es un producto social y como producto social que es, los factores sociales influyen sobre el derecho siempre. En consecuencia, cuando no se tenían en cuenta los factores sociales para dictar

una norma jurídica, estábamos en presencia de una norma ineficaz que no correspondía a la realidad. El derecho, siendo un producto social, es necesario que genere armonía absoluta, completa, entre el medio al cual se va a aplicar y la norma misma. Por esto tiene gran importancia e íntima relación la sociología con el derecho. No se entiende el derecho sin tomar en cuenta su aspecto sociológico; desgraciadamente los legisladores no toman en cuenta las nociones sociológicas, no les importa el medio para el cual van a legislar.

En este contexto influyen también otros factores de índole completamente diversa, que son los que vienen a incidir en el derecho: factores de servilismo hacia las corrientes políticas del momento; factores de *bluff*, de pedantería en virtud de la cual, para dárselas de innovadores menospreciando lo hecho por sus antecesores, introducen innovaciones que eventualmente producen resultados funestos, pero mucho más en el derecho. La sociedad no ha nacido en un momento dado; ha requerido para su conformación de un proceso que con el tiempo ha ido evolucionando. Es una sucesión de acontecimientos, de manera que cuando un legislador no toma en cuenta a la sociedad como una sucesión de hechos encadenados unos a otros, sino aislados, indiscutiblemente incurrirá en grandes errores.

Decía el jurista español, De los Ríos, que: “los que creían que el mundo, la sociedad empezaba con ellos mismos que la historia eran los acontecimientos que ellos habían vivido, no es sino su ignorancia; no es que desconocieran la importancia de los hechos anteriores, sino que los ignoraban; y de esa ignorancia viene su desprecio a lo

pasado”. Esto mismo es aplicable al derecho. Nosotros vemos, por ejemplo, cómo ha ido surgiendo la noción del derecho: tenemos forzosa y necesariamente, cualquiera que sea la escuela que admitamos, que afirmar la continua evolución del derecho.

Ahora bien, decíamos en la clase pasada que el derecho es un producto social y que no se le puede concebir fuera de la sociedad. El derecho es la forma mediante la cual se resuelven innumerables conflictos, y para que existan conflictos es necesario que interactúen varios elementos sociales. No puede existir el derecho de Robinson Crusoe, porque no había límite para su conducta, sino su misma voluntad. Pero ya en la convivencia social, viene a ser la existencia del más fuerte la que limita el derecho, es decir, la voluntad del más fuerte es el límite de las actividades.

Evoluciona la sociedad y surge un poder, un límite más fuerte que los componentes mismos de la sociedad: el poder jurídico que impone soluciones a los conflictos. Así fue como forzosa y necesariamente tuvo que nacer el derecho. Y así relata Anatole France, en su *Isla de los pingüinos*, el nacimiento del derecho: cómo se impuso uno de ellos e impuso determinadas normas a los demás; normas que eran el límite a su libertad de acción. Durante este proceso, indiscutiblemente el derecho ha ido evolucionando, ha ido cambiando y progresando, por ello debemos tomar en cuenta los elementos que forman el derecho; no importa que sea labor tardada o difícil, pues cualquiera que trate de hacer un buen derecho tendrá que atender a estas circunstancias.

Una de las nociones, de los conceptos indispensables para estudiar el derecho, es el de ‘norma’. Nosotros vemos que siempre que hay un orden, cualquiera que sea éste, habrá una norma. Así, por ejemplo, existen normas naturales porque la naturaleza tiene determinado orden; hay normas astronómicas porque la astronomía tiene determinado orden. De aquí que tengamos que admitir que la sociedad tiene un orden determinado, y en consecuencia admitir la existencia de normas de carácter social. Por eso es indispensable distinguir las normas naturales de las sociales.

Las normas naturales se imponen siempre por sí mismas, no se pueden violar. La violación de las normas naturales, dice Korkounov, trae como consecuencia forzosamente el fracaso: cuando no creemos en la norma de la gravedad, de la atracción que ejerce la tierra sobre los cuerpos más pesados que el aire, si la violamos, obtendremos un fracaso; en cambio, las normas sociales no traen como consecuencia el fracaso. Dentro de las normas sociales tenemos las normas jurídicas, las religiosas, las morales y las de etiqueta —la moda, p.ej.—, y entonces vemos que la violación de cualesquiera de éstas, nos trae como consecuencia el fracaso.

#### CLASIFICACIÓN NORMATIVA

Dentro de las normas existe una concurrencia respecto a ellas mismas: por ejemplo, el precepto “no matarás”, del *Decálogo*, puede ser al mismo tiempo una norma jurídica, una norma religiosa y una norma ética o moral. Es entonces que hay una íntima relación entre lo jurídico, lo moral y lo religioso. Si nosotros analizamos el derecho

medieval, advertiremos que éste tenía un contenido profundamente religioso; se creía por esos tiempos que las normas jurídicas tenían origen en los mandatos de Dios. Todavía en la actualidad encontramos libros que hablan de las leyes divinas y las leyes humanas. Se decía que las leyes humanas procedían de la divinidad y que los reyes, los detentadores del poder, poseían éste por mandato de la divinidad; eran portavoces de ella en este mundo terreno, y por derivación de la divinidad imponían las normas. Bajo este contexto se confunden la norma jurídica y la religiosa.

Pero el derecho evoluciona, cambia constantemente, y entonces nos encontramos, en la actualidad, en presencia de las tres clases de normas a que nos habíamos referido anteriormente: religiosas, morales o éticas y jurídicas. Sin embargo, dice Karkounov, la norma jurídica, una norma que no tenga contenido ético, no será propiamente una norma. La explicación de esto: la ética y la moral son un producto social y, por tanto, forzosa y necesariamente son una consecuencia del medio social. Cuando se dicta una norma que vaya contra el medio social se habrá roto su orden, habrá repugnancia hacia la norma misma porque no contiene el *minimum* de ética. Tenemos entonces que distinguir las normas jurídicas de estas normas que se encuentran tan relacionadas con ellas. Observemos que el aspecto común más estudiado de ellas es la sanción. Una norma ética, cuando se viola, no tiene ninguna sanción, no tiene consecuencia directa sancionable sino únicamente el remordimiento que le queda al individuo que ha ejecutado un acto contrario a este tipo de normas. Pero cuando se viola una norma jurídica la cosa es distinta, el poder público

le impone al transgresor una sanción, una pena equiparable a la violación cometida. En consecuencia, comprende dentro de la sanción no sólo la pena por la violación misma, sino el procedimiento que se lleva a cabo para su imposición.

Ahora bien, cuando se viola una norma religiosa no hay sanción, cuando menos en la tierra, en este mundo; en la tierra, de acuerdo con la religión, se cambiará la sanción. Las consecuencias por haber violado en esta vida las normas de carácter religioso son distintas: se podrá tener o no la tranquilidad, el infractor se irá al infierno o al cielo, o podría ocurrir cualquiera otra consecuencia fijada de antemano por la religión, pero siempre será una sanción indirecta: no será una sanción impuesta por el poder público.

Y todavía podemos hacer una distinción más sobre las normas éticas y las normas jurídicas. Por ejemplo, las normas jurídicas siempre tienen el carácter de normas bilaterales, esto es, al mismo tiempo que imponen, que mandan, otorgan derechos. En cambio, las normas éticas no otorgan derechos, luego, son siempre unilaterales; sin embargo, ambas tienen en común la forma imperativa. Tanto el derecho como la moral tienen siempre la forma imperativa, siempre mandan. Es decir, a pesar de ser el derecho un factor social y manifestarse en casi todos los aspectos de la vida, existen muchas normas que no tienen ninguna sanción, que no son imperativas, sino sólo declarativas. Por ejemplo, cuando se dice: “la mayoría de edad se adquiere a los 21 años”, en realidad ahí no existe sanción alguna: la ley considera mayor de edad al individuo que tiene 21 años, sin que esto traiga

como consecuencia sanción. Estas son las llamadas normas imperfectas, porque no tienen sanción, y en consecuencia no tienen carácter obligatorio.

Como este género de normas encontramos innumerables ejemplos dentro del derecho positivo: todas aquellas de carácter técnico, lógico-jurídico, aquél que sirve para hacer aplicable el derecho, por ejemplo, todas las definiciones.

Ahora bien, encontramos en el derecho dos clases de normas jurídicas, entendiendo por derecho al conjunto de normas jurídicas: el derecho objetivo y el derecho subjetivo. Esta clasificación deriva de la técnica germana: derecho objetivo es el conjunto de normas impuestas por la ley; derecho subjetivo es el conjunto de facultades reconocidas al individuo y previstas en la ley. En consecuencia, diremos que uno de los aspectos relevantes de la norma jurídica es la bilateralidad: el derecho objetivo lo constituiría la norma misma y el derecho subjetivo la facultad que la norma misma reconoce. No importa el nombre que se dé al derecho subjetivo, veremos que es la facultad de hacer o no hacer una cosa y, por tanto, siempre se requiere la voluntad del titular del derecho. Encontramos también que esa terminología se ha ampliado a otros aspectos sociales; así, frecuentemente se oye decir: tengo derecho a la amistad de fulano, tengo derecho al saludo de mengano; pero esto en realidad no es derecho ni facultad, sino una ampliación de la terminología jurídica. En este contexto aún podemos distinguir dos clasificaciones más de derecho: el positivo y el natural.

El derecho positivo es aquel que se encuentra consagrado en la ley. El derecho natural es el que se deriva de la naturaleza misma. El derecho natural ha sido uno de los puntos sobre el cual se ha discutido más y en el que los juristas han tenido mayor número de divergencias y discusiones acaloradas. Desde los romanos, a través de teólogos como Santo Tomás, y de juristas de la época, hasta la actualidad, se continúa discutiendo con pasión la existencia o no del derecho natural. Las escuelas positivistas, la histórica, la sociológica, tratan de demostrar que no puede existir nada que no esté consagrado por la ley. Sin embargo, esas escuelas positivistas incurren en contradicciones, incurren en las mismas contradicciones en que incide el positivismo filosófico por sustentarse en el mismo fundamento.

Frecuentemente los partidarios de la escuela positivista dicen de la norma escrita que es injusta, que la ley es injusta y afirman: “tal precepto me parece malo, injusto...” y dan una solución contraria a la realidad. ¿Cómo es posible que si lo justo, el *substratum* de la justicia lo da la ley, podemos, dentro de un positivismo absoluto, criticar eso que se deriva de lo único que puede engendrar el derecho para esta escuela? Surge una incoherencia en ésta al criticar la ley positivista. En cambio, es innegable ver como todos los individuos tienen una noción de la justicia, un concepto de lo justo, concepto distinto enteramente al derecho positivo, que aun ignoran ellos. Nosotros podemos encontrar en nuestra República individuos que no hablan el español, individuos que no saben leer ni escribir, y tenemos que presumir que ignoran el derecho; sin embargo, esos individuos tienen una noción de lo justo y de lo injusto, aunque son extraños al

derecho positivo, que no lo pueden conocer, que tal vez ni conciben siquiera la existencia de una ley escrita. Entonces, tenemos que admitir forzosa y necesariamente la existencia de una noción intuitiva del individuo acerca de lo justo y lo injusto.

Pues bien, esto que es imposible desconocer, esto que todos traemos en nuestro interior, es lo que ha dado origen a la escuela del derecho natural. Esta escuela ha exagerado dicha noción intuitiva del derecho. La primitiva escuela del derecho natural es la de Hugo Grocio, para quien el derecho natural está constituido por un determinado número de derechos que son inalienables, inmodificables e imprescriptibles; forman parte del individuo, y dondequiera que éste vaya el derecho positivo tendrá que respetarle ese conjunto de derechos. Por ejemplo, el derecho de comer, de respirar o de vivir, son manifestaciones de la naturaleza, y el derecho positivo no puede por ningún motivo ir contra ella. Tiene que reconocer la naturaleza, dicen los partidarios de esta escuela, de ahí el nombre de derecho natural.

Pero entonces surge la escuela histórica, con Savigny al frente de ella, atacando formidablemente al derecho natural, ridiculizándolo hasta hacerlo caer en el olvido. No existen derechos inmutables que no puedan estar sujetos a modificación: si el derecho es un producto social, a medida que va cambiando la sociedad irá cambiando también el derecho.

Por otra parte, el derecho tiene que obrar; el derecho positivo tienen una sanción y si el derecho natural no tiene una sanción,

un medio coercitivo para hacerse respetar, no será derecho; será cualquier otra cosa, menos derecho; y entonces la frase célebre de Savigny, expresa: “el derecho que no obra es como el aire que no sopla”: no se concibe un aire que no sople, no se concibe un derecho sin que opere. Pero en la misma frase de Savigny podemos concebir la existencia del aire sin que sople, en un recipiente cerrado, y así también el derecho no obrará, pero es derecho. No tendrá las características del derecho positivo, pero al fin y al cabo serán normas que influyan en la sociedad. Los partidarios de las escuelas positivistas conciben la existencia del derecho natural como algo inmutable en su forma, pero no en su contenido. Cualquiera que sea el contenido de una norma, la forma tiene que ser la misma. Ésa es la que no cambia, y entonces, de acuerdo con el proceso que sigue la norma, se reducirá a una tesis, una antítesis y una síntesis, que a su vez darán origen a otra tesis, otra antítesis y otra síntesis. Para otros el proceso evolutivo será el de un imperativo. Estos siguen la tesis o teoría del imperativo categórico de la escuela kantiana, formando parte de los neokantianos, con Stammler a la cabeza.

Luego vienen los autores que hacen resurgir el derecho natural. Renardt, en su libro *El orden, la justicia y la moral*, afirma: “Cuando el hombre ha tenido el talento y los conocimientos suficientes para descubrir el orden evolutivo de una cosa, puede dar una norma que haga inmutable aquello mismo, porque la norma es ajustable al orden especial perfectamente conocido”. Así, por ejemplo, en el caso de la fuerza de gravedad, la norma será inmutable mientras exista la gravedad misma. Así también, si el hombre es tan inteligente que

lograr descubrir el orden social, entonces podrá dictar normas que sean inmutables mientras exista ese orden, y el orden social, si bien podrá modificarse, no cambiará radicalmente.

Observemos, por ejemplo, que en la India hay dos clases de tribunales: los de derecho, que juzgan controversias que se suscitan entre los ingleses, de aplicación estricta del derecho, y los famosos tribunales de la equidad: en los que no es forzoso aplicar el derecho, sino que se juzga de acuerdo con la equidad, la cual no derivan del derecho mismo sino de la conciencia. Vemos que a cada paso se va despreciando el derecho escrito y se establecen tribunales de conciencia, es decir, tribunales en los cuales no se juzga de acuerdo con el derecho escrito, sino de conformidad con la conciencia y la equidad. Advertimos entonces que tenemos que admitir, quiéranlo o no los positivistas, que estos problemas se resuelven con algo que está enteramente fuera del derecho positivo: la equidad. Esa forma *sui generis* de resolver es lo que para algunos constituye el derecho.

Pero nosotros no podríamos admitir la escuela de derecho natural de Hugo Grocio, admitir los derechos inmutables por sí mismos. Si hemos acordado que el concepto que debe tenerse del derecho es que éste es un producto social y la sociedad cambia y evoluciona a cada paso, entonces el derecho tendrá forzosa y necesariamente que evolucionar. Pero al mismo tiempo siempre estará influido, como todos los productos sociales, de eso que hemos denominado *minimum ético*, contenido ético mínimo que toda norma jurídica debe tener, y que cuando no lo tiene le hace casi perder el

carácter de norma jurídica y convertirse en un acto arbitrario de quienes detentan el poder. Entonces surge la frase célebre de Korkounov, al decir que “la fuerza de esas normas es una fuerza pasajera, es una fuerza que no depende de la bondad de la norma misma, ni tampoco de la fuerza del que la dicta, sino del grado de sumisión del que la obedece”; y tiene que venir, tarde o temprano una reacción que haga que el derecho esté de acuerdo con la realidad, con eso que él llama el *minimum ético*; que esté de acuerdo con el fundamento social. Entonces sí habrá una norma que venga a satisfacer las necesidades sociales, y estaremos en presencia de una verdadera norma, de un verdadero concepto de justicia.

Por ello, cuando se comete una injusticia dentro del derecho, la reacción de esa injusticia es contraria al derecho mismo, porque no son los que detentan el poder los supremos dispensadores de la justicia. La noción de justicia es general, es intuitiva y se desarrolla con la vida social. No importa que el contenido de la justicia cambie, que sea una fórmula hueca —como se ha dicho—, que haya evolucionado, tenemos que admitir que el derecho tiene un contenido ético.

El derecho romano tuvo su origen en los pilares en que descansaba uno de los más formidables sistemas filosóficos: en el *honeste vivere*, el *neminem laedere* y el *suum cuique tribuere*. Estos son los que sirvieron de base a toda la formidable técnica de los juristas más grandes del mundo. Estos tres principios, a través del derecho romano, han influido en el mundo entero: el vivir honestamente, el

no causar daño a nadie, y el dar a cada quien lo suyo, han sido, son y serán aspiración del derecho. Estoy de acuerdo en que sea difícil determinar en qué consiste cada una de estas tres cosas, porque seguramente se preguntarán: ¿Qué es lo suyo de cada quien? ¿en qué consiste el vivir honestamente? ¿en qué consiste el no causar daño a nadie? Pero esto es precisamente lo que va determinando la sociedad a cada paso, lo que va cambiando y evolucionando, pero, en el fondo, el pensamiento es siempre el mismo.

Así encontramos, por ejemplo, dentro del derecho, situaciones como el caso de legítima defensa, en que para defenderme de una agresión violenta, sin derecho, causo un daño; entonces, ese daño lo he causado y sin embargo he tenido razón: mi derecho está razonado. Vemos cómo estas fórmulas huecas, como las llama la escuela socialista, son susceptibles de tener un contenido y de hecho lo tienen. Y ese contenido lo fija la sociedad, pero teniendo siempre en cuenta el *minimum ético*, la noción de justicia. Cuando cualquiera de estos elementos se encuentra roto, entonces produce un derecho claudicante, porque el orden social no está sujeto al antojo de los que detentan el poder, sino sujeto a procesos sociales evolutivos y a confluencia de innumerables factores sociales. Éstos se caracterizan porque están obrando indefectiblemente, porque su acción llegará a tener un resultado, hará producir nuestro derecho social.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Bibliografía sobre los principales puntos tratados en esta clase: *Filosofía*, de Gustav Radbruch, e *Introducción al Estudio del Derecho*, de Demófilo de Buen, Del Vecho y Renardt.



## Cuarta Clase

Véíamos en la clase pasada cómo dentro del derecho romano se consideraban tres clases de derechos: el *ius civile* o derecho positivo, el *ius gentium* o derecho en relación con los otros pueblos, derecho internacional, y el *ius naturale*. Desde luego que el rigorismo del derecho romano hizo que no siempre tuvieran las consecuencias que la propia ley había establecido. Así, por ejemplo, había consecuencias de un acto jurídico cualquiera, que tenían repercusión dentro del derecho civil, *p.ej.* las del mandato, que era un acto de interpretación estricta, era un *acto juris*. En cambio, había otras relaciones donde la voluntad de las partes podía traer consecuencias no previstas por el *jus civile*; estas eran consecuencias naturales. Así se fue desarrollando la idea de que podía existir un derecho natural que derivaría de la naturaleza misma de las cosas, o de las personas. Se creyó que ese derecho derivado de la naturaleza

era necesario e indispensable que estuviera de acuerdo con el derecho estricto, con el *jus civile*. De aquí empezó a evolucionar la idea de que el derecho natural debía imponerse sobre el derecho civil, por provenir de la naturaleza.

Posteriormente surgió la noción que consideraba que los encargados del poder público, quienes lo detentaban, no eran sino una prolongación de Dios sobre la tierra; esto es, que las normas estaban en relación con las fuerzas naturales. De ahí surgió la idea de que el derecho natural era un derecho que no podía controvertirse, que no debía estar en pugna con el derecho escrito, el cual era un derecho fijo, limitado; que todo aquello derivado de la naturaleza tendría que ser reconocido forzosa y necesariamente por el derecho. Se llegó a confundir el derecho con algunas cosas de carácter biológico, con algunas manifestaciones de la misma naturaleza, las cuales no interesan al derecho, como fenómenos biológicos, hasta que surge un conflicto de intereses que tiene que regularizar el derecho. De ahí la idea de Grocio de que: “...el derecho natural es un conjunto de preceptos derivados de la naturaleza, que no pueden ser modificados por el derecho”.

Contra esta tendencia surgió la escuela histórica, con Savigny, quien afirmó que el derecho no puede ser de manera alguna un conjunto de normas que no pueden cambiar, de normas inmutables: el derecho tendrá que ir evolucionando de acuerdo a las necesidades sociales. Si examinamos cualquier institución jurídica, veremos que ha ido evolucionando, cambiando; que aquello que se consi-

deraba que no era posible limitarlo, restringirlo, ha sido restringido de acuerdo con las necesidades, de acuerdo con la época para la cual se dicta la norma de aplicación general. Entonces tendremos que ver cuáles son las manifestaciones del derecho, el objetivo, la ley misma mandando, ordenando: ¿cuál es la sanción que se deriva de la violación a una de las normas del derecho natural? No existe, no la hay porque la sanción sólo puede derivarse del derecho positivo, de la norma impuesta por el poder público. La otra manifestación del derecho: si es una ley natural, la violación de la misma traerá el fracaso, consecuencia de la naturaleza misma y no del derecho. De ahí deriva la frase de Savigny: “El derecho que no obra, es como el aire que no sopla”. El derecho natural no está obrando, no puede obrar, y en consecuencia no podemos siquiera considerar al derecho natural; tenemos, simple y sencillamente, que considerar el mandato del poder público.

Surge igualmente la escuela sociológica que tiene puntos de contacto con la escuela histórica. La escuela sociológica considera al derecho como un producto social, como la resultante de innumerables factores sociales; en consecuencia, son estos factores sociales los que engendran el derecho, y mientras estos existan la resultante tendrá que ser la misma. A medida que vayan cambiando cada uno de dichos factores, el derecho irá cambiando, como cambia el resultado de una ecuación cuando cambian los términos. Entonces se dice: siendo el derecho un producto social, siendo el derecho una resultante de la sociedad en un momento dado, no podemos hablar de un derecho perpetuo, de un derecho inmutable.

Surgen después nuevas concepciones del derecho natural para explicar esa posición de refutación de la escuela sociológica. No podríamos hablar en general de un conjunto de preceptos inmutables. Indiscutiblemente el contenido del derecho está cambiando; indiscutiblemente el contenido de la norma puede cambiar. Lo verdadero, lo inmutable, lo que no puede cambiar, es la forma. Los neokantianos dicen: la forma tiene que ser la de un imperativo derivado de los imperativos categóricos de Kant; la forma es lo que no puede cambiar, siempre deberá ser la misma forma, es decir, *un deber ser*. El contenido podría cambiar de acuerdo con las necesidades de cada momento, de acuerdo con las exigencias sociales existentes cuando se dicta la norma. Cuando el contenido no esté de acuerdo advendrá un cambio de la norma misma, pero en todo caso no podrá ser inmutable.

Por otra parte, los neohegelianos creen que el proceso no es precisamente el de un imperativo. Para ellos, de acuerdo con el pensamiento hegeliano, se reduciría a una tesis, una antítesis y una síntesis, que a su vez servirán de base a una nueva tesis, una nueva antítesis y una nueva síntesis. De esta forma, dicen, irá cambiando el derecho; sin embargo, la forma de concebir el derecho, de producirlo, será lo que no cambiará, lo que forzosamente tendrá que hacerse cualquiera que sea la época.

Surgen posteriormente otra serie de pensadores: Catrani, inspirado principalmente en el pensamiento kantiano; Stammler, considerado neokantiano: en la forma imperativa el derecho manda, establece lo que debe ser. Paralelamente surgió el padre Catrani, jesuita, quien

trata de demostrar que dentro del derecho siempre habrá un *minimum* de derechos, considerados en relación con la naturaleza misma, los cuales el derecho en ningún caso puede desconocer. Renardt, por su parte, con la concepción del orden, dice: cuando observamos la naturaleza, la zoología, botánica, astronomía, vemos que la naturaleza sigue un orden, que aquello no es algo esporádico, sino que sigue una norma y ésta se deriva del orden existente. Si nosotros logramos descubrir el orden social, cuál es la forma, el orden de la sociedad, estaremos en posibilidad de dar una norma de carácter inmutable por estar de acuerdo con el orden social; y cuando la sociedad deje de ser sociedad, como cuando la botánica también deje de serlo, entonces ése orden habrá cambiado y surgirá una nueva norma que esté de acuerdo con el nuevo orden.

### LA EQUIDAD EN EL DERECHO

Surge asimismo una nueva corriente que es la que comentamos la clase pasada: la de la equidad. No podemos hablar de un número ilimitado de preceptos, pero podemos hablar de una noción de lo justo y de lo injusto que impera en todos los individuos. Esa noción de lo justo y de lo injusto es lo que nos permite determinar si un precepto de derecho objetivo está o no de acuerdo con nuestra noción de justicia. De ahí surge la tendencia que ha inspirado a los tribunales de la India. Como ya comentábamos, en este país existen dos clases de tribunales: los de derecho, cuando los que acuden a ellos son ingleses; y los de la equidad, cuando los que recurren a ellos

son nativos de la India. Sin embargo, se les deja la alternativa de elegir entre los tribunales de la equidad y los de derecho.

En esta forma, si los que juzgan esas controversias no conocen el derecho sino que juzgan en conciencia, conforme a la equidad, ¿cómo podríamos concebir que resolvieran el conflicto fuera del derecho, si no es admitiendo una noción de lo justo y de lo injusto? Cuando vemos que el mundo, de acuerdo con la fórmula de Raúl de la Gracérie, gira alrededor de un punto que representa una espiral en la cual los fenómenos se suscitan, se repiten con mayor o menor intensidad, y vemos resurgir con esa ley a los tribunales de conciencia establecidos desde el famoso juicio salomónico y desde las ordalías o juicios de Dios, no queda sino concebir la existencia de una noción intuitiva de lo justo y de lo injusto, y reconocer que hay una tendencia a resolver los conflictos de acuerdo con la equidad.

Ya dentro de la Clementina de 1307, dentro de nuestros primeros tribunales, el Consulado de México de 1597 que juzgaba las controversias, impedía que las partes se vieran asesoradas por abogados, pues consideraban que esto complicaba averiguar la verdad; que el conocimiento del derecho hacía que se violasen los hechos mismos; era de tal manera fuerte esta creencia, que previo a un periodo de verdadera conciliación entre las partes contendientes, si se fracasaba en el intento, se hacía que éstas formularsen una demanda en la que simplemente se narraban los hechos. Si el tribunal creía que había intervenido un letrado en la elaboración de la demanda, entonces no la tomaba en cuenta, sino que se llamaba al interesado

para que en presencia del tribunal la redactara narrando los hechos; y la contestación era llevada a cabo en la misma forma. Pues bien, en estos tribunales las pruebas se apreciaban en conciencia, esto es, se dictaban resoluciones de acuerdo con la conciencia de los individuos que juzgaban. Vemos cómo entonces se creía que había algo de justicia de parte del tribunal para resolver ese conflicto, esa contienda. Estaba reconociéndose entonces la existencia de una noción de lo justo y lo injusto.

Cuando observamos que en este derecho surgen tribunales de conciencia, que los representantes más avanzados actualmente claman contra una organización jurídica de derecho positivo, tenemos que creer que tienen una noción de justicia derivada no de la ley misma sino de la naturaleza del individuo; porque no podríamos comprender cómo se critica tal o cual disposición de ley si la justicia derivara de la ley misma. Si la justicia fuera la ley escrita, tendríamos que admitir a pie juntillas que la justicia no es sino el texto de la ley. Pero vemos que a cada paso criticamos sistemas establecidos por ella, porque nosotros, en nuestro fuero interno, tenemos una noción de lo justo y de lo injusto. En esos tribunales en donde las pruebas no se aprecian de acuerdo con las normas frías y estrictas del derecho, sino de acuerdo con la conciencia, el derecho positivo está admitiendo la existencia de una noción de lo justo y de lo injusto. En nuestro Código Civil y en nuestra Constitución tenemos lo que después estudiaremos detenidamente y que se conoce con el nombre de “lagunas del derecho”.

Si el legislador es hombre y como hombre es falible, no podemos esperar que resuelva todos los problemas que se le presentan. Muchos de estos problemas quedarán fuera del orden jurídico positivo, no tendrán una solución dentro del texto de la ley misma. ¿Cómo se hará entonces para resolver esa controversia? ¿para determinar la justicia o injusticia de un determinado acto? Nuestra Constitución establece: a falta de ley escrita se atenderá a los principios generales del derecho. Esto significa que para salvar tal carencia legal o laguna jurídica, lo que procedía en ese momento era restringir el precepto y reducirlo a la equidad, que no era sino una parte de lo que se entiende por *principios generales del derecho*.

En este tenor, la Secretaría de Relaciones expresó que estando pendientes innumerables casos de reclamación de daños causados por la Revolución —siendo imposible en muchos de ellos— determinar, de acuerdo con las normas del derecho, los daños ocasionados por esa situación de hecho, México se vería obligado a pagar grandes sumas de dinero si se juzgaba de acuerdo con la equidad por lo que no le convenía al país sino un régimen de estricto derecho. Se consideraba que sería un argumento formidable de las reclamaciones de Norteamérica el que en el texto de nuestro derecho estuviese la equidad como fuente supletoria, para el caso en que no hubiera precepto escrito.

Sin embargo, en el fondo encontramos innumerables situaciones dentro del derecho en las cuales el sustento del texto es la equidad. Por ejemplo, tenemos el artículo 21 del Código Civil que trata del

enorme problema de la ignorancia de la ley. Mientras el problema se había resuelto por el Código de 1884 en el sentido de que la ignorancia de la ley a nadie servía de excusa para su cumplimiento, en este caso se modificó: la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, pero los Jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso del individuo, el apartamiento de las vías de comunicación y la miserable situación económica, podrá, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlo de las sanciones y concederle un plazo para que las cumpla, siempre que no se trate de leyes que afecten el interés público.

Tenemos también el artículo 20:

Cuando haya conflicto de derechos a falta de ley expresa que le sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener un lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados;

Soluciones éstas derivadas exclusivamente de la equidad. Todavía en materia de *mutuum*, de préstamo, se establece que cuando se pacta un interés mayor del legal, el que tiene obligación de pagarlo puede exigir reducción del interés al legal, o bien, pagar aquella cantidad que se le ha prestado, cualquiera que sea el plazo dentro del cual se haya obligado a devolverla. Ya en el estudio que ustedes hagan de la ley positiva irán notando muchas situaciones en que la fuente generadora de la misma es la equidad.



## Quinta Clase

**T**ratábamos en la última clase lo relativo a la equidad. Hablamos de cómo la equidad y el derecho natural tenían una íntima relación; cómo para algunos el derecho natural se confundía con la equidad; cómo el *equitas naturalis* del derecho romano no era sino el derecho natural. Pero junto a esta tendencia abocada a identificar el derecho natural y la equidad, ha surgido una llamada del derecho equitativo, una tendencia en la que la equidad no puede ser ni es equiparada al derecho natural. No obstante que hay algunos códigos como el austriaco que considera el derecho natural dentro de su articulado, dentro de lo que se llama en el tecnicismo jurídico el problema de las lagunas del derecho, de aquellas situaciones no previstas por la ley, el código austriaco manda al legislador al derecho natural; entonces esos conflictos no previstos por el derecho positivo se resuelven por el derecho natural; empero, junto a esto, decíamos,

existe la tendencia del derecho equitativo, la cual sostiene que el derecho natural es distinto de la equidad. Cuando el legislador dicta una norma, da un criterio general, una base general tomando en cuenta las circunstancias que generalmente se presentan en esas situaciones concretas. Pues bien, puede surgir una situación concreta que discrepe de esa base general por las circunstancias mismas, entonces sería una injuria, como la llamaban los romanos, aplicar el derecho estricto, se llegaría a la fórmula del *summum jus, suma injuria*. Surge entonces la equidad para quitarle la aspereza a esa disposición. Se deja al Juez la facultad de modificar, de atenuar la situación prevista por la ley.

Así, por ejemplo, en nuestro código encontramos algunos artículos que hacen referencia a la equidad. Tenemos, por ejemplo, el artículo 1845 que establece una cláusula penal la cual debe ponerse generalmente, en los contratos: es una fijación anticipada de los daños y perjuicios que sufra alguno de los contratantes por la falta de cumplimiento del contrato. Esto es, si se trata de un contrato de prestación de servicios el cual obliga a prestar determinado servicio, en el propio contrato se estipula que por falta de cumplimiento de éste se pagará determinada cantidad; estipulación previa que dentro del tecnicismo jurídico se conoce con el nombre de “cláusula penal”. La obligación puede ser cumplida en parte o no ser cumplida, entonces la cláusula penal se reducirá según la forma o proporción en que se ha prestado la obligación misma. El artículo 1845 cita: “Si la modificación no pudiere ser exactamente proporcional, el Juez reducirá la pena de una manera

equitativa, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación”. En el mismo tenor se encuentra el artículo 21, que ya hemos comentado:

La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los Jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente el interés público.

En esta misma línea, al interpretar los contratos se expresa: “cuando no se puede fijar cuál fue la intención de las partes por el contrato mismo, entonces la ley dice que se interpretará en beneficio de aquél que trate de evitarse perjuicios y no del que trate de obtener un lucro”; situación derivada de la equidad. Pero esta escuela considera, entonces, que la equidad se reduce a suprimir esas asperezas de la ley, pero al mismo tiempo dice que es sumamente peligroso dejar en manos del juzgador aplicar o no, modificar o no, el derecho mismo. En consecuencia, la equidad debe dejarse al arbitrio del Juez, única y exclusivamente en aquellos casos en que la ley lo prevé.

Pese a lo anterior, existen criterios como el que dice que el derecho acaba donde la equidad empieza. *Si la equidad da soluciones concretas a casos aislados, no podrá tener ésta el carácter de generalidad, nunca sabrá la gente a qué atenerse, nunca sabrá el pueblo qué es lo que considera equi-*

*tativo, justo.* Como una prolongación de esta teoría, del derecho equitativo, encontramos los tribunales de conciencia. Tribunales en los cuales las pruebas se aprecian sin necesidad de un formulismo escrito, sin necesidad de una disposición legal que implique la jerarquía de la prueba, sino que son apreciadas éstas de acuerdo con la equidad. Tenemos todos los tribunales en que se juzga “a verdad sabida y buena fe guardada”, como decían las antiguas leyes españolas, tipo de ello son los tribunales obreros y Juntas de Conciliación y Arbitraje. Estos son tribunales de equidad, más que tribunales de derecho; sin embargo, hay que distinguir dentro de estos tribunales dos aspectos: aquellos en que hay aplicación de interpretación estricta, por ejemplo, en cuanto a las formas y solemnidades de algunos actos, y aquellos que no requieren formalidad con respecto a la apreciación de las pruebas ya que éstas pueden ser dispensadas, y tienen como tipo de ello lo relativo a la personalidad de los litigantes. Uno de los artículos federales, es decir, de la Ley Federal del Trabajo, dice que la personalidad de los litigantes se justificará de acuerdo con los documentos que el derecho común determina. Así, por ejemplo, tienen ustedes determinadas formas para otorgar el mandato, fijadas por el derecho civil. Sin embargo, el propio artículo —me parece que es el 451 o 459—, faculta a la Junta para que no obstante que no se hallan llenado los requisitos exigidos por el derecho común, pueda reconocerse la personalidad de los litigantes.

Observemos cómo en este caso, que es de estricto derecho, está operando la equidad, pues toman en consideración la condición de

las partes que intervienen en el litigio. Como ésta podríamos encontrar innumerables manifestaciones de equidad en nuestro derecho; pero bástenos decir que una de las teorías en boga, en la actualidad, es la que equipara esta noción de equidad con el derecho natural. No es sino una manifestación de la antigua teoría emanada del derecho romano; el *equitas naturalis* no es sino el derecho natural; esa noción de justicia, para algunos innata dentro del individuo, noción primaria para otros, es la que se va adquiriendo con el desarrollo intelectual y por la conciencia del pueblo. De cualquier manera, podríamos desconocer esta existencia de la equidad como no la desconoce el Legislador mismo. El Legislador, en todos estos casos, no hace sino consagrar principios de equidad, aun cuando ha tenido cuidado de suprimir la palabra “equidad” dentro del articulado del Código; es decir, ha copiado disposiciones de diversos códigos, principalmente del código español, del italiano, suprimiendo la palabra “equidad”, pero respetando siempre la esencia del código del cual fue copiada.

## FUENTES DEL DERECHO

Nos vamos a ocupar ahora de las fuentes del derecho. Recordarán que en una de las primeras clases nos ocupamos de cómo había surgido el derecho, de cómo el derecho no era algo esporádico que surgiera arbitrariamente de la mente del legislador. El derecho es un factor social, al mismo tiempo que un producto social; consecuentemente, debe haber innumerables factores que intervengan en la confección del derecho. Dentro de este género encontra-

mos un sinnúmero de casos. Todo lo social tiene que ser complejo; si el derecho es social, forzosa y necesariamente tiene que ser complejo. Por ejemplo, interviene principalmente en la confección del derecho todo lo relativo a las costumbres; el derecho antes de ser escrito fue consuetudinario; el derecho nos hizo consagrar la costumbre. Todavía en la actualidad, en el derecho mercantil, en el bancario, la costumbre es la que crea el derecho. Cuando un documento ha entrado o ha sido admitido dentro del comercio, o ha sido admitido por los banqueros, por las instituciones de crédito, entonces es reconocido por la ley. Hemos asistido a la creación de innumerables instituciones jurídicas que tuvieron una existencia de hecho, antes que de derecho.

Antes de que entrara en vigor la reciente Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, los bancos estaban efectuando muchas operaciones que no tenían una existencia legal y, sin embargo, eran reconocidas en la práctica: la costumbre las había sancionado. Bajo esta forma es que debemos admitir como fuente inmediata del derecho a la costumbre, al mismo tiempo que a la tradición, la historia, el pensamiento colectivo, que vienen a engendrar el derecho. No podemos romper con la tradición. Fernando de los Ríos decía, y con razón, que los que creían que el mundo empezaba con ellos no demostraban sino dos cosas, desconocimiento del pasado y pedantería. Si el mundo es un proceso evolutivo, si tiene un determinado orden, no podemos arbitrariamente romperlo, no debemos modificar ese orden. El derecho no podrá ir cambiando a brincos, sino surgirá de un proceso evolutivo y seguirá modificándose de acuerdo con

las necesidades sociales. Si pretendiéramos romper ese orden, no crearíamos un derecho propio del pueblo para el cual legislamos, crearíamos un derecho ideal y entonces habría una profunda disparidad entre realidad y derecho. Eso, desgraciadamente, es lo que ha pasado en nuestro medio: hemos roto nuestra tradición jurídica, hemos importado instituciones jurídicas inconexas, diversas, por ello es que existe desorientación dentro de nuestro orden jurídico.

Por otra parte, sin entrar en mayores explicaciones debemos hacer notar lo que aduce Lorenzo de Benito, ilustre jurista español, quien copia a la vez lo expresado por Manuel Cervantes, uno de los pocos juristas mexicanos que ha escrito obras de interés. Dice el citado autor que nuestro derecho público, nuestro derecho constitucional, está inspirado en el derecho sajón, en el derecho americano. Nuestra Constitución es de tipo americano, está calcada de la Constitución americana, es más, se implantó el sistema federal porque esa Constitución tenía tal sistema. Nosotros no teníamos necesidad de esa complicación de régimen federal, cuando la Nueva España presentaba unidad, pues estaba sujeta a un solo gobierno. En cambio, la Unión Americana se encontraba en una profunda desorganización; tenían una parte sujeta a autoridades inglesas y otra a autoridades autónomas. Ahí se dio una organización para unificar lo desorganizado. En cambio, en nuestro medio se separó lo que estaba unificado, creando un pacto federal y después, por cuestiones políticas, por cuestiones de partido, se buscaron explicaciones *a posteriori*. Se cita así, por ejemplo, el plan de Jalisco, en

el que se dice que los Estados trataban de separarse, para justificar la necesidad de crear un pacto federativo. Pero cualquiera que sea lo que se piense de esto, nuestro derecho público es un derecho sajón; en cambio, nuestro derecho privado es un derecho europeo: nuestro derecho privado está inspirado principalmente en los códigos napoleónicos, con algunas reminiscencias del derecho español; tiene un origen diverso al de nuestro derecho público.

¿Cuál es entonces la situación de esta paridad de derechos? Que no hay unificación entre el público y el privado; que fue necesario crear una institución que viniera a armonizar el derecho público con el privado, institución que se denomina amparo y que le da intervención a las autoridades federales cuando se viola alguna disposición de la Constitución General. Ahora bien, no sólo dentro del derecho público y del privado, sino dentro del mismo Código Civil o cualquier reglamento, encontraremos que cualquier legislador ha implantado teorías diversas, contradictorias. Por ejemplo, si revisamos lo que se ha dado en llamar “exposición de motivos” del Código Civil, que no tiene tal carácter sino simplemente el de un oficio con el que la comisión redactora acompañó el proyecto de Código a la Secretaría de Gobernación, y que aparece publicado en el libro de uno de los autores del Código, el Lic. García Téllez, en el que al mismo tiempo señala las fuentes de cada uno de los artículos, verán cómo las disposiciones que establece han sido copiadas de cerca de 15 o 20 códigos del mundo entero. De este mosaico jurídico resulta un precipitado en el que hay incoherencias,

contradicciones no sólo técnicas sino también de fondo; no sólo gramaticales sino sustanciales; al mismo tiempo que sostiene un criterio en determinado artículo, en el siguiente sostiene una teoría diversa. Cuando lleguen a estudiar la “posesión”, verán como coexisten la teoría de Jellinek con la de Savigny; cómo subsiste la teoría subjetivista con la realista; veremos cómo en realidad no podemos precisar cuál fue el criterio que sirvió de base al Legislador.

Estas fuentes que cito, son las que deben inspirar el derecho, las que deben tener preponderancia en la formación del derecho, ya que cuando se desconocen éstas, se tiene forzosa y necesariamente que ir al fracaso; esto es, al legislar sobre disposiciones que no se aplican, se legisla para lo que se ha llamado abortos jurídicos, disposiciones que no corresponden a la realidad, que vegetan dentro del Código Civil con una vida esporádica. Es por eso que todos los autores creen que estos factores, que deben de informar el derecho, consecuentemente son la base de la organización jurídica, son las fuentes del derecho.

En esta tesitura, una vez que la ley es puesta en vigor, que es publicada y promulgada, surge el derecho escrito. Es la autoridad que impone el derecho quien consagra ese principio como jurídico, y entonces da lugar a otro género de fuentes: ya no son las que proveen la conformación del derecho mismo, sino las que fijan la aplicación del derecho emanado de la autoridad pública e impuesto por el poder. Por eso Korkunoff ha dicho una frase que es célebre:

...cuando el legislador impone arbitrariamente una norma, entonces la ley no deriva del derecho mismo, la autoridad de la ley —dice él— no depende de la autoridad que la dicta, sino del grado de sumisión del que recibe la acción; porque si la ley emana de la colectividad, entonces la autoridad no tiene problema para aplicarla; cuando la ley es contraria al sentimiento de la colectividad, entonces surge el choque entre la autoridad y los súbditos.

Decíamos que una vez consagrado el derecho escrito, es decir, el derecho plasmado en una ley e impuesto por la autoridad pública, entonces surgen otras fuentes para llegar a determinar qué es lo justo, qué es lo debido. Dentro de éstas tenemos a la jurisprudencia, y antes que la jurisprudencia la costumbre y la doctrina. Desde luego, dentro de la ley misma existen diversas tendencias con respecto a su interpretación; tendencias y escuelas que estudiaremos al hablar de la interpretación de la ley; pero, por otra, es imposible que la ley prevea todas las situaciones, que generalice y dé una solución a todos los casos donde existan lagunas del derecho. Esto es, si el legislador ya no es, como lo creía la escuela exegetica, un ser superior e infalible, sino simplemente un ser humano, como tal no puede prever todas las situaciones que se presenten, por tanto, forzosa y necesariamente habrá casos no previstos por la ley, y es ahí cuando surge el problema de ¿cómo resolver esas situaciones concretas?, ¿cómo dar solución a dificultades surgidas entre particulares que no están previstas por la ley? Si solo es derecho el que se deriva de la ley, y éste no dice nada respecto a determinada solución, ¿cómo se resuelve entonces el conflicto? Viene entonces en su ayuda la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del

derecho; en una palabra, se aplica lo que dice nuestro artículo 14 constitucional al respecto.

Vemos que la costumbre está contenida en diversos artículos de nuestro Código Civil, pero lo está en forma secundaria; primero existe la ley, a falta de disposición expresa en ella, a falta de acuerdo entre particulares, tiene aplicación la costumbre. Así, por ejemplo, afirma el artículo 997: “Si el nombre fuere tallar o de maderas de construcción, podrá el usufructuario hacer en él las talas o cortes ordinarios que haría el dueño; acomodándose en el modo, porción o épocas a las leyes especiales o a las costumbres del lugar”. Tenemos también el artículo 2607, que expresa, respecto de la prestación de servicios profesionales: “Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán atendiendo juntamente a la costumbre del lugar, a la importancia de los trabajos prestados”, etcétera. Todavía más, el artículo 2754: “Las condiciones de este contrato se regularán por la voluntad de los interesados; pero a falta de convenio se observará la costumbre general del lugar, salvo las siguientes disposiciones...”; lo anterior al referirnos a la aparcería.

Sin embargo, al mismo tiempo que encontramos estas disposiciones en el Código Civil, en las cuales se da aplicación a la costumbre, nos encontramos en el título preliminar, a otras que privan a la costumbre de aplicación en contra del derecho. Así, el artículo 10 del Código Civil actual, que corresponde al artículo 9o. del Código de 84, textualmente dice: “Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”.

Vemos pues que la costumbre tiene el carácter de fuente secundaria, esto es, un carácter subsidiario: a falta de disposición expresa, a falta de convenio entre particulares, se aplica la costumbre del lugar; no obstante lo anterior, es indudable que en estas situaciones previstas por la ley, no podía ser ésta la que fijara las condiciones de explotación, conforme al artículo 997, tenía que dejarse a la costumbre; es decir, la explotación cambia según las necesidades del lugar, según el cultivo de que se trate.

En consecuencia, el derecho no podía fijar una norma general, tenía que dejar eso a lo que la costumbre, práctica desarrollada durante mucho tiempo, venía a determinar como conveniente para la explotación de que se tratara. Se ha dicho que el hombre no es sino animal de costumbres, y la costumbre no es sino repetición de aquello que se considera útil, práctico para la explotación del caso.

En esta tesitura, el derecho debía haber consagrado a la costumbre como algo práctico, algo útil. Por esto se dice que la costumbre no tiene el carácter de fuente del derecho, sino únicamente cuando la ley la reconoce y le fija competencia. Sin embargo, observamos que la costumbre se impone, que la costumbre, no obstante lo dispuesto por el Código, en muchos casos deroga las disposiciones de éste. La costumbre va evolucionando y cambiando de acuerdo con las necesidades, va dando flexibilidad al derecho escrito, pues éste tiene una rigidez que no le permite cambiar de acuerdo con las necesidades de la época.

Por lo anterior es que el derecho mercantil requiere de una evolución constante, por la condición misma del comercio el cual requiere rapidez. Aquí la costumbre adquiere gran importancia: innumerables soluciones no se dictan de acuerdo con las normas estrictas del derecho, sino de conformidad a las prácticas comerciales que no son sólo nacionales sino internacionales. No obstante que no hay una disposición expresa que establezca las claves usadas entre los comerciantes, como el C.O.D., el seguro puesto a bordo, con flete, con seguro o sin seguro, puesto precio de costo neto sin envase, etcétera —claves consagradas por la costumbre—, éstas tienen que aplicarse en el momento en que aparecen dificultades, sin tener existencia dentro del derecho, porque la costumbre las ha consagrado, ha creado ese uso, y éste tiene consecuencias jurídicas.

En otras palabras, innumerables autores consideran a la costumbre una avanzada del derecho, y en realidad primero se crea el hábito y después ese hábito es reconocido por el derecho. Esto es, se advierte que una institución jurídica no puede emanar de la ley misma, pues es necesario que emane de una necesidad, y esa necesidad se satisface tratando de amoldarla a una situación jurídica prevista, aplicando reglas generales del derecho, pero no reglas especiales a la propia institución. Bajo este proceso han surgido todas las instituciones jurídicas: primero tuvieron una existencia real, luego fueron reconocidas por el derecho.

Al lado de la costumbre se encuentra la jurisprudencia. La jurisprudencia cobra existencia dentro del derecho sólo a través de un pro-

ceso generado por la Ley de Amparo. La jurisprudencia tiene una fuerza obligatoria consagrada por el artículo 192 de la Ley de Amparo: “La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia en sus ejecutorias de amparo, sólo podrá referirse a la Constitución y demás leyes federales”. El artículo 194 dice:

La jurisprudencia de la Suprema Corte en los juicios de amparo y en los que se susciten sobre aplicación de leyes federales y tratados celebrados con las potencias extranjeras, es obligatoria para los Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito, tribunales de los estados, distrito y territorios federales y Juntas de conciliación y arbitraje.

Observen cómo dentro de nuestro sistema jurídico la jurisprudencia tiene existencia real, tiene existencia obligatoria.

No importa lo que establezca el artículo 192, el cual sólo se refiere a la Constitución y leyes federales, ya que el amparo únicamente considera si el acto que lo motiva ha sido o no violatorio de la Constitución, de manera que cualquier amparo, aunque se trate de la aplicación de una ley local, de una ley estatal, tiene que referirse necesariamente a la Constitución Federal. Este recurso tiene carácter obligatorio cuando existe jurisprudencia, es decir, cuando se han emitido 5 ejecutorias en el mismo sentido.

En cuanto a la jurisprudencia de otros tribunales, en nuestro derecho no tiene fuerza obligatoria. Sin embargo, en algunos países en que existe la jurisprudencia en forma similar a la nuestra, se dice que su fuerza obligatoria deriva de su utilidad práctica. Por ejemplo:

¿Cuál sería el objeto, dice Magnau, de que un Juez de Primera Instancia esté dictando resoluciones contrarias a la jurisprudencia del tribunal de apelación? ¿cuál sería el objeto de que él trate de aplicar, de interpretar la ley en determinada forma, si sabe que su sentencia será reformada por el tribunal de apelación? Entonces, la fuerza obligatoria de la jurisprudencia derivará de una utilidad práctica, de que cuando el Juez vea cuál es el sentido de los tribunales de apelación, amoldará sus actos a la jurisprudencia de los tribunales.

Por último viene la doctrina. La doctrina tiene importancia decisiva en cuanto a que establece un criterio para interpretar la ley; importancia que fue reconocida por los autores del Código Civil. En ese texto al que me refería hace un momento, llamado Exposición de motivos, dice literalmente la Comisión de Redactores:

La Comisión tomó textualmente las palabras y la idea de los códigos que creyó conveniente, transcribiendo los artículos de los propios códigos, a efecto de que los trabajos preparatorios de los códigos que se copiaban, de que los comentarios hechos por los comentaristas sobre el propio artículo, puedan ser aprovechados por los juristas y tribunales mexicanos, para aplicar estas disposiciones.

Veremos que bajo estas condiciones, la doctrina que exhibe la Exposición de motivos tiene casi el carácter de las disposiciones que fueron copiadas por los autores de nuestro código. Ellos trataron de que los comentarios hechos sobre determinado artículo se tomaran como Exposición de motivos del propio artículo. Entonces, el Juez que trata de descubrir cuál fue el criterio del legislador al

imponer determinada norma tendrá, en dichos comentarios, la noción sobre el artículo que ha sido copiada, una fuente inapreciable para poder descubrir la justicia.

## *Sexta Clase*

**E**n la clase pasada veíamos lo relativo a la última de las fuentes del derecho: la doctrina. La doctrina, como especulación científica, como especulación desinteresada, tiene una importancia formidable en cuanto puede guiar el criterio del Juez, en cuanto puede impresionar al Juez para resolver un conflicto en determinado sentido. Mayor interés y prestigio tendrá ésta en cuanto mayor prestigio tenga el autor en el que se funda determinada tesis. Ha llegado a tal la influencia de la doctrina en nuestro derecho, que innumerables resoluciones de la Corte se fundan en doctrinas extranjeras, en la doctrina italiana. En nuestro orden jurídico tenemos el caso curioso de las Ordenanzas de Bilbao, en materia mercantil, que no tuvieron vigencia durante el México sometido a España; sin embargo, la bondad de las disposiciones de estas Ordenanzas hizo

que se tuvieran en cuenta, que se aplicaran como si fuesen una legislación prescrita para la Nueva España, para México.

Sin embargo, no fue sino hasta después de la caída de la Nueva España, es decir, cuando surge la independencia de México, con la promulgación del Código de Lares en 1854, que se abolieron las Ordenanzas de Bilbao. Pero como el Código de Lares había sido promulgado por el gobierno de Santa Anna, a la caída de éste el partido liberal derogó dicho Código y decidió que se volvieran a aplicar las Ordenanzas de Bilbao. Fue la primera resolución del poder público en este sentido; antes de ello no tenían una existencia de derecho: constituían un cuerpo de leyes que dada la bondad de sus disposiciones eran aplicadas por el tribunal.

Como ese caso podríamos encontrar innumerables ejemplos en donde la doctrina ha marcado una corriente dentro del derecho. Tenemos, por ejemplo, la tendencia en materia procesal, en donde autores italianos, principalmente Chiovenda, han marcado una etapa dentro de nuestro derecho positivo, han venido a romper los moldes arcaicos de nuestro derecho para tomar los del italiano, inspirado a su vez en el español.

Por otra parte si examinamos la jurisprudencia tanto del Tribunal Superior como de la Suprema Corte, encontraremos que el fundamento de estas resoluciones, en muchos casos son libros más o menos en boga, tendencias doctrinarias más o menos acertadas en la actualidad; de tal manera ha influido la doctrina en nuestro dere-

cho que viene a tener el carácter de una fuente importante en cuanto a las resoluciones dictadas por los tribunales. Es por esto que los comentaristas, que son reducidos en nuestro medio, tienen importancia decisiva en cuanto a la aplicación de la ley. Naturalmente que cuando los comentaristas son los mismos redactores de la ley, se tiene de hecho la exposición de motivos como fuente directa de la ley.

Por ejemplo, refiriéndose al Código Único de las Obligaciones suizo, a dos autores que han escrito un libro, Rossel y Meltha, se les considera autoridades en materia de interpretación del Código. Así podríamos seguir enumerando en cada uno de los países la influencia de la doctrina respecto a las sentencias pronunciadas por los tribunales. Otro ejemplo lo tenemos en el derecho francés: la influencia decisiva de Portalis, autor relevante y miembro de la Comisión Redactora del Código. En este aspecto, la doctrina tiene una importancia mayor que las otras fuentes del derecho, puesto que no tiene límites de ninguna especie, ya que ve el problema desde un aspecto enteramente técnico, no le importa ir contra la ley misma, no le importa variar la costumbre, no le importa la jurisprudencia. La doctrina aplica la técnica del derecho y llega a una solución general. En cambio, en las otras fuentes del derecho nosotros encontramos algunos vicios, defectos en los juzgadores, en los tribunales al dictar las resoluciones, y más en nuestro medio donde hay innumerables factores que vienen a determinar las resoluciones que se dictan: factores económicos, políticos, de todo género; y mayor será el prestigio de la jurisprudencia cuanto mayor sea el prestigio de los

tribunales que dictan las resoluciones. Pero en nuestro medio, sujeto el Poder Judicial a los vaivenes de la política, a las prebendas a que están sujetos los empleados públicos, no merece gran autoridad nuestra doctrina.

Es indiscutible que conviven en el seno de los tribunales funcionarios probos con funcionarios deshonestos; por uno o varios funcionarios honrados nos encontramos con funcionarios deshonestos. Dentro de la época revolucionaria nuestros tribunales se caracterizaban por la incompetencia de sus funcionarios, abogados anodinos extraídos de la provincia y que obedeciendo a que habían tenido o no participación en las luchas revolucionarias, para premiar sus “méritos en campaña” se les elevaba hasta colocarlos en los tribunales más altos; y el resultado tenía que ser una relación directa entre la competencia y la bondad de las resoluciones dictadas con los méritos políticos.

Cuando vemos que se organiza un partido político, un partido de Estado, y que todos los funcionarios públicos tienen la obligación de ser miembros de ese partido, del Partido Nacional Revolucionario; cuando vemos que el mismo partido tiene dentro de sus funciones la de defender causas, la de patrocinar intereses particulares ante los tribunales, seguramente que las resoluciones que dicten los miembros de ese partido no estarán apegadas a la justicia, ya que dentro de la disciplina del partido está velar por sus intereses. Es entonces cuando coexisten estas dos situaciones que llegan a ser inmorales: el Juez es al mismo tiempo miembro del

partido contendiente en un caso concreto, que se le somete a su jurisdicción, y juzgador imparcial, independiente de la controversia para la cual debe dar su resolución.

Como éste podríamos señalar innumerables casos similares que vienen a conformar una resolución viciosa. Vemos entonces cómo una misma palabra la toma la Corte en innumerables sentidos; cómo la expresión “mediante juicio”, al interpretar el artículo 14 constitucional, establece que debe ser previo; cómo la palabra ‘mediante’, en el artículo 27 respecto a la expropiación, establece que puede ser previa o posterior a la expropiación misma. Esto obedece a que en un caso se le dio una interpretación justa, porque se trataba de intereses meramente teóricos, y en el otro injusta, porque se trataba de situaciones que venían a satisfacer intereses del Estado.

Por tal razón es que en los países que tienen noción exacta de la justicia, el Poder Judicial es el más respetable y respetado de los poderes. Desafortunadamente en nuestro medio el Poder Judicial se encuentra supeditado a los otros poderes. Recordarán ustedes, no hace mucho tiempo de ello, que cuando un Magistrado de la Suprema Corte, el Lic. Truchuelo, adscrito a la Segunda Sala, manifestó su opinión respecto a un amparo pedido por los henequeneros de Yucatán, fue objeto de una manifestación de desagrado y amenazas por parte de diputados y senadores. En cualquier parte del mundo hubiera traído esto una crisis política, porque era una invasión de poderes, una intromisión al interior del Poder Judicial, que dentro de nuestro sistema constitucional tiene la función de equilibrar la

división de poderes. Es decir, lo que le investía de una respetabilidad suma fue objeto de manifestaciones y amenazas y diatribas por parte de los otros poderes.

Así, bajo estas condiciones, el panorama de nuestra jurisprudencia es raquítico, pobre, y como técnica, como doctrina y como jurisprudencia misma, no la podemos tomar en consideración. Vemos que la resolución varía según la persona que interviene en el juicio; es decir, como la veleta varía al impulso del aire. En estas condiciones, la jurisprudencia como fuente, como contribuyente del derecho, es casi la negativa del mismo.

## EL DERECHO CODIFICADO

Nos ocuparemos ahora de la codificación. La codificación ha sido una tendencia que desde épocas remotas se ha manifestado en el derecho. Nos encontramos ahora con los acontecimientos surgidos a la caída de Grecia y el nacimiento de Roma: ya por esta época la legislación solónica y la legislación de los decenviros fueron objeto de codificación. Luego viene la obra más notable de la época antigua en esta materia: la codificación de Justiniano, hecho que adquirió tal importancia de forma que incluso en la actualidad sigue siendo consultada. La relevancia que tiene la codificación en el derecho es la de dotar de unidad a las disposiciones emanadas del poder público y que el pueblo pueda saber, en un momento dado,

cuál es la legislación vigente, cuáles son las disposiciones que tienen carácter de obligatorias, y cuáles las que hay que aplicar en un momento dado. Sin embargo, cuando la codificación adquiere su mayor esplendor es después de aquella época casi de desorden, después de una etapa que media entre la caída del Imperio Romano y el siglo XVIII. En esta época encontramos uno de los movimientos más importantes de codificación surgido a fines del siglo XVIII y principios del XIX: la codificación de Napoleón.

Napoleón se esforzó por crear códigos, y fue tal su afán que cuando se encontraba desterrado en la Isla de Santa Elena, se vanagloriaba más de su Código Civil que de sus batallas y triunfos bélicos. Él decía: “No me importan las cuarenta batallas que he ganado, no me importa ni me halaga el haber sido vencedor en dichas batallas; me halaga el haber dado un Código Civil que perdurará por toda la eternidad, que tendrá estabilidad”. Y es de tal manera vigoroso, de tal manera bueno este Código, que no obstante el tiempo transcurrido sirvió de patrón para los Códigos del mundo civilizado.

Tres son las codificaciones que coexisten a la par del Código de Napoleón: la francesa en primer término, y la germana o austriaca. Naturalmente que hubo ensayos de codificación en Italia y en otros países de occidente, pero al aparecer el Código de Napoleón, las otras codificaciones perdieron importancia, y estas naciones tomaron de la legislación francesa el patrón para sus códigos. De ahí pasaron a España y de España a nosotros. Sólo dos pueblos han resistido a la influencia codificadora napoleónica: el inglés y el ame-

ricano. Ambos países conservan todavía el derecho consuetudinario, un sistema de aplicación de derecho casi primitivo que ha podido subsistir debido a la educación, tradición y respeto a las instituciones que existen al interior de estos pueblos.

En una nación como la nuestra, un derecho consuetudinario no sería nada; si existiendo una norma de derecho objetivo, de derecho escrito, se le vulnera, se le desconoce, se le deja de aplicar, a la hora en que ésta flotara en el ambiente del pueblo no sería ni siquiera un obstáculo para ejecutar los actos más arbitrarios del Estado. Naturalmente que la obra de Napoleón es perdurable, es un texto notable, sin embargo, tropieza con los escollos con que tropiezan todas las grandes obras. Napoleón presentó primero un proyecto de Código Civil; al ser sometido este proyecto al Congreso, el capítulo primero fue objeto de innumerables discusiones. Entonces, la habilidad política de Napoleón hizo retirar totalmente el Código y dijo: “ya que ustedes me están obstaculizando para que yo dicte este código, para que yo los saque de este caos jurídico legal en que no se sabe cuál es la norma aplicable en este momento, no presento ningún proyecto, ningún código, y ustedes a ver qué hacen”.

Vistos los obstáculos sistemáticos que se le ponían al Código, surgió naturalmente la reacción a esos obstáculos y trabas que se le ponían al Código Napoleónico, que no tenían ningún fundamento, y vino la transacción: se pasó el proyecto a una Comisión que lo estudió, y ésta reunió a los miembros de la Comisión Redactora, y sin

más el proyecto fue aprobado por el Congreso. Lo mismo sucedió con otros códigos que se propusieron: el de comercio, etcétera. Desgraciadamente el derecho, siguiendo la ley de la evolución spenceriana, va pasando de lo homogéneo a lo heterogéneo.

En un principio, si analizamos el derecho, por ejemplo las XII Tablas, encontraremos disposiciones de derecho de toda clase: de derecho civil, penal, de procedimientos, etcétera. Pero a medida que el mundo va progresando, va evolucionando, se van diferenciando estos órdenes y van surgiendo ramas especializadas. Así, al paso del tiempo hemos asistido al nacimiento de diversos derechos: por ejemplo, el Código de Napoleón no destinaba sino unos cuantos artículos a la materia del trabajo; y posteriormente vemos surgir el derecho industrial y el obrero.

En tal situación hemos visto surgir también el derecho agrario que antes se encontraba refundido en la parte relativa a la propiedad; hemos visto surgir también el derecho mercantil, primero con el civil y después se va disgregando el mercantil para ir formando leyes propias, derechos propios. Surge así la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley de Sociedades Mercantiles, la Ley General de Vías de Comunicación, y cada una de ellas viene a conformar una unidad, viene a tener tanta importancia tal número de articulados, como el código mismo. Sin embargo, esto trae como consecuencia que se va perdiendo la unidad, la facilidad para encontrar disposiciones vigentes, y entonces surge la necesidad de especializar a los abogados; es decir, los abogados tienen que especializar sus funciones, siguiendo la ley

sociológica de la división del trabajo, pues es imposible que un solo abogado pueda abarcar todas estas disposiciones que van adquiriendo autonomía propia, independencia y criterios disímboles según las relaciones que regulan. Al mismo tiempo nos encontramos nosotros con la tendencia propia de la escuela socialista.

## *Séptima Clase*

 Comentamos en la clase pasada sobre las tendencias socialistas; decíamos que el surgimiento de instituciones sociales venía a coadyuvar en el surgimiento de una nueva rama del derecho: el social.

### DERECHO SOCIAL

La escuela socialista se caracteriza porque el Poder Ejecutivo, por medio del derecho administrativo absorbe parte del derecho privado; entonces, nace y florece el derecho administrativo cuando presenta diversas facetas, y va correspondiendo a cada una de estas facetas una disposición, un reglamento o una ley especial. Como consecuencia de lo anterior, la aplicación del derecho se hace casi un logogrifo, no sólo por las diversas ramas de esta materia sino por la especialidad propia de alguna de ellas. Hoy sabemos el grado

de complicación que existe para descubrir cuál es la disposición vigente en materia fiscal, cuál es la vigente en materia de Ley del Timbre, cuál la tarifa en materia aduanal. Todos los días cambian y aparece una dificultad y llegan hasta el absurdo de que la estabilidad del derecho está sujeta a los cambios constantes, a tal grado que se ha emprendido la moda de leyes de Mestas sustituibles para poder cambiar muy frecuentemente el texto de los artículos mismos.

Eso es lo que ha sucedido con esta serie de disposiciones contradictorias, ilógicas, que se dictan frecuentemente. De aquí que la importancia de la codificación sea enorme; es importante porque hace fácilmente aplicable y conocible el derecho. Este es, en mi concepto y en el de muchos autores, la importancia de la codificación; pero desgraciadamente, en parte por las exigencias sociales, en parte por la división de que hablábamos hace un momento, y por culpa de esta tendencia de ir acaparando, de ir atrayendo hacia el derecho administrativo la mayor parte del derecho privado, se hace imposible, actualmente, una codificación más o menos perfecta.

Dejemos a un lado la codificación y ocupémonos ahora de un problema que ha preocupado a los juristas de todas las épocas: el problema de establecer una distinción entre derecho público y derecho privado.

## DERECHO PÚBLICO VS. DERECHO PRIVADO

Todas las clasificaciones doctrinales encaminadas a resolver el problema obedecen a un procedimiento lógico; sin embargo, al mismo

tiempo forman parte de un método lógico. Todas las clasificaciones son más o menos arbitrarias, dependiendo del punto de partida: si tenemos, por ejemplo, 20 libros de distintos tamaños, de diversos colores, de distintos grosores y distintos autores, podremos clasificarlos, según el punto de partida, por autores, por materias, tamaños, colores, número de páginas, etcétera. Esta clasificación obedecerá a la forma en que nosotros queramos hacerla, y ésta presenta dificultades cuando se trata de objetos que se pueden palpar, contar, que se pueden ver, cuando la clasificación se hace sobre temas de derecho, sobre algo social, entonces es muy complicada.

Esto es, todo lo social se encuentra relacionado, todo lo social tiene una íntima conexión. Nosotros no podemos determinar cuáles son los factores que intervienen en el derecho; no podemos decir cuál interviene más, cuál menos, entonces, toda clasificación que se haga en torno al derecho seguramente tendrá que ser una clasificación imprecisa. No podemos cortar el derecho como si se tratara de un jabón, no podemos hacer dos partes que no tengan una íntima relación entre sí; siempre encontraremos que existe correlación íntima entre el derecho privado y el público. Es por esto que innumerables tratadistas han intentado hacer una clasificación precisa, categórica del derecho público y del derecho privado, y encontramos que cada una de estas clasificaciones, cada una de estas propuestas para clasificar el derecho, presentan situaciones que no resuelven la distinción que se pretende. Pero al mismo tiempo existe un gran número de supuestos que quedan comprendidos dentro del derecho público, cuando son en realidad del derecho privado, y viceversa. Estamos, entonces, ante un problema de difícil solución.

En la clase pasada intentamos establecer algunas clasificaciones propuestas en materia de derecho público y derecho privado. Comentamos que las clasificaciones se hacían por medio de procedimientos lógicos; procedimientos empleados para agrupar cosas aparentemente disímbolas, buscando semejanzas, señalando diferencias, para después deducir determinadas consecuencias. Siguiendo este procedimiento lógico, el derecho se ha ordenado en diversos grupos o clasificaciones, a fin de establecer reglas generales para estos conjuntos, reglas que tengan aplicación para el propio derecho; sin embargo, tropezamos con la dificultad de poder clasificarlo de forma contundente, categórica. Esto es, siendo el derecho un producto social en el cual intervienen innumerables factores, y siendo lo social complejo por el número de elementos que intervienen en su integración, es difícil determinar un grupo enteramente separable de los otros. Dicho de otra manera, si el derecho se nos presenta como una relación multivariada, indiscutiblemente que en todas sus manifestaciones, sean de derecho privado o de derecho público, siempre encontraremos estrecha relación entre una y otra; es decir, cuando se trata de determinar la primera clasificación entre ellos no podemos marcar una línea recta que separe el campo entre uno y otro.

Ahora bien, sabemos que la existencia del derecho privado está supeditada, de cierta manera, a la existencia del derecho público. Si el derecho privado, como todo derecho, tiene que emanar del Estado, he ahí la íntima relación de éste con el derecho público. No podríamos concebir un derecho civil sin la existencia de un derecho constitucional que lo rijan, que organice al Estado y al poder,

porque el derecho constitucional es la base de organización del Estado mismo. Es por eso que han surgido innumerables tendencias encaminadas a definir qué debe entenderse por derecho público y qué debemos entender por derecho privado; es decir, resulta en ocasiones difícil precisar cuándo se está en presencia de una norma de derecho público y cuándo en presencia de una de derecho privado, aun y cuando las manifestaciones de uno y otro son distintas. Sin embargo, la práctica nos permite distinguir una de otra.

Ahora bien, el derecho público es intocable. Mientras el derecho público no está sujeto a renuncia, a transacción, el derecho privado consagra intereses particulares y puede ser modificado por las partes, ya que sólo a ellas afecta. Pero naturalmente que cuando el Estado dicta normas de derecho privado lo hace en bien de la colectividad, no obstante que garantiza intereses privados. La colectividad misma está interesada en que se cumplan las normas del derecho privado; viene entonces la interferencia de intereses y el criterio del interés no puede darnos una idea para precisar cuándo se trata de una clase de derecho y cuándo de otra.

Los primeros que marcaron un criterio, y propusieron uno para ese efecto fueron los romanos. Éstos decían: hay que tomar en cuenta el término *utilitas*, es decir, será una norma de derecho público cuando sea de utilidad pública; será norma de derecho privado cuando su destino sea de utilidad privada. Aparentemente esto aporta un criterio para distinguir el derecho público del privado, sin embargo, en el fondo no es sino desplazar el problema: ¿cómo podría-

mos determinar cuándo se está en presencia de una norma de utilidad pública y cuándo en presencia de una norma de utilidad privada? Por otra parte, si vemos que cuando el Estado dicta una norma exclusiva de derecho privado lo hace en bien del Estado mismo, pensando en otros factores además del de utilidad, en el de protección, ya que en el derecho romano mismo se dictaban las normas teniendo en cuenta la utilidad, indiscutiblemente que el fin con que se dicta la norma debe tener importancia para distinguir entre derecho público y derecho privado. Todavía más, el sujeto de la norma debe tener también una intervención en esta distinción: hay normas en las cuales el sujeto es el Estado, y otras en donde el sujeto es el individuo. Entonces, estos nuevos elementos nos deben orientar para determinar cuándo se trata de una norma de derecho público y cuándo de derecho privado.

Todavía encontramos que existen innumerables normas en que el Estado no es propiamente sujeto de ellas. Hay algunas organizaciones secundarias, algunas descentralizaciones del Estado que son en muchos casos sujetos de las normas. Por ejemplo, en nuestra organización constitucional los Estados, como componentes de la Federación, son sujetos de normas; encontramos normas en las cuales los Municipios son los sujetos de las mismas, y todo esto viene a formar el derecho público, todo esto conformará normas de derecho público. Es por ello que se ha definido al derecho público como el conjunto de normas que regulan la organización y actividad del Estado y demás entes políticos de menor importancia, disciplinando las relaciones entre los ciudadanos y estas organizaciones políticas.

Y se ha definido al derecho privado como el conjunto de normas que regulan las relaciones de los particulares entre sí, o las relaciones de éstos y el Estado. Sin embargo, nos encontramos con el supuesto de que el Estado tiene una doble personalidad, una doble manifestación. Esta doble manifestación se ve, por ejemplo, cuando el Estado obra como poder soberano, cuando se organiza; cuando el Estado, siguiendo la teoría de Jellinek, se autolimita, entonces actúa como poder soberano. En cambio, cuando el Estado está ejerciendo, está contratando determinada prestación; cuando es propietario de un edificio y celebra un contrato de arrendamiento con un particular, entonces no obra como Estado, sino como particular. En este caso, no obstante que se trata de una relación entre un particular y el Estado, no estamos en presencia de una norma de derecho público, sino de derecho privado.

Por ejemplo, cuando el Estado cobra un impuesto en virtud de un adeudo fiscal o se adjudica un bien, está obrando como entidad de derecho público; pero cuando ese bien entra en su patrimonio, toda la organización del bien mismo será de derecho privado. Así consagra nuestra ley este supuesto: en materia de bienes distingue entre bienes de uso público, bienes comunes, bienes propios del Estado, etcétera. Mientras los primeros no están sometidos a la prescripción, son imprescriptibles e inalienables, los segundos sí lo están, ya que no están destinados a un fin público. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Suprema Corte al distinguir esta doble personalidad del Estado: cuando obra como entidad particular, como una corporación cualquiera, como una sociedad, como persona

jurídica de derecho privado, y cuando el Estado obra como Estado mismo, ejerciendo actos de soberano.

En consideración de esta doble distinción, ha habido autores que creen que la clave para distinguir el derecho público del privado está en el contenido patrimonial de las normas. Se dice que cuando el Estado ejerce su soberanía y dicta una norma de contenido patrimonial, ésta será de derecho privado; y cuando el Estado dicta una norma que no tenga contenido patrimonial, entonces se está en presencia de una norma de derecho público. Sin embargo, en la legislación encontramos que hay innumerables normas de contenido patrimonial que son de orden público, aunque forman parte del derecho privado. Entonces, bajo este supuesto no podríamos admitir la teoría que funda la distinción en el contenido patrimonial de las normas.

Por otro lado, hay autores que pretenden distinguir el derecho público del privado considerando el fin público o privado de una norma; pero veíamos que en el derecho romano la utilidad no era elemento suficiente porque implicaba aspectos parciales del problema. El fin perseguido en el derecho no sería sino un aspecto parcial del mismo. Advertimos que hay derechos de orden público, derechos públicos que tienen un fin particular, un fin exclusivamente privado, y el fin de todo derecho privado es un fin al mismo tiempo privado y de la colectividad, más ahora que se habla de la tendencia que se ha dado en llamar socialización del derecho, esto es, conceder a los particulares el derecho, no como particulares

sino en función de la sociedad misma. Entonces, no podríamos distinguir el fin privado del fin público; porque todos los fines del derecho estarían en función de la colectividad.

Incluso encontramos nosotros algunos autores que creen que lo que distingue las normas del derecho público de las del privado es la acción; esto es, cuando se trate de una acción pública, será una norma de derecho público, cuando se trata de una acción privada, entonces será una norma de derecho privado. Pero si sabemos que la acción no es sino el medio necesario para hacer valer un derecho, y que no puede existir una acción sin el derecho mismo, entonces estamos eludiendo el problema; será difícil determinar cuándo se trata de una acción pública y cuándo de una privada, porque lo que vendrá a determinar la naturaleza de la acción será el derecho; luego entonces, esta doctrina no nos proporciona un criterio para distinguir una de otra.

En realidad, como podemos advertir, el problema es complejo, es casi insoluble, y esto se debe a la naturaleza misma del derecho. Si observamos, por ejemplo, que en una clasificación zoológica se encuentran puntos de interferencia entre los diversos grupos, en el derecho estos grupos frecuentemente se confunden. Pero todavía se complica más el problema cuando encontramos, dentro de lo que se ha dado en llamar derecho privado, dentro de las normas de derecho privado, innumerables disposiciones que tienen el carácter, si no de derecho público sí los mismos efectos de estas normas.

Ahora bien, si analizamos algunas normas del derecho civil, encontraremos que muchas de ellas no son renunciables, que muchas se encuentran sujetas a lo previsto por el artículo 6o. del Código Civil: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”; aspecto relacionado con el 7o.: “La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia”; y completa esta idea, lo citado en el artículo 8o.: “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

Vemos, en consecuencia, cómo dentro de las normas del derecho privado, la colectividad y el Estado mismo tienen interés en que esas normas no estén sujetas a la voluntad de los particulares; que esas normas se apliquen en forma precisa y categórica. La renuncia de ese derecho privado no produce efecto: esto es lo que se ha dado en llamar de orden público; estas normas son de orden público aunque no revistan esa naturaleza, los sujetos presentan los mismos caracteres que los de las normas del derecho público.

Por ejemplo, en materia de arrendamiento tenemos innumerables disposiciones del Código que dicen: cuando el inquilino ha hecho determinadas mejoras —mejoras de consideración—, y se le rescinde el contrato antes del término fijado en el mismo, el propie-

tario estará obligado a indemnizarlo por el valor de las mejoras hechas, pues se considera que el inquilino no pudo resarcirse de los gastos efectuados para gozar de la cosa por el plazo fijado. Agrega la norma: “esta norma, esta disposición no es renunciable”. De manera que aun cuando en el contrato se renuncie al derecho de reclamar la cantidad invertida por concepto de obras, no produce ningún efecto. También, entre otras muchas disposiciones, tenemos aquella que establece la ley en materia de compraventa en abonos. Cuando la compraventa se rescinda por falta de cumplimiento del contrato, la ley establece que el comprador tiene derecho a que se le devuelva la parte del precio que ha pagado, a cuenta de la cosa comprada; y el vendedor tiene derecho a exigir una renta por el uso de la cosa vendida durante el plazo en que se ha usado la cosa; además de que el comprador tiene asimismo derecho a los intereses, y se establece que esta norma no es renunciable (art. 2311):

Si se rescinde la venta, el vendedor y el comprador deben restituirse las prestaciones que se hubieren hecho; pero el vendedor que hubiere entregado la cosa vendida, puede exigir del comprador, por el uso de ella, el pago de un alquiler o renta que fijarán peritos, y una indemnización, también fijada por peritos, por el deterioro que haya sufrido la cosa. El comprador que haya pagado parte del precio, tiene derecho a los intereses legales de la cantidad que entregó. Las convenciones que impongan al comprador obligaciones más onerosas que las expresadas, serán nulas.

Vemos en este caso, como en muchos otros, que esta norma no afecta sino intereses particulares, que no afecta sino intereses de los

individuos; está protegida por la ley, y la hace intocable, la equipara a las normas de derecho público no obstante que son normas de derecho privado.

Para no romper el concepto tradicional de esta clasificación tan antigua, surgida del genio de los romanos, se ha ideado la teoría de normas de orden público, y en función de este orden, dichas normas se equiparan a las de derecho público aun cuando no forman parte de él. Como este supuesto pueden encontrarse innumerables dentro de las leyes del derecho privado: en derecho mercantil, en el civil; dentro de cualquier rama del derecho privado siempre habrá disposiciones que tengan el carácter de disposiciones de orden público. Son disposiciones dictadas en virtud de dicho orden, que el Estado ha querido hacer intocables por la autonomía de las partes. Una de las principales manifestaciones de las corrientes actuales del derecho, es la de impedir que estas modificaciones puedan efectuarse libremente, por voluntad de las partes; es decir, se pretende limitar, cada vez más, la voluntad individual, imponer la voluntad de la colectividad. Es lo que se conoce con el nombre de socialización del derecho.

El derecho no se otorga, como decíamos hace un momento, en función del individuo, sino en función de la sociedad. Un derecho concedido a un particular no se concede como tal sino como formando parte de la sociedad. Es por esto que cada vez se va haciendo mayor el número de normas, el número de disposiciones que no pueden ser modificadas por los particulares.

No obstante, al mismo tiempo encontramos normas que tienen el carácter de supletorias dentro de la voluntad de los particulares, normas que son sustitutivas. Así, por ejemplo, tratándose de un contrato de compraventa, la ley fija el criterio general, la regla general para las consecuencias que se derivan de ése contrato. Si las partes no estipulan otras consecuencias, si las partes simplemente dicen: “celebramos un contrato de compraventa”, del acuerdo de voluntades se desprende que se trataba de celebrar un contrato de ese carácter y se aplican las condiciones del mismo. En cambio, si las partes fijan determinadas consecuencias: la forma de pago, de entrega, del riesgo, estas normas serán las que vengán a regir las consecuencias de este contrato, porque se considera que solamente afectan a los particulares, y que éstos tienen derecho a renunciar a la facultad que la ley les reconoce. Pero eso que tuvo su origen, principalmente, en la teoría de la renuncia del derecho individual en beneficio de la colectividad para venir a formar el Estado, ya sea por la ficción de un pacto según la teoría de Rousseau, se ha visto que en la actualidad no tiene aplicación, que no se puede renunciar a determinados derechos.

Por otra parte, el Estado tiene una existencia independiente de la voluntad de los individuos; es por ello que se considera que el individuo no puede romper esas relaciones, no puede desconocer esos derechos, y cada vez más se va restringiendo la autonomía de su voluntad, la cual constituyó uno de los principios básicos del Código de Napoleón. Con esto damos por terminada la clasificación del derecho en derecho público y derecho privado.



## *Octava Clase*

### CLASIFICACIONES

Ahora nos vamos a ocupar de la subclasificación del derecho público y del derecho privado. Desde luego para empezar podemos hacer una subdivisión del derecho público: éste se ha dividido en derecho público externo y derecho público interno. Dentro del externo se encuentra el derecho internacional, el cual se divide a su vez en derecho internacional público y derecho internacional privado.

Ahora bien, el derecho internacional se origina como consecuencia de las doctrinas del derecho natural. Hugo Grocio fue uno de los primeros tratadistas del derecho internacional. Sin embargo, el derecho internacional no ha sido considerado como tal, por algu-

nos autores, quienes lo han hecho objeto de severas críticas, afirmando que si el derecho es impuesto por el Estado, si el derecho emana del Estado, y no existe un super Estado que imponga a otros Estados libres y soberanos normas de derecho, indiscutiblemente no se puede hablar de un derecho internacional. La misma crítica que se hacía a la escuela del derecho natural se ha hecho a quienes consideran el derecho internacional como un derecho: ¿cuál sería la sanción por la violación de una norma de derecho internacional? Si existe un tribunal, un ser superior que juzgue sobre la violación misma, no podría existir ese derecho. Este derecho es, al igual que el derecho natural, un derecho que no obra, y “el derecho que no obra es como el aire que no sopla”, se ha dicho.

Sin embargo, si examinamos las diversas situaciones del derecho internacional, vemos cómo no son propiamente situaciones de derecho sino situaciones de hecho. Son innumerables las disposiciones que se consideran como principios consagrados del derecho internacional, aunque no presentan el carácter de una norma jurídica. Así, por ejemplo, dentro del derecho internacional se considera una situación de hecho —que debe reconocer el derecho—, el bloqueo, es decir, el impedir que se comunique determinada región, determinado puerto con el exterior. Para que el bloqueo exista es necesario que sea efectivo, es necesario que se haya roto toda comunicación con el exterior, entonces viene la abstención de los demás Estados para no romper ese bloqueo.

Pero, ¿cuál sería la sanción si un Estado violase ese bloqueo? Indiscutiblemente, no tendría más consecuencias que la guerra, la

violencia y el derecho se ha dictado precisamente para desplazar todo género de violencia; si no se lograra esto se regresaría al derecho primitivo, al derecho del más fuerte, que es la negación del derecho mismo. No siempre la fuerza y la justicia coinciden, sino por el contrario, parece que la fuerza excluye la justicia. Generalmente el fuerte abusa de su fuerza en perjuicio del débil, que no esgrime sino la razón y la justicia. Empero, estas situaciones de hecho han sido reguladas por medio de tratados, por medio de compromisos entre Estados libres, soberanos y se han llegado a conformar una serie de normas, de doctrinas, que han sido admitidas y que vienen a constituir el derecho internacional. Un ejemplo de lo anterior es el caso del bloqueo de Bilbao.

Ha habido ensayos para crear una entidad superior que aplique las normas del derecho internacional; no obstante, esa entidad superior ha fracasado debido a que su fuerza depende de las partes integrantes que la componen. Con el Tratado de Versalles, con los famosos quince puntos del Presidente Wilson, surgió la Liga de las Naciones, una especie de Superestado que debía juzgar las situaciones de hecho para aplicar sanciones, imponerlas dentro de un orden jurídico. Sin embargo, ha sido evidente el fracaso de la Liga ante innumerables situaciones. Cómo la fuerza se va imponiendo dentro de ese equilibrio inestable en que se encuentra Europa, el fracaso de la Liga de las Naciones es palpable. No obstante las innumerables declaraciones hechas por esta sociedad en el caso de Abisinia: contra todo derecho contra toda razón, Italia ocupó, hizo suyo y dominó lo que antes constituía un Estado autónomo, un Estado soberano; hemos visto cómo

se han violado innumerables tratados, cómo se entra en transacciones casi mercantiles, para disponer de la fuerza de los votos dentro de la Liga de las Naciones. Más que un tribunal, más que un Superestado, la liga viene a ser algo grotesco y podemos asimilarlo a una casa de comercio, en donde los intereses de los Estados se ponen a remate; en donde todos tratan de obtener determinadas compensaciones, por hacer justicia o por hacerse disimulados. Sin embargo, es un hecho indiscutible, que cuando menos, existen normas que son el ideal de los Estados. Estas normas emanadas de convenio, de convenciones, son lo que constituye el derecho internacional, y tienen como sanción única la crítica de los demás Estados.

Decíamos que dentro del derecho internacional encontramos una doble clasificación: el internacional público y el internacional privado. Las normas de derecho internacional público son las que se refieren a los Estados mismos; las del internacional privado se refieren a los conflictos de leyes en cuanto al lugar de aplicación de la ley, pero afectando intereses de los nacionales de dos Estados diversos. Por ejemplo, un mexicano que viaja a una nación extranjera, a Francia, y en consecuencia tiene bienes tanto en México como en Francia; hace testamento, pero las formalidades establecidas para éste son diversas en México y en Francia; ese acto va a tener efectos tanto respecto de sus bienes en Francia como México. Surge entonces el problema de determinar cuál sería la forma que debería regir ese acto.

Nuestra legislación ha resuelto el problema aplicando al efecto el artículo 15 del Código Civil:

Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito o de los Territorios Federales, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código, cuando el acto haya de tener ejecución en las mencionadas demarcaciones.

En esta tesitura, es un principio admitido desde el derecho romano, que la forma de un acto se rige por la ley del lugar donde éste se celebra: *locus regit actum*, decían los romanos. No obstante encontramos algunas otras situaciones inherentes al individuo en que la ley del lugar donde éste se encuentra no tiene aplicación; por ejemplo, todo lo que se ha dado en llamar “estatuto personal”, aquello que es inherente a la persona, lo que tiene que ver con modificaciones de la persona; por ejemplo: un mexicano cumple la mayoría de edad a los 21 años; cualquiera que sea el país o la nación a donde vaya, será considerado como mayor de edad a los 21 años, independientemente de que en dicho país la mayoría de edad se cumpla a los 19, 23 o 25 años, ya que este estatus se considera inherente a la persona misma. Esto es lo que se llama “estatuto personal”, esto es, aquel conjunto de normas, de cualidades inherentes a la persona, que serán observadas en el lugar en que se encuentre; es decir, se aplicarán siempre según la ley de origen.

Ahora bien, los problemas que se pueden presentar en los convenios entre personas de distinta nacionalidad son variados y de gran

complejidad. Todos estos problemas, la forma de resolverlos, las normas aprobadas por convenios, es lo que viene a constituir el derecho internacional privado. Tanto el derecho internacional público como el derecho internacional privado constituyen el derecho público externo.

En cuanto al derecho público interno, nos encontramos en primer lugar el constitucional. Los Estados tienen, desde luego, para ser considerados como tales, la facultad de autolimitarse, de dictar ellos mismos las normas básicas de su organización. Bajo esta facultad, para algunos tratadistas de derecho público es donde radica la soberanía que el propio Estado ejerce. La facultad de autolimitarse, dice Jellinek, es lo que viene a constituir la soberanía del Estado. Por esta facultad el Estado tiene la obligación de dictar las normas constitutivas del Estado mismo; este conjunto de normas destinadas a organizar al Estado, es lo que constituye el derecho constitucional.

En el derecho constitucional encontramos la forma mediante la cual el Estado realizará sus fines; la forma en que el Estado podrá ejercer sus poderes; además, encontramos la relación, las bases generales, los principios fundamentales de las relaciones entre el Estado y los individuos que lo componen. Así, si examinamos el texto de nuestra Constitución Política, veremos que la primera parte se refiere a las garantías individuales; después hablará de los derechos que la Constitución otorga a los gobernados, es decir, la clasificación de nacionales y extranjeros; de la forma de gobierno; de quién y por

quiénes se ejerce la soberanía; de la división de poderes; de las facultades y obligaciones de cada uno de estos poderes; del funcionamiento de los mismos; de la forma en que funciona dentro de nuestra Constitución el Estado, la Federación y cada uno de los componentes de ésta, de las relaciones entre los Estados y la Federación, etcétera.

Como una consecuencia del derecho constitucional surge el derecho administrativo. Dentro de la división tripartita de poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial (tomada de las ideas en boga en la Constitución francesa, debidas principalmente a Montesquieu, y antes inspiradas en la función federativa inglesa de Locke), encontramos las funciones del Poder Ejecutivo vinculadas a la administración del Estado; un poder que convive con el Legislativo, el cual se encarga de dictar las normas, y con el Poder Judicial, quien aplica dichas normas.

El Poder Ejecutivo tiene que hacer todo lo necesario para la aplicación de esas normas. Entonces aplica la facultad que le otorga la fracción I del artículo 89 de la Constitución Federal, que consiste en la facultad reglamentaria de proveer a la exacta observancia de las normas; pero éstas no son sino principios generales, y es necesario dar reglamentos para que esos principios puedan aplicarse. Las normas de carácter secundario y los reglamentos los dicta el Poder Ejecutivo; esto es, la forma en que se debe administrar el gobierno, la forma en que el Estado cumple con esas funciones, es lo que viene a constituir el derecho administrativo, el cual está conformado por

un conjunto de normas en virtud de las cuales el Estado ejerce su función de administrador. La modalidad en que se establecen los servicios públicos y la forma como los ejecuta el Estado, viene a ser una parte inherente del derecho administrativo. Naturalmente que este derecho administrativo, dentro de la tendencia actual inspirada principalmente por las tendencias socialistas, tiene gran relevancia.

Tenemos igualmente el derecho penal, rama que también forma parte del derecho público interno. Dos son las formas en que el Estado puede garantizar el régimen jurídico del mismo: bien previniendo, bien corrigiendo a aquéllos que violen el régimen jurídico; ya sea por medio de lo que Ferri llama “la policía preventiva” o “bien la policía represiva”.

El derecho penal está inspirado en dos principios fundamentales: a) no puede haber delito si no está tipificado como tal por la ley, y b) no puede imponerse una pena que no esté establecida en la norma penal. Alrededor de estos dos principios han girado todas las escuelas del derecho penal, ya sean las antiguas escuelas de represión, ya las modernas escuelas de educación; pero en ambas escuelas el derecho penal trata de garantizar el régimen jurídico del Estado, imponiendo sanciones, correcciones a aquéllos que violen ese derecho.

Por último nos encontramos con el derecho procesal. Aquí existe una gran diversidad de criterios entre las escuelas alemana o

italiana y la escuela francesa. La escuela francesa considera que únicamente el derecho procesal penal puede formar parte del derecho público, en tanto que las escuelas italiana y alemana consideran que el derecho procesal civil tiene, forzosa y necesariamente, que formar parte del derecho público. Se dice que si la acción que se ejercita es una acción que solamente tiene interés particular, si solamente se ventilan intereses particulares —dicen los franceses— ¿cómo es posible que esa acción pueda ser considerada como derecho público? En cambio, los tratadistas italianos dicen: indiscutiblemente se trata de un interés particular el que se ventila en una contienda judicial de orden civil, pero el Estado está interesado en que no se vulneren sus normas, en que no se violen sus derechos, y una vez cometida la violación, debe repararse. Por ello ese procedimiento tiene, forzosa y necesariamente, que ser considerado como derecho público, tiene que ser sancionado por el Estado.

Es indiscutible que dentro de la ley procesal pueden existir disposiciones aisladas que solamente se dicten en interés de los particulares, muchas de las cuales podrán ser renunciables, pero la mayoría de las normas, la mayoría de los términos, la mayoría de las formas previstas por la ley, no pueden quedar al arbitrio de los particulares; tendencia que ha sido aceptada por nuestro actual Código de Procedimientos Civiles, al establecer que no podrán modificarse las formas establecidas por él.

Dentro de estas normas encontramos otros derechos que han ido adquiriendo autonomía, y que en la actualidad constituyen otras

ramas del derecho: tenemos el caso del derecho industrial y del agrario. Ambos forman parte indiscutible del derecho público: el derecho agrario surge como consecuencia de lo establecido en el artículo 27 de la Constitución Federal, el derecho obrero o industrial, deriva de lo preceptuado en el artículo 123 constitucional, considerado éste como ley reglamentaria de aquél.

## Novena Clase

La clase anterior terminamos una breve clasificación del derecho público, hoy nos ocuparemos de las divisiones del derecho privado. En el derecho privado siempre se ha considerado, como formando parte de él, como médula del derecho privado, al derecho civil. A partir del derecho romano ya se distinguía el *jus civile* del *jus gentium*, formando parte del *jus civile* las normas que venían a regir las relaciones de los particulares. El derecho civil, siguiendo el patrón marcado por el Código de Napoleón, se ha dividido en tres partes fundamentales: la primera relativa al derecho de familia; la segunda, a la organización de los bienes y, como consecuencia de éste el derecho de sucesión y, por último, la parte referente a las obligaciones y contratos.

Dentro del derecho de familia se han incluido en el Código Civil preceptos que no vienen a constituir, por sí mismos, normas

de derecho privado, pero que se han considerado dentro del Código Civil como lugar más adecuado para ser reglamentados. En este Código nos encontramos, por ejemplo, todo lo relacionado con la organización familiar, el matrimonio, y las obligaciones que se derivan del vínculo familiar. Estas obligaciones, más que de derecho privado en cierto modo constituyen obligaciones de orden público. Desde el antiguo derecho romano encontramos que el cumplimiento de determinadas normas no estaba sujeto a la voluntad de los particulares: por ejemplo, lo relativo a la constitución de la dote, a la obligación de dar alimentos; asimismo, en nuestro Código Civil encontramos que no está sujeta a la voluntad de las partes la formación, constitución o modificación del matrimonio; ya que la ley ha establecido la forma en que debe formalizarse el matrimonio.

Sobre este tópico podríamos distinguir dos situaciones: las normas constitutivas que se refieren al matrimonio mismo, y las que se refieren a las consecuencias patrimoniales del matrimonio. Mientras las primeras no están sujetas a modificación por parte de los particulares, las segundas sí están sujetas a estipulaciones de los mismos. Por ejemplo, se discutió hace poco tiempo si los particulares podían modificar la constitución del matrimonio, si el matrimonio se podría celebrar por un plazo fijo, por un tiempo determinado, ya que la ley no establecía esa disposición, y la autonomía de las partes podía venir a establecer un término durante el cual estuvieran vigentes las obligaciones del matrimonio, durante el cual existiera el vínculo matrimonial. Al respecto la Suprema Corte decidió que los particulares no podían

modificar esa institución establecida en la ley, porque no era una figura exclusiva de derecho privado, y no estaba sujeta a la autonomía de las partes; era una institución regida por normas de derecho privado que, sin embargo, formaba parte del orden público.

En la misma línea encontramos, en materia de obligación alimentaria, disposiciones en las que se prohíbe a los particulares transigir en la obligación de dar alimentos, deber que la ley impone a los parientes dentro del cuarto grado. Sin embargo, es válida la transacción sobre alimentos vencidos, porque en este caso no se transige sobre la obligación, sino sobre una deuda que tiene el deudor alimentario en favor del acreedor; deuda que tiene ya un contenido esencialmente patrimonial. Esto es, la obligación futura de dar alimentos en proporción a la necesidad del que los solicita, y en proporción a la capacidad económica del que los da, no puede estar sujeta a transacción porque se considera que es fundamental para la organización familiar.

Por otra parte, respecto a los bienes encontramos innumerables disposiciones que también tienen el carácter de orden público: la organización de la propiedad, los límites que se le imponen, el uso y aprovechamiento de ésta. Las modalidades fijadas por el artículo 27 constitucional no pueden estar sujetas a la voluntad de las partes ni estar sujetas a convenios. Lo mismo sucede tratándose de la sucesión. Las formalidades establecidas por la ley para poder disponer de los bienes después de muerto el autor de la sucesión, no están sujetas a la voluntad de las partes, no basta que la

voluntad se exprese si no se cumple con las formalidades establecidas por la ley. Si se pretende, por ejemplo, otorgar testamento público abierto y no se otorga con la solemnidad establecida por la ley, no obstante que ha sido la voluntad del autor de la sucesión disponer de sus bienes, no puede producir efectos esta voluntad, porque no ha reunido los requisitos esenciales establecidos por la ley.

En materia de contratos es en donde todavía vemos una mayor influencia, ya que en la actualidad rige la teoría de que las partes pueden obligarse, en la forma y términos que aparezca que quisieron hacerlo. En este caso, la autonomía de las partes para establecer las obligaciones es casi absoluta; sin embargo, la ley ha impuesto determinadas restricciones, determinadas limitaciones a esa autonomía de la voluntad, y encontraremos algunas disposiciones, como estudiábamos en clases pasadas, que vienen a impedir que esa autonomía modifique el orden jurídico establecido; es decir, algunas disposiciones sobre las que el orden público está interesado en que se cumplan y no puedan ser modificadas por las partes. Esto es, más o menos, el esquema que constituye el derecho civil, derecho que forma parte central del derecho privado.

Junto al derecho civil ubicamos otra rama del derecho privado que tiene gran relevancia, tal vez tanta o más que el derecho civil: el derecho mercantil. En un principio encontramos, principalmente dentro del derecho romano, que el derecho civil y el derecho mercantil coincidían, estaban unificados, no había una diferen-

ciación entre una y otra rama del derecho. Esto se debía a dos causas principales: a la formidable organización del derecho romano, la institución del *pretor*, la cual iba creando acciones, excepciones, para llenar los huecos que la ley civil no preveía con respecto a las obligaciones mercantiles. Cuando se presentaba una situación jurídica que debía formar parte del derecho mercantil, no habiendo disposición expresa dentro del *jus civile*, entonces creaba el pretor una acción o una excepción para resolver esos casos no previstos por la ley; casos como la acción *exercitoria* y la acción *institoria*. Todavía dentro del derecho italiano y dentro de nuestro derecho, encontramos consagradas por el Código de Comercio tanto una como otra, y en el derecho italiano se conserva todavía el nombre de *institor*, tomado del derecho romano.

La situación de la época era ésta: el comercio no era muy bien visto dentro del imperio romano, sin embargo, se efectuaban transacciones mercantiles. Un romano ponía al frente de un establecimiento mercantil a un esclavo; este esclavo efectuaba contratos, contraía obligaciones con terceros, quienes se veían en la imposibilidad de hacer efectiva la obligación contraída por este esclavo, en los bienes del dueño del establecimiento, ya que éste no había contraído esa obligación. Entonces el pretor creó la acción *institoria*, en virtud de la cual, el tercero que hubiese contratado con el esclavo podía perseguir el cumplimiento de la obligación en los bienes del verdadero dueño del negocio.

Una acción similar a la anterior es la *exercitoria*: acontecía que un romano ponía al frente de una embarcación a un esclavo;

éste, para el desempeño de sus funciones, contraía obligaciones, celebraba contratos con terceros, y éstos se veían en la imposibilidad de exigir al verdadero beneficiario de la explotación de la embarcación, el cumplimiento de la obligación, porque no habían celebrado los contratos con él, aplicándose en consecuencia la regla del derecho romano: *res inter alios acta, aliis neque nocere, neque potest* (los hechos entre unos, no pueden perjudicar ni beneficiar a otros); y como el dueño de la embarcación no había celebrado esos actos jurídicos, no le perjudicaban, no le podían exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas; entonces se dio la acción *excercitoria* para poder perseguir los bienes del dueño de la embarcación.

Surgieron así en el derecho innumerables disposiciones, tales como la obligación de llevar los libros, el *codex accepti et expensi* y otros que no son sino el Libro Mayor y el Libro Diario de la contabilidad actual; así como el registro restricciones a la tasa de interés al cual se sujetaban los préstamos, distinguiendo si era un préstamo de carácter civil o mercantil. Pero vino la caída del imperio romano, y naturalmente se acabó la institución pretor y entonces el comercio siguió en su avance evolutivo, siguió progresando, y se encontraba conque las normas de derecho civil no avanzaban con la misma rapidez con que lo hacía el comercio, ya que además de que se rompió el cerco del imperio romano también se había roto el orden jurídico romano. Surge entonces la necesidad de crear un derecho mercantil autónomo que viniera a satisfacer las necesidades del momento; se agrupan los comerciantes para defender sus intereses

formando los Consulados, y las resoluciones dictadas con motivo de las controversias que se presentaban ante los mismos Consulados empiezan a crear el derecho mercantil. Y es así como nació el derecho mercantil, independizándose del civil.

Naturalmente que el derecho mercantil fue sufriendo diversos cambios, fue transformándose de un derecho subjetivo a un derecho objetivo. La subjetividad del derecho mercantil consistía en un principio, dentro del régimen estatutario, en que se aplicaba el derecho mercantil no tomando en consideración el acto que celebraban las partes, sino tomando en consideración el sujeto que celebraba el acto; un comerciante ejecutaba actos mercantiles aun cuando por la naturaleza misma del acto fuera un acto civil. Pero aconteció que se fueron organizando los gremios, las profesiones y es entonces cuando empiezan a surgir controversias entre unos y otros. Un ejemplo de este tipo de controversias es la surgida entre un miembro del fuero eclesiástico y uno del fuero comercial: los dos querían atraer hacia sus tribunales especiales, las resoluciones de esos problemas; se vio en consecuencia que el criterio subjetivo no era suficiente para resolver estas controversias. Entonces se atendió a lo que se llama criterio objetivo, es decir, independientemente de la persona que ejecuta el acto, debía de atenderse al acto mismo: si era un acto mercantil, debía aplicarse la ley civil. Fue esto un mérito de las Ordenanzas francesas que vinieron a cambiar el concepto que se tenía del derecho mercantil.

Posteriormente uno de los más insignes juristas contemporáneos, tal vez el más célebre jurista que se ha dedicado al estudio

del derecho mercantil, César Vivante, en la apertura de cursos de una universidad italiana, propuso la unificación del derecho civil y del mercantil, y desde ese momento se convirtió en el campeón de la unificación de ambos derechos. Innumerables obras publicó a ese respecto, y se suscitaron enconadas discusiones tanto dentro de Italia como en el mundo entero. Las escuelas francesas, principalmente, defendieron la dualidad del derecho, y la escuela italiana sostuvo la unificación del derecho civil y el mercantil. No obstante que ilustres juristas italianos también sostenían la dualidad del derecho civil y mercantil, llegó a tal grado la influencia de la tendencia unificadora que en Suiza se llegó a dictar, y en la actualidad existe, un 'Código único de las obligaciones', que comprende obligaciones civiles y mercantiles.

Pero Vivante, después de casi 40 años de sostener su doctrina, de pregonar la unificación del derecho civil y mercantil, se retracta en un momento dado de la unificación, y dice que el resto de su vida se dedicará a apagar la hoguera que él mismo ha formado; que no es posible la unificación de estos derechos; que las exigencias que hicieron nacer el derecho mercantil reclaman la autonomía de un derecho propio que no puede estar supeditado al derecho civil. Pero nos encontramos con que la verdadera situación que existe entre el derecho civil y el mercantil es la siguiente: la ley general, la ley que se aplica a todo el mundo, es la ley civil; la ley mercantil es una ley de excepción. Naturalmente, existiendo la excepción, a falta de disposiciones expresas en la legislación mercantil se aplicarán las normas del derecho civil.

Tanto en materia procesal como en materia sustantiva, están las disposiciones expresas del Código de Comercio. El artículo 2o., si mal no recuerdo del Código de Comercio, establece que a falta de disposiciones expresas de la ley mercantil se aplicarán las normas del derecho civil. Asimismo, el artículo 1051 del Código de Comercio establece que a falta de disposiciones expresas sobre materia procesal mercantil, se aplicarán las disposiciones de la ley común, de la ley de procedimientos comunes. Veamos, pues, la íntima relación que existe entre dos ramas del derecho que vienen a constituir la médula del derecho privado, que son las que han hecho que esta rama del derecho tenga una importancia formidable en todo el régimen jurídico, régimen que naturalmente se encuentra supeditado a las normas del derecho público, ya que éste es el que organiza el régimen jurídico de toda la nación, pero siempre conservando una independencia absoluta el uno del otro.

La naturaleza misma del derecho privado no permite que éste evolucione tan rápidamente como evoluciona el derecho público, lo que ha motivado que se consideren dentro de la teoría, dentro de la tendencia demagógica actual, como reaccionarios a quienes se dedican al estudio del derecho privado. Para esto no hay más que reproducir las palabras de uno de los más insignes juristas franceses, tal vez el jurista francés más destacado de la actualidad, Julien Bonnecase:

No es que los juristas que se dedican al estudio del derecho privado sean reaccionarios; lo que pasa es que el derecho privado no puede

adoptar una tendencia política, sino cuando ésta ha cristalizado en una norma de derecho público. Mientras la teoría del derecho público está sujeta a los vaivén de la política, mientras la teoría del derecho público está sujeta a las tendencias en boga, el derecho privado tiene una complejidad tal, crea tal número de relaciones entre los ciudadanos, entre el pueblo de una nación, que no puede estar sujeto a esas experiencias. Pero cuando la norma de derecho público ha cristalizado en una tendencia que ha sido aceptada por el derecho, entonces el derecho privado la adopta y la modifica de acuerdo con las necesidades del pueblo. El derecho privado, en este aspecto, tiene que ser un derecho que no puede evolucionar tan rápidamente como el público; pero no es que unos sean avanzados, y que los otros sean reaccionarios, lo que pasa es que las exigencias de ambos derechos son distintas.

Como vemos se encuentra perfectamente justificada la observación del insigne jurista Bonnacase. Comprenderán que la organización política de una nación puede cambiar con sólo la formación de una nueva Constitución, con sólo la adopción de un nuevo régimen constitutivo; en tanto que el derecho privado no puede estar cambiando de un momento a otro: prueba de ello lo tenemos en la evolución de nuestro derecho patrio, cómo nosotros, pasamos de la dominación española a la época independiente, y perduran las instituciones del derecho privado por cerca de un siglo; y todavía en la actualidad nuestro derecho privado está inspirado en las normas del derecho español.

Con esto damos por terminada la clasificación del derecho privado, así como sus subclasificaciones, que quienes hayan estu-

diado Introducción a la ciencia del derecho habrán visto con mayor amplitud, y los que vayan a estudiarla lo verán en clases futuras. Pero siendo esto una simple introducción al estudio del derecho civil, no nos podemos detener en estos problemas, ya que si lo hacemos no alcanzaríamos a desarrollar el resto del programa.

### PROCESO LEGISLATIVO EN LA CONFORMACIÓN DE LEYES

Nos vamos a ocupar a partir de este momento de la ley. Planiol la ha definido como una regla social, obligatoria, establecida permanentemente por el poder público y sancionada por la fuerza. En las primeras clases veíamos que no podía existir el derecho fuera de la sociedad; decíamos que el derecho se nos presentaba como un producto social; cómo, al mismo tiempo, era un factor social que no podía existir cuando estuviera el individuo aislado; cuando existiera un individuo en una isla, como Robinson Crusoe, entonces no habría un derecho, porque el derecho es una limitación, y una limitación no existe si no hay un conflicto. Dentro de la sinergia social se dice que no se concibe la fuerza sin la resistencia; en consecuencia, tampoco podríamos concebir la limitación sin aquello que se va a limitar. Esto es, cuando un individuo vive sujeto a su propia voluntad, la forma en que él mismo se autolimita no puede constituir nunca un derecho, ya que es una limitación autoimpuesta. En cambio la conveniencia social trae como consecuencia determinados conflictos entre los individuos que conforman una sociedad, y es entonces cuando surge la necesidad de que haya una entidad superior que genere una norma

encaminada a resolver esos conflictos. Conflictos que en un principio se resolvieron por la fuerza, que se resolvían arbitrariamente. Posteriormente se establece un orden jurídico que viene a limitar esos conflictos; un orden que podríamos derivar de cualquiera de las doctrinas que se estudiarán en la cátedra de derecho público: una de éstas es la que habla de la renuncia a algunos derechos individuales, de la representación; de la delegación de atribuciones en el Estado, para que éste resuelva conflictos de los particulares; sin embargo, es conveniente destacar que todas ellas tienden a establecer que el derecho no es sino una limitación.

Ahora bien, cuando estudiábamos el derecho natural veíamos que no obstante que flotaba en el ambiente de todo el mundo un espíritu de justicia, no podíamos admitir ese espíritu como formando parte del derecho positivo, porque el derecho positivo tenía que emanar del Estado, del poder público; no podíamos admitir que existiera el derecho fuera de las normas dictadas por el Estado. Por tanto, el elemento esencial de la ley es que la norma emane del poder público, que sea dictada por ése poder, y al subrayarlo estamos suponiendo los demás elementos a que nos referíamos con anterioridad

Por otra parte, hay innumerables normas que existen dentro de la sociedad y que no tienen necesariamente el carácter de normas jurídicas: las éticas, por ejemplo, que indiscutiblemente existen dentro de la organización social y sin embargo no tienen el carácter de jurídicas. Las leyes naturales, las normas físicas, no tienen

el carácter de normas jurídicas. ¿Qué pues distingue a unas de otras? Es preciso, dice Planiol, señalar la sanción establecida por el poder público para aquéllos que infrinjan esas normas. Las normas éticas tienen una sanción no establecida por la ley: ser mal visto por la sociedad es el castigo que merece el infractor de ellas; la norma jurídica, en cambio, tiene una sanción impuesta por el poder público para quienes la infrinjan.



## *Décima Clase*

**E**n la sesión pasada empezábamos a ver lo relativo a la ley. Veíamos que Planiol define la ley como una regla social, obligatoria, emanada del poder público, establecida permanentemente y sancionada por la fuerza. Desde las primeras lecciones dijimos que el derecho general no podría existir sin la fuerza de la sociedad. Que siendo el derecho un producto social, indiscutiblemente debían intervenir en su confección los más diversos factores sociales. El mismo Planiol cita el ejemplo de Robinson Crusoe en su isla, en donde él mismo puede dictarse determinadas normas de conducta, tendientes a obtener, a conservar la salud, a normar la salud de su alma, a normar los actos de su vida. Pero estas normas no podrán constituir, en ningún caso, normas jurídicas. Para que nosotros podamos decir que existe una norma jurídica es necesario que ésta venga a regular intereses en conflicto, es necesario que haya una limitación de estos intereses.

Señalábamos por otro lado, cómo el derecho se nos presenta generalmente como una limitación de intereses; esto es, si el individuo se encuentra aislado, si no vive en sociedad, no podrá existir esa limitación de intereses, no podrán haber otras normas más que las que él mismo se dicte. Y entonces no sería una limitación impuesta por un poder superior, sino una impuesta por la voluntad del propio individuo. Es por esto que se considera que el derecho tiene que emanar del poder público; es decir, la norma jurídica tiene que ser dictada por un poder superior para que pueda ser considerada como tal.

De esta forma nosotros podemos distinguir innumerables normas, innumerables mandatos que no tienen el carácter de normas jurídicas. Por ejemplo, se cita el caso de las órdenes que reciben los hijos de los padres, de las órdenes que reciben los obreros de sus patrones, de las órdenes que recibían, en la época de la esclavitud, los esclavos de sus dueños. Estas órdenes eran normas de conducta impuestas por un poder superior, pero no era el poder público. También distinguíamos que dentro de las normas sociales había algunas que presentaban puntos comunes con las normas jurídicas; esto es, las normas éticas, comprendiendo dentro de éstas, diversas clases, algunas de carácter social, las que Korkounov llama “normas de etiqueta”. Un ejemplo de éste tipo de norma sería aquélla que nos impone vestir en determinada forma, presentarnos en sociedad en determinada forma convencional establecida por el uso, sancionada por la costumbre, admitida por la sociedad misma. Sin embargo, estas normas carecen de toda sanción, no tienen una

sanción emanada de la norma misma. En estas normas la sanción es la repulsión con que la sociedad vería a uno de sus miembros que violara esas normas.

Una norma de etiqueta sería que los individuos llegaran con puntualidad, que las personas se presentaran a la hora en que tienen obligación de hacerlo. Así, cuando en un concierto donde el público trata de descubrir la inspiración, el genio del autor de la obra que se interpreta, llega una persona haciendo ruido, molestando, interrumpiendo, haciendo que se rompa la atención, casi el recogimiento eclesiástico con que se escuchan algunas obras, esa persona irruptora habrá violado una norma de etiqueta que no tendrá una sanción; no puede haber una sanción porque las normas de etiqueta carecen de sanción, pero ésta será una sanción indirecta; desde luego los asistentes al concierto, aquéllos a quienes se perturbó la atención, verán con repulsión a aquél que los interrumpió. En cambio, nos encontramos con las normas éticas, también de carácter social, normas éticas en que la sociedad, el medio social, impone una manera de ser, un deber ser; característica de las normas jurídicas es un deber ser. Pero las normas éticas tampoco están provistas de una sanción; tienen de común con las normas de etiqueta, el que el individuo que viola la ética social en un momento dado, tiene la repulsión de sus compañeros, pero no tiene una sanción directa.

Nos encontramos por otra parte, que en la norma jurídica la violación de un precepto trae como consecuencia una sanción

determinada; una pena o sanción que será mayor según la norma que se viole. Si la violación de una norma de carácter social, es decir, de una norma de carácter civil trae como consecuencia el resarcimiento de los daños y perjuicios, la violación de una norma penal traerá como consecuencia hasta la prisión del individuo. Sin embargo, al mismo tiempo que encontramos esas normas que tienen una sanción expresa y definida en la ley, existen algunas otras que carecen de sanción, principalmente aquellas que conforman la materia del derecho de familia. Así, por ejemplo, se cita el caso de la norma que establece que los hijos deben honrar y respetar a sus padres, norma que no tiene una sanción dentro de la ley misma. Esto obedece a que el derecho de familia tiene un fuerte contenido ético; es lo que algunos llaman normas imperfectas, por no estar provistas de una sanción.

Por otra parte, los caracteres que conforman una ley los podemos dividir en dos grupos: caracteres formales y caracteres materiales. Y encontramos todavía dentro de los caracteres materiales de la ley, el de la generalidad de la misma. La Asamblea Constitutiva de la Revolución Francesa fue uno de los postulados que sirvió de base a la propia Asamblea; es decir, estableció que la ley fuese general, que no hubiese leyes especiales que viniesen a regir determinados actos, la ley debería ser abstracta, nunca referirse a casos aislados. Por eso los autores distinguen algunas disposiciones que emanan del Poder Legislativo, que se refieren a un acto concreto, a un solo acto, que son, dicen, actos de administración.

Por ejemplo, Planiol cita el caso de que el Poder Legislativo ordena que se cante un *Te Deum* después de la victoria de una batalla, un acto que no obstante emana del Poder Legislativo, se le dio carácter administrativo. La ley debe ser general, pero la generalidad no implica que se aplique la misma ley a todos los individuos, sino que se aplique a todos los individuos que se encuentren dentro de la situación prevista por la ley. Así, no se podría aplicar la misma norma a los mayores de edad que a los menores; a los que se encuentran en pleno uso de sus facultades mentales, que a los que están sujetos al estado de interdicción. Lo que se ha querido expresar al decir que la ley debe ser general, es que no se aplique a un número preciso y determinado de individuos, sino a todos aquellos que se encuentren dentro de determinada situación.

Todavía se observa otro carácter dentro de la ley, y es el de la obligatoriedad de la misma. Si el Estado dicta las normas jurídicas, tanto para su organización, en la parte de derecho público, como para la organización del derecho privado, esto obedece a que se considera necesario crear un orden público, crear un orden jurídico; ese orden jurídico no puede dejarse al arbitrio de los particulares, no puede dejarse al arbitrio de los individuos. Es entonces cuando surge una doble voluntad: una voluntad del que obedece, y una voluntad del que manda, voluntad que no puede ser de otra persona, sino del Estado mismo, de la organización social; un Estado que impone las normas jurídicas que deben regir el orden jurídico, que deben establecer el orden público.

En cuanto al aspecto formal de la ley, podemos distinguir en cuanto a su creación tres etapas: iniciativa, discusión y aprobación, publicación y promulgación (porque en nuestro derecho casi coinciden la promulgación y la publicación, aun cuando técnicamente deben distinguirse estas dos situaciones por ser completamente disímbolas). De acuerdo con el artículo 71 constitucional, la iniciativa de la ley se le da al Ejecutivo, al Presidente de la República, a los diputados y senadores, es decir, a los miembros del Congreso y a las legislaturas de los Estados. Solamente bajo estos supuestos se tiene el derecho de iniciar la ley.

Dentro del orden establecido por nuestra Constitución, dos asambleas son las que constituyen el Poder Legislativo: la Cámara de Diputados y la de Senadores. Ustedes saben que esta es una característica de los gobiernos más o menos civilizados, ya que antiguamente no había una diferenciación de poderes, y correspondía la iniciación y promulgación de la ley al mismo soberano. Todavía se establece, dentro de la Constitución, en algunos casos, determinado orden para que se inicien las leyes. Así, el inciso h) del artículo 72 establece determinado orden para que las leyes que se dicten sobre reglamentos, empréstitos y contribuciones, se discutan primero en la Cámara de Diputados. En las facultades del Congreso se encuentran determinadas situaciones que son exclusivas de una de las Cámaras. Por ejemplo, el artículo 76 establece las facultades exclusivas de la Cámara de Senadores, entre ellas la de aprobar los tratados celebrados por el Ejecutivo y dar permiso para la entrada y salida de tropas; declarar desaparecidos

los Poderes de un Estado de la Federación, etcétera. Todas estas leyes son facultades privativas de una sola Cámara. Fuera de estos casos en que la Constitución establece determinado orden, la iniciativa de la ley puede presentarse a una u otra Cámara.

Dentro del periodo de discusión y aprobación de la ley, podemos descubrir diversas fases que se presentan dentro de nuestra organización constitucional. Presentado un proyecto a una Cámara, este proyecto puede ser aprobado o rechazado; si es rechazado, no se volverá a discutir sino hasta el periodo de sesiones siguiente; esto es, no se podrá discutir dentro del mismo periodo. Una vez presentada una iniciativa de ley por el Ejecutivo, no puede retirarse, excepto el caso —dice la Constitución— de que hayan transcurrido 30 días de que se haya presentado, y la comisión a la cual se haya turnado no haya emitido el dictamen correspondiente a la iniciativa de ley presentada. Si el proyecto de ley fue aprobado por la Cámara de origen, entonces se remite a la Cámara colegisladora para los efectos de discusión y aprobación. La Cámara puede desecharlo totalmente o modificarlo, aprobando parcialmente el proyecto enviado. Si se desecha, entonces ya no hay caso para volver, es necesario esperar el nuevo periodo de sesiones. Si se aprueba parcialmente, entonces se remite a la Cámara de origen, la que solo se ocupará de los puntos que hayan sido modificados por la Cámara respectiva. Una vez aprobada la iniciativa de ley por las dos Cámaras legisladoras, se turna dicha iniciativa al Ejecutivo para efectos de la promulgación y respectiva publicación.

Dentro de nuestra organización, de nuestra división de poderes, nos referíamos antes a que existían determinadas restricciones, determinadas intervenciones de un poder respecto a otro, lo que se conoce con el nombre de sistema de frenos y contrapesos. El Ejecutivo tiene el derecho de veto sobre las leyes emanadas del Poder Legislativo. El fin del veto impuesto por el Poder Ejecutivo es que las leyes puedan volver al Poder Legislativo para que se reconsideren o se tomen en cuenta las observaciones hechas por el Ejecutivo. Este derecho de veto debe interponerse en un término de 10 días a partir de que el Ejecutivo recibe la ley emanada del Legislativo, o bien, cuando la Cámara entre en receso dentro de ese periodo, en el primer día de sesiones del próximo periodo para que el Congreso se ocupe de las observaciones hechas por el Ejecutivo. En el ejercicio de este derecho es en donde se ha de distinguir el período de la promulgación. Cuando el Ejecutivo no hace observación alguna y deja transcurrir el plazo de 10 días, viene entonces la publicación de la ley. A reserva de que nos ocupemos de la promulgación y de la publicación con mayor extensión, simplemente señalamos estas tres etapas en cuanto a la formulación de la ley misma.

### JERARQUÍA NORMATIVA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

Veamos ahora lo que en derecho se conoce como jerarquía de leyes. Comprendemos que indiscutiblemente pueden existir antinomias entre las diversas leyes que conforman nuestro orden jurídico; sin duda existen contradicciones entre las leyes mismas,

y entonces surge la necesidad de fijar un criterio para poder solucionar esas contradicciones: es necesario determinar qué ley es la que debe aplicarse; es decir, establecer una jerarquía de leyes. Esta jerarquía está determinada en diversos apartados de nuestra Constitución Federal: el artículo 133 constitucional establece:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos y que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Vemos con el texto anterior cómo dentro de la organización constitucional se coloca en un plano superior a la Constitución, a la ley reglamentaria de la Constitución y, a los tratados celebrados con países extranjeros se les equipara con las leyes constitucionales. Pero nos encontramos todavía otra jerarquía, otra clase de leyes: las federales.

Dentro de nuestra organización política, la República mexicana es una República democrática y federal, compuesta de Estados libres y soberanos en cuanto a su régimen interior. Cuando surge el pacto federal, los Estados delegan en la Federación determinadas funciones, determinadas facultades, conservando para sí autonomía en aquellas materias, en todos aquéllos puntos que no habían delegado o transmitido a la Federación misma; principio éste con-

sagrado en el artículo 124 de la Constitución: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. Y se completa el sistema con las facultades que concede al Congreso de la Unión el artículo 73 de la propia Constitución.

Entonces viene determinada clase de leyes, las leyes federales, es decir, aquellas leyes emanadas del Congreso General que tienen aplicación en toda la República. Puede haber pues una contradicción entre las leyes federales y las leyes locales, pero aquí cabe hacer una distinción y es la siguiente: no toda ley federal puede derogar o modificar una ley local; es necesario que esa ley federal esté dictada de acuerdo con la Constitución misma.

Si la ley local no está dictada de acuerdo con la Constitución, entonces no es posible que el Juez aplique la ley federal, porque antes que nada tiene que aplicar la Constitución y las leyes que emanan del poder público, del Congreso, de acuerdo con la Constitución. Si la ley emana del Congreso y no está de conformidad con la Constitución, antes que la ley federal se aplica la ley constitucional; así, si se dicta una ley, sin tener facultades el Congreso para dictarla, esa ley no podrá aplicarse en contravención de las disposiciones del poder local. Vendrá entonces una invasión del poder federal en la soberanía de los Estados, y por ende no podrá aplicarse esa disposición.

Por último vienen las leyes locales; dentro de éstas indiscutiblemente debe de existir alguna jerarquía. Cuando surge la contra-

dicción entre una norma de interés particular y una norma de interés público, por obvias razones debe prevalecer ésta sobre aquélla, ya que el interés público, el social, es de orden superior de acuerdo con el Estado. Esto es lo que se conoce con el nombre de jerarquía de las leyes.

Ahora bien, aún podemos decir que en cuanto al órgano del cual emanan las disposiciones que existen dentro de nuestro sistema constitucional, debe ser exclusivamente del Poder Legislativo; sin embargo, podemos distinguir diversas expresiones con respecto a la ley: la ley propiamente dicha, los reglamentos y las circulares. El reglamento lo dicta el Poder Ejecutivo en uso de la facultad que le concede la fracción I del artículo 89 de la Constitución: “Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia”. En esta fracción se funda lo que se llama en el derecho administrativo la “facultad reglamentaria”; empero, dentro del ejercicio de esta facultad del Ejecutivo, podemos distinguir diversas clases de reglamentos: reglamentos que vienen a regular la aplicación de una ley, es decir, disposiciones reglamentarias de la ley misma; reglamentos que tienen el carácter de disposiciones autónomas, que es lo que se llama en el derecho “reglamentos autónomos”, y con ese carácter tenemos el Reglamento de la Ley de Alcoholes, el Reglamento de la Ley del Timbre, el Reglamento de la Ley General de Vías de Comunicación, y otras disposiciones emanadas del Poder Ejecutivo para poder aplicar las emitidas por el Poder Legislativo.

Asimismo, tenemos algunos Reglamentos que no tienen nada que reglamentar; como ejemplo de éstos tenemos el Reglamento de Tránsito de la Ciudad de México. Este reglamento será autónomo, pero no hay ninguna disposición emanada del Poder Legislativo que se reglamente, es un simple acto emanado del Ejecutivo. Hay otras disposiciones de carácter concreto, como son las Circulares, órdenes emanadas del Ejecutivo que vienen a aclarar situaciones concretas que no se encuentran previstas categóricamente dentro del reglamento mismo. Éstas Circulares tienen el carácter de obligatorias, máxime que en muchos casos se deja la interpretación y fijación de sus alcances en una entidad del Poder Ejecutivo; por ejemplo, en la mayoría de las leyes fiscales se deja a la Secretaría de Hacienda la interpretación y fijación de los alcances de las disposiciones relativas.

Respecto al este punto en mención, es necesario tener presente nuestra Constitución, pues de acuerdo con ella es que está organizada la división de poderes autónomos e independientes; solo bajo el supuesto que establece el artículo 29 de la Constitución es que pueden reunirse en uno de los poderes dos o más de las atribuciones de los otros poderes. Es precisamente el artículo 29 en relación con el 49 de la Constitución Federal el que ilustra este caso. Artículo 49:

El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el

Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29...

Vemos cómo, de acuerdo con el artículo 49, solamente en el caso previsto por el artículo 29 puede reunirse en uno solo de los poderes, el ejercicio de los demás, como bien lo establece el citado artículo 29:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los... y con la aprobación del Congreso de la Unión y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.

Observen cómo dentro de nuestra organización constitucional es indebida la delegación que hace constantemente el Legislativo de facultades en el Ejecutivo, para que éste expida las leyes que deben emanar del Congreso, por medio de delegaciones más o menos amplias, más o menos frecuentes. Sin embargo, la jurisprudencia uniforme, la jurisprudencia firme de la Suprema Corte de Justicia, ha sido considerar legales las leyes emanadas del Ejecutivo

en virtud de facultades extraordinarias concedidas por el Poder Legislativo, y dentro de toda nuestra historia legislativa, unas cuantas disposiciones anodinas, unas cuantas disposiciones sin importancia, son las que emanan del Legislativo.

Todas nuestras leyes, todas nuestras disposiciones, han sido dictadas por el Poder Ejecutivo en virtud de facultades extraordinarias concedidas por el Legislativo, violando así la disposición expresa y terminante de nuestra Constitución. Sin embargo, probablemente esta violación a la Constitución, esta flagrante violación a la Constitución, haya sido benéfica para el país. Las disposiciones emanadas de cuerpos colegiados tan numerosos, de cuerpos colegiados impreparados, hubiera sido de efectos desastrosos para nuestro país. No sólo en México, sino en países de alta cultura que han ido a la cabeza del derecho, se ha legislado de esta forma.

Les refería en clases pasadas cómo el Código de Napoleón estuvo a punto de fracasar por la oposición sistemática e inconsciente del Congreso francés, el cual trataba de poner obstáculos a la obra legislativa más grande del siglo XIX. Si no hubiera existido esta delegación no tendríamos un orden jurídico ni bueno ni malo, simplemente estaríamos en un estado caótico; estaríamos sujetos al vaivén político o a las influencias de partido para que se dictaran determinadas normas.

## Undécima Clase

**E**n la clase de hoy nos vamos a ocupar de la publicación y promulgación de leyes. Generalmente los términos “promulgación” y “publicación” se toman como sinónimos, esto obedece a lo siguiente: en la antigüedad, cuando no existía diferenciación de órganos del Estado, el mismo que dictaba la ley era el mismo que publicaba, y entonces coincidían el momento de la promulgación con el de la publicación. En nuestro sistema constitucional de división de poderes, de órganos distintos, no coinciden la promulgación y la publicación. Desde la raíz etimológica de la palabra promulgación se toma ésta como sinónimo de publicación; deriva de *promulgare*, verbo latino que significa hacer saber, publicar. Así lo define el diccionario de la lengua castellana. No obstante, Comentábamos anteriormente que en el aspecto formal de la ley, podíamos distinguir diversos periodos: la iniciativa, la discusión y aprobación, y la promulgación y publicación de la misma.

Ahora, desde el momento en que es aprobada una ley por el Congreso, por una o por ambas Cámaras en su caso, se pasa al Ejecutivo y éste tiene la facultad de votar esa ley. Así es que pueden presentarse estas dos situaciones: el Ejecutivo deja transcurrir el término de diez días que le da la Constitución para hacer uso del veto, y entonces se entiende que acepta la ley cuando no hace uso de ese derecho de vetarla; y dentro del término manifiesta expresamente su conformidad con la ley, promulgándola. Este es el momento en que el Ejecutivo acepta la ley emanada del Congreso y ordena su publicación; en ello consiste la promulgación.

Por otro lado tenemos el caso de la publicación; ésta consiste en hacer saber a los habitantes de la República mexicana la existencia de una nueva ley, a efecto de que nadie ignore el contenido de la misma. Adviertan cómo si se distinguen estos dos periodos de la elaboración de la ley: la promulgación y la publicación. Con respecto a la promulgación ya hablamos en la clase pasada, de la forma en que el Ejecutivo puede hacer observaciones y vetar estas disposiciones. Con respecto a la publicación, ha habido diversos sistemas: el sistema primitivo de lectura, de pregón de las disposiciones legales, un sistema que estuvo en boga en la época de la Revolución Francesa, para dar lectura pública a las disposiciones urgentes. Sin embargo, un sistema avanzado consiste en la inserción de la disposición legal en los periódicos destinados para ese fin, en nuestro caso el *Diario Oficial*.

Ahora bien, con respecto a la forma en que debe surtir efectos la ley, hay varios sistemas: la ley surte efectos a partir de una fecha

determinada, a partir de un plazo determinado en la ley misma. Nuestro sistema es ecléctico a este respecto; el artículo 3 del Código Civil cita:

Las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el periódico Oficial. En los lugares distintos del en que se publique el Periódico Oficial, para que las leyes, reglamentos, etc., se reputen publicados y sean obligatorios, se necesita que además del plazo que fija el párrafo anterior, transcurra un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad.

En la parte final entra otra clasificación que se hace respecto a la publicación, y que se conoce como publicación progresiva y publicación simultánea: progresiva, en el caso de nuestra ley, cuando surta efectos en relación con la distancia del punto en donde se aplica; simultánea, por ejemplo, en el caso previsto por el artículo relativo del Código Civil italiano: en la legislación italiana la ley surte sus efectos dentro de 15 días, cualquiera que sea el lugar en donde se vaya a aplicar cualquiera que sea la distancia que medie entre el lugar de la publicación de ley y el lugar de aplicación de ésta. Desde luego que este sistema de publicación simultánea es más técnico que el de publicación progresiva. La razón es la siguiente: una ley que se publica en la Ciudad de México irá surtiendo sus efectos de acuerdo con la distancia que medie entre ésta y los diferentes puntos a donde se va a aplicar, de manera que habría un conflicto entre la ley anterior y la ley nueva, a medida que vaya avanzando, que sea mayor la distancia.

Es sabido que en algunos casos, los habitantes de los diversos lugares no están sujetos a una residencia fija, a una permanencia en determinado lugar, sino que pueden estar cambiando de uno a otro, y la distancia se irá aumentando o reduciendo, y entonces vendrá la duda de cuál es la disposición que hay que aplicar. Es por este detalle que se ha adoptado el sistema de publicación simultánea. Sin embargo, para resolver este conflicto transitorio de cuál es la ley que debe aplicarse, si la antigua o la nueva, se ha seguido un sistema paralelo al que se aplica para resolver el conflicto de leyes extranjeras.

Cuando se trata de aplicar una ley extranjera o nacional se atiende al criterio de nacionalidad del individuo a quien se le va a aplicar, distinguiendo el estatus real del personal, como veíamos en la clase pasada; esto es, si los derechos son inherentes a la persona o si son inherentes a las cosas propiedad de la persona, siguiéndose la aplicación de la ley a dondequiera que vaya el individuo cuando se trata del estatuto personal, o aplicándose la ley del lugar donde se encuentran las cosas propiedad suya, en caso del estatuto real.

Es evidente, por otra parte, que respecto a la publicación de la ley no se toma, como decíamos hace un momento, la nacionalidad, sino el domicilio de la persona a la cual se va a aplicar la ley. Si el domicilio —que es una relación de dependencia de una cosa con una persona— es el de la antigua ley, y éste cambia, se le aplicará la ley antigua; si el domicilio, por el contrario, es de un

lugar en donde está vigente la ley nueva, y pasa a un lugar en que está vigente la ley antigua, entonces se aplicará la ley nueva a efecto de resolver estos conflictos.

Naturalmente éstos no se planteaban en la antigüedad, debido a que los medios de locomoción eran tardíos; en cambio, los rápidos medios de locomoción actuales hacen posible que un individuo pueda movilizarse a grandes distancias, lo que haría imposible la aplicación de la ley; y como de acuerdo con el artículo 30 del Código Civil, no se modifica el domicilio de una persona sino por su permanencia por más de 6 meses en un lugar, no obtendrá un nuevo domicilio por el hecho de ir de viaje.

Por esto se ha adoptado este criterio para resolver los conflictos que se pueden presentar en la aplicación de la ley. Es el adoptado generalmente por los tratadistas para resolver el conflicto que se puede presentar en el estado tránsito de aplicación de una ley a otra, ya que de acuerdo con el artículo 3o. como veíamos, no tendrá vigencia sino tres días después de su publicación, agregando un día por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad, es decir, mientras no llegue la ley nueva.

Decíamos, en consecuencia que es mucho más ventajoso el sistema de la ley italiana, en el cual no se puede presentar ese estado de incertidumbre. Está previsto por la teoría de la publicación simultánea que toda norma o disposición no tendrá aplicación sino después de 15 días, por ejemplo, o equis plazo que se juzgue nece-

sario para el conocimiento de la ley dentro de toda la República. Transcurrido ese plazo, se aplicará la ley nueva. Nunca habrá el problema de dualidad de legislaciones, no habrá esos estados sucesivos, sino que se pasará de uno a otro. Esto de la publicación, que aparentemente no tiene importancia, ya en la práctica va adquiriendo una decisiva relevancia, sobre todo en nuestro medio en que la publicación de la ley queda al arbitrio y capricho de nuestros gobernantes.

Innumerables son las disposiciones publicadas en el *Diario Oficial* que surten efectos desde el mismo día de su publicación, y hay algunos casos en que la ley ordena que surta efectos antes de su publicación. Así, por ejemplo, y para muestra basta un botón, traigo a ustedes un decreto por el cual se modificó parcialmente la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común, publicado en el *Diario Oficial* el 28 de enero de 1930. Independientemente de los defectos que tiene este decreto, nada más les hago notar a ustedes lo que estábamos viendo hace un momento: en el artículo primero transitorio del decreto de referencia dice: “este decreto entrará en vigor el 1o de enero de 1930, es decir, 28 días antes de su publicación.

Esto que comentamos nos recuerda el famoso edicto de Caracalla, del emperador romano, que tratando de sorprender al pueblo, a efecto de que violara una disposición, ordenó que se escribiera ésta con letra muy chica, y que se pegara en lugares muy altos, para que nadie pudiera leerla y todos la infringieran. En esta forma

todos la violaron y todos se hicieron acreedores a las sanciones. ¿Cómo podría el pueblo conocer la intención del legislador, del Ejecutivo, cuando publica un decreto el día 28 de enero, y en el decreto mismo establece que entrará en vigor el 1o. del mismo mes? No es eso lo peor de este decreto, sino que como todas las cosas emanadas del poder público, del poder público detentado por ignorantes, gente de mala fe, el mismo decreto modificaba una ley derogada: una ley que ya había sido derogada fue modificada después por el Poder Ejecutivo. La explicación que dieron fue la siguiente: se pensó que los artículos 113, 114 y 119 de la Ley Orgánica de los Tribunales, no eran buenos, que era necesario modificarlos. Se mandó la iniciativa a las Cámaras: ahí durmió el sueño de los justos, y los señores diputados y senadores se tardaron tanto en estudiar el problema, que cuando lo resolvieron ya había cambiado la ley y ni siquiera lo sabían. Pasó al Ejecutivo, y éste tampoco, sin fijarse el Presidente de la República y la Secretaría de Gobernación, ordenaron su publicación en el *Diario Oficial*.

Hasta aquí muy mal, pero era sólo un error. Luego viene una forma inusitada de derogar disposiciones por un órgano secundario del Poder Ejecutivo, el director del *Diario Oficial*. Desde el momento en que se publicó esa reforma en el *Diario Oficial*, tenía el carácter de ley, no podía ser modificada sino por otro decreto; ésa era la forma lógica, constitucional. Pues no, en el *Diario Oficial* del 30 de enero de 1930 apareció una nota expresando que en el número correspondiente al día 28 de los corrientes, tomo tantos, número 23:

...aparece por un error un decreto que reforma la Ley Orgánica de Tribunales de Fuero Común en el Distrito y Territorios Federales, en sus artículos 113, 114 y 119; y como dicho decreto ha motivado observaciones del Ejecutivo de la Unión, y será devuelto a la cámara de origen, debe tenerse por insubsistente. México, 30 de enero. La Dirección.

No se sabe qué cosa sea peor, si el error o la forma de subsanarlo. ¿Cómo es posible que se publique un decreto cuando no ha sido promulgado? ¿Cómo es posible que se inserte en el *Diario Oficial* un decreto cuando ha sido objeto del veto por parte del Ejecutivo y, mucho menos, concederle funciones al director del *Diario Oficial*, para dejar sin efectos un decreto emanado del Congreso y sancionado por el Ejecutivo? ¿Qué, le suplantaron la firma al Presidente de la República y al Secretario de Gobernación? Eso implicaría comisión de actos delictuosos y no la simple aclaración que cualquier particular podría hacer.

Así, de este género hay innumerables errores, deficiencias en materia de publicaciones de la ley. En otros casos no se respeta tampoco el término establecido por el artículo 3o. para que la ley surta sus efectos, sino que se considera que es de interés público, que es de vital importancia el que la ley entre en vigor desde el momento de su publicación, lo mismo en México que en Sonora, sin que haya un plazo prudente para que siquiera puedan conocerse esas disposiciones. Por eso decíamos que este asunto nos recuerda el famoso edicto de Caracalla; y en materia fiscal, donde el Estado, el poder público tiene mayor interés en que se infrinjan las disposiciones, no en que se cumplan como debería ser, hay innumerables

decretos, circulares, si acaso se les puede llamar así, que no se publican nunca en el *Diario Oficial*.

Hay circulares que tienen el carácter de secretas respecto a la forma de interpretar determinadas disposiciones, a efecto de que el causante no pueda conocer cuál es la forma de poder cumplir con la ley fiscal. Esto obedece, en materia de aduanas, a que los que descubren la infracción cometida perciben un tanto por ciento de lo que corresponde al Estado por la infracción cometida. Dentro de este engranaje de inmoralidad, es una consecuencia lógica que pretendan que las disposiciones no se conozcan, que las disposiciones se ignoren. Y así como ocurrió en la transacción del Monte Janículo, en el derecho romano, el procedimiento se había hecho de tal manera artificioso, complicado, que sólo unos cuantos conocían el derecho. Así entre nosotros, las disposiciones fiscales sólo son unos cuantos los que dicen conocerlas; nadie, ni los mismos empleados conocen las disposiciones, pero sí aplican las sanciones. Por eso es necesario clamar por una buena publicación y, sobre todo, por una norma para hacer esta publicación. Por eso nosotros pensamos que debería de adoptarse el sistema italiano, sistema diáfano, claro, preciso y categórico, porque así ya sabría el pueblo, los habitantes de México, a qué atenerse con respecto a las nuevas disposiciones.

Con esta breve explicación damos por concluido el tema relativo a la promulgación y publicación de la ley. Nos vamos a ocupar ahora de la abrogación y derogación de la ley.

La palabra abrogación viene del verbo latino *regatio* o de lo que se conocía en el derecho romano por la *regatio*. La *regatio* era el acto por el cual, cuando se presentaba una ley, era aprobada por el Senado romano; de ahí que la *abrogatio* venía a ser “quitarle el carácter de ley a una disposición”. Por tanto, la abrogación de una ley consiste en retirarle a esa ley el carácter de obligatoria. Se distingue la abrogación de la derogación de la ley, en que la abrogación es la derogación total de la ley misma; la derogación se refiere a la insubsistencia parcial de las disposiciones de la ley. Sin embargo, en nuestro derecho casi son sinónimos la abrogación y la derogación; se usan ambos términos tanto en el caso de una abrogación total como en el de una derogación parcial.

En alguna edición del Código Civil, y esto por vía de aclaración, uno de los comentaristas o de los editores, usó la palabra subrogación, término equívoco que no tiene una aplicación, una correspondencia exacta dentro de nuestro derecho, y que corresponde a una figura jurídica en materia de obligaciones. Así, dice este comentarista: “quedó subrogado...”; cosa equívoca. La derogación y abrogación pueden tener dos fases, pueden ser de dos maneras: *expresa* o *tácita*. Es *expresa*, cuando por medio de una disposición emanada del poder público, de acuerdo con las formas constitucionales la ley se deja sin efecto; así, por ejemplo, cuando se deroga expresamente un artículo del Código Civil. Es *tácita*, cuando por medio de una disposición emanada del poder público, y de acuerdo con las formas constitucionales, hay una contradicción entre la ley anterior y la posterior. Entonces, como no podrían coexistir las dos disposiciones contradictorias, se establece el crite-

rio de que la ley posterior ha venido a abrogar o a derogar aquella parte de la ley antigua en que hay contradicción, o bien la ley en su totalidad.

Sin embargo, del derecho francés ha surgido una fórmula que encontraremos en casi todas las disposiciones legislativas: esta ley deroga a todas las disposiciones que la contradigan, a todas las disposiciones en que haya oposición. Generalmente es uno de los artículos transitorios de la disposición legislativa. Fórmula innecesaria, ya que es un principio de derecho que una ley posterior deroga a la anterior, pues la ley no es sino la manifestación del poder público, y se entiende un cambio en la manifestación de éste cuando instruya una disposición contraria a la que estaba vigente.

Con respecto a la derogación, surge este problema: ¿cuál es la influencia del desuso o de la costumbre contraria a la norma legislativa? Nuestro artículo 90. del Código Civil establece: “La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente, o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior”. Sin embargo, dentro de nuestra historia legislativa, tenemos casos en que el desuso de una disposición trae como consecuencia la derogación de la misma. Por ejemplo, en el Código Penal de 1871 se decía que la falta de aplicación de una sanción por un periodo de cinco años, a causa de un delito, traería como consecuencia que no se pudiera aplicar esa pena. Adviertan cómo el desuso en este caso, vendría a derogar la sanción que el Código Penal imponía.

Fuera de los casos en mención, el desuso o la costumbre no pueden traer como consecuencia la derogación de una disposición emanada del poder público. Vemos y veíamos en clases pasadas que la costumbre tenía dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo, consistiendo éste en la repetición de determinados hechos hasta engendrar el hábito, hasta engendrar la costumbre. El subjetivo era considerar justo el hecho que motivaba la costumbre. Dentro de esto, la costumbre puede tener tres aspectos: la costumbre está de acuerdo con la ley, es, de acuerdo con ésta, *proter legis*; es contra la ley; o bien, la costumbre viene a llenar un vacío dentro de la ley. Cuando nosotros estudiábamos las fuentes del derecho, veíamos que la costumbre tenía el carácter de fuente del derecho solamente cuando era permitida por la ley. Por ejemplo, señalábamos el caso del usufructo tratándose de la explotación de montes, el caso de aparcería, el de aplicación de los contratos interpretándolos de acuerdo con la costumbre del lugar. La costumbre tiene también el carácter de fuente del derecho cuando no hay una norma legislativa que resuelva determinada cuestión, y entonces se considera que forma parte de los principios generales del derecho. Pero la costumbre, como contraria al derecho, no puede existir. La única forma de modificar, de cambiar el derecho, es por una disposición emanada del poder público. Fuera de esos casos, de ninguna manera puede la costumbre venir a derogar una disposición, ni simplemente el desuso, que es falta de la costumbre de aplicación de una disposición.

## *Decimosegunda Clase*

### APLICACIÓN Y VIGENCIA DE LEYES

*N*os ocuparemos hoy de la aplicación de la ley. Hemos visto el principio y el fin de la ley, y lógicamente debería aplicarse la ley durante estos dos periodos de tiempo. También hemos visto que la ley no es sino una consecuencia de la soberanía del Estado, ya que se trata de una norma social obligatoria, establecida por el Estado mismo. El concepto de soberanía tiene, forzosa y necesariamente, que coincidir con determinada demarcación geográfica, con determinada limitación; luego entonces, necesitamos examinar el problema de la aplicación de la ley bajo dos aspectos: el de la *demarcación*, a qué territorio debe de aplicarse la ley; y el aspecto *tiempo*, que se refiere a la vigencia de ésta, ya que ocurre que por regla general la ley se aplica en el espacio, en el territorio sobre el

cual el Estado ejerce su soberanía. Sin embargo, en cuanto a este principio de carácter general, en muchos casos la ley se ve modificada por una aplicación extraterritorial; esto es, se aplica fuera del lugar donde ejerce la soberanía el Estado que la ha creado.

Por ejemplo, tienen ustedes el caso de los contratos celebrados en países extranjeros con respecto a la forma. Cuando estos contratos van a surtir efectos en el país extranjero, o a surtir efectos en la República, los contratantes pueden sujetarse a las formas de aquel país o a las leyes mexicanas. La ley mexicana está aplicándose fuera de la demarcación geográfica de la República Mexicana. Incluso en algunos casos vemos la misma situación del contrato que va a surtir efectos en la República Mexicana, sujeto a las formalidades provistas por la ley extranjera. En el momento en que surta efectos ese pacto, en caso de conflicto las autoridades mexicanas tendrán que ver si se aplicaron o no las leyes extranjeras.

Al mismo tiempo vemos la cuestión desde otro aspecto, el aspecto tiempo de aplicación de la ley, ya que ésta tiene vigencia desde su promulgación y publicación hasta que es derogada. Pero nos encontramos con que hay innumerables situaciones jurídicas creadas dentro de la vigencia de la ley que no coincide su terminación con la terminación de su vigencia. Entonces sería injusto que esas situaciones creadas, bajo la vigencia de un derecho, vinieran a ser derogadas, desconocidas por el legislador posterior. Este es el problema conocido con el nombre de “retroactividad de la

ley”. Una ley nueva modifica situaciones creadas bajo la vigencia de un derecho anterior. Es por eso que Bonnecase, el ilustre jurista francés, dice que la omnipotencia del hombre termina con los hechos realizados; esos hechos no pueden ser modificados posteriormente, y si no pueden ser modificados en lo material y tampoco en lo jurídico, es lógico que esos hechos realizados bajo la vigencia de un régimen jurídico establecido no puedan ser modificados con posterioridad.

Pero nos encontramos que en algunos casos se prolonga la existencia de una ley derogada, a la que se ha quitado su obligatoriedad. Así, por ejemplo, cuando se trata de conflictos de interés particular, únicamente las partes pueden convenir en que se aplique determinada norma jurídica, determinada regla que ya no está en vigor; están prolongando la existencia de la ley. Naturalmente que esa prolongación tendrá como límite que la disposición no tenga carácter de orden público, que no sea contraria al orden público, porque entonces la voluntad de las partes se estrella ante la voluntad del interés colectivo.

Ya visto el problema general de la aplicación de la ley, nos vamos a ocupar de su aplicación en cuanto al espacio, en cuanto a determinada demarcación geográfica, a determinado límite.

Vemos que es algo inherente a la sociedad, al régimen social, el que haya relaciones entre las diversas naciones que tienen un límite más o menos arbitrario, más o menos pasajero, pero todas

forman parte del conglomerado social. Esas relaciones entre los diversos pueblos tienen que darse, forzosa y necesariamente; tienen que entrar en relaciones los individuos sujetos a diversas nacionalidades, y luego surge el problema de cuál es el derecho que debe aplicarse respecto a esas relaciones surgidas entre personas sujetas a diversas soberanías.

Pueden ser éstas, actos o relaciones de derecho familiar, contractuales, en situaciones pasajeras o accidentales. Por ejemplo, cuando se trata de un matrimonio entre dos personas que pertenecen a distintas nacionalidades, habrá que determinar cuál es la ley que debe regir ese contrato; máxime si suponemos que hay un régimen antagónico entre las legislaciones de la nacionalidad a que pertenece cada uno de los cónyuges. Será entonces necesario crear una norma que pueda precisar los efectos de ese matrimonio, esto es, precisar la situación tanto de los cónyuges como de los hijos con respecto al acto mismo.

Las relaciones comerciales son principalmente internacionales. Ya los romanos, que veían más o menos mal, que repugnaban del comercio internacional, decían que propiamente el comercio mismo era internacional porque se creaban innumerables relaciones entre súbditos de diversas entidades, de diversos Estados. Era indispensable regular esas situaciones creadas, esas situaciones que se presentaban constantemente. En un principio, los pueblos primitivos rechazaban o veían mal a los extranjeros, pero los diversos factores sociales de unificación hicieron que ese odio, que esa mala

voluntad fuera borrándose. La defensa común ante el enemigo, el comercio, la cultura, la ciencia, todos los factores sociales tienden a unir esos elementos que antes eran disímbolos. Es por eso que en el derecho primitivo no había propiamente estos conflictos, casi se prohibía a los súbditos de un Estado entrar en reclamaciones con los de otro.

Pero encontramos que no obstante esa situación, en derechos como el griego y el romano había instituciones encargadas de regular estos intercambios establecidos entre súbditos de diversos Estados. El genio romano creó una institución para regular y aplicar la ley; creó una institución para proteger a los extranjeros que se encontraban dentro del imperio romano; *el pretor peregrino*, quien aplicaba la ley a los peregrinos, a los extranjeros que acudían al imperio romano. Junto al *jus civile* nos encontramos el *jus gentium*, el derecho de gentes, derecho que se aplicaba a todos los individuos que vivían dentro del universo. Un derecho que se concedía a los individuos como gentes y no como nacionales romanos; pero vino la caída del imperio romano y entonces vino la anarquía jurídica.

La caída del imperio romano provocó un estancamiento en cuanto a la evolución del derecho. Los bárbaros impusieron su derecho primitivo; un derecho que en algunos aspectos era más avanzado, en el término correcto de la palabra, que el derecho romano. Advino entonces un estado caótico; no se sabía cuál era el derecho que debía aplicarse, no se sabía la ley que debía regir a

los romanos; esto es, si el derecho romano o el bárbaro. Se vio que esa situación no podía prevalecer, que ese estado caótico no podría engendrar un estado jurídico, y se creó la teoría llamada de la “personalidad de la ley” se atendía a la nacionalidad de aquél a quien se aplicaba, si era romano la ley romana, si era bárbaro la ley bárbara. Pero naturalmente, este sistema que aparentemente resolvía la cuestión en el fondo la complicaba: no era muy difícil que pudiesen existir innumerables relaciones entre un romano y un bárbaro, y entonces surgió el problema de cuál era la ley que debía aplicarse según el caso.

Al mismo tiempo que ocurrían estos acontecimientos, vino el florecimiento de las ciudades italianas, el florecimiento del comercio, y entonces surge el derecho estatuario, a crearse el derecho mercantil. Así surgió la teoría que en derecho internacional se conoce con el nombre de “derecho estatuario”.

Con esta teoría se dijo que las leyes correspondían a dos situaciones: unas leyes se referían a las cosas, y otras a las personas. Pero como en aquella época se consideraba que lo que tenía valor era la propiedad inmueble, las leyes que se referían a las cosas tenían mayor preponderancia con respecto a la propiedad inmueble; y a esto se le llamó Estatuto Real. En cuanto a las leyes que se refieren a las personas, se dijo que formaban parte del Estatuto Personal. Esta teoría se debió a una escuela llamada de los *Glosadores* y posteriormente de los *Postglosadores*. Escuela filosófico-jurídica que trataba de descubrir, dentro de los cimientos, dentro

de los moldes del derecho romano, la resolución de los problemas que habían surgido posteriormente.

Bartolo y otros juristas fueron los creadores de esta escuela, trataron de descubrir, junto con los textos romanos, estas concepciones de los Estatutos. Posteriormente esta influencia italiana pasó al derecho francés y fue aceptado por Dunclain, quien admitía la existencia de estos dos Estatutos; sin embargo, D'Argantré dijo que no era exacto que solamente se refiriera la ley a las cosas y a las personas, que solamente se refería a una u otra: hay innumerables situaciones en que la ley se refiere a ambas cosas. Y así nació la teoría del "Estatuto Mixto", sobre aquellas circunstancias en que se aludía a ambas cosas.

Más tarde esa influencia del derecho italiano sobre el derecho francés no fue aceptada, principalmente por los juristas holandeses, y entonces se presentó otra realidad, generándose otra nueva teoría, teoría que admitía como regla general la territorialidad de la ley; postulaba que no podría aplicarse la ley sino dentro de la demarcación geográfica para la cual había sido dada. Esta teoría reconocía que existían coyunturas prácticas, situaciones concretas en que había que derogar ese principio universal, y que esas acciones no debían estar regidas, sino dejarse en esa forma. Estas son, pues, las diversas teorías que han existido con respecto a la aplicación de la ley.

A reserva de que examinemos cuál es el sistema de nuestro código, debemos anticipar esta idea: siendo nuestra República un

Estado federal, indiscutiblemente tienen que presentarse múltiples acontecimientos con respecto a la aplicación de la ley. Nuestra República está formada por Estados libres y soberanos en cuanto a su régimen interior, en consecuencia, en virtud de esa soberanía reconocida por la Constitución a partir de un pacto federal, los Estados pueden darse determinadas legislaciones y puede surgir el conflicto entre esas legislaciones; es necesario, pues, saber cómo debe aplicarse esa ley. Este presupuesto que comentamos está regida por el artículo 121 de la Constitución Federal, vinculado con el artículo 124, y determina las facultades de la Federación.

Con respecto al sistema establecido en nuestro Código actual, debemos decir que es un retroceso dentro del campo del derecho internacional. Los Códigos de 70 y de 84 admitieron los principios consagrados por la doctrina francesa. Nuestro Código no admite, en buenos términos, ningún sistema, pero hay diversidad de sistemas dentro de su articulado: con el artículo 12 se vuelve al sistema primitivo del derecho: “Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieran al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes”. Veamos cómo esto viene a negar la existencia de toda aplicación de la ley extranjera a las personas que accidentalmente se encuentren dentro de la República Mexicana. Este artículo fue duramente censurado en el proyecto del Código Civil actual por el ilustre profesor de esta escuela, el Lic. Esteva Ruiz, en un estudio que aparece publicado en *El Foro*, en el año de 1928. Él demuestra, hasta la evidencia, por qué es un retroceso dentro de la técnica del derecho, el

venir a aceptar el sistema primitivo de que la ley debe aplicarse inexorablemente en una jurisdicción geográfica determinada. Esto va contra la técnica misma del derecho.

¿Cómo es posible que el Estado mexicano desconozca situaciones jurídicas creadas al amparo de una ley extranjera, por el sólo hecho de que esas personas pasen accidentalmente sobre su territorio? Ustedes pueden ver cómo innumerables contratos, diversos actos, se desconocen por el artículo 12 de nuestro Código Civil, que es contradictorio con el sistema que sobre derecho internacional privado establece el mismo Código.

Así, por ejemplo, el artículo 15 cita:

Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito o de los Territorios Federales, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código, cuando el acto haya de tener ejecución en las mencionadas demarcaciones.

Observamos al revisar el texto de este artículo cómo hay una contradicción dentro de este sistema de la territorialidad, sistema que todavía admiten algunos derechos, principalmente de origen sajón proveniente de los Estados Unidos, en que creen que la ley americana debe aplicarse a todos aquéllos que se encuentren dentro de esa demarcación geográfica.

Por ejemplo, si vemos lo relativo a la capacidad de las personas, veremos cómo el legislador ha tomado en cuenta los antecedentes

raciales, los antecedentes físicos, los etnográficos, geográficos, para determinar el desarrollo medio del individuo, y decidir así su capacidad jurídica, ¿cómo es posible que a un extranjero, por el hecho de que venga a la República se le aplique el Código Civil? Hay algunos países, como los escandinavos, que adquieren la mayoría de edad a los 25 años, debido a que son razas que se desarrollan en una forma menos rápida que la raza latina; ¿cómo es posible, entonces que un escandinavo adquiera la capacidad jurídica por haber pisado el territorio de la República Mexicana? Creo que con eso bastará para que puedan ustedes apreciar el sistema seguido por nuestro Código en el artículo 12, que no corresponde en nada a la realidad ni a la técnica jurídica.

Por otro lado, generalmente se ha admitido, desde la escuela de los ‘*glosadores*’ y ‘*postglosadores*’, que todo lo relativo a la capacidad jurídica de la persona forma parte de lo que se llamaba en esa escuela el Estatuto Personal, ese conjunto de normas que no podían separarse de la persona, que eran inherentes a la misma, y que señalaban que debía aplicarse siempre la ley de origen, la ley del lugar donde la persona había nacido. Luego, ese Estatuto Personal es siempre respetado por todas las legislaciones, cualquiera que sea la situación que se prevenga dentro de la ley, siempre se respetará el Estatuto Personal, a diferencia de lo que acontece con el Estatuto Real; aquí sí se aplica la máxima romana: *lex rei sitae*, la ley rige en el lugar donde se encuentran situados los bienes, norma que está admitida por el artículo 14 de nuestro Código, al decir: “Los bienes inmuebles, sitios en el Distrito o Territorios Fede-

rales, y los bienes muebles que en ellos se encuentren, se registrarán por las disposiciones de este Código, aun cuando los dueños sean extranjeros”. Presupuesto que también está admitido por el artículo 121 de la Constitución, en su fracción II.

En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes: ...II. Los bienes muebles e inmuebles se registrarán por la ley del lugar de su ubicación;

Principio enteramente lógico, y que está de conformidad con todos los sistemas del derecho internacional. Todo lo relativo a la tributación, a la organización y limitación de la propiedad misma, debe estar sujeto a la ley del lugar donde los bienes se encuentren, ya sea éstos muebles, o inmuebles.

Aun dentro de esta teoría se hace distinción entre los bienes muebles y los inmuebles. En cuanto a los inmuebles, es universalmente aceptado que debe registrar para este supuesto la ley del lugar en donde éstos se encuentren. Respecto de los muebles se discute si forman parte del Estatuto Personal, ya que pueden cambiar constantemente de situación jurídica, o forman parte del Estatuto Real. Nuestro Código, nuestra ley, admite la segunda situación, es decir, los bienes muebles forman parte del Estatuto Real.

Igualmente nos encontramos otra situación con respecto a los actos en que puede haber una intervención de dos leyes, con relación a la forma de celebrar ese acto. Desde el enfoque de los ‘glosadores’, se admitía que en cuanto a la forma de los actos debían de sujetarse estos a la legislación del lugar donde se celebraran. No podía, por ejemplo, obligarse a mexicanos a contraer matrimonio en un lugar en donde no existieran autoridades mexicanas, y que debía aplicarse, por tanto, la ley mexicana en cuanto a la forma del acto a celebrar. Por eso nuestra ley deja en libertad a esos mexicanos para sujetarse a las formas establecidas por la ley mexicana o por las formas en el lugar de la celebración. Por eso, por ejemplo, en Estados Unidos en donde el matrimonio religioso es reconocido por el Estado; en España, antes de la organización actual, donde el matrimonio religioso era reconocido por el Estado, que esos actos otorgados ante un Ministro de cualquier culto tenían validez de aplicación dentro de nuestra República porque se habían sujetado a las formas establecidas por la ley del lugar. Lo mismo acontece con respecto a los testamentos, así lo establece el artículo 1593 del Código Civil. “Los testamentos hechos en país extranjero, producirían efecto en el Distrito y Territorios Federales cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron”.

Incluso podemos encontrar otra situación dentro de nuestra ley: ha sido celebrado el acto de acuerdo con las formalidades establecidas por la ley del lugar en donde estos actos se celebran; pero esos actos van a producir sus efectos dentro de la República

Mexicana. ¿Qué ley debe aplicarse con respecto a esos efectos que se van a producir dentro de la República?

Nuestra ley dice: en cuanto a la formalidad, reconozco que estuvo bien hecho el acto, siempre que se haya realizado de acuerdo con lo prescrito por la ley; pero con respecto a los efectos, debe de aplicarse la ley del lugar donde van a ejecutarse dichos actos jurídicos. Sin embargo, se han presentado algunas dificultades dentro de la teoría: supongamos que se trata de un matrimonio celebrado en un país extranjero en donde no existe el régimen monogámico. Se han celebrado sucesivamente varios matrimonios; esos matrimonios no podrían producir efectos dentro de nuestra República, ya que en nuestra organización jurídica se considera que el matrimonio tiene que ser, forzosa y necesariamente, monogámico; es más, se considera como delito que subsistan al mismo tiempo dos matrimonios entre diversas personas. El primer matrimonio subsistirá dentro de nuestra organización jurídica, más no el segundo.



## Decimotercera Clase

### TEMPORALIDAD DE LA LEY

*N*os vamos a ocupar ahora de la ley en cuanto al tiempo. Cuando analizamos los diversos periodos de formación de leyes, nos encontramos con lo siguiente: la promulgación y publicación de la ley, dando lugar a que principiara su vigencia a los tres días posteriores a su publicación; o bien que principiara su vigencia en un día fijo, determinado; esta circunstancia estaba regulada por la ley misma. Comentábamos, asimismo, que esa vigencia no podía ampliarse sino hasta el momento en que dicha ley misma era derogada; lógicamente, la ley surte sus efectos en el periodo en que está vigente. Pero eso que a primera vista, *prima facie*, es determinante, categórico, en la práctica no presenta ese carácter, pues como hemos visto el derecho es algo social y

por tanto complejo. No siempre podrá determinarse cuáles son los efectos que produce un acto celebrado al amparo de una ley determinada; no siempre podrán separarse esos periodos, no podrán separarse esos efectos ya concretados. Se presenta entonces lo que se conoce, dentro de la terminología del derecho, con el nombre de *retroactividad de la ley*, o bien, como lo llamaban algunos autores modernos como Reuvier, “conflicto de leyes en cuanto al tiempo”.

Enfrentamos así situaciones ambiguas, actos jurídicos regidos por dos legislaciones distintas, por legislaciones en algunos casos hasta antagónicas; luego, es necesario determinar cuál es la situación de ese acto jurídico. Por otra parte, encontramos la idea acerca de lo que Bonnetcase llama la atención: la omnipotencia del hombre se estrella ante los hechos realizados; éstos no pueden ser modificados ni por el legislador, ni por el hombre mismo. Entonces, esos hechos realizados ¿cómo pueden ser regulados por el derecho? Hemos visto también cómo el derecho va cambiando constantemente; el problema consiste en ver la forma en que el derecho pueda evolucionar sin venir a modificar el régimen establecido, sin modificar los derechos adquiridos bajo una legislación determinada. Es aquí en donde surge la dificultad y en donde la técnica de los juristas se ha dividido en tantas escuelas como cada uno de ellos, ya sea cambiando el nombre de la teoría, ya cambiando el término, pero en el fondo coincidiendo en que una ley posterior no puede regir los hechos realizados bajo la vigencia de una ley anterior.

Todas las legislaciones están acordes en que una ley no puede regir sino para el futuro, y que no pueden venir a regular hechos jurídicos ya consumados. Pero nuestro derecho tiene, a este respecto, una variante: mientras en otros países la retroactividad está consagrada por leyes de carácter secundario, como el Código Civil, en nuestro derecho forma parte de una garantía constitucional. Incluso dentro de nuestra organización jurídica, presenta otra modalidad: mientras en otros países se prohíbe la retroactividad, es decir, aplicar la ley para el pasado, en nuestro derecho no se prohíbe en todo caso la retroactividad, sino únicamente cuando causa algún perjuicio. Cuando causa un beneficio, entonces sí se permite aplicar la ley retroactivamente al margen o independientemente de su vigencia.

Como un tipo representativo, observemos la aplicación retroactiva de la ley en el derecho penal: cuando una ley posterior viene a quitarle el carácter de delito a un acto consumado, se aplicará esa ley posterior en beneficio del delincuente. Así, nuestro artículo 14 constitucional dice en su primera parte: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Principio que está consagrado también en el artículo 5o. de nuestro Código Civil: “A ninguna ley ni disposición gubernativa se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

Es conveniente saber que esta palabra “retroactividad” viene del verbo latino *retroagere*: obrar hacia atrás, obrar al pasado; pero si nosotros aplicáramos en toda su extensión la palabra retroacti-

vidad, el verbo *retroagere*, entonces no habría evolucionado el derecho, no habría podido cambiar: sería atar de manos al legislador para que no pudiese cambiar una situación jurídica, ya que siempre habría actos jurídicos por ejecutar como consecuencia de eventos acontecidos bajo la vigencia de una ley. De aquí han surgido diversas escuelas, diversas teorías.

### TEORÍAS SOBRE DERECHOS ADQUIRIDOS

Una de las teorías más antiguas, la más conocida y que más influencia ha tenido en nuestro medio, es la teoría nacida del genio de Jambu-Merlin: la teoría de los derechos adquiridos, y de las expectativas de derechos; teoría muy conocida y de mayor influencia en nuestra jurisprudencia. Si ustedes ven las ejecutorias pronunciadas por la Suprema Corte en materia de retroactividad, notarán que se invoca casi siempre el derecho adquirido, la expectativa de derecho. De esta forma se dice: si existe un derecho adquirido, el legislador no está en posibilidad de dictar una norma que venga a modificar ese derecho adquirido; en cambio, si no existe ese derecho, sino simplemente una expectativa, el legislador puede suprimir ese carácter de expectativa, cambiando la organización jurídica. Esto que aparentemente no presenta dificultad, ya en la práctica la tiene.

No podemos precisar en qué consiste una expectativa de derecho y en qué un derecho adquirido, no obstante que se dice que un derecho adquirido es aquel que ha entrado dentro del patrimonio,

y es expectativa de derecho cuando hay esperanza fundada de adquirir ese derecho. Por ejemplo, se dice que será un derecho adquirido el que tenga una persona por haber comprado un bien que estaba, en el momento de la operación, dentro del comercio, aunque posteriormente la ley venga a retirarlo del comercio; que venga a declarar que existe problema nacional y, por tanto, no puede ser propiedad de un particular en especial pues forma parte de la propiedad del Estado. Porque encontrarán ustedes casos de determinados bienes que antes estaban dentro del comercio, y que ahora han sido retirados de él, como sucede en materia del petróleo: antes de la Constitución de 1917 se consideraba, de acuerdo con la teoría clásica sobre la propiedad, que el propietario era el dueño de la tierra, del subsuelo, de la atmósfera, del centro de la tierra hacia el cenit, todo lo que se encontraba en sus límites era del propietario. Pero la organización jurídica posterior vino a cambiar el régimen establecido y declaró que eso pertenecía al Estado. Los actos realizados bajo el amparo de ese ordenamiento tienen el carácter de derechos adquiridos; no importa que posteriormente se haya cambiado la organización jurídica, no importa que después venga a declararse que forma parte del patrimonio del Estado.

Por otro lado, tendrá el carácter de expectativa de derecho una situación como ésta: en el Código de 1884 la sucesión legítima, es decir, la sucesión que se difiere por mandato de la ley cuando no se ha manifestado la voluntad del autor de la sucesión, del *de cuius*, como la llamaban los romanos, se extendía hasta el octavo

grado. En la actual legislación se restringe la sucesión, la cual se encontraba limitada hasta el quinto grado o el sexto; no se tenía ningún derecho adquirido, no había sino una expectativa de derecho ya que el derecho hereditario nace con la muerte del autor de la sucesión. De manera que si la muerte de éste se operaba después de que la ley había restringido la sucesión legítima hasta el cuarto grado, no se tenía sino una mínima esperanza de llegar a ser heredero porque se limitaba hasta el quinto grado.

Esto es, se tendría un derecho adquirido si la muerte del autor de la sucesión se hubiera operado antes de la vigencia de la ley, antes del Código actual que viene a restringir el derecho hereditario hasta el cuarto grado. Veán ustedes, pues, la diferencia que existe entre derecho adquirido y expectativa de derecho: uno ya es algo firme, algo realizado, algo ejecutado dentro de la ley; el otro no es sino la facultad de ejecutarse; esta facultad puede, indiscutiblemente, modificarse por la ley posterior.

## *Decimocuarta Clase*

*V*éiamos en la clase pasada lo relativo a la teoría de Jambu-Merlin sobre los derechos adquiridos, y la expectativa de derechos. Pero esta teoría que aparentemente es clara, precisa, en realidad no lo es. En parte porque es difícil dar una idea general para determinar cuándo se está en presencia de un derecho adquirido, cuándo en presencia de una expectativa: la teoría no dice nada respecto a los efectos que generan los derechos adquiridos, que deben surgir con posterioridad a la derogación de la ley. Así, por ejemplo, supongamos un contrato de compraventa, dentro de un régimen jurídico que permita al propietario disponer libremente de su bien inmueble, celebrando un contrato de compraventa para transmitir su dominio. Si se transmitió el dominio dentro de la vigencia de una ley, se habrá adquirido un derecho; si simplemente se tenía la posibilidad de transmitir ese bien, y una ley posterior

viene a impedir la transmisión del mismo, no podemos decir que sea una disposición retroactiva, ya que sólo había la facultad, la expectativa de ejecutar ese derecho. Pero en el caso que nos ocupa, el contrato de compraventa debe tener determinadas consecuencias para el futuro, por ejemplo, si se ha pactado que el precio sea pagado en abonos, ¿cuál es la ley que debe aplicarse a las consecuencias futuras de ese derecho adquirido? Eso no lo dice la teoría de los derechos adquiridos, es un vacío dentro de esta teoría.

Por otra parte, dice también la doctrina clásica, expuesta genialmente por Aubry y Rau: el patrimonio es el conjunto de obligaciones y derechos estimables en dinero, que pertenecen a una persona y que forman un todo. Hay innumerables derechos que tienen un contenido económico; hay muchos otros que no forman parte del patrimonio, que son ajenos a él, entre otros el derecho de llevar el nombre del padre, el derecho de reconocer a un hijo, el derecho de ejecutar un acto del estado civil. Esto puede traer consecuencias económicas, pero en sí mismos no tienen contenido económico, y si lo principal para Jambu-Merlin era que estos derechos hubiesen entrado en el patrimonio, éstos nunca entrarían porque no tienen un contenido económico, porque no son estimables en dinero.

Otros autores como Hug, comentaristas del Código de Napoleón, y como Laurent, siguiendo a Hug, han cambiado única y exclusivamente el nombre de la teoría de Merlin, sustituyéndola por el de derecho e interés: el derecho corresponde, más o menos,

al derecho adquirido; el interés es simplemente la expectativa de derecho. Esta teoría, como la de Merlin, presenta los mismos inconvenientes ya que no hace sino sustituir los términos de derechos adquiridos y expectativa de derechos, por los de derecho o interés. Surge después una teoría más realista, una teoría inspirada en la teoría de Vareil, recogida por Planiol: habla de hechos realizados, de efectos concretos y de hechos futuros.

Esta teoría también presenta un inconveniente: el de no establecer un puente entre los efectos del hecho realizado y los efectos del hecho por realizarse. No podríamos concebir el que una ley omitiera los posibles efectos de un hecho consumado, y no regulase el hecho mismo. Si la ley se considera retroactiva cuando modifica el hecho realizado, indiscutiblemente tendrá que serlo cuando venga a privar a ese hecho de las consecuencias inherentes al mismo. No podríamos separar la causa del efecto, no podríamos separar lo que no es sino consecuencia del antecedente. Si la ley no puede en ningún caso mirar el pasado para desconocer una situación jurídica adquirida, tampoco podría, en buenos términos, considerar esos efectos de realización futura, pero adquiridos en un régimen jurídico ya establecido. ¿Cómo podría, pues, venir a desconocer la voluntad de las partes manifestadas en un régimen jurídico establecido, definido, fijo, preciso, y privar de efectos a esos actos válidamente celebrados? Sería atentar contra el pasado, sería desconocer el régimen jurídico adquirido. Es por eso que esta teoría que habla de hechos realizados y hechos futuros no satisface a la ciencia, a la investigación científica.

Surge entonces la teoría del insigne jurista francés Julián Bonnetcase. Para Bonnetcase los actos jurídicos presentan un doble aspecto: la ley se nos presenta en forma de situaciones abstractas y situaciones concretas. La ley, lo veíamos al examinar los caracteres de la misma, es una norma abstracta; así, cuando se establece una norma dentro de una disposición tiene el carácter de abstracta porque no se refiere a un hecho concreto, a una persona determinada. En cambio, cuando se ejecuta un acto jurídico, un acto de acuerdo con el régimen jurídico, entonces esa norma abstracta se convierte en un hecho concreto. Luego, será retroactiva una disposición que venga a desconocer esas situaciones concretas; pero si esta disposición no viene a desconocer situaciones concretas, entonces se vendrá a legislar para el futuro; en esa forma no se desconocerán los efectos ni los hechos mismos realizados al amparo de un régimen jurídico establecido.

Esta teoría es en la actualidad la más aceptada y presenta, desde luego, mayor precisión para determinar cuándo una norma tiene carácter retroactivo. Sin embargo, se han admitido, no por la doctrina de Bonnetcase sino principalmente por la doctrina de los derechos adquiridos, determinadas excepciones para permitir que el legislador pueda dictar normas de carácter retroactivo. Así, se dice: el legislador tiene facultad de establecer en la norma, que ésta tendrá el carácter de retroactiva; esto, desde luego, es contrario a lo dispuesto por nuestra Constitución, que en su artículo 14, párrafo I, establece: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Y agrega: “Nadie podrá ser pri-

vado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”. De manera que si nuestra Constitución establece que la ley debe ser anterior al hecho, de ninguna forma puede una ley posterior venir a privar de los efectos de ese hecho ya realizado; no podría ser posterior al hecho de ninguna manera, aparte de que nuestra Constitución tiene defectos de carácter técnico.

En realidad, el espíritu del artículo 14 y del Constituyente es que no se aplique nunca una ley retroactiva; en cambio es un error técnico unir el concepto retroactividad al concepto de perjuicio. Si vemos que el concepto de retroactividad es impreciso, borroso, difícil determinarlo, todavía se complica más cuando se le une al concepto de perjuicio. Pero esto obedece a una tendencia de carácter científico. Se cree en teoría que es posible aplicar retroactivamente una ley cuando ésta viene a beneficiar a aquél a quien se aplica. Por ejemplo, en el caso de la comisión de un delito, el caso de aplicación de una norma de carácter penal. Si un delincuente comete un acto delictuoso, y la ley vigente en el momento en que se cometió ese acto establece una penalidad cualquiera, y una ley posterior viene a determinar una penalidad menor que la fijada por la ley anterior, entonces debe de aplicarse la ley más favorable al reo. La razón que dan es la siguiente: la sociedad, tomando en cuenta el trastorno social que origina un hecho delictuoso, impone una pena que está en relación con la alteración social producida

por el hecho. Si la sociedad estima que este trastorno social es menos grave, es decir, debe ser castigado con una pena menor que la anterior, es porque el delito es de menor intensidad, y la pena como se va a aplicar en ese momento, debe ejecutarse conforme a lo que la sociedad sienta en ese instante.

Lo mismo acontece cuando una ley posterior anula el carácter de delito a un acto cometido anteriormente, y que de acuerdo con la ley antigua tenía ése carácter. Es por esto que nuestra Constitución establece el concepto de que la prohibición de aplicar una norma retroactivamente tiene por limitación el perjuicio que cause su aplicación. De ahí ha derivado lo siguiente, interpretando el artículo 14 constitucional: si lo que la Constitución prohíbe es que la ley se aplique retroactivamente en perjuicio de una persona, entonces válidamente el legislador puede dictar una norma que considere el pasado, y no habrá violación del propio artículo.

Naturalmente sería ilógico que el legislador diera normas que no puedan aplicarse. Este criterio se encuentra comprobado por la jurisprudencia de la Corte en materia de amparo, respecto a cuándo puede solicitarse la protección federal contra una ley. Ahí se distingue una doble situación: la ley puede traer un perjuicio de ejecución, la sola promulgación puede implicar un perjuicio hacia determinada persona; entonces procede el amparo contra la promulgación de la ley. Si la promulgación de la ley no causa un perjuicio, sino que éste se origina con la aplicación de la ley, hasta que el perjuicio se cause procede conceder la protección federal.

Aún existe otro concepto dentro del cual se permite la aplicación retroactiva o la expedición retroactiva de leyes: es el concepto “orden público”; concepto que ha ido evolucionando, que ha ido tomando mayor incremento en la actualidad. Si nosotros veíamos como una tendencia la socialización del derecho que iba relegando al individuo, relegando los derechos del individuo en función de los derechos sociales, de los derechos de la colectividad, paralelamente al desarrollo de esta tendencia irán evolucionando aquellas doctrinas que prohíban la aplicación de la ley retroactiva. Entonces se afirma: si el orden público en un momento determinado, si el interés de la colectividad se manifiesta en el sentido de cambiar un régimen jurídico establecido, entonces el legislador podrá modificar ese régimen, dictando normas que puedan tener el carácter de retroactivas.

Por ejemplo, tenemos las leyes en materia monetaria; estas leyes vienen a modificar actos ejecutados bajo la vigencia de un régimen monetario establecido, pero se considera que estas leyes tienen el carácter de orden público, que la colectividad misma está interesada en la aplicación de las mismas. Así, cuando se dictó la ley que desmonetizó el oro, en julio de 1932, se consideró que esa ley debería aplicarse a los actos realizados, a los pactos habidos antes de la vigencia de esa ley. Aquellos pactos en los cuales se había obligado una de las partes a cumplir en una moneda determinada, en oro, o en su equivalente en moneda extranjera, se previno que podría cumplirse con el equivalente en moneda nacional, equivalencia fijada por la misma ley, aceptándose derechos adquiridos

y afectándose situaciones concretas de hechos ejecutados. Es por eso que se distingue, y hay gran interés en su distinción, entre derechos que afectan el orden público y derechos que afectan el orden privado; pero ni éstos ni las situaciones anteriores, en que veíamos que era posible la promulgación y aplicación de leyes retroactivas, están permitidos por nuestro régimen jurídico. Este régimen jurídico es preciso, categórico: la Constitución no permite que en ningún caso se apliquen leyes retroactivas.<sup>3</sup>

La obra de Rouvier, su gran obra, consta de dos tomos en los cuales el primero se dedica a la historia del problema, y el segundo a la solución del mismo. Hay un compendio de esta obra. También puede consultarse un folleto publicado por el Lic. Gabriel García Rojas, con motivo de una reclamación, un litigio surgido entre uno de los accionistas de la Compañía editora de *El Universal* y la propia Compañía. Aun cuando incidentalmente se trata de la retroactividad, en el fondo el litigio versaba sobre lo siguiente:

La Compañía Periodística Nacional se organizó bajo la vigencia de Sociedades Mercantiles, que vino a cambiar el régimen de las sociedades establecidas por el Código de Comercio: conceder derechos a las minorías. Y fue precisamente bajo este supuesto cuando uno de los accionistas, que formaba parte de las minorías, exigió determi-

---

<sup>3</sup> Para los que deseen conocer más a fondo este problema, pueden leer un estudio del Lic. Trinidad García, publicado en la *Revista de Derecho de la Escuela Libre de Derecho*, o bien, pueden leer el compendio de la obra de Rouvier sobre el conflicto de leyes en el tiempo; autor que hace un estudio de todas las doctrinas, pormenorizando esta problemática, y que en mi concepto es uno de los mejores, si no el mejor, con respecto al tema.

nados derechos consagrados por la nueva ley; entonces surgió el problema de si era o no retroactiva la aplicación de la nueva Ley de Sociedades Mercantiles con respecto a los contratos celebrados durante la vigencia del Código de Comercio.



## *Decimoquinta Clase*

### INTERPRETACIÓN LEGISLATIVA JURÍDICA

*S*iguiendo la línea anterior, nos ocuparemos en esta clase de lo relativo a la interpretación de la ley. El problema de la interpretación de la ley ha sido uno de los que han servido de base para atacar el régimen jurídico de la antigüedad. Principalmente se ha atacado la teoría clásica de la interpretación de la ley en sus diversas manifestaciones: en la versión de la escuela gramaticalista, en la de la escuela exegética, en la manifestación de la escuela analógica; y ha surgido una nueva tendencia para interpretar la ley desde un punto de vista lógico, tendencia que va adquiriendo mayor importancia a medida que se va elaborando esta doctrina, consagrada por la jurisprudencia a partir de su admisión por ésta.

Si revisamos el informe rendido por el Presidente de la Tercera Sala, Sala Civil, de la Suprema Corte de Justicia, veremos cómo ya el Lic. Ruiz habla de una interpretación lógica de la ley, separándose de los antiguos moldes de interpretación jurídica. La escuela gramaticalista, al decir de Dualde, ha prestado y prestó en la época en que estuvo en boga una importancia decisiva para el derecho. Lo mismo aconteció con la escuela exegética, nacida principalmente con los ‘Glosadores’, glosadores de los textos romanos, y después con los ‘Postglosadores’, a través del derecho francés, en donde esta escuela tuvo su más amplio desarrollo. En la actualidad es imposible desconocer el adelanto de estas escuelas y aplicarlas para interpretar la ley.

Dualde dice que cuando se rompe el sistema de aplicación lógica de la ley se está en presencia de un acto de malabarismo jurídico, no se está en presencia de una interpretación correcta de la ley; esto es, no hay que confundir acto de prestidigitación, que causa asombro en el público de un teatro, porque se sabe que no es posible que se realicen esos actos, sino que hay más o menos engaño de parte del prestidigitador. Estos actos de escamoteo, de prestidigitación, naturalmente que están contra las reglas de la lógica. Por ejemplo, cuando un prestidigitador enseña al público un sombrero, demuestra que éste no tiene un doble forro; introduce un pañuelo dentro del sombrero y, al voltearlo, sale en lugar del pañuelo una paloma. En virtud de la ley de contradicción, de que una cosa no puede ser ni dejar de ser en el mismo tiempo y en el mismo lugar, no causará sino asombro la habilidad del presti-

digitador para sustituir una cosa por otra. Pero en el fondo, los que vemos el espectáculo seremos incapaces de descubrir en dónde está lo falso de esa suerte, pero estaremos de acuerdo en que la suerte es falsa. Lo mismo acontece en el derecho.

Para Dualde algunos procedimientos empleados por el derecho no son sino actos de prestidigitación: las *ordalías*, los *juicios de Dios*, la prueba del plomo derretido, la prueba del agua hirviendo, no son sino actos de prestidigitación del derecho: ¿cómo se podrá averiguar si una persona dice la verdad, según la forma en que reacciona al contacto del plomo derretido con el cuerpo humano? Esto obedece a que se ha olvidado la ley lógica, o que se ha roto el proceso lógico; así también cuando un jurista se empeña en que un texto ambiguo, un texto poco preciso, diga lo que el legislador no quiso decir. Bajo este supuesto, el jurista está ejecutando actos de malabarismo jurídico y está violando la ley de la contradicción: o el texto dice aquello o no lo dice, pero no pueden coexistir estos dos extremos.

Así pues, dice Dualde, es necesario interpretar la ley desde un punto de vista lógico, y es necesario que al hacerlo no rompa las reglas lógicas. Si lo que hace el jurista al interpretar la ley, no es sino una deducción en la cual la regla, la norma, es la premisa mayor y el caso concreto es la premisa menor, forzosa y necesariamente la solución tendrá que ser la conclusión de ese silogismo. Luego, cualquier acto que venga a romper ese orden, a romper ese proceso deductivo, tendrá que ser un acto de malabarismo.

Así también, afirma que la escuela gramaticalista no es sino un residuo de las antiguas doctrinas sobre la fuerza del soberano en la tierra. Los que creen que el soberano es algo infalible sobre la tierra, que el legislador no pudo equivocarse, están ratificando la antigua doctrina que afirmaba que el soberano era una prolongación de la divinidad en la tierra. Si el legislador es hombre, si como todo hombre está sujeto a error, es indiscutible que pretender elevar al *sursum corda* la ley, es erróneo; no hay cerebro que pueda prever la solución de todas las situaciones de antemano; en consecuencia, forzosa y necesariamente la ley tendrá que presentar defectos.

Asimismo, la escuela gramaticalista presenta este grave error: indiscutiblemente que es más importante descubrir la intención del legislador, ver el espíritu de la ley, que atender a la letra, al punto, a la coma de la ley misma. En esta forma se pasma el derecho, en esta forma el derecho no evoluciona, el derecho se estanca; si nosotros no concibiéramos horizontes más amplios que los fijados por la ley estaríamos todavía en el Decálogo de Moisés, o en las Doce Tablas del derecho romano; no habría evolucionado el derecho.

Como una prolongación de la escuela gramaticalista, nos encontramos ahora con la escuela exegética. La escuela exegética trata de derivar todo el concepto de justicia de la ley escrita, todas las soluciones y los problemas que en ella se presentan; y entonces tortura a la ley para llegar a la solución que pretende obtener. Es de

tal manera fuerte la influencia de esta escuela, que ilustres profesores de derecho civil, principalmente franceses, como Proudhon, decía: “Yo no enseño el derecho civil, yo enseño simplemente el Código de Napoleón”. Para él, el derecho civil se encerraba en el articulado del Código napoleónico. Pugné decía: “Para estudiar el Derecho Civil, hay que ir al Código de Napoleón y no salir de él”. Así también, otros ilustres juristas trataban de encerrar la ciencia en la ley positiva. En esta forma se encierra al derecho en cada artículo y el artículo viene a ser la celda donde está encerrada la noción de justicia. En cambio, cuando se interpreta lógicamente la ley, cuando se interpreta con un criterio más amplio, se está haciendo evolucionar, progresar el derecho, se está creando el derecho a través de los diversos factores sociales que van influenciando la resolución a una situación concreta.

Dualde refiere, para demostrar lo peligroso de la escuela exégetica, lo que acontece con uno de sus expositores, con un jurista que estuvo en boga a fines del siglo pasado y principalmente en esta República: Laurent, comentarista del Código de Napoleón quien llega a conclusiones absurdas por medio de la interpretación de la ley.

Así, por ejemplo, cita Dualde la solución que da Laurent al siguiente caso: se pregunta Laurent si puede el padre contraer matrimonio con su hija natural, cuando ésta no ha sido reconocida; y entonces, haciendo un análisis del texto del Código de Napoleón, llega a la conclusión de que desde el punto de vista jurídico, sí

puede el padre contraer matrimonio con su hija natural, siempre que ésta no haya sido reconocida. El razonamiento exegético es el siguiente: la filiación es la relación de padres a hijos y de éstos a aquéllos; la filiación natural no se establece sino por un reconocimiento forzoso de éste hacia aquél, reconocimiento que se deriva de una resolución judicial. Si no existe ese reconocimiento forzoso o voluntario, para la ley no existe esa relación de filiación. Si al hablar de los impedimentos, dice Laurent, no se habla sino de los impedimentos de los hijos legítimos, los hijos naturales, aunque de hecho tengan tal carácter, para la ley no lo son; entonces, interpretando estrictamente la ley, interpretando el Código de Napoleón, tenemos que llegar a la conclusión de que sí puede el padre contraer matrimonio con su hija natural, siempre que ésta no haya sido reconocida.

Situación, como vemos, perfectamente antijurídica, perfectamente inmoral, porque si nosotros hacemos un análisis lógico del Código napoleónico en esta materia, llegaremos a una conclusión totalmente diversa de aquella a que ha llegado la escuela exegética, escuela que no reconoce que sería inmoral el matrimonio en estas condiciones; que podría llegar a ser, como es considerado el incesto, un acto delictuoso, un acto castigado por la sociedad, no sólo reprobado sino castigado, ya que hay muchas legislaciones en que el incesto se castiga como delito.

En cambio, decíamos nosotros, interpretando lógicamente la ley, empezaríamos por examinar cuál fue la razón que tuvo el legis-

lador para imponer el incesto como prohibición para contraer matrimonio, esto es, lo que en el derecho canónico se llamaba la relación de padre a hijo, y veríamos que independientemente del transtorno moral que traería esta relación, la ley de la herencia fatalmente demuestra que el producto de esas uniones es un producto degenerado, que las taras entre los parientes, lejos de irse atenuando, se van agravando, las cualidades van desapareciendo, predominando las taras sobre las cualidades del individuo; los hijos de determinados parientes vendrán a ser idiotas, sordomudos, imbéciles, etcétera.

El interés social está en prohibir esas relaciones, en prohibir esas uniones para evitar que en la sociedad vaya aumentando el número de degenerados, el número de individuos inhábiles para la vida. Si ése fue el pensamiento del legislador, ¿cómo es posible que se refuerce a la ley para poder prever una situación en que ese hecho que se considera delictuoso se pueda realizar? Indiscutiblemente que en esta escuela, haciendo una interpretación lógica de la ley, se llegaría a la conclusión de que no es válida la celebración de ese acto. Como este caso, podríamos presentar innumerables en los cuales dicha escuela llega a soluciones injustas, antijurídicas, derivadas de una interpretación estricta, de un escamoteo de la ley.

Es contra este escamoteo de la ley que innumerables juristas han protestado: Benito, en uno de sus libros de derecho mercantil, dice: “Cuando la ignorancia del legislador, cuando la imprevisión de éste, crea vericuetos, crea encrucijadas en las cuales deben de

caer los individuos que tratan de aplicar la ley, entonces la obra del jurista no es la de aplicar las sanciones en que caen los individuos que entran en estas encrucijadas”. Es precisamente lo contrario, se trata de hacer posible la aplicación de la ley, porque la escuela que creía en la inhabilidad del legislador, que creía que la ley era la suprema verdad, se encuentra actualmente en plena decadencia.

Ahora bien, hemos admitido que en el ambiente social flota la idea de justicia, y que esta justicia es totalmente independiente del texto de la ley, tendremos que admitir que hay un derecho de crítica de las disposiciones legales; tendremos que admitir que innumerables situaciones previstas por la ley no están de acuerdo con el sentimiento de la equidad. La labor del jurista es amalgamar ese sentimiento de equidad con la ley escrita.

Por otra parte, para Dualde la escuela más peligrosa, la manifestación más peligrosa de la escuela tradicional de la interpretación de la ley, es la escuela analógica. La escuela analógica presenta ciertos aspectos de lógica, y es por eso que incide frecuentemente en muchos errores, y cautiva por la simplicidad de sus argumentos. Dualde afirma que la escuela analógica se funda principalmente en este adagio romano: *cadem ratio, cadem dispositio*, “donde hay la misma razón, debe existir la misma disposición”; entonces estamos haciendo una interpretación extensiva del texto de la ley. Lo semejante es distinto de lo idéntico; lo idéntico es exactamente igual lo uno a lo otro; lo semejante no presenta sino puntos de contacto y puntos de diferencia; entonces vamos a

examinar cuál es la situación de esto que es análogo, de esto que es semejante: si la ley ha previsto el caso en su articulado, entonces, dice la escuela, hay que aplicar simplemente la ley; porque la ley es clara, es precisa, y entonces la labor del intérprete se concreta a la aplicación de ese mismo texto. Pero cuando la situación no se encuentra prevista en la ley, entonces hay que aplicar la ley por analogía, hay que aplicar al caso semejante la norma dictada para un caso expresamente previsto en la ley.

Para la crítica que se hace a la escuela analógica también hay un adagio latino, que dice: “donde la ley no distingue, no hay que distinguir”. Y entonces, si la escuela analógica hace este razonamiento, si presume que el legislador resolvería ese caso semejante de acuerdo con la norma prevista por la ley, ¿por qué no admitir la situación inversa? ¿por qué no admitir que el legislador no previó ese caso, precisamente para distinguirlo del que tiene semejanza, pero que también tiene diferencias? Veamos qué tan fuerte es uno como otro de estos argumentos; qué tan exacto puede ser presumir que el legislador trató de resolver ese caso distinto de acuerdo con la norma dictada para el caso previsto por la ley; ¿cómo presumir que el legislador no quiso que se comprendiera este caso en lo previsto por la ley y por eso lo dejó fuera? ¿Cómo es posible, dice Dualde, que de acuerdo con el principio de contradicción admitamos que este caso no está previsto por la ley, y no obstante apliquemos la ley para dicho caso? Es preciso dar un criterio fuera de la ley, ya que hemos reconocido que ese caso no está comprendido en ella.

Si hacemos la aplicación de la ley estaremos en el caso del prestidigitador, estaremos haciendo creer que cambiamos un pañuelo por una paloma; estaremos aplicando una solución a un caso totalmente distinto. ¿Cómo es posible entonces que para situaciones jurídicas que no existían en el momento de dictarse la ley, se aplique la ley misma? Así, por ejemplo, si el Código de Napoleón es de principios del siglo XIX, y todavía se encuentra vigente, ¿cómo es posible que apliquemos dicho Código a muchas situaciones concretas que no existían en ese tiempo? Es necesario, pues, crear otro método, tratar de descubrir la intención del legislador en el texto de la ley, atender más al espíritu de la ley que a la letra de ésta. Por eso Montesquieu decía, en su libro sobre la interpretación de la ley: “Es necesario atender al espíritu que vivifica, y no a la letra que mata”.

A propósito de la ley y de la claridad de la misma, don Jacinto Pallares, en un estudio sobre la interpretación de los contratos solemnes en nuestro derecho, publicado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* del año de 1900, decía con respecto a la interpretación de la ley: “decir que una ley es clara es no decir nada”. La ley es clara porque se entiende desde el punto de vista gramatical, es lo que se quiso decir ¿la ley es clara porque está escrita de acuerdo con las reglas de sintaxis? pero ¿qué debe entenderse por claridad de la ley? Si las leyes fuesen claras, para ser abogado se necesitaría simple y sencillamente saber leer y escribir.

La claridad de la ley no consiste en que esté escrita de acuerdo con las reglas de sintaxis; la claridad de la ley consiste en que se

prevéan las situaciones que la ley quiso prever. Pero no podemos hablar de claridad de la ley, ya que puede ser clara para la solución de determinados problemas, y puede ser imprecisa, confusa o ambigua para la solución de otros no previstos por el legislador. En consecuencia, no podemos hablar de textos claros; simple y sencillamente tendremos que decir que la solución se encuentra prevista por la ley.

Bajo esta tesis, se dice, se distingue precisamente el abogado del tinterillo o rábula: el abogado tiene una visión de conjunto, una noción general del derecho; en cambio el tinterillo no ve sino la aplicación concreta, la frase escueta de un artículo que forma parte de la ley. Entonces esa visión de un artículo que forma parte de la ley le impide tener una noción exacta de la justicia, le impide llegar a interpretar la ley. En cambio, cuando se tiene una noción general, se tiene un horizonte completo del derecho, en lo otro se espía el horizonte a través de una rendija que viene a ser el artículo, la frase misma que se considera suficientemente clara, que se considera que viene a resolver el problema.

Pero la escuela clásica presenta mayores dificultades cuando nos encontramos en presencia de lo que se llama en derecho “el problema de las lagunas de la ley”. Si hemos visto en clases pasadas que la ley no prevé ni puede prever todas las situaciones que se pueden presentar, ¿cómo podremos descubrir, del articulado de la ley, esos casos que no están previstos por la misma? ¿cómo podremos sacar de un articulado estrecho esas soluciones? Enton-

ces han venido otras escuelas para tratar de resolver el problema de aplicación de la ley en lagunas del derecho: la escuela clásica, a través de la escuela analógica y su aplicación de la ley.

La escuela de la interpretación lógica a través de un criterio más amplio, en vista del sistema propuesto por el Juez Magnau, en su libro *El buen juez*, es que cree que en estos casos la situación de un intérprete es la parecida a la del legislador; esto es, afirma que el primero debe resolver esta situación creando la norma, creando el derecho; o bien, otras escuelas que hablan de respeto hacia el espíritu de la ley: tratar de amalgamar la situación de un caso con el espíritu del legislador, es decir, sustituir a éste en ocasión de ese hecho concreto y arguir los principios generales que informaron la ley, y con ellos resolver el problema.

Es bajo este supuesto en donde el problema de las fuentes supletorias del derecho tienen mayor importancia; donde la doctrina, la jurisprudencia, las leyes de otras partes, los principios generales del derecho y la noción de equidad entran en función para influir en la forma de resolver esa coyuntura no prevista por la ley, ya que por mandato expreso de la Constitución y del Código, el Juez no puede eludir la solución de un problema que se presenta ante su jurisdicción, no puede escudarse en la falta de texto aplicable al caso: tiene que dar una solución a esas dificultades, tiene que resolver acerca de esta controversia, dar solución en una forma o en otra, pero terminar con el juicio que se le ha planteado. Es aquí,

donde coincide la función del intérprete con la función del legislador.

Para estos casos el intérprete está glosando el derecho y debe declararlo categóricamente; entonces yo resolvería este problema, si fuese legislador, en esta forma: ya que el espíritu de la ley, el criterio de la ley es éste, derivado de todo el orden jurídico establecido, ya que tan derecho es una norma del Código Civil como una norma del Código de Procedimientos, como una del Código Penal, es de ese orden jurídico de donde hay que sacar el espíritu de la ley. Pero algunas veces ese espíritu es difícil o imposible de descubrir, porque la torpeza del legislador hace que se asuman doctrinas antagónicas, hace que en el texto de la ley haya artículos contradictorios, y es cuando la labor del intérprete se hace más complicada, más difícil.

¿Cómo descubrir el espíritu de la ley cuando hay contradicción en el articulado de un mismo cuerpo de leyes? Es entonces cuando hay que recurrir a los principios establecidos para la interpretación de la ley. Naturalmente debemos reclamar que se implante el que los tribunales sigan el método de interpretación lógica. Sin embargo, al mismo tiempo que este procedimiento presenta innumerables ventajas sobre la escuela clásica de interpretación, también representa innumerables peligros, porque la lógica, la forma de interpretar la ley, variará en cada tribunal, en cada Juez, y entonces se nos presentará la jurisprudencia a través de mil facetas, se nos presentará jurisprudencia contradictoria. Además de los factores de toda

índole que influyan al Poder Judicial, habrá ese problema de libre interpretación de la ley. La estabilidad del derecho estará sujeta a la forma de interpretarlo, no tendremos la seguridad que nos daba la escuela gramaticalista, que nos daba la escuela exegética, en consecuencia, variará la jurisprudencia. Pero esto más que un problema de carácter técnico es un problema de carácter humano: dependerá de la bondad de los tribunales que este método de interpretación sea el que venga a satisfacer los anhelos de justicia, porque indiscutiblemente en el sistema de interpretación, que tiene mayor amplitud que el tradicional, el factor hombre desempeña un papel más importante.

Por tanto, la honradez, capacidad, y rectitud del juzgador, estarán en relación directa con la bondad de la jurisprudencia que se establezca. Por eso esta escuela no ha tenido el éxito que debiera; es por eso que todavía en muchos países se sigue aplicando la interpretación gramaticalista, porque hay una frase dura, pero exacta: “la equidad, en muchos casos, está reñida con la justicia, está reñida con el derecho”; y es que la equidad no tiene más límite que la honradez del que la aplica, en cambio el derecho está marcado por los límites establecidos por el propio legislador, y por eso se ha dicho que el derecho acaba donde la equidad empieza. La ley se rompe, la ley se viola cuando queda al arbitrio del que la va a aplicar, de aquél que va a aplicar sus normas; es por eso que para tener seguridad en la aplicación exacta de la ley, del derecho, todavía sigue aplicándose la escuela clásica de interpretación de la ley.

## Decimosexta Clase

**E**n la clase pasada analizabamos los diversos peligros a que nos podía llevar un abuso de la escuela de interpretación lógica del derecho. En efecto, si abandonamos en manos del intérprete la fijación absoluta de los alcances de la ley, o la forma de aplicar ésta, el derecho no tendrá una estabilidad, no tendrá firmeza: dependerá no tanto del legislador sino del intérprete, quien debe fijar los alcances de la ley, de fijar la forma de interpretar la ley. Este sistema fue principalmente expuesto por Magnau, en su libro *El buen juez*. Él propugnaba por una sustitución del legislador por parte del intérprete. La ley, decía, no corresponde a todos los momentos de evolución del derecho, sólo es la manifestación de la sociedad en un momento dado: la sociedad va cambiando constantemente, va evolucionando, de manera que la ley no podrá aplicarse en un momento distinto de aquel en el cual el intérprete

trata de fijar sus alcances. La única forma posible de que el derecho corresponda a la realidad social es que el intérprete quede en absoluta libertad de resolver la controversia que se suscitó, como si fuese él el legislador, tomando en consideración las incidencias del momento.

Sin embargo, comprenderán que si se pudiera dar esto, vendría entonces una anarquía en la forma de interpretar, una discordancia absoluta en la jurisprudencia, una discordancia absoluta en el derecho. Si la ley impone al que la viola determinada sanción si es una ficción establecida por la propia ley que nadie pueda ignorar su contenido, si este contenido es algo variable, algo impreciso, ¿cómo podría aplicarse esa presunción?; si el alcance de la ley no dependiera de la ley misma, sino del alcance que le quiera dar el juzgador, mientras no se fije ese alcance por el Juez, por los tribunales, ese alcance será algo borroso, algo impreciso, y entonces sería injusto que yo, o cualquier otro, tenga que soportar las consecuencias de la violación de eso que todavía no se fija, de eso que todavía no se precisa. Es por eso que esta escuela de libertad absoluta de la interpretación de la ley, no ha sido aprobada, no ha sido seguida por los tratadistas. Indiscutiblemente que presenta grandes ventajas, pero éstas son pequeñas en relación con los inconvenientes; en cambio, cuando se tiene una ley, cuando la ley es escrita, precisa, o más o menos precisa, entonces puede aplicarse la presunción de que nadie desconoce la ley, puede aplicarse el derecho, ya que está más o menos determinado. Pero al mismo tiempo, no podríamos admitir en nuestra época las soluciones

dadas por la escuela gramaticalista, por la escuela analógica, por la escuela exegética.

Hemos visto cómo estas escuelas, a base de malabarismos jurídicos, como los llama Dualde, a base de forzar el texto de la ley, llegan a extremos contrarios a la equidad, contrarios a la justicia. Hemos visto también cómo estas escuelas estancan el derecho; cómo hacen que el derecho se pasme, y es una cualidad de los cuerpos inorgánicos, de los cuerpos pertenecientes al reino mineral, el estratificarse; en cambio, es una cualidad de todo lo perteneciente al reino animal, al reino vegetal, el evolucionar, el cambiar de manera que si en un medio va a actuar el derecho éste deberá evolucionar de acuerdo con los cambios sufridos por la sociedad, por la colectividad. Ahora bien, la única forma de que el derecho, sin perder su rigidez, vaya adaptándose a las necesidades, es por medio de la interpretación lógica. Cuando logremos captar el pensamiento del legislador, plasmado a través de determinado articulado, entonces habremos descubierto el espíritu de la ley, y ese espíritu, ese *sustratum* de la ley, nos sirve para aplicarla a situaciones no previstas por la ley misma. Entonces habremos hecho una obra de interpretación, e iremos haciendo que el derecho se vaya adaptando a circunstancias no previstas por la ley. Por el contrario, si aceptamos lo que cree la escuela tradicionalista: que el legislador es un hombre infalible, que es una prolongación de la divinidad en la tierra y en consecuencia no puede equivocarse, y todo lo que dice es verdad, y lo que no está dentro de la ley no es derecho, entonces habremos estancado el derecho.

La aplicación de ese marco estricto, nos llevará a situaciones absurdas, a situaciones contradictorias, injustas, como los casos que examinábamos en la clase pasada, y que en gran parte sirven de base a la crítica de Dualde: principalmente el caso del padre que puede contraer matrimonio, de acuerdo con la interpretación de la legislación francesa, con su hija natural cuando ésta no haya sido reconocida; situación no sólo contraria a la ley francesa sino contraria a la ley moral, a las buenas costumbres. Y si vemos que los mismos autores que llegan a esta absurda solución pugnan contra la solución misma, la reclaman por considerarla inmoral, ¿cómo es posible aceptar un método de interpretar la ley que nos lleve a situaciones inmorales, a situaciones injustas? Es mejor descubrir otro principio, descubrir la orientación de la ley y fijar sus alcances.

#### LAGUNAS EN EL DERECHO

Con respecto al peligro de interpretación de la ley, éste se nos presenta en algunas ocasiones con el nombre de “lagunas del derecho”. Es indudable que la ley no puede prever todas las situaciones posibles, ya que ésta es dada en un momento determinado, y en ese momento pueden no existir determinadas incidencias que llegan a tener vigencia, que se realizan con posterioridad a la expedición de la ley. Surge entonces el problema de decidir cuál es el derecho que debe aplicarse, que debe regir estas situaciones, máxime cuando el legislador tiene la obligación de resolverlas. Así lo dice el artículo 18 del Código Civil: “El silencio, oscuridad o insufi-

ciencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”. El mismo párrafo cuarto del artículo 14 constitucional, establece: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho”. Naturalmente que no podría el Estado dejar sin resolver determinadas situaciones, determinados conflictos por la falta de disposición expresa, y es cuando surge el problema de llenar ese vacío creado por la ley.

Es bajo este supuesto normativo que la labor del intérprete coincide con la labor del legislador; en buenos términos, el intérprete está creando la norma, está creando el derecho, no está interpretando la ley, que de antemano sabemos no existe para dar una solución correcta, precisa, a esas situaciones no previstas. Por esta razón vuelven a aplicarse las diversas doctrinas que hemos examinado para interpretar la ley. La doctrina de la analogía dice: debe existir dentro de la ley una situación parecida, una situación semejante, por tanto debe resolverse de acuerdo con tal criterio el caso no previsto. Por su parte, la doctrina que critica a la escuela analógica afirma: la analogía es la aplicación de una norma a situaciones semejantes, pero no idénticas; ¿lo semejante tiene algo de parecido y algo de diferente? ¿por qué presumir, por qué creer que el legislador, al no comprender en un determinado artículo de la ley esa situación diferente, la va a resolver tomando en consideración lo parecido y no lo diferente de la misma? Entonces interviene la interpretación lógica: hay que descubrir el espíritu de la ley, y una vez descubierto

aplicarlo a esa situación concreta; este espíritu es lo que nuestra Constitución llama *principios generales del derecho*.

Vemos, sin embargo, que en este caso la interpretación de la ley es algo complicado, es casi una ampliación del derecho, y a causa de ello es que los juristas distinguen tres clases de interpretaciones: a) *interpretación extensiva*, cuando se estaría aplicando el derecho a una situación no prevista por él; b) *interpretación limitativa*, cuando se está reduciendo el texto mismo de la ley, y c) *interpretación declarativa*, cuando simplemente se declara que el caso queda comprendido dentro de determinado precepto, coincidiendo la solución aplicada al conflicto del caso, con la solución dada por el derecho. Empero, en estos eventos, que son los generalmente aceptados (ya que por ejemplo Wisheld cree que pueden existir cinco casos en vez de tres), la interpretación va más allá del derecho, restringe el derecho, o coincide con el derecho, es decir, interpretación extensiva, interpretación limitativa e interpretación declarativa, respectivamente. Incluso se distinguen otras clases de interpretación: legislativa, y la judicial o usual.

La interpretación legislativa se da en caso de que el mismo legislador fije el alcance de la ley, por medio de un derecho posterior, situación que acontecía en la organización primitiva de los pueblos, en donde la diferenciación de funciones de los órganos del Estado no estaba determinada, donde el soberano lo mismo dictaba la ley que la aplicaba; pero con la evolución de los pueblos, con la creación de la teoría de la división de poderes, son ya distintas las

funciones del Poder Legislativo, de las del Poder Judicial: el Poder Legislativo dicta la norma, el Judicial precisa el alcance de la norma. Sin embargo, hay algunos autores, como por ejemplo Valverde, que creen que la interpretación legislativa de la ley viene a ser una intromisión de un ente sobre las atribuciones de otro.



## *Decimoséptima Clase*

 Comentábamos en la clase pasada las diversas clases de interpretación de la ley. El problema que ahora se nos presenta es determinar qué debe entenderse por principios generales del derecho, ya que nuestro artículo 14 constitucional consagra, en cierto modo, la escuela gramaticalista, diciendo que la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación de la ley, y sólo a falta de ésta deberá atenderse a los principios generales del derecho.

Para algunos tratadistas, los principios generales del derecho son las antiguas máximas del derecho romano que eran derivadas del texto de la ley, y aceptadas por la costumbre, por el uso. En algunos casos también se derivaban de las acciones o excepciones creadas por el derecho pretoriano. Pero en realidad, estas máximas que para

algunos deben de aplicarse como principios generales del derecho no son sino opiniones de insignes juristas romanos; en consecuencia, el prestigio de la máxima dependía del prestigio del jurista. Así, estas máximas no eran sino interpretaciones del texto romano: sentencias de Paulo, sentencias de Gallo, de Justiniano, etcétera. Pero, no podemos tomar en consideración estas máximas como fuentes del derecho, en primer lugar porque son contradictorias y, en segundo, porque no corresponden a la época actual; sin embargo, la autoridad de estos juristas hace que en muchos casos las resoluciones se funden en ellas. Contrastando esto, la mayoría de los juristas contemporáneos protesta diciendo que esas máximas, traducidas y reproducidas en latín, no hacen sino facilitar la memoria; no hacen sino condensar el pensamiento jurídico, pero en manera alguna pueden servir para dictar sentencias. Mas la influencia de estas máximas ha sido decisiva y, al decir de Dualde, ponen de manifiesto dos situaciones: el carácter arcaico de la máxima misma, ya que se remonta muchos siglos atrás, hacia la época romana, y cierta pedantería del que funda un razonamiento en una de esas máximas. Esto es, si nosotros no admitimos como fuente directa del derecho la costumbre actual, ¿cómo poder fundar una resolución en la costumbre del imperio romano? Es por eso que la mayoría de los juristas coinciden en que esas máximas tienen un valor secundario.

Para otros juristas, los principios generales del derecho se resuelven de acuerdo con la noción que se tenga de justicia. Todo aquello que venga a contribuir a la justicia, vendrá a ser un principio general del derecho. Pero la fórmula: *Justitia est constans et perpetua*

*voluntas jus suum cuique tribuendi*, en realidad no nos da una idea para resolver lo que debe de entenderse por justicia, pues es en el fondo una fórmula hueca, porque el problema estriba en saber qué cosa es lo suyo y de cada quien; y de este modo no habremos hecho sino desplazar la cuestión relativa a lo que es la justicia. Sin embargo, en el fondo todos los autores coinciden, y llegamos a uno de los últimos reductos de que ya nos hemos ocupado en esta clase al estudiar las fuentes del derecho: la equidad.

Hemos visto cómo va adquiriendo mayor importancia el derecho equitativo; sin embargo, algunos filósofos, principalmente de mediados del siglo pasado, como el alemán Keyserling, pensaban que la equidad no es sino una manifestación de la ignorancia del derecho: cuando no se puede encontrar la solución en las normas jurídicas, cuando se desconoce el texto de la ley, naturalmente que se recurre al expediente de la equidad, ya que todos tenemos una noción íntima, una noción subjetiva de lo que es la equidad, y cuando no encontramos dentro del derecho mismo una solución correcta, entonces recurrimos al expediente de la equidad. Por eso para algún pensador el derecho termina e inicia en la equidad; porque mientras el derecho tiene una fijeza, mientras el derecho marca límites precisos, los límites de la equidad son límites borrosos, imprecisos, y se prestan en muchas ocasiones para dar soluciones contrarias.

No obstante lo anterior, la equidad es uno de los reductos del juzgador, uno de los reductos del intérprete en caso de que la ley

no prevea esas situaciones. Naturalmente que todas las fuentes supletorias del derecho vienen a informar esta solución; sin embargo, todo lo que hemos examinado relativo a las fuentes tenemos que reproducirlo en materia de principios generales del derecho: la doctrina, la jurisprudencia, la costumbre, la equidad, vendrán a contribuir a la información de ese principio general del derecho. No se trata pues de principios universalmente aceptados: el derecho es un producto social, si el derecho es debido a la sociedad, indiscutiblemente cada sociedad podrá tener un concepto distinto del derecho. Así como cuando en una ecuación matemática cambiamos uno de los factores de la misma el resultado será diverso, así también cuando se cambia uno de los factores que informan el producto social derecho, el resultado tendrá que ser otro. Es por eso que no podremos admitir principios universalmente aceptados; en el fondo, es indudable que habrá un anhelo, una idea de justicia, pero el contenido de ella variará de acuerdo con la misma sociedad. Con esto damos por terminado lo relativo a la interpretación de la ley.

### DESCONOCIMIENTO O IGNORANCIA DEL DERECHO

Nos ocuparemos ahora de uno de los problemas que más han agitado a los juristas que tratan de darle una nueva forma al derecho; principalmente a la escuela socialista del derecho, que pugna por la socialización de éste, entendiendo por tal aplicar las doctrinas socialistas al derecho, ya que éste, como veíamos, tiene que ser forzosa y necesariamente social. El problema al que me refiero es el de la ignorancia del derecho.

La literatura jurídica con respecto a este tema es vasta: principalmente los autores que formaron el partido socialista austro-germano-italiano (Bagdalia, Cossentini, etcétera), todos ellos han escrito innumerables obras tratando el problema de la ignorancia del derecho. Empero, un insigne jurista español, Joaquín Costa, es quien ha combatido con mayor éxito, con mayor elegancia, el problema de la ignorancia de la ley. En realidad éste es un dilema que ha preocupado a los juristas de todo tiempo. La organización básica del derecho, para hacer posible la aplicación de la ley, está basada en una presunción *jure et de jure*: creer que la ley es conocida por todo el mundo; entonces la organización del derecho dependerá de la solución que demos a este problema. Por eso Costa pugna porque se modifique eso que sirve de base al derecho, y dice: si nosotros observamos que en todos los pueblos hay innumerables analfabetas, que hay un gran número de personas que no saben leer ni escribir, y se les obliga a conocer una ley que se publica en un periódico, es tanto como si se obligara a un ciego a ver lo que no puede, como si se pregonara una ley en un país de sordos.

En consecuencia, esto acarreará una profunda injusticia, un profundo trastorno social; ¿cómo es posible que el Estado que no ha podido enseñar a leer a sus habitantes, les exija el conocimiento de una disposición que entra en vigor por la sola inserción en la gaceta o *Diario Oficial*? ¿cómo es posible que se hagan acreedores a sanciones, cuando no pueden conocer el texto de la ley? En muchas partes observamos que ni siquiera hay una unidad del lenguaje, que hay innumerables idiomas dentro de la misma demar-

cación geográfica, ¿cómo es posible que si ni siquiera se publica en diversos idiomas, esa ley tenga carácter de obligatoria? Por lo anterior es que Costa empieza por tratar acerca de lo que se hacía en la época antigua, respecto al idioma en que debía publicarse la ley: si en latín, como acontecía con el derecho civil, como acontecía con el derecho canónico, o bien en el idioma que se hablaba en cada una de esas naciones; sin embargo, él llega a la conclusión de que ese problema es de carácter secundario, pues ya sea que se publique en latín o en español, si los habitantes no saben leer ni escribir no podrán llegar al conocimiento de la ley. En realidad —dice—, se está en presencia de una profunda injusticia que sirve de base a toda la organización jurídica.

Es importante destacar que en todos los países existe un precepto parecido al que se establece en el artículo 10 constitucional: “contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”. Esto es, estamos en presencia de una profunda injusticia consagrada por el derecho. Si el Estado reconoce en algunos casos que los peritos en la ciencia del derecho tienen una ignorancia excusable, como en los juzgadores, en los jueces, cuando dictan una norma contraria a la ley, entonces cabe la taxativa de la ignorancia de la ley misma. ¿Cómo es posible entonces que se obligue al común de las gentes a conocer la ley, y que su ignorancia no pueda ser objeto de excusa? Dos principios, dice Costa, son alrededor de los cuales gira este problema: *nemini licet ignorare jus*, a nadie le es permitido ignorar el derecho.

Este principio establece la injusticia y recuerda el famoso edicto del derecho romano, en que estando interesado el emperador en que se violara dicho edicto, lo escribió con letra diminuta y dispuso que se fijara en lugares muy altos; esta sorpresa del derecho no puede servir de base para la organización jurídica. En el fondo, existe una razón para establecer el sistema seguido por nuestra ley: ¿cómo sería posible discernir si una persona conocía la ley?; sin embargo, nuestras antiguas leyes españolas creaban algunas excepciones; así, había disposiciones que no podían tener aplicación para aquellos que hubieran estado combatiendo fuera del territorio, en país extranjero; el militar que iba a combatir en defensa del Estado, no podía dedicarse a leer el *Diario Oficial*, no podría tener aplicación para él una norma dictada en un lugar distante de donde él se encontraba. Igualmente sucedía con los pastores localizados en la montaña, lejos de todo centro de población, no se les podía aplicar la normatividad dictada en la ciudad. Este régimen, dice Costa, era de más justicia, era un régimen de equidad que establecía un criterio general, un principio excepción.

Si vemos que a medida que la sociedad va evolucionando, que va progresando, el derecho se vuelve más complicado, surgiendo la necesidad de la especialización aun dentro de los mismos juristas, de los mismos técnicos, ¿cómo es posible entonces exigir que el vulgo conozca la ley? Esto semeja una situación parecida a la famosa transacción del Monte Janículo, del pueblo romano, en donde el procedimiento se había hecho de tal manera complicado, que para obtener justicia era necesario recurrir a algún artifice de

la ciencia del derecho. El derecho debe ser algo claro, debe estar al alcance de todo el mundo. Cuando encontramos que la ley ni siquiera sigue la costumbre del lugar, sino que viene a modificarla y el derecho se ha imbuido dentro del pueblo, con la importación de costumbres extranjeras, ¿cómo es posible que se pretenda que el individuo conozca aquellos derechos?

Muchos han sido los métodos empleados para divulgar el conocimiento del derecho, pero todos ellos han sido ineficaces: desde el pregón que anunciaba con voz monótona y rítmica la disposición legal que debería entrar en vigor, hasta la lectura cansada, seguida en el derecho francés, de las disposiciones legales impuestas en las diversas cortes, hasta la publicación de la ley por medio de su inserción en un periódico que frecuentemente no se lee (sobre todo si en un pueblo que tiene un gran número de habitantes se hace una edición sumamente limitada del *Diario Oficial*). Por eso es que hubo juristas que creían necesario dar conferencias, dar explicaciones sobre las disposiciones legales; pero esto podía ser en los albores del derecho romano, es decir, tratándose de algunas disposiciones, como en las XII Tablas. Sin embargo, comprenderán que en la actualidad el derecho es técnico, complicado: sólo el derecho administrativo daría lugar a un gran número de conferencias que no podría entender el grueso de la gente, por eso este método no podría ser aceptado, ni podrá serlo.

Por tal razón ha surgido una nueva tendencia; tendencia que es más humana, para atenuar esta presunción que es la base de la

organización jurídica: consiste en que en cada caso pueda juzgarse si el individuo que ha violado la ley pudo tener conocimiento de ella; si el individuo que violó la ley lo hizo con malicia, o bien que por el atraso intelectual en que se encontraba no podía conocerla. Sistema que ha seguido nuestro derecho en el artículo 21, siguiendo el sistema establecido por el Código Suizo y el Código Alemán (en sus artículos 21 y 30 el suizo, y 138 el alemán). Dice el artículo 21 de nuestro Código:

La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los Jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público.

Veán cómo al respecto nuestra ley ha seguido el sistema de atenuación del derecho, ha seguido un sistema más humano, pero en el fondo sigue el mismo principio, sigue la misma ficción de que todo el mundo conoce el derecho.

Por otra parte, si ya hemos analizado la vigencia de la ley, el alcance de la ley, o su interpretación jurídica, y hemos visto que este es uno de los problemas que requiere determinados conocimientos técnicos para precisar el alcance de la ley, ¿cuál sería el efecto de esa

ficción? ¿cuál sería el efecto de declarar que nadie puede ignorar la ley? Si la ley es imprecisa, y para poder determinar su límite es necesario poseer determinados conocimientos técnicos, entonces, ¿cómo poder obligar al vulgo a que conozca esa ley? Es decir, si vemos que existen artículos contradictorios y que toda la técnica jurídica se esfuerza por dar unidad a eso que no la tiene, en establecer medidas para hacer tangible la ley, ¿cómo establecer una presunción con respecto a que nadie pueda ignorar esa ley? ¿qué es entonces lo que quiere el derecho, lo que quiere la ley, al establecer que la ignorancia a nadie aprovecha? ¿es que todos sean juristas, que todos conozcan la ley? Vean cómo este argumento es decisivo en contra de esa presunción establecida por el derecho.

Ahora bien, si a cada paso nosotros vemos artículos contradictorios, reglas generales, reglas de excepción, y toda una amplia gama del derecho al hablar de las lagunas de la ley, ¿qué cosa es lo que debe conocer el individuo? ¿alcanzar simplemente a comprender el texto de la ley? ¿alcanzar o visualizar su interpretación jurídica? ¿conocer los principios generales del derecho? Esto no lo ha podido resolver ni la ley misma. Se ha considerado que si no se estableciera esa presunción no podría aplicarse el derecho, ya que ni siquiera a los peritos podría obligárseles o probárseles que conocen las disposiciones del derecho. Esto pone de manifiesto la necesidad de buscar un método encaminado a resolver este problema que tanto ha preocupado a los nuevos juristas, que tanto ha preocupado a los exponentes de la escuela socialista.

En el fondo, las ficciones no son sino medios para hacer posible la aplicación de la ley. Génis dice que el derecho sin ficción no podría existir. En realidad todo el derecho está lleno de presunciones, y las presunciones no son sino ficciones; quien no emplea las ficciones desecha uno de los medios técnicos más importantes dentro del derecho. Por ejemplo, la ficción en materia de prueba, la presunción en materia de ignorancia del derecho, es lo que hace posible la aplicación del mismo. Si se desconociera esta eventualidad no podría aplicarse la ley; ¿cómo podríamos aplicar la ley si bastara el desconocimiento de la disposición que prohibía determinado acto, para que no se pudiese imponer la sanción correspondiente? Vemos cómo hasta ahora el derecho se encuentra en presencia de dos situaciones imprecisas: una, que hace imposible la aplicación del derecho; otra, que hace posible imponer las sanciones establecidas por el derecho. Por eso, todos los países del mundo han admitido que la ignorancia de la ley a nadie aprovecha; pero nuestro Código ha seguido el sistema atenuado, establecido ya por las *Siete Partidas* del antiguo derecho español, a efecto de atenuar esta presunción legal.



## *Decimoctava Clase*

n la clase pasada hablamos de uno de los problemas que han abordado con mayor vehemencia los tratadistas de oposición a los sistemas clásicos del derecho: el relativo a la ignorancia de la ley. Decíamos que este problema es uno de los que más ha preocupado a los opositores de la escuela clásica del derecho. Sánchez Moncada, por ejemplo, desde el siglo XVI propugnaba porque se quitara esa presunción *jure et de jure*; es decir, que no admite prueba en contrario; que todo mundo conoce el derecho; que la ignorancia del derecho a nadie beneficia, *nemini licet ignorare jus*. Sin embargo, en el derecho romano, como veremos después, existían algunas excepciones a este principio.

La escuela socialista, representada por Salvioli, Menger, Badala Papale, y en general por todos los que formaron el Partido Socialista

austro-germano-italiano, promovió acciones para derogar ese principio, tomando en consideración la situación de los proletarios. Pensaban que esa ficción establecida en la ley venía a perjudicar la situación de los pobres. Han dicho: si ya de por sí es desigual, si es desventajosa la situación del pobre frente al rico, ésta se aumenta con esa presunción. Tanto el rico como el pobre desconocen el derecho; sin embargo, el pobre no puede pagar peritos, no puede pagar abogados que conozcan el derecho; en cambio, el rico puede poner a su servicio innumerables letrados, innumerables abogados que defiendan el derecho que cree tener o que dice tener. Es por ello que Cossentini, en su libro *La reforma de la legislación civil y el proletariado*, al hacer un resumen de las ideas expuestas por Salvioli, clama contra esta injusticia, reclama porque se acabe eso que es una mentira, que no va de acuerdo con la realidad.

Ahora bien, desde otro punto de vista, Costa y otros autores españoles, pero principalmente Joaquín Costa, han pugnado porque se acabe con esa ficción del derecho. En este tenor, Gessner cree que no puede existir el derecho sin ficciones, ya que no son sino un medio técnico para hacer aplicable el derecho; pero esas ficciones, dice, deben corresponder a algo real. Las presunciones *jure et de jure*, es decir, aquéllas que no admitían prueba en contrario, aquéllas para las que bastaba la presunción establecida por la ley para que no se pudiese argumentar lo contrario, a este género corresponde la presunción de que nadie desconoce el derecho, de que la ignorancia del derecho no admite prueba en contrario, ni sirve de excusa.

Otro género de presunciones es el *juris tantum*, es decir, una presunción establecida por la ley que se tiene como cierta mientras no se demuestre que es falsa; esto es, admite prueba en contrario; y las presunciones simplemente humanas, que son aquéllas deducciones que el juzgador de los hechos dice que se han probado en el juicio. Esto es, se demuestra un hecho que sirve de antecedente ordinario a otro, y aunque ese segundo no haya sido probado en el juicio, el juzgador puede tenerlo por probado en virtud de esa presunción: si *A* siempre, u ordinariamente, es el antecedente de *B*, y casi siempre que se presenta *B* es porque ha existido *A*, el juzgador puede presumir estos dos hechos como probados y entonces se está en presencia de una presunción simplemente humana. Éstas presunciones son las que sirven de base a la organización jurídica.

Aun así, Costa dice, y en cierto modo con razón, ¿cómo es posible que el derecho tenga por base una mentira, una falsedad? Los que defienden la vigencia de ese precepto que existía desde el antiguo derecho romano, dicen que es la única forma de hacer aplicable el derecho, de que el derecho pueda tener vigencia, ya que si se dejara libremente a las personas a quienes se les va a aplicar la ley, que manifiesten si conocían o no la norma que han violado, entonces todos manifestarían su ignorancia. Pero nos encontramos todavía más con otro terrible dilema, entre la aplicación del derecho y la comisión de innumerables injusticias. Sí hemos visto que la interpretación de la ley requiere una preparación técnica, filológica; es más, si hemos visto que la ley no prevé todos los casos,

que siendo obra humana no puede ser perfecta, y que la forma de suplir esos vacíos legislativos será a través de los principios del derecho, a través de la doctrina, de la jurisprudencia, ¿qué cosa es lo que la ley presume que no puede ignorarse? Si la ley no tiene un límite preciso, exacto, es imposible establecer una presunción, una ficción de que todo mundo conoce aquello que es impreciso.

Por otra parte, encontramos también esta situación esta realidad en todos los países del mundo: generalmente el medio más aceptado de publicidad es el de inserción de las leyes en periódicos oficiales, *Diario Oficial*, *Gaceta*, etcétera; si hay un porcentaje enorme de analfabetas, de personas que no saben leer ni escribir ¿cómo es posible que el Estado, que es responsable de que esas personas no sepan leer ni escribir, les imponga la obligación de conocer las disposiciones de carácter general que el propio Estado dicta? Esto, dice Costa, equivale a que en una asamblea de sordos se les hable, se les explique una cosa, y después se les exija que la hayan entendido; igualmente equivaldría a explicarles a los ciegos de nacimiento los colores, sería inútil que les preguntáramos a ellos una noción que no pueden saber.

¿Cómo es posible entonces que en una nación como la nuestra, donde hay una diversidad de razas, de idiomas; donde hay innumerales personas que no hablan el español, se les pueda obligar a conocer el derecho, cuando ni siquiera se dicta esa norma en el idioma que ellos conocen?

Contra esta profunda injusticia, contra esto que recuerda el famoso edicto del derecho romano, que con objeto de que se violara dicho precepto se escribió con caracteres borrosos, muy pequeños, y se fijó en lugares muy altos, para que el pueblo no se enterara de su contenido, se rebelan los autores de la escuela socialista. Éstas son celadas, artificios —dicen— del Estado, de los cuales no debe valerse. Todavía encontramos que en el derecho hay una excusa que el mismo da a los magistrados, a los jueces, a los que tienen obligación de conocer la ley pues son abogados y aplican el derecho. Por ejemplo, cuando una sentencia es contraria a la letra de la ley, se impone a quien la ha dictado una sanción, porque no puede conocer la ley; pero, cuando esa sentencia es contraria a la letra de la ley por una interpretación jurídica, por una interpretación de acuerdo con una doctrina filosófica, entonces la misma ley establece que esa ignorancia es excusable, que no puede acarrear sanción a quien la ha aplicado indebidamente. Se dice entonces que si a los jueces se les tolera determinada ignorancia de la ley, ¿por qué entonces a aquellos que no son abogados, que no saben leer ni escribir, no se les tolera la ignorancia del derecho, sino que se les obliga a que lo conozcan?

Si el derecho estuviera basado en el Decálogo de Moisés, enhorabuena que se exigiera a todo mundo que lo conociera, pero cuando la especialización de funciones ha aumentado de manera formidable, cuando todos los días se insertan en el *Diario Oficial* innumerables disposiciones, es materialmente imposible pensar que todo el mundo conoce el derecho. Es por eso que esta situación,

que presenta el aspecto de profunda mentira, no puede servir de base —dicen los opositores— al derecho; y si sirve de base, entonces todo el derecho es una mentira ya que necesita recurrir a un embuste para ser aplicado. Es decir, los mismos opositores consideran que es necesario ese principio, pero que éste necesita ser atenuado.

Así, ellos recurren a la forma en que ha ido evolucionando el principio de que no es lícito ignorar el derecho. Citan algunos pasajes del derecho romano en que se le podía ignorar; algunos del antiguo derecho español, principalmente consignados en las *Siete Partidas*, en las que se dice:

...al caballero que ande en la guerra defendiendo a su patria, no le puede perjudicar la ignorancia de las normas dictadas en el tiempo en que él estaba en campaña; el pastor que hace su vida en la montaña, cuidando el rebaño, que accidentalmente viene a los centros de población, el que por razón de su oficio se encuentra alejado de estos lugares, no puede perjudicarle la ignorancia del derecho.

Bajo estos supuestos, el juzgador debería tomar en cuenta si debido al oficio o a su ocupación, el infractor habría podido o no conocer las normas que había violado. Es por ese camino, creando excepciones, haciendo menos rígido el principio de que no es lícito ignorar el derecho, por el que debía de seguir su evolución este principio, no hacerlo categórico, permanente.

Al mismo tiempo se cree estar en presencia de un problema de complicación del derecho: como en la transacción del Monte

Janículo, en el derecho romano, cuando éste se había hecho de tal manera complicado y artificioso, que sólo unos cuantos podían hacer valer sus derechos. Actualmente el derecho se ha ido complicando, se ha hecho artificioso de tal manera que ni los jueces, ni los legisladores, ni los profesores de derecho conocen, no digamos todas las ramas del derecho, sino siquiera una sola de ellas.

Ante esta profunda injusticia, cito nuevamente el ejemplo de los tribunales de la equidad de la India inglesa. La situación de los nativos de la India inglesa es una situación privilegiada, una situación, desde este punto de vista, superior a la de los demás súbditos del Imperio Británico. En la India existen dos clases de tribunales: los de derecho y los de la equidad; los tribunales de derecho, obligatorios para los ingleses, son potestativos para los nativos de la India; el tribunal de la igualdad es aquel que juzga de acuerdo con la equidad, es el que tiene como fin juzgar las controversias entre los indios, las controversias entre los súbditos no ingleses, residentes en la India.

Si se considera esa noción de equidad que tiene todo individuo, cuando una gente desconoce el derecho, y los Jueces colocados en ese plano ven que ha cometido un acto contrario a la equidad, le imponen una sanción, le imponen una corrección, pero no son tribunales de estricto derecho. En nuestro antiguo derecho colonial tenemos ejemplos semejantes, no obstante que en la actualidad se ve con desdén que se calumnie a los conquistadores de México. Hernán Cortés, el conquistador de México,

decía, y así se lo instruyeron las Cortes españolas, que las leyes se aplicaran según tiempos y lugares, es decir, tomando en consideración el tiempo de aplicación de la ley, el grado de cultura, de atraso de las personas a quienes se iba a aplicar. Y a semejanza de lo que acontece en la India inglesa, había dos clases de legislaciones: legislación de Indias y legislación para los españoles; una más severa, una más atenuada, y sobre eso el espíritu ya naciente en el conquistador de México de aplicar la ley según tiempos y lugares.

Es en esta forma como debiera aplicarse este principio; es como creen los opositores que debería redactarse el artículo relativo del Código. Pero al mismo tiempo piensan que este problema está íntimamente ligado con la forma de publicación de la ley. A este respecto Costa dice: si a los soldados se les explica la ordenanza militar; si en uno de los partidos o municipios de Asturias, en España, el Ayuntamiento ha ordenado que cuando menos tres veces por año se lea la organización municipal, haciendo notar principalmente las penas en que incurren los infractores, ¿cómo es posible que a la de mayor importancia nunca se le dé publicidad; nunca se dé una explicación de la misma? En esta forma, a semejanza de lo que ordenaba una de las bases constitutivas de la Asamblea de la Revolución Francesa, debiera darse lectura a las leyes, dar explicación de la ley, hacer llegar su texto al pueblo, para que éste pudiera comprender el alcance de la misma. La manera correcta para solucionar el problema es dejar al juzgador estimar las circunstancias de cada individuo al cual se le va a imponer una sanción.

Este sistema es el que ha seguido nuestro derecho y se encuentra establecido en el artículo 21 del Código Civil, cuyo texto ya hemos reiterado.

De esta redacción observamos cómo nuestro Código, con espíritu de justicia, ha admitido ése que es uno de los puntos fundamentales en toda la escuela socialista, uno de los puntos de ataque a ese principio que rompió el orden evolutivo a través del derecho romano y del derecho español. Empero desgraciadamente no rompió con toda la tradición del antiguo código sobre el principio del que nos ocupamos; es decir, cita la necesidad de que esté de acuerdo el Ministerio Público. El Ministerio Público, en nuestra organización, representa a la sociedad, es quien debe determinar si la norma violada es o no de interés público, cosa que hace casi inaplicable el precepto establecido por nuestro Código Civil. Lo ha formado, lo ha llenado de tal número de requisitos, que es imposible que pueda tener aplicación. Se necesita que haya un Juez que tome empeño en que no se aplique determinado precepto, porque de aplicarse, lejos de realizarse un acto de justicia se cometería un acto de injusticia, se llegaría a lo que los romanos llamaban, *summum jus, suma injuria*, es decir, que en la aplicación del derecho se cometa una injusticia, una injuria, un acto contrario al derecho. Simple y sencillamente debía de facultarse al Juez para que él fuera el que tomara en consideración los antecedentes del acto y el grado de cultura del individuo, para imponerle las sanciones por la violación cometida.

Como podemos ver, este es un problema de gran trascendencia para el derecho. Sin embargo, es un problema del cual los autores de derecho civil se ocupan o toman a la ligera; dan por aceptado que es básico, fundamental, que la ignorancia del derecho no sirva de excusa a nadie. Pero dada nuestra organización política, nuestra organización social, la diversidad de razas, de idiomas, el atraso de los habitantes de México, es indispensable que se tenga presente el problema de la ignorancia del derecho. Solamente en esta forma habremos legislado para México. En otra forma estaremos legislando para una realidad distinta; y eso pasó inadvertido para nuestros legisladores, ése era uno de los problemas fundamentales del Código Civil, al cual debió otorgarse especial atención. Es decir, creo que no obstante el marcado aspecto socialista o de socialización del derecho del Código Civil de 1928, inspirado principalmente en el libro de Cossentini *La reforma de la legislación civil y el proletariado*, los autores del Código tuvieron miedo de afrontar el problema con valor, quisieron atenuarlo en cierta forma, pero no quisieron romper los moldes arcaicos del Código de 1884.

Con esta observación damos por concluido este tema, el cual es sumamente interesante, y no debe perderse de vista, porque tal vez en alguna ocasión se dicten normas, y éstas se deben estar de acuerdo con la realidad, deben ser de tal manera simples que puedan ser entendidas por cualquier habitante de México, no hacerlas complicadas y artificiosas, porque entonces habrán creado celadas para que se viole la ley, y no para que se aplique.

## BREVE ESTUDIO HISTÓRICO DEL DERECHO

Infortunadamente se ha visto con indiferencia el estudio del derecho y su paso por la historia. Generalmente se cree que el pasado no tiene importancia, que sólo debemos atender al momento en que se dicta la norma, pero esto es prueba de dos cosas: de pedantería y de ignorancia. Fernando de los Ríos dice que solamente los pedantes y los ignorantes creen que el mundo empieza con ellos, y ven con profundo desprecio el pasado. El dar una ley, el ejecutar un acto, y ver con desprecio veinte siglos de experiencia, no demuestra sino un profundo desconocimiento de esos veinte siglos. Por otra parte, no es sino un rasgo de audacia, eso que ha acontecido no sólo en México sino en muchas partes del mundo.

Con motivo de la invasión de los bárbaros, con motivo de la caída del Imperio Romano, el derecho romano se vio truncado en su evolución; sin embargo, el genio romano se adelantó al transcurso del tiempo y, todavía en la actualidad, la técnica del derecho, del derecho privado principalmente, es una técnica romana.

Existen todavía innumerables instituciones que se encuentran regidas por los principios del derecho romano; este derecho pasó a los bárbaros a través de los *glosadores* y de los *postglosadores*, por vía del Fuero Juzgo. Entonces se creó un derecho español, derecho que viene a ser un antecedente del derecho mexicano, porque estuvo vigente en la etapa colonial de la Nueva España. Sin embargo, España y México abonan esa profunda tradición jurídica al

reproducir las normas del Código de Napoleón, Código que había sido inspirado en el derecho español, y así, por ejemplo, nos encontramos con muchas doctrinas expuestas por los juristas franceses, juristas de talla que todo el mundo ve con admiración. No son sino reproducción de las antiguas doctrinas expuestas por los juristas españoles, que nosotros vemos con desprecio y que hemos olvidado.

Así, tenemos la famosa doctrina de Demoulin sobre lo que él llama el laberinto de las cosas divisibles e indivisibles, un ilustre jurista español, Antonio Gómez, había llegado a la misma concepción varios siglos antes que Demoulin. El problema de la causa de los negocios jurídicos también había sido resuelta por Antonio Gómez. Y para bochorno de nosotros, debemos declarar que eso que nosotros hemos rechazado otros pueblos lo han admitido. López de Somoza fue de quienes trataron lo relativo a las quiebras mercantiles; sin embargo, el Código Mercantil español se inspiró en los códigos franceses, y los alemanes fueron y desenterraron los libros de López de Somoza, tomaron las enseñanzas de él, y tiempo después un ilustre jurista, Koschaker, cuyo libro circula entre nosotros ('el Kisch'), *Derecho procesal civil*, al poner el prólogo a la traducción española de su libro, dice: "Es una forma de agradecimiento hacia los juristas españoles, es la forma de devolverles algo de las muchas enseñanzas que nos han dado..."; y cuando escribe esto se refiere a López de Somoza.

Así pues, en esta clase examinaremos algunas disposiciones brevemente, eso que ni siquiera figura en la actualidad en el plan

de estudios de esta Facultad; eso que ha pasado al olvido, que se ve con desprecio y se consideran antiguallas jurídicas, y se adoptan teorías porque vienen de Alemania, de Italia, de Francia, cuando ya existían en nuestro derecho muchos siglos antes.



## *Decimonovena Clase*

*D*ecíamos en la clase pasada la importancia que tiene para nuestro orden jurídico la evolución histórica del derecho. Comentábamos que es un tema que se estudia cada vez en menor escala, no sólo en México sino en los diversos pueblos. Sin embargo, en las naciones civilizadas, en las naciones cultas, la historia del derecho todavía tiene gran importancia; no sólo la historia del derecho sino la historia de toda la civilización. Raoul de la Gracérie, en su libro *El pensamiento en forma espiral*, representa la evolución del mundo en esa forma: “son los mismos problemas que giran alrededor de un punto, variando en tiempo y en intensidad, pero siempre tendiendo a las mismas soluciones”. Es por esto que desaprovechar, despreciar las soluciones dadas por los pueblos a los diversos problemas que han ido surgiendo, es una actitud de ignorancia, es una actitud de pedantería.

Siguiendo esta corriente de considerar, principalmente al derecho romano, como una antigualla, como algo despreciable, como algo que no se puede compaginar con el adelanto del siglo XX, se ha abolido y en algunas partes se ha tratado de suprimir su enseñanza. Conforme a esa corriente, desgraciadamente nuestra Facultad ha dejado un curso, un solo año de clase terciada para el estudio del derecho romano. Sin embargo, los pueblos que marchan a la cabeza del derecho, de la ciencia del derecho, consagran gran importancia a su estudio. Cualquiera que sea el libro que ustedes abran, de derecho público, de derecho privado, encontrarán constantemente referencias al derecho romano, referencias a un *corpus* surgido del genio de ese pueblo, que logró que sus instituciones jurídicas perduraran por veinte siglos, y tal vez sigan perdurando. Los alemanes, italianos, franceses, o españoles, todos rinden veneración al derecho romano. Consulten cualquier libro de derecho civil y se encontrarán, por ejemplo en el libro de Ruggiero, profesor de una de las más ilustres universidades italianas, que ha normado el estudio del derecho civil al orden seguido por las *Instituta*, y aun su libro se llama *Instituciones del derecho civil*. No se puede estudiar el libro de Ruggiero sin tener a la mano un libro de derecho romano.

Así, al mismo tiempo que estos pueblos ponen de manifiesto su cultura, rindiendo pleitesía al pasado, nos encontramos una actitud completamente distinta, una actitud completamente diversa en los pueblos que desprecian su tradición. Desgraciadamente nuestro país ha despreciado su tradición, desafortunadamente España

ha menospreciado su tradición jurídica; el genio de los más grandes juristas españoles ha sido olvidado: López de Somoza, Gómez, Sánchez, una pléyade de juristas insignes ha sido olvidada. Los franceses han aprovechado las enseñanzas de estos geniales juristas, y han adoptado las doctrinas y las soluciones que daban a los problemas. Es en gran medida triste decirlo, pero los alemanes lo han reconocido y, por ejemplo 'Kisch', en el prólogo a la traducción de su libro de *Derecho procesal civil*, lo dedica a los juristas españoles, tratando de devolver las enseñanzas que éstos dieron a los alemanes. Y lo que es reconocido por los juristas de todo el mundo es despreciado por los españoles y por nosotros mismos, no obstante que forma parte de nuestros antecedentes jurídicos.

Se operó un fenómeno singular: el derecho español, el derecho godo y visigodo, parte del derecho árabe, parte del derecho romano y del derecho canónico, engendraron un nuevo derecho. Eso fue abandonado, y los franceses a través del genial Código de Napoleón adoptaron innumerables principios de ese nuevo derecho. Los hispanos, en vez de hacer evolucionar esas doctrinas, de seguir su tradición jurídica, se dieron a la tarea de copiar el Código de Napoleón; y nosotros, que teníamos ese antecedente legislativo, ese antecedente doctrinal, también nos dedicamos a copiar el Código de Napoleón; copiamos instituciones que no tenían razón de ser, copiamos artículos que vendrían a ser contradictorios con la costumbre, con las necesidades del pueblo. Naturalmente que si se han despreciado esos antecedentes, con mayor razón debe de despreciarse la historia del derecho.

Por otra parte, podemos decir que lo mismo acontece con nuestra historia del derecho patrio; es ridículo que en una Facultad de Jurisprudencia ni siquiera se estudie someramente la evolución jurídica de las instituciones mexicanas; aisladamente, de paso, se estudia la historia del derecho patrio al hablar de una institución.

### EVOLUCIÓN DEL DERECHO MEXICANO

Este desprecio que comento se refleja también en los libros que se escriben sobre la historia del derecho patrio; historia que se ha dividido en tres periodos para su estudio: el periodo precortesiano, el colonial y el periodo del México independiente. Tratando el primer periodo, o sea el Precortesiano, también destaca lo acontecido con muchas instituciones jurídicas: han sido estudiadas por extranjeros y no por mexicanos. No tenemos por ahora un libro mexicano que estudie la historia del derecho entre los aztecas. Las instituciones jurídicas de los aztecas son estudiadas por libros de historia general; este periodo se ocupa más de las solemnidades, de los ritos, de las costumbres, que de la parte jurídica. Son dos insignes autores los que estudian este periodo de la evolución jurídica: Kohler, jurista y filósofo alemán, quien escribió el libro en su idioma, *El derecho de los aztecas*, mucho tiempo después de haberlo escrito mereció ser traducido al español. Spencer escribió su libro *Los antiguos mexicanos* en inglés, el cual también fue traducido al español por D. Daniel y D. Genaro García. Fuera de estos dos casos no encontramos sino artículos publicados en revistas, más con carácter periodístico que científico: por ejemplo, los artículos del Lic. Lucio Mendieta y Núñez;

hay dos tesis profesionales presentadas en esta Facultad acerca del derecho de los aztecas, y lo triste de ambas es que giran alrededor de la investigación científica realizada por los extranjeros. Esa era una labor que debían haber desarrollado en México los mexicanos. Esos institutos de investigación, lejos de ir a investigar instituciones francesas, italianas, chinas, japonesas, o de cualquier parte del mundo, deberían de haber investigado sobre las instituciones mexicanas.

No podemos encontrar dentro de nuestro derecho, dentro de nuestra ley positiva, un antecedente en el derecho primitivo porque ese derecho ha sido despreciado en todas las épocas y en todos los tiempos. Es triste decirlo, pero fue más respetado en la época de la dominación española, la cual respetó en cierto modo la tradición, la costumbre, la educación de los indios. Prueba de ello es que Hernán Cortés dio una Real Orden para que a los indios se les aplicara la ley según tiempos y lugares, es decir, atendiendo a su educación, al grado de cultura, a las costumbres del lugar, y la misma ley no tenía la inflexibilidad que tiene en la actualidad cualquier disposición emanada del poder público, sino se hacía adecuada a las costumbres de los indios.

El fundo legal, especie de propiedad comunal que existía entre los indios, fue respetado por las Ordenanzas de Tierras y Aguas, y en muchos casos hasta confirmado. Es ahí donde encontramos un vestigio, en la organización primitiva de la propiedad comunal en el régimen azteca, de la organización jurídica de la propiedad actual. Pero lo que son puntos aislados, podríamos atribuirlo más que a

una influencia histórica a una influencia de sincronismo, porque en muchos casos el pensamiento coincide cuando se presentan las mismas necesidades, e indiscutiblemente deben de presentarse las mismas soluciones. Pero no porque se haya tomado en cuenta el antecedente histórico que, quiéranlo o no, tiene que ser un factor importantísimo en la forma de elaborar el derecho.

Esto mismo que comentamos aconteció en el México independiente: los primeros años del México independiente se dedicaron principalmente al estudio del derecho público, a la organización política de la nación, cosa sumamente explicable. Por eso es que mientras vemos un sinnúmero de Constituciones, no vemos sino disposiciones aisladas que venían a organizar el derecho privado. Todas las leyes españolas, todas esas leyes que estaban vigentes en la metrópoli, continuaron su vigencia en la República Mexicana, no obstante que ésta era ya independiente, y era de tal manera fuerte la influencia del derecho español, que en 1835 se hizo una solicitud al Senado para que se aplicara en México, para que tuviera vigencia el Código Mercantil de 1829. Tal cosa fue porque se consideraba que era superior el Código de 1829 a las Ordenanzas de Bilbao, a las Ordenanzas del Consulado de México, y a toda la organización jurídica anterior a dicho Código. Y por uno de tantos acontecimientos que frecuentemente ocurren en nuestro país, esa solicitud no fue resuelta ni en uno ni en otro sentido, sino que siguieron los hechos imponiéndose, siguió la inercia operando, y las leyes españolas se siguieron aplicando. Es de tal manera fuerte la inercia en este periodo, que los historiadores y juristas no han

podido encontrar el decreto en virtud del cual se pusieron en vigor las Ordenanzas de Bilbao.

Estas ordenanzas tuvieron una vigencia por la bondad de sus disposiciones, no porque hubiese habido un acto que las pusiese en vigor; el único decreto que hay poniendo en vigor las Ordenanzas de Bilbao fue cuando se derogó en 1855 el Código de Comercio que se conoce con el nombre de Lares, por ser su autor don Teodosio Lares, Ministro en el gobierno de Santa Anna. Entonces se ordenó que se derogara el Código y que volviesen a estar en vigor las Ordenanzas de Bilbao. Ésa ha sido la forma en que se ha legislado en nuestro país. A reserva de que esto lo veamos con más detalle al estudiar el periodo de que nos vamos a ocupar en primer término, o sea el estudio del derecho precortesiano.

## DERECHO AZTECA

Desgraciadamente, como veíamos hace un momento, esto ha sido completamente descuidado. Kohler tuvo que recurrir a los historiadores, a los códigos para entresacar las disposiciones vigentes entre los aztecas, principalmente entre los tarascos, y entre los diversos pueblos que formaban parte o que constituían la antigua Nueva España. Naturalmente que de lo que se ha ocupado más es de la organización de los aztecas. El derecho de los aztecas también lo clasifica Kohler siguiendo la organización del derecho en el Código de Napoleón: derecho de familia, derecho de personas, comprendiendo a éste dentro de la familia; el derecho de los bienes, compren-

diendo la organización de la propiedad, los medios de transmitir los bienes después de la muerte, derecho de sucesión, y el derecho de la contratación. Naturalmente que todo esto tiene, en muchos casos, un aspecto de fantasía. Sucede con la historia del derecho azteca lo que acontece con la historia de este pueblo, como dice Justo Sierra: “se pierde en la noche de los tiempos”. Naturalmente no tenemos una certeza de la existencia de estas instituciones; sin embargo, podemos decir con respecto a la historia del derecho de familia y de las personas, que la organización jurídica de los aztecas era más o menos la siguiente:

Existía la esclavitud, pero la situación jurídica del esclavo era una situación muy distinta a la que había del esclavo en el derecho romano. Mientras en el derecho romano el esclavo no podía ser en ningún caso sujeto de derechos, en el derecho azteca el esclavo sí podía serlo. Pero era un sujeto de derechos atenuados, es decir, se encontraba en una *capitis deminutio*, como llamaban los romanos a esta situación; al mismo tiempo el esclavo podía tener propiedades, tenía la propiedad de los bienes muebles, y además constituía una familia. La familia azteca, como la mayor parte de las organizaciones familiares primitivas, estaba organizada sobre la base del régimen patriarcal. El padre era el jefe de familia; se dice, sin embargo, que algunos pueblos tenían una organización matriarcal, pues se afirma que muerto el padre, los familiares podían quedar bajo el régimen de la madre, quien adquiriría el dominio y la dirección de la familia. Empero, esto no ha sido muy aceptado, puesto que también en este régimen existía la primogenitura: el hijo mayor era quien asumía la jefatura de la familia.

En cuanto al matrimonio, los aztecas estaban organizados bajo el régimen monogámico; no obstante, admitían que el marido pudiera tener tantas mujeres cuantas pudiese mantener —situación que en realidad era extraordinaria—; no era una situación común y corriente, pues también conocían del adulterio. La institución matrimonial tiene ciertos puntos de contacto con la organización del matrimonio en nuestro derecho, tomada principalmente del derecho canónico. El matrimonio estaba sujeto a determinadas reglas; es decir, existían algunos impedimentos para poder celebrarlo, determinadas causas que prohibían la celebración del matrimonio: por ejemplo, el parentesco en línea recta hacía que el matrimonio no pudiera realizarse; el hecho de que dos cónyuges se hubiesen divorciado, y quedaran en aptitud para contraer nuevo vínculo matrimonial, no los autorizaba a que los divorciados volviesen a contraer nuevo matrimonio. El sacerdocio también era un impedimento para su celebración. El matrimonio era considerado como una institución de utilidad pública, prueba de ello es que se obligaba a los hombres a contraer matrimonio cuando llegaban a determinada edad. La patria potestad existía dentro del régimen azteca, correspondiendo ésta principalmente al padre: el padre tenía que velar por la guarda y custodia de sus hijos.

En el imperio azteca se admitía también el divorcio. Además, para algunos podía existir el matrimonio temporal, o bien el matrimonio sujeto a esta condición: a la voluntad del marido para repudiar a la mujer. Sin embargo, esto no es muy aceptado, pues existen discusiones acerca de si esta disposición existía o no en el régimen

azteca. Algunos pueblos, como los tarascos, admitían el divorcio por mutuo consentimiento; este divorcio, como en las organizaciones actuales, estaba sujeto a determinadas formalidades, sujeto a determinados plazos. Así como se establecen en el derecho contemporáneo las llamadas juntas de avenencia, en las que el juez trata de conciliar a los cónyuges que pretenden divorciarse, así existían en el derecho azteca esas juntas, esos plazos para que el divorcio no fuera el resultado de un acto de violencia, sino algo meditado, ya que se consideraba que era trascendental para la organización de la familia el que se disolviera el vínculo matrimonial. El divorcio también podría oponerse cuando no se podían llenar los fines del matrimonio: por ejemplo, cuando la mujer se volvía estéril o era estéril, podía entablarse el divorcio, ya que se consideraba que no se podían satisfacer los fines del matrimonio. El divorcio también traía consecuencias con respecto a los bienes de los cónyuges: se establecía una sanción para el cónyuge culpable, él perdía en beneficio del inocente el cincuenta por ciento de los bienes que le pertenecían.

Por otra parte, la organización de la propiedad era de tres clases: desde luego existía la propiedad privada con respecto a los bienes muebles, todos eran aptos para poseer en propiedad exclusiva los bienes muebles. La propiedad privada, propiedad individual, no existía sino para los nobles, para el Estado, para los cultos religiosos, éstos podían tener bienes para satisfacer sus necesidades. La organización de la propiedad privada, fuera de esos casos, era comunal, no había una individualización de la propiedad misma sino que debía

ser usada y aprovechada en común. Tenían lo que se llamaba el “fundo legal”, que era una superficie de terreno que estaba junto a los pueblos y generalmente era de una legua cuadrada, una legua por los animales que pertenecían a la comunidad, al pueblo.

Seguramente algunos de ustedes han encontrado fuera de la ciudad, en los lugares más o menos apartados, todavía la existencia del fundo legal, partiendo de la plaza o del punto de partida del pueblo. Esta organización es parecida a la que se ha querido dar a algunas de las propiedades reglamentadas por el Código Agrario.

Respecto a la sucesión, no obstante que existía el derecho de primogenitura, sin embargo, se admitían dos clases de sucesiones que reconoce actualmente nuestro derecho, y la mayor parte de los derechos del mundo civilizado: la sucesión legítima y la sucesión testamentaria. La legítima, cuando no hay disposición del autor de la sucesión pasan los bienes a los parientes, hasta determinado grado; la sucesión testamentaria, cuando antes de morir se redacta una disposición expresa de la forma en que se han de transmitir los bienes para después de la muerte.

La organización contractual, dentro del régimen azteca, era una organización primitiva si se quiere, pero que satisfacía las necesidades del mismo pueblo. Tenían el contrato de compraventa; la moneda consistente en polvo de oro, cacao, plumas, etcétera. Admitían la permuta, el préstamo en sus dos manifestaciones: el mutuo, o sea el préstamo de dinero, y el comodato o préstamo de uso, el

préstamo de un objeto para usarse, con la obligación de devolver el mismo objeto; admitían la prenda, la fianza. Existía el contrato de trabajo. La formalidad a que estaban sujetos los contratos no era propiamente con relación a la obligación misma, era con relación a la forma de probar la obligación contraída; de manera que la organización de los testigos, la intervención de éstos en un acto contractual, no se refería a la obligación contraída, sino a un medio de probar la existencia de esta obligación. Los contratos tenían mayor seguridad, mayor validez, cuando habían intervenido los testigos que cuando no lo habían hecho. Esta es, a grandes rasgos, la forma en que estaba organizado el derecho entre los aztecas. Corresponde al primer periodo, visto someramente, de la clasificación que hemos hecho del derecho patrio.

## DERECHO COLONIAL

El segundo periodo que estudiaremos, o sea el derecho colonial, lo podemos clasificar a su vez en varias disposiciones dadas para la metrópoli y que estaban vigentes en la Nueva España, como colonia de aquélla; esto es, disposiciones dadas para las colonias españolas y otras propias de la Nueva España. Incluso podemos subclasificar, siguiendo a quienes estudian la evolución histórica del derecho en España, en tres periodos: el derecho anterior a la dominación árabe, el correspondiente a la dominación árabe, y el propiamente moderno, comprendiendo hasta la época de la Independencia de México, ya que la otra parte no nos corresponde como derecho, sino simplemente como derecho comparado.

Después de la independencia no podemos hablar de disposiciones españolas como formando parte del derecho mexicano. El derecho español pone de manifiesto el espíritu de los pueblos que formaron esta gran nación: los celtas, los fenicios, los godos, los visigodos, los romanos; todos ellos vinieron a engendrar un espíritu especial, un espíritu de aventura, pero al mismo tiempo un espíritu de disciplina, de organización; y es notable el hecho de que esos pueblos que llegaban y arrasaban lo que encontraban, al mismo tiempo admiraban la ciencia y el arte, construían y hacían perdurar las instituciones.

Por ejemplo, un rasgo característico del primer periodo del derecho hispano es el de haber amalgamado el derecho romano con el derecho bárbaro, de no despreciar las instituciones jurídicas romanas. No sólo amalgamó el derecho romano, sino que llamó a juristas romanos para que conformaran cuerpos de leyes; no hubo un espíritu de intransigencia, sino por el contrario, se dieron disposiciones que vendrían a regular el orden jurídico, tanto de los romanos, de los civilizados como de los bárbaros: la *Lex barbara visigotorum*, el Fuero Juzgo, tienen el mérito indiscutible de haber organizado la convivencia social de los habitantes en la región para la cual fueron dadas. Pero procediendo con cierto orden, nos encontramos que la primera legislación que existió fue el Código de Ulrico, dado en 467, y que tuvo vigencia muy poco tiempo, ya que después vino el *Breviario de Amiano*, en 506. Este fue el que se hizo por juristas romanos llamados para que formaran ese cuerpo de leyes. Posteriormente nos encontramos con el Fuero Juzgo, dado

en 554, que vino a dejar sin aplicación todas las disposiciones anteriores, y venía a organizar jurídicamente una situación que era casi caótica.

Posteriormente advino la época de la dominación árabe, y entonces se pierde la unidad del derecho; se pierde toda la unidad que se había conseguido con el Fuero Juzgo, y surgen los derechos municipales, derechos especiales para cada región; entonces tienen importancia los llamados Fueros: el Fuero Viejo de Castilla, el Ordenamiento Real, y por último, el más genial de los monumentos jurídicos del derecho español: las *Siete Partidas*.

## *Vigésima Clase*

*V*eíamos en la clase pasada que podíamos dividir la historia del derecho patrio en tres periodos o tres etapas: la Precortesiana o Precolonial, la Colonial y la del México Independiente. Habíamos hablado ya de la primera etapa. La segunda podemos subdividirla a su vez en tres grupos diferentes: derecho dado por el reino español y que por ende estuvo vigente en todas sus colonias; derecho dado en general para todas las colonias, y derecho especial de la Nueva España.

Como ya mencionábamos, con la dominación árabe se rompió la unidad de la nación española y nace entonces una nueva manifestación del derecho: el derecho municipal. Los vaivénes de la guerra hicieron que no se tuviera seguridad de que determinada región estuviera bajo el control de una unidad política, por ello surgió un

derecho especial para cada uno de aquellos municipios, ellos eran quienes daban sus legislaciones. Así, la segunda etapa del derecho español se caracteriza por lo que se ha conocido con el nombre de “derecho de los Fueros”. Entre estos: el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real, el Fuero de Aragón, que se aplicaban en cada una de esas regiones. Posteriormente, al final de esta etapa, surge el cuerpo de leyes que más influencia tuvo en México y en el desarrollo del derecho: las *Siete Partidas*.

Las *Siete Partidas*, llamadas así porque este cuerpo de leyes está consignado en siete tomos, cada uno de ellos conocido con la inicial del rey que las dio, Alfonso el Sabio, vinieron a organizar sistemáticamente cada una de las ramas del derecho. Dentro de las *Siete Partidas* hay disposiciones de orden civil, de orden procesal, derecho público, derecho penal y de procedimientos penales. La bondad de esta obra hizo que se impusieran y que se relegaran los antiguos ordenamientos. Las *Partidas* tienen su complemento en dos leyes más: el *Espéculo* y las *Leyes de Estilo*. El *Espéculo* es un cuerpo legal integrado por cinco libros; las *Leyes del Estilo* es una recopilación privada de casos ejemplares de la jurisprudencia real en donde se distinguen dos tipos de pleitos: Pleitos foreros y Pleitos del rey o casos de corte. Posteriormente viene una nueva etapa dentro del desarrollo del derecho español, y surgen las recopilaciones; éstas ponen de manifiesto cuáles eran las disposiciones aplicables en cada momento; surgen así las *Ordenanzas Reales de Castilla*, y la *Nueva Recopilación* y la *Novísima Recopilación*. Con esta breve referencia histórica damos por terminada la evolución de esta etapa del derecho patrio.

En cuanto a la segunda clasificación que hemos hecho del derecho colonial, nos encontramos principalmente la Recopilación de leyes de los reinos de las Indias, derecho dado especialmente para las colonias y que tenía aplicación en México. Derecho en cierto modo benéfico para las colonias, se aplicaba tomando en consideración el atraso intelectual y la condición racial de los pueblos a los cuales se destinaba.

En la tercera etapa, o sea la de las leyes especialmente dadas para México, nos encontramos tres: la Ordenanza de Intendentes, que se ocupaba más de la organización administrativa de la colonia que del derecho privado; las Ordenanzas de Minería, que tienen importancia decisiva en la actividad minera y en el derecho de la propiedad del subsuelo del México independiente. Estas Ordenanzas de Minería, cuando todavía se discutió en el seno del Congreso Constituyente de 1917 el alcance del artículo 27 constitucional, fueron tomadas en consideración para precisar cuál era la condición jurídica del subsuelo en el régimen colonial.

Asimismo, fueron estudiadas por autores contemporáneos, modernos, como Molina Enríquez, inspirador, según se dice, del artículo 27 constitucional. Y todavía se discute acerca del Real Patrimonio de la Corona sobre el subsuelo, al hablar del artículo 27 constitucional y de las leyes reglamentarias de éste; ordenamiento que deberán revisar cuando estudien la organización de la propiedad, tanto en el derecho civil como en la organización establecida en dicho artículo.

Por último nos encontramos con las Ordenanzas del Consulado de México, las cuales venían a reglamentar las relaciones comerciales, el funcionamiento del Consulado y las atribuciones de éste. El Consulado de México surgió, como los de Europa, debido a las necesidades del comercio, al incremento que éste iba teniendo, y así, antes de que tuviera una existencia legal, el Consulado ya tenía una existencia de hecho. Desde 1681, según se dice, estaba ya organizado dicho Consulado, no obstante que la Real Cédula que lo autorizaba era de 1592. Pero como los tribunales de aquella época cobraban las costas judiciales, es decir, determinados derechos por la tramitación de los procesos, hubo una oposición a la constitución del Consulado, ya que entonces los tribunales dejarían de percibir las citadas costas judiciales sobre los asuntos comerciales. Cuando llegó la Real Cédula que constituía al Consulado se invocó una de las disposiciones de las Leyes de Indias, agregando que había una sobreregulación de la Real Cédula, pues se venía a legislar para algo que ya existía dentro de la legislación y no había sido derogado.

En efecto, las Leyes de Indias establecían, con carácter obligatorio de ley, las disposiciones que regían las relaciones comerciales de la Nueva España; sin embargo, en el fondo no había sino una oposición para seguir conservando las costas judiciales en los asuntos comerciales. Por Cédula Real de 1593, la Real Audiencia Española confirmó el establecimiento del Consulado de México y determinó que éste debía formular las reglas específicas para organizar el funcionamiento del mismo. Pero como esto requería cierto tiempo y no se podía improvisar, se le da un plazo de dos años para que

establezca las ordenanzas. Ahora bien, en tanto no existiera un cuerpo de ley emanado del mismo Consulado, deberían aplicarse supletoriamente las Ordenanzas de los Consulados de Burgos y Sevilla. Fue hasta 1597 cuando se dieron las Ordenanzas del Consulado de México, emanadas del mismo y exclusivamente autoaplicables, es decir, para México.

Con las Ordenanzas del Consulado de México se dio el primer Código Mercantil terrestre de la América, ordenamientos que estuvieron vigentes hasta la época independiente, aun cuando en 1700, con motivo de la promulgación de las Ordenanzas de Bilbao y del adelanto que éstas traían sobre las de Burgos y Sevilla (que habían servido de base para las del Consulado de México), se empezaron a aplicar las de Bilbao, sin que hubiese una instrucción que las hiciese aplicables.

Existieron otras ordenanzas que tuvieron aplicación exclusivamente en la Nueva España, principalmente en materia de tierras y aguas, y en materia de confirmaciones y composiciones de tierras. Acontecía con frecuencia que debido a la deficiente técnica que contenían los instrumentos de medición, se calculaba más o menos la superficie que una persona poseía u ocupaba en una propiedad rústica. Cuando se empezaron a hacer los deslindes, surgieron las dificultades, ya que los linderos estaban marcados por simples accidentes geográficos, árboles, piedras, ríos, etcétera, los cuales trataban de delimitar los contornos de la propiedad. Se dieron entonces las Ordenanzas de Confirmaciones y Composiciones para crear y darle estabilidad a ese deslinde de propiedad.

Ahora bien, de este género de disposiciones existen innumerables que seguramente serán estudiadas en la materia de derecho agrario; esto es, la organización de la propiedad en el México colonial y en el México independiente.

### EL DERECHO EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE

Vamos a ocuparnos por último de la etapa que comprende la historia del derecho patrio, la historia del derecho en el México independiente. Con su independencia, México rompió lógicamente la subordinación que tenía de la corona española, en consecuencia, adquirió la facultad de darse la legislación que le conviniera. No obstante lo anterior, en un principio, en la primera etapa de este periodo, se continuaron aplicando las disposiciones dadas con anterioridad por España. La preocupación principal de quienes efectuaron la independencia, de los gobiernos independientes, fue establecer la organización del derecho público, ya que éste era de mayor importancia que el derecho privado; si no se organizaba el derecho público, indiscutiblemente que no podía existir una organización del derecho privado. Era necesario fijar los órganos, los fines y funciones de los poderes, para después, en función de éstos, de las facultades de los poderes, dictar las normas de derecho privado correspondientes. Es por ello que mientras en el derecho público encontramos innumerables Constituciones: la de Apatzingán de 1814, la Federal de 1824, las Siete Leyes Constitucionales de 1836, las Bases Orgánicas de 1843, la Constitución Política de la República Mexicana de 1857, etcétera, dentro del derecho privado no

encontramos sino disposiciones de carácter aislado, disposiciones inconexas.

Sin embargo, el 22 de febrero de 1822 se nombró una Comisión para que confeccionara un Código Civil que no llegó a tener vigencia. En 1824 nos encontramos el establecimiento de las Juntas de Comercio, suprimiendo el Consulado de Comercio. Después, era tan fuerte la influencia del derecho español —que citábamos en el ejemplo de la solicitud presentada al Senado—, que prevaleció con carácter obligatorio el Código Mercantil de 1829, dado en España, época en que ya se había consumado la independencia.

El primer movimiento legislativo serio en materia de derecho privado lo encontramos en el régimen de Santa Anna, en 1854, cuando se dio el Código de Comercio (Código de Lares). Dicho Código representaba un adelanto respecto a las Ordenanzas de Bilbao, pero debido a uno de tantos fenómenos que acontecen frecuentemente en México, con la caída del régimen de Santa Anna se derogó este Código en 1855. Es entonces cuando encontramos que se ponían en vigor las Ordenanzas de Bilbao, con la primera disposición legislativa declarando que estas ordenanzas tenían fuerza obligatoria. A partir de ese momento y con la creación de la Constitución de 1857, se empieza a trabajar el derecho privado. La primera manifestación de estos trabajos la tenemos en la Ley del Registro Civil de 1857, de la cual nos ocuparemos al estudiar en detalle la evolución histórica del Registro Civil.

En la legislación civil de 1857 encontramos que no existía una separación entre la Iglesia y el Estado; había todavía reconocimiento de los actos ejecutados del estado civil, que habían pasado ante la fe de un ministro de culto, de un sacerdote. Se registra la Ley de 1859 en la cual se hace una diferenciación: se segrega del Estado a la Iglesia Católica y la ejecución de determinados actos realizados por ésta pasan a ser competencia exclusiva de las autoridades del Estado; es decir, pasa a depender del Registro Civil del Estado mexicano y no de la Iglesia Católica. Esto se realizó como una consecuencia de las leyes creadas en 1859; compendio de leyes conocidas como Leyes de Reforma, que presentan tres aspectos relevantes: privar de personalidad jurídica a determinadas entidades; declarar que el matrimonio no es un acto de culto, sino un contrato emanado de la voluntad de los cónyuges, y la organización y funcionamiento del Registro Civil.

Estas leyes que les comenté las estudiaremos más a detalle en la medida que vayamos analizando las instituciones que vinieron a modificar.

Por último, en la época de Maximiliano encontramos la ley promovida por éste sobre el Registro Civil. Con ella Maximiliano volvió a reconocer la capacidad que tenía la Iglesia Católica para dar fe, autenticidad, a algunos actos que realizaban los ministros de culto. No sólo reglamentó la parte relativa al Registro Civil, sino que en esta ley también se incluyeron algunas disposiciones que no eran materia del Registro Civil, como la organización del

matrimonio, los impedimentos del matrimonio, las causas de disolución del mismo y su disolución no en cuanto al vínculo sino en cuanto a la persona (temas que también serán estudiados por nosotros al hablar de la organización del matrimonio y la conformación del Registro Civil). Asimismo también en ese tiempo se nombró una comisión redactora, encargada de confeccionar el Código Civil; comisión integrada por Justo Sierra, quien —se dice— llegó a formar dos libros del Código Civil, que sin embargo no llegaron a tener vigencia.

#### LEGISLACIÓN CIVIL E INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO

El primer Código Civil existente en la República Mexicana fue el Código emitido por el Estado de Veracruz en 1868; este ordenamiento legal se conoce con el nombre de Código Corona, debido a que el Lic. Corona, presidente del Tribunal Superior de ese Estado, fue quien lo elaboró. Sin embargo, el primer Código propiamente dicho que sirvió de patrón a los demás Códigos de la República es el de 1870, redactado por insignes juristas mexicanos como Montiel y Duarte, como Yáñez. Este Código estuvo inspirado en las legislaciones de tipo francés, principalmente en el Código de Napoleón.

Posteriormente surgieron el de 1870, el Código de 1884, que estuvo vigente hasta el mes de octubre de 1932, modificado parcialmente, como después veremos. Antes de este Código, en 1873 se hizo una reforma a la Constitución de 1857, en el sentido de decla-

rar que el matrimonio era una institución emanada de la voluntad de los cónyuges y que era un contrato esencialmente civil. El Código de 1884 introdujo estas reformas con respecto al Código de 1870: la reforma principal fue la introducida en el régimen de las sucesiones. En el Código de 1870 se establece el régimen de la sucesión legítima, es decir, la testamentación forzosa: la voluntad del autor de la sucesión no podía disponer íntegramente de la totalidad de sus bienes, era indispensable que dejara parte de ellos a sus parientes hasta determinado grado, a su cónyuge, a sus hijos, padres, etcétera; y cuando disponía de la totalidad de sus bienes, entonces el testamento era inoficioso, se modificaba en la parte en que no debía disponer, llamándose a esta parte la legítima; es decir, el sistema de la legitimidad que todavía sigue vigente en el Código Español, por ejemplo.

Por otra parte, el Código de 1884 estableció el régimen absoluto de la libre testamentación; la libre voluntad del autor de la sucesión para disponer íntegramente de los bienes que le correspondían, no teniendo esta libre testamentación más límite que la obligación de dar alimentos a sus parientes, pero pudiendo disponer de la totalidad de sus bienes, sistema que todavía existe en el Código de 1928, que es el que actualmente rige. Además, se acabó con una antigua institución que había sido consagrada por el derecho romano y por el Código de 1870, la *restitutio in integrum*, el derecho de los menores que llegaban a la mayoría de edad, para reclamar los actos ejecutados por sus representantes, esto es, solicitar la

nulidad de esos actos cuando les habían sido notoriamente perjudiciales.

Se terminó, asimismo, con otra institución que tenía sus antecedentes en el antiguo derecho: la prodigalidad. Ésta consistía en una incapacidad respecto a la administración de sus bienes, para aquéllos que habían manifestado su ineptitud en el manejo de los mismos; para aquéllos que dilapidaban los bienes se les consideraba en cierta *capitis deminutio*, en cierto estado de sujeción, para que no siguieran disponiendo de sus bienes en perjuicio de sus familiares y de ellos mismos.

#### PRIMERAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA FAMILIAR

El Código de 1884 sufrió algunas modificaciones que no tuvieron, en el fondo, gran importancia, excepto la introducida por la Ley sobre Relaciones Familiares; ésta fue dada el 9 de abril de 1917 por el Jefe del Gobierno Constitucionalista, en función de las facultades extraordinarias que le habían sido concedidas. Esta ley es notoriamente inconstitucional, pues presenta un vicio de origen. Cuando el orden constitucional de la República Mexicana fue restablecido, con la Constitución dada el 5 de febrero de 1917, automáticamente cesó el periodo preconstitucional para el cual se le había investido de facultades extraordinarias —por planes revolucionarios—, al Jefe del Gobierno Constitucionalista. No tuvo pues la facultad para expedir esa ley, ni capacidad para promulgar la misma, ya que

había un órgano emanado de la Constitución, el Congreso, que era el único capacitado para dar disposiciones, ya que en caso de delegación de facultades debió de haber sido el Congreso Constituyente, o el Congreso mismo, el que debió de haberlas delegado al Presidente de la República o a una persona determinada.

No obstante este vicio de inconstitucionalidad —vicio que no puede tener una explicación, cualquiera que sea la interpretación que se le dé—, la Suprema Corte, tomando en consideración la enorme trascendencia de los efectos realizados bajo la vigencia de esa ley, reconoció la validez de los actos ejecutados en función de la misma, ya que había innumerables divorcios efectuados bajo su vigencia; había nuevos matrimonios celebrados por personas que habían adquirido su capacidad por razón de divorcio, y quedaban sancionadas por la repetida Ley sobre Relaciones Familiares. Esta legislación se inspiró en el derecho norteamericano, en el derecho del Estado de Nueva York y en las leyes alemanas. Los principales lineamientos de la Ley sobre Relaciones Familiares fueron acabar con la potestad marital establecida en el Código de 1884; dar igualdad de derechos tanto al hombre como a la mujer; borrar las diferencias existentes entre los hijos, estableciendo para ello dos clases: los hijos legítimos y los naturales, acabando con las otras clasificaciones establecidas por el Código de 1884, esto es, hijos espurios, hijos incestuosos, hijos adulterinos; asimismo, otorgar igualdad de derechos a los hijos legítimos y a los hijos naturales; establecer atenuaciones al derecho de los padres sobre los hijos, y dar protección, en

una palabra, a todos aquéllos que se encontraban sujetos a la patria potestad o a la tutela.

Además de esta profunda reforma introducida en el Código de 1884, hubo algunas otras de carácter secundario: por ejemplo, la derogación del pacto de retroventa; esto es, la venta con pacto de retroventa que permitía dicho Código. Esta institución fue derogada en el régimen constitucional, debido a que se decía que en el fondo no había tal pacto, no eran sino artificios de los prestamistas para garantizar los préstamos efectuados. Se decía: una persona necesitada, una persona que por su condición económica, por el momento que atraviesa, firma la venta de sus bienes comprometiéndose a adquirirlos nuevamente en un plazo determinado, en el concepto de que si transcurre ese plazo la venta queda concluida, la ley no debe proteger ese abuso cometido por los prestamistas, en presencia de la necesidad de quien solicita el préstamo. Esta es la causa por la cual se suprimió la institución relativa en el Código de 1884.



## *Vigesimoprimera Clase*

*H*ablamos la clase pasada de cómo el Código de 1884 había perdurado hasta 1932, año en que fue expedido el Código Civil de 1928; que durante este lapso se habían efectuado algunas reformas relativamente de poca importancia, principalmente en la parte correspondiente a la propiedad, a las sucesiones y al régimen contractual. Comentábamos también que en materia de organización familiar se habían introducido reformas de consideración, especialmente las relacionadas con la Ley sobre Relaciones Familiares. Asimismo, empezábamos a ver que la Ley sobre Relaciones Familiares es inconstitucional, ya que tuvo un vicio de origen: en virtud de los planes revolucionarios se invistió a don Venustiano Carranza, como Jefe del Ejército Constitucionalista, de facultades extraordinarias para legislar; en uso de estas facultades extraordinarias, Carranza promulga en abril de 1917 la Ley sobre

Relaciones Familiares. Bajo esta tesitura, decíamos que esas facultades extraordinarias ya habían desaparecido, pues México había vuelto a la época constitucional.

En efecto, por esa época se había convocado a un Congreso Constituyente; de ese Congreso Constituyente había emanado la Constitución que actualmente nos rige, la Constitución de 5 de febrero de 1917. De manera que habiendo vuelto México al régimen constitucional, y no existiendo una delegación de facultades del Congreso hacia Venustiano Carranza, automáticamente cesaron esas facultades dadas en el periodo preconstitucional. Sin embargo, no obstante que la inconstitucionalidad de esta ley es manifiesta, debido a los efectos que produjo, a las situaciones jurídicas creadas al amparo de la misma, se le reconoció validez por la Suprema Corte de Justicia en la jurisprudencia, invariable a este respecto, ya que se habían celebrado matrimonios entre personas que habían disuelto el vínculo conyugal en virtud de esta ley. Tales situaciones no podían ser desconocidas, por ello se consideró que se crearía un estado caótico si se declaraba, como debía haberse declarado, que la ley en cuestión estuvo inspirada principalmente en dos derechos: en el derecho yanqui, principalmente del Estado de Nueva York (sobre todo en la parte relativa al divorcio); y en cuanto a la organización familiar, principalmente en las leyes alemanas.

Dos fueron las principales influencias sobre el legislador de 1917 al dictar y promulgar la Ley sobre Relaciones Familiares: una, la protección que debía existir hacia la mujer, y dos, la protección

necesaria hacia los hijos. Desde luego, se intentó equiparar la situación jurídica del hombre y la mujer dentro del matrimonio; se acabó con la potestad marital, dándole iguales derechos al hombre y a la mujer dentro del régimen matrimonial; se rodeó a la mujer de determinadas protecciones, a efecto de que el marido no pudiera dilapidar los bienes de ésta. Situación necesaria de regulación dentro del régimen de esa norma, y que actualmente lo es dentro del Código de 1928, es decir, la licencia judicial para efectuar esta clase de contratos, excepto el contrato de mandato. Asimismo, estableció que era nulo de pleno derecho que la mujer se obligara solidariamente con el marido respecto a negocios de éste. Todo lo anterior estaba enfocado a proteger el régimen patrimonial de la mujer dentro del matrimonio.

Otra de las reformas que se introdujeron con relación al matrimonio fue una de gran importancia: el Código de 1884 establecía el régimen de la sociedad conyugal, es decir, los bienes venían a formar una entidad jurídica distinta de las personas que habían efectuado el matrimonio, venían a formar parte del patrimonio de la sociedad, excepto que se hubiese pactado en las estipulaciones matrimoniales la separación de éstos. Con base en lo anterior, la Ley sobre Relaciones Familiares planteó que debía ser el hombre quien aportara lo necesario para el matrimonio, el encargado de llevar lo necesario para el sustento de la familia; en consecuencia, de establecerse el régimen de separación de bienes, en el momento en que se disuelva el matrimonio la mujer pierde lo que el hombre había llevado al matrimonio, lo que la mujer le había ayudado a

formar, el patrimonio, es decir, los bienes que deberían formar parte de la sociedad conyugal. La excepción es lo contrario: el que la mujer lleve lo necesario o aporte su patrimonio al matrimonio. De manera que estableciéndose el régimen de separación de bienes, la mujer se encuentra en situación diferente, en una situación desventajosa. Fue por eso que en el nuevo Código se volvió a establecer este sistema.

Con respecto al matrimonio mismo, la citada ley introdujo la modalidad del divorcio. En el Código de 1884 y en el de 1870 existía el divorcio como simple separación de cuerpos. Bajo estos Códigos, el divorcio presenta un doble aspecto: el divorcio admitido por el derecho canónico, es decir, la simple separación de cuerpos de los cónyuges, la simple privación del derecho a habitar juntos, pero subsistiendo el vínculo conyugal. En cambio, en la Ley sobre Relaciones Familiares se vino a introducir el divorcio ya no como una simple separación de cuerpos, sino como una disolución del vínculo conyugal, dejando en aptitud al hombre y a la mujer para volver a contraer nuevo matrimonio. Ésta fue una de las principales innovaciones establecidas por la nueva ley. Es erróneo afirmar que esta ley fue la que cambió el concepto del matrimonio, estableciendo que se trataba de un contrato netamente civil; erróneamente, como veíamos en la clase pasada, esto lo había establecido la reforma constitucional de 1873, de manera que al establecerlo la de Relaciones Familiares no hizo sino cumplir con una reforma constitucional.

Ahora bien, respecto a la organización de la familia, podemos clasificar la reforma introducida por la Ley de Relaciones Familiares bajo dos aspectos: en relación con la persona misma y en relación con los bienes. En relación con la persona de los menores, nos encontramos una protección legal, un tutelaje legal como se llama actualmente, hacia los menores de edad. Un gran número de disposiciones venían a proteger la situación de los menores, a efecto de impedir los abusos de los tutores, de quienes ejercían la patria potestad o de los representantes de estos menores; además, la ley vino a borrar las diversas categorías de hijos que consideraba el Código de 1884. Éste, siguiendo la tradición del derecho canónico, principalmente, distinguía diversas clases de hijos: hijos legítimos e hijos espurios. Los legítimos eran los hijos nacidos de matrimonio; los espurios eran los nacidos fuera de matrimonio; asimismo, dentro de la categoría de hijos espurios se distinguían: hijos naturales, es decir, hijos nacidos fuera de matrimonio, pero de personas capaces de contraer matrimonio; y los hijos de personas no capaces de contraer matrimonio. A la vez, dentro de esta otra categoría podemos señalar los hijos adulterinos y los hijos incestuosos: adulterinos, aquellos hijos nacidos de personas que no podían contraer matrimonio en virtud de que existía un vínculo anterior, es decir, porque el padre estuviera casado con otra persona, o la madre, o ambos; incestuosos, eran aquéllos nacidos de personas que no podían contraer matrimonio debido al parentesco que existía entre ambos: hijos de hermanos, hijos de padre e hija, etcétera.

La Ley de Relaciones Familiares rompió esa clasificación establecida por el Código de 1884, y citó que no existían sino dos clases

de hijos: hijos naturales e hijos legítimos, simple y sencillamente, tratando de borrar esas distinciones odiosas establecidas por la ley, tomando en consideración que los hijos no pueden de manera alguna ser responsables de los actos ejecutados por sus padres. Naturalmente que, quiéralo o no la ley o el legislador, esa clasificación tendrá que existir, y los efectos de esos actos tendrán que subsistir.

Por otra parte, la aversión o repugnancia que la sociedad sienta por un acto no depende del legislador, depende de la tradición, de la costumbre y de la educación; depende de la religión y de todo un género de factores sociales que influyen dentro del derecho. Por ende, los hijos incestuosos, los hijos adulterinos, seguirán existiendo aun cuando se les llame hijos naturales, y los efectos que la ley disponga para unos y otros tendrán que ser totalmente diversos. Desde luego tenemos, para resarcir un poco esta distinción, la institución de la legitimación: los hijos naturales pueden ser legitimados por medio del matrimonio entre los padres de ellos.

En consecuencia, aun cuando la ley diga que no existen sino hijos legítimos y naturales, no podrán legitimarse los hijos adulterinos y los hijos incestuosos; los adulterinos, mientras exista entre los progenitores el impedimento para contraer nuevo matrimonio; y los incestuosos, no podrán legitimarse porque la ley prohíbe el matrimonio entre parientes en determinado grado. Es decir, la sociedad siente repugnancia por los hijos incestuosos, por el hijo nacido de padre e hija, por ejemplo, y nunca el efecto jurídico de ese hijo natural, considerado por la Ley sobre Relaciones Familiares, se

podrá purgar por un matrimonio posterior, ya que la ley lo prohíbe, porque considera el hecho de orden público, que hiere la moral y las buenas costumbres. De tal manera, no obstante que dentro de la ley existía ese precepto, que dentro de la ley se trataba de borrar esa diferencia entre los hijos, de hecho los efectos jurídicos subsistían pues lo único que se modificó fue la clasificación que hacía de ellos el Código de 1884.

Al mismo tiempo nos encontramos también, con relación a los hijos, que empieza a evolucionar el antiguo derecho de la patria potestad, el antiguo derecho de la tutela, para convertirse más que en un derecho en una obligación; esto es, vemos cómo estas instituciones, que tienen su origen en el antiguo derecho romano, se iban convirtiendo, más que en un derecho del padre hacia los hijos, en una obligación de guarda y custodia de éstos.

Posteriormente, en la Ley sobre Relaciones Familiares, como veremos luego en el Código de 1884, se completó la evolución de esta institución de origen arcaico; veremos cómo se hacía obligatorio aceptar el tutelaje, cómo es obligatorio el servir de tutor, admitiendo naturalmente la ley determinados casos de excusa, pero siendo necesario que el poder público eximiera al tutor de esa obligación. En este aspecto es importante el sistema seguido por la Ley sobre Relaciones Familiares, inspirado, como ya dijimos, en la legislación alemana y después completado por el Código de 1928, el cual también adoptó las instituciones alemanas, como el Consejo de Tutela. Al mismo tiempo, la ley trataba de otorgar igual derecho a los hijos

naturales y a los hijos legítimos, igual derecho en cuanto a los alimentos, en cuanto al régimen sucesorio. Ya no era simplemente el antiguo derecho a llevar el nombre del padre o de la madre que lo reconocía, era un derecho al régimen sucesorio, había un derecho al régimen de alimentos.

En materia de ausencia, la Ley sobre Relaciones Familiares también introdujo algunas modificaciones, en su mayoría sin gran trascendencia. El Código de 1884, como veremos en su oportunidad al tratar esta institución, establecía términos amplios para que el ausente se presentara en su domicilio; esto era debido a los deficientes medios de transporte. La citada ley redujo esos términos, esos plazos, tomando en cuenta el incremento de los medios de transporte, la facilidad para transportarse, pero en el fondo siguió el sistema establecido por el Código de Napoleón; la pauta seguida por éste en materia de ausencia. Estas son, a grandes rasgos, las reformas introducidas por la Ley sobre Relaciones Familiares al Código de 1884.

### LEGISLACIÓN EN MATERIA CIVIL DE 1928

Vino luego el Código de 1928. Éste ordenamiento desgraciadamente no tiene una Exposición de motivos; no expresa las razones por las cuales el legislador introdujo transformaciones al antiguo régimen jurídico de 1884.

## *Vigesimosegunda Clase*

l Código Civil se expidió en 1928, sin embargo, debido a que no se había promulgado un Código de Procedimientos Civiles se consideró que no podría tener aplicación aquél sino hasta en tanto se hubiese expedido una ley procesal que estuviere de acuerdo con las innovaciones introducidas por él. Es por esta causa que uno de los artículos transitorios de dicho Código determinaba que entraría en vigor cuando el Ejecutivo lo juzgara conveniente, es decir, cuando existiera el Código de Procedimientos Civiles acorde al Código Civil citado. Fue hasta el 1o. de octubre de 1932 que se expidió el Código de Procedimientos que actualmente rige, y entonces se emitió un decreto para que entrase en vigor el Código de 1928. Éste Código fue elaborado por una Comisión integrada por los señores licenciados Ignacio García Téllez, Ruiz, actual Ministro de la Suprema Corte de Justicia, Moreno y García Peña. Dicha

Comisión lo elaboró —según dice uno de sus miembros—, en cerca de 20 meses de trabajo.

Se trató de dar el propio Código de 1928, por sorpresa. Así también lo expresa el Lic. García Téllez en su libro acerca del Código. No recuerdo exactamente el nombre del libro del Lic. García Téllez, pero en él se comprenden tres partes: una especie de prólogo o manifestación de las razones y de la actuación del Lic. García Téllez en el seno de la Comisión; otra de reproducción del ‘Oficio’ en que la Comisión remitió el Código a la Secretaría de Gobernación, a guisa de Exposición de motivos sumamente reducida, y una última parte en forma de tabla de los diversos artículos de los códigos que tuvo a la vista el legislador y la Comisión legisladora, para formar el Código Civil de 1928.

En la parte suscrita por el Lic. García Téllez, dice que se trató de dar el Código por sorpresa a efecto de que no hubiese oposición a las tendencias avanzadas que trataba de implantar con respecto al de 1884. Afortunadamente, por uno de tantos acontecimientos de la vida, se dió a la publicidad el Proyecto de Código de 1928, cuando menos algunas de sus partes, principalmente en lo relativo a la propiedad; en la correspondiente a la posesión, en algo de la organización del Registro Público, y en algunos otros contratos reglamentados por dicho Proyecto.

Fue tal el clamor que produjo la simple publicación de esos artículos en los periódicos capitalinos, en los que simplemente se

transcribían los artículos del Proyecto, que inmediatamente las instituciones de abogados, las instituciones particulares, formularon innumerables observaciones al respecto, y pidieron al Ejecutivo que se diese a conocer. Esta forma de legislar por sorpresa es completamente ilógica, completamente anticientífica. Mientras, por ejemplo, en las naciones cultas, en las naciones civilizadas, los proyectos se dan con anticipación, se dan a la crítica no sólo de los nacionales sino de los extranjeros, y en muchos casos como en Alemania, repartieron profusamente proyectos del Código Civil y fue hasta dos años después de haberse conocido, de haberse estudiado las observaciones hechas, que fue puesto en vigor dicho Código. En nuestra patria se legisla en el sigilo, en forma secreta, para poder cometer las mayores aberraciones jurídicas dentro de la ley; y una vez que esos proyectos elaborados en cónclave, por consigna o por orden del soberano, son elevados a la categoría de ley, entonces la reforma es mucho más difícil, es casi imposible. Es por eso que se pretendió expedir el Código que actualmente nos rige en forma sorpresiva.

En cuanto a las observaciones que se hicieron al Proyecto de Código, es decir, al anteproyecto del Código actual, aparecen publicadas en la revista editada por la Barra Mexicana de Abogados *El Foro*, en ella se reproduce la mayor parte de las observaciones hechas al propio anteproyecto, principalmente por los miembros de la Barra de Abogados. En publicaciones insertadas en los periódicos de circulación diaria también se hicieron innumerables observaciones, así como también en estudios particulares editados en folletos, opúsculos, etcétera.

Estos comentarios hicieron que el Código tuviera mayor coherencia, que suprimiera algunas innovaciones, algunos experimentos que la Comisión trató de introducir dentro de nuestro régimen jurídico. Sin embargo, debido a que el capricho imperó dentro del seno de la Comisión, existían innumerables contradicciones, innumerables incongruencias dentro de la ley, no sólo en el texto de ésta, sino en numerosos capítulos del propio Código; es decir, en algunos artículos se admite determinada tendencia jurídica, y en otros se admiten tendencias antagónicas, como acontece en la materia relativa a la posesión. Esto tiene su explicación, a decir del Lic. García Téllez en el libro de referencia.

Según se argumenta, la Comisión fijó puntos generales, puntos de orientación para la confección del Código. Después se dio a la dulce tarea de entresacar disposiciones de todos los códigos del mundo, disposiciones que reunió en lo que se llama Código Civil de 1928. La explicación que a esto da la Comisión es la siguiente: que cuando nosotros encontramos que la idea discutida dentro del seno de la Comisión correspondía a determinado artículo del código de una nación determinada, entonces copiamos literalmente ese artículo a efecto de que los comentaristas del artículo en cuestión pudieran aprovecharlo como antecedente del Código mexicano.

En esa forma, nuestro Código presenta el aspecto de un verdadero mosaico jurídico; presenta incongruencias desde el punto de vista gramatical, pues ni siquiera se entiende el texto del artículo mismo, esto es, no presenta un aspecto de unidad. Es por ello que

en los estudios críticos sobre el Código de 1928, no de nacionales —que pudieran tacharse de apasionados—, sino de juristas extranjeros, se declara que nuestro Código carece de técnica jurídica. Por ejemplo, Gastán Toveñas, quien escribió a raíz de publicarse el Código de 1928 un estudio crítico, el cual aparece publicado en la *Revista de Derecho Privado Español*, no obstante que elogia algunas instituciones y modificaciones introducidas por el Código de 1928, en cuanto a la técnica jurídica, ésta le parece completamente inaceptable. El mismo autor, en su libro *Hacia un nuevo derecho civil*, reitera la misma crítica no obstante que alaba el haber roto el patrón establecido por el Código de Napoleón. Pero indiscutiblemente que ese mérito no podía cegar a este ilustre jurista, como para decir que la técnica del Código de 1928 era perfecta. Lejos de ello, en mi concepto, carece de técnica jurídica.

El Código de 1928, en materia de organización de la familia, siguió los lineamientos generales establecidos por la Ley sobre Relaciones Familiares. Introdujo además algunas formas, algunas instituciones que antes no existían en nuestros antecedentes jurídicos; por ejemplo, el patrimonio de familia inspirado principalmente en la legislación yanqui; la organización del patrimonio, establecida por las leyes suizas, alemanas y australianas. Todo esto viene a demostrar, en cierto modo, una incoherencia del legislador, cuando siguiendo una corriente socialista, trató de minar importancia al núcleo familiar y a la organización familiar. Contra esa tendencia, contra esa manifestación que se ve a través del articulado del Código de 1928, estableció sin embargo el patrimonio de familia, que viene a ser

uno de los sosténes de la familia. Ya lo decía Emilio Pardo, en un estudio publicado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, en el año de 1901: era la base de la organización familiar. Citando a un jurista francés, decía que el patrimonio de la familia era el vestido de piedra de la familia, era aquello que hacía que ese grupo presentará un aspecto de unidad; de manera que vemos cómo aun dentro de ese criterio, sustentado por el Código de 1928, hay cierta incongruencia al establecer el régimen del patrimonio de familia y a la vez tratar de minar la organización familiar, como lo analizaremos en el estudio de las instituciones que haremos en las clases subsecuentes.

En materia de organización de la propiedad, lógicamente debería cambiarse el concepto establecido por el Código de 1884, ya que el concepto del derecho de propiedad estaba en relación con la organización que de esta garantía, de este derecho individual daba la Constitución de 1857. Al expedirse la Constitución de 1917 tenemos un concepto distinto del derecho de propiedad; un Código posterior a esta Constitución indiscutiblemente debía de seguir los lineamientos generales establecidos por ella. Por eso es que se adoptó el criterio sobre la propiedad en forma totalmente distinta, inspirada principalmente en la organización de ésta en el régimen romano. Y se tomó en consideración no la propiedad misma, no el derecho como intangible, no el derecho ilimitado e ilimitable, sino que el concepto se tomó en función de la utilidad a la comunidad. Entonces se adoptaron las teorías expuestas por León Duguit acerca

de la propiedad como una función social, acerca del interés que la colectividad tenía en proteger ese derecho, en tanto que con la protección del mismo recibía un beneficio.

Es por lo citado que se introducen determinadas reformas al régimen de la propiedad: por ejemplo, lo relativo a las tierras ociosas, es decir, a la facultad de privar del uso de la propiedad a un individuo cuando éste no utilice su propiedad, o cuando no la cultive, ya que la colectividad está interesada en que la propiedad rinda al máximo; esto es, si por negligencia, capricho o descuido del individuo, esa propiedad permanece improductiva, entonces la colectividad está resintiendo un perjuicio, está sufriendo por ese acto negligente del detentador o propietario de la tierra.

Ahora era necesario dotar de elementos, establecer un derecho que permitiera desposeer a ese individuo de la propiedad que no aprovechaba. Por ello se estableció lo que se llamó Ley de Tierras Ociosas; se dio la facultad al gobierno de privar al propietario que descuidaba el uso de la tierra, cuando menos por el periodo necesario para que se pudiera cultivar ésta, y permitiera recoger una determinada cosecha.

Por tanto, el concepto de considerar el derecho de propiedad, según el régimen antiguo, como un derecho intangible y absoluto, es erróneo. Desde la definición del derecho romano ya existía la facultad de limitar el goce del propietario. El error obedece a que no se toma la definición del derecho de propiedad en forma

completa, sino simplemente a través de algunos de sus atributos. Los romanos definían la propiedad como el *jus utendi, jus fruendi et jus abutendi*. Hasta ahí toman de la definición, los que critican la organización de la propiedad en el derecho romano. Sin embargo, les falta la segunda parte de la definición de la propiedad que tiene *juris ratio patitur*, de acuerdo con las limitaciones impuestas por el derecho. De manera que el derecho no era algo ilimitado, ni ilimitable, sino que venía a imponer limitaciones al derecho de propiedad.

Por otra parte, es importante destacar que esas limitaciones han sufrido una evolución, como todo el derecho; que siendo el derecho materia social, debe sufrir cambios, determinadas modificaciones. Es por eso que se implantaron lo que se ha llamado modalidades al derecho de propiedad, es decir, la forma de expresarse, de manifestarse ese derecho. Pero de ninguna manera podemos admitir lo que el legislador, lo que los tribunales han tratado de entender como modalidad del derecho de propiedad. Por ejemplo, se considera como una modalidad del mismo la expropiación por causa de utilidad pública; tal expropiación no puede ser una manifestación de la propiedad, ya que a esa expropiación se le llamaba en aquella época “enajenación forzosa”.

En esa tesitura, la expropiación no es sino la venta forzosa u obligada de la propiedad de un individuo en beneficio de la colectividad, esto mediante la entrega de un precio; pero no puede ser, en

manera alguna, una modalidad del derecho de propiedad. Una modalidad del derecho de propiedad es, por ejemplo, la copropiedad; la propiedad que no pertenece a un solo individuo sino a varios, es una forma de manifestar ese derecho. Una modalidad impuesta al derecho de propiedad, es el que yo no pueda usar mi propiedad en perjuicio de una tercera persona; una modalidad es que yo no pueda construir cloacas que vengán a perjudicar al vecino; que yo no pueda plantar árboles a determinada distancia del muro divisorio de la casa vecina, porque las raíces de los árboles plantados en mi terreno lesionarían los intereses del vecino. Todas éstas son manifestaciones del derecho de propiedad, pero no negación de la propiedad misma, como lo es la expropiación por causa de utilidad pública. Sin embargo, en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública, promulgada el año pasado, se sostuvo que era una modalidad del derecho de propiedad.

En materia del régimen contractual también se introdujeron reformas con respecto a la organización establecida en el Código de 1884. Éste, inspirado principalmente en la organización napoleónica, que a su vez extrae principios de la Asamblea Constitutiva de la Revolución Francesa, consideraba la igualdad del hombre ante la ley, consagraba la libertad como suprema conquista, y erigía la organización contractual bajo el régimen de la autonomía de la voluntad. Era la voluntad de las partes la que engendraba las relaciones contractuales; la que fijaba el alcance de esa obligación contraída.

En el régimen actual, la autonomía pasa a ocupar un lugar secundario; es la ley la que viene a determinar la autonomía de las

partes. La autonomía se ve cada vez más restringida, por eso es que cuando veíamos la organización del derecho, cuando comentábamos la diferencia entre derecho público y privado, hablábamos del orden público. En la actual legislación se consideran de orden público innumerables disposiciones que no son sino limitaciones a la autonomía de la voluntad. Los primeros artículos del Código Civil establecen limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes; así, el artículo 6o. del Código Civil establece: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”. El 7o. dice: “La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia”. Adicionalmente el artículo 8o. del mismo Código establece: “...los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

Vemos pues como la autonomía de la voluntad ha ido sufriendo limitaciones, se ha ido minado hasta llegar a ser una voluntad atada de manos. Y aún encontramos otras disposiciones que vienen a frenar esa autonomía de la voluntad. Recuerden el artículo que hemos citado en innumerables ocasiones en clase, relativo a acciones en que se abusa de la situación económica de una de las partes intervinientes en una transacción. Éstas son las manifestaciones municipales del régimen contractual, además de otros detalles de refor-

mas introducidas por el Código de 1928, con relación al Código Civil de 1884.

En materia sucesoria, como ya hemos comentado, también se introdujeron reformas con respecto al régimen anterior. En esa materia, el Código Civil de 1928 le otorgó a la concubina el derecho a ser llamada a la sucesión legítima en determinados casos, contrastando esto con el sistema establecido en el Código de 1884, en el que la concubina no tenía ése derecho.



## *Vigesimotercera Clase*

 Analizábamos en la clase pasada las diversas reformas introducidas en el Código de 1928, y nos quedaba por examinar algunos detalles sobre la materia de sucesiones.

Decíamos que el Código de 1928 incluyó en el derecho a la sucesión a los parientes dentro del 4o. grado. En nuestro derecho se ha fijado un límite en cuanto a los parientes que son llamados a la sucesión, y al mismo tiempo se ha establecido un impuesto progresivo a medida que el acervo hereditario es mayor. Hay una tabla proporcional que va aumentando el impuesto a medida que el caudal hereditario va aumentando; son impuestos sumamente elevados aun dentro de la misma tabla, y casi se duplica el impuesto debido a las reglas que impone la Ley de Sucesiones y Donaciones para calcular el valor de los bienes: si un bien tiene un valor efectivo de diez mil

pesos, por ejemplo, para efectos fiscales llega a tener alrededor de veinte o veinticinco mil pesos. En esta forma el valor fiscal, el impuesto, va absorbiendo el caudal hereditario. Si bien la ley toma en consideración el grado de proximidad que exista entre el heredero y el testador o autor de la sucesión, siendo mayor el impuesto a medida que el parentesco sea más lejano. El cálculo que se hizo equivalía a que, en menos de tres sucesiones, el Estado, por medio de los impuestos, volvía a percibir, había vuelto a adquirir la propiedad de los bienes que se transmitían, tomando en consideración los gastos de la sucesión y el impuesto que se causa.

Pero aconteció con el régimen fiscal a que nos hemos referido lo que acontece siempre que se exagera una cosa, siempre que se exagera un impuesto. Lógicamente si se aumentaba el impuesto, debían aumentar los ingresos que se percibían por el mismo. El resultado fue que se duplicó el impuesto, y lo que percibía el Estado era más o menos lo mismo que percibía cuando el impuesto era menor. La razón era que todo el mundo trataba de defraudar, trataba de violar las disposiciones de la ley, simulando sociedades anónimas en las cuales las acciones se transmitían por la tenencia de la acción. En esa forma las sucesiones se generaban cada vez en menor número, y el resultado fue perfectamente antieconómico y perfectamente inmoral. Quiere decir que dentro de este régimen de un impuesto excesivo, está en mejor condición el que no cumple con la ley que el que cumple con ella, y lo que antes ocurría entre un número menor de personas en la actualidad lo reportan quienes tuvieron cierto escrúpulo para no violar la ley, para no incurrir en actos no previstos por la ley.

Esto también ha sido inspirado por la famosa corriente de George, corriente que se manifiesta o que se expresa en el libro *Progreso y miseria*, y que ha tenido una influencia decisiva en las leyes fiscales de los últimos tiempos en nuestro país; es un autor que tiene como pensamiento básico el siguiente: ‘dejemos que el propietario siga llamando lo que es “su propiedad”, dejemos que el propietario se siga considerando tal; la forma de privarlo de su propiedad, es quitarle la renta. Dejemos la cáscara de la nuez al propietario, y comámonos el fruto’. Esa es la forma característica de las leyes fiscales contemporáneas en nuestro país. En esa modalidad no se lesiona aparentemente el derecho de propiedad, pero se hace esta propiedad improductiva, se hace incosteable.

Ya en la práctica veremos cómo en muchos casos hubiera sido preferible para el testador el no legar determinado bien, no dejar dentro de su acervo hereditario, dentro de su caudal hereditario un bien, puesto que el impuesto representa una cantidad mayor que el valor mismo del bien. Todos los casos en que forman parte del caudal hereditario bienes rústicos, todo género de dotaciones de tierras, de peticiones de ejidos, que seguramente serán conocidos por el Departamento Agrario, serán confirmados por la resolución presidencial y pagan impuesto por el valor fiscal, no obstante que ya esté en posesión del bien el beneficiario de la sucesión. Situación completamente inmoral, completamente injusta, fuera de toda ley.

Si en alguna parte se pone de manifiesto la falta absoluta de equidad, la falta absoluta de justicia, es en lo que se ha dado en

llamar derecho fiscal, siendo que en realidad es la negación de todo derecho. Generalmente se invoca como supremo argumento por los “alcabaleros” de la Secretaría de Hacienda, ya que no merecen otro nombre, el “criterio fiscal”; criterio implica un procedimiento lógico, y todo lo que hace la Secretaría de Hacienda carece de lógica. El criterio fiscal se resume en una forma de resolver las cuestiones siempre a favor de la Secretaría, cualquiera que sea la situación, y bajo el argumento de que el fisco nunca debe pelear un despojo, pero despoja a todos los causantes. Naturalmente esto ha sido favorecido por ese criterio que adoptó nuestro Código y que se expresó en la Exposición de motivos del mismo: criterio de restringir cada vez más el derecho de sucesión a efecto de que los hijos o los parientes no aprovechen el trabajo de los antecesores. Pero aun dentro de este género de reformas, el Código introdujo una de acuerdo con la equidad, una de acuerdo con la realidad mexicana, aunque no tuvo el valor de expresarlo así en el Código Civil: es la de la herencia de la concubina.

A este respecto, la jurisprudencia de la Corte, antes del Código de 1928, tratándose de algunas reclamaciones obreras, principalmente por accidentes de trabajo que trajeran como consecuencia la muerte del trabajador, había establecido un criterio para dar derecho a exigir la indemnización correspondiente: de la dependencia económica. Las personas que dependían económicamente del accidentado tenían derecho a reclamar la indemnización correspondiente. Es una realidad dentro de nuestro medio que el matrimonio no ha entrado, por decirlo así, no ha tenido carta de naturalización

completamente efectiva dentro de nuestro medio, dentro de nuestro pueblo. La influencia de la religión, la influencia del matrimonio religioso, es formidable en nuestro medio, principalmente en la clase que se trata de proteger, o que se dice por la ley que se va a proteger. Ustedes, los que hayan viajado, los que sean de provincia, verán cómo la mayor parte de la organización familiar se basa en el matrimonio religioso y no en el matrimonio civil. Entonces, si la ley hubiera querido darse conforme a la realidad, debió reconocer determinados efectos para ese género de matrimonio, que en otras legislaciones, en las que se encuentran separadas las funciones de la Iglesia y el Estado, consideran matrimonios con determinadas irregularidades, pero siempre involucrando algunas consecuencias.

Sin embargo, los mismos autores que inspiraron el Código Civil, los mismos sobre los que hace un resumen Cossentini en el libro que tantas veces hemos citado, *La reforma de la legislación civil y el proletariado*, consideran que debe distinguirse el concubinato del matrimonio regular. Nuestro Código no hizo esa distinción porque, por encima de cumplir con su deber, por encima del criterio de dar una legislación adaptada a la realidad, estaba el de quedar bien con determinada corriente política en el momento en que se dio la ley: el Código se expidió en los momentos en que la persecución religiosa era más intensa, en los momentos en que declarar tener o no determinada religión era un delito; en consecuencia, hubiera sido completamente impolítico por parte de la Comisión dictar una norma de acuerdo con la realidad. Prefirieron, entonces, resolver el problema, pero resolverlo parcialmente a través de una institución: el concubinato.

Pero entonces castigaron al derecho y reconocieron determinados efectos al concubinato, entre otros, el derecho a la sucesión. Como una modificación al sistema anterior, el Código Civil de 1928 incluye en la sucesión legítima a la concubina, quedando comprendidos dentro de esta eventualidad todos los matrimonios a que nos referíamos hace un momento: los matrimonios irregulares. ¿Pero cómo es posible que se equipare la situación de un concubinato a la situación de un matrimonio religioso? Nosotros vemos que aun dentro de nuestro régimen legal, aun dentro de nuestra organización jurídica, esta institución, matrimonio regular ...concubinato, se distinguen; prueba de ello es que si revisamos el Código Sanitario, vemos cómo se les imponen determinadas obligaciones a los ministros de culto antes de autorizar un matrimonio religioso, entre otras, se les impone la obligación de que se les presenten determinados certificados de salud, de Wassermann, de reacciones de la sangre. No conozco, ni concibo siquiera, que a los concubinos, antes de entrar en relaciones, se les exija preverse de un certificado de salud de ambos, de la concubina y del concubino.

Debemos destacar que mientras una es una institución permanente, que la propia religión eleva a sacramento porque representa la unión de Cristo con su Iglesia, y por tanto indisoluble, la otra es una situación pasajera, accidental. Esto es, si vemos que la sociedad, en cierto modo, repudia el concubinato, y por otra parte el sentimiento de la sociedad o de la mayor parte de ésta, cree que el matrimonio religioso es una forma de efectuar el casamiento, ¿cómo

es posible que se equiparen esas dos situaciones, una de mala voluntad, de desprecio, y la otra de respeto hacia la institución? En la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, me parece que del año 1901 o 1902, viene reproducida una sentencia pronunciada por el juez de Primera Instancia de Tlalnepantla, dictada en virtud de una declaración de herederos, donde se pretendía desconocer el derecho de la mujer, mujer no ante la ley, sino ante la sociedad y la religión, para heredar a su marido, por no haber celebrado el matrimonio civil. En esa sentencia se hicieron consideraciones de orden jurídico, de orden moral, para demostrar hasta la evidencia que no podían desconocer ni la sociedad ni el derecho, lo que era una realidad. De dicha sentencia nos ocuparemos en extenso cuando tratemos lo relativo al matrimonio.

Por lo pronto, apuntamos que el Código de 1928 vino a introducir esa reforma que está de acuerdo con la realidad: el derecho a que la concubina herede, pero nada más la concubina; no se quiso dar toda la amplitud a este precepto, pues se consideró que era inmoral que concurrieran a la sucesión la mujer legítima y la concubina. Entonces, para que ésta concurra a la sucesión es indispensable que no asista con la mujer legítima; es indispensable que ambos concubinos estén en posibilidad de contraer matrimonio, que se encuentren libres. Estas son, a grandes rasgos, las principales reformas introducidas por el Código de 1928, y con esto damos por terminado el rápido examen histórico de nuestras instituciones de derecho privado.

## DIVERSAS TEORÍAS SOBRE EL ACTO JURÍDICO

Vamos a ocuparnos ahora de la teoría del acto jurídico. Hemos visto cómo la ley da preceptos generales, preceptos abstractos, pero la simple existencia de la ley no engendra, no pone en movimiento el derecho mismo. Es necesario que se presenten diversos hechos o que se ejecuten diversos actos, para que el derecho pueda tener lugar y, por ende, pueda tener aplicación. Así, por ejemplo, cualquier regla de orden jurídico que nosotros examinemos implica la existencia de determinado acto; por ejemplo, para que podamos aplicar lo relativo a la mayoría de edad, es necesario que exista ese hecho. Los hechos jurídicos se han definido como todos aquéllos acontecimientos que el orden normativo toma en consideración para atribuirle consecuencias de derecho. Desde luego, tenemos que distinguir los hechos ordinarios y generales de los hechos jurídicos; uno será el género, y el otro será la especie. Incluso dentro de los hechos jurídicos encontramos diversos matices, diversas clasificaciones; por ejemplo, los hechos jurídicos se han clasificado entre otros por Coviello, Colin y Capitant, en voluntarios y naturales.

Hay hechos que requieren la declaración de la voluntad, como el ejecutar determinado acto; otros que, independientemente de la declaración de voluntad, el solo motivo de que se pretende el hecho jurídico trae consecuencias, como el nacimiento, la defunción, las diversas fases de la personalidad humana en que, independientemente de la voluntad, se generan ciertas consecuencias de derecho. Incluso dentro de este género, otros autores los dividen en lícitos

e ilícitos. Para algunos, como Ruggiero, no es necesario ocuparse de los hechos ilícitos: éstos, aun cuando engendran consecuencias de derecho no son por el momento relevantes. En realidad debemos ocuparnos exclusivamente de los hechos lícitos, y más aún de los que tiene conocimiento el derecho privado; los hechos ilícitos corresponden a otro género del derecho.

Sin embargo, vemos que muchos de los hechos ilícitos, o la mayor parte de ellos, pueden implicar un acto de voluntad. Los hechos ilícitos son principalmente los delitos y los cuasidelitos contemplados desde el antiguo derecho romano; es decir, los actos ejecutados con voluntad de producir un resultado determinado; los cuasidelitos son actos ejecutados, pero sin tomar en consideración los fines de la ilicitud del hecho. Por ejemplo, sería un cuasidelito para el derecho romano el que yo, manejando mi automóvil —hecho lícito—, ocasionara accidentalmente un delito, un atropellamiento. No tuve la intención de atropellar a aquella persona, pero tenía la voluntad de manejar mi automóvil, lo que tuvo consecuencias ilícitas.

Ustedes pueden ver que tanto en los delitos como en los cuasidelitos se presenta la voluntad, el querer ejecutar el acto; esto es, no podemos pensar ni creer que el ladrón que se apodera de un objeto mueble haya querido que ese hecho tenga consecuencias jurídicas. Siguiendo la tradición romana, se ha tratado de cambiar el concepto de acto jurídico, es decir, más que el concepto el nombre de *acto jurídico* por *negocio jurídico*, tomando el término *negotium* del derecho romano, y dando como razón para el cambio el que general-

mente se confunde el acto con los medios de prueba del mismo, con el instrumento, con el acta que se levanta del caso. En realidad esto es erróneo, sin embargo, en obras principalmente de autores alemanes e italianos, generalmente se habla de negocio jurídico. Pero dentro de nuestra terminología, inspirada principalmente en la francesa, aceptamos el término de acto jurídico, distinguiéndolo naturalmente del instrumento o documento en que se consigna el acto.

Dentro de este género de hechos encontramos, después del hecho jurídico, otra categoría de actos: nos referimos particularmente al convenio. El convenio implica ya un acuerdo de voluntades, la concurrencia de dos voluntades para acordar determinados arreglos jurídicos. Así lo define nuestro Código Civil en el artículo 1792: “Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”. Ahora bien, dentro del concepto de convenio, nuestra ley y la doctrina distinguen una especie más restringida: el contrato. Así, el artículo 1793 establece: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”. Estos son, pues, los elementos con que nosotros desarrollaremos la teoría del acto jurídico: hechos jurídicos, convenios y contratos.

Los actos jurídicos se han clasificado generalmente en estas dos categorías: unilaterales y bilaterales; es decir, aquellos actos ejecutados por la sola voluntad de una persona, y aquellos que requieren el acuerdo de voluntades. Así, sería acto jurídico

unilateral el que yo haga el reconocimiento de un hijo, que yo otorgue un testamento, que haga una *pollicitatio*, es decir, una oferta al público, cuando me estoy obligando a vender en determinado precio una mercancía. Sería bilateral cualquier acto que requiera el acuerdo de voluntades para que exista el acto mismo; así, por ejemplo, sería bilateral el contrato de compraventa, el de arrendamiento, cualquiera de ellos sería bilateral, puesto que mientras no haya el acuerdo de voluntades no hay propiamente el acto mismo.

Todavía se distingue otro género de actos: solemnes, formales y consensuales. Para algunos es lo mismo la formalidad que la solemnidad, pero en el fondo es necesario hacer una distinción. Cuando se dice que un acto es solemne, no puede existir el acto mismo si no se llena la solemnidad. Por ejemplo, el matrimonio tendrá que ser un acto esencialmente solemne, no importa que haya acuerdo de voluntades, no importa que se hayan llenado las formas del matrimonio: si el acto no se ejecuta ante el oficial del Registro Civil, no habrá tal matrimonio. Será simplemente formal, por ejemplo, el contrato de compraventa de inmuebles: cuando el valor de éstos pase de determinada cantidad, es necesario que conste por escrito. Pero la falta de ese documento, de ese requisito, trae ciertas consecuencias de derecho que estudiaremos cuando vean el contrato de compraventa; mas el acuerdo de voluntades ha quedado perfecto. Por su parte, los actos consensuales son aquellos en que basta el consentimiento de las partes para que el acto sea perfecto.

Las formalidades han sido restringidas, casi suprimidas en el derecho contemporáneo; en cambio el derecho primitivo, el derecho

anterior a Justiniano, era de tal manera formalista que si no se pronunciaban determinadas palabras el acto mismo no producía efecto: era necesaria la pregunta del *spondes*, *spondeo*, *sponcio*, para que el acto pudiera tener lugar. En un juicio era necesario que se simulara el duelo, que se cruzaran las varas para que hubiera acto, para que pudiera iniciarse el juicio. Por otra parte, en el derecho actual se atiende más a la voluntad de las partes que a esos pequeños detalles; la razón es que el derecho primitivo es formalista, que la forma en el derecho primitivo refresca la memoria; estos detalles que nosotros vemos insignificantes, eran los necesarios para saber si había existido el acuerdo de voluntades, máxime en una época en que eran frecuentes estos actos.

## Vigesimocuarta Clase

### CLASIFICACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

Véíamos en la clase pasada que los actos jurídicos se clasificaban o agrupaban en diversas categorías: actos solemnes, formales y consensuales; y decíamos que era una característica del primitivo derecho romano que existieran determinadas formas “sacramentales” para afirmar que existía el acto jurídico. De esta suerte, el derecho romano anterior a Justiniano era excesivamente formalista: se requería expresar, decir determinadas palabras, de tal manera que si no se decían estas palabras “sacramentales” no existía el acto jurídico.

Recordemos que Ihering, en *El espíritu del derecho romano*, explicaba este excesivo formalismo del primitivo derecho romano, afir-

mando que esas palabras sacramentales, esas formas sin las cuales no podía existir el acto jurídico, eran circunstancias que servían de recurso a las personas que habían intervenido en el acto jurídico. Bastaba precisar determinado hecho, determinada palabra, para que de ello se derivaran todas las consecuencias jurídicas del acto. Pero a medida que el derecho fue cambiando se abandonaron esas fórmulas sacramentales, y entonces se atendió exclusivamente a la voluntad de las partes que querían celebrar determinado asunto.

Les comentaba como ejemplo el contenido del artículo, creo que 869, del Código de Comercio, que establece que en las obligaciones mercantiles cada uno se obliga en la forma y términos que quisieron obligarse, sin que la validez de tal obligación dependa de formalidad alguna. Nuestro Código Civil, en el artículo 1832, reprodujo en parte el principio consignado por el artículo relativo del Código Mercantil, expresando: “En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”. Esta parte es la que viene a restringir considerablemente el principio general consignado en la primera parte del artículo relativo.

Veíamos también que estos actos, en cuanto a la forma, podríamos distinguirlos como lo hacían los romanos. Tomando en consideración las formalidades, distinguían dos puntos de vista: hablaban de *ad solemnitatem causa*, es decir, por solemnidad; así, siguiendo esta concepción, la operación de compraventa de un objeto mueble

no requería de una forma determinada; sin embargo, para que conste en forma auténtica, para que exista una prueba preconstituida con respecto a las obligaciones contraídas por las partes, éstas pueden acudir ante un notario para consignar en escritura pública esa obligación; ésta no es una formalidad exigida por la ley, es simplemente un medio de prueba de la obligación que contraen. En cambio, nos encontramos por otra parte que esa *ad solemnitatem causa*, es una solemnidad exigida por la ley para la validez de un matrimonio. El matrimonio que no se efectúa precisamente ante el oficial del Registro Civil, y cubriendo las exigencias que requiere la ley, no existe, no tiene validez jurídica, porque en este caso no es un simple medio de prueba, sino una solemnidad: se necesita que un funcionario del Estado, el oficial del Registro Civil, en uso de la soberanía que le otorga su cargo, declare unidos a los cónyuges en nombre de la sociedad y de la ley. Fuera de esa persona, ninguna otra está capacitada para hacer esa declaración, porque es una solemnidad exigida por la ley, es un requisito *sine qua non* para la existencia del matrimonio. Si se aplicaran, por ejemplo, las reglas generales de los contratos, de que la obligación existe desde que hay un acuerdo de voluntades, sería imposible distinguir el concubinato del matrimonio. En ambos se tratan como marido y mujer, y sin embargo se distinguen debido a que en uno se ha llenado esa formalidad, esa solemnidad establecida por la ley, y el otro simplemente es algo fuera de la ley.

Adicionalmente, los actos jurídicos se pueden clasificarse tomando en consideración que van a generar efectos entre vivos, o van a

producirlos después de la muerte, principalmente en el caso de que hubiere testamento. El testamento es un hecho que, forzosa y necesariamente, produce efectos hasta después de la muerte de quien lo hace. En cambio la generalidad de los actos jurídicos producen efectos en vida de la persona que los genera; empiezan a producir sus efectos independientemente de que viva o no la persona que los celebre.

También se pueden clasificar los actos jurídicos en *onerosos* y *gratuitos*. Onerosos cuando el motivo por el cual se contrae una obligación tiene a su vez una obligación recíproca de la otra parte que celebra el acto jurídico, por ejemplo el contrato de compraventa: si yo vendo determinado objeto es a cambio del precio que la otra parte me va a pagar o se obliga a ello; en un contrato de arrendamiento, si yo pago la renta es a cambio del uso o goce de la cosa arrendada. En cambio, nos encontramos con determinados actos que presentan cierto aspecto de liberalidad, que no tienen una contraprestación de la otra parte que interviene en la operación, por ejemplo en el caso de la donación, por cualquier circunstancia una persona da, regala o dona determinado objeto sin que reciba ninguna compensación por la transmisión que ha hecho, sea de parte de sus bienes o de un bien determinado.

Tenemos asimismo un acto que presenta el carácter de gratuito: el contrato de mandato. Salvo que haya una disposición expresa en el contrato, se entiende que el mandatario civil (a diferencia del mercantil, que sí es oneroso) no va a percibir una retribución por

presentar a una persona determinada. El mandato, en el derecho francés, es de naturaleza gratuita, porque se deja a voluntad de las partes el pactar o no determinada retribución.

En otro enfoque, algunos autores italianos distinguen los actos jurídicos en *causales* y *abstractos*. La teoría de la causa es probablemente uno de los problemas más complicados del derecho; ya lo verán ustedes cuando estudien la teoría de las obligaciones: eso que es fácil de imaginar y decir, cuál es la causa que engendra una obligación, ya inmersos en la teoría verán que los juristas más insignes se han dividido en diversas escuelas, y no han precisado, no han podido explicar en muchos casos, cuál es la causa jurídica de la obligación; algunos de ellos llegan hasta negar la existencia de la causa jurídica. Nosotros, desde luego, aceptamos la teoría de la causa, a reserva de que la estudien ustedes en su oportunidad. Cuando yo me obligo a determinada prestación, cuando ejecuto un acto unilateral, es debido a determinada causa, al afecto, al cariño, a la recompensa que quiero hacer a aquella persona; causa jurídica que engendró la obligación unilateral y gratuita de la donación, causa jurídica que engendraría la obligación gratuita, dentro del derecho francés, del mandato; el cariño, la amistad que tengo con el mandatario, me hacen aceptar el mandato sin retribución de ninguna especie.

La contraprestación en un contrato bilateral, la cantidad que como precio me entregan por mi cosa, me hace deshacerme de la cosa de mi propiedad en el contrato de compraventa; la cosa que se me da a cambio de la que entrego, en el contrato de permuta, me hace deshacerme de ella; esa será pues la causa jurídica.

Ruggiero, por ejemplo, dice: los actos jurídicos son causales o abstractos. Son abstractos, por ejemplo, en el caso de la compraventa, en que para la validez del acto no interviene sino el acto mismo. Si se me entregó la cosa a cambio de entregar yo el precio, se llenan determinadas formalidades y el acto existe. En cambio, hay actos causales en que la causa original, la que engendró la obligación, no tiene que ver absolutamente nada. Por ejemplo, en el caso de una letra de cambio: basta que yo suscriba una letra de cambio, que yo ponga mi firma en ella, para que los nuevos tenedores de la letra de cambio no tengan que examinar cuál fue la causa, el motivo por el cual yo puse la firma en la letra de cambio; ellos sólo ven la formalidad de la existencia de la letra de cambio, y eso pasa en todos los títulos al portador o títulos de crédito. Éstos son sustitutivos de mercancía, de dinero, tienden a circular, por eso es que autores alemanes como Kuntze la han equiparado a una gacela que recorre el mundo.

La función de la letra de cambio —dicen— es la de circular rápidamente para sustituir esa cantidad de dinero por un documento; de manera que si se propusiera examinar la causa por la cual se otorgó el documento, el que adquiere aquél no podría conocer la causa de la obligación. Se restringiría o se acabaría considerablemente el crédito, que es precisamente lo que viene a favorecer la expedición de estos títulos de crédito; entonces, se ha establecido que son contratos por su forma, como dice su autor.

Ahora bien, la mercantilización de estos documentos se deriva de la forma en que se han otorgado, aun cuando la obligación de

que se deriven sea de naturaleza esencialmente civil. Así es que mientras en la compraventa y en los demás contratos se examina la causa que los engendró, en otros la causa es independiente, pasa a un lugar secundario, no interesa al derecho cuál sea la causa de la que se deriven: lo que interesa es que se ha otorgado un título de crédito. Estas son las principales clasificaciones de los actos jurídicos.

## EL CONVENIO COMO ACTO JURÍDICO

Si ya hemos visto que el convenio es el acuerdo de dos o más voluntades, entonces necesitamos examinar, primero que nada, cuándo se dice que hay ese acuerdo de voluntades. Independientemente de lo que estudien cuando vean la materia de Obligaciones, que es en donde analizarán lo relativo a la teoría general del conocimiento y a las diversas teorías para precisar el momento en que se establece ese acuerdo de voluntades, si debemos examinar en esta materia la situación que guarda la voluntad, los vicios de la voluntad, la forma en que se engendra el acto jurídico. Esto es, la voluntad llega a tener un papel predominante dentro de la confección del acto jurídico, ya no del hecho, pues ahora nos estamos ocupando de una cuestión más restringida, diversa al hecho jurídico.

## REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS

### *Vicios de la voluntad*

Desde luego hay que comprender que para poder decir que existe la voluntad, son necesarias dos cosas: que la voluntad pueda o se

exprese por una persona capaz, y que esa voluntad, suponiendo ya la capacidad, haya sido emitida en relación con el acto jurídico que se quiso celebrar. La capacidad, en materia contractual, es la regla general; es necesario que la ley establezca los supuestos de incapacidad.

La capacidad se adquiere al momento de llegar a la mayoría de edad; todas las personas son capaces de obligarse cuando cumplen la mayoría de edad. Pero en cuanto a la forma, a la manifestación de la voluntad, nos encontramos que ésta puede presentar determinados vicios, acontecimientos que hacen que esa voluntad sea equívoca, que no corresponda a la realidad. Por ejemplo, la voluntad puede ser arrancada por violencia, por temor, por violencia contra los parientes de la persona, con amenazas. En consecuencia, esa voluntad tendrá vicios que no corresponden a la decisión unilateral de la persona que quiso obligarse. La voluntad puede ser arrancada por error, es decir, no coincide la manifestación de la voluntad con el acto jurídico que quiso celebrar, con el alcance de la obligación que se quiso contraer, error que puede presentar diversos matices: error sobre la persona, sobre el objeto, sobre el acto jurídico; error aritmético o numérico, de derecho, etcétera, que después iremos examinando.

La doctrina distingue aún una nueva expresión a ese vicio de la voluntad: cuando ésta se obtiene por medio de maquinaciones o artificios de la persona interesada en que se celebre la obligación; en este caso toma el nombre de dolo; es decir, yo mantengo

con engaño y ejecuto determinados actos para que la persona incurra o caiga en el error y se conserve en él. Indiscutiblemente se está en presencia de una maquinación, de una voluntad viciada, pues no corresponde la voluntad con el propósito del acto jurídico que se celebra.

Asimismo se distingue la mala fe, que consiste no en la ejecución de determinados actos, no en hacer maquinaciones o artificios, sino simplemente en disimular u ocultar los vicios que pudieran recaer sobre la cosa. Yo sé que mi reloj tiene determinado defecto, vicio, y simplemente disimulo, me callo y no lo manifiesto; no permito que se vea el reloj, entonces, estoy incurriendo en mala fe.

También se distingue en el derecho una reticencia de la voluntad. Es decir, en algunos actos jurídicos no se expresa cabalmente la voluntad para obligarse, sino que hay lo que los italianos llaman la reserva mental. Esto, en cierto modo, puede venir a distorsionar la manifestación de la voluntad al hacer que no coincida la intención de obligarse con la obligación misma, cosa que también afecta la manifestación de la voluntad.

### ***Lesión***

Algunos autores también consideran como vicio o equiparan como vicio de la voluntad a la lesión. La lesión es el hecho de que una de las partes obtenga un lucro excesivo con respecto a la otra; así, por ejemplo, cuando vendo mi libro —yo soy ignorante en materia

de libros y resulta que es una edición incunable—, creyendo que se trata de un libro sin especial valor, escaso, cuando al ser incunable tiene un valor extraordinario, y sin yo saberlo lo vendo casi como papel. Bajo este supuesto, indiscutiblemente ha habido una desproporción en este acto jurídico, pues yo no sabía lo que vendía, pero en el fondo la lesión no es propiamente un vicio de la voluntad, sino más bien da lugar a determinadas consecuencias jurídicas, a determinados efectos, que en realidad no vienen a afectar la manifestación de la voluntad.

En consecuencia, no podemos considerar la lesión como un vicio de la voluntad, ya que las consecuencias que se derivan de ella son las de exigir la rescisión del contrato; que cesen los efectos de la obligación contraída, o que se efectúe el pago de la cantidad justa por la obligación, cuando ésta subsista. Ahora bien, cuando la voluntad se encuentra viciada por cualquiera de estos defectos, la obligación no existe; no podemos decir que hay acuerdo de voluntades cuando todo parece indicar que no lo hubo, que no hubo coincidencia de voluntades sobre un objeto de interés jurídico.

### ***Violencia***

En cuanto a la violencia, podemos observar que puede presentar dos aspectos: físico y moral. La violencia física la podemos clasificar o subdividir en violencia física sobre la persona que trata de obligarse, o violencia física sobre los parientes de la persona que trata de obligarse. Así, el artículo 1819 del Código Civil dice: “Hay

violencia cuando se emplea la fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado”. Existen algunos casos en que los romanos consideraban que aun existiendo la violencia, existía la voluntad, ya que quien se obligaba estaba en libertad de escoger entre el sufrir un daño o contraer la obligación, y decían: *coacta voluntas voluntas est*. Consideraban que aquél susceptible de sufrir determinada violencia física o moral, podía escoger entre sufrir el daño con que se le amenazaba, u obligarse; sin embargo, en el fondo no son sino vicios que engendran indiscutiblemente la nulidad, que vician el consentimiento, pues el consentimiento, propiamente hablando, en este caso no existe, pues la manifestación de la voluntad debe ser libre de toda coacción.

### **Error**

Dentro de los vicios del consentimiento encontramos el error. El error es indiscutiblemente una concepción equivocada del objeto, de la relación, o de la persona con quien se va a efectuar determinado acto jurídico. El error, se decía, puede ser principal o incidental. Las consecuencias que se deriven de ese consentimiento arrancado por error, de ese consentimiento dado por error, tendrán que ser consecuencias derivadas. Así, por ejemplo, cuando el consentimiento se ha dado por error, un acto jurídico es nulo, pero hay que distinguir entre el error principal y el error incidental. Ustedes

van a la librería a comprar un Código Civil; creen que el Código que van adquirir tiene mil páginas, y no tiene sino ochocientas. Lo que ustedes desean adquirir es simplemente un Código Civil que esté completo, no que tenga mil u ochocientas páginas; el error en que ustedes han incidido es incidental. En cambio, sería un error, principal en este caso, cuando tomando el mismo ejemplo, ustedes van a adquirir un Código de mil páginas ¿por qué el Código de mil páginas?, porque ése fue el de la primera edición, edición que tiene cierto valor estimativo por haber sido el primer Código Civil, y les dan el de ochocientas páginas que corresponde a la quinta edición. Entonces ha habido un error principal en cuanto al acuerdo de voluntades, porque ustedes querían el de la primera edición; no se trataba del número de páginas, sino de la edición.

En algunos actos jurídicos el error sobre la persona trae como consecuencia un formidable vicio de la voluntad. Por ejemplo, en el matrimonio: ustedes desean contraer matrimonio con *A*, y resulta que contraen matrimonio con *B*; este error sobre la persona debe traer como consecuencia la anulación del acto de la voluntad, del consentimiento que ustedes han dado. En cualquier otro género de contratos, el error sobre la persona no tiene importancia, sobre todo en casos como en las operaciones de compraventa, donde el consentimiento es dado para obtener, mediante el precio, determinado objeto; poco importa que el objeto pertenezca a *A* o a *B*; ustedes quieren obtener el objeto que desean comprar, no importa que ese error exista con respecto a la persona que lo vende, que es propietaria de la cosa. De manera que se advierte cómo la impor-

tancia del error se manifiesta a través de la causa que engendra la obligación. Por eso los antiguos romanos distinguían el error principal del error incidental. Así, si ustedes va a comprar unos candelabros y se demuestra que éstos son de manufactura posterior a la búsqueda, indiscutiblemente que han sufrido un error; en cambio, si van al “baratillo”, ven unos candelabros de plata y los compran, no porque hayan pertenecido a Napoleón, aunque eso les digan, sino porque consideran que el metal de que están hechos es superior al precio que ustedes pagan, entonces ese error sobre un acontecimiento de poca importancia no engendra la nulidad de la voluntad. Pero si en cambio, creyendo que esos candelabros eran de plata cuando en realidad son de bronce o cobre plateado, entonces se trata de un vicio de la voluntad, ya que ése fue el móvil determinante para que se efectuara la operación relativa. Advirtamos entonces cómo la manifestación de este vicio de la voluntad tiene gran importancia y cómo puede engendrar al mismo tiempo consecuencias relevantes dentro del derecho.



## *Vigesimoquinta Clase*

*P*or otra parte, el artículo 1812 del Código Civil establece los vicios del consentimiento, y dice al respecto: “El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo”; y el artículo 1816 del mismo Código agrega un nuevo vicio del consentimiento; esto es, tanto el 1816 como el 1815 hablan de la mala fe; cita el 1815: “Se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido”; artículo 1816: “El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico”. Vemos entonces que dentro del sistema del Código

de 1928 los vicios del consentimiento son: el error, el dolo, la violencia y la mala fe.

## EL ERROR EN EL CONSENTIMIENTO

Empezamos a ver en la clase pasada el error. El error lo podemos clasificar, primero, tomando en consideración la antigua clasificación que de él hacia el derecho romano: *error principal* y *error incidental*. Error principal cuando recae sobre el motivo u objeto del contrato; error incidental, como su nombre lo indica, cuando recae sobre una circunstancia que no fue esencial para el otorgamiento del contrato.

Citábamos asimismo a los tratadistas de derecho civil que generalmente presentan, cuando se estudia esta situación, el caso de un objeto que haya pertenecido a un personaje histórico: el caso de los candelabros de plata de Napoleón, a que nos referíamos en la clase pasada. Si esos candelabros son comprados por un anticuario tomando en consideración que pertenecieron a Napoleón, el hecho de que éstos no sean de plata sino de cobre, bronce, hierro o cualquier otro metal, no vendrá a afectar la nulidad del acto jurídico realizado. En cambio, si el mismo objeto es comprado sin tomar en consideración el mérito histórico o que haya pertenecido a un personaje, sino considerando la cantidad de metal, el precio de la plata de que están hechos, y resulta que son de metal diverso, entonces ese error tiene el carácter de principal.

Este criterio de error principal y error incidental ha sido desarrollado ampliamente dentro de la teoría moderna del error. Por ejemplo, las doctrinas actuales distinguen diversas clases de errores; en primer lugar, error de derecho y error de hecho. El error de derecho lógicamente no debería de producir la nulidad del acto jurídico, ya que como hemos visto, la ley establece que la ignorancia de la misma a nadie aprovecha, a nadie sirve de excusa. En consecuencia, si todo el mundo está obligado a conocer la ley, este error sobre ella no debería engendrar la nulidad del acto jurídico. Sin embargo, el artículo 1813 del Código Civil establece: “El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa”.

En consecuencia, también tratándose del error de derecho, nuestro Código sigue la tradición del antiguo derecho romano. Si el motivo que impulsó a la voluntad de los que otorgaron el acto jurídico se encuentra equivocado por un error de derecho, y ése fue el motivo que los impulsó a celebrar el mismo acto, entonces hay la posibilidad de nulificar dicho acto jurídico.

También se dice que el error puede recaer sobre la persona con quien se contrata. Aquí se hace una distinción: los contratos en el antiguo derecho romano se distinguían en contratos *intuitu personae*, y contratos no *intuitu personae*. Los primeros eran aquellos

que se celebraban tomando en consideración a la persona con quien se contrataba; los otros, eran aquellos contratos en que el elemento persona ocupaba un lugar secundario, era la contraprestación, la abstención o la dación, las que venían a obligar, las que se tomaba en consideración para ejecutar el acto jurídico. Por eso es que hay que distinguir estas dos especies de contratos. Por ejemplo, un contrato de sociedad: el contrato de sociedad se celebra en virtud de la confianza que inspira a los socios el asociarse; en virtud de las cualidades esenciales de una persona, la honradez, el trabajo, el crédito, etcétera, o cualquiera otra circunstancia, de manera que si se celebra un contrato de sociedad, tratando de celebrarlo entre A y B, y resulta que hay un error sobre la persona y se celebra con C, ese acto se encuentra viciado, ese acto jurídico debe ser nulificado por el error.

Y lo mismo encontramos cuando vemos la parte relativa a las nulidades del matrimonio; así lo establece el artículo 235, fracción I: “Son causas de nulidad de un matrimonio: I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra...”. Vemos cómo en este acto jurídico, que indiscutiblemente se celebra tomando en consideración a la persona, cuando el error recae sobre ésta trae como consecuencia la nulidad del mismo acto jurídico.

Encontramos también, dentro de esta clasificación, el *error numérico*. El error numérico o error de cálculo no engendra la nulidad del acto jurídico, ya que únicamente da lugar a la rectificación

de éste. Si yo trato de vender cien cargas de maíz, que calculamos a nueve pesos la carga, al hacer el cálculo sufrimos un error, y en vez de que fuesen novecientos pesos el precio del maíz convenido, nosotros, los contratantes, estipulamos la cantidad de mil pesos. Este error de cálculo, error aritmético, en realidad no ha viciado el consentimiento, han quedado perfectamente fijos, perfectamente determinados los extremos de la obligación que contrajimos, sólo hubo un error de cálculo al multiplicar nueve por cien, de manera que esto no da lugar sino a la rectificación de este cálculo, lo cual no produce la nulidad del acto jurídico.

En otro orden de ideas, cuando el error recae sobre circunstancias accidentales, sobre circunstancias incidentales del acto jurídico, entonces no se engendra la nulidad; por ejemplo, en el caso del matrimonio, no es el error sobre la persona sino sobre las cualidades de ella; el acto jurídico no produce la nulidad del evento celebrado bajo el error, no engendra la acción de nulidad: una persona contrae matrimonio con quien desea casarse, pero resulta que después averigua determinados aspectos que son atributos de la persona: es de mal genio, despilfarrada, descuidada, etcétera; esto no podría engendrar la nulidad del matrimonio porque hubo el acuerdo para efectuar el acto jurídico; son circunstancias subjetivas que de ninguna manera provocan la nulidad del acto.

Ahora bien, en el caso de un contrato de compraventa se encuentran determinados vicios de la cosa vendida. Por ejemplo, resulta que compran un automóvil, y creen que éste se encuentra en perfec-

tas condiciones; después de efectuada la operación descubren que determinada pieza está gastada, que no funciona correctamente. Esto no podría engendrar la nulidad total del acto jurídico.

Con relación a la materia de compraventa, los romanos establecían principalmente dos acciones: cuando la cosa vendida presentaba algún tipo de vicio oculto, la acción redhibitoria, o sea una acción de rescisión del contrato de compraventa; y la acción  *quanti minoris* , o sea una reducción en el precio de la cosa vendida, tomando en consideración ese defecto oculto de la cosa, lo que no generaba necesariamente la nulidad del acto jurídico.

La acción de rescisión se distingue de la acción de nulidad en que mientras ésta obra retroactivamente, es decir, declarada la nulidad de un acto jurídico con posterioridad a la celebración de éste, se anulan los efectos producidos por el mismo; esto es, implica el reconocimiento de todas las consecuencias jurídicas realizadas hasta el momento en que se efectúa la rescisión. De manera que en ambos casos, tanto en la acción redhibitoria como en la  *quanti minoris* , se estaba reconociendo la validez de un acto jurídico. Estas son, pues, las diversas clases de error que traen como consecuencia un vicio de la voluntad.

## ***Dolo***

Nos vamos a ocupar ahora de un problema específico respecto a los vicios de nulidad que nuestra ley llama “dolo”; vicio de la

voluntad que para algunos tratadistas debe ser considerado como un error simplemente. El dolo es la maquinación o artificio de que se vale una parte o un tercero para inducir en el error a uno de los contratantes; luego entonces, si esas maquinaciones, esos artificios, no llegan a provocar algún tipo de error, la voluntad no se encuentra viciada. En consecuencia, tenemos que concluir que lo que vicia el consentimiento no es la maquinación ni el artificio, sino los efectos que se deriven de los mismos. Prueba de ello es lo que establece el artículo 1817 del Código Civil: “Si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones”. Si ambas partes han ejecutado maquinaciones, artificios, es que las dos conocían la verdadera situación del objeto de la operación: por consecuencia, la ley presume que no pudo existir ese error, que no pudo descubrirse el error. Las sanciones derivadas del dolo son más graves, más drásticas que las establecidas por la ley tratándose de error; es por eso que se distingue el error del dolo, aun cuando todo dolo traiga implícito el error, y si no trae el error, no afecta, no es vicio del consentimiento.

Ahora bien, los romanos distinguían el dolo en bueno y malo. Consideraban que dolo bueno eran los actos que ejecutaba todo comerciante, todo contratante, para convencer al otro de que debía celebrar el acto jurídico; así, las lisonjas del comerciante para convencer al cliente de comprar determinada mercancía, lo consideraban los romanos como un dolo bueno. El dolo malo, en cambio, consistía en utilizar determinados procedimientos que indujeran a error y que estaban fuera de la ética, fuera de la moral. Aún podemos distin-

guir dentro del dolo, y así lo distingue nuestra ley, dos situaciones, tomando en consideración a la persona que ejecuta el mismo: el dolo puede ser cometido por una de las partes que intervienen en el contrato, o puede ser ejecutado por un tercero que no es parte del contrato mismo.

Por ejemplo, puede ser ejecutado por el corredor que hace el papel de mediador entre las personas que desean ejecutar un acto jurídico, por el comisionista, por empleados de una de las partes que intervienen en el convenio, por el dependiente, etcétera. Bajo este parámetro, nuestra ley establece en el artículo 1816 ambas situaciones: “El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico”. Veamos, pues, cómo en este sentido el dolo tiene una sanción más amplia que el error mismo.

Por otra parte, la mala fe consiste en la simulación, en ocultar determinado vicio, en no declarar la verdad cuando se ejecuta un acto jurídico. Así, en la operación de compraventa de una vaca, el comprador examina el animal, verifica que las condiciones físicas de éste sean más o menos normales, que su capacidad de producción sea más o menos satisfactoria; es decir, todos los signos aparentes son que la vaca puede producir buena leche. Sin embargo, en esta clase de animales incuban determinadas enfermedades que, no obstante su aspecto físico, lo hacen improductivo. El vendedor oculta esa situación, la disimula y deja que caiga en el engaño el que va a comprar el animal. Esta situación será de mala fe. También puede

sucedier que el vendedor presente a la vaca junto a un becerro, para hacer creer al comprador que está amamantando a su cría. En realidad el vendedor no ha dicho mucho, ni que la vaca produzca tanto de leche, sino que ha presentado ese cuadro interesante que induce el consentimiento del comprador. Esa simulación, callarse ese vicio oculto, implica mala fe que trae como consecuencia la nulificación del acto jurídico.

### REITERACIÓN DE CONCEPTOS

Como ya dijimos en clases pasadas, hay vicios en el consentimiento; uno de ellos es la violencia. Los romanos decían: *coacta voluntas voluntas est*, la voluntad coactada es, al fin y al cabo, voluntad, pero sólo para determinados casos. En la Roma antigua se consideraba que la parte que sufría la violencia estaba en aptitud de escoger entre ejecutar el acto jurídico para el cual se le coaccionaba, o sufrir las consecuencias de la violencia. Nuestro orden jurídico también considera este supuesto: en algunos casos es imposible abstenerse de la ejecución del acto; por medio de la fuerza se obligaba a una persona a suscribir un documento, tomándole la mano o imprimiendo, en la situación que prevé nuestro Código, la huella digital (Los que no saben firmar o se encuentran imposibilitados para hacerlo, la ley prevé que impriman la huella digital del dedo pulgar derecho). En estos casos no podemos decir que se pueda escoger entre sufrir la violencia o imprimir la huella digital.

Supongamos que una persona se encuentra bajo el poder hipnótico de otra; la fuerza que ejerce el hipnotizador sobre ella es

de tal manera determinante, que la voluntad no puede impedir la ejecución de determinados actos, de tal forma que sería imposible aplicar la máxima romana: *coacta voluntas est*. Esta eventualidad fue abandonada y entonces se consideró que la violencia vendría a ser considerada como un vicio de la voluntad. La violencia presenta estas manifestaciones o estos matices: puede ser física, moral, contra la persona del contratante, contra sus ascendientes, descendientes, parientes dentro del segundo grado; puede ser contra la persona misma o sus bienes, o los bienes de sus parientes en el grado y la forma que habíamos indicado. En ambos casos se considera que la voluntad no se encuentra en libertad, que la voluntad se encuentra coaccionada, que es presionada y que esa manifestación de la voluntad no corresponde al acto volitivo que debe intervenir en el acto jurídico.

Todavía encontramos, como lo veíamos en clases pasadas, que se ejecutaban determinados contratos, tomando en consideración la condición económica miserable en que se encontraba un individuo, situación que establece nuestro Código Civil en el artículo 17, inspirado principalmente en los artículos 21 y 30 del Código suizo y 138 del Código alemán:

Cuando alguien explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año.

Nuestra ley, en cierto modo, no considera que esa situación engendre la nulidad del acto jurídico; sin embargo, prevé una reducción de la obligación y hasta la rescisión del contrato. Tratándose, *v. gr.*, de préstamo con interés, de mutuo con interés, la ley prevé que cuando se pacte un interés superior al interés legal, que es de 9% anual, entonces el deudor tiene derecho a pedir la reducción del interés pactado, o bien la cesación del préstamo, pagando la cantidad que ha recibido en mutuo, cualquiera que sea el plazo que para la devolución del mismo se haya fijado.

Aun cuando éstas no son causas determinantes para nulificar o viciar la voluntad, si son causas en las cuales se toma en consideración cierta violencia económica que ejerce uno de los contratantes sobre el otro. Pero estos vicios del consentimiento, el error, el dolo, la violencia, la mala fe, se purgan; así, si se descubre el error se descubren las maquinaciones, cesa la violencia, y la persona que ha sufrido estos vicios del consentimiento ratifica o cumple la obligación. Entonces se entiende que ha ratificado ese acto y que se ha extinguido la acción, el vicio del consentimiento, puesto que encontrándose libre de toda coacción, libre del engaño, libre de la maquinación de que fue víctima, ha consentido en la ejecución del acto jurídico. Así lo establece el artículo 1823 del Código Civil: “Si habiendo cesado la violencia quien padeció el engaño ratifica el contrato, no puede en lo sucesivo reclamar por semejantes vicios”. Vean cómo se extingue la acción. En materia de nulidades existe un artículo que dice que la ratificación o cumplimiento voluntario de una obligación, nula por falta de forma o solemnidad —en este caso de solemnidad—, se extingue la acción de nulidad.



## *Vigésimosexta Clase*

### CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS EN FUNCIÓN DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN ÉL

**E**n otro orden de ideas, cuando estudiábamos el acto jurídico en general veíamos cómo podían clasificarse los actos; que existían actos jurídicos en los que no se requería sino una simple declaración de la voluntad para que éstos produjeran efectos jurídicos; poníamos como ejemplo el deseo de elaborar un testamento: la voluntad del autor del testamento viene a engendrar determinadas consecuencias jurídicas, viene a tener efectos jurídicos. Igualmente decíamos que en otra serie de actos jurídicos se requería el concurso de voluntades, la concurrencia de dos o más voluntades para que dicho acto pudiera tener consecuencias. Por tanto, en razón de las personas que intervienen en el acto jurídico

podemos clasificarlo en: actos en que se requiere la presencia o concurrencia de varias voluntades sobre un objeto de interés jurídico (bilaterales), y actos en que no se requiere sino la simple manifestación de la voluntad de una persona (unilaterales).

Generalmente se denomina autor a la parte que interviene en la confección de estos hechos, puesto que es quien celebra por sí solo el acto jurídico. En cambio, en otros actos se requiere la concurrencia de personas que expresan su voluntad sobre este objeto de interés jurídico, y se conocen como *partes*. También vemos que en la celebración de actos jurídicos pueden intervenir otras personas; sin embargo, no tienen el carácter de partes dentro del acto aun cuando si intervienen en él. Por ejemplo, en un matrimonio, los cónyuges manifiestan su voluntad de contraerlo —el novio y la novia—; sin embargo, en dicho acto intervienen también el oficial del Registro Civil, los testigos, etcétera. Éstos, no obstante que se encuentran presentes durante el acto jurídico, no tienen el carácter de partes.

Nos encontramos también con una institución que nació en el antiguo derecho romano: la institución de la representación. En el primitivo derecho romano, en el derecho anterior a Justiniano, no existía esta figura como en la actualidad, sino que se les daba también intervención en la confección o celebración de los actos jurídicos a personas que no tenían el carácter de partes. Para algunos autores italianos como Ruggiero, Coviello, Ricci, etcétera, la representación tiene dos aspectos: la representación propiamente

dicha y el *nuntio*. El *nuntio* no es sino el enviado para que manifieste el consentimiento por otra persona, sin tener facultad para deliberar o modificar esa manifestación de la voluntad; esto, dicen los autores italianos, no es propiamente una representación. En cambio, nos encontramos con innumerables instituciones jurídicas en donde si opera la representación propiamente dicha; por ejemplo, en el mandato, en la comisión mercantil, en los dependientes, en los factores, en los representantes de las sociedades o personas morales. En estos casos, la voluntad se manifiesta teniendo el representante una libre facultad de expresarla, pero tiene también la autorización para ejecutar determinados actos, para ejecutar actos jurídicos, y es la voluntad de este representante la que viene a engendrar el acto jurídico.

La representación nace, en el derecho romano, en virtud de las acciones creadas por el pretor; fue engendrada principalmente por el derecho pretoriano. Tenemos dos acciones sumamente parecidas en el derecho romano: la *acción institutoria* y la *acción exercitoria*. Ocurría frecuentemente que un romano se dedicaba al ejercicio del comercio (el comercio era mal visto dentro de la organización romana); entonces, ponía al frente del establecimiento comercial a un esclavo, persona incapaz para obligarse. En el ejercicio de ese comercio se empezaban a ejecutar determinados actos jurídicos, se adquirían derechos, se contraían obligaciones; las personas que habían contratado con el esclavo que estaba al frente del establecimiento se encontraban con la imposibilidad de poder ejecutar los derechos que habían adquirido, ya que su carácter de esclavo le

hacía incapaz para obligarse, y además era insolvente, ya que los bienes pertenecían al dueño del esclavo. Entonces el pretor creó la *acción institutoria*, en virtud de la cual la persona que había contratado con el esclavo podía ejercitar sus derechos en contra del titular, es decir, del dueño del esclavo, naciendo así la representación; nace a partir de este momento la figura jurídica que ha adquirido una importancia decisiva en el desarrollo del derecho.

Lo mismo acontecía con la *acción exercitoria*, por cuya virtud un romano ponía al frente de una embarcación a un esclavo. A consecuencia del tráfico marítimo, del tráfico de embarcaciones, se adquieren determinados derechos y se contraen determinadas obligaciones; la situación de las personas que contrataban con el patrón del buque eran las mismas que contrataban con el esclavo romano. De manera que también se les proveyó de un recurso para poder ejercitar sus derechos en contra de aquél que había comisionado a un esclavo para que éste fungiera como el patrón de un buque.

Conforme se fue desarrollando el derecho, la representación fue adquiriendo mayor importancia; era imposible ejercitar, desarrollar todo el tráfico comercial, ejecutar todos los actos jurídicos por medio de la persona física. Hubo necesidad de establecer esa figura jurídica para que se pudiera desarrollar todo el tráfico comercial, para delimitar derechos y obligaciones. Al mismo tiempo empezó a surgir cada vez más la figura de la personalidad jurídica, de esas personas a las cuales la ley reconoce determinados derechos, determinadas obligaciones, y que sin embargo no tienen una existencia

real, sólo tienen una existencia ficticia reconocida por la ley. Si no tienen existencia real, no puede concebirse sino en virtud de la representación que estas personas ficticias pudieran ejecutar actos jurídicos. Entonces se estableció la representación de esas personas ficticias. Sabemos que la persona ficticia, la persona moral, tiene gran relevancia en el derecho actual, por eso es que el derecho de representación ha tenido y tiene en la actualidad una importancia decisiva dentro de la vida jurídica.

A la representación generalmente se le clasifica de dos formas: *representación legal* y *representación voluntaria*. Observamos que en innumerables casos la representación nace de la ley y en otros surge de la voluntad. Esto es, podemos decir que hay una representación voluntaria o convencional, cuando ésta se encuentra reconocida por la ley. Como un tipo de representación legal se encuentra la que se deriva de la institución “*patria potestad*”; los menores de edad, los incapaces, son representados bajo las reglas que la ley fija para ello; esa representación la otorga la ley misma. En algunos casos, la representación que deriva de la ley se observa respecto de los niños que se encuentran depositados en los asilos, en las instituciones de beneficencia; ellos están representados por funcionarios de estas instituciones; son ellos los que obligan a los menores, con el carácter de representantes de los mismos.

Por otra parte, nos encontramos con la representación convencional o voluntaria. Existen, desde luego, innumerables instituciones jurídicas en las cuales opera la representación: la principal es

el mandato, en virtud del cual una persona confiere a otra la facultad de obligarla dentro de los límites que se establecen en el mismo; el mandato toma el carácter de comisión cuando se aplica a actos concretos de comercio. Igualmente, el actor que se encuentra al frente de un establecimiento comercial obliga al dueño de éste, que no es sino un mandato aplicado a una serie de actos concretos. Estos actos encomendados a una persona en nombre de otra, no siempre deben obligar a la persona que representa; para hacerlo es necesario llenar determinados requisitos celebrados bajo condiciones específicas. Aun cuando la concreción de estos casos es propiamente objeto de estudio del contrato especial de mandato, sin embargo es fácil advertirlo: para que se pueda operar la representación es necesario que se haga dentro de las instrucciones que se han recibido, dentro de las facultades que se han otorgado. Si estos actos se ejecutan fuera de las instrucciones recibidas, hay entonces una extralimitación del mandato potestativo; será decisión del mandante, de quien lo ha otorgado, ratificarlas o no; pero mientras no lo haga, esas extralimitaciones no producen efectos.

Se da también otra situación que los romanos consideraban como un cuasicontrato, consistente en la gestión de negocios: una persona se encuentra ausente de su domicilio, ausente del lugar en donde se le sigue un juicio; entonces un amigo, una persona interesada en que se ejercite ese derecho, puede ocurrir ante el tribunal a efecto de que no se le sigan perjuicios a esa persona siguiéndole un juicio de rebeldía. Esa persona interesada otorga una garantía, se compromete y garantiza que la persona ausente ratificará lo que

él haga, y se continúa el procedimiento, quedando la situación sujeta a la mencionada gestión. Lo mismo acontece cuando se ocasiona un perjuicio por actos que está realizando un tercero; éste trata de establecer una servidumbre en un bien inmueble de una persona que no está presente; entonces, cualquier otro puede intentar impedir que se establezca esa servidumbre, otorgando una garantía: esto es lo que se llama la gestión de negocios. En estos casos queda sujeta la aprobación de los actos jurídicos a la ratificación que haga la persona a cuyo nombre se han ejecutado dichos actos; si no se da la ratificación, entonces las consecuencias jurídicas son diversas, entre ellas, exigir la reparación de daños y perjuicios para lo cual se ha otorgado una garantía.

Encontramos también otra situación con respecto a las personas que intervienen en los actos jurídicos, es la relativa a lo que los franceses llaman los causahabientes. Frecuentemente acontece que una persona interesada en un acto jurídico cede su derecho, y entonces la persona que tenía el carácter de tercero para ese mismo acto jurídico viene a convertirse en parte del mismo como sucesor de la parte original. Los causahabientes se distinguen en dos categorías: causahabientes a título particular y causahabientes a título universal. Se dice que un causahabiente es a título particular cuando es sucesor únicamente para determinado acto jurídico, en determinada relación. Por ejemplo, se celebra un contrato cualquiera, un contrato de arrendamiento, de venta, de permuta, etcétera; en virtud de cada uno de estos contratos, las partes adquieren ciertos derechos y ciertas obligaciones; se ceden los derechos que una de ellas tiene en la

relación contractual, y aquél a quien se le ceden es el causahabiente; es la persona que adquiere todos los derechos y obligaciones contenidos en el mismo acto jurídico.

Por otra parte, se tiene el carácter de causahabiente a título universal cuando se adquieren no sólo los derechos y obligaciones concernientes a un mismo acto jurídico, sino todos los relativos a su patrimonio, como sería el caso de la sucesión: un heredero a título universal no sólo adquiere todos los bienes del testador sino también las cargas y obligaciones que éste tenía al momento de la sucesión. Como vemos, es importante precisar si se está en presencia de un causahabiente a título universal o de uno a título particular, ya que de ello dependerá la forma de exigir las obligaciones. Los romanos admitían este principio como universal, como fijo en los actos jurídicos, y es lo que en la actualidad los juristas llaman relatividad de los actos jurídicos.

Los romanos decían: *res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest*, es decir, los actos jurídicos no producen efectos sino entre las partes que los otorgan; es decir, a los terceros no los beneficia ni los perjudica el acto jurídico. Son terceros todos aquellos que no tienen el carácter de parte en el acto jurídico. Por eso los autores modernos del derecho civil consideran que el efecto relativo de los actos jurídicos, es producir efectos sólo sobre aquellos que tiene el carácter de partes. De ahí que surja la necesidad de determinar quiénes son partes en la configuración del acto jurídico.

Si hemos visto que la voluntad es la que engendra el acto jurídico, y que mientras no exista, o mientras la voluntad se encuentre viciada el acto jurídico no se realiza, entonces es necesario precisar cómo debe interpretarse la voluntad. Por ejemplo, cuando estudiábamos la ley, veíamos que era necesario precisar el alcance de su mismo texto; lógicamente es necesario precisar también cuál es el alcance de la voluntad en el acto jurídico, ya que indiscutiblemente pueden presentarse innumerables situaciones donde la manifestación de la voluntad no puede determinarse con claridad, donde no sea precisa, donde sea ambigua.

### INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD

Con respecto a la interpretación de la voluntad, lo mismo que con respecto a la interpretación y alcance de la ley, han surgido diversas escuelas. Algunas de ellas consideran que la voluntad debe interpretarse única y exclusivamente en los términos del acto jurídico; otras, que debe descubrirse cuál fue la intención de las partes con respecto a la manifestación de la voluntad; otras más adoptan un sistema intermedio, que es el que admite nuestro Código de 1928, consistente en no descubrir lo que aparece en el acto jurídico, ni la intención de las partes con respecto a qué fue lo que quisieron establecer en el contrato, en el acto jurídico específico. En los diversos actos jurídicos surgen diversas formas para interpretar esta voluntad, por ejemplo, en los actos jurídicos onerosos, en los actos jurídicos gratuitos, funciona aquí en gran parte la equidad. También debe interpretarse en forma distinta cuando se trata de un acto, como

un testamento, donde es imposible poder rehacer el acto jurídico, pues el testamento produce efectos con la muerte del autor, en tanto que en los otros actos jurídicos empieza a surtir efectos el acto desde el momento en que se celebra.

Observemos que estos factores deben influir notoriamente en la forma de interpretar la voluntad. Desde que se trata de un acto jurídico de carácter gratuito, la forma de interpretar la voluntad debe estar de acuerdo con la equidad, de tal manera que cause menos perjuicio, que sea menos oneroso para aquél que tiene una liberalidad para con otra persona. Así lo establece el artículo 1857, inspirado principalmente en el artículo 1289 del Código español. Esto también se encuentra comprobado o corroborado por uno de los primeros artículos del Código Civil a que nos referimos al hablar de la interpretación de la ley, es el artículo 20 del mismo Código Civil que cita:

Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitar perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.

En cuanto a la parte final del artículo 1857 que examinábamos, nos encontramos lo siguiente: que en los términos mismos del acto jurídico es imposible precisar cuál fue la intención de las partes, cual fue su voluntad, ya que lo que engendra el acto jurídico es el acuerdo de voluntades que se requieren para la confección del acto jurídico. Este, pues, es el sistema seguido por nuestro Código.

Siguiendo la idea anterior, podemos dar determinadas reglas para establecer la interpretación de la voluntad. Un acto jurídico puede tener innumerables cláusulas, innumerables condiciones. Por ejemplo, se rechaza un contrato de compraventa: las dos partes han manifestado su conformidad en celebrar o no ese acto jurídico que puede estar sujeto a determinadas modalidades, a determinadas restricciones; restricciones que se acostumbra poner en forma de cláusulas que modifican el régimen establecido para el contrato de compraventa. Queda precisado en el texto del acto jurídico cuál fue la intención respecto de la celebración del mismo: se ha determinado que se trata de un contrato de compraventa. La duda surge acerca de si hubo acuerdo de voluntades sobre una de las condiciones incidentales o accidentales del mismo acto jurídico: sí hubo acuerdo para la realización, pero no para aquella cláusula. Si no se puede determinar cuál fue la razón de ser de esa cláusula, no será nulo el acto jurídico, puesto que hubo un acuerdo de voluntades; no se modificará sino simplemente la cláusula no producirá efectos.



## *Vigesimalseptima Clase*

### MODALIDADES DEL ACTO JURÍDICO

**E**n otro orden de ideas, ocuparemos la clase de hoy en las modalidades a que están sujetos los actos jurídicos. En el estudio del acto jurídico nos encontramos con dos clasificaciones: actos puros y actos simples, es decir, actos jurídicos que desde el momento en que se realizan empiezan a producir efectos sin ninguna otra condición, sin ningún plazo, sin ninguna modalidad. Pero también encontramos innumerables actos jurídicos que sí están sujetos a esas diversas circunstancias. En teoría se distingue una nueva categoría de restricciones o modalidades impuestas a los actos jurídicos, es el modo; esto es, a determinadas cargas que se le imponen a una de las partes con respecto al acto jurídico que se celebra.

Los actos jurídicos puros o simples no presentan desde luego ninguna dificultad, ya que empiezan a producir efectos *ipso jure*, *ipso facto*, de pleno derecho, desde el momento en que se concretan. En algunas legislaciones, como la italiana principalmente, hay actos que no pueden presentar el carácter de sujetos a modalidades; así, el matrimonio, el reconocimiento de hijos, son actos que no pueden estar sujetos a ninguna modalidad. En nuestro derecho así se consignan, aunque no hay una declaración expresa. Sería absurdo que una persona tuviera el plazo de un año para reconocer a un hijo; sería disparatado que un padre reconociera a un hijo que se encontrara sujeto a determinada condición; o lo reconoce o no. Lo mismo acontece tratándose del matrimonio, institución que se considera de orden público; sería imposible que se impusiera por la voluntad de las partes determinada modalidad a ese acto jurídico. No obstante, cuando nos ocupemos del matrimonio hablaremos de una resolución en la que se trató de establecer una modalidad: la modalidad del matrimonio a prueba, la cual fue desechada por la Suprema Corte de Justicia, ya que consideró que en nuestra organización actual no quedaba a la voluntad de las partes imponer ese género de modalidades.

Naturalmente nos referimos exclusivamente al matrimonio en sí, no a las consecuencias económicas que derivan de él, ya que el régimen jurídico del matrimonio, en lo que respecta a lo económico, sí puede estar sujeto a la voluntad de las partes; nos referimos, pues, a la institución de orden público, no a sus efectos patrimoniales. Sin embargo, tenemos un caso en materia de reco-

nocimiento de hijos en que se puede decir que existe determinada modalidad; es decir, el reconocimiento, como veremos en su oportunidad, puede hacerse, entre otros medios, por el testamento.

Al realizar una persona su testamento puede reconocer en él a un hijo habido fuera del matrimonio. El testamento, se dice, [es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, libre y formal por el cual una persona dispone de sus bienes y derechos para después de su muerte (N. del E.)]. Puede ser público abierto, público privado, ológrafo, etcétera. El testamento ológrafo, el testamento público cerrado, no es conocido; la revocación de un testamento implica, en el caso del testamento ológrafo que queda en poder de la persona, que se desconozca el testamento, que no se conozca lo que decía. De manera que cuando en un testamento se reconoce a un hijo, y posteriormente éste es destruido, ese reconocimiento que se había expresado pero que no era conocido no produce efectos a causa de la destrucción del testamento.

Ahora, es importante establecer que el reconocimiento es un acto por virtud del cual se declara algo que la ley supone es exacto; la verdad no admite términos medios, o es cierto o no es cierto; no queda sujeto, pues, a ninguna modalidad, a ninguna restricción. Es por eso que las legislaciones, principalmente la italiana, consideran que estos actos jurídicos son esencialmente puros y simples, no puede imponérseles ninguna modalidad, ni estar sujetos a ninguna restricción.

Por otro lado, encontramos que en la vida práctica los actos jurídicos —en muchas ocasiones— no producen efectos inmediatos sino que están sujetos a restricciones en cuanto a la forma, al tiempo y en cuanto al modo. Esto es, encontramos que las principales restricciones o modalidades a que está sujeto el acto jurídico son el plazo o término y la condición.

Tanto el plazo como la condición se definen, por la totalidad de los autores, diciendo: son acontecimientos futuros; pero se distingue el término de la condición en que “no hay plazo que no se cumpla, ni día que no se llegue”, decían los antiguos. En cambio, la condición es un acontecimiento futuro de realización incierta, puede o no ocurrir el acontecimiento que sirve de objeto, de base, a la condición. Si al término hay la seguridad de que llegará, de que vencerá el plazo, en la condición hay incertidumbre de que se realice o no determinado acontecimiento; lógicamente los efectos de esos actos sujetos al término y sujetos a condición, deben ser diversos. Mientras en el término el acto jurídico tiene toda su validez, en la condición pasa lo contrario, es necesario esperar a que el acontecimiento que sirve de base se realice o no para que el acto jurídico pueda tener vigencia; está pues ese acto jurídico sujeto a ese acontecimiento futuro de realización incierta. Pero llegado el acontecimiento, la condición obra retroactivamente, es decir, se retrotraen todos los efectos dejados en suspenso hasta el momento en que se celebró el acto jurídico.

El antiguo Código de 1884 establecía una modalidad con respecto a la condición; es decir, había una derogación a esta regla general

que acabamos de exponer. Dicho Código admitía que pudiera tener efectos un acto jurídico sobre un hecho ya realizado pero ignorado por las partes; por ejemplo, podía efectuarse un acto jurídico con respecto a la última pelea de box, un contrato aleatorio: una apuesta acerca de si había ganado o no determinado boxeador, con la única condición de que fuese desconocido ese hecho por las partes que suscribían el acto jurídico. Nuestro Código actual suprimió eso, y la razón para suprimirlo fue la siguiente: en primer lugar, se consideró que la condición debía ser un acontecimiento incierto, y no podía ser tal desde el momento en que ya se había realizado, ejecutado, aun cuando el desconocimiento de las partes viniera a darle carácter de incertidumbre. Además, en el antiguo Código de 1884 se explicaba debido a la dificultad de los medios de comunicación, de los medios de transmisión de determinadas noticias.

En la actualidad, perfeccionados los medios de transmisión, ese artículo se podría prestar a innumerables fraudes, a una situación desventajosa de las partes y no se podría probar si se ignoraba o no ese acontecimiento. Por ejemplo, en la época en que un barco necesitaba X número de días para venir de Europa a América, no había peligro de que una de las partes pudiese conocer el acontecimiento que ya se había realizado, mientras no transcurriera el número de días necesario para que se pudiera establecer la comunicación; pero en la actualidad, cuando vemos que se transmiten con rapidez asombrosa hasta impresiones fotográficas, ese artículo ya no tendría razón de ser, por ello es que nuestro Código suprimió lo que sobre este supuesto establecía el de 1884.

## ***Término***

El término se clasifica en cierto e incierto, porque no obstante que su cumplimiento forzosa y necesariamente debe llegar, sin embargo, puede presentar un doble aspecto: el término se estipula en un día fijo, un plazo fijo que se conoce de antemano, o puede estipularse un plazo que no tenga un día fijo por estar condicionado; así, por ejemplo: es indiscutible que toda persona debe morir, es algo que tiene que acontecer, es un hecho de realización cierta. Sin embargo, es indeterminado el acontecimiento, ya que se puede morir dentro de dos minutos, dentro de dos años o dentro de veinte; no obstante, forzosa y necesariamente ocurrirá este hecho. Por eso en unos casos se llama término cierto y en otros incierto o indefinido. Aun dentro del término nos encontramos una nueva variante; por ejemplo, se habla del término extintivo y del término suspensivo. Término extintivo sería cuando llegado el día, llegado el plazo, se extingue la obligación, cesan los efectos del acto jurídico; suspensivo, en tanto que el acto jurídico no produce sus efectos hasta que llega determinado día, hasta que se vence determinado plazo. Así, tenemos por ejemplo un término extintivo cuando una persona se compromete a entregar una pensión de cien pesos mensuales a otra persona, mientras llegue a la mayoría de edad; se extingue la obligación de entregar esa cantidad con el solo transcurso del tiempo que media entre el momento en que se celebró el acto jurídico y el momento en que aquella persona cumple los 21 años. Término suspensivo, en el caso inverso es, por ejemplo, cuando se establece que se entregará determinada cantidad cuando esta persona llegue a la

mayoría de edad; está en suspenso mientras ella no llegue a la previamente establecida.

## **Condición**

En cuanto a la condición, ésta es un poco más complicada, ya que es un acontecimiento de realización incierta, donde caben todos los aspectos, todas las modalidades de un acto eventual que no se sabe si se realizará. Encontramos como primera clasificación la de posibles e imposibles. Algunos autores distinguen la posibilidad de hecho y la posibilidad de derecho, pero en realidad los efectos son los mismos, por eso nosotros podemos clasificarlas en posibles e imposibles.

Son posibles todas aquellas en que puede realizarse el acontecimiento; por ejemplo: te doy determinada cantidad de dinero con tal de que obtengas el título de abogado. La imposibilidad puede ser física o legal; física, en el caso de que en este momento no pueda realizarse el acontecimiento, por ejemplo, que diga que entregaré determinada cantidad con tal de que se descubra tal o cual cosa, que de acuerdo con las posibilidades de la técnica y la ciencia es imposible descubrirla en la actualidad. Sería también cuando la condición implique la violación de un texto legal, cuando la violación sea contraria a la moral, a las buenas costumbres; por ejemplo, sería una condición imposible que yo en mi testamento dijera: le doy cincuenta mil pesos a Fulano con la condición de que mate a determinada persona, de que constituya una sociedad

delictuosa, de que funde un Banco, una sociedad que tenga por objeto defraudar a las personas que depositen el dinero en la misma institución. La imposibilidad en este caso estriba en que, de realizarse ese acontecimiento futuro e incierto, se violaría la ley, de manera que éste no puede ser realizado.

En cambio hay otra tendencia, que es la que establece el Código de 1928 y que atiende a la institución de la obligación. Desde luego, una condición imposible de realizarse en este momento puede ser posible de ejecutarse cuando la técnica se perfeccione; así, era imposible antes de que se efectuara el vuelo de Lindbergh de América a Europa, que se impusiera esa obligación, se consideraba como algo fuera del alcance del hombre. Sin embargo, después de realizado el hecho, la condición ya tiene el carácter de posible y puede imponerse en un determinado testamento.

A su vez nos preguntamos lo siguiente: ¿cuál es la causa, el motivo por el cual esa persona deja o instituye heredero a determinada persona, o entrega determinada cantidad con tal de que se cumpla determinada condición? Si la condición es físicamente imposible, entonces no hay causa jurídica, no hay motivo para que aquella haya dado determinada cantidad, y para que la otra reciba esa cantidad. En consecuencia, la condición imposible vendría a nulificar esa cláusula del testamento. Sistema desde luego más lógico que el que se reciba algo y que se tenga por no impuesta la condición a que estaba sujeto el acto jurídico.

En esa misma tesitura encontramos una nueva clasificación respecto a la condición: las condiciones pueden ser suspensivas o resolutorias. El artículo 1939 establece: “La condición es suspensiva cuando su cumplimiento depende de la existencia de la obligación”; el artículo 1940 preceptúa: “La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido”. Desde luego se ha hecho la crítica siguiente al artículo 1939, se ha dicho: no es propiamente la existencia sino el nacimiento de la obligación, no nace la obligación sino hasta el momento en que se realiza o llega el acontecimiento futuro, es decir, se cumple la condición, y entonces surge la obligación.

Por ejemplo, una condición depende de que se considere ésta suspensiva o resolutoria, de la intención de la parte; esto es, sería suspensiva cuando en un contrato de arrendamiento se estipulara que si el inquilino paga 20 mensualidades de renta, entonces tendrá el carácter de propietario, se le transmitía la propiedad de la cosa dada en arrendamiento; nace la obligación de compraventa en el momento en que el inquilino paga 20 mensualidades de renta. Esa misma condición puede tener el carácter de condición resolutoria, conforme al texto del artículo 1940. El inquilino no paga las 20 mensualidades de renta, es decir, no cumple la condición, entonces se disuelve la obligación y vuelven las cosas al estado que tenían antes. Veán ustedes como la misma condición puede tener estos dos aspectos: ser una condición suspensiva y condición resolutoria. En realidad, ocurrido el acontecimiento se resuelve; sin embargo,

surge una diferencia, y es la siguiente: la condición resolutoria obra retroactivamente una vez llegado el tiempo futuro, en tanto que la suspensiva empieza a producir sus efectos cuando llega el acontecimiento futuro de realización incierta.

En otro orden de ideas, encontramos una clasificación más dentro de las condiciones; así, éstas pueden ser potestativas, causales o mixtas. Son potestativas cuando dependen de la voluntad, esto es, será potestativa cuando se le impone a una persona ejecutar determinado acto: estudiar para obtener el título de abogado. Será condición causal, aquella que depende para su realización de un hecho ajeno a la voluntad; así, la persona que contraiga una obligación sujeta a esta condición: si me saco la lotería —hecho causal— te doy diez pesos, está sujeta a ese acontecimiento fuera de la voluntad de las partes. Será condición mixta, cuando ese acontecimiento, esa condición dependa tanto de la voluntad de las partes como de un hecho accidental; por ejemplo: si establecemos, “vamos al Desierto de los Leones, y si llueve te doy determinada cantidad”; ello depende en parte de la voluntad de ir, el ponerse en esa ubicación y de un acontecimiento causal —que llueva—, hecho que depende tanto de la voluntad de las partes como de algo que está fuera de ellas. Lo mismo podría decirse en el caso de una cosecha: requiere la voluntad para la siembra, y de la concurrencia de determinados acontecimientos causales para que pueda efectuarse la recolección o cosecha de lo sembrado.

## *Vigesimal octava Clase*

### DIVERSAS CONCEPCIONES RESPECTO A LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS



En otro orden de ideas, nos vamos a ocupar en la clase de hoy de la materia relativa a la nulidad de los actos jurídicos.

La nulidad de los actos jurídicos ha sido uno de los puntos que mayor discrepancia ha presentado en el estudio del derecho civil, no sólo en la parte doctrinaria sino aun en la práctica; la materia relativa a las nulidades ha traído consecuencias trascendentes en la jurisprudencia, alternativas en las teorías que se admiten y discrepancia dentro de las mismas escuelas. Generalmente la teoría clásica emanada del antiguo derecho romano ha sido expuesta por los autores franceses; sin embargo, dentro de estos mismos autores encontramos innumerables variantes, cierta confusión y sobre

todo modalidades fundamentales de esta teoría. Nuestro Código de 1928 es el que más se ha acercado a la doctrina francesa en materia de nulidades; presenta algunas propias y variantes respecto a la teoría de las nulidades.

La doctrina inicia la discusión respecto al término o nombre que debe darse a esta materia: algunos aceptan la denominación de “ineficacia” de los actos jurídicos, nombre que ha estado de moda debido a que somos afectos a aceptar términos que vengan a cambiar los establecidos. Por snobismo, por pedantería, por influencia de determinada tendencia, cambiamos un término que tiene ya una connotación dentro de la técnica jurídica por uno nuevo. El término “ineficacia” no corresponde en realidad a lo que se pretende explicar, a lo que se pretende connotar. Un acto puede ser ineficaz cuando no produce efectos y, sin embargo, el acto no puede ser nulo, no es nulo; esto es, un acto sujeto a una condición será un acto ineficaz en tanto que el acontecimiento futuro, de realización incierta, no se realice. Ese acto jurídico, sin embargo, es perfectamente válido dentro del derecho y es ineficaz, puesto que no produce efectos en la medida que no se realiza la condición.

Se ha dicho también que el acto es “inválido”, término que se acerca más a la verdadera connotación de la palabra, pero que tampoco debemos aceptar. La expresión tradicional de “nulidad” se ha admitido y se sigue admitiendo en la actualidad. Simple y sencillamente, debemos decir: es la teoría de la nulidad de los actos

jurídicos con el nombre de ineficacia, con el nombre de invalidez o con el nombre de nulidad.

La teoría sobre la nulidad de los actos jurídicos ha sido genialmente expuesta por autores cuyas obras son textos de consulta obligada en esta Facultad. Capitant, Planiol, etcétera, han hecho un resumen de la teoría de las nulidades a través de diversos autores franceses; a través de Pothier, a través del Código de Napoleón, autores y Código se han inspirado en el derecho romano, en ese derecho que menospreciamos y que es la fuente de innumerables instituciones jurídicas de derecho civil. Al mismo tiempo y coexistiendo con estos autores, encontramos algunas discrepancias, principalmente en autores italianos y aun entre los franceses: algunos como Japiot, creen que el derecho que concurre para solicitar la nulidad debe ser sin seguir la división tripartita de la escuela clásica: de actos inexistentes, de actos nulos de pleno derecho y actos nulificables; o bien de nulidad absoluta y de nulidad relativa, ya que en el fondo hay una cuestión, hay más bien un derecho de crítica. Así, dice el autor citado, la nulidad procede cuando ese derecho de crítica pertenece a uno o varios individuos, o cuando ese derecho de crítica hacia el acto jurídico que se considera inválido corresponde a todo el mundo. Pero en el fondo, todos los autores coinciden respecto al concepto de nulidad en que no son sino aspectos de la misma cuestión expuesta por la escuela clásica.

Recordemos que en el antiguo derecho romano había dos nulidades, una nacida de la ley y otra de las acciones creadas por el

pretor; es decir, una nacida del *jus civile*, y otra nacida del *jus pretoriano*. La nulidad nacida de la ley fue la que engendró la nulidad de pleno derecho, *nullum est negotium nihil actum est*: “es nulo el negocio jurídico que es contrario a la ley”, siguiendo el principio romano *contra legem agit, nihil agit*: “el que obra contra la ley, no obra”; nulidad ésta que derivaba de la ley misma, independientemente del acto jurídico, por ser contrario al texto de la ley. Al mismo tiempo surgió la *restitutio in integrum*, e *in integrum restitutio*, como la llaman algunos, es decir, una acción de nulidad concedida a los menores de edad para reclamar la invalidez, ineficacia o nulidad de determinados actos jurídicos efectuados por su representante o tutor, acción no derivada de la ley sino de la voluntad de las personas que habían intervenido en el acto jurídico.

De estas dos clases de nulidades del derecho romano se derivaron dos tipos fundamentales en la teoría francesa: la nulidad absoluta y la nulidad relativa. Nulidad absoluta en tanto era un acto ejecutado en contra de la voluntad, con vicio de alguna de las voluntades de las personas que intervenían en el acto jurídico. Mientras una podía ser reclamada por la ley o por cualquier persona interesada en el cumplimiento de la ley, la otra no podía ser reclamada sino por las personas que habían sufrido aquel vicio o daño; se consideraba que habían sido lesionadas, que se había cometido una injuria con el acto jurídico que trataban de impugnar. De ahí pues derivaron esas dos especies de nulidades.

## NULIDAD DE HECHO

Posteriormente surgieron otras clases de nulidades, lo que vino a formar una tercera categoría de la escuela clásica: los actos inexistentes. Éstos derivaron de nulidades establecidas fuera de esas reglas, principalmente en materia de matrimonio, nulidades de las cuales nos ocuparemos cuando veamos en particular el matrimonio, que corresponde a este Curso. En esas nulidades se empezaban a producir determinados efectos, había falta de objeto del acto jurídico mismo; entonces se decía: hay inexistencia de ese acto jurídico. Los italianos llamaron a éstos, presupuestos de los actos jurídicos; es decir, lo que la ley presupone para la existencia de los actos jurídicos. Si se trata de un matrimonio, si éste es la unión de un hombre y una mujer, será un presupuesto el que las partes del matrimonio sean de diverso sexo; cuando ese matrimonio se efectúe entre personas del mismo sexo, faltará un presupuesto, uno de los requisitos *sine qua non* del matrimonio; en consecuencia, ese acto no tendrá la apariencia de un matrimonio, es un acto inexistente. Estos son, pues, los fundamentos de la doctrina clásica en materia de nulidades.

Nuestro Código Civil, en su artículo 2224, establece: “El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado”. El acto jurídico es inexistente cuando falta el objeto del acto jurídico. Si el fin del matrimonio, uno de los fines del matrimonio es el de perpetuar la

especie y esto no se obtiene sino con la diversidad de sexos, faltará el objeto de esa unión cuando no haya diversidad de sexos. No podemos decir que existió el acuerdo de voluntades, la causa generadora del acto jurídico, cuando ese acuerdo es entre una persona libre, capaz de obligarse y un recién nacido, no pudo haber acuerdo de voluntades; no lo hubo, pues no hubo consentimiento, será un acto jurídico inexistente, eso es lo que admite nuestra ley. Sin embargo, en teoría se expresa otra causa de inexistencia, otra como son los casos de solemnidad; por ejemplo, un matrimonio que se efectúa ante una persona distinta del oficial del Registro Civil, para mí es sencillamente inexistente. No obstante es lo previsto por la ley: el matrimonio debe ser sancionado, debe derivarse del consentimiento de los consortes, de los cónyuges, pero ese consentimiento debe ser ante el oficial del Registro Civil, y este funcionario, en uso de la soberanía nacional, los declara unidos en nombre de la sociedad y de la ley. Se requiere, pues, de una autorización expresa: la intervención de un funcionario del Estado para que pueda existir ese matrimonio; la simple voluntad de las partes no genera la obligación. Ese acto jurídico será inexistente.

Para algunos los actos jurídicos no son inexistentes por la falta de forma o solemnidad, sino que esto engendra una violación a la ley, una violación a los preceptos de orden público, configurándose entonces una nulidad de pleno derecho, una nulidad absoluta. Así lo establece el artículo 2228 de nuestro Código Civil: “La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera

de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo”. El artículo 2226 del propio Código establece: “La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el Juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción”. Por otra parte, el artículo 2234 que acabamos de leer, dice: “El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno”. No es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción.

Pero, en realidad ¿es posible aceptar esto aun cuando el Código lo establezca? ¿cómo podríamos distinguir nosotros un matrimonio de un concubinato, si privamos al matrimonio de la solemnidad establecida por la ley? Indiscutiblemente, en el concubinato y en el matrimonio hay acuerdo de voluntades: hay consentimiento de los concubinos, hay consentimiento de los futuros cónyuges; y si nosotros considerásemos que esa falta de solemnidad, de cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley, no engendraría la inexistencia del acto jurídico, lógicamente la ley debería establecer que ese concubinato producía efectos en tanto que no hubiera una declaración expresa de nulidad, ya que eso lo establecen los artículos 2226 y 2228 de nuestro Código Civil. De manera que el concubinato, esa caricatura de matrimonio, mientras no se vea nulificado por una resolución judicial, debería lógicamente producir efectos dentro del sistema de la ley. Sin embargo, nos encontramos con que la misma ley priva de efectos a este matrimonio que ha violado o que

no se ha celebrado de acuerdo con una solemnidad. Es por esto que consideramos que el sistema de nuestra ley es ilógico, es imperfecto; esto obedece a que en la teoría hay discrepancia, ya que algunos consideran que la falta de solemnidad debe engendrar la inexistencia del acto jurídico; y para otros, la falta de solemnidad no da lugar sino a una nulidad absoluta que requiere declaración judicial; sistema seguido por nuestro Código: la inexistencia no requiere declaración judicial.

Ahora bien, si la inexistencia se deriva de la falta de uno de los elementos indispensables del acto jurídico, acreditado ese hecho se cumple la no existencia del mismo acto, se nulifica lo que ha tenido una existencia. La nada jurídica no puede nulificarse, no puede producir efectos jurídicos; sería ridículo obtener una sentencia en la cual se declarara que no hubo matrimonio cuando éste fue contraído por dos hombres; el solo acreditar que se trataba de esa eventualidad, que se encontraba uno en presencia de esa situación, era suficiente para que el acto jurídico fuese inexistente. Sin embargo, se señala el caso de individuos de sexo dudoso, de individuos que por su formación fisiológica presentan una ambigüedad en el sexo. Ha habido sentencias de la Corte de Casación francesa que ha determinado ese hecho, es decir, que ese matrimonio se ha efectuado bajo una identidad de sexos. Entonces no es propiamente el matrimonio lo que viene a nulificarse, es aquel acto jurídico que se ha efectuado y que tiene su apariencia, e igualmente el acta del estado civil que se ha levantado.

Naturalmente que en estos casos la sentencia que se pronuncie por el tribunal será esencialmente una sentencia declarativa, no vendrá a constituir ni modificar los efectos realizados, ya que éstos no pudieron concretarse.

## NULIDAD DE DERECHO

Pasamos a la segunda categoría de los actos nulos, a la categoría de la nulidad de pleno derecho. Hemos visto en clase, en diversas ocasiones, que hay leyes de derecho público, leyes de orden público, en las cuales la colectividad está interesada, porque ese conjunto de disposiciones estructurarán un ordenamiento determinado, engendrando el orden legal de una nación. Si se ejecuta un acto contra el tenor expreso de la ley, contra una ley de derecho público, entonces se está trastornando el orden jurídico de la nación. De ahí las consecuencias que se derivan de la nulidad de pleno derecho. Todos estamos interesados en que ese orden jurídico no se rompa, en que se respete ese derecho. Esa violación a la ley no es susceptible del perdón, de la ratificación o de la extinción por prescripción de ejercitar la acción de nulidad, porque todo el mundo está interesado en que ese orden que se considera básico para la organización jurídica se cumpla.

Por ejemplo, sabemos que se considera de orden público la prohibición que tienen los ministros de algún culto religioso de adquirir bienes por testamento cuando no se trata de parientes en determinado grado; se considera que éstos no pueden adquirirlos para

evitar el acaparamiento de bienes en manos de la Iglesia, para prever lo que quisieron eliminar con las ‘Leyes de Manos Muertas’. Entonces, esa prohibición, esa adquisición contra la ley expresa, no estará sujeta al ejercicio de la acción dentro de determinado tiempo; podrá transcurrir el tiempo que se quiera, demostrado ese hecho, vendrá la nulificación de ese acto jurídico, porque lo consideramos básico para el orden jurídico establecido en la nación.

Por otra parte, nos encontramos con la nulidad relativa: hubo violencia, hubo dolo, error para lograr, para atraer la voluntad de una persona, para realizar un hecho jurídico. Esa persona descubre el error, el dolo, cesa la violencia y no ejercita su acción de nulidad; esa acción no nos compete a nosotros, no sabemos si hubo o no ese vicio del consentimiento, si sufrió o no el error; es la parte interesada en el acto jurídico la única que puede decir si eso ocurrió o no. Si ella no ejercita su acción, si no hace que se restituyan las cosas, en manera alguna podríamos nosotros intervenir para pedir la nulificación del acto jurídico. Por eso cuando al principio de la clase empezábamos a exponer la teoría romana, señalábamos la nulidad del *jus civile* y la nulidad del derecho pretoriano, la *restitutio in integrum*, nulidad que compete a aquél que ha sufrido el vicio. Ahora, los efectos que se derivan de estos aspectos del acto jurídico nulo tienen que ser diversos. La nulidad de pleno derecho es *ipso jure*, produce efectos desde el momento en que el acto se efectúa.

## *Vigesimonovena Clase*

 El plan que nos hemos trazado comprende la Introducción general al estudio del derecho civil y el curso especial de Personas, comprendiendo dentro de éste el derecho de la personalidad y el derecho de familia. Toca a la clase de hoy terminar el Curso de introducción general, para el cual vamos a ocuparnos de una idea del procedimiento, que tiene por objeto que los alumnos en futuras clases puedan comprender determinadas nociones, de manera que puedan comprender el desarrollo futuro del Curso, ya que iniciaremos en clases próximas el primer curso de derecho civil, pues en las anteriores nos hemos ocupado exclusivamente de la parte general del mismo.

El procedimiento implica, desde luego, conocimientos especiales que deben tener un antecedente, que tienen por fundamento

el derecho objetivo. Por ejemplo, si examinamos cualquier ciencia encontramos que existen principios fundamentales, reglas generales, a partir de la filosofía de Artístóteles: no hay ciencia de lo particular, solamente hay ciencia de lo general. En esa misma forma el derecho proporciona determinados principios generales, y luego viene un arte. Se ha dicho que el procedimiento es el arte de hacer aplicable el derecho. En esa forma el procedimiento hace efectivo el principio general, hace aplicable la norma de carácter general.

#### ANTECEDENTES PROCESALES EN MATERIA CIVIL

Se ha dicho, y con razón, que el procedimiento en los albores del derecho se confunde con la barbarie. En efecto, veremos las causas por las cuales el procedimiento se encontraba atrasado en la antigüedad. Si tomamos como base el derecho más o menos conocido, si partimos del derecho griego, que es anterior al romano, encontramos ya en *la Iliada* la descripción de cómo se efectuaban los juicios, juicios arbitrales: sentados en piedras talladas al efecto, se encontraban los que juzgaban; por el centro pasaban aquellos que discutían, la muchedumbre clamaba, gritaba, ya en favor de uno, ya en favor de otro; los heraldos herían el viento con la sonoridad de sus trompetas, hasta que por fin se llegaba al juicio: cada uno de los Magistrados iba pronunciando su sentencia y, en el centro, había dos talentos de oro para aquél que hubiera pronunciado la mejor resolución... una forma de justicia primitiva.

Nos encontramos después, en una de las XII Tablas, un procedimiento más o menos rudimentario, un procedimiento en el cual

se llamaba a juicio al interesado; se le tomaba por el cuello y se le llevaba al lugar en donde había de ser discutida la justicia que le asistía; y se ponía como límite para el juicio la puesta del sol, de forma que debía acabarse el juicio oral antes de que el sol se ocultara. También los procedimientos seguidos con posterioridad a la resolución judicial, los de ejecución, eran procedimientos primitivos, no se distinguía, no se separaba la idea de personalidad de la idea de patrimonio: el individuo era el botín, era el patrimonio que se distribuían los acreedores. Fue hasta después, con el derecho germano, con el derecho bárbaro, cuando se empezó a distinguir la persona del patrimonio. Fue cuando se empezó a distinguir el derecho de la quiebra, ya no era la venta del otro lado del Tiber porque era ciudadano romano, no se le tomaba protocolo para humillarlo y venderlo, sino que se separaba la idea de persona de la idea de patrimonio.

En leyes francesas más o menos recientes advertimos cómo se equiparaba la situación de la persona con la del patrimonio; leyes que castigaban la quiebra con la pena de muerte, creyendo que con eso se podían acabar las quiebras, vinculando nuevamente la idea de persona con la de patrimonio. Pero afortunadamente, en las diversas etapas del derecho romano aparecieron algunas instituciones, algunas modalidades que hicieron que el procedimiento fuera evolucionando. Como todo el derecho primitivo, el procedimiento tenía que ser formalista; no existían los medios de prueba, no había los instrumentos, la técnica jurídica que existe actualmente, y por tanto había que invertir esos actos, esos desarrollos de determinado formalismo: no había juicio si no se cruzaban las varas en

señal de desafío; recuerden ustedes en el derecho pretor la demanda de justicia, cómo hacían una retirada, se separaban en forma solemne, para que el pretor pudiera conocer de la controversia.

Pero estas alternativas del derecho romano nos presentan dos épocas: la de los Antoninos y la de Justiniano. Los Antoninos, establecieron el *pacto commissorio*, distinto de la *lex commissoria* del derecho romano. El *pacto commissorio*, era un acuerdo a partir del cual el acreedor hipotecario, el acreedor prendario, podía hacer suya la cosa dada en prenda —en hipoteca—, cuando faltaba el deudor al cumplimiento de su obligación, simplificando el procedimiento. Por su parte, la de *tempora appellat* de Justiniano, procedía cuando en virtud de dicha ley, podían las partes suprimir la apelación, y entonces los juicios se reducían a una sola instancia, característica propia del desarrollo del derecho, de la elaboración del derecho. Hubo pueblos que no siguieron la tradición romana, sino la bárbara, y éstos aventajaron un poco en el derecho.

Una de las muchas razones por las cuales el procedimiento en el derecho romano no evolucionó, no adelantó lo que debía, es la siguiente: si el procedimiento es una etapa subsecuente del derecho, el esfuerzo y el genio romano se consagraron al desarrollo del derecho y no del procedimiento. Vino la invasión de los bárbaros, la caída del imperio, y truncó, rompió esa tradición romana, rompió su genio y todo fue un estado caótico. Pero al mismo tiempo que se desmoronó el derecho romano surgió el derecho bárbaro, el de los *glosadores*, el de los *postglosadores*, el derecho canónico. Y el proce-

dimiento tiene una raigambre honda, profundamente honda en el derecho canónico: la Clementina, de 1307, podría ser suscrita en la actualidad por cualquier tratadista de procedimientos civiles. Presumía el procedimiento civil, el anhelo del procedimiento civil, en estas sencillas palabras: proceder sin estrépito de juicio, es decir, suprimir esas formas inútiles; restringir la intervención de abogados que no venían sino a entorpecer y disimular la justicia; acabar con los incidentes de nulidad, con los recursos frívolos e improcedentes; hacer que la justicia fuese expedita y rápida. ¿Díganme ustedes si estos principios expuestos en la Clementina no podrían ser expuestos en la actualidad por cualquier tratadista de derecho procesal? De manera que entonces les debemos a los canonistas nuestra tradición del derecho procesal; el derecho español estuvo inspirado principalmente en el derecho canónico, en el derecho bárbaro, emanado tanto de los glosadores como de los postglosadores, que amalgamaron con pretexto de interpretar los textos romanos, creando un nuevo derecho: el derecho procesal actual.

## ASPECTOS PROCESALES

Nos encontramos entonces con esta tradición, en esta situación: Para poder precisar el sistema que debe de seguirse en materia procesal, se discute como algo *sine qua non* si el procedimiento debe ser escrito o debe ser oral. Las principales fases del procedimiento oral son las siguientes: fijación de la *litis*, concentración del procedimiento, contacto directo del Juez con las partes, apreciación de las pruebas sin sujeción a formas determinadas y, por último, que la

resolución sea dictada lo más rápido posible, a efecto de que no se pierda el aspecto del proceso.

La fijación de la *litis*, desde el derecho romano, tenía una gran importancia; fijación en que se tomaba en cuenta la demanda y la contestación de la demanda, y entonces surgía lo que ellos llamaban un cuasi contrato, la *litis constetatio*. Una vez que se habían fijado los puntos cuestionados, los puntos a debate, no podían ser cambiados ni por el actor ni por el demandado; la sentencia y las pruebas sólo versaban sobre esos puntos cuestionados. Pero en materia procesal, cuando se admite el procedimiento oral, los puntos cuestionados tienen una mayor importancia que cuando se aplica el derecho procesal escrito. El derecho procesal oral es técnico, profundamente técnico, se perdería el derecho, en palabras de los litigantes; se distraería la atención del tribunal, la atención del Juez; es por eso que la fijación de la *litis* tiene, cuando se trata de un procedimiento oral, una importancia decisiva. Viene después la concentración del procedimiento. Si hemos visto que es necesario precisar los puntos sobre los cuales va a versar el debate, indiscutiblemente no puede un procedimiento oral dejar que esos puntos se diluyan, que haya incidentes, que haya juicios separados, debe de concentrarse todo aquello en un solo procedimiento.

#### ELEMENTOS EN EL PROCEDIMIENTO ORAL

Luego viene el otro aspecto del derecho procesal cuando se trata de procedimiento oral: el contacto directo del Juez con las partes, del

Juez con los testigos. Si el Juez es quien toma las declaraciones, si se ha dicho que muchas veces la verdad se descubre, se averigua por la forma en que declara un testigo, una parte, o por la energía con que una parte sostiene su derecho, si el Juez no está en contacto directo con esas partes, aquélla se perdería. Desgraciadamente, esto es más aparente que real. En la práctica vemos que no existe este contacto directo.

Por otra parte, nuestra organización judicial es una organización complicada: tenemos tribunales de primera instancia, de segunda instancia, y hemos sustituido el antiguo juicio de casación, el antiguo recurso de casación por el amparo. De manera que si se desarrollan los acontecimientos en el juzgado de primera instancia, ese contacto se rompería cuando el juicio pasa al Juzgado de segunda instancia, y más cuando pasa a la Suprema Corte. Los Magistrados no podrán apreciar sino aquello que aparece en los autos, las constancias frías, no el calor de la discusión, de la declaración de los testigos, los gestos, la entonación de la voz, ya que eso no puede ser descrito por el acta, por el tribunal.

Además, nos encontramos ante un problema que es una realidad. Enhorabuena si nuestros Jueces, nuestros tribunales, fueran tribunales eminentemente técnicos, tribunales eminentemente competentes, podrían resolver sobre la rodilla los difíciles problemas que se les presentan; pero nos encontramos con una realidad contraria, con que esos tribunales no son técnicos, no conocen profundamente el derecho, y entonces ni siquiera tienen tiempo de consultar el problema, de estudiarlo, de meditarlo. Deben de dictar, de acuerdo con la ley, los puntos resolutivos inmediatamente después de que se

pronuncian los alegatos; poco importa que apremien al proceso para poder justificar la veracidad o el acierto de los puntos resolutive dictados. Viene después la apreciación de las pruebas en conciencia.

Cuando estudiábamos el derecho, cuando hablábamos de la equidad, veíamos que había una corriente dominante que trataba de sustituir la aplicación de la ley de estricto derecho por la aplicación de la equidad; cómo a través de las fuentes del derecho, de los principios generales del derecho, la equidad se iba imponiendo, iba avanzando. El Juez, si va a tomar en cuenta los pequeños detalles, los gestos, la entonación de la voz, no puede sujetar la apreciación de las pruebas a reglas determinadas, deben ser pruebas que aprecie libremente, que estime libremente; estos gestos no podrían estar catalogados en una forma estricta, como lo están en el procedimiento escrito, de manera que es un principio fundamental del procedimiento oral que eso se aprecie en conciencia. Por último, la sentencia debe dictarse inmediatamente después de las pruebas recibidas. La razón es obvia: si se trata de que la resolución se dicte de acuerdo con esos pequeños detalles, si pasa determinado tiempo, esos detalles se perderían; esos detalles, que son precisos en un momento dado, serán nebulosos, borrosos con el solo transcurso del tiempo. Es por eso que es un principio del procedimiento oral que la sentencia siga inmediatamente a las pruebas.

#### ELEMENTOS EN EL PROCEDIMIENTO ESCRITO

En cambio, el procedimiento escrito presenta innumerables ventajas. El procedimiento escrito, siguiendo la tradición del derecho romano,

admitido después por los derechos posteriores, tiene no una fijación de la *litis*; la *litis contestatio*, formada por la demanda, por la contestación de la demanda, sirve de base al proceso que tiene un término de prueba, viene después la admisión de las pruebas alegadas por escrito, que pueden servir de base para la apelación, para el amparo, y una apreciación exacta de las pruebas conforme a derecho, apreciación que hace que el litigante pueda conocer la base y el alcance de sus pruebas. No queda al arbitrio del juzgador el que pueda dar por probado un hecho, hay reglas especiales para valorar las pruebas, y ya se sabe que un testigo frente a un instrumento público no prueba nada. En cambio, dentro del sistema de libertad absoluta de estimación de las pruebas, no hay nada definido, nada preciso.

Nuestro actual Código de Procedimientos Civiles ha sido un ensayo, una avanzada para admitir el procedimiento oral como fundamental para el conocimiento de la verdad, como fundamental para la resolución de las controversias judiciales, pero ha sido un sistema malo porque ni siquiera es escrito ni siquiera totalmente oral, es un sistema ecléctico. Los juicios ordinarios pueden ser escritos u orales; escritos cuando el Juez después de la fijación de la *litis* escoge el procedimiento escrito, orales cuando escoge este procedimiento. En cambio, los juicios sumarios, los juicios ejecutivos, son forzosa y necesariamente orales, ya que la ley determina expresamente que deben seguirse en forma de audiencias públicas, que los testigos deben ser examinados, y que las partes deben de alegar, no permitiéndoles sino que presenten conclusiones de los alegatos, pero en manera alguna que las presenten por escrito. Esta cualidad de procedimientos escrito y oral hace que el Código no sea aplicable en todo su rigor; las reglas gene-

rales no se aplican lo mismo al escrito que al oral, son reglas distintas; viene la interpretación, la reflexión para poder precisar si la regla general se aplica al procedimiento oral o al escrito; la ley debe ser clara, meridiana, precisa, y en manera alguna esa impresión, esa falta de claridad, debe derivarse de la ley misma, y no puede existir claridad cuando una ley trae como consecuencia una dualidad de procedimientos, esa facultad del Juez para poder escoger la vía oral o la escrita. Deberían ser reglas precisas, pero mientras unos juzgadores escogen determinado procedimiento, otros deciden uno diverso. Esto trae una diversidad de aplicación de la ley, y la ley debe aplicarse a todo el mundo por igual.

A partir de la Revolución Francesa, de los principios consagrados en el Acta Constitutiva de la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa, se peleó por la igualdad frente a la ley, y se ha alcanzado, cuando menos en derecho, aunque en la realidad no exista, aun cuando sea un mito, aun cuando exista desigualdad económica. Pero no podemos admitir que la ley exprese la desigualdad, la desigualdad surgirá de los hechos, pero no del derecho. Esa igualdad del derecho es el fundamento de la ley, el día que desaparezca habrá desaparecido la ley.

Otro de los problemas que se presentan en materia procesal es el problema que examinábamos cuando estudiábamos las diversas clasificaciones del derecho. Veíamos cómo la escuela alemana, la italiana y la francesa seguían diversas corrientes, diversas doctrinas: las escuelas alemana e italiana, considerando que el procedimiento formaba parte del derecho público, la francesa considerando que el

procedimiento formaba parte del derecho privado. En nuestra ley no hay lugar a duda: se ha inclinado por la influencia italiana, por la influencia alemana. El artículo 55 del Código de Procedimientos Civiles expresamente determina: “Para la tramitación y resolución de los asuntos ante los tribunales ordinarios, se estará a lo dispuesto por este Código, sin que por convenio de los interesados puedan renunciarse los recursos ni el derecho de recusación, ni alterarse, modificarse o renunciarse las normas del procedimiento”.

Vemos, en consecuencia, cómo en nuestra ley procesal se ha considerado de orden público el procedimiento. Las razones de la escuela francesa para considerar el procedimiento como una ley de derecho privado son las siguientes: si los intereses son privados, si lo que se discute forma parte del derecho privado, ¿por qué el procedimiento, para hacer efectivo eso que se discute, puede ser de derecho público? Si yo puedo perder mi casa, regalar mi casa, porque solamente me pertenece a mí, ¿por qué no puedo renunciar al procedimiento para establecer una servidumbre sobre mi casa, algo que es menor? El que puede lo más puede lo menos, de manera que si yo puedo perder la totalidad de la cosa, ¿por qué no puedo variar la forma de exigir la entrega de la cosa o cierta modificación de la cosa? En cambio, las escuelas italiana y alemana dicen: No, no es que se discutan procedimientos o derechos privados, se está discutiendo el orden público; nosotros no podemos admitir que haya un procedimiento arbitrario, que haya tantos procedimientos como se quieran establecer por cada una de las personas que litigan. A partir de la creación del Estado, del nacimiento del derecho, el Estado sustituyó a los particulares en su modalidad de hacerse justicia por sí

mismos. Es el Estado el que proporciona los medios, es el orden jurídico el que establece el derecho, para que los particulares puedan alcanzar la justicia, para que esos particulares puedan hacer efectivo el derecho. De manera que cualquier modificación a la ley procesal, cualquier modificación al procedimiento, vendría a modificar el orden jurídico, eso que la colectividad juzga indispensable: el ordenamiento público. Es por eso que la sociedad considera el procedimiento como una norma de derecho público, como formando parte de éste.

### ¿POR QUÉ UBICAMOS AL PROCEDIMIENTO EN UN AMBITO PÚBLICO?

Pero nos encontramos con otra situación. A partir de su evolución, a partir de su progreso, el procedimiento se ha ido simplificando. Ustedes encuentran dentro del Código de Comercio, en materia de procedimientos mercantiles, que en el artículo 1050 o 51, se establece que el procedimiento superior a todo es el convencional, el que las partes mismas establezcan. De manera que si se admite por ley el procedimiento convencional, se está admitiendo que este procedimiento puede modificarse. Si se acepta que el ideal del comercio es que se decidan las controversias por medio de arbitraje, y los arbitrajes van teniendo cada vez mayor importancia, sin duda esto está generando una modificación, sustituyendo a particulares en la aplicación del derecho, particulares que deben ser respetados y sancionados por el poder público; no tendrán la facultad de ejecutar los laudos que dicten, pero sí pueden entregar su laudo a una autoridad emanada del Estado para que éste cumpla con el laudo dictado.

Cosa que también admite nuestro Código de Procedimientos Civiles al aceptar el arbitraje, y no sólo lo admite en esa forma, sino que en los diversos artículos transitorios para los juicios pendientes, se estableció un procedimiento arbitral, procedimiento que dio lugar a innumerables controversias en la Barra de Abogados; innumerables estudios pretendían demostrar que esos artículos eran anticonstitucionales, que iban contra el espíritu de la Constitución.

El artículo 14 transitorio del Código de Procedimientos Civiles dice: “Sólo los negocios que se puedan someter a juicio de árbitros, se sujetarán a lo dispuesto en ellos...”; el artículo 9o. transitorio dice:

Los juicios ordinarios pendientes en el momento de entrar en vigor el presente Código y que se encuentren en primera instancia, deberán terminarse por sentencia en un plazo no mayor de ocho meses. Si transcurrido este plazo no se hubiere citado para sentencia, el Juez de oficio o a petición de parte llamará a su presencia a los litigantes y procurará averirlos. Si no lo lograre, les prevendrá que designen un árbitro de común consentimiento; si no se pusieren de acuerdo, el Juez lo designará de entre los abogados cuya lista forme al efecto el Tribunal Superior a elección por mayoría de las tres cuartas partes del Pleno, y cuya remuneración, si las partes no lo convinieren, se hará de acuerdo con la Ley Orgánica de Tribunales.- Los juicios no ordinarios cualquiera que sea su naturaleza, pendientes en el momento de entrar en vigor el presente Código, se concluirán por sentencia a más tardar dentro de cuatro meses, contados desde el día de su vigencia. Si fenecido ese plazo no estuvieren en estado de citación para sentencia, se seguirá el mismo procedimiento a que se refiere el párrafo anterior.

El 10o. transitorio dice: “El árbitro designado tramitará sumariamente los juicios cualquiera que sea el estado en que se encuentren, de acuerdo con las prevenciones del presente Código y los recursos serán los de juicio sumario, y si aquél fuere designado por el Juez aun el amparo de garantías, según las leyes respectivas”. Observen ustedes cómo aun dentro de lo establecido por el Código que siguió la escuela italiana y la alemana al declarar de orden público el procedimiento, admitía esa sustitución de una parte por el tribunal emanado del Estado, por el tribunal que aplicaba la soberanía nacional; si se hace la sustitución y la ley lo permite, entonces ¿por qué no se permite que se establezca un procedimiento convencional de las partes si se le quiere dar alcance a determinado objeto, cuando se considera que un testigo, que una copia simple puede probar, no siguiendo las reglas establecidas por la ley? Es por eso que esto viene a estancar el procedimiento, lo cual es contrario a lo que se sigue en los procedimientos mercantiles, y por tanto contrario a la pronta administración de la justicia. Si desde el estricto derecho romano, el *tempora appelat*, suprimió la apelación, ¿por qué entonces ahora que el derecho se ha vuelto menos formalista, menos estricto, se vuelve a prohibir que los particulares renuncien a los recursos a que tienen derecho?

## *Trigésima Clase*

### PUNTOS RELEVANTES EN MATERIA PROCESAL

*N*os vamos a ocupar en la clase de hoy de los puntos más salientes del procedimiento, ya que de acuerdo con el programa se trata de dar noción general de éste, de la acción, de las excepciones, etcétera; de examinar las diversas fases del procedimiento, a efecto de que ustedes puedan entender las acciones que se derivan de cada uno de los derechos que vamos a comentar en el desarrollo del Curso. ¿Qué cosa es lo que se llama acción en el derecho? ¿cuántas clases de acciones existen? ¿qué consecuencias se derivan de las diversas clasificaciones de acción?.

Acción, definía el antiguo Código de 1884, es el medio de hacer valer nuestros derechos ante los tribunales. Littré decía que el dere-

cho se podía clasificar en dos aspectos: en el derecho estático y en el derecho dinámico. El derecho estático lo constituye aquella rama del mismo que lo autoestatuye, mientras que el aspecto dinámico es el derecho puesto en movimiento, es decir, el ejercicio de esa acción. A reserva de que vean con mayor amplitud esta noción cuando estudien el derecho procesal, deben tener presente que el ejercicio de una acción requiere la existencia de un derecho. Así lo establece el artículo primero del Código de Procedimientos Civiles actual: “El ejercicio de las acciones civiles requiere: I. La existencia de un derecho...”. En efecto, si la acción es el medio de hacer valer un derecho ante los tribunales, indiscutiblemente debe existir éste, antes de que exista la acción; es algo *sine qua non* para que podamos ejercitar ese derecho. Los otros requisitos establecidos por la ley, son: la violación de ese derecho, la capacidad para ejercitar la acción, y el tener un interés jurídico.

No basta en muchos casos la existencia del derecho, sino que es indispensable tener un interés jurídico en su ejercicio; por ejemplo, tenemos un derecho en estado latente, en virtud del cual se reconoce que el propietario tiene el derecho de gozar y disfrutar de una cosa, sin más limitaciones que las impuestas por el orden público. Existe ese derecho; sin embargo, mientras nuestro derecho no sea vulnerado, mientras no tengamos un interés jurídico en obtener una declaración de la violación de ese derecho, de la restitución de ese derecho violado, nosotros no podemos recurrir a los tribunales, no obstante que existe ese derecho; *es necesario un interés jurídico en el ejercicio de la acción.*

## EL INTERÉS JURÍDICO EN EL PROCESO

Las acciones se han dividido, o más bien, se dividen en el antiguo Código de Procedimientos Civiles y en el actual, en tres clases: acciones reales, acciones personales y acciones del estado civil. A reserva de que ustedes precisen el concepto de acciones reales cuando estudien el tema, cuando examinen los elementos del patrimonio en el segundo curso de derecho civil, en la teoría general del patrimonio, anticiparemos esta idea: acción real es aquella que puede ejercitarse contra cualquiera, independientemente de la persona. Por ejemplo, estimo como tipo de acción real la de reivindicación de la propiedad: quienquiera que sea el detentador de la propiedad, puede entablarse la demanda, puede ejercitarse la acción real. Por eso los romanos definían la acción diciendo que es el derecho de perseguir en juicio lo que es nuestro o se nos debe. También se reconoce como tipo de acción real la que deriva de algunos contratos de garantía, como la hipoteca, la prenda; cualquiera que sea el detentador de la cosa dada en hipoteca o en prenda, puede ejercitar ese derecho contra otra persona, en virtud de que se considera que el derecho real es una relación de dependencia de una cosa hacia una persona; de manera que, independientemente de quien sea el detentador, independientemente de quien aparezca como titular de esa cosa siempre existirá esa relación de dependencia de la cosa hacia la persona, relación que la teoría clásica llamaba de los derechos reales.

Por otra parte, la acción personal es aquella en que no hay una obligación personal, una obligación inherente a la persona. Por tanto,

lógicamente esa acción no puede intentarse sino contra la persona, contra aquél que debe. Yo reconozco deber diez pesos, porque me los han prestado; pues bien, esa acción no la pueden intentar contra el que compre mi coche, porque él no ha contraído esa obligación, ni ha habido una dependencia de mi coche hacia aquella persona. Adviertan cómo es de gran importancia precisar cuándo se trata de una acción real y cuándo de una acción personal, ya que el ejercicio de la acción dependerá de la naturaleza de ésta.

Hay una nueva categoría de acciones, dentro de este sistema clásico de división de las acciones; son las acciones del estado civil. Esas acciones no tienen carácter real ni carácter personal. La acción que yo tengo para ser considerado como hijo legítimo de mi padre, como capaz, como cualquiera de las manifestaciones de mi personalidad, es independiente de la persona y de las cosas; es una acción distinta a las acciones personales y las reales. De manera que se establecieron en el antiguo Código de 1884, y se reconocen en el actual Código, estas tres clases de acciones: reales, personales y del estado civil.

Los autores modernos, principalmente los italianos y los alemanes, distinguen otras clases de acciones: acciones de condena y acciones declarativas. Una acción es de condena cuando se ejercita la acción, un derecho, para obtener una condena. Estas acciones las subdividen en dos clases: acción de condena presente y acción de condena futura. La acción de condena presente se da cuando la condena es inmediata; la acción de condena futura, cuando depende de determinados acontecimientos. La acción de condena futura la establecen

en tres casos: el primero, cuando se trata de obtener la cosa, la ocupación de la cosa o el despido de un inquilino; así se señala como ejemplo, entre otros autores por Kisch, siguiendo la tradición germana o italiana, el que un inquilino desocupe un local, iniciando el juicio antes de vencer el contrato celebrado: yo celebro contrato de arrendamiento con una persona por esta casa, con determinada renta, con determinadas condiciones; el plazo del contrato de arrendamiento es de cinco años, los cuales vencerán el último de diciembre de 1937.

Se considera que yo puedo iniciar el juicio antes para obligar a desocupar al inquilino el local exactamente el día en que vence el contrato, y obtengo una condena que está sujeta a la llegada de ese plazo, de ese término; es una condena futura, con efecto de ejecución el día de vencimiento del contrato contraído. El segundo caso de condena futura lo tenemos cuando se demandan prestaciones periódicas, por ejemplo, réditos, rentas, pensiones enfitéuticas; entonces se demandan las prestaciones periódicas vencidas y las que estén por vencerse, así como las que venzan durante el desarrollo del procedimiento. En esa forma la condena será una condena futura; el tribunal de primera instancia condenará a las pensiones vencidas y las que estén por vencerse, las que estén vencándose, hasta que el deudor no entregue la cosa dada en préstamo, en mutuo. De manera que ése es otro caso de condena futura. El tercer caso de acción de condena futura, se señala en esta situación: cuando se promueve un juicio antes de que sea exigible la obligación contraída, pero hay temor de que se oculten los bienes, de que se defraude al acreedor; entonces, no obstante que no se ha vencido el compromiso,

se inicia determinado procedimiento que busca garantizar los derechos del acreedor, estableciéndose una condena futura.

En este rubro de las acciones declarativas, corresponde a aquellas en que propiamente no se constituye un derecho, sino se declara la existencia de éste. Es la intervención del poder público para sancionar un estado ya existente, para constatar lo real con lo jurídico. Las acciones declarativas pueden ser de dos clases: positivas y negativas; positivas, cuando la sentencia viene a declarar la existencia del acto para el cual se efectúa la promoción, para el cual se ejercita la acción. Por ejemplo: se trata de un contrato que no se ha celebrado con las formalidades exigidas por la ley, pero que ha sido cumplido por las partes, ha sido ratificado con el cumplimiento de las mismas: yo dí en préstamo determinada cantidad de dinero, no se llenaron los requisitos de forma establecidos por la ley, sin embargo, entregué el dinero y el deudor ha estado pagando los réditos; luego viene una sentencia a declarar la existencia de esa obligación, existencia que ya no dependía del acuerdo de voluntades, puesto que éste se había manifestado ya; es un caso de acción declarativa positiva. Por su parte, la acción declarativa negativa es cuando lo que se declara en la resolución determina su inexistencia, la ineficacia del acto mismo, la cual puede derivarse de una nulidad de pleno derecho, de la apariencia de un acto celebrado, cuando en realidad le han faltado presupuestos para el acto, casos de inexistencia que estudiamos en clases pasadas. Estas son las clasificaciones que se pueden hacer de las acciones y que tienen gran importancia en el estudio del derecho procesal y el estudio de ellas no corresponde a este curso general de Introducción al derecho civil.

## EXCEPCIONES PROCESALES

Vamos a ocuparnos ahora del punto relativo a las excepciones. Si hemos visto que la *litis*, la fijación de la *litis*, que la *litis contestatio*, se establece por el ejercicio de la acción y la contestación que da el demandado a ese ejercicio de la acción, indiscutiblemente que el demandado estará ejercitando determinados derechos, acciones tendientes a destruir la ejercida por el actor. Estas acciones son lo que la ley conoce con el nombre de *excepciones*, o sea, las defensas que el demandado puede oponer al ejercicio de una acción. Las excepciones, siguiendo la tradición antiquísima del procedimiento, son de dos clases: dilatorias y perentorias. Dilatorias son aquellas que no van a destruir el fondo de la cuestión, sino simplemente retardan el ejercicio de la acción; por ejemplo, la incompetencia del Juez, la falta de personalidad, el vencimiento del plazo, etcétera. Como ven, no destruye propiamente la acción, sino solamente dice: no ha llegado al plazo determinado, no es un Juez competente, no tienes personalidad, tú que te ostentas como apoderado, para ejercitar esta acción; la obligación de la cual derivas el ejercicio de tu derecho, está sujeta a una moratoria, a una espera. En el fondo no se entra a discutir el derecho, sino simplemente se retarda en el ejercicio del derecho, y la forma de ejercitar el derecho. Estas son las excepciones que establece el artículo 35 del Código de Procedimientos Civiles.

También se recurre a la división y la excusión. La división consiste en esto: cuando hay dos obligados, puede existir la división, es decir, no hay solidaridad, no hay el derecho del actor para reclamar a uno de los obligados la totalidad del cumplimiento de la obligación

Por ejemplo, A les presta a B y a C, diez pesos; no se establece una solidaridad, y viene una demanda en que A demanda a B el pago de los diez pesos; entonces B opone la excepción de división diciendo: somos dos obligados, por tanto me debes demandar solamente la parte que me corresponde, es decir, el pago de cinco pesos. Esto se establece principalmente en el caso de fianza, en que en la generalidad de los casos se renuncia al beneficio de división. La otra excepción es la excusión. Por ejemplo, en un contrato de fianza en que no se haya renunciado el beneficio de excusión, no podrá irse contra el fiador, sino cuando se demuestre que el fiado está en insolvencia, que no tiene bienes suficientes para pagar, para cumplir la obligación contraída; entonces no hay derecho, sino que se irá contra el fiador por la parte insoluta. De ahí el nombre de excusión en los bienes del deudor principal. Generalmente en los contratos de fianza se renuncian los beneficios de excusión; pero para el caso de que no se renuncien, tienen el carácter de dilatoria.

Como ven ustedes, todas estas excepciones no se refieren al fondo mismo de la acción, sino a la forma en que ésta se ha entablado: yo no te discuto que no tenga obligación de pagarte por la falta de cumplimiento de mi fiado, pero antes, debes de ir contra él; si tiene bienes suficientes, entonces estarás contra él; si él no tiene bienes suficientes, entonces estarás en posibilidad de exigírmelo a mí. De ahí el nombre de excepción dilatoria. Respecto a las excepciones perentorias, son aquellas que implican el desconocimiento de la extinción total del derecho y afectan al fondo de la acción. Tales son las excepciones de pago, la de novación, la compensación, etcétera; son tantas como medios de extinguir las obligaciones reconoce el

derecho mismo: la nulidad de la obligación contraída al haber sido arrancada con dolo, violencia, etcétera, viene a afectar el fondo de la acción. En eso se distinguen las excepciones perentorias de las dilatorias.

Después de esta brevísima noción de las diversas clasificaciones de las acciones y las excepciones, nos vamos a ocupar sobre lo que debe entenderse por juicio. Juicio, se ha dicho siguiendo la tradición romana, es la legítima controversia de la que conoce y decide un Juez competente. Decían los romanos: *legitima rei controversia quo iudex iudicet*. El juicio, desde luego, como pueden ver no es sino una controversia, una contienda, una contienda que tenía un aspecto simbólico en el primitivo derecho romano: cuando se cruzaban las espadas, se consideraba que había una contienda; no había propiamente juicio, si no había simulacro de pleito. En el fondo, esa contienda de ideas es una noción parecida a lo que se llama juicio en el estudio de la lógica.

## EL JUICIO DENTRO DEL DERECHO CIVIL

Los juicios se pueden clasificar en dos grandes categorías, principalmente en nuestro Código actual: juicios ordinarios y juicios extraordinarios. Juicio ordinario es aquel que es la regla general; juicio extraordinario es en el que por existir una prueba preconstituida, como el primer testimonio de una escritura pública en que se consigne una obligación, de una hipoteca constituida en escritura pública debidamente registrada, entonces surge la presunción de parte del legislador de la existencia del derecho; o bien, se tratará

de un juicio extraordinario cuando en virtud del interés social, de la naturaleza de la obligación, se requiere determinada celeridad, que no es necesaria en los juicios ordinarios. Por ejemplo, en la cuestión de alimentos, no obstante que ésta no tiene una prueba preconstituida, en razón de la necesidad de proveer rápidamente a la persona que solicita los alimentos, a efecto de que no desfallezca, no le falte lo necesario para la subsistencia, se establece que las cuestiones alimentarias se ventilarán en juicio sumario, que es más rápido que el ordinario. En el juicio ordinario se admiten todos los recursos; en los extraordinarios, que son los sumarios, los ejecutivos, los hipotecarios, se limitan los recursos, los términos son más breves, se limitan los medios con los cuales se pueden entorpecer las acciones, etcétera. De manera que en esta clase de juicios la ley ha querido que el derecho se decida con mayor celeridad, ya sea por el interés público, ya sea por la existencia de una prueba preconstituida.

### ***Elementos***

Todo juicio empieza por demanda. Los elementos de la demanda están precisados por el proloquio romano que determinaba dichos elementos; la demanda tiene tres partes: el encabezado, el cuerpo y los pies o final de la demanda. Ese proloquio romano a que antes nos referimos, dice: *quis, quid, quoram, quae, jure petitur, a quo*; es decir, qué se pide, a quién se pide, por qué se pide, el fundamento de lo que se pide y lo que se pide. Esos son los elementos de la demanda. Toda demanda a la que le falte uno de esos elementos indiscutiblemente deberá desecharse, por ser una demanda a la que le falta uno

de los elementos primordiales. Desde luego, los elementos de la demanda están determinados por el artículo 255 del actual Código de Procedimientos Civiles, que no ha hecho sino reproducir el proloquio romano. Dicho artículo dice:

Toda contienda judicial principiará por demanda en la cual se expresarán: I.- El tribunal ante el que se promueve; II.- El nombre del actor y la casa que señala para oír notificaciones; III.- El nombre del demandado y su domicilio; IV.- El objeto u objetos que se reclamen con sus accesorios; V.- Los hechos en que el actor funde su notificación numerándolos sucintamente con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación y defensa; VI.- Los fundamentos de derecho y la clase de acción, procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables; VII.- El valor de lo demandado si de ello depende la competencia del Juez.

Adviertan que en esto no se ha hecho sino seguir la tradición antigua, fijada ya por el antiguo derecho respecto a la demanda.

Los efectos de la demanda son muy variados. Desde luego previene la competencia del Juez. Yo actor, presento una demanda ante un Juez que es incompetente, no puedo después reclamar la incompetencia del Juez, porque ya me he sometido a la competencia de él; de manera que ya se ha establecido una sumisión tácita a la competencia del Juez. La presentación de la demanda interrumpe la prescripción, de acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles, existiendo una discrepancia con el Código Civil. Éste establece que la presentación de la demanda no interrumpe la prescripción sino en el momento en que es notificada; sin embargo, de acuerdo con el

Código de Procedimientos Civiles, la demanda trae como consecuencia la interrupción de la prescripción; una vez fijada la presentación de la demanda, por correr traslado, o sea el emplazamiento de la demanda, no puede variarse ésta, cambiarse los términos; se ha fijado uno de los aspectos de la *litis*. Vienen después los efectos de la contestación de la demanda; ésta viene a plantear la sumisión del que contesta la demanda ante el tribunal, a no ser que se reserve el derecho de promover la incompetencia.

Una vez efectuado el emplazamiento, una vez contestada la demanda, entonces se ha establecido la *litis contestatio*, el *quasi contrato*; han quedado fijados los puntos a debate, se ha precisado la cuestión discutida, las acciones ejecutadas, las excepciones opuestas, y por tanto, no pueden oponerse nuevas excepciones, ni pueden ejercitarse nuevas acciones. Esto es de tal manera que si el actor se reserva en su demanda alguna acción y no la intenta y no se trata de acciones contradictorias, por no incluir dentro de la demanda todas las acciones, éstas quedan extinguidas, porque deben de ejercitarse todas en la misma. Así lo establece uno de los artículos del Código de Procedimientos Civiles, el artículo 31, que determina: “Cuando haya varias acciones contra una misma persona, respecto de una misma cosa y provengan de una misma causa, deben intentarse en una sola demanda; por el ejercicio de una o más, quedan extinguidas las otras; ...”. Adviertan la trascendencia de la demanda y la trascendencia de la contestación de la demanda: la extinción de determinadas acciones, la ineficacia de determinadas excepciones, por no incluirlas, unas en la demanda y las otras en la contestación de la demanda.

## Trigesimoprimera Clase

En la clase pasada veíamos algo relativo al juicio. Los romanos decían que juicio es *legitima rei controversia qua iudex decidet*, definición que ha sido tomada por la mayoría de los autores de derecho procesal, es la controversia legítima de la cual decide y conoce un tribunal. En realidad, el juicio principia con la demanda y termina con la sentencia; sin embargo, nos encontramos después una serie de actos que engendran consecuencias de derecho, que no son sino meras ejecuciones de la sentencia. Todavía encontramos dentro del juicio lo que se conoce con el nombre de instancia. Así, por ejemplo, en una demanda, en un conflicto que se presenta ante un Juez civil de la Ciudad de México, éste decide, y sin embargo, no estando conforme una o varias de las partes que intervienen en él, recurren la sentencia y pasa a otro tribunal que viene a juzgar los actos ejecutados por el Juez inferior. Entonces es necesario precisar qué

cosa se llama instancia. Instancia en el primitivo derecho se llamaba la reclamación de justicia hecha por una persona; después esta reclamación se fue ampliando hasta comprender todos los trámites no necesarios para que la reclamación fuera resuelta.

Así pues, se llamará primera instancia a todo aquello que sea actuado desde la demanda hasta la sentencia pronunciada por el Juez, al cual se ha sometido la resolución de ese conflicto. Cuando viene una nueva instancia, una nueva petición de justicia, haciendo valer un recurso, interponiendo la apelación en contra de aquél que ha resuelto el juicio, entonces surge una nueva instancia; la segunda instancia, conocida en el antiguo derecho y que todavía se conserva en la terminología de algunos Jueces, por ejemplo, en los Jueces foráneos de primera instancia, que conocen de los conflictos por la primera excitativa, por la primera petición para que se haga justicia. La sentencia es la que pone fin, pone término al conflicto sometido ante un tribunal.

## LA SENTENCIA

Las sentencias son de dos clases: sentencias interlocutorias y sentencias definitivas. Interlocutorias cuando vienen a decidir una cuestión incidental, algo que puede poner obstáculos a la prosecución de la acción intentada, por ejemplo, una sentencia que venga a decidir sobre un incidente de nulidad por una notificación mal hecha en el proceso, en el decurso del juicio; una sentencia que venga a decidir sobre una excepción de falta de personalidad, de

incompetencia del Juez, que son artículos de previo y especial pronunciamiento, porque es necesario decidir primero, sobre todo en los juicios ordinarios dentro del sistema de nuestro Código, ya que en los sumarios se decide previamente. Pero en la misma audiencia se decide si el Juez ante el cual se está actuando es competente o no para conocer de la controversia, si la persona capaz de ejercitar la acción es apoderada, tiene personalidad para el ejercicio de la misma, etcétera; cosas que deciden algo incidental dentro del juicio, pero que no afectan en lo absoluto el fondo de la cuestión. Sentencia definitiva es aquella que resuelve en el fondo el problema planteado ante el Juez.

Con posterioridad a la sentencia nos encontramos nosotros ante el problema de la cosa juzgada, de cuándo se dice que una sentencia ha causado estado. Cuando una sentencia ha causado estado, lo puede ser por dos cosas: por ministerio de la ley o por conformidad de las partes, no interponiendo el recurso respectivo; o bien, haber sido desechado éste, y no existir ningún recurso, entonces se aplica el adagio romano: *res judicata pro veritate habetur*, la cosa juzgada se tiene por verdad legal, principio que tiene una importancia decisiva en toda la organización judicial, principio inspirado en una utilidad práctica: sería inútil que una cosa que ha sido resuelta, que una cosa que ha sido decidida, pudiera volverse a someter al conocimiento de los tribunales, viniendo a crear situaciones antagónicas. ¿Cuál sería la solución que se daría a un problema que hubiese sido decidido por tribunales competentes, en distintas épocas y en distinta forma, uno condenando y otro absolviendo? En realidad se vendría a

crear una situación embarazosa. Entonces se creó este principio de que la cosa juzgada se tiene como verdad legal; no se admite prueba en contrario, no obstante que esa sentencia sea contraria a la verdad, que haya pruebas que vengan a desvirtuar lo que dijo el Juez. El orden público impone, exige que esas controversias terminen con la resolución dictada por el Juez.

Las sentencias causan estado por ministerio de la ley, cuando la misma ley establece que no hay recurso contra ellas; por ejemplo, sentencias pronunciadas por Jueces de única instancia, Jueces de paz, Jueces menores de paz que conocen hasta una cantidad de doscientos pesos, menores que conocen de doscientos a mil pesos. Las sentencias causan estado en materia civil cuando admiten una segunda instancia por conformidad de las partes, conformidad que puede ser expresa o tácita; expresa cuando en una forma categórica manifiestan su conformidad con la sentencia dictada; tácita cuando dejan transcurrir el plazo establecido por la ley para promover un recurso. Las sentencias de segunda instancia, dice la ley, causan estado por ministerio de la ley, porque dentro de nuestro sistema procesal no se admite una tercera instancia. La sentencia del tribunal superior, de los tribunales de apelación, causan estado por ministerio de la ley desde el momento en que se dicta la resolución, confirmando o modificando la sentencia del tribunal inferior; esto se tiene por verdad legal. Cabe la excepción del juicio extraordinario de garantías, que no es propiamente un recurso procesal, sino un juicio en el cual se ventila únicamente el cumplimiento de la Constitución. No se va a examinar el negocio mismo, sino si la sentencia

fue ajustada a las normas constitucionales. Entonces, en virtud de ese juicio extraordinario que no puede ser equiparado a un recurso procesal, se viene a dejar sin efecto aquel acto que es contrario a las garantías constitucionales, por haberse vulnerado las garantías establecidas por la Constitución.

### MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Veíamos o cuando menos apuntábamos en clases pasadas, que el juicio de amparo había venido a sustituir al juicio o recurso de casación. Los artículos 14 y 16 constitucionales son de tal manera amplios que permiten que se revise todo lo actuado por tribunales inferiores con pretexto de una inexacta aplicación de la ley, con pretexto de que no se han llenado las formalidades especiales del procedimiento, de una falsa aplicación de un artículo determinado. En realidad la Suprema Corte se está sustituyendo a los tribunales que han decidido esa controversia, debiendo velar por el cumplimiento de la Constitución. Esas son pues las sentencias y la forma en que éstas producen efecto.

Nos vamos a ocupar de lo relativo a la prueba. Planiol, en su libro al alcance de ustedes, hace un estudio sobre la prueba en derecho en unas cuantas hojas, sumamente claro, sumamente preciso, y resumiendo la Teoría general de la prueba. Los que tengan interés sobre este problema de gran trascendencia en la vida práctica, pueden ver el tratado de Bonnier sobre las pruebas; pueden ver también un estudio, un tomito del Lic. Mateos Alarcón sobre la prueba; pueden ver el Martirol, el Framarino y Malatesta.

Planiol define la prueba como todo procedimiento que se hace valer ante un Juez para llevarlo al conocimiento de la verdad de un hecho. Los principios de prueba, como otros muchos del derecho, se encuentran inspirados en el derecho romano. *Onus probandi ei incumbit actori*, decían los romanos, al mismo tiempo agregaban a esta sentencia de Paulo esta otra: *reus in exceptione actor est*: el demandado por lo que respecta a las excepciones que hace valer es considerado como actor con respecto a la prueba. *Actore non probante, reus est asolvendus*, si el actor no prueba su acción, el demandado debe ser absuelto. Este es uno de los principales problemas que se presentan en materia de prueba. ¿A quién corresponde la carga de la prueba, quién es el que tiene obligación de probar el juicio? El que afirma es el que tiene obligación de probar, así lo establece nuestra ley; pero hay muchos casos en que una negativa implica una afirmación. Por ejemplo, en el caso de que se diga “no debo”, negativa, pero implica un acto positivo, el haber pagado. Entonces, la carga de la prueba de haber pagado incumbe a aquél que en forma negativa está haciendo una afirmación.

Generalmente por una mala interpretación, por una falsa generalización, se dice que sólo las afirmativas están sujetas a prueba, que las negativas en ningún caso deben de probarse. Esto es erróneo, es una creencia vulgar, pero que no necesita ni un análisis lógico ni un análisis jurídico ni histórico, tomando como base los textos romanos que han inspirado esta afirmación. Tan fácil es que yo demuestre que estuve en la Escuela de Jurisprudencia hoy a las 8 de la mañana, como que no estuve a esa hora en esta Escuela; es una negativa, pero una

negativa de un hecho definido, una negativa de un hecho preciso. En cambio, la negativa se hace imposible de probar cuando es indefinida; así, por ejemplo, será imposible probar el que se me diga: “demuestra que no le has pagado a Pedro Hernández la cantidad que le debes desde hace diez años”; es un hecho indefinido, necesitarían haber estado constantemente conmigo una o varias personas, que no se hubiesen separado, para demostrar que yo no había cubierto esa cantidad; todavía más: haber hecho el pago por medio de otra persona. Asimismo sería imposible que yo, propietario de una casa, demostrara que un inquilino no me había pagado; en ese caso él es quien tiene que demostrar que ha pagado, hecho preciso, definido. Ya desde el derecho romano se decía que las negativas estaban sujetas a prueba, y que si en algunos casos la negativa era imposible de probar, esto se derivaba no de la negativa misma, sino de que era un hecho indefinido. Estos son los principales fundamentos en materia de prueba con respecto a la carga.

Pero nos encontramos luego: ¿qué cosa es lo que está sujeto a prueba? Solamente los hechos están sujetos a prueba.

El derecho no está sujeto a prueba; la razón es obvia; si nosotros hemos visto que existe en el derecho la presunción *jure et de jure*, que todo el mundo conoce el derecho, entonces no habría necesidad de probar la existencia de un artículo cuando la ley está presumiendo que todo el mundo lo conoce. Sin embargo, este principio general admite una sola excepción, y se refiere al derecho cuando éste es extranjero; entonces el derecho está sujeto a prueba.

Yo, Juez de la Capital, de la Ciudad de México, no estoy obligado a conocer el derecho vigente en Japón, en China, etcétera, luego entonces la persona que invoque un precepto de esas legislaciones tendrá la obligación de probar la existencia y vigencia del precepto legal invocado; único caso en que el derecho está sujeto a prueba, pero no se refiere al derecho vigente en el lugar en donde se está aplicando la ley, sino al derecho vigente en el extranjero.

Todavía dentro de la materia de la prueba nos encontramos nosotros estos dos extremos, estos dos sistemas que se han seguido: un sistema de libertad absoluta en materia de prueba, y un sistema restringido o limitado de los medios de prueba. Por ejemplo, en el Código de Procedimientos de 1884 se seguía un sistema restringido de prueba. La ley limitaba los medios de prueba, aquello que la ley reconocía como prueba. En cambio, existen otros principios, existe un sistema antagónico en virtud del cual se pueden aportar todas las pruebas que se deseen con tal de que tengan relación al principio controvertido y puedan llegar al convencimiento del Juez en la materia de que se trata. El artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles establece este sistema: “Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero: sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley, ni sean contrarias a la moral.” Libertad absoluta en materia de prueba. El artículo 289 establece los medios de prueba reconocidos por la ley:

La ley reconoce como medios de prueba: I.- Confesión; II.- Documentos públicos; III.- Documentos privados; IV.- Dictámenes periciales; V.- Reconocimiento o inspección judicial; VI.- Testigos; VII.- Fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos, y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia; VIII.- Fama pública; IX.- Presunciones; X.- Y demás medios que produzcan convicción en el juzgador.

Veán ustedes cómo entonces nuestro Código de 1932 está inspirado en el sistema de libertad absoluta con respecto al juzgador, no teniendo esta libertad sino dos limitaciones: el que las pruebas no sean contrarias al derecho, es decir, prohibidas por éste, por ejemplo, tratándose de la investigación de la paternidad, en que se limita la investigación a determinados actos; y que las pruebas no sean contrarias a la moral, por ejemplo, tratándose de la nulidad del matrimonio, que se ejecuten determinados actos que la sociedad y la moral repugnan, la reproducción de determinados actos que han engendrado una causa de divorcio, esto es, una limitación impuesta por las buenas costumbres, por la moral; pero dentro de ese límite, la libertad del Juez es una libertad absoluta.

Aún nos encontramos otro principio fundamental en materia de prueba. La prueba, cómo veíamos cuando hablábamos del procedimiento oral, como veíamos cuando hablábamos del procedimiento escrito, puede estar sujeta a determinadas reglas para la valorización de la misma: la prueba puede ser estimada sin ninguna regla, sin ningún cartabón, sino simplemente debe de ser estimada de acuerdo con los dictados de la conciencia, como *homne bueno*, como decían

*Las Partidas*; como hombre y no como Juez, no como jurista, sino simplemente de acuerdo con el sentimiento de equidad. Tienen ustedes un ejemplo en nuestro Código, el capítulo relativo al valor de la prueba, capítulo VII, comprendiendo desde el artículo 402 al artículo 424, estableciendo que los documentos no son prueba sino contra aquél que los ha hecho, que los ha reconocido; cómo la confesión prueba plenamente en contra del que la hace; cómo la testimonial queda al arbitrio del Juez estimar el valor de la misma, cómo la inspección judicial hace prueba plena, etcétera, reglas precisas para fijar la prueba. Cómo siguiendo el sistema de los glosadores y después de los postglosadores, el dicho de un testigo no prueba: *unus testis nullus testis*; sin embargo, admitiéndolo como excepción cuando el testigo es ofrecido por las dos partes. En fin, un sistema rígido de apreciación de la prueba.

Encontramos también que hay esta discrepancia en materia de prueba: generalmente en los sistemas que han servido de base a nuestra organización, el Juez no puede atenerse sino a las constancias procesales; en cambio, tienen ustedes el sistema seguido por el derecho sajón, el americano, en el que el Juez no debe sujetarse a las constancias procesales; ellos tienen esta máxima como línea de conducta con respecto al juicio: el Juez no puede ignorar como Juez aquello que conoce como hombre; así, si no se ha aportado determinada prueba para llevar al convencimiento del Juez, un hecho que es público y notorio, un hecho que todo el mundo conoce, el Juez, si se sujeta al examen de las constancias procesales y no puede llegar a establecer en su sentencia la existencia de ese hecho que no

conoce en la causa, pero que está informado de su existencia fuera de la causa misma, de acuerdo con el principio del derecho americano, el Juez podría resolver no obstante que no se hubiese rendido ninguna prueba con respecto a ese hecho, porque lo sabía como hombre, y como Juez no podía ignorarlo.

En materia de prueba, que es uno de los puntos más complicados del derecho procesal, harán ustedes un examen de cada una de las categorías que hemos señalado y que la ley admite como prueba; por lo pronto diremos que ha habido autores que creen que en el fondo no existen esas diversas categorías de prueba, de confesión, de documentos públicos, documentos privados, de peritos, de inspección judicial, de testigos, de fama pública, etcétera. Ellos creen que en realidad todas las pruebas no son sino una prueba presuncional. ¿Qué cosa es lo que se hace cuando se presenta un documento suscrito por una persona? Se llega a la presunción del Juez de que aquella persona, al suscribirlo, al redactarlo, manifestó la verdad. Cuando una persona confiesa un hecho siguiendo las reglas ya establecidas por el primitivo derecho de que sean derechos personales, de que sean contra él, de que se tenga capacidad, etcétera, no se llega a la presunción sino de que aquella persona no declararía en su contra si no fuera cierto lo que ha declarado, caso de la prueba confesional. Entonces, todos los medios de prueba se reducen a simples presunciones del Juez. Cuando se trata de un instrumento público se le da una prueba plena, porque ha intervenido un funcionario del Estado que no tiene interés en testificar o atestiguar determinado hecho, de manera que establece la presunción para el Juez de que esa persona

ajena a la contienda de las partes ha manifestado en el instrumento público la verdad de los hechos. En realidad, no se trata sino de una simple presunción, todos los medios de prueba no son sino presunción para el Juez. De acuerdo con la definición admitida por Planiol de que prueba es todo procedimiento que se hace valer ante un Juez para llevarlo al conocimiento de la verdad de un hecho, en realidad se están estableciendo presunciones para llevar al Juez al convencimiento de la verdad del hecho. Esto es, a grandes rasgos, lo que nosotros podemos decir de la materia relativa a la prueba, la cual tiene una importancia decisiva en la determinación de los conflictos que se someten a los tribunales.

Con esto damos por terminado el estudio ligero, breve, de la materia procesal, naturalmente a reserva de que ustedes lo vean en detalle en el curso respectivo, y con ello el estudio de la primera parte de nuestro Curso.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en mayo de 2009 en los talleres de Grupo Noriega Editores, Balderas núm. 95, Col. Centro, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06040, México, D.F. Se utilizaron tipos English111 Vivace en 68.2 puntos y Goudy Old Style en 10, 12, 12.5, 13 y 14 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares impresos en papel couché mate de 100 grs.

