



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL FRAUDE PROCESAL CIVIL

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO
PRESENTA:
CARLOS MIGUEL JIMENEZ MORA

DIRIGIDA POR EL DOCTOR GABRIEL MORENO SANCHEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.,

2005

m349138

*Para mi esposa Nelly Patricia Álvarez
Rodríguez, compañera de toda la vida
con amor dedico la presente investigación*

*A mi hija Montserrat Jiménez Álvarez,
con amor y esmero sirva de ejemplo este trabajo
en su formación académica*

*A mi hijo Carlos Jiménez Álvarez,
con el amor de padre vea en este
modesto trabajo horizontes en su vida
de estudiante.*

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la
UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el
contenido de mi trabajo recepcional.
NOMBRE: Carlos Miguel
Jiménez Mora.
FECHA: 17-10-05
FIRMA: [Firma]

*A mi madre Luz Maria Mora Ochoa,
por su amor desmedido en su esfuerzo
y dedicación de superarme.*

*A mi padre Lic. Miguel Jiménez
Parra, por su consejo preciso
en la elaboración de este trabajo.*

*A mis hermanos Virginia, Miguel Angel y
Luis, fraternalmente.*

*A mis suegros Miguel Alvarez
Hernández y Maria de Jesús Rodríguez
García, por su invaluable apoyo.*

*A mis tios Enrique, Maria Virginia, Rafael
Jiménez . Afectuosamente.*

*A la Mag. Lic. Laura Pérez Rios,
Quien ha sido para mi una segunda
madre, en su ayuda inquebrantable
en mi realización profesional y acade
mica durante toda mi vida.*

*Al Dr. Moisés Hurtado González
Por sus enseñanzas que perduran
en mi dedicación y estudio al
Derecho Civil.*

*Agradecimiento especial al Dr. Gabriel
Moreno Sánchez, por su invaluable
motivación y ayuda en la debida conduc-
ción en la realización de la presente
investigación.*

*Al Dr. Fabian Mondragón Pedrero
Por su catedra de Derecho Probatorio
que estimulo y contribuyo en
la inspiración de este trabajo.*

*Al Dr. Cipriano Gómez. Lara,
Maestro emérito de nuestra
querida Facultad de Derecho,
con cariño y respeto.*

*A mi maestro de toda la vida
Lic. Nelson Everardo Ávelo
Por todos estos años en com-
partir su lógica jurídica, cris-
talizada en varios pasajes de
este trabajo.*

*A mis colegas y amigos de siempre a los Sres.
. Licenciados: Sergio Tomas Mancera
Raymundo Buseey Saucedo, Enrique Yañez
Mancera y José Luis Cárdenas Díaz.
Con todo mi afecto y estimación.*

*A las Doctoras Guadalupe Angelica
Carrera Dorantes y Maricruz Santa-
na Solano, por sus interesantes ob—
servaciones metodologicas a este trabajo.*

*A mis cuñados : Alejandro, Leonardo, Luis ,
Perla, y Maricela Alvarez, Con cariño y
estimación.*

*A todos mis maestros con respeto y
Admiración.*

In memoriam a los Sres. Licenciados :
Juan Jiménez Parra.
Antonio Aramburu de la Cuesta.
Joaquín Pérez Cárdenas.
Tomas Aramburu de la Cuesta.

EL FRAUDE PROCESAL CIVIL.

INTRODUCCION

I. GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD POR FRAUDE.

| | |
|--|----|
| I.1. Breve Referencia Histórica. | 1 |
| I.2. Algunos Criterios de Separación de la Responsabilidad Civil de la Penal. | 28 |
| I.3. El Dolo Penal y el Dolo Civil. | 33 |
| I.4. Estado Actual de la Jurisprudencia..... | 43 |

II.- UN ENFOQUE DE LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

| | |
|---|----|
| II.1. Factores de Atribución. | 45 |
| II.1.1. El Error. | 45 |
| II.1.2. El Dolo. | 47 |
| II.1.3. La Culpa. | 48 |
| II.1.4. La Antijuricidad. | 53 |
| II.1.5. La Imputabilidad. | 56 |
| II.1.6. El Daño. | 58 |
| II.1.7. El Nexos de Causalidad. | 59 |
| II.2. La Influencia de la Teoría de la Culpabilidad Penal en la Culpa Civil. | 60 |

| | |
|--|----|
| II.3. Factores de Exclusión de Responsabilidad. | 61 |
| II.3.1. El Estado de Necesidad. | 61 |
| II.3.2. El Derecho de los Incapaces. | 62 |
| II.3.3. El Cumplimiento de un Deber. | 63 |
| II.3.4. El Ejercicio de un Derecho. | 64 |

III.- LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO, LA COSA JUZGADA Y EL FRAUDE PROCESAL CIVIL.

| | |
|--|-----|
| Introducción. | 67 |
| III.1. La Seguridad Jurídica. | 74 |
| III.1.1. Contenido de la Naturaleza Jurídica del Fraude Procesal. ... | 84 |
| III.1. 2 La Acción de Simulación del Negocio Jurídico. | 85 |
| III. 1. 3. Acción Pauliana en Fraude de Acreedores. | 97 |
| III.1.4. La Teoría de las Nulidades de los Actos Jurídicos. | 110 |
| III.2. La Certeza. | 124 |
| III.3. El Bien Común. | 133 |
| III.4. Las Reglas de Observancia Obligatoria en el Proceso Civil. ... | 141 |
| III.4.1. Principio Dispositivo. | 142 |
| III.4.2. Principio de Estricto Derecho. | 143 |
| III.4.3. Principio de Congruencia. | 144 |
| III.4.4. Principio de Concentración. | 145 |

III.5. La Cosa Juzgada Material y la Cosa Juzgada Formal.148

III.6. El Principio *non bis in idem* y la Cosa Juzgada.156

IV.- ALTERNATIVAS ACTUALES PARA EXIGIR EL RESARCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PROCESAL CIVIL.

Introducción.159

IV.1. Base Constitucional.176

IV.1.1 Juicio de Amparo180

IV.2. Sistemas Adoptados por las Leyes Procesales Civiles Locales.183

IV.3. Estructuración del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. La Reforma Legislativa de 27 de enero del 2004, al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y la Reglamentación de la Acción de Nulidad del Juicio Concluido.184

IV.4.1. La Sistemática de la Responsabilidad Procesal.195

IV.4.2. Propuesta de Regulación del Fraude Procesal Civil en la Nulidad de Juicio Concluido.199

CONCLUSIONES.....202

FUENTES DEL CONOCIMIENTO

I Bibliografía

II Hemerografía

III Otras Fuentes.

INTRODUCCION.

Entre la nutrida temática del Derecho de las Obligaciones, se encuentra el referente a los hechos ilícitos en fraude de acreedores, que se manifiestan en el Derecho Procesal Civil, como fraude procesal y constituye un medio de simular un proceso sin violar la letra de la ley, con una voluntad aparente de sujetos procesales encaminados a un fin: generalmente defraudar a un tercero, que en una amplia acepción es aquel que pudiendo ser parte, al privársele de su derecho de ser oído y vencido en juicio en legal forma, con motivo de fraude procesal se le provoca un perjuicio en su patrimonio.

Independientemente de lo anterior, el fraude procesal no solo afecta a terceros, sino a las partes e incluso a los servidores judiciales intervinientes en el procedimiento, que son sorprendidos por el autor del fraude, mediante simulación o disimulación de actos.

El deber de resarcir el patrimonio de la víctima con motivo de ese desequilibrio patrimonial es la finalidad civilista, mediante la acción restitutoria de la cosa defraudada y la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, a diferencia de la responsabilidad por fraude penal, la sanción es la pena corporal, por eso la investigación se centra en la problemática de la falta de una debida sistemática jurídica de la nulidad de la cosa juzgada a la que el autor denomina fraude procesal civil.

En el capítulo primero se abordan las generalidades del fraude en relación con los actos procesales, en su tratamiento se hace referencia a un marco histórico en el que el nacimiento de la obligación civil surge del delito privado del Derecho Romano. Para el desarrollo histórico de la obligación civil, surgen las interrogantes de cuándo y donde nació el concepto de las obligaciones que fue desarrollándose a través de los siglos, surgiendo inicialmente en la Ley de las XII Tablas, en la que se ubica la obligación delictual, siendo oportuno señalar que el delito es la fuente más antigua de obligaciones evolucionando y perfeccionándose en el derecho clásico y post-clásico, representándose en el derecho Justiniano y de alguna manera en la magistral obra del tratado de las obligaciones de Savigny, reinterpretaor del derecho romano que llega hasta nuestros

tiempos, como un legado imperecedero para los que nos dedicamos al Derecho.

Por ello el capítulo primero se abordan las siguiente secuencia: fuentes de las obligaciones, definición de la obligación, (*shuld - debitum*) y (*haftung-responsabilidad*) . Delitos y cuasidelitos . *Fraus creditorum* . Fraude procesal. El derecho procesal romano.

Para la exposición civilista en relación a la génesis de la obligación, interesan los delitos privados y no los crímenes que maneja el *ius honorarium*.

La obligatio ex delicto, es por tanto, la obligación estrictamente personal que vincula al ofensor respecto del ofendido constriéndolo a sufrir pena pecuniaria. En el *ius civile* surgía de los cuatro delitos típicos: *del furtum*, de la rapiña (*bona vi rapta*) *de la iniuria* y *del damnum iniuria datum*, conocidos el primero y tercero por la costumbre antiquísima y reprimidos ambos por la Ley de las XII Tablas, previsto por una ley comicial muy antigua *Lex Aquilia*, conocida la segunda para el caso de hurto.

Queda de manifiesto que las obligaciones nacidas de delito, fueron adoptadas al *ius civile* mediante la labor pretoriana, pero en su forma primitiva no se presenta una sanción rigurosa de la sanción proveniente del ilícito penal con el civil.

Conviene detenernos en la institución romana *damnum iniuria datum*, para catalogarla como los delitos de daño y es propiamente la pérdida que sufre el propietario por detrimento de una cosa que le pertenece por daño causado injustamente. Aparece tipificado por un plebiscito quizá del 286 A.C., que tiene especial importancia para la elaboración jurisprudencial posterior : *La Lex Aquila de Damno*. La diferencia con otras acciones penales que presuponen el dolo del demandado también se hacia extensiva por actos de negligencia.

La Actio Legis Aquilae, tiene como fin que se indemnice por los daños causados al culpable; es una acción reipersecutoria aunque tenga matiz penal, por ello bajo Justiniano era una acción mixta. Por la *rei persecutoria* se obtiene el valor de la cosa, por la acción penal una satisfacción o una suma a titulo de pena.

También otra institución pretoriana es el fraude, *la actio de doli* y *exceptio doli*; se empleaban formalmente contra el autor del fraude, su eficacia se hacía depender en primer lugar de que la víctima del fraude enderezara la acción en contra del adversario culpable del fraude y no en contra de la víctima del fraude y su objeto es también la indemnización.

Los textos romanos aportan que la *actio de dolo malo* fue una acción creada por *Aquilio Galo*, pretor en el año 66 A.C., también se señala que el término *actio de dolo* significa simulación (según Cicerón). Aunque *Labeon* utiliza las palabras *circunveniere* y *fallare* en una acepción muy amplia en la que no solo comprende la simulación sino también todo daño voluntario causado por maquinación, fraude y engaño, dicha definición fue aprobada por *Ulpiano*.

Bajo este contexto, se realiza un análisis comparativo del dolo civil y dolo penal, de lo que se infiere que hay diferencias entre ambos intentos de distinguirlos en cuanto al contenido; y, se advierte que no existe diferencia alguna puesto que el elemento característico en ambos casos es la maquinación del agente defraudador, llevando consigo el error en que es inducida la víctima, y aunque en el antiguo derecho romano la sanción tampoco se presentaba bien diferenciada entre el dolo penal con el civil, en la actualidad la sanción es el tópico que diferencia ambas jurisdicciones (civil y penal); en el primero se identifica el deber de resarcir mediante una acción persecutoria de la cosa defraudada con el correspondiente pago de indemnización por daños y perjuicios proveniente de fraude procesal; en cambio, en el campo penal, la diferencia estriba en la sanción que lo es la pena corporal, establecida por la leyes penales.

II.- En el segundo capítulo se analiza de manera particularizada y en una investigación objetiva las generalidades de los elementos que integran la teoría de la responsabilidad civil, la influencia de la estructura de la culpabilidad penal en la civil, en la que de acuerdo a los estudiosos del tema, determinan que la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad pertenecen a la teoría general de la responsabilidad, aplicable a todas las materias del derecho. En este mismo capítulo, también se analiza las excluyentes de responsabilidad, el derecho de los incapaces y de los menores no emancipados.

III.- En el capítulo tercero, se hacen resaltar los fundamentos ius-filosóficos en el tratamiento de los temas referentes a seguridad jurídica, certeza y bien común a través de un estudio comparativo entre las escuelas naturalistas y positivistas, en el que aún cuando viven en una aparente antinomia el análisis es concluyente de que la ley positiva debe contener un mínimo de derecho natural para su debida aplicación, ya que de lo contrario da lugar a su reclamo por parte de la escuela naturalista, cuando ese contenido mínimo no es asimilado por vía legislativa.

La estructura positivista contemporánea se encuentra sustentada en principios, reglas y praxis judicial; cuando el juez enfrenta el problema para su aplicación en un sistema jurídico integrado por principios y reglas, resulta necesario para resolver la contienda, a falta de norma aplicable al caso y por no existir una jerarquía de valores, atender a los principios generales del derecho, en el punto que cause menos perjuicio y que son factores de optimización para la aplicación del orden jurídico en beneficio del justiciable para una sentencia apegada a derecho.

Otro aspecto interesante en este apartado es el análisis de la cosa juzgada material y formal así como sus diferencias, las cuales se reflejan cuando una sentencia no resuelve el fondo del negocio; empero, cuando la sentencia adquiere la categoría de cosa juzgada, trae como corolario: la obligatoriedad en el caso resuelto y el carácter prohibitivo del reexamen del fallo, por ser una garantía procesal y que protege el Poder Judicial, bajo el principio *non bis in idem*.

Sin embargo, cuando los participantes en el proceso civil, actúan ilícitamente, se constituye el fraude procesal. Para analizar la naturaleza jurídica del fraude procesal el investigador estudia sus formas constitutivas, esquematizando las figuras sustantivas: la simulación de actos jurídicos y los actos ejecutados en fraude de acreedores, denominado también por la doctrina el *fraude pauliano*.

En relación a la extinción del fraude procesal, la acción de nulidad de juicio concluido es uno de los medios para destruir la cosa juzgada fraudulenta, y que desde el antiguo derecho romano constituía una acción restitutoria.

IV.- En este último capítulo, el autor realiza una propuesta de alternativas para exigir el resarcimiento mediante la responsabilidad civil, enfoca su estudio desde una base constitucional, en la que de acuerdo a la estructura de poder, compete al Poder Judicial, la protección de los derechos civiles, frente a las intervenciones de los otros poderes, de ahí que si funcionarios de los poderes legislativo y ejecutivo, se encuentran involucrados en fraude procesal civil, están sometidos a la jurisdicción del juez que conozca de la causa, en una primera instancia; y, sujeto a revisión el fallo, a través de un recurso de apelación, de existir violación a las garantías individuales, corresponderá a los Tribunales de la Federación, amparar y proteger al particular afectado, para la restitución del uso y disfrute de la garantía violada.

Se propone un catálogo de conductas dolosas constitutivas de fraude procesal y que sirven para prevenirlo y sancionarlo, ya que su reglamentación es de derecho público, es restrictiva y no flexible, ya que de lo contrario perdería estabilidad el principio de la cosa juzgada.

Finalmente, se propone la reestructuración de la regulación normativa del fraude procesal para el logro de las finalidades de la figura.

I. GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD POR FRAUDE.

I.1. Breve referencia histórica.

Definición.

Entre la amplia gama de temas de la teoría general de las obligaciones, se encuentra al relativo al nacimiento de las obligaciones por hecho ilícito, cuestión que lleva consigo las interrogantes de cuándo y cómo nace la obligación, que es incluso tema de reflexiones filosóficas para la aplicación del derecho, con el objeto de conservación de un orden social y que es menester abordar como punto de partida de esta breve reseña histórica.¹

Para el desarrollo histórico de la obligación en su nacimiento surgen las interrogantes dónde, y cómo y cuándo nació. Desde el antiguo Derecho Romano, aparece el tema de las obligaciones, que fue desarrollándose a través de los siglos, surgiendo inicialmente en la Ley de las Doce Tablas, en la que se ubica la obligación delictual, siendo oportuno señalar que el delito es la fuente de la obligación más antigua, evolucionando y perfeccionándose en el derecho clásico romano y postclásico, representándose en el derecho justiniano y en la magistral obra del Tratado de las Obligaciones de Savigny, reinterpretador del derecho romano, que llega hasta los tiempos que corren como un legado impercedero para quienes nos dedicamos al derecho.

Por ello, para el contenido del presente apartado el tema a desarrollar, seguirá la siguiente secuencia: fuentes de las obligaciones: *definición de la obligación, shuld (Debitum y haftung (responsabilidad). Delitos y cuasidelitos. Fraus creditorum. Fraude procesal.*

También se destacarán los sistemas procesales romanos: *legis acciones* o acciones de la ley; procedimiento formulario y

¹ CFR F.G.W. HEGEL en su obra Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o Compendio de Derecho Natural y Ciencia del Estado, Madrid, España, 2000, Ed. Biblioteca Nueva, S.L. s/e, así como HANS KELSEN en su teoría del Derecho y del Estado,, 2ª. Edición, UNAM, México, 1988, "han enseñado que la aplicación del ordenamiento jurídico nace precisamente del hecho ilícito".

procedimiento extraordinario.

Medios de ejecución: *Manus Injectium. Pignus causa Judicari Captium. Actio iudicati.*

Etimológicamente *obligatio* tiene su antecedente en la palabra *obligari de obligari*, relativamente antigua (aparece ya en las comedias de *Plauto*), y significa atar. En la época clásica *obligatio*, con origen en la palabra latina *obligationis*, que a su vez viene de *ob* y *ligo-as-are*, que significa también atar, fue un término jurídico bien conocido y lo mismo que *obligare*, usado en relación con cosas y personas (*obligatio rei, obligatio personae*). *Obligatio obnis (de ob y ligo)*. Para Cicerón acción de implicar, de enredar en un proceso. Para Gayo y Ulpiano, obligación jurídica, deber. Hemos de advertir que los juristas clásicos no definieron la obligación.

De las instituciones de Justiniano. *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*; que se traduce: obligación es un vínculo del derecho, por el cual somos compelidos a pagar alguna cosa, según las leyes de nuestra ciudad. 2) (Libro III, Título XIII). *De obligationibus*.²

En esta discutida definición, destaca el vínculo jurídico que esta en relación con el primitivo carácter de la *obligatio*. Una persona se vincula o se somete a otra por el acto del *nexum*. Este antiguo y desconocido acto, relacionado con la *mancipatio*, consiste en una automancipación o sometimiento de una persona a otra para garantizar una deuda propia o ajena.

De lo anterior, surge la inquietante pregunta: ¿Qué es la obligación? apareciendo la respuesta con base en las instituciones de Justiniano, según la explicación de las mismas por el autor francés M. Eugenio Lagrange que presentamos: La obligación es un vínculo de derecho que nos compele individualmente por los medios que da el derecho civil, a la necesidad de verificar alguna cosa.

La obligación establece un lazo entre particulares o una relación individual entre dos personas (*vinculum speciale*); constituye lo que se llaman los derechos personales, en oposición a los derechos

² Cfr. Instituciones del Emperador Justiniano. Madrid, 1903, Pedro Flavio; con la traducción al castellano por ISMAEL CALVO Y MADROÑO, Centro Editorial de Góngora, s/e, p.197.

reales.

El derecho civil, comprende aquí al derecho honorario. Tómese en el sentido más lato, en oposición al derecho natural o de gentes, y sirve para indicar que el hecho que lleva consigo un deber moral o una obligación natural, no bastaría para constituir una obligación propiamente dicha, si el derecho de la ciudad no hubiere dado el carácter obligatorio.

El objeto de la prestación, bien tenga esta obligación por objeto transmitir la propiedad de una cosa (*ad dandum aliquid*), bien consista en hacer (*ad faciendum*) o en procurar el goce (*ad proestandum*), L.3,D, de oblig et act. La palabra *proestare*, que se aplica a veces a toda especie de prestación y a todo lo que puede ser objeto de obligación, oír ejemplo la antigua *emptio vendictio*, la obligación del vendedor no era precisamente transmitir la propiedad sino procurarle una posesión pacífica y útil de la cosa.³

Otra interesante definición lo es la contenida en el Digesto, y según Luis de Gasperi, aparece una cita que se transcribe "D.XLIV, Tot 7, ley 3, "*obligationum substantia non in-eo consistit ut aliquid corpus nostrum (aut servitatem nostram) faciat, sed ut alium nobis obstringant at dandum aliquid, velfaciendum, velprestandum*. La esencia de la obligación no consiste en convertir algo en cosa o servidumbre nuestra, sino compeler a otro para darnos, hacernos o prestarnos algo.⁴

De todo lo anterior, es de mencionarse en el concepto de obligación que en virtud de una relación jurídica una o varias personas, por un lado tienen derecho de exigir el cumplimiento de una determinada prestación o la ejecución de una serie de actos en su favor o una equivalente satisfacción patrimonial de una u otras personas que tienen el deber de cumplirla y que responden de ello con su patrimonio.

Del análisis del concepto de obligación, se desprende que el

³ Cfr. LAGRANGE, M. Eugenio, Manual de Derecho Romano, Explicación de las instituciones de Justiniano, Madrid 1870, Librería de Victoriano Suárez, s/e, p. 437 y 438.

⁴ Cfr. GASPERI, Luis de Tratado de las obligaciones en el derecho civil; Buenos Aires, 1945, Paraguay o Argentino. Edit. De Palma, S/E, p.89.

deber que tiene el deudor de cumplir con su obligación, como quedó mencionado, no es la cosa material sino el deber jurídico de realizar la conducta objeto de la obligación, esto es dar, hacer, o no hacer, prestar o tolerar.

Schuld (*debitum*) y Haftung (responsabilidad). La dogmática moderna distingue en la obligación dos elementos constitutivos que conforman la obligación: Schuld y Haftung, en la terminología germana débito y responsabilidad, *debitum* y *obligatio*. Preponderantemente expresa el Dr. Guillermo Floris Margadant que de acuerdo a Brinz, representante de la Escuela Pandectística Alemana, son: 1) El débito, es el deber de realizar una determinada prestación, y por otro lado 2) La responsabilidad, que surge cuando el deudor no cumple; nace la acción ejecutiva sobre sus bienes.⁵

De acuerdo al Diccionario del Derecho Romano, las fuentes del derecho se distinguen con respecto al derecho romano, en fuentes de producción y fuentes del conocimiento. Fuentes de producción son las actividades de colectividades o personas individuales creadoras del derecho, tienen ese carácter la *consuetudo*, *lex*, *senatus consultum*, *plebiscito*, constituciones imperiales, *edictum*. Son fuentes del conocimiento todos aquellos elementos que puedan ofrecer datos sobre el mismo, por ejemplo, el propio texto de las leyes, obras jurídicas y literales.

Las invocadas Instituciones de Justiniano en su libro III, Título XIII, 2 señalan cuatro fuentes de las obligaciones. *Sequens divisio in quattuor species deducitur : aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu; aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. Harum aequae quattuor species sunt : aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu. De quibus singulis dispiciamus.* La división que sigue se hace en cuatro especies pues provienen de un contrato, o de un cuasi contrato, o de un delito, o de un cuasi delito.⁶

En una edad avanzada del derecho romano o el derecho actual, las obligaciones nacen de hechos lícitos y de delitos, y para ello se

⁵ Cfr. MARGADANT, Guillermo Floris. Derecho Privado Romano, México 2003, Editorial Esfinge, S.A. de C.V., Vigésima Sexta Edición, p. 309.

⁶ op cit. p. 197

agrega el cuasicontrato y el cuasidelito; el tratadista Eugéne Petit expresa: "las obligaciones se dividen en cuatro clases, según las fuentes de donde procedan. Nacen de un contrato, de un delito, como de un contrato o como de un delito. Así un heredero acepta una asociación estando obligado a pagar los legados. Sin embargo, no hay contrato; pero ha habido por su parte un acto de voluntad lícito que se aproxima al contrato y no al delito: su obligación *nace quasi ex contractu*. Una persona lleva a cabo un hecho ilícito que no entra en la categoría de los que el derecho romano califica de delitos: su obligación *nace quasi ex delicto*. Gayo reconoce, pues, implícitamente, cuatro fuentes de obligaciones civiles y ésta división está más claramente formulada en las instituciones de Justiniano".⁷

Esto se ilustra de acuerdo al siguiente esquema:

- a) El contrato, pacto lícito mediante acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Ejemplo: compra-venta, permuta, donación.
- b) El cuasi contrato, es el hecho de una persona permitido por la ley, que le obliga para con otra u obliga a otra persona para con ella, sin que entre ellas intervenga convención alguna. Por ejemplo, el que paga por error de hecho una cosa que no debe. La entrega de esta cosa es un hecho que obliga a aquel que lo ha recibido a devolverla al que se la ha entregado, aun cuando no se pueda decir que haya intervenido entre ellos convención alguna para la restitución de esta cosa. Por eso en el cuasi contrato no interviene el consentimiento sino que surge por voluntad de la ley o de la misma equidad.⁸
- c) Los delitos. Son la tercera causa que produce las obligaciones y se llama delito el hecho por el cual una persona por dolo o malignidad, causa perjuicio o daño a otra.
- d) El cuasi delito. Es el hecho por el cual una persona sin

⁷ Cfr. PETIT, Eugene. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, México 1977, traducido de la Novena Edición Francesa y aumentado con notas originales muy ampliadas en la presente edición por D. José Fernandez y González, Editorial Epoca, S.A., s/e, p.315-316.

⁸ Cfr. POTHIER, R. J. Tratado de las Obligaciones, publicado por Anales de Jurisprudencia. Colección Clásicos del Derecho. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, s/e, p. 71-72.

malignidad, sino por una imprudencia que no es excusable, causa algún daño a la otra.

Solo surgen los delitos y cuasi delitos cuando los que los cometen están dotados de razón, es decir, son capaces de cometerlos.

Así Rodolfo Sohm da el nombre de cuasi delito a una serie de hechos que, sin ser verdaderamente delitos, originan los efectos propios y peculiares de los actos delictivos, y, principalmente, la obligación de reparar los daños causados.⁹

La génesis histórica nace de la obligación delictual; en opinión de reconocidos autores, la obligación tuvo su origen en los delitos, esto es la obligación delictual, aunque es de mencionarse que en opinión contraria los deberes contractuales provenientes de contratos primitivos como el *nexum*, fueron los que originalmente generaron la obligatio, que por su evolución al final de la época republicana la idea de obligatio, se extiende de los deberes contractuales. Los llamados delitos privados, aquellos cuya sanción depende de la iniciativa el ofendido tendieron a resolver los actos de venganza y evitar la justicia por propia mano con el pago de una suma de dinero a título de composición que en principio era convencional entre ofensor y ofendido posteriormente impuesta por el estado, así que legalmente se determinó el monto correspondiente de la composición. Asienta el autor: Vincenzo Arangio Ruíz, ejemplo típico es el de las lesiones personales que entran en la categoría de *membrum ruptum*, disponiendo sobre ello la Ley de las XII Tablas: *si mebrum repsit ni cum eo pacit talio esto*. La Ley del Talió (ojo por ojo, diente por diente), representa ya un progreso frente a la ilimitación de la venganza primitiva; pero un nuevo y más importante progreso es señalado por la cláusula *ni cum eo pacit*, que reconoce oficialmente la facultad de la

⁹ “Cfr. RODOLFO SOHM, Instituciones de Derecho Privado Romano, México 1951, Editorial Gráfica Panamericana, S. de R.L., s/e, p. 258, así pone como ejemplo: El Juez—en la organización judicial de la época clásica, el jurado—que en la resolución o tramitación de un proceso incurre en culpa—*iudex qui litem summa facit*—, puede ser condenado equitativamente por los daños producidos—*quantum aequum iudici videbitur*—. La acción a este fin encaminada conceptuase como cuasi delictual, porque no solo se da contra la sentencias concientemente injustas, sino contra cualquier descuido leve que el Juez deslice en su actuación—*imprudencia iudicis*, por ejemplo, la advertencia de un término incurría en la aplicación de las normas sobre aplazamientos, etc. Mas no vaya a creerse que esta acción persiguiese, en modo alguno, las sentencias material o intrínsecamente injustas”.

composición convencional *cu meo pacit.*¹⁰

Explicadas que han sido las causas de las obligaciones, su proceso evolutivo de la obligación civil, apunta Bonfante que la obligación romana nació en tiempos arcaicos dentro del terreno de los delitos. Originalmente la comisión de un delito hacía surgir a favor de la víctima o de su familia un derecho de venganza, el cual mediante una composición podía transformarse en el derecho de la víctima o de su familia a exigir cierta prestación del culpable o de su familia.¹¹

Los delitos privados, se consideran aquellos que causaban daño a los particulares y que solo indirectamente perturbaban el orden público. La represión de estos delitos evolucionan desde la venganza privada, Ley del Talión, composición voluntaria, hasta llegar a la fijación de penas establecidas por la ley, es decir, se llegó a la conclusión de que los delitos privados afectaban la paz pública y que el Estado debía perseguirlos independientemente de la voluntad de las víctimas.

Distinguimos los delitos del antiguo *ius civile*: robo, rapiña, intimidación, dolo y *fraus creditorum*.

Así, concomitantemente el tema del fraude procesal, se debe de ubicar en el campo de los delitos, por ello y dada la concreción que se pretende, este surge de *la actio doli con la labor* pretoriana, por lo que a continuación expondremos la opinión de prestigiados romanistas, para ello tenemos el pensamiento de Arangio Ruíz, quien dice: "Consideramos el delito, en sentido propio, como una norma establecida en interés colectivo; por lo tanto, ello va unido a la acción pública intentada en nombre del Estado por funcionario dotado para ello (Ministerio Público), y que la pena publica consiste en una restricción a la libertad personal del delincuente o en una multa o suma entregada al Estado.

En cambio; en las relaciones entre particular y particular, esto es, entre transgresor y ofendido, es decir el delito civil, (coincida o no en los casos concretos con el penal), no se toma en consideración sino por el desequilibrio que eventualmente causa entre los patrimonios.

¹⁰ Cfr. ARANGIO Ruíz, Instituciones de Derecho Romano, p. 405-406

¹¹ Cfr. Apud MARGADANT, op cit. p. 308

Cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto, obliga al que ha cometido el hecho a resarcir el daño.

Es uniforme entre los romanistas dividir en dos vastas categorías los delitos públicos (*mas propiamente crimina*) y los delitos privados (*delictum*).

El delito público, verdadera infracción del orden social que ataca la *civitas* (parricidio, traición), da lugar a una persecución pública realizada primero en los comicios populares y después ante los jurados llamados *quastiones perpetuae* que remata en una pena publica (muerte, multa a pagar al erario, etc).

En cambio, *la obligatio ex delicto*, es por lo tanto, la obligación estrictamente personal que vincula al ofensor respecto del ofendido constringiéndolo a sufrir la pena pecuniaria, en el *ius civile* surgía de los cuatro delitos típicos: del *furtum*, de la rapina (*bona vi rapta*), de la *iniuria* y del *damnum iniuria datum*, conocidos el primero y la tercero, por la costumbre antiquísima y reprimidos ambos por la Ley de las XII Tablas; previsto por una ley comicial muy antigua (*Lex Aquilia*), conocida la segunda por un caso de hurto, mientras el pretor no proveyó con una acción especial.

En concordancia a ello, el romanista alemán Fritz Schulz, en su sección dedicada a las obligaciones ex delicto, refiriéndose a Gayo, se ocupa de las acciones *furti*, *vi bonorum raptorum*, *legis Aquilae e iniuriarum*. La *actio furti manifesti*, la *actio vi bonorum raptorum* y la *actio iniuriarum*, fueron acciones honorarias lo mismo que las acciones *legis Aquilae*, y a pesar de ello Gayo las llama *obligationes*. Aunque Gayo limitó en principio sus Instituciones al *ius civile*, siempre que la referencia le parece útil para conseguir su objetivo.¹²

Con ello queda de manifiesto que las obligaciones nacidas de delito, fueron adoptadas al *ius civile*, mediante la labor pretoriana pero en su forma primitiva, no se presenta una distinción rigurosa de la

¹² "Cfr. SCHULZ Fritz, Derecho Romano Clásico. España 1951, Edit. Bosch, s/e, p. 542-548, explica que en el lenguaje jurídico legado por los más destacados juristas *delictum* significa un acto antijurídico del que deriva iure civile una obligación penal, (*obligatio ex delicto*) y una acción penal (*civiles actio poenalis*). En lugar de *delictum* los jurista empleaban en sus discursos la palabra *malefisium*. *Delictum* y *obligatio ex delicto* fueron conceptos propios del *ius civile*, y existieron por ello acciones penales honorarias como la *actio doli*."

sanción proveniente del ilícito penal con el civil.

Continuando con el análisis de la obra de Schulz, alude que Gayo fue tal vez el inventor de esta nueva y vaga concepción de la *obligatio*, posiblemente considera los deberes derivados del *fideicomisum* como constitutivos de una *obligatio* (Gayo, 2184, *per fideicomisum obligenus*).

Por su parte, el distinguido romanista Alvaro D' Ors, señala a propósito de las acciones nacidas de delitos que suelen ser "privadas" en el sentido que solo la parte interesada las puede promover (D.3.3.42); pero algunas acciones pretorias (*actio de albo corrupto, sepulchri violati, de positis ac suspensis*, etc), son populares, puede promoverlas cualquiera persona. En algunos casos el mismo delito puede dar lugar a una acción privada y a un juicio público.¹³

Solo que para una exposición de derecho privado, interesan los delitos y no los crímenes que maneja el *ius honorarum*; sin embargo, tanto los delitos como los crímenes públicos presuponen la malicia de quien lo comete (*dolo malo*), y por eso no es capaz de delinquir quien no es *capax doli*; sin embargo, la jurisprudencia interpretó la palabra *inuria de la lex aquilia de damno* para tipificar el delito culposo. La pena suele consistir en un múltiplo del valor del daño causado.

En algunos casos se dan, además de las penales, otras acciones para reclamar el valor perdido (*rex*) a causa del delito; estas acciones reipersecutorias son un ejemplo de la reivindicatoria.

En otras acciones, la misma pena contiene el resarcimiento del daño, a pesar de lo cual la acción sigue siendo penal (mixta según la terminología post-clásica).

Las acciones penales establecidas por el pretor suelen ser anuales, a diferencia de las civiles y reipersecutorias, sin plazo; también condensando sus características es que son: a) acumulables, b) intransmisibles pasivamente y c) la noxales.

a) Son acumulables las acciones penales en el sentido de que, si

¹³ Cfr. D'ORS, Alvaro, Derecho Privado Romano. Pamplona España, 1977, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., s/e, p. 409-411.

son varios los autores del delito, debe de pagar cada uno de ellos la pena entera.

- b) Son intransmisibles pasivamente puesto que solo el autor del delito responde él, no sus herederos, aunque en algunos casos el pretor va contra los herederos, acciones por el lucro obtenido.
- c) Todas las acciones penales se dan como noxales cuando el delito ha sido cometido por una persona sometida a potestad, y al verse esta demandada por la acción noxal puede deslindarse de responsabilidad dando el cuerpo (incluso muerto) del que cometió el delito.

Habiendo quedado delimitado el cuadro de los delitos privados, se procede a señalar sus rasgos más característicos de cada uno de ellos.

Furtum. Constituye el prototipo del delito privado que da lugar a una obligación penal, consiste en el apoderamiento ilícito y clandestino (furtivamente) de una cosa mueble ajena.

Así, tenemos en cuanto a su aplicación a inmuebles, sus límites conceptuales se encuentran *subjudice*. Tal vez que fue Sabino quien sentó la regla de quien encontraba una cosa perdida cometía *furtum* si la aprehendía con intención de apropiársela: *Qui alienum iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur sive scit cuius sit sive nescit*.

La acción del hurto percibe una pena pero con distintas modalidades de acuerdo a las circunstancias del delito:

Hurto ordinario pero con la pena del doble; hurto descubierto mediante registro domiciliario con pena del triple; hurto trasladado el que se da a favor del que había sufrido la acción anterior y contra el verdadero ladrón; también la pena es al triple cuando el hurto se comete mediante el aprovechamiento furtivo de materiales de construcción ajenos.

Acumulable a la acción penal es la acción reivindicatoria, cuando el objeto hurtado subsiste y es identificado.

En síntesis, el *furtum*, era el apoderamiento de una cosa contra la voluntad del dueño, con afán de lucro. Cuatro son los elementos requeridos para su configuración:

- 1) El apoderamiento de la cosa;
- 2) Intención de sustraerla;
- 3) Que el apoderamiento sea contra la voluntad del dueño, y
- 4) Que sea con la intención de lucrar.

Del hurto se derivan dos acciones: la *actio furti*, estrictamente penal y la *condictio furtiva*, persecutoria que tiene por objeto la reparación del daño. Antiguamente, la pena para el ladrón sorprendido in fraganti era la esclavitud, que fue sustituida por el pretor con una multa al cuádruplo.

Damnum Iniuria Datum. Son los delitos de daño y es propiamente la pérdida que sufre un propietario por detrimento de una cosa que le pertenece, por daño causado injustamente (*damnum iniuria datum*), aparece tipificado por un plebiscito quizá del 286 a.c., que tiene especial importancia para la elaboración jurisprudencial posterior: la *lex Aquilia de Damno*. Esta ley distingue dos grandes grupos de delitos: a) la muerte de un esclavo o ganado se fija en el valor máximo de la víctima durante todo el año y b) toda clase de daños cuya pena se fija en el valor máximo de la cosa dañada durante los treinta días próximos.

La ley daba una *manus iniectio* para obtener la pena y la fórmula que la sustituye en la época clásica conserva por ese origen el rasgo de la litis presencia contra el *infilians*, es decir, contra quien niega el hecho, no contra, quien discute la cuantía del daño, en cuyo caso se requería de un árbitro para fijar la estimación.

Es una acción penal, puesto que no persigue el valor actual, sino el máximo dentro del plazo señalado y que no se acumula con otras acciones.

La diferencia con otras acciones penales que presuponen el dolo del demandado: en esta la palabra *iniuria* fue interpretada por la jurisprudencia clásica en el sentido de que también debería de responder el demandado por actos de negligencia.

La *Ley aquilia* suprimió el régimen de represión penal de algunos delitos tipificados por las Doce Tablas.

El pretor amplía esta sanción civil de los daños con una serie de acciones que se completaron mediante acciones pretorias: el *damnum* a que se refiere la ley debía ser *datum*; esto es, se entendió que se exigía una relación causal corporal. Fue el pretor el que concedió acciones *in factum* o de hecho para completar esta ley, sancionando casos en los que no se había causado corporalmente el daño, pero se había dado con la propia conducta para que el daño se produjera.

En suma, es el daño causado culposamente en una cosa mueble; el propietario perjudicado dispone de la *Actio legis Aquilae*, por medio de la cual se logra que el culpable indemnice no solo los daños causados, sino que pague el valor máximo que la cosa tuvo el año anterior cuando se trata de un esclavo o de un animal cuadrúpedo o en el mes precedente si se trata de otro animal u objeto. La *actio legis aquilae* es una acción *rei persecutoria* aunque tenga matiz penal.

En el antiguo derecho se exigía la comisión de un acto positivo para que procediera la *actio legis aquilae*, el derecho clásico la extiende también a casos de omisión, la existencia de dolo que era necesaria en las primeras épocas se amplía a los actos meramente culposos. Bajo Justiniano, la *actio legis aquilae* era mixta; por la *rei persecutoria* se obtiene el valor de la cosa, por acción penal una satisfacción ó a una suma a título de pena.

Delito de Lesiones.

El término *iniuria*, comprende todo tipo de comportamiento antijurídico. En la acepción usada por la *lex aquilia* implica culpa. La clásica *actio iniururarum* fue una pura acción penal (Gayo 4112) y la condena implicaba infamia.

Por eso en el derecho romano, el daño comprende sobre las personas libres, bien sea corporal o moral (contumelia), el edicto contenía disposiciones generales y luego especiales, de ahí que también se le llamó *actio estimatoria*, la estimación de la pena no se refiere al daño corporal sino moral y aumenta atento a la gravedad de la ofensa en proporción a la divinidad de la víctima.

La *iniuria* en sentido propio es un acto que lesiona física o moralmente a la persona. Puede consistir en palabras o en hechos; puede ser grave, o sea calificada por circunstancias agravantes a la persona, lugar o tiempo. Las Doce Tablas concedían acción contra lesiones físicas a las partes permitiendo la composición voluntaria. El pretor extiende el concepto de injuria a otras situaciones: difamación, violación de domicilio, y ordena indemnizaciones teniendo en cuenta la gravedad, la calidad de las personas y las circunstancias del caso. En el derecho de Justiniano toda la materia de *iniuria* sale del campo de los delitos privados para entrar a la categoría de delitos públicos.

Delitos de Derecho Pretorio.

Aquí observamos ya el embrión propiamente dicho, de la forma de la naturaleza jurídica de la obligación civil actual, la labor del pretor por la represión de conductas ilícitas no sancionadas por el derecho civil, es a través de su función interpretativa con la adaptación de la *aequitas*, que se pone de manifiesto en su trabajo. Alguna parte de la doctrina romanista suele denominar a esta función interpretativa *actio in factum* y en cambio otros como Savigny, le llama acción restitutoria, como se denomina en los textos *actio integrum restitutiu*.¹⁴

Esto es, los casos de equidad, no sólo observados en las acciones y excepciones ordinarias por la labor del juez, también en algunos casos la equidad para restaurar el estado anterior se hacía manifiesto por la labor del pretor en cada caso específico.

Otro principio del que se basó la jurisprudencia romana fue el de la *bona fides*, señala con acierto el romanista Wolfgang Kunkel: "era uno de los diversos modos de modelar la fórmula de que servía el pretor para extender la protección jurídica más allá de la esfera de pretensiones reconocidas por el *ius civile*. Para ello, partía del propio *ius civile* y refería los remedios jurídicos de este a supuestos que en un principio no se declaraba, ordenándoles a los jueces privados que lo dieran por existentes los preceptos que facultaban a la correspondiente pretensión civil (*formulae ficticiae*). De este modo se extendían por ejemplo las acciones penales por hurto y daño en las

¹⁴ Cfr. SAVIGNY, M. F. C. de, Sistema de Derecho Romano Actual. Traducido del alemán por el Dr. M. CH. GUENOUX, vertido al castellano por el Profr. Jacinto Mejía y Manuel Poley. Madrid, España, 1879, Edit. F. Góngora y Cia., Editores, Tomos VI., s/e, p. 71-80.

cosas que según el derecho de las doce tablas sólo podían surgir entre ciudadanos romanos a peregrinos que solo habían hurtado a víctimas del hurto.¹⁵

Así, nos explica Savigny al recurrir a los textos romanos de Ulpiano y Paulo, señala entre las causas de restitución, los siguientes: violencia, error, fraude.

La violencia, cuando un acto jurídico era obtenido por violencia, esta se presentaba bajo temor voluntariamente de amenazas, *la actio quod metus causa*, ofrece un resultado seguro en el que si no se obtenía una reparación satisfactoria de inmediato el monto de la pena aumentaba al cuádruplo del daño. Sin embargo, esta acción era ordinaria, y de acuerdo a Ulpiano, ofrecía una acción *in rem*, porque garantiza la restitución del objeto y permite alcanzar el objeto; un ejemplo lo tenemos en la aceptación y repudiación de la herencia, en las que era insuficiente la acción personal.

Por lo que toca al error, el Digesto señala Savigny no le dedica un título especial, ni tampoco el Edicto; pone ciertos ejemplos que aquí se reproducen como el caso de materia de contratos, da lugar la restitución si los contratantes hubiesen obrado en error. También se puede citar al que litigando contra un impúbero, aceptaba por error la auto crítica de un falso tutor, y perdía enteramente su acción. El pretor promete la restitución contra ese error.

Otro ejemplo de error, cuando el deudor muere y el acreedor pone en duda la solvencia del heredero, puede exigir la separación de patrimonios y hacerse pagar de los bienes de la sucesión, pero desde que resulta su cálculo equivocado experimenta un perjuicio equivocado y tiene derecho a la restitución si justifica el error.

Fraude.

La *actio doli* y *exceptio doli*, se empleaban formalmente contra el autor del fraude, su eficacia se hace depender, en primer lugar, cuando la víctima del fraude endereza la acción en contra del adversario culpable del fraude y no en contra de la víctima del fraude,

¹⁵ Cfr. KUNKEL, Wolfgang. Historia del Derecho Privado Romano, España, 1951, Editorial Ariel, s/e, p. 99.

y obtiene la indemnización, puesto que aquel es el que se aprovecha del perjuicio.

También la *actio metus causa* (extorsión) tiene estrecha relación con *actio* de dolo (fraude), puesto que también son creaciones pretorias.

Por lo que respecta a la extorsión, señala Schulz, nace en el año 80 a.c., por un pretor llamado Octavio; esta acción fue penal y se daba por el cuádruplo del valor de la cosa extorsionada transcurrido el año por el simple valor y se ejercita únicamente contra el causante de la extorsión puesto que afirma no existió una *actio metus causa in rem scripta*.¹⁶

Además de la acción penal, el edicto de Adriano tenía otros dos remedios, la *in integrum restitutio propter metum* y la *exceptio metus*. Así, el acto jurídico celebrado por coacción no fue siempre nulo. El derecho clásico, el acto no formal (*venta, traditio*) era nulo, pero el acto formal (*mancipatio, estipulatio*) fue válido, aunque anulable por *exceptio* o *in integrum restitutio*. Ninguno de los dos recursos tiene el carácter penal y por no tenerlo pueden ser otorgados además del autor de la extorsión también contra un tercero que detente la cosa extorsionada.

La *actio* de dolo malo. Esta acción fue creada por Aquilio Galo quien fue pretor en el año 66 A.C., también se señala en la obra de Schulz que el término *actio* de dolo significa simulación. Cicerón así la refiere (*De officiis*, 3.14.60). Labeón utiliza las palabras *circunveniere* y *fallere* en una acepción muy amplia en la que no solo comprende la simulación sino también todo daño voluntario causado por maquinación, fraude y engaño dicha definición fue aprobada por Ulpiano.

También tiene las características contraria, a lo anterior, que era una acción subsidiaria, es decir, se otorgaba únicamente a falta de otra acción y fue una pura acción penal y no un *actio rem et poenam persequens*. Por esta razón no podía ser ejercitada contra el heredero del causante del dolo.

El fraude tiene igualmente afinidad con el error; todo fraude

¹⁶ op cit, p. 411.

encierra un error, pudiéndosele llamar error calificado.

Los textos I.1.6 de dolo (IV,3), *Ulpianus Idem Pomponius, refert Labeonem existimare etiam si quin in integrum restituiti possit, non debere hanc actionem competere.*

Los ejemplos que se analizan cuando el demandante está amenazado del fraude del demandado a dejar que se cumpla una prescripción del procedimiento la *actio doli*, está fundada. Impide la pérdida de la acción amenazando la honra de su adversario, el pretor procura la *actio* de restitución.

Otro ejemplo lo es un deudor por medio de un carta falsificada determina a su acreedor hacerle una entrega de su deuda por la aceptación. El acreedor que descubre el fraude, puede si es mayor, ejercer contra el deudor la *actio doli*, para obtener una indemnización, y si es menor, hacer que renazca la deuda por vía de restitución.

También otro caso de restitución, es el tercero distinto del adversario de la parte lesionada, desde el momento que la acción es intentada, un tercero impide al demandado comparecer a juicio, puede presentar varios tipos de daño: una usucapión, una prescripción de acción puede cumplirse y quitar al demandante su propiedad o su acción. Contra este tercero, el pretor concedía una acción especial de indemnización, una *actio in factum*, no teniendo que recurrir a la *actio doli*; empero, si el autor del fraude es insolvente, el actor perjudicado obtiene restitución contra el demandado inocente.

Derecho Procesal Romano.

La justicia por propia mano, en los orígenes de la cultura humana, era común que el ofendido en su integridad física, propiedad comunal e intereses particulares, reclamara la reparación del daño o el ejercicio de su derecho por medio de la violencia y por sí mismo, en lo que se llamó auto tutela, apoyado en esta acción por los integrantes de la *gens*, de la que procedía. La satisfacción en su daño era normalmente por medio de la venganza y la imposición de la fuerza.

La Ley del Tali3n, con sus disposiciones primitivas y sanciones de extrema dureza, en la que se estableci3 la sentencia de diente por diente y ojo por ojo, vino a regular a su manera las relaciones interhumanas de aquella 3poca. Gradualmente se desarrollaron las clases sociales y por el incremento de la riqueza aparece la propiedad privada. Se establecieron organismos, ahora conocidos como tribunales, que paulatinamente se han desarrollado e instituido para administrar justicia como autoridades publicas, a los cuales deben acudir las personas para hacer valer sus derechos.

El derecho privado, otorga ciertamente medios jur3dicos de protecci3n a aquel a quien se ha violado su derecho. Se puede proceder coactivamente contra el infractor, lo que supone que quien sufre el perjuicio debe hacer valer su derecho ante los tribunales correspondientes, es decir, no puede el mismo hacerse la justicia, si bien se permiti3 en algunos casos excepcionales defender su derecho lesionado. Sobre el particular, en el Derecho Romano, sucedi3 lo siguiente:

a) Se consider3 l3cita la leg3tima defensa, pues se estim3 como una instituci3n del derecho natural, el repeler por la violencia toda agresi3n injustificada de que una persona fuera v3ctima, tal como se expresa en el aforismo muy conocido de: ***vim vi repellere licet***; es l3cito repeler la violencia con la violencia misma. Aunque este principio act3a ampliamente en el campo penal, tambi3n tiene cabida en el derecho privado, por ejemplo: La agresi3n a un poseedor de una cosa, si se le pretende quitar en forma violenta, puede repeler dicha agresi3n en la misma forma.

b) Respecto al hecho de hacerse justicia por propia mano (autotutela) a fin de obligar a otro a cumplir sus deberes, se estim3 contrario a derecho. En efecto, desde Augusto, se sancion3 penalmente y Marco Aurelio, agreg3 a la sancion3 penal otra de tipo civil, la p3rdida del derecho. Se estim3 que la ejecuci3n coactiva para obligar al adversario, a que de satisfacci3n a sus derechos era prerrogativa del Estado. Sin embargo, se admiti3 en algunos casos actuar por s3 mismo, es decir, sin acudir a los tribunales a iniciar la contienda. As3, se acept3 que un acreedor persiguiera a su deudor que hu3a para evitar pagarle y si lo alcanzaba le arrebataba el dinero que le deb3a. El caso anterior se justificaba, porque si el acreedor trataba de

solicitar primero el auxilio de la autoridad el ladrón para entonces ya había desaparecido.

En los casos de autotutela que hemos citado, representan excepciones al principio de prohibir por vías de hecho y de obligar a los particulares a llevar sus controversias a la autoridad pública para que esta las resuelva.

En la actualidad el derecho de recurrir a los órganos jurisdiccionales, se denomina **derecho de acción**, o acción propiamente; y a la serie de actos que se desenvuelven desde la acción hasta lograr la ejecución del fallo, se llama **proceso**: a las formalidades que precisa observar durante el se conocen como procedimiento.

Tribunales Romanos.

Se iniciaron en el procedimiento de la *legis actione* y que se clasificaron en:

Colegio de los Centumviri.- Institución democrática formada con ciento cinco miembros elegidos por un año, y provenientes de las treinta y cinco *tribustres* de cada una. Conocían de cuestiones de propiedad y sucesiones bajo el procedimiento de las acciones de la ley, y solo mediante la *actio sacramenti*; funcionó hasta el bajo imperio.

Decemviri.- Juzgaban los procesos relativos a la propiedad y al derecho de la ciudad, aplicando a los asuntos de su competencia el procedimiento a la *actio sacramentum*.

Triunviros.- Al final del litigio cobraban el *sacramentum* por la *Lex Papiria*, se les facultó para fijar la puesta. Estatuían sobre los juicios referentes a casos de *manus injectio*.

Division de las Acciones

La primera clasificación es *in rem e in personam*, presentada por las instituciones de Gayo y Justiniano, la primera sanciona toda clase de obligaciones, los derechos de crédito y se concede contra una persona determinada, el deudor.

La segunda división: acciones civiles y acciones honorarias o pretorianas.

La primera se concede por el derecho civil; hay acciones *in rem* o *in personam*.

Las honorarias son aquellas que establece el magistrado en ejercicio de su jurisdicción, hay acciones *in rem* o *in personam* y difieren de las civiles por su forma y duración, por su forma son *in factum*, cuando el Magistrado crea una nueva acción y se apoya en su *imperium*; *fictitiae*, cuando extiende una acción civil, modificándola, emplea por lo general una ficción, pues supone realizadas las condiciones necesarias para que en el derecho civil fuera concedida la acción, ejemplo la acción publiciana. Por su duración comúnmente las acciones civiles eran perpetuas y las honorarias o pretorias anuales, de las *asociantes de in rem civiles la reivindicatio* es la principal; sanciona el derecho de propiedad y ejercitando esta acción el propietario desposeído puede obtener la restitución de la cosa que le fue despojada.

Por lo que concierne a las acciones *in rem pretorias*, se encuentra la publiciana, y se da cuando una persona estaba en vías de usucapir una cosa de la cual perdía su posesión, no podía ejercitar la acción *reivindicatio* y por lo tanto el pretor creó una acción *in rem ficticia*, para que la persona desposeída solicite al Juez que estatuya sobre la pretensión del demandante como si la usucapión se hubiese cumplido, esta acción publiciana es una *reivindicatio*, ficticia ya que trata al demandante como si hubiese cumplido la usucapión de la cosa que reclama. Acciones *in personam* civiles son las que nacen de los contratos y cuasicontratos, y en la mayor parte de los delitos, la más importante es la *condictio*, que se extiende a todas las acciones civiles *in personam*.

Las acciones *in personam* pretorias según mención de Gayo, son muy numerosas; por una parte del pretor debe algunas veces extender las acciones civiles con ayuda de una modificación y estudiar el ejercicio de la formula a personas que no podían ejercitarlas directamente como las concedidas al *bonorum possesor* y al *bonorum emtor*. Por otra parte, se crearon demasiadas acciones nuevas y entre ellas se encuentran la acción *pauliana*, la acción *de doli* y la acción

metus causa.

Tercera división se encuentran *rei psequendae causa*, penales mixtas y mixtas; también Gayo en el comentario citado de sus instituciones, asienta: que esta división es conforme al fin que quiera obtener el demandante al ejercitar acción, cuando tiende a hacer entrar en su patrimonio un valor que ya no tiene es *rei psequendae causa*. Si la acción tiende a enriquecer al demandante, que reclama dinero a título de pena, resulta penal. Si la acción reúne estos dos elementos cuando el actor trata de tener *ret em poenam* entonces es mixta. Las penales pueden ser civiles o pretorias con las siguientes características: acumulación (si son varios los autores del delito, deben pagar cada uno la pena entera); intransmisibilidad pasiva: (solamente el culpable del delito es responsable y no sus herederos); noxalidad (cuando el delito ha sido cometido por una persona sometido a potestad, el paterfamilias o dominus puede liberarse de su responsabilidad entregando al filius o esclavo para pagar el daño).

De acuerdo al tema a tratar también conviene señalar las acciones arbitrarias, Gayo las menciona propias del derecho clásico, permiten al Juez conceder al demandado la responsabilidad de restituir o exhibir la cosa reclamada antes de la condena. El Juez tiene un poder propio llamado *arbitrium* y apoyado en ello antes de pronunciar la condena fijaba equitativamente la satisfacción debida por el demandado y le ordenaba suministrarla al demandante. Si el demandado obedecía lo absolvía; de lo contrario incurría en una pena pecuniaria. Son arbitrarias las acciones *in rem*, determinadas acciones *in personam* como la de *doli metus causa*, la acción pauliana y otras.

La acción pauliana fue creada por Paulo que la concedió a los acreedores para rescindir los actos fraudulentos del deudor que habían disminuido su patrimonio en detrimento de sus acreedores.

EXCEPCIONES. De las instituciones de Justiniano en su Libro IV, Título 13, se desprende: Las excepciones, se dan como medio de defensa a aquellos contra quien se dirige la acción. Sucede, en efecto, muchas veces que la acción del demandante, aunque fundada en derecho, es injusta respecto a la persona demandada.

También señala Lagrange, es una restricción puesta por el pretor, como medio equitativo a la orden de condenar dada al Juez por la acción.¹⁷

La doctrina es uniforme en señalar que en su formación y conclusión el derecho procesal romano, comprende tres períodos: El período de las acciones de la ley, el procedimiento formulario y el extraordinario.

Las Acciones de la Ley.

Se señala en la Instituta de Gaius, que se llamaban *legis actione*, y esto porque eran creadas por las leyes, pues en aquel tiempo los edictos del pretor por las cuales se han introducido la mayoría de las acciones no estaban en uso o ya porque estaban ajustadas a las mismas palabras de las leyes y a causa de ello eran observadas de manera inmutable al igual que las leyes.¹⁸

Las acciones eran cinco, y comprendían la acción por sacramento, la *judicis postulatio* y la *condictio*, que eran medios para ventilar el juicio y obtener una decisión judicial, eran acciones propiamente dichas; las otras, la *pignoris capio* y la *manus injectio* constituían la vía ejecutiva o de apremio que hoy se conoce.

La acción por sacramento fue la más antigua y servía para ejercitar derechos reales y personales; la *judicis postulatio* tenía por objeto obtener del magistrado la dación de un juez; la *condictio* era el procedimiento adecuado para ejercitar los derechos personales. La *pignoris capio* equivale al secuestro en el derecho moderno; y, finalmente la *manus injectio* era el embargo o aprehensión material del demandado para compelerlo a cumplir con la sentencia.

El segundo período se denomina período formulario y con ello se gesta la diferencia entre el *jus* y el *judicium*; entre los procedimientos que se realizan ante el magistrado y los que tienen lugar ante el juez o ante el jurado que pronuncia la sentencia.

¹⁷ LAGRANGE, op cit. p. 612.

¹⁸ Cfr. GAIUS, Institutas, texto traducido, con notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Buenos Aires, Argentina, 195, La Plata, Ediciones Librería Jurídica, s/e, p. 280.

Dicho en otras palabras estar en *jure* es estar delante del Magistrado encargado de decir el derecho; estar en juicio es estar delante del Juez que examina el litigio y lo concluye (instrucción).

El último período es el extraordinario, en donde se adopta la fórmula de Celso, que señala que la acción es el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido ***“Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat, indicio persequendi (D.44,7.51)”***.

Condensando lo anterior, el maestro Eduardo Pallares concluye que en el primer período de las acciones de la ley la acción era un procedimiento solemne, formalista, de carácter aristocrático; mediante el cual se obtenía justicia.

En el segundo período la acción era al mismo tiempo una fórmula redactada por el pretor y un derecho otorgado al demandante.

El último período la acción es un derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido.

El procedimiento formulario reemplaza el procedimiento de las acciones de la ley en forma gradual, al permitírsele a los ciudadanos romanos por disposición de la *Lex Iulia* optar entre las *legis actiones* y el procedimiento formulario que prefirieron los romanos por ser más elástico y equitativo. A proceso que surge entre los ciudadanos romanos con peregrinos, nació al no ser aplicable a dichos procesos las acciones de la Ley. Resumió brevemente los hechos al comprobar la solución de un litigio en un escrito-fórmula confía esta comprobación al Juez de estos procesos, dotándoles de poder para condenar o absolver al demandado. Toma el nombre de procedimiento formulario en virtud de que el magistrado redacta para las partes la fórmula, indicando al Juez la cuestión para resolver y confiriéndole poder para juzgar. Se designa como procedimiento porque el Magistrado no juzga por sí mismo y organiza la segunda parte de la instancia que debe realizarse ante el *iudex*, consecuentemente fue designado como procedimiento ordinario. Rudolf Sohm señala que el proceso en el Bajo Imperio, con el triunfo del procedimiento formulario, convierte al Juez en órgano e instrumento del derecho creado por el pretor pierde a lo menos en parte su significación primitiva la vetusta separación procesal del *ius* y el *iudicium*. El juez ha de atenerse a las normas del

mismo poder que impera *in iure*. Por otra parte el pretor, pierde su independencia edictal para someterse a la codificación del Edicto de Adriano, quedando sujeto al igual que el *iudex* al ordenamiento civil vigente y al nuevo edicto imperial.¹⁹

Procedimiento *in iure*. Las partes comparecen ante el Magistrado para la organización de la instancia. Por medio de los debates y presentes las partes se entienden sobre la aceptación de la fórmula. El demandante expone su pretensión y solicita la redacción de la fórmula que le favorezca por medio de las *actiones editio* y *postulatio actiones*. El demandado pedía la negociación de la fórmula o que se consiguiera una excepción a su favor en ella.

El pretor concede convenir a la *actio* en caso que el demandado oponga una excepción, el Magistrado la concede o le niega, no debía negar arbitrariamente la acción pedida si está ofrecida por el edicto. Podía rehusar la fórmula cuando a) el demandado reconoce el derecho del actor (*confessio in iure*); b) el demandado invoca una excepción de fondo para su absolución; c) si el demandado no comparecía ante el Magistrado era *indefensus* o no aceptaba la fórmula; y d) si el demandado da u ofrece satisfacción al actor.

El procedimiento formulario también podía terminar en la fase *in iure* por algunas causas como : la transacción y el pacto entre los litigantes para terminarlo; *confessio in iure* o allanamiento del demandado a la acción del demandante que equivale a la sentencia condenatoria y a su ejecución por incumplimiento; *actio confesione* y acción ejecutiva; juramento necesario (*iusiuran dum in iure*) que puede solicitar el demandado del demandante; en algunos casos, mediante este juramento se remite la decisión del litigio al resultado del mismo en lugar de someterlo a la decisión del Juez.

A) Partes de la Fórmula.

La Fórmula. Es una instrucción escrita redactada por el magistrado, en términos sancionados por *concepta verba*, y por la cual, después de haber indicado al juez la cuestión a resolver, le concede el poder de condenar o absolver al demandado.

¹⁹ SOHM, op cit, p. 410-411

Elementos de la Fórmula.-El centro del procedimiento formulario es la fórmula, sus elementos principales son:

I. *Institutio iudicis*, el nombramiento del *iudex*.

II. *Demonstratio*; indica el juez una exposición de los hechos y fundamento de derecho.

III. *Intentio*, elemento esencial; en su ausencia no hay fórmula, es la parte donde se indica la pretensión del demandante, puede ser cierta o incierta, según este el objeto del litigio determinado o no, *in rem*, cuando se ejercita una acción real, no se indica el nombre del demandado, se determina de qué cosa (*res*) se trataba. *In personam*, acción personal se exigía de determinada persona dar, hacer o prestar.

IV. Adjudicación según Gayo, "es la parte de la fórmula por la cual se permite al *iudex* que adjudique una cosa a cualquiera de los litigantes; por ejemplo, si se acciona entre herederos por la "*actio familiae erciscundae*" o por la *actio comuni dividendu* o entre vecinos por la *actio finum regundorum*.

V.- *Condemnatio*, autorización del magistrado al juez para condenar o absolver al demandado.

Elementos Accesorios de la Fórmula. Podemos mencionar como elementos accesorios las excepciones y las *praescriptiones*. Las excepciones que serían la réplica y dúplica. La excepción añadida a la fórmula, es como una exclusión que puede oponer el demandado a la acción para desvirtuar lo que se ha puesto en el intento y la *condemnatio* es una condición negativa en relación con la *condemnatio*, pues en caso de comprobar el juez los hechos en que se fundaba la excepción no podía condenar. Las *praescriptiones*, eran las partes escritas a la cabeza de la fórmula e interés del *demandane* (*pro actore*) o en interés del demandado (*pro reo*); las primeras tienen por objeto limitar o precisar la demanda con advertencias favorables al derecho del actor; las segundas eran verdaderas excepciones con diferente colocación en la fórmula. Las excepciones se introducen como medio procesal del demandado en el procedimiento formulario.

Litis Contestatio. Aceptada la fórmula por las partes (que en su acuerdo de voluntades para que sea examinado por un Juez el litigio), se pone fin al procedimiento *in iure* y es el momento llamado *litis contestatio*.

Efectos de la *Litis Contestatio*. Transforma el derecho primitivo del actor agotándole, al crear una nueva obligación entre las partes produciendo efectos novatorios. Otorga el derecho al actor a una condena pecuniaria en su caso. Fija los elementos del proceso y no pueden modificarse los nombres de las partes representantes o juez, salvo defunción. El juez debe referirse al fallar sobre la obligación nueva el día que nació con la *litis contestatio* para decidir si la acción del demandante es fundada o no. Respecto a la *plus petitio*, cuando el actor pide más de lo que tiene derecho, corre el riesgo de perder el juicio. En la *minus petitio* cuando el actor pedía de menos de lo que le correspondía se daba al actor lo solicitado y el resto lo podía reclamar en una segunda acción; el demandado tiene opción de excepcionarse, alegando lo del primer juicio.

B) Importancia de la Fórmula.

1. Las partes exponen sus pretensiones por *verba concepta*, o sea, en sus propias palabras, evitándose la rigidez de la fórmula y el riesgo de no obtener justicia al no cumplir exactamente con el ritual de las legis acciones.

2. Participación activa del magistrado en la fase *in iure* señalando al actor y al demandado sus derechos y deberes procesales e interviniendo en la redacción de la fórmula.

3. El proceso mantiene la división en dos fases: *in iure* y *apud iudicem*, que se encuentran eslabonados con aceptación de la fórmula.

4. Aparición de nuevos medios probatorios, sin el inconveniente de sujetarse a la memoria de los testigos que constituían básicamente el medio probatorio en el sistema de las *legis actionis*.

Procedimiento *In Iudicio*. Integrada a la *litis contestatio*, concluye la intervención del magistrado y el asunto debe pasar al juez instruido en la fórmula y aun siendo un particular, debe cumplir con su deber por haber sido autorizado por el magistrado, ya que al juzgar en caso de ser requerido oficialmente para ello es un deber (*manus personale*), del ciudadano y prestar juramento de actuar conforme a la verdad y al derecho dictando sentencia en tiempo. Los jueces de este

tipo comúnmente no conocían el derecho, por lo que recurrían al asesoramiento de los juristas y el juez debía estar presente y escuchar a las partes que comparecían, la ausencia del litigante es en su perjuicio.

Examinado por el juez el asunto referido en la fórmula remitida por el magistrado, con intervención de las partes asistentes y abogados, se realizaban los debates, con los discursos en que se hacía gala de la retórica los abogados, pasándose el desahogo de las pruebas que además de las declaraciones de los testigos, empleados en el sistema de la *legis actiones* se pasa al procedimiento formulario, se utiliza el juramento de las partes (*iusjurandum in iudicio*) declaración de una parte coincidente con la afirmación del adversario (*confessio*), las documentales e instrumentales aportadas, insistiendo que el juez tenía que apoyarse en las opiniones de los jurisconsultos investidos de *ius publice respondendi*; las pruebas tendían a la acreditación de la *intentio* de actor o probar la *exceptio del reo*; como se advirtió, no es necesario que las partes estuvieran presentes en juicio, al demandado contumaz se le tendría como rebelde, desahogadas las pruebas el juez podría dictar la sentencia.

Sentencia. Esta procede en base a la *condemnatio* de la fórmula, comprobados los hechos que se relacionaban en la actio y excepciones, valorando las pruebas desahogadas y aplicación de los principios de derecho correspondientes. Condenaba al demandado si la *intentio* es probada, y que el demandado no probó sus excepciones opuestas. Absuelve al demandado al no justificar su pretensión y probar su excepción el reo. El juez no podía condenar al actor, porque la fórmula no le permitía para ello.

La sentencia debe ser congruente a los términos de la fórmula produce sus efectos entre las partes y coadyuvantes. El Juez podía abstenerse de dictar sentencia si el asunto no le parecía claro, declarando bajo juramento *sibi non liquere*.

Vias de Recurso. El informe con la sentencia, en principio en forma excepcional podía impugnarse, alegando la nulidad del juicio, ejercitando la actio *revocatio in duplum*, con el peligro de ser condenado al doble de lo señalado en la sentencia impugnada si fracasaba. También excepcionalmente en casos señalados en el

Edicto, como la *integrum restitutio* en el juicio adverso a un menor *sui iuris* de 25 años de edad.

Apellatio. Además de los recursos mencionados aparece del inicio de la época del imperio, la *apellatio* en el procedimiento formulario, que procede con el ejercicio del veto o *intercessio* de los magistrados originalmente, después la parte inconforme con la sentencia interponía *apellatio* ante el Magistrado que había concedido la fórmula para revisión de la sentencia del inferior; en este caso el juez, con la posibilidad de dictar una nueva sentencia, siendo de comentarse que *iudex* en la mayoría de las ocasiones era un particular autorizado por el magistrado para ser Juez.

Medios de Ejecución. La sentencia condenatoria no cumplida por el demandado podía ser ejecutada forzosamente por el ejercicio de la *actio iudicati* en la persona o bienes del deudor; transcurridos los plazos concedidos para pagar sin hacerlo. No olvidemos-como señala Gaston May,-que en tiempos de las Doce Tablas, el acreedor podía ejercitar acción ejecutiva en contra del cuerpo del deudor, si no era pagado.²⁰

Pignus Causa Judicati Captum. El acreedor puede ser autorizado por el magistrado a quedarse con los muebles del deudor a título de prenda, en forma limitada. *Bonorum venditio*: venta en bloque del patrimonio del deudor. *Bonorum distractio* venta en detalle del patrimonio del deudor, para hacer pago al acreedor.

Procedimiento Extraordinario. Como tercer sistema del procedimiento civil romano surge el procedimiento extraordinario de la postura que asume el magistrado de no enviar ante un Juez el asunto planteado por las partes *in iure* y decidir el mismo el litigio - En el procedimiento de cognición el magistrado organiza el proceso, las pruebas se practican en su presencia, igualmente los debates de los litigantes, valora las pruebas y dicta sentencia; como consecuencia de ello el proceso se desahoga en una sola fase.

²⁰ Cfr. MAY, Gaston. Elements de Droit Romain. Paris, Francia, 1932, Library de Recueil Sirey, s/e, p. 616.

Esta clase de procedimiento *cognitorio* inicialmente se utilizó en el principado con carácter extraordinario y este derecho procesal imperial funda las normas del *ius civile* o *ius honorarium* para su aplicación; así aparece con la aplicación de justicia tradicional del pretor la justicia imperial. A partir de Augusto, algunas reclamaciones como las fideicomisarias y de alimentos, se sustancian ante funcionarios llamados jueces por delegación del emperador, todas las funciones del Estado, colocándose como Superior Jerárquico de funcionarios imperiales dedicados a la administración de justicia, desplazando gradualmente la justicia imperial a la tradicional del pretor.

En la época del emperador Dioclesiano se consolida el procedimiento extraordinario que le dio gran impulso, prácticamente el procedimiento formulario había desaparecido cuando fue suprimido oficialmente por la constitución imperial de Constancio y Clemente en el año 342 de nuestra era.

Transmisión Del Procedimiento Extraordinario Al Moderno. El estado romano retribuye a magistrados jueces y personal judicial, como un servicio publico para los contribuyentes, la administración de justicia en el procedimiento moderno es pública y gratuita. El procedimiento escrito se establece en el procedimiento extraordinario y la integración del expediente es el único valedero para el juicio .Los medios probatorios contemporáneos son básicamente los empleados en el procedimiento extraordinario, la sentencia como acto de autoridad se consolida en el procedimiento moderno, y puede ser condenatoria para el actor.²¹

1.2. Algunos criterios de separación de la responsabilidad civil de la penal.

Como ya se vio con el análisis histórico de la *obligatio civile*, de acuerdo con Brinz, representante de la Escuela Pandectística alemana, son: 1) el débito, es el deber de realizar una determinada prestación, y por otro lado 2) la responsabilidad, que surge cuando el deudor no cumple, nace la acción ejecutiva sobre sus bienes.²²

²¹ "Vid art. 272 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, que permite la contrademanda ejercida por la defensa y de prosperar da lugar a la condena al actor principal".

²² Supra , p.4

En contraste con el derecho romano, en que ambas figuras aparecen bien diferenciadas, en el derecho moderno, la exigibilidad de la obligación, nace precisamente con el incumplimiento de la obligación; empero, si no satisface el deudor con el pago, da lugar a que un órgano del Estado, imponga la sanción al deudor que de no pagar se hará efectiva la obligación con el embargo de sus bienes (responsabilidad contractual).

Tratándose de la obligación que nace de un hecho ilícito, recordando el origen y desenvolvimiento de la obligación romana, la acción para reparar el daño era de naturaleza penal, en contraste con lo anterior el derecho moderno señala que la responsabilidad nacida del delito el agente que ocasiona el daño, de no reparar el daño de manera convencional con la víctima, esta última tendrá el derecho a una indemnización en el que el agente que ocasiona el daño deberá responder del pago de daños y perjuicios.²³

Por su parte Francesco Carnelutti, en su monumental obra "Sistema del Derecho Procesal Civil", al describir "el proceso de condena", señala que la eficacia del proceso se manifiesta en desplazar el estado de hecho, para acomodarlo al estado de derecho, explica que entre las normas generales de la sanción y responsabilidad, para esa debida adecuación delimita que la sanción se aplica mediante la coacción, la sujeción a esta es la responsabilidad.²⁴

En congruencia con lo anterior, el proceso civil tiene características propias como son: dispositivo, esto es, se sigue a instancia de parte y no inquisitivo como surge en la materia penal, es decir, el juez de manera oficiosa desahoga diligencias para la averiguación de la verdad.

²³ "La formula kelseniana se explica así: **Supuesto:** Si el deudor no paga en la fecha estipulada; **Disposición:** Un órgano del Estado, debe constreñirlo a su cumplimiento. Por el incumplimiento del deber impuesto. **Proposición secundaria** Si a es, debe ser b; si b no es debe ser c. Por el incumplimiento del deber impuesto por esto es pues, condicionante del deber jurídico primario ó en otras palabras de la obligación de sancionar. En el marco penal el esquema originario de la proposición jurídica es de la siguiente manera: si se comete un delito (Unrecht), debe producirse una consecuencia del delito (unrechtsfolge): sanción. Kelsen Hans, ¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?, México 2001, Distribuciones Fontamara, S.A., Traducción de Ernesto Garzón Valdez, Octava Edición, p. 11.

²⁴ Cfr. CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires Argentina, 1944, Tomo I, Traducción de Niceto Alcalá y Zamora y Santiago Sentís Melendo, Editorial UTEHA, s/e, p.162-163.

Santos Briz, en interesante estudio, señala las diferencias de la acción civil de la penal y condensando su análisis señala los siguientes criterios de diferenciación:

- 1) Por los sujetos. El órgano jurisdiccional tiene una actuación necesaria en el proceso penal (éste es la única forma de realizar el derecho penal), mientras que en el proceso civil se actúa por sustitución (sólo se acude al proceso cuando se hace cuestión de la aplicación de una norma civil.
- 2) Por el objeto: A diferencia del proceso civil, en el penal el actor no hace valer el derecho que la sentencia declara y ni siquiera el ejercicio de la acción implica por necesidad, la afirmación de tal derecho. La acción penal es el derecho al proceso y a la sentencia en que se declare la existencia o inexistencia del derecho subjetivo de penar.
- 3) Por la actividad: El Juez con las llamadas resoluciones interlocutorias aplica sólo normas de procedimiento y solo declara el derecho sustantivo en la sentencia final. En cambio, en el proceso penal se desenvuelve gradualmente, esto es, el reconocimiento de la acción se hace escalonadamente y con eficacia para la fase procesal respectiva. De otra parte en el proceso civil impera el principio acusatorio, mientras en el penal impera el principio inquisitivo. En el periodo probatorio el proceso civil confiere esta actividad de prueba a la libre actuación de las partes principalmente; por el contrario, en el proceso penal, el órgano jurisdiccional se encuentra totalmente abierto al campo probatorio.²⁵

La jurisprudencia mexicana ha tomado en consideración estos elementos distintivos, como se puede apreciar en la siguiente jurisprudencia firme bajo el epígrafe: ***“PRUEBA INDICIARIA, LA FORMA DE OPERAR LA, EN EL DERECHO PROCESAL PENAL Y CIVIL, ES DIFERENTE AL DEPENDER DEL DERECHO SUSTANTIVO QUE SE PRETENDE.*---**El derecho procesal es el instrumento que sirve para la observancia efectiva del derecho

²⁵ Cfr. SANTOS Briz, Jaime. La Responsabilidad Civil. Madrid 1991, Editorial Montecorvo, S.A., s/e, p. 899-900.

sustantivo, por lo que, a las características y particularidades de este derecho, se encuentran adecuados los tipos de procedimientos que les resulte convenientes para su concreción judicial, de lo que se sigue que, si los derechos sustanciales llegan a tener naturaleza discordante uno de los otros, resulta que los procedimientos que se le ajusten deberán ser también discordantes y contener reglas y especificidades en consonancia con la naturaleza del derecho material al cual sirvan, de lo que se colige que si al derecho civil se le reputa como privado y al penal como público, ello lleva ya implícita la diferenciación de sus naturalezas y, por lo mismo, de esto se deriva que los procedimientos que le son relativos presenten formas de actuación divergentes, de esta manera se explica que en el derecho civil, el litigio normalmente, por considerarse privado, afecta tan solo a las partes, en cambio, en el derecho penal la relación jurídico-criminal entre el Estado y el imputado, interesa a toda la sociedad, ésta es la causa de que en el derecho civil, en materia de pruebas, sea en las partes en conflicto, sobre quienes gravite, principalmente, la carga probatoria; en el proceso penal, el órgano jurisdiccional está facultado para ordenar el desahogo de las pruebas, tantas como se requieran, para tratar de obtener el conocimiento de la verdad real; de tal suerte que, en el proceso civil, el Juez, la mayoría de las veces, debe resignarse a conocer los hechos del debate en la forma en que las partes se los presenten y prueben; por el contrario, en el proceso penal se permite la investigación y averiguación como potestad ilimitada otorgada al juzgador para allegarse de los medios de convicción que estime necesarios al juicio, precisamente porque la relación criminal que surge es eminentemente pública; lo que significa que en éste último proceso, se concibe una mayor facultad para el Juez, que la que tiene el Juez civil, no tanto en la tarea de juzgar cuanto en la de probar; es decir, en la etapa del juicio, ambos jueces tienen la misma atribución para estimar la aplicación del derecho sustantivo a los hechos, no así por lo que hace a la investigación y conocimiento de los hechos, lo cual se refleja respecto de la prueba indiciaria, pues el derecho civil la limita, dado que carece de todo valor probatorio en algunos casos; a guisa de ejemplo, se toma como referencia lo previsto en el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, cuyo contenido es del tenor siguiente: La filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento: respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una

sentencia que declare la paternidad. Como puede observarse, la filiación del padre en la hipótesis transcrita únicamente se podrá probar mediante los medios de convicción a que alude la norma, sin que se pueda acreditar con la prueba circunstancial o indiciaria; en cambio, en el proceso penal, en el supuesto del delito de parricidio, en donde la víctima es el padre y el inculpado un hijo fuera del matrimonio de aquél, para tener como comprobado uno de los elementos del tipo penal de dicho ilícito, como lo es el parentesco entre el sujeto activo y pasivo; no es indispensable que exista resolución prejudicial civil, e inclusive entre la falta de actas del Registro Civil, la liga de la filiación puede establecerse por cualquier medio probatorio procesal, dado el realismo de la legislación penal. “

Novena Época:

Contradicción de tesis 48/96,—Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito,—28 de mayo de 1997.—Cinco votos.—Ponente: Juan N. Silva Meza.—Secretario: Jorge Humberto Benítez Pimienta.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo V, junio de 1997, página 223, Primera Sala, tesis 1ª./J.24/97; p. 172.

“ACTUACIONES PENALES. SU VALOR PROBATORIO EN JUICIOS CIVILES. La responsabilidad tiene el deber de estudiar y valorar las actuaciones y pruebas rendidas ante la autoridad penal, si le fueron aportadas por medio de un documento público, como es la copia certificada legalmente expedida que las contiene, ofrecida y admitida como prueba en el juicio del orden civil; y si bien es cierto que las declaraciones testimoniales que en esa copia se contienen no pueden, directamente y por sí mismas, valer dentro de ese juicio, como prueba testimonial, no puede dejar de reconocerse que estando plenamente acreditada su existencia a través del documento público en que constan, tienen algún valor probatorio como meros indicios, que deben ser tomados en cuenta y valorados por el Juzgador, en relación con los demás elementos de convicción traídos a juicio”.

Sexta Época, Cuarta Parte:

Vol. XIX, Pag. 31. A.D. 5100/57. Carlos Gómez Valencia. 5 votos.

Vol. XXII, Pag. 9. A.D. 5420/58. Asunción Acosta López. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXVII, Pag. 9. A.D. 7732/58. Concepción Castellanos Vda. De León. Mayoría de 4 votos.

Vol. XXXIII, Pag. 68. A.D. 7739/57, Marcos Gómez Alvarez. 5 votos

Vol. XXXVI, Pag. 20. A.D. 3263/59. Sindicato de Propietarios de la Línea México-Tacuba. 5 votos.

1.3. El dolo penal y el dolo civil.

El dolo en los contratos de derecho civil y el dolo penal, no tienen ninguna diferencia, en ambos existe una maquinación fraudulenta con el elemento volitivo de causar un daño, por ello se hace necesario establecer que en cuanto a la estructura tienen las siguientes propiedades emergentes que las identifican y que sustentan la teoría integral de la responsabilidad, como atinadamente sostiene Giuseppe Maggiore: anota el fenómeno de todas las teorías ideales para distinguir el ilícito civil y el ilícito penal, lo que nos fuerza a concluir que es imposible su distinción. La solución se da en la sanción y no en el fondo. El delito se reconoce por la pena anexa, pero la pena es a su vez la sanción que se aplica al delito. La distinción es extrínseca y legal. Toca al legislador según los criterios mutables del daño objetivo de la alarma social, de la repetición de lo irreparable o reparable del daño de la forma de la valoración, de la insuficiencia de otras normas, establecer si un delito determinado puede ser requerido plenamente para demarcar en el campo de lo ilícito, una zona distinta que es la del ilícito penal, como retribución y expiación y que el ilícito civil sigue las otras sanciones (nulidad, caducidad, revocación, rescisión, restitución, reparación, resarcimiento, etc), que toman el nombre de sanciones civiles.²⁶

Consideraciones Previas. Es menester determinar previamente que dada la íntima relación del dolo civil con el dolo penal en su

²⁶ Cfr. MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal, Bogotá, 1954, Volumen 1, Editorial Temis, s/e, p. 262.

contenido ontológico, por ello se ha sostenido y explicado que el hecho punible es una acción típica, antijurídica y culpable. Sobre la base del nexo funcional de estos grados de valoración—tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, constituye el esquema fundamental de la estructura del delito, así lo explica el jurista Johannes Wessels, para ello puntualiza con tres teorías respecto al concepto general de la acción.

- a) La antigua teoría causal-naturalista, ve en la acción un suceso causal, para el cual sólo se debe interesar el movimiento corporal provocado por un acto voluntario con sus consecuencias en el mundo externo y no el sentido social del suceso. Según esta opinión, acción es conducta corporal voluntaria (Beling) o la producción atribuible a la voluntad humana, de una modificación en el mundo externo (Liszt). “Lo que se llamó el sistema clásico del delito”, dentro del cual todo lo causal-objetivo fue atribuido a lo injusto y todo lo psíquico-subjetivo a la culpabilidad.
- b) Teoría finalista de la acción (Welzel, V. Weber, Busch, Maurach, Niese, Kaufmann), la acción es ejercicio de actitud, de actividad finalista, o sea acontecimiento final y no únicamente causal. La finalidad de la acción se basa en la circunstancia de que el hombre puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, propone fines de diversa índole y dirigir su conducta con arreglo a un plan tendiente a la obtención de sus fines, la voluntad que guía el suceso causal, constituye la acción finalista (Welzel).

Finalidad de la conducta significa algo completamente distinto a voluntariedad en el sentido de la teoría causal, una conducta ya es voluntaria si se le puede abordar a un acto cualquiera de voluntad. En consecuencia, los causalistas se conforman con comprender que el que “actúa” es voluntariamente activo, “lo que” ha querido y se ha propuesto con ello debe ser examinado en el ámbito de la culpabilidad. Verbigracia, acción de matar, sustraer o dañar cosas. El ejemplo que pone Welzel es la enfermera que, sin prestar atención, aplica una inyección en forma excesivamente fuerte y de efecto letal, realiza una acción finalista pero no una acción finalista de homicidio. La muerte como consecuencia no querida, ha sido causada por aquella acción

sólo en forma causalmente ciega. La finalidad es vidente y la causalidad ciega.

Pretende esta teoría, haber descubierto la estructura finalista ontológicamente fundamental de la acción; el punto de partida deriva respecto de imputación penal de las consecuencias de la conducta.

- c) Teoría de la acción social (Schmidt), Mainhofer, Lange y Dehler), el concepto de la acción en función de la conducta reside en la relevancia social de la acción.

Interpreta la acción como factor estrictamente conforme al sentido de la realidad social con todos sus aspectos finalistas, causales y normativos, conducta que el hombre está objetivamente en condiciones de dirigirla a un resultado social objetivamente punible (Mainhofer).

Los trabajos de esta teoría se sintetizan:

- 1) Cataloga si se trata de una conducta humana determinada,
- 2) Si la conducta estaba dominada por la voluntad de la persona o si esta podía dominarla, y
- 3) Si hay una conducta humana llevada por la voluntad, debe examinarse su relevancia social.²⁷

Ahora bien, los esfuerzos por diferenciar la responsabilidad penal de la civil han sido además de estériles confusos; conviene citar algunas de las teorías que se han propuesto al respecto: para Puglia la diferencia en la reparación del daño cuando el que devuelve la cosa o repara íntegramente los perjuicios es responsable de un dolo civil. El tercer caso, comete estafa, es decir, cuando ni devuelve la cosa ni repara los perjuicios, al respecto la crítica que se le formula es que el delito se configura con la entrega de la cosa, lo demás es atenuante.

²⁷ Cfr. WESSELS, Johannes. Derecho Penal Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1980, p. 20-29.

Ipallomeni estima, que si el error de la víctima arrancado con dolo por el agente recae en la existencia o identidad del objeto, hay fraude penal; si recae sobre cuestiones accesorias hay fraude civil.

Por último, Nelson Hungría señala que el fraude es civil cuando no afecta la convención celebrada entre las partes y no produce un lucro ilegítimo.²⁸

Las críticas que se pueden formular a dichas teorías es que confrontándolo con el dolo civil, por disposición expresa en nuestro derecho vigente, cuando el dolo recae en el motivo determinante de la voluntad vicia el contrato.

El dolo consiste en los artificios engañosos o maquinaciones fraudulentas por medio de las cuales una persona es inducida a otorgar un acto jurídico que de otro modo no habría celebrado.

El dolo puede ser positivo o negativo, es decir, que puede consistir en las sugerencias o artificios conducentes a inducir en el error o bien puede consistir en la disimulación del error de uno de los contratantes; a este último se le conoce como mala intención.

El dolo como vicio de la voluntad es determinante porque las manifestaciones recaen en el negocio que se realice; a diferencia del dolo incidental, que recae sobre circunstancias accidentales del negocio dando lugar solo a la rectificación, por lo que en conclusión, con independencia del *dolos bonus*, las teorías de Núñez Hungría e Ipallomeni, al ser llevadas a la materia civil, no tienen aplicación, puesto que el valor ontológico del dolo es igual tanto en la materia civil como en la penal, y su sanción será diferente en la responsabilidad penal, pues el hecho punible se sanciona con privación de la libertad o sanción corporal, en cambio en la materia civil la sanción tendrá efectos la sanción restitutorios de la cosa, así como reparación del daño con una indemnización pecuniaria que se traduce en pago de daños y perjuicios.

Como corolario a lo anterior, se infiere que la conducta, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, pertenecen a lo que se

²⁸ Cfr. BRAMONT Arias, Luis. Fraude Penal y Civil, Artículo publicado en la enciclopedia jurídica Omeba, Editorial Diskrill, S.A., Tomo XII, s/e, p. 695.

denomina la teoría de la conducta en general, aplicable a la teoría de la responsabilidad en todos sus ámbitos (penal, administrativa, laboral o civil).

Concomitantemente, por razones metodológicas, analizaremos los elementos que integran la teoría de la responsabilidad.

- a) La acción, como manifestación de voluntad, considerada esta cuando existe una manifestación corporal, ejercida por la propia actividad psíquica del sujeto que la realiza.

En el derecho civil, encontramos que también la violencia ejercida en el cuerpo de un sujeto o las amenazas que importen el perder la vida, la honra, la salud, la libertad o una parte considerable de sus bienes del contratante, su cónyuge, ó de sus ascendientes o descendientes, invalida el acto, de acuerdo a lo regulado por el artículo 1819 del Código Civil.

- b) Antijuricidad.- Implica el obrar contrario a derecho, y se equipara a la ilicitud del acto, tal como lo sostuvo Kelsen; dicho elemento constitutivo para integrar la responsabilidad, se hace necesario para la aplicación de un ordenamiento jurídico.

En materia penal, de acuerdo a Mezger, todo en una sistemática exposición, explica lo siguiente: La acción dirigida finalísticamente: antijuricidad como juicio desvalorativo objetivo acerca de la infracción y culpabilidad como reproche personal también valorativo (y asimismo, normativo), a un autor determinado con respecto a esa infracción.²⁹

Respecto a la tipicidad en lo tocante a la materia civil, existe claramente en los contratos típicos, no así en los contratos innominados ni en los cuasidelitos.

²⁹ Cfr. MEZGER, Edmund. Derecho Penal, Parte General, Argentina, 1955, Traducción de la Sexta Edición Alemana, por el Dr. Conrado A Finzi, Edit. Bibliográfica, s/e, p. 81.

- c) La imputabilidad. Es la aptitud o la posibilidad de una persona para cometer delitos, cuasidelitos o incumplimiento doloso.

En la materia civil, solo las personas que tienen capacidad de goce y ejercicio cuentan con aptitud para obligarse. De manera posterior en el presente trabajo y dentro del enfoque de la teoría de la responsabilidad se analiza el derecho de los incapaces, y el tratamiento de responsabilidad que se sigue en estos casos.

- d) Culpabilidad.- No basta que el agente sea imputable, sino además culpable, es decir que el agente no haya atendido con el suficiente deber de cuidado la obligación impuesta, o que pudo prever el daño y no lo previó. La previsibilidad es el elemento característico, misma que es susceptible de comprobación en la medida del daño ocasionado, así encontramos desde el antiguo derecho romano la culpa leve y grave, en el que se gradúa la culpa por esa falta de previsión en la realización del acto culposo, también se conoce como negligencia en el campo civil.

En el ámbito penal, se encuentran tipificados los delitos de imprudencia.

Por eso, la culpa no es un tipo psíquico sino un juicio de valor sobre un tipo psíquico que falta o existe.

Es el reproche del proceso volitivo en las acciones dolosas, la reprochabilidad de cometer el hecho, en la producción no dolosa de resultado.

El contenido del reproche de la culpa consiste en la función de la voluntad de relacionar con la manera doble: "Tu hubieras debido actuar conforme a la norma, porque hubieras podido actuar conforme a la norma."

En cambio en el juicio de antijuricidad "tú actuaste contra la norma", deja abierto si el autor hubiera podido actuar también conforme a la norma.

Por eso, la valuación de la culpa, es más compleja que la efectuada con la antijuricidad, y en tal virtud la teoría finalista de la acción alcanza un concepto unitario de culpa, cuyo representante es Hans Welzel, para ello nos permitimos señalar los principios más relevantes en que se sustenta esta teoría.

Welzel critica acremente el sistema de considerar primero la acción de modo natural y después lo injusto del acto para ocuparse luego de la culpabilidad donde se trata el dolo y la culpa como referencia anímica del autor del hecho subjetivo.

Este sistema seccionista destruye "la estructura final de la acción", por creer que la diferencia entre el dolo y la culpa se expresan en el tipo objetivo (legalmente) donde actos dolosos (autentican acciones finalistas que desde la preparación del acto buscan su objetivo) y culposos (que si bien son un acontecimiento "causal ciego", pueden y deben reputarse "acción", porque su efecto es "evitable finalmente"). Estos actos culposos referentes a la finalidad todos ellos juntos con los dolosos.

Crítica a la teoría finalista. Luego de hacer una descripción unitaria de la teoría sustentada por Welzel, Luis Jiménez de Asúa en su interesante "Tratado de Derecho Penal", sostiene: que lo más grave y heterodoxo consecuencia de éste sistema es que el dolo y la culpa no son ya elementos, fines, o especies de la culpabilidad, como en la dogmática tradicional sino elementos constitutivos de la acción y de lo injusto personal, por lo que pertenecen a la acción y al tipo de lo injusto al llevar el dolo a la acción, dice Welzel que la culpabilidad retiene exclusivamente el elemento normativo.³⁰

También dentro de la doctrina alemana se encuentra Mezguer, quien sostiene que en la construcción de Welzel no se distingue como es debido, lo injusto de lo culpable y la acción no se contiene según es de desear, descargada en lo punible de atributos valorativos.

Es imposible que el dolo se incluya en la acción injusta. Si lo injusto es igual a lo antijurídico, la Ley sitúa al dolo junto a la antijuricidad, pero no como parte integrante de lo injusto, siendo que

³⁰ Cfr. JIMÉNEZ de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, La Culpabilidad, Buenos Aires, Argentina, 2ª Edición, Editorial Lozada, S.A. de C.V., 1963, p. 196-205.

esto último es un concepto común para el derecho penal y el derecho civil y en base a ello pueden considerarse sanciones civiles, un injusto no doloso; para ello cita el artículo 303 del Código Penal alemán (se definen y pena los daños): "quien intencional y antijurídicamente daña o destruye una cosa ajena."

Establece la teoría finalista de la acción, la relación psíquica del autor con el hecho (dolo), con la acción y con el tipo del injusto, se queda solamente con el elemento normativo, la reprochabilidad por un hacer doloso y una causación no dolosa.

Como se puede advertir incluso dentro de las corrientes antagónicas de la teoría penal, no hay distingo entre el dolo civil y el dolo penal e incluso por lo que toca a la teoría finalista de la acción tiene amplia recepción en la doctrina civil, en el que el resultado se objetiviza mediante un daño patrimonial, provocado específicamente con motivo de fraude procesal, por tener nacimiento la causa de responsabilidad en un hecho ilícito; ello se explica de la siguiente manera: En el juicio fraudulento (simulación de un proceso judicial), esto es, el agente actúa de manera dolosa con la finalidad de ocasionar un perjuicio patrimonial en la esfera jurídica de la víctima, (titular de los derechos lesionados), siguiendo un juicio a las espaldas de la víctima con la finalidad de apropiarse de sus bienes, el resultado finalístico será que el dolo va unido a la acción, y el juicio de reproche para fincar responsabilidad al agente doloso, dependerá de la acción procesal que adopte el damnificado al percatarse del hecho doloso, es decir penal o civil en este último, (ejercitará la acción de nulidad de juicio concluido), independientemente de si restituye o no la cosa, deberá soportar una indemnización con el pago de daños y perjuicios cuando es reparable por ello el contenido ontológico de la teoría finalista de la acción no es censurable sino asimilable en este bastión importante de la teoría de la responsabilidad civil.

Una muestra palpable de todo lo anterior lo tenemos como ejemplo en los casos de prescripción adquisitiva de un bien inmueble, en el que el poseedor invade un bien propiedad de una persona que a sabiendas ha fallecido; mientras aparecen los presuntos herederos se posesiona del bien y ejerce actos de dominio sobre la cosa y endereza una demanda en contra del propietario fallecido; la actividad tanto del poseedor como del abogado que patrocina el negocio, se encuentra

encaminada a una finalidad: La de obtener un fallo declarativo en la que se convierta en propietario del bien por usucapión, mediante la simulación de actos que se traducen en proporcionar un domicilio falso con la previa anuencia de las personas que habitan en dicho domicilio, para que estos reciban del Actuario del Juzgado la cédula de notificación y las copias de traslado como consecuencia de ello el juicio se sigue el procedimiento en rebeldía porque no está representado el demandado al estar fallecido éste y no haber nombramiento de albacea; y por lo tanto, no se encuentra en aptitud de defender sus derechos de propiedad del bien en debate; también, el demandante aporta al Tribunal además documentos falsos en el que se hace constar una supuesta venta del inmueble en el que el demandado fallecido le vendió el bien y con otro signo más de maquinación presentan testigos en el juicio fraudulento para que declaren las circunstancias de tiempo y lugar para la constatación del hecho posesorio y que en fraude a la ley debe reunir como características susceptibles para prescribir como son: continuidad en la posesión por más de cinco años mediante título (supuestamente presenciaron la venta los testigos), que es pública y que así se ostenta como propietario frente a los demás y que no ha sido perturbado en dicha posesión.

Por otro lado, el juez que conoce del negocio con todos estos elementos de maquinación es inducido al error y con base a las constancias procesales pronuncia fallo declarativo en el que determina o establece al propietario por prescripción adquisitiva al poseedor fraudulento y ejecutoriada la sentencia ordena la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, para que le sirva de título de propiedad.

Por su parte, los presuntos herederos del propietario del bien, al realizar los trámites de la sucesión y ocurrir al Registro Público de la Propiedad, se percatan de que el bien se encuentra a nombre de un tercero por prescripción.

La víctima tendrá opción para ejercitar la acción penal o civil contra el defraudador, porque como ya se estableció entre el dolo civil y el dolo penal no existe diferencia.

Como se analizó, las causas y las razones tienen un papel instrumental en el derecho, lo cual quedó constatado con el estudio de las diversas doctrinas de la teoría de la acción, lo cual queda evidenciado con los hechos ilícitos dolosos en el que va unido al juicio de reproche (la culpabilidad); así la causa para acreditar la prueba del daño, se rige por la regla de que los daños deben ser causa-efecto del daño patrimonial que sufre la víctima como consecuencia del acto doloso del agente que lo ocasiona.

Los daños y perjuicios, para que sean reales, no se toman al azar para establecer un monto imaginario no obstante que en la legislación civil no se encuentra regulado una indemnización tarifada, sino que de acuerdo con las reglas de la distribución probatoria deben ser probados y que sean consecuencia inmediata del incumplimiento de la obligación que debe observar el agente que ocasiono el daño.

La influencia del derecho penal en el derecho civil, es manifiesta puesto que cuando la causa es igual el efecto será también igual bien sea para acreditar o eximir de responsabilidad al inculpaado.

De acuerdo a la regulación imperativa del artículo 482 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, cuando en un negocio civil o mercantil, se denuncien hechos delictuosos, el juez ó tribunal de los autos inmediatamente lo pondrá en conocimiento del Ministerio Publico, para los efectos del artículo siguiente.

Por su parte, el artículo 483 del mismo ordenamiento establece: "El Ministerio Publico, dentro del termino de diez días, practicara desde luego las diligencias necesarias para poder determinar si se hace consignación ó no de los hechos, en el primer caso siempre y cuando sean de tal naturaleza que si se llegare a dictar sentencia con motivo de ellos, esta deba influir en las resoluciones que pudieran dictarse en el negocio, el Ministerio Publico pedirá y el juez o tribunal, ordenara que se suspenda el procedimiento civil, hasta que se pronuncie una resolución definitiva en el asunto penal."

La suspensión del proceso civil, cuando dependa de una resolución penal previamente planteada, es práctica uniforme en los tribunales, determinar la suspensión del procedimiento es decir, la causa civil y penal, tiene el mismo hecho ilícito por analizar, aún

cuando la jurisprudencia no ha establecido un catálogo de conductas de los que se puedan apreciar los criterios que determinan la suspensión de los procesos por estar pendiente por dilucidar una cuestión penal, basta el acreditamiento de la constatación de los hechos al tribunal para determinar que dicha causa sea válida para suspender el procedimiento. Por ejemplo, en el caso de que un contador público "x", con motivo de las funciones que desempeña dentro de una empresa "y", tiene fácil acceso a la contabilidad de la empresa "y", de manera dolosa en base a la confianza que rige en la relación laboral, "x" sorprende a funcionario de "y" facultado para suscribir títulos de crédito y obtiene su firma de un pagaré en blanco que es transmitido a "z", quien realiza el llenado del documento en confabulación con el contador de la empresa "y", respecto de una deuda inexistente producto de un fraude maquinado en perjuicio del patrimonio de la empresa "y".

Las acciones que se presentan para ello son en este sentido por un lado, el beneficiario del título fraudulento (z), ejercita acción cambiaria directa en contra de la empresa (y).

Por su parte, al tener conocimiento (y) del acto fraudulento cometido en su agravio por personal de su confianza (x), tendrá la facultad de despedir a su trabajador (x), y denunciará el hecho ilícito a la autoridad penal, independientemente de promover el incidente criminal en el juicio mercantil que en su contra se sigue.

Una vez, radicada la averiguación previa por el juez penal del conocimiento, y enterado también el juez civil de la causa de la imputación de hechos delictivos atribuibles a (z) así como a (x), a pedimento del Ministerio Público, mandará suspender el proceso civil hasta en tanto, se resuelva por el juez penal la situación jurídica del inculpado.

1.4. Estado actual de la jurisprudencia.

Resulta relevante para establecer el principio unitario del dolo civil y penal incluso determinado por jurisprudencia firme por nuestro máximo Tribunal de acuerdo al precedente que aquí se reproduce: **"FRAUDE.** Todos los tratadistas están acordes en que el antiguo delito de estafa con sus clásicas maquinaciones o artificios-

escroquería en el Código Penal Francés-, que hemos subsumido en el fraude según los Códigos vigentes, está precisamente en la frontera de las ramas del derecho civil y del derecho penal, como lo demuestra el hecho de que la ley, la doctrina y la jurisprudencia, hablan de dolo civil y dolo penal, de cláusula penal en los contratos civiles y hay sanciones civiles ligadas a procesos. Deslindar tales fronteras y establecer donde termina la habilidad del negociante y empieza el terreno delictuoso, no es cosa sencilla y requiere una evidente desproporción entre condiciones personales, ganancias, prestaciones, etc; de otro modo no habría relación jurídica que no se requiera convertir a la postre en un asunto penal" (fuente: *Semanario Judicial de la Federación Sexta Época, Volumen XII, Segunda Parte, pág. 134, Primera Sala*).

II.- UN ENFOQUE DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

II.1. Factores de atribución.

Los factores de atribución, constituyen propiamente hablando las particularidades emergentes que componen la teoría integral de la responsabilidad.

La doctrina civil y la penal son uniformes en considerar la división de los hechos ilícitos en dolosos y culposos, por esa virtud se analizan en el presente capítulo: El error, dolo, la antijuricidad, la culpa (negligencia), imputabilidad, el daño y el nexo de causalidad, por ello pasamos su análisis de cada uno de ellos en forma particularizada.

II.1.1. El error.

El error, es el falso conocimiento, esto es, la ignorancia y tiene regulación específica, distinta del error, (artículo 17 Código Civil), que determina a la voluntad a formarse en un sentido diferente a aquel en que se hubiere formado sin la existencia de tal error³¹.

El error cuando se vincula con el dolo, su existencia se hace depender de la acción dolosa que despliega el sujeto activo, sobre la mente del sujeto pasivo para inducirlo a esa falta de apreciación de la realidad.

Sobre el error fortuito, cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad, sí invalida el acto.

Se ha clasificado el error, en error de hecho y de derecho, según recaiga sobre las condiciones materiales del negocio (error de hecho), o que signifique el total o parcial desconocimiento de la norma (error de derecho). En ambos casos se produce la invalidez jurídica.

El error de hecho, invalida el contrato cuando recae en el motivo determinante de la voluntad, así lo sanciona el artículo 1813 del Código Civil.

³¹ Cfr. GARFIAS, Galindo. Derecho Civil, México 1976, Edit. Porrúa, s/e, p. 240.

Es el tipo de error de hecho, el que interesa al presente trabajo, al llevarlo al campo procesal puesto que de acuerdo al principio *daba tibi factum, daba tibi ius* los hechos son proporcionados por las partes y si son falseados por el actor, induce al juez al error al pronunciar fallos despartados de la realidad, y que son motivo determinante para la acción de nulidad de fraude procesal por un tercero.

Por ejemplo, "x" es tenedor de un pagaré firmado por "y" (acto simulado), y, lo presenta ante un juzgado civil, para su cobro judicial con la intención de defraudar a un acreedor verdadero, "z".

Como (z), no es parte en el juicio simulado, el juez ignora la deuda civil contraída por (y) con (z) y que constituye una obligación preexistente al mencionado juicio.

A la presentación de la demanda, el juez examina el título y por reunir los requisitos que señala la ley para los de su clase, pronuncia auto de requerimiento de pago y embargo en contra de bienes del deudor, a la practica de la diligencia de embargo se entiende la diligencia con "y", con asistencia del secretario actuario del juzgado, "x", señala para el embargo un bien inmueble propiedad de "y", el fedatario del juzgado, autoriza la traba del embargo en dicho bien, el juez del conocimiento de acuerdo a la regla que se sigue en estos casos, ordena la inscripción del embargo en el Registro Publico de la Propiedad y del Comercio .

Por otro lado, el tercero defraudado (z), al tener acceso al Registro Publico de la Propiedad, se percata de la inscripción del embargo, en bienes del deudor (y), por orden judicial, no obstante de que su obligación es preexistente a la inscripción del gravamen, no puede compeler al deudor al cumplimiento de la obligación contraída con este, porque "y" no tiene otros bienes para garantizar la deuda.

Ahora bien, "z" tiene las siguientes acciones para invalidar el embargo, si los defraudadores "x" así como "y", descuidan el juicio (medio de instrumento del fraude), al dejar de promover, y no prorroga la inscripción del embargo, da lugar a la cancelación del gravamen (artículo 3035 del Código Civil).

Mayor grado de dificultad, se presenta cuando los simuladores del juicio "x" así como "y", realizan actos de maquinación como aparentar un juicio contencioso, e inclusive con el remate del bien sin otorgar la escritura, requisito indispensable para el lanzamiento del demandado del inmueble rematado.

El acreedor verdadero "z", que sufre el fraude procesal, puede enderezar en contra de "x" y "y", la nulidad del juicio concluido, puesto que constituye un signo de sospecha de maquinación fraudulenta de las partes que intervienen en el juicio, el hecho de que no se desaloje del bien a "y".

II.1.2. El dolo.

El dolo civil de los contratos y el dolo dimanante del delito de estafa, quedó determinado que no existe diferencia, en ambos casos la nota característica es el elemento intencionalidad de un sujeto llevando actos de maquinación fraudulenta con el propósito de inducir a error a la otra parte, con el propósito de crear un daño patrimonial.

Esto es, el artificio consiste en el medio empleado para inducir a error, bien provocado o aprovechado, como se señala en el pasaje del Digesto: "*Dolo autem non eum facisse accipimus, qui non ultra instruxit emptorem, sed qui decepit*"³².

Ahora bien, que es el artificio y la respuesta no la otorga el maestro Nicolás Coviello, "El artificio puede consistir en presentar circunstancias falsas, o en suprimir o alterar las verdaderas, con palabras o hechos y puede consistir también en omitir una circunstancia que por la ley, los usos del comercio, o la naturaleza del negocio, había obligación de revelar a la otra parte; por eso el dolo se distingue en positivo y negativo"³³.

Veamos ahora, la influencia que ejerce el derecho civil, en el ámbito del derecho penal, con la cita de algunas ejecutorias de la H.

³² "Entendemos que obra con dolo malo, no el que dejó de informar voluntariamente al comprador sino el que engaña al comprador". fr. 14 2, Dig. 40, P. 12.

³³ Cfr. COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil, México, 1938, Cuarta Edición Italiana revisada por el Prof. Leonardo Coviello. Traducción por el Abogado. Felipe de J. Tena. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana., p. 426.

Suprema Corte de Justicia de la Nación:

La expedición de un cheque presentado oportunamente para su pago y no cubierto por causa imputable al librador configura el delito previsto por el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sin consideración a que el documento se haya posfechado o dado en garantía de un adeudo; pues el cheque como instrumento destinado a desempeñar una función económica social tutelada por el Estado, representa para el beneficiario la suma de dinero que motivó la expedición, sin más requisito que la presentación al banco librado para su pago inmediato. De ahí que cuando el cheque se expide sin fondos, nazcan contra el girador acciones distintas de las que origina cualquier otro documento de crédito insatisfecho, con las consecuencias de carácter penal que precisa la ley. Y cuando el beneficiario del cheque es quien induce al librador a que lo expida, sabedor de que carece de fondos, así como cuando lo admite a sabiendas de dichas circunstancias, incurre en responsabilidad criminal como coautor del delito previsto por el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (Jurisprudencia definida, 6ª. Época, 2º parte, num. 92).

II.1.3. La culpa.

Debido a la falta de precisión de una definición de culpa, se ha asimilado el dolo con la culpa a lo que se ha denominado por la doctrina como culpabilidad.

La culpa, a diferencia del dolo se manifiesta cuando se realiza el hecho pero no se prevé, cuando era previsible su resultado o no se ha evitado cuando era evitable, de haberse actuado con la debida prudencia y diligencia.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando las dos partes incurren en culpa lo que se ha llamado culpa concurrente?, la respuesta la tenemos con Demogue que sostiene: "La mayoría de los autores se ha colocado en el terreno de la culpabilidad para determinar si la víctima culpable puede, sin embargo exigir indemnización, es el verdadero tema o condición para agregar que la solución del problema debe contemplarse desde el punto de vista social, teniendo en cuenta el interés de la sociedad de incitar a la prudencia. Puede ser imputable a

las dos partes la autoría directa de la injuria, es decir, del hecho que ocasiona el perjuicio y la propia doctrina habla de dos criterios para dar solución al problema: a) el de compensación, y b) el reparto proporcional que en suma la primera viene a ser consecuencia de la segunda en el que cada uno debe pagar en la proporción de la medida del daño que le es imputable cuando las responsabilidades sean distintas ³⁴.

Así, fuera del caso del dolo y del supuesto de culpa lata (en la medida que esta se asimila al dolo), mientras está en la esfera contractual la responsabilidad se encuentra limitada al daño previsible así pues señalan los hermanos Mazeaud, en su obra Tratado Teórico Práctica de Responsabilidad Civil Contractual y Delictual, que resulta interesante distinguir desde el punto de vista de la culpa no intencional, la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual ³⁵.

En armonía a lo anterior, en la culpa contractual tiene el sujeto de derecho capacidad para obligarse en un acto lícito, y en negocios de ejecución instantánea, tendrá aptitud para deliberar en los actos previos a la contratación si tiene la capacidad económica para cumplir con el contrato, puede desistirse de dicha contratación a menos que obre con culpa *in contrahendo*.

En cambio, en la culpabilidad que nace de un hecho ilícito vale para el derecho penal, el solo hecho de contar con capacidad, es decir, que pudiendo haber previsto el daño, no obstante ello omite tomar las precauciones que el caso lo amerite y pone en riesgo el bien tutelado por la ley, lo que lo hace responsable, ya que lo determinante para imputar responsabilidad es el resultado, como se ha venido analizando anteriormente.

Concatenadamente, la doctrina se ha orientado a catalogar como hecho culposo, el del agente que ocasiona el daño obra faltando a la pericia o es inhábil o por error, elementos constitutivos de

³⁴ Apud COLOMBO Leonardo A., artículo publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba bajo el título Culpa concurrente, op cit, Tomo V, s/e, p. 276-277.

³⁵ Cfr. HENRI Y LEÓN Mazeaud-ANDRÉ Tunc, tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Buenos Aires Argentina 1977, Tomo Tercero Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 573.

responsabilidad por culpa. Con gran puntualización el maestro Enrico Altavilla, ha señalado las notas distintivas cuando se obra con culpa por ignorancia, por error o por ser inhábil.

Señala como ignorancia la falta de conocimiento de un objeto o de un fenómeno.

La impericia se funda en la ignorancia, el error y la inhabilidad.

El error consiste en un juicio inexacto que puede derivarse de un fenómeno ilusorio. La inhabilidad revela defectos no en la función de juicios, sino en la pericia de los actos o sea sé yerra no al juzgar sino al ejecutar actos³⁶.

En la materia civil, también al hecho culposo, suele llamarse negligencia, este concepto se encuentra vinculado con la culpa, y así nuestro derecho positivo en el artículo 2025 del Código Civil, define: "Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella."

También el maestro Rafael Rojina Villegas nos habla de la culpa *in abstracto*, que se determina tomando en cuenta la conducta de un tipo de conducta abstracta de hombre, de tal manera que si en un acto humano no se observa la diligencia que correspondería a esta categoría ideal, se dice que existe una culpa *in abstracto*, a diferencia de la culpa en concreto, en la que se omite la diligencia que realmente acostumbra observar el deudor en el cuidado de sus negocios o en la conservación de las cosas. Partiendo de estos datos que efectivamente aporta la experiencia en relación con una persona determinada, se dice que la misma ocurre en culpa *in concreto*, cuando no observa ese cuidado que normalmente tiene o procura tener con sus propios asuntos³⁷.

Remontando al derecho romano, la culpa *in abstracto*, tomando en cuenta la conducta ideal de tres tipos de hombre: Los diligentísimos padres de familia, los buenos padres de familia, y el hombre común y

³⁶ Cfr. ALTAVILLA Enrico. La Culpa, Bogotá 1956, Editorial Temis, s/e, p. 31.

³⁷ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, México, 2001, Tomo V, Volumen 2, Editorial Porrúa, s/e, p. 302-363.

corriente, cuando no se observa la diligencia que correspondía a estas tres categorías de conducta *in abstracto*, se incurría respectivamente en culpa levísima, leve o grave, respectivamente.

Sin embargo en la actualidad, la imprevisibilidad del daño es el elemento determinante para catalogar un hecho culposo, tomando en cuenta que como se analizará posteriormente se encuentra fuertemente vinculado con la causalidad, por ello con gran nitidez nos permitimos transcribir la siguiente cita doctrinal de los hermanos Henri y León Mazeaud, "la diferencia se explica, sencillamente por la idea de pena privada, que también ha llegado a imponer en esto al legislador. Este ha querido mostrarse más severo con quien se haya vuelto culpable de un dolo. Entre la culpa intencional dolosa y la culpa contractual no intencional, no hay sino una diferencia de grado en la intensidad. La misma le ha parecido bastante al legislador para justificar una diferencia en la extensión de la reparación"³⁸.

La cita doctrinal tiene amplio campo de aplicación en la responsabilidad contractual, por ejemplo, pensemos en el caso de que un demandado es condenado al cumplimiento de un contrato; empero es absuelto del pago de costas, no obstante ello el abogado que patrocina el negocio y del cual lo une una relación de derecho personal con el demandado que es su defensor en el proceso, interpone recurso de apelación, sin prever el daño a su cliente del riesgo que corre de que ahora en esta instancia puede ser condenado en costas.

En este caso la ley no distingue las diferencias o causas de imprevisibilidad, por ello los mismos autores "nos hablan del distingo que debe de haber entre la imprevisibilidad del daño en su causa y en su cuantía y al respecto señala: situémonos, primeramente, ante un daño imprevisible en su causa: no era posible suponer que la culpa del deudor tuviera por consecuencia del daño del que se queja el acreedor. Ciertamente el deudor no queda obligado".³⁹

Conviene hacer la diferencia entre los efectos jurídicos que se producen directamente entre el profesor, que es el abogado que patrocina el negocio con el cliente que es el demandado en el proceso

³⁸ op cit, p. 572

³⁹ op cit, p. 574.

y con los efectos que surgen en el proceso entre el demandado con el actor por esa falta de previsibilidad del daño.

Situándonos en la primera hipótesis, si el profesor no puso en conocimiento del demandado en el proceso el riesgo que corría de ser condenado ahora sí en segunda instancia en el pago de costas por una cuantía indeterminada, ni previó la causa por no existir argumento defendible para revocar la sentencia de primer grado, ni tampoco previó la condena en costas que debería soportar el demandado, por lo tanto este último en su calidad de cliente en el negocio de prestación de servicios que lo vincula con el abogado que le patrocina el negocio no es responsable del pago de honorarios.

En cambio, circunscribiéndonos a la segunda hipótesis en comento (esto es, los efectos que surgen entre el demandado frente al actor, por la culpa atinente al abogado que patrocina el negocio), no le liberan del pago de costas al demandado frente al actor y por ende no constituye una causa de fraude procesal en el supuesto de asimilar esa culpa a los efectos procesales que surten entre las partes.

Otra hipótesis de co-culpabilidad, se presenta en el campo procesal, cuando estamos en presencia de la ejecución de una sentencia y hay pluralidad de acreedores; en este caso existe un embargo inscrito con posterioridad a un crédito hipotecario, respecto a un mismo bien raíz afecto a los gravámenes señalados, en el que debe prevalecer en la prelación de créditos, el que está soportado con hipoteca, por ser una garantía real de privilegio.

Sin embargo, el juez de la causa que conoce de la ejecución, realiza un análisis indebido atento al registro de las garantías en conflicto, por un lado la hipoteca y por el otro el embargo, y manda cancelar la hipoteca, dejando sin garantía al tercero quien incluso pudo haberse abstenido de alegar mejor derecho que el embargante y así se constata la prueba del daño y surge la responsabilidad del juez, y en estos casos existirá coculpabilidad por existir culpabilidad de parte del funcionario judicial que conoce la causa civil, puesto que tal como lo afirma el jurista alemán Andreas von Tuhr, para el estudio de los orígenes del daño tendiente a determinar la culpabilidad, hay concurrencia de culpas porque el perjudicado haya contribuido a

producirlo mediante su conducta o simplemente porque se abstenga de pagar las consecuencias perjudiciales de un acto de la otra parte.

El Código Civil alemán pone de relieve de modo expreso un caso concreto de este tipo: la coculpabilidad puede consistir en que el perjudicado no advierta a la parte contraria del peligro que haya de que se produzca un daño de cuantía extraordinaria, daño que este no conocía ni tenía por que conocer⁴⁰.

En efecto, no obstante que fue llamado a juicio el acreedor hipotecario, no alegó mejor derecho que el del crédito del embargante, poniendo en peligro la garantía hipotecaria, con su abstención, lo que hizo presumir al juez, falta de interés del acreedor hipotecario al no deducir el abogado del acreedor hipotecario tercería de preferencia en el pago, ni tampoco recurrió la sentencia de aprobación del remate. En estos casos hay co-culpabilidad tanto del juez como del abogado patrono que asesora al acreedor hipotecario.

II.1.4. La antijuricidad.

Como ya se analizó anteriormente, la antijuricidad es el juicio de reproche contra el autor del acto que la ley sanciona como ilícito.

La antijuricidad señala Gschnitzer: consiste en la lesión a intereses jurídicamente protegidos, infracción de una norma, ya de la ley, ya del contrato, ya infrinja la norma expresa, ya atente a la finalidad que la misma persigue, ya lesione principios jurídicos superiores.⁴¹

En materia procesal se puede señalar por lo que concierne al proceso civil, que éste se debe substanciar con las formalidades que la Ley exige y que podemos señalar como garantías procesales del gobernado frente al órgano jurisdiccional.

Sobre la responsabilidad de las partes en el proceso constitucional que constituye el llamado debido proceso, por tener en la acción constitucional un medio de defensa para hacer valer el

⁴⁰ Cfr. VON Tuhr Andreas.- Tratado de las obligaciones, Madrid España 1934, Editado por Editorial Reus, S.A., s/e, p. 79.

⁴¹ Apud SANTOS Briz Jaime, op cit, Tomo I, p. 28.

gobernado sus garantías individuales de las que goza frente a las autoridades, la Ley de Amparo ha regulado de manera imperativa los siguientes casos de responsabilidad penal.

El señalado en el artículo 204 de las Ley de Amparo, que sanciona las autoridades responsables que en el juicio de amparo o en el incidente de suspensión rindan informes en los que afirmen una falsedad o negare en la verdad, en todo o en parte serán sancionados en los términos que señale el Código Penal aplicable en materia federal para las autoridades que lleven a cabo esas afirmaciones o negativas al enviar información a otra autoridad.

Otro caso también se encuentra previsto, cuando la autoridad responsable maliciosamente revoque el auto reclamado con el propósito de que se sobresea el amparo para insistir con posterioridad en dicho acto, y será castigada con las sanciones previstas por el Código Penal.

También constituye delito, el hecho de que la autoridad responsable no obedezca un auto de suspensión debidamente notificado (artículo 206).

A esta regulación sancionatoria también comprende cuando la autoridad responsable que en los casos de suspensión admita fianza o contrafianza que resulte insuficiente (artículo 207).

Otros ilícitos penales: el que después de concedido el amparo la autoridad responsable incurra en repetición del acto reclamado (artículo 208), y

Cuando la autoridad responsable se resista a dar cumplimiento a órdenes dictadas en materia de amparo (artículo 209).

Otra regulación típica se encuentra en la situación que prevalece cuando al concederse definitivamente al quejoso el amparo de la justicia federal, pareciere que la violación de garantías cometida constituye delito.

La antijuricidad también se refleja en el proceso y típicamente la Ley de Amparo considera violadas las leyes del procedimiento en

materia civil cuando se violen las leyes del procedimiento y se vulneren las defensas del quejoso en los casos siguientes:

- a) Cuando no se le cita al juicio o se le cite en forma distinta de la prevenida por la ley;
- b) Cuando el quejoso haya sido mala o falsamente representado en juicio;
- c) Cuando no se le reciban las pruebas que legalmente haya ofrecido;
- d) Cuando se declare ilegalmente confeso al sujeto;
- e) Cuando se resuelva ilegalmente un incidente de nulidad;
- f) Cuando no se le concedan los términos o prórrogas a que hubiere derecho con arreglo a la ley;
- g) Cuando sin su culpa se reciban, sin su conocimiento, las pruebas ofrecidas por otras partes, con excepción de las que fuesen instrumentos públicos;
- h) Cuando no se le muestren algunos documentos o piezas de autos de manera que no pueda alegar sobre ellos;
- i) Cuando se le desechen los recursos a que tuviere derecho con arreglo a la ley;
- j) Cuando el Tribunal Judicial, Administrativo o del Trabajo, continúe el procedimiento después de haberse promovido una competencia o cuando el Juez, Magistrado o miembro de un Tribunal impedido o recusado continúe conociendo del juicio;
- k) También se señala como causa un hecho análogo a las anteriormente señaladas.

Por eso y en base a ésta última, podemos señalar que el debido proceso o como se conoce en los países anglosajones *due process*, ha condensado todas estas formalidades señaladas para la validez de todo proceso judicial.

En efecto, Eduardo Couture, analiza las garantías constitucionales del proceso civil, incursionando sus estudios en el derecho constitucional norteamericano e interpretando el sentido de estas garantías la Suprema Corte de los Estados Unidos, ha dicho que: "*his day in court*", equivale a las siguientes cosas: 1) que el demandado haya tenido debida noticia, la que puede ser actual o implícita de las promociones de los procedimientos con los cuales el derecho puede ser afectado; 2) que se le haya dado una razonable

oportunidad de comparecer y exponer sus derechos, incluso el derecho de declarar por sí mismo, de suministrar testigos, de introducir documentos relevantes y otras pruebas; 3) que el Tribunal ante el cual los derechos son cuestionados esté constituido de tal manera que de una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad; que sea un Tribunal de la jurisdicción adecuada (*a court of the competent jurisdiction*)⁴².

II.1.5 La imputabilidad.

Hans Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho, ha señalado para la construcción de la estructura de la imputación, dos elementos el sujeto del deber (es decir, el obligado) y el objeto del deber, (la conducta ordenada o debida). La aplicación de aquellos preceptos al orden real puede descubrir una de dos cosas: bien la existencia de un acontecer que corresponde al contenido normativo, bien una discrepancia, la existencia de un hecho que se opone a tal contenido.⁴³

Interpretando la fórmula Kelseniana de imputabilidad, lleva implícito el acontecer de una conducta observada en el mundo fáctico que se adecua a la hipótesis legal formulada en abstracto, al definirse también a la persona como centro de imputación de derechos y obligaciones.

Lo que significa que si el sujeto que la realiza tiene tal conducta solo tendrá efectos para el derecho, que cuente con la capacidad para entenderla y quererla.

Sin embargo, bien es sabido que no todos cuentan con capacidad para realizar actos jurídicos por sí mismos si tenemos la fórmula legal que señalan los artículos 450 y 451 del Código Civil que indican que tendrán incapacidad natural y legal los menores de edad, los mayores de edad que padezcan enfermedad reversible o irreversible o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, mental, sensorial, intelectual, emocional ó varias de ellas a la vez, que no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su

⁴² COUTURE Eduardo, Estudios de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Argentina, 1998, Ediciones De Palma, S.A., p. 59-60.

⁴³ Apud GARCÍA Maynez, Eduardo. Algunos Aspectos de la Doctrina Kelseniana. Exposición y Crítica. Conferencias del Autor en el Colegio Nacional. México, 1978, Edit. Porrúa, S.A., p. 22.

voluntad por sí mismos o por algún medio que la supla, también tendrán incapacidad los menores de edad emancipados por razón de matrimonio.

Gabriel Moreno Sánchez hace referencia a la imputabilidad como un presupuesto subjetivo de la responsabilidad y así el artículo 2046 del Código Civil italiano señala: responde por las consecuencias del hecho dañoso quien no tenga la capacidad de entender y de querer al momento en que lo ha cometido, al menos que el estado de incapacidad derive de su culpa)⁴⁴.

El Código italiano es análogo en las causas de inimputabilidad con el federal mexicano; a lo anterior nos lleva a pensar si la imputabilidad es capacidad de culpabilidad y a propósito de ello, Enrique Altavilla aporta los siguientes comentarios: Que en materia de culpa están vigentes los criterios generales legales por los artículos 88 y 89 del Código punitivo italiano, sobre la imputabilidad, al señalar estados de inconciencia transitoria, señala el estado de embriaguez, la epilepsia y uso de estupefacientes, el punto firme y controvertido es que en las averiguaciones acerca de la imputabilidad hay que llegar hasta un momento anterior a aquél en que se creó el estado de inconciencia pues también un loco puede delinquir en estado de embriaguez sin ser por esto imputable; en cambio, el que antes de crearse un estado de embriaguez o de ingerir estupefacientes tenía capacidad de entender y de querer será imputable a pesar de los hechos en que obró en estado de inconciencia. Así, se deroga el principio general de que la imputabilidad debe buscarse en el momento en que se cometió el delito⁴⁵.

Esto nos orienta a pensar en la siguiente hipótesis trasladada al campo procesal, en el que una persona que es demandada no puede alegar que en estado inconsciente firmó las promociones que le eran presentadas por su abogado patrono para defenderlo en un juicio, puesto que para los efectos procesales la legitimidad de la firma que calza los escritos tendrá eficacia probatoria, en razón de que será una causa deficiente para tratar de demostrar la inimputabilidad del acto, ya que pensemos que dicho estado de inconciencia fue provocado en

⁴⁴ "MORENO SÁNCHEZ Gabriel, Apuntes tomados en clase respecto a la Teoría de la Responsabilidad Civil".

⁴⁵ op cit. p. 238-239.

una reunión entre abogado patrono y cliente en un restaurante, y después de comer previo a la firma de la promoción se dedicaron a tomar bebidas embriagantes, esto es que no es válido que el propio firmante alegue causa de inimputabilidad cuando él dio lugar a esa situación, otro ejemplo interesante y que se da mucho en la praxis judicial lo es por el hecho de que en base a la confianza el abogado que patrocina el negocio hace firmar a su defendido promociones en blanco (papeles sin texto), puesto que también es de sentido común el deber de conciencia que antes de firmar debemos leer el documento que se nos presenta.

II.1.6. El daño.

La doctrina de manera uniforme ha sostenido que el daño constituye uno de los elementos de la responsabilidad civil.

El connotado maestro Rafael Rojina Villegas, en su obra de Derecho Civil Mexicano, sostiene que teóricamente no se puede dar un incumplimiento de obligaciones, sin hablar de un daño, que debe traducirse en una indemnización en dinero, bien sea esta compensatoria o remuneratoria.

El mismo jurista establece que la relación de causalidad entre el incumplimiento y los daños, a que alude el artículo 2110 del Código Civil, es uno de los problemas más difíciles por resolver en la vida práctica, puesto que tal como lo establece el precepto, el daño debe ser consecuencia inmediata del incumplimiento.

En concordancia con lo anterior, surge una subdivisión de daño, que puede ser directo o indirecto.

Daño directo, debe ser consecuencia del incumplimiento, lo que se ha denominado como causa eficiente, en cambio el daño indirecto, es cuando la causación del daño es ajeno a la voluntad del deudor, bien sea por caso fortuito o fuerza mayor.

En concordancia con lo anterior, también introduce la clasificación de previsible e imprevisible.

II.1.7. El nexo de causalidad.

Como se indicó, la causa es indispensable para justificar la integración de la responsabilidad civil, lo que incluso da lugar para remitirnos a algunas de las cuestiones filosóficas que se han tratado sobre el tema y así, Hume ha sostenido que todo fenómeno que tiene la misma causa tendrá el mismo efecto ⁴⁶.

En la práctica jurídica estas leyes de causalidad no siempre acontecen invariablemente dada la complejidad de la conducta humana, lo que sí puede inferirse como corolario es que debe haber una conjunción constante entre la conducta desplegada por el agente con el daño producido en el patrimonio de la víctima. Así, nos parece interesante reproducir el pasaje de Andreas Von Tuhr, quien dice: "El nexo de causalidad no encuentra, lógicamente considerado, ningún límite en el tiempo. Los efectos de un suceso, sea favorable o perjudicial, se comunican al futuro e influyen en mayor o menor proporción, en todo el curso ulterior de las cosas. Ciertamente es que la concatenación que se establece entre los sucesos de la vida es tan variada y tan compleja, que muchas veces sería difícil, e incluso imposible comprobar la relación causal existente entre un acto y sus consecuencias ulteriores. Y puede ocurrir que, aún siendo la causalidad inequívoca y fácilmente demostrado, repugna el sentimiento jurídico, en ciertos y determinados casos, a ser el autor del hecho responsable de las consecuencias últimas de su conducta" ⁴⁷.

Nuestra legislación prevé en el artículo 2110 del Código Civil, que los daños deben ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la obligación.

En el deber jurídico de cumplir las obligaciones, estamos en presencia de la juricidad *estricto sensu*, quien se desaparta de ese deber con el ánimo de evadir los compromisos contraídos, realizando maquinaciones y artificios con el ánimo de defraudar al acreedor, lleva implícita la relación causal de esa conducta dolosa por parte del agente y que repercute como resultado de ese nexo de causalidad en perjuicio del patrimonio del acreedor defraudado.

⁴⁶ Apud OLDROYD David, El Arco del Conocimiento. España 1993, Editorial Crítica Barcelona Grijalbo Comercial, S.A., s/e, p. 169.

⁴⁷ op cit. P. 69.

Pensemos, por caso, que el defraudador dilapida sus bienes o los oculta, o bien los enajena a tercero de su confianza en una aparente simulación de actos; se debe examinar que esa relación de causalidad sea la causa eficiente para determinar el daño sufrido en el patrimonio de la víctima.

II.2. La influencia de la teoría de la culpabilidad penal en la culpa civil.

El hecho ilícito cuando es culposo, se ha catalogado como delito culposo que al igual que en la materia civil, se asienta la sustancia en la previsibilidad. La culpa presenta diversos elementos, como son: un actuar voluntario positivo o negativo; que se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente, precisando una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

A propósito de ello, Enrico Altavilla, al analizar el artículo 40 del Código Penal italiano señala: que se establece la noción de causalidad normativa; ficción que como la misma norma dice, crea una equivalencia con la causalidad material. No impedir un resultado que uno tenía obligación jurídica de impedir equivale a ocasionarlo.

En la doctrina civil sostiene Jorge Bustamante: El deber jurídico de prudencia vale tanto para actuar cuando es preciso, como para abstenerse cuando es necesario ⁴⁸.

De difícil realización, pero puede darse el caso, que el Juez de la causa de un negocio civil incurra en culpabilidad, con motivo de sus funciones. Un ejemplo de ello lo tenemos en la hipótesis legal prevista por los artículos 482 y 483 del Código de Procedimientos Penales; el supuesto es el siguiente: que en una compraventa en la que el comprador ejercita la acción de otorgamiento de contrato ante Notario Público, fundada en un contrato privado de compraventa; en el proceso el supuesto vendedor ha impugnado de falso el contrato, por no haberlo celebrado y habiendo puesto en conocimiento al Agente del Ministerio Público, este ejercita la acción penal correspondiente, e

⁴⁸ Cfr. BUSTAMANTE Alsina Jorge: Teoría General de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, Octava Edición 1993, p. 107.

incluso se encuentra instaurado un proceso penal en contra del vendedor, no obstante que hay causa legal para suspender el proceso civil por el deber de aguardar el resultado del proceso penal, el Juez sin prever el daño, dicta resolución favorable al comprador, cuando el Juez penal determina la falsedad del contrato en el que se funda la acción civil, puesto que el Juez civil debió haber previsto el resultado de la actuación penal que tendrá desde luego una influencia trascendental en el proceso civil; por ello, al estar sustentada la sentencia civil en una prueba indebidamente valorada, dicho proceso civil es fraudulento por esta causa da lugar a la nulidad de un juicio, independientemente de que si en el intervalo del proceso civil mismo, la causa de nulidad se vuelve manifiesta dentro de la fase de los recursos ordinarios (apelación), podrá hacerla valer el interesado como prueba superveniente ante el Tribunal de Alzada.

II.3. Factores de exclusión de responsabilidad.

Debe precisarse como regla la imposibilidad de exclusión del hecho ilícito en el fraude procesal, por cumplimiento de un deber o por estado de necesidad.

Por razones metodológicas analizaremos que entre las causas de exclusión de responsabilidad se encuentran el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el derecho de los incapaces y el ejercicio de un derecho, veamos qué particularidades presentan en el fraude, que incluso llegan a revertir responsabilidad y no así una exigente como a continuación pasaremos a analizar.

II.3.1. El estado de necesidad.

El estado de necesidad constituye una exigente de responsabilidad, y así Edmund Mezger señala: “no actúa antijurídicamente el que obra en estado de necesidad previsto por el derecho civil con arreglo con los artículos 228 y 904 del Código Civil. El artículo 228 presupone una cosa que es en sí una causa de peligro y en cambio el artículo 904 se refiere a una cosa mental, sobre la cual es necesaria una actuación para estar en peligro actual (amenaza de otro lado)”⁴⁹.

⁴⁹ MEZGER Edmund, op cit. p. 370.

El referido autor alemán pone como ejemplo cuando se toma un caballo ajeno, para salvar la vida de una persona puesta en peligro, en cambio en el fraude y específicamente el procesal civil, al promover un proceso de manera fraudulenta en contra de una persona por el supuesto estado de necesidad en que se encuentra el defraudador, no constituye una eximente de responsabilidad, puesto que por el contrario nuestro derecho positivo vigente en el Código Civil regula, como ejemplo la acción pauliana en fraude de acreedores de acuerdo a la regulación imperativa de los artículos 2163-2179. Estado de necesidad es la situación apremiante en la que se encuentra un sujeto, que para conservar un bien jurídicamente tutelado, sacrifica otro de menor jerarquía axiológica, estando tal sacrificio protegido por el orden normativo.

Otro ejemplo podría ser el hecho de que una mujer abandonada por el cónyuge, deja de percibir alimentos, la víctima (acreedor alimentario), señala al Juez un domicilio falso para emplazar al demandado (deudor alimentario), y le embarga bienes que tiene conocimiento son de su propiedad, una vez enterado el demandado del fraude procesal saldrá a pleito combatiendo el emplazamiento bien por vía constitucional (juicio de garantías), o mediante nulidad de actuaciones por defectos de emplazamiento previsto por el artículo 74 del Código de Procedimientos Civiles. En este caso no puede invocarse válidamente un estado de necesidad, en el que siempre ha de existir, tanto la inminencia de un daño, como la posibilidad jurídica de disponer de un bien jurídicamente tutelado para salvaguardar otro de mayor valor jurídico. El estado de necesidad como eximente del fraude procesal se presenta en el siguiente caso: el sujeto a proceso penal tienen el derecho fundamental de no autoincriminarse. Puede negar lo obvio en aras de conservar su situación jurídica previa al acaecimiento de los hechos. Eso es un estado de necesidad jurídicamente penal. Pero tratándose e fraude procesal civil, no confiamos en hipótesis normativa alguna que posibilite su exclusión por presentarse un estado de necesidad

II.3.2. El derecho de los incapaces.

La capacidad para querer y entender la producción del acto ilícito, se denomina imputabilidad, pero cuando la persona es incapaz, bien por minoría de edad, por estar privado de la razón, por

enfermedad irreversible que presente una particular discapacidad y que en suma no pueda autogobernarse por estar dentro de los supuestos del artículo 450 del Código Civil, constituye una eximente de responsabilidad que hace al agente inimputable; sin embargo, cuando es utilizado en perjuicio de un menor la confección de un hecho ilícito, cuando éste adquiere la mayoría de edad puede revertir la responsabilidad en contra de quien ejecutó ese acto fraudulento.

Un ejemplo de ello lo tenemos, cuando se celebra una venta en el que dimana de una copropiedad entre la madre X y un menor que es Y, a cada uno de los copropietarios les pertenece el 50% de los derechos de propiedad proindiviso de la cosa corpórea objeto de la venta, por lo que para poder enajenar los derechos de propiedad que le pertenecen al menor Y, quien cuenta con la edad de 15 años, se requiere autorización judicial para la venta de dichos bienes, (artículo 915 del Código de Procedimientos Civiles); sin embargo X, sin contar con autorización judicial, enajena los derechos de propiedad del menor a favor de Z, por lo que siendo una venta en fraude a la Ley, el menor una vez que adquiere la mayoría de edad, ejercita la acción de nulidad de dicha venta, la cual revierte la responsabilidad en contra de la madre, quien dispuso de dichos bienes de manera antijurídica y por tal motivo, el juez mediante el procedimiento formal correspondiente decretará la nulidad del acto, y restituirá a las partes lo que una hubiere dado a la otra, esto es, el menor recuperará la posesión al quedar sin efecto la venta por estar afectada de nulidad absoluta y la vendedora X, restituirá el dinero producto de la venta a Z.

II.3.3. El cumplimiento de un deber.

En el fraude procesal, no puede operar esta causa eximente de responsabilidad, cuando el abogado que patrocina el negocio y que realiza los trámites del proceso fraudulento, sostenía que la ejecución del patrocinio fue en base al deber jurídico de asesoría legal a favor del cliente, que dentro de este enfoque se equipara a defraudador porque, conoce del incumplimiento del deber procesal del cliente, de acuerdo a los principios de buena fe, sustentado en causa justa y con pruebas fidedignas, desapartarse de ese deber jurídico. No lo excluye sino lo vuelve copartícipe.

Al respecto, resulta interesante transcribir la siguiente cita, del jurista francés Marcel Planiol: "Cuando el fraude se realiza por medio de un acto jurídico celebrado con un tercero por la persona que viola un deber, se ha preguntado si el fraude se ha cometido por el tercero, que justifica la anulación del acto en su perjuicio, queda constituido por el simple conocimiento de que hace posible la violación del deber, o bien es necesario el concierto fraudulento entre el tercero y autor de la violación, es decir la intención concertada del participar en esa violación; al respecto hemos de afirmar que todo el mundo está obligado no solo a cumplir sus propias obligaciones sino también a no participar conscientemente en el incumplimiento de las ajenas"⁵⁰.

De lo anterior, queda de manifiesto que al tener conciencia de los actos las personas que participan en el fraude, se constituye la imputación de responsabilidad, ya que como se ha dicho ésta se traduce en la capacidad de querer y entender y en tal virtud al conocer el contenido del hecho ilícito que se despliega con su conducta son imputables, ya que lo que debe ser examinado es el resultado dañoso con la conducta realizada por las personas que participan en el fraude.

II.3.4. El ejercicio de un derecho.

Otra exigente de responsabilidad, trasladada al terreno procesal, se encuentra la de el ejercicio de un derecho.

Comencemos por la materia penal, en ella encontramos el principio de no auto-incriminación, y plasmado en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su fracción II, es del tenor siguiente:

En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado: fracción II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación ó tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público ó del Juez, o ante

⁵⁰ Cfr. PLANIOL Marcel y RIPERT Georges, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Primera Parte, Tomo VI, México, Ediciones de Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 483-484.

estos, sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.

Esta garantía constitucional del inculpado, se puede hacer patente en actos dentro de la fase de averiguación previa, en el que nadie puede ser obligado a auto-incriminarse, ejemplo teórico; pero no práctico, dados los métodos de tortura que con violencia ejercen en ocasiones los miembros de los cuerpos policíacos, para obtener una declaración del inculpado.

La jurisprudencia nacional ha emitido el siguiente criterio: **“CONFESIÓN. CARECE DE VALOR PROBATORIO CUANDO ES RENDIDA ANTE LA POLICIA JUDICIAL Y RATIFICADA ANTE EL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO FEDERAL.** La confesión debe ser hecha ante el Agente del Ministerio Público Federal, la confesión que emitió ante la Policía Judicial, esta carece de valor probatorio, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto por la fracción II y el último párrafo del artículo 287 del Código Federal de Procedimientos Penales, la confesión debe “ser hecha” ante el Agente del Ministerio Público Federal o el Tribunal de la causa, pues son las autoridades expresamente facultadas para recibirla; en consecuencia, ratificar ante la Representación Social una confesión rendida en presencia de la Policía Judicial no la convalida”. **FUENTE.** Octava Época. Instancia Tribunales Colegiados de Circuito Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XII Noviembre de 1993, p. 323.

Por lo que atañe a la materia civil, tenemos el principio de bilateralidad en el proceso, el cual significa bien para su constitución o desahogo de una prueba, para salvaguardar las garantías de todo particular en un proceso civil, debe constatarse la intervención de ambas partes, en base a que nadie puede fabricarse una prueba para sí, esto es, si una persona falsifica para su propio beneficio la firma del vendedor en un contrato de compraventa, la sola prueba documental no tiene valor probatorio pleno por sí misma, si en un proceso civil, es impugnada por el vendedor y mediante la prueba pericial caligráfica demuestra al juez la falsedad de la firma, prevalecerá la prueba pericial sobre la documental, puesto que esta última se confeccionó sin intervención del vendedor y la prueba pericial se desahogó con igualdad de partes en el que ambas tuvieron el mismo derecho señalar pruebas indubitables para el cotejo de firmas con las dubitables para

la elaboración del dictamen por el perito, además contaron con la facultad procesal de interrogar al perito sobre el referido dictamen.

III.- LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO, LA COSA JUZGADA Y EL FRAUDE PROCESAL CIVIL.

INTRODUCCION

A manera de introito, podemos señalar que los principios generales del derecho, forman parte integral de un sistema jurídico, cuya dimensión y alcance en su interpretación y aplicación vinculan a jueces y magistrados para el desarrollo de su función jurisdiccional, cuya base constitucional la encontramos en el artículo 14 en su párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al tenor de lo siguiente: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley, y a la falta de esta se fundará en los principios generales del derecho."

Por lo que toca a la doctrina nacional, el maestro Rafael Preciado Hernández, los define: "Estos son los principios más generales de ética social, derecho natural o axiología jurídica, descubiertos por la razón humana, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual"⁵¹.

La definición transcrita nos orienta a una debida ética de investigación en el desarrollo del presente trabajo, y es menester citar el pensamiento relevante de positivistas y *ius* naturalistas, en el apasionante tema de los principios generales del derecho que por su amplia exposición doctrinal el tratamiento en el presente capítulo solo comprende la seguridad y certeza jurídica, así como el bien común, y de manera concomitante analizaremos de manera particularizada los principios procesales.

El positivismo jurídico contemporáneo a través de Kelsen y Hart, motivo la publicación de la obra de Dworkin: ¿Es el derecho un sistema de reglas?

⁵¹ Cfr. PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, El artículo 14 Constitucional y los principios generales del derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM, México, T. XIX. Números. 75-76, julio-diciembre de 1919, s/e, p. 640.

El autor citado pone de manifiesto que no solamente existen las reglas jurídicas sino diferentes pautas de comportamiento llamados principios, que se diferencian por lo siguiente: ambos conjuntos de pautas apuntan a determinadas decisiones sobre la obligación jurídica en circunstancias determinadas, pero una y otra difieren en la orientación que dan. Las reglas son aplicables a la manera de todo o nada (*all-or-nothing-fashion*), o bien no lo es, en cuyo caso no contribuye a la decisión.

En cambio los principios no operan de la misma manera puesto que estos no establecen de manera automática las consecuencias jurídicas cuando las condiciones previstas se encuentran satisfechas.

Cuando hay una interferencia ha de resolverse el conflicto tomando en cuenta el peso relativo de cada uno y las reglas no tienen esa dimensión⁵².

De la transcripción podemos señalar que las reglas al ser válidas obligan a su cumplimiento de manera plena, en cambio los principios son constitutivos pero no obligan automáticamente.

Un ejemplo lo tenemos en el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su apartado B, señala: "Entre los poderes de unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:

"I. La jornada diaria máxima de trabajo diurna y nocturna será de ocho y siete horas, respectivamente. Las que excedan serán extraordinarias y se pagarán con un ciento por ciento más de la remuneración fijada para el servicio ordinario. En ningún caso el trabajador extraordinario podrá exceder de tres horas diarias ni de tres veces consecutivas".

De la disposición constitucional se infiere que se encuentra plasmado un principio laboral, que constituye el de la jornada máxima de trabajo; empero, no señala las consecuencias que ocasiona el incumplimiento de la norma; para ello tenemos la regla, y así el artículo 14 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, en su

⁵² Cfr. ATIENZA, Manuel – RUIZ Manero, Juan. Las Piezas del Derecho, Barcelona España, 1996, Edit. Ariel, S.A., s/e, p.100.

artículo 14 ordena:

“Serán condiciones nulas y no obligarán a los trabajadores, aún cuando las admitieren expresamente, las que estipulen: I.- Una jornada mayor de la permitida por esta Ley.”

El esquema de Dworking queda debidamente representado en el ejemplo anterior, puesto que el principio constitucional señala la jornada máxima de trabajo y la regla establece la sanción para quienes incumplan esas disposiciones obligando al trabajador a trabajar horas no autorizadas por la ley, bajo el supuesto de que el trabajador no preste su consentimiento para ello, pues de consentir el trabajador en permanecer incorporado al trabajo fuera de la jornada ordinaria, tendrá derecho al pago de percepciones extraordinarias por las horas extras de servicio prestado.

Por lo que concierne a los principios la manera en que operan es distinta y así Robert Alexy, señala como criterios de distinción entre reglas y principios: “Es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas.” Los principios son por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena ⁵³.

La definición transcrita señala el núcleo de la diferencia entre reglas y principios y en un sistema jurídico sustentado por reglas y principios, corresponde ahora el tratamiento del conflicto que surge cuando existe una coalición de principios, que tal y como lo señala el propio Robert Alexy, los principios tienen semejanza con lo que se denomina valor, y así toda coalición entre principios puede precisarse como una coalición entre valores y viceversa y por ello señala el autor el principio de libertad y prensa se colisiona con el de seguridad exterior; por ello, señala en su obra que cuando ello ocurre se debe

⁵³ Cfr. ALEXY, Robert. Derecho y Razón Práctica. Editorial Distribuciones Fontamara, S.A., 1º Edición 1993, p. 14.

estar a las estructuras de ponderación, esto es: "cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro"⁵⁴.

En nuestro sistema legal se podría presentar la siguiente hipótesis: a un servidor público se le finca responsabilidad administrativa en aplicación de la Ley Orgánica vigente a partir de abril del 2003, cuando los hechos de la conducta imputada al servidor público fueron acontecidos en el año de 2002, esto es, que el órgano administrativo sanciona aplicando a Ley posterior y le impone una multa equivalente a quince días de salario que perciba en su centro de trabajo, cuando la ley anterior señalaba como pena máxima multa equivalente a seis días de salario; luego entonces se presenta un problema de colisión de principios porque, la ley anterior no regulaba el recurso de inconformidad y en cambio la ley posterior sí, el servidor afectado, interpone juicio de amparo contra los actos señalados y el órgano administrativo señalado como autoridad responsable, invoca el sobreseimiento porque señala que el quejoso debió haber agotado el recurso de inconformidad previo a la presentación de la demanda de garantías.

Bajo esta tesitura surge el conflicto de principios entre el de Irretroactividad de La Ley, contra El de Definitividad En El Amparo.

Las estructuras de ponderación se reflejan en el presente caso, confrontando ambos principios y su alcance de aplicación por parte de los tribunales de la federación, será aplicable con el que tenga mayor peso; es decir, ponderando los valores en conflicto la interrogante surge cual principio tendrá mayor peso el de irretroactividad de la ley o el de definitividad, en este caso al darse una aplicación retroactiva a la ley, por parte del órgano sancionador administrativo, sin constatar la fecha de la que dimana el acta de visita, para fincar responsabilidad administrativa al quejoso, es decir, el procedimiento administrativo de referencia debe estar sustentado por ley anterior y no posterior, de acuerdo al ámbito temporal de validez de la norma, es de estricta observancia que a ninguna ley se le da efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, tal y como lo prohíbe el artículo 14 constitucional en su primer párrafo: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en

⁵⁴ op cit. p.18.

perjuicio de persona alguna.”

Del esquema teórico práctico analizado, los principios generales del derecho para su comprensión, valoración e inteligibilidad en el fraude procesal, tienen una doble función: preventiva y sancionadora.

En efecto, es preventiva porque impone a las partes el deber de lealtad y buena fe en el desenvolvimiento del debido proceso para evitar el fraude procesal, por ello la prueba de fraude procesal se examina atento a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que acontece el hecho ilícito en sus diferentes ámbitos: constitutivo, desahogo y valoración de la prueba.

En lo concerniente al aspecto sancionador, el peso de los principios, es determinante, ya que de no observarse por las partes intervinientes en el proceso judicial ocasionan su invalidez, por ello es menester enlistar los más relevantes principios procesales que a continuación señalamos:

- 1 *Principio de congruencia.*
- 2 *De estricto derecho.*
- 3 *Nemo auditur tripitundinem allegans (nadie puede alegar en su propio beneficio sus propias faltas).*
- 4 *Principio de irrevocabilidad.*
- 5 *Res inter alios acta, allis neque nococere, neque prodesse potest (los actos celebrados entre las partes solo surten efectos entre quienes lo celebran).*
- 6 *Pars in toto est (La cosa juzgada respecto del todo, lo es también respecto de una parte suya).*
- 7 *Nemo tenetur edere contra se (nadie puede hacerse una prueba a sí mismo).*
- 8 *Ne procedat iudex et officio.(Que el juez no proceda de oficio)*
- 9 *Daba tibi factum, daba tibi ius (Dame los hechos que yo te daré el derecho).*
- 10 *Principio de irretroactividad de la ley.*
- 11 *La prueba de documentos prevalece sobre la de testigos.*
- 12 *Suplencia de la queja.*
- 13 *Pacta sunt servanda (Hay que cumplir los pactos).*
- 14 *Principio de relatividad.*
- 15 *Nihil quod ad cautelam pertineat omittendum est (no debe*

omitirse ninguna precaución).

16 *Nemo sibi causam possessionis suae mutare potest* (nadie puede cambiar para sí mismo la causa de su posesión).

17 *Nemo videtur dolo exequi qui ignorat quantum solvere debeat* (se juzga que no obra con dolo el que ignora cuánto debe pagar).

18 *Nemo locupletari debet cum damno alterius* (nadie puede enriquecerse con daño de otro).

19 *Nemo ius publicum remittere debet* (nadie debe renunciar el derecho público).

20 *Nemo ius ignorare consetur; ignorantia iuris neminem excusat* (se presume que nadie ignora el derecho; la ignorancia del derecho a nadie excusa).

21 *Nemo ipsi seruitutem debet* (nadie puede deberse asimismo una servidumbre).

22 *Nemo idoneus testis in re sua intelligitur* (se entiende que es testigo idóneo de su asunto propio).

23 *Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest* (nadie puede mejorar su condición por un delito propio).

24 *Nemo excusatur a poena propter ignorantiam* (a nadie le excusa la aplicación de una pena por ignorar la ley).

25 *Nemo ex industria protrahet iurgium* (nadie prolongue el pleito de intento).

26 *Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest* (nadie puede mejorar su condición por un delito propio).

27 *Nemo esse iudex in sua causa potest*. (nadie puede ser juez en su propia causa).

28 *Nemo alieno nomine lege agere potest* (nadie puede promover una acción en nombre de otro).

29 *Nemo gratis mendax* (nadie miente sin motivo).

30 *Nemo ex his qui negant se debere prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impediatur* (a nadie de los que niegan sus deudas se les prohíbe utilizar también otros medios de defensa permitidos por la ley).

31 *Nemo alienum factum promittendo obligatur* (nadie se obliga permitiendo el hecho ajeno).

32 *Nemini licet adversus sua pacta venire* (a nadie está permitido ir contra sus pactos).

33 *Nemo videtur de lo exequi qui ignorat quantum solvere debeat* (se juzga que no obra con dolo el que ignora cuánto debe pagar).

34 *Nemo divetur fraudare eos, qui sciunt et consentium* (se

considera que nadie engaña a los que saben y consienten).

35 *Nemo sibi tantummodo errat, sed alieni erroris et causa et auctor est* (el que se equivoca no solo se equivoca para sí, sino que es causa y origen de errores ajenos).

36 *Nemo tenetur detegere propriam turpitudinem* (nadie está obligado a revelar su propia torpeza).

37 *Quod non est in actis, non est de hoc mundo* (lo que no obra en autos no obra en el mundo legal).

38 *Nemo sapiens nisi patiens* (sólo es sabio el que es paciente).

39 *Nemo potest ignorare leges* (nadie puede ignorar las leyes).

40 *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio agitur, ne ad emptorem transeat* (no puede considerarse que alguien vendió aquella cosa, cuyo dominio no pasa al comprador).

41 *Nemo potest ad impossibile obligari* (nadie puede ser obligado a lo imposible).

42 *Neminem laedere* (no hacer daño a nadie).

43 *Mortis causa donationes infirmantur per aes alienum* (las donaciones por causa de muerte son anuladas por deuda).

44 *Non potest ex uno iudicio res indicata in partem valere, in partem non valere* (la cosa juzgada en un solo juicio no puede valer en parte, y en parte no ser válida).

45 *Non solere improbari apellationem eorum, qui vel unam causam appellandi probabilem habuerunt* (no se suele desestimar la apelación de los que obtuvieron por lo menos una causa probable para apelar).

46 *Nulla regula sine exceptione* (no hay regla sin excepción).

47 *Nulla probatio est adfactum negantis* (el que niega no está obligado a probar).

48 *Nulla poena sine iudicio, nemo damnetur nisi per legale iudicium* (no hay pena sin juicio, nadie se ha condenado sino por juicio legal).

49 *Nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petito est* (Se considera que no hay mora, cuando no existe requerimiento alguno).

50 *Nullus debet alicui in alterius damnum benefacere* (ninguno está obligado a beneficiar a alguien con daño de otros).⁵⁵

⁵⁵ Cfr. PALLARES, Eduardo Diccionario de Derecho Procesal Civil, México 1987Editorial Porrúa., ELIAS AZAR, Edgar, Frases y Expresiones Latinas. Editorial Porrúa, s/e, p. 227-260.

III.1. La seguridad jurídica.

Corresponde ahora el tratamiento de los temas de la certeza y seguridad jurídicas, las cuales dada su estrecha vinculación por su valor ontológico es atinente su estudio para su comprensión, interpretación y aplicación a la filosofía de la ciencia jurídica.

Por ello es conveniente dejar claro, que la batalla milenaria entre positivistas y *jus* naturalistas aun no acaba, y es precisamente la idea central para ubicarnos en la inteligibilidad del concepto de seguridad jurídica, esto es, en el contenido de la redacción de la norma en relación a su generalidad y abstracción, de ser cumplida por los particulares.

Por eso, de acuerdo a una ética de investigación, es menester citar el pensamiento relevante de positivistas y *ius* naturalistas, en el apasionante tema de la seguridad jurídica.

Así tenemos que Norberto Bobbio en su obra "El Problema del Positivismo Jurídico", enseña tres formas en que se presenta el *ius naturalismo* el escolástico, el racionalismo moderno y el hobbesiano; condensando estas tres manifestaciones señala:

1. El derecho natural es el conjunto de principios éticos muy generales de los cuales el legislador humano debe tomar su inspiración para la formulación de las reglas del derecho positivo y que de acuerdo a la exposición de Santo Tomás procede de lo que es natural, por *conclusionem* o por *determinationem*.
2. El derecho natural es el conjunto de *dictamin rectae rationis* que proporcionan la materia de la reglamentación mientras que el derecho positivo es el conjunto de los medios *practicopolíticos* (como la institución y organización de un poder coactivo), que determina la forma de aquellos al decir de Kant la distinción estriba entre derecho perceptivo y derecho perentorio.
3. El derecho natural es el fundamento o sostén de todo el orden jurídico positivo. A diferencia de lo que ocurre en la teoría precedente, el contenido de la reglamentación

está exclusivamente determinado por el legislador humano (el soberano), y su función es dar legitimidad al poder del legislador humano; de acuerdo a la teoría de Hobbes el derecho natural queda reducido a una sola norma. En la sociedad de iguales: "hay que cumplir las promesas"; en la sociedad de desiguales: "hay que obedecer las órdenes del superior", por eso la ley natural sirve para poner en movimiento el sistema.⁵⁶

La posición ecléctica del autor Norberto Bobbio, permite introducirnos al punto del debate central que lo es la confrontación del derecho natural y el positivo, en tanto que el primero siempre exige su presencia en el segundo en tanto que el derecho positivo lo excluye, por ello podemos decir que el primero constituye una teoría dualista y el segundo una teoría monista, y así, Gustavo Radbruch entiende por seguridad jurídica, "la certidumbre del derecho que exige la perceptibilidad cierta de la norma del derecho, la prueba cierta de los hechos que depende su aplicación y la ejecución cierta de lo que ha sido reconocido como derecho. La certeza de que aquí se trata, es la del contenido del derecho en vigor: otra cosa es la validez del derecho"⁵⁷.

El extracto de la cita debe ser observado en la realidad de su interpretación, esto es dentro de la tangibilidad del derecho, la seguridad jurídica no tiene vida autónoma, sino que vive como el propio Radbruch sostiene, en una antinomia bajo un *condominium* con otros principios : justicia y bienestar común.

Así tenemos, por otro lado, que la justicia para Hans Kelsen: " es ante todo una característica posible pero no necesaria de un orden social"⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. BOBBIO, Norberto, El Problema del Positivism Jurídico. México 1999, Distribuciones Fontamara, Traducción al Castellano por Ernesto Garzón Valdez del Título original Il Problema del Positivismo Iuridico, Sexta Edición. p. 70-72.

⁵⁷ Cfr. RADBRUCH, Gustav. Los Fines del Derecho. 1975, México Traducción de Daniel Kuri Breña. UNAM. Manuales Universitarios .Dirección General de Publicaciones, Primera reimpression en español Doceava Edición, p. 63-64.

⁵⁸ Cfr. KELSEN, Hans, Que es la Justicia? México 2000, Ediciones Fontamara, S.A., del titulo original, Was ist gerechtigkeit?, Traducción Ernesto Garzon Valdez, s/e, p. 29.

Es decir, para el máximo representante del positivismo jurídico la justicia no es indispensable para la prosecución de un orden social; pero es aquí donde surge el dilema: cuando la ley es injusta ¿debemos obedecerla?

Para un positivista absoluto, la respuesta es afirmativa, se debe obedecer la ley aun cuando para algunos sea injusta, la justificación se explica en que no deben existir valores absolutos, por ser incompatible para la validez de la norma, por ello es explicable para esta Escuela del Derecho, que la norma es válida cuando dentro del proceso de su creación cumple con el procedimiento formal previsto en la Constitución (ley fundamental).

Como quedó analizado el pensamiento de Radbruch, la seguridad jurídica se encuentra por encima de la justicia; el juez tiene el deber profesional de hacer valer la voluntad de validez, sacrificar frente a la autoridad del derecho su propio sentimiento jurídico preguntarle sólo qué es derecho, y no si también es justo ya que por una parte, por más injusto que pueda ser el contenido del derecho, hay un fin que siempre se cumple en virtud de su mera existencia: el de la seguridad jurídica, por eso sostiene que, si hubiere un conflicto radical entre justicia y seguridad jurídica esta última habrá de ceder en aras de la justicia.

Posteriormente, con motivo de la postguerra, varió su criterio con tendencia positivista y se invierte la postura manifestando que si existiera un conflicto entre seguridad jurídica, y justicia, debe prevalecer la primera.

Kelsen, manifiesta como ha quedado ya expuesto con antelación que no niega que el derecho debe contener un mínimo de justicia, pero su afirmación es contundente, que no debe ni necesita ser justo para ser derecho, por ello su relativismo implica una posición amoral y conduce a la tolerancia que se opone a una idea de un principio absoluto de justicia, porque es irracional que solo pueda haber una justicia relativa que no excluirá jamás un ideal opuesto, igualmente válido, de justicia.

También, entre los que comparten que el derecho debe tener un mínimo de contenido moral, se encuentra el jurista inglés Hart, para el

la justicia es solo un segmento de la moral y es solo una de las distintas virtudes o cualidades que se le pueden asignar al derecho.

Hart, define a la justicia como la más pública y jurídica de las virtudes, se resume de manera uniforme tratar los casos semejantes de la misma manera y la variable es la que permite determinar cuándo para un determinado propósito las cosas son semejantes o diferentes, la justicia concebida como el derecho que tienen los individuos entre sí a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad, dice además que en muchos casos la idea de justicia como igualdad se sacrifica en función de valores como la seguridad o bienestar de la sociedad y con ello delata una importante vinculación entre las ideas de justicia y bienestar social⁵⁹.

Así, Santo Tomás afirma claramente que las leyes redactadas por los hombres son justas o injustas.

Por otro lado Leon Fuller, jamás niega que las leyes puedan ser injustas⁶⁰.

De la contraposición de ambas escuelas se ha sostenido que la moral se entiende implícita en la ley o explícita en el mismo ordenamiento.

Por tanto, como señala Ignacio Galindo Garfias: "El derecho y la moral tienen históricamente un origen común aunque con el transcurso del tiempo se han señalado sus distinciones sin negar que el derecho es la expresión del sentimiento moral de un grupo social. La norma del derecho se caracteriza por ser externa, bilateral, heterónoma y provista de una sanción determinada. En tanto que la norma moral es interna, unilateral, autónoma y su sanción es indiferenciada. Los convencionalismos sociales son externos, unilaterales, heterónomos, y su sanción también es indeterminada".

La ley natural es una proposición de verdad que nos explica la relación de causa a efecto de los fenómenos físicos, químicos,

⁵⁹ Cfr. HART, H.L.A., El Concepto del Derecho, Traducción del Título original The concept of law, Traducción de Genaro R. Carrio, México 1978, Editora Nacional, s/e, p. 199.

⁶⁰ Apud. David Lyons. Aspectos Morales de la Teoría Jurídica, Barcelona, España Primera edición, 1998, Editorial Gedisa, S.A. p. 96 y sig.

biológicos, etc., si su encuentro no se cumple pierde su validez científica.

La norma en cambio es la expresión de un juicio de valor, la infracción de la norma jurídica no afecta su validez, sino que da lugar a su aplicación activa.

Puede decirse en este sentido que el derecho como ciencia (Jurisprudencia) está constituido por un conjunto de conocimientos, exclusivos de ello con un método propio de la investigación, que se propone alcanzar la realización del hombre, la seguridad y la justicia.⁶¹

Por la justicia, el orden y la seguridad, se crean las condiciones que permiten que "el arbitrio de cada uno pueda coexistir con el arbitrio de los demás".

Los valores determinantes en una legislación han sido la dignidad humana, el bienestar y la justicia, por ello cuando esta ley o norma se desaparta de estos principios morales se dice que es injusta y es por ello que el ius naturalismo en constante pugna con la positivización del derecho reclama esa exclusión para ser incorporada a la ley, por ello se argumenta también que el legislador como humano es falible.

Autores como Dworkin, sostienen que al menos esta falibilidad de la ley es compatible con la tesis de la separación mínima del derecho con la moral⁶².

En congruencia a lo anterior, autores como Hart que representan la tradición positivista establecen por ello, en su teoría jurídica, que debe existir una separación mínima entre la ley y la moral, pero que no conduce a la tesis del contenido moral explícito; puesto que solo considera que las condiciones morales sobre lo que es una ley, deben ser explícitas.

Una justificación jurídica de los puntos de conexión entre el derecho y la moral nos la ofrece de manera esquemática Rudolf Von Ihering en su obra "El Fin en el Derecho", con la siguiente cita: "El

⁶¹ op cit. P. 37.

⁶² Apud. DAVID Lyons. op cit. p. 97-100.

enlace de la teleología de la moral constituye la prueba de la aplicabilidad, en la medida de lo moral, presentada por nosotros como lo útil social al poder del Estado. Si la sociedad es el sujeto del fin de lo moral, el poder del Estado como representante de la misma está llamado en primera línea a realizar y estimular la moral. Si entra en contradicción en sus disposiciones con las concesiones morales del pueblo, se hace posible también el reproche de lo inmoral, y esto no solamente en lo que se refiere a medidas aisladas transitorias, sino también no menos a las instituciones jurídicas que introduce, o que mantiene después que han perdido su justificación a los ojos del pueblo”⁶³.

Es objetivo el pensamiento de Ihering en establecer el fomento de la moralidad en las instituciones jurídicas para su debida operatividad, y por ello tanto en las leyes orgánicas de los tribunales de los estados como en el Código de Procedimientos Civiles, se señalan los motivos y causas de impedimentos que tienen los jueces y magistrados para conocer de los negocios sometidos a su jurisdicción y que ofrecen una fuerte infiltración como medida preventiva para la validez de los procesos, causas que son subjetivas y que de conocerlas el juez (entre otras podemos citar: amistad, interés, parentesco con alguna de las partes), siga conociendo del negocio, es un motivo determinante para fincar al funcionario judicial responsabilidad civil proveniente del fraude procesal.

En conclusión, hay una vinculación entre la moral y el derecho que se ve positivizada con lo que la ley dice sobre esos valores morales.

Un ejemplo de ello, lo tenemos con la regulación de la disolución del vínculo matrimonial. Así, el Código Civil en su artículo 267 establece como causales de divorcio el adulterio debidamente probado por uno de los cónyuges.

Otra causal lo es la propuesta de un cónyuge para prostituir a otro.

⁶³ Cfr. IHERING Rudolf Von. El Fin en el Derecho. Puebla, México 1962, Editorial Cajica, S.A. Puebla, Tomo II. s/e, p. 91.

También tenemos que la sevicia, los malos tratamientos, las amenazas e injurias son causales de divorcio.

Es interesante el esquema que presenta otro filósofo jurídico contemporáneo, el norteamericano John Rawls: este autor sostiene la teoría tradicional del contrato social tal como fue presentada por Rousseau, Locke y Kant.

Rawls coloca a la justicia como la primera virtud de las instituciones sociales y quiere decir que la justicia es elemento determinante para el funcionamiento de la estructura básica de la sociedad y una de las aportaciones más destacadas es la elaboración de una serie de principios de justicia que supuestamente serán adoptados de forma voluntaria por individuos libres y racionales pero de un esquema de cooperación social; así, el primer principio dice: cada persona ha de tener un derecho igual al sistema total más amplio posible de iguales libertades básicas que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos.

También señala que el segundo principio sostiene: las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que ellas satisfagan estas dos condiciones: a) deben ser para el mayor beneficio de las que se encuentran en la posición social menos aventajada (principio de diferenciación), y b) y deben adjudicarse a funciones y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades ⁶⁴.

La ordenación de tales principios establece una regla de prioridad que gira en torno a la libertad como valor límite.

Los principios de justicia han de estar categorizados en orden léxico gráfico y por lo tanto solo puede ser restringida en beneficio de la libertad.

Otro aspecto de la obra del Profesor Rawls, es el relacionado a la justicia puramente procesal y señala "la distribución de ventajas no se evalúa en primera instancia confrontando una provisión de

⁶⁴ Cfr. RAWLS, Jhon. Teoría de la Justicia. Traducción del Título original A Theory of Justice por María Dolores González. México 2002, Editorial Fondo de Cultura Económica. Tercera reimpresión, s/e, p. 281-289

beneficios disponibles con los derechos y necesidades de individuos; la asignación de bienes provisionales tendría lugar de acuerdo con el sistema público de normas el cual determina qué se produce y en qué cantidad⁶⁵.

Es interesante el planteamiento de Rawls, puesto que tiene aplicación en la eficacia del derecho cuando surge el conflicto de la justicia con la seguridad jurídica, por ejemplo en el caso del problema del anatocismo, en el que ante la contradicción de la legislación vigente en nuestro país, el Código Civil sancionaba con nulidad la capitalización de intereses; en cambio, el Código de Comercio regulaba una conducta permisiva de capitalizarlo previo convenio entre las partes, lo que provocó el fallo ante la ley injusta por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en beneficio de los intereses de la banca, en el que por ser una regulación específica la legislación comercial por ser actos de comercio los ejecutados por el banco, tiene primacía el Código de Comercio, sobre el Código Civil.

Sin embargo, el problema de la seguridad jurídica para contratar préstamos hipotecarios con instituciones de crédito sigue latente, puesto que el precedente no ha sido derogado por jurisprudencia posterior ni tampoco el poder legislativo a quien compete la producción de las leyes, ha creado una ley contra la usura por lo que se está en presencia de un derecho positivo que contiene una ley injusta y que no ofrece seguridad jurídica para contratar por parte de los deudores, puesto que es común que se instrumenten los dichos contratos con tasas variables y mecanismos financieros que no son del conocimiento del público sino que solamente son manejados y comprensibles por quien los elabora y por operadores financieros especializados como son los contadores públicos, puesto que desde la promulgación del Código de Comercio, pese a las reformas recientes, se mantiene intocado el artículo 363 que autoriza la capitalización de intereses.

Los principios procesales, como son el de congruencia y el de distribución de la carga procesal, son los más relevantes y que objetivamente su tratamiento adecuado, es motivo determinante para la efectividad del acreditamiento ante los tribunales del fraude procesal, que de acuerdo a nuestro sistema legal deben encontrarse totalmente concluidas las actuaciones judiciales de donde emane el

⁶⁵ op cit, p. 92.

proceso fraudulento, y mediante el juicio ordinario civil autónomo, en el discurso jurídico se expondrán las causas e invalidez del proceso fraudulento, mediante la tramitación de diverso proceso contencioso, será la materia del debate en el que el tribunal analizará las causas de invalidación del proceso fraudulento con audiencia de parte legítima y en la que se cumplan las formalidades de ley.

Así, el proceso contencioso se forma con la contestación a la demanda: se fija la litis, y se determinan los puntos sobre los que debe versar la contienda.

Para ello, se requiere un debido acreditamiento de los hechos en que se expone la demanda, así inteligiblemente Carnelutti, nos sostiene cuál es la forma en que nace un proceso; sintetizando su pensamiento señala que el juzgador se convierte en un historiador, en dos palabras después de haber remontado el curso del tiempo hurgando en el pasado, el juez debe dirigirse al futuro; después de haber establecido lo que ha sido, tiene que establecer lo que será; Ticio ha robado, por consiguiente debe restituir e ir a la cárcel; Cayo ha engendrado a Sempronio, por consiguiente, debe mantenerlo y educarlo; Cornelio ha obtenido dinero en préstamo de Mevio, por consiguiente debe restituirlo; por eso el juez además de ser un historiador, después del juicio histórico, tiene que pronunciar el juicio crítico: después de haber verificado la existencia de un hecho debe ponderar su valor. Ahora bien, la diferencia fundamental entre el juicio de existencia y el juicio de valor, es precisamente que el primero concierne al pasado, y el segundo atañe al futuro⁶⁶.

En la praxis judicial sólo se adecua la descripción de Carnelutti, en base a la teoría de la prueba, y específicamente su distribución probatoria en la que las partes asumen la responsabilidad procesal de probar en juicio, con los medios de prueba que tengan a su alcance.

Con gran precisión para efectos de estructurar estos principios nos es pertinente citar al ilustre procesalista alemán Leo Rosenberg quien nos dice: "La apreciación libre de la prueba que según la opinión

⁶⁶ Cfr. CARNELUTTI, Francisco. ¿Cómo se hace un proceso?, México 2002, Publicación de la Dirección General de Anales de Jurisprudencia del Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Colección Doctrina, s/e, p.331.

de algunos ha de substraer al Juez de influencia de las normas sobre la carga de la prueba, no permanece libre del influjo de la distribución de esta carga. Por eso, el interés determina el fin, y este determina los medios, y en base a ello una distribución errónea de la carga de la prueba, puede inducir al juez a conclusiones erróneas, y por consiguiente, a una sentencia errónea, aún cuando no está en cuestión propiamente la aplicación de una norma, sobre la carga de la prueba; creyendo el juez haber llegado (si bien a base de un error) a una aclaración completa de la situación de hecho (la carga de la prueba)" ⁶⁷.

De la cita doctrinal se desprende que para determinar la distribución de la carga de la prueba, se debe de observar en nuestro medio lo que establece el artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles:

- 1.- El que afirma está obligado a probar.
- 2.- El que niega no está obligado a probar, a menos que con su negativa envuelva la afirmación de un hecho

Por ello, el juicio del juez entendido como actividad intelectual que se sustenta mediante un juicio de valor en base a los hechos alegados por las partes y debidamente probados, surge la eficacia procesal del acreditamiento del fraude procesal materia de la acción de nulidad de juicio concluido, con la debida exposición de los hechos motivo de invalidez del proceso fraudulento y con los elementos de prueba que para ello aporte al proceso la víctima o damnificado, siendo deber del actor justificar la conducta ilícita desplegada por el demandado con el indebido uso de instrumentos procesales en el juicio del que emane y que con motivo de ello le ocasionó un daño en el patrimonio del demandante.

Al acreditar la causa eficiente de la invalidez del proceso, incumbirá la prueba del daño también al actor que con motivo de esa relación de causalidad entre el fraude imputable al demandado, que sea consecuencia inmediata del desequilibrio patrimonial que sufre el

⁶⁷ Cfr. LEO Rosemberg.- La Carga de la Prueba, Buenos Aires, Argentina 1956, Ediciones Jurídicas Europa-América, Traducción de Ernesto Krotoschin, p. 61.

actor y como consecuencia el demandado debe soportar el pago de daños y perjuicios, puesto que tal como quedará analizado de manera posterior esta acción es restitutoria.

III. 1. 1. Contenido de la naturaleza jurídica del Fraude Procesal.

Esquematisados los fundamentos teórico-prácticos de los principios y reglas que sustentan un orden jurídico, corresponde ahora analizar la naturaleza jurídica del fraude procesal, y para ello se requiere el estudio de las reglas sustantivas que prevén y sancionan los actos ejecutados en fraude procesal, en razón de que la jurisdicción civil se constriñe, como lo afirma el ilustre Adolf Wach, (quién fuese maestro de Chiovenda), a estructurar una teoría integral de la jurisdicción civil: "La jurisdicción civil es el poder estatal aplicado a conservar el ordenamiento jurídico civil. Distinguiéndose el señorío judicial, la administración judicial, ó sea la función que tiene por finalidad hacer posible la administración de justicia de la jurisdicción en sentido estricto"⁶⁸.

En efecto, la jurisdicción civil a cargo de los jueces es declarar y ejecutar relaciones jurídicas de manera objetiva para la aplicación del ordenamiento civil al fraude procesal. Conviene hacer los señalamientos que la doctrina, la ley y la propia jurisprudencia mexicana han orientado para determinar algunos parámetros de conductas ilícitas catalogadas como dolosas al utilizar instrumentos procesales dentro del fraude procesal en perjuicio del acreedor y terceros adquirentes de buena fe.

En armonía a lo anterior, la estructura del fraude procesal, la encontramos dentro de la teoría de las obligaciones, precisamente al traslapar las instituciones protectoras en fraude de acreedores, como se manifiesta y confecciona por los simuladores los actos jurídicos de aparente legalidad o bien, de negocios válidos, pero con la acción intencional de perjudicar al acreedor.

Bajo este contexto, analizaremos las formas constitutivas del fraude procesal, que constituyen las propiedades emergentes que se encuentran inmersas en la naturaleza del fraude procesal, como es la

⁶⁸ Cfr. WACH Adolf.- Derecho Procesal Civil. Buenos Aires Argentina, 1977, Editorial Ediciones Jurídicas Europa- América, Tomo II, s/e, p. 5.

institución de la simulación de los negocios jurídicos, en el que las partes le dan una falsa apariencia al negocio jurídico de que se trate, es decir el acto es irreal y por ende sus consecuencias (como son aparentar ante los demás por el deudor que de manera ficticia ha sufrido un quebranto patrimonial con la intención de perjudicar al acreedor), la nulidad que opera es por falta de voluntad, y en este apartado también se analizara la inoponibilidad de la simulación a terceros de buena fe; esta hipótesis a validar implicó que la ley es proteccionista a la buena fe; por ser el elemento inspirador de la seguridad de la contratación y por lo tanto, perjudicará a los autores del acto escrito (compraventa, donación, etc.), el documento externado frente a tercero, al prevalecer la voluntad declarada⁶⁹.

Otra institución proteccionista del acreedor es la acción pauliana, en el que a diferencia de la simulación, el acto es real, es decir el negocio es válido, por ello en cuanto a su naturaleza jurídica se señala que es revocatoria, porque el *concilium fraude* tiene validez al tener los requisitos de forma y contenido, y el efecto será revocar el acto, al demostrar la prueba del daño por el acreedor perjudicado de que el deudor ha obrado de mala fe con el acto celebrado al caer en insolvencia y resulta inejecutable la obligación contraída con el deudor insolvente, al salir de su patrimonio el bien corpóreo objeto del negocio jurídico; empero, como la buena fe, protege el derecho adquirido del bien por el tercero que contrató en el negocio jurídico celebrado con el deudor, la acción se vuelve nugatoria porque el acreedor perjudicado, debe probar tanto la mala intención del deudor como la del tercero, de difícil comprobación en la práctica judicial.

Por lo que toca a la forma extintiva del fraude procesal, el acreedor cuenta con la acción de nulidad de juicio concluido, la hipótesis a desarrollar es la validación de que la acción de nulidad es un medio eficaz para destruir los actos jurídicos simulados o reales, para restaurar el desequilibrio patrimonial que representa con la realización el negocio jurídico, que será la materia de la acción de nulidad al haberse utilizado constitutivamente en un proceso judicial o en ejecución de una sentencia firme (instrumentos procesales), por las

⁶⁹ "En interesante estudio psicológico del acto jurídico, León Duguit enseña los diferentes momentos que conforman la exteriorización del consentimiento de la voluntad externa con la voluntad querida intrínsecamente a través de la voluntad declarada y que son: 1) concepción.- 2) deliberación; 3) decisión; 4) ejecución.- Teoría General del Acto Jurídico. México 1922, Editorial Cultura, s/e, p. 5-11".

partes que lo utilizan en fraude de acreedores.

En el estudio de la teoría de las nulidades de los actos jurídicos, que por su ámbito de aplicación nos referiremos exclusivamente a la nulidad absoluta, entendida este como el acto ilícito que se ejecuta por un agente, que al utilizar indebidamente instrumentos procesales, actúa ilícitamente en fraude a la ley o a sus acreedores en provecho propio ocasionando un desequilibrio patrimonial, y ello es así que como quedará analizado la ilicitud en el objeto es catalogada como una causal de nulidad absoluta que por su naturaleza es inconvalecible, imprescriptible e irrenunciable y que puede hacerse valer por todo interesado en la invalidez del proceso fraudulento.

III.1. 2 La Acción de Simulación del Negocio Jurídico.

Analizando la institución de la simulación, su objetivo fundamental estriba en determinar el contenido sustantivo del negocio aparente, la característica distintiva es su ocultamiento, ya que en la mayoría de los casos su realización tiene como finalidad preponderante el fraude de acreedores, por lo que una vez enterado el acreedor del negocio fraudulento, será la materia sobre la que versará la acción de nulidad de juicio concluido, como efecto sancionador del fraude cometido, puesto que no hay base para diferenciar la simulación absoluta que impone el negocio fingido y el negocio fraudulento.

Por eso el maestro Borja Soriano, señala que la institución tiene dos elementos:

- I. Un desacuerdo intencional y consciente entre la voluntad real y la declarada. Lo interno, lo querido y lo externo, lo declarado, están en oposición consciente. En efecto, las partes no quieren el acto; quieren solo hacerlo aparecer y por eso emiten una declaración disconforme con su voluntad, y
- II. la intención de engañar a terceros.⁷⁰

⁷⁰ Cfr. BORJA Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, México 1989, Editorial Porrúa, s/e, p.548.

De los elementos distintivos de la simulación principiaremos con el primero, que lo es propiamente la voluntad concurrente de los partícipes en la simulación del acto, por ello de manera precisa Ferrara principia diferenciando la simulación con la reserva mental; señala que la reserva mental es una simulación unilateral, en cambio la simulación del negocio, comprende el concierto de varias voluntades. Por eso la reserva mental corresponde al secreto y no ataca la validez del negocio, en cambio la simulación anula el contrato cuando se descubre el engaño pretendido ⁷¹.

Concomitantemente, de un análisis teórico-práctico, la cita doctrinal se puede descomponer en sus propiedades particulares de la simulación procesal así:

a) Unilateral. En los casos de juicios en rebeldía en el que tendrá lugar solo la reserva mental, porque el actor sabe que es un negocio fingido, esto es confecciona un título de crédito con el demandado (quien no contesta la demanda), y con su confesión ficta tendrá lugar la reserva mental quien con su secreto no anula la simulación sino por el contrario, lo convalida al abstenerse de hacer valer algún medio de defensa (falta de contestación a la demanda y de interposición de recursos).

En cambio, por lo que concierne al juez, este con el acto simulado es inducido a error ⁷², porque no tiene conocimiento del fraude procesal, y solo se constriñe a apreciar el negocio jurídico como ostensiblemente se le presenta a su jurisdicción por los actos de voluntad declarada por las partes en litigio, ignorando que se trata de un juicio simulado.

b) Bilateral, en estos casos, aun cuando realmente no existe un litigio para la contienda, se presenta una controversia aparente, en el que obra una contestación a la demanda en que el demandado acepta expresamente la suscripción del título de crédito, e incluso en la fase de ejecución de la sentencia ofrece en dación en pago el bien raíz

⁷¹ FERRARA Francisco, La Simulación de los Actos Jurídicos, Madrid, 1960, Revista de Derecho Privado, s/e, p 58.

⁷² Supra p. 45. "A propósito de ello como quedó establecido el error, cuando se vincula con el dolo, su existencia se hace depender de la acción dolosa que despliega el sujeto activo, sobre la mente del sujeto pasivo para inducirlo a esa falta de apreciación de la realidad".

embargado (el cual es el mismo, que sirve de garantía a un acreedor verdadero), la simulación es bilateral, porque el supuesto actor en el juicio simulado acepta la dación en pago, la cual tiene una función extintiva de la obligación aparente entre las partes, con la intención de provocar una insolvencia al deudor frente a su acreedor verdadero (disminución ficticia del patrimonio), y con ello quedará consumado el fraude procesal.

c) También puede presentarse una simulación tripartita cuando el juez es sobornado por las “aparentes partes en conflicto”, en estos casos el juez participa en el fraude procesal, puesto que no obstante estar enterado de que se trata de un juicio simulado, participa en el fraude y con la jurisdicción que cuenta para ello por imperio de la ley, pronuncia sentencia definitiva que tendrá efectos de cosa juzgada material ⁷³.

Por lo tanto en este caso tanto las partes como el juez que participó en el juicio simulado, al causar un perjuicio a terceros, responden en lo individual de los actos ilícitos de acuerdo a su rol de participación.

En armonía a lo anterior, para el enfoque particular de la responsabilidad civil que se desarrolla, nos podría auxiliar en principio la doctrina de la imputación penal, así Günther Jakobs, ha sostenido que en la teoría de la imputación penal, cada participante de una acción tiene su rol específico que desarrollar en una comunidad social, el quebranto de esa especificidad de conducta en su rol, y que como consecuencia se ocasione un daño, resulta imputable penalmente en principio como indiciado, en un proceso penal. ⁷⁴

A propósito de la responsabilidad penal que surge con motivo de los negocios simulados, el Código Penal vigente para el Distrito Federal, en el Título Vigésimo Primero denominado de los delitos contra la procuración y administración de justicia cometidos por particulares en su Capítulo I, regula el fraude procesal en su artículo

⁷³ id. Artículo 91 del Código de Procedimientos Civiles, establece “que toda sentencia tiene a su favor la presunción de haberse pronunciado según la forma prescrita por el derecho, con conocimiento de causa y por juez legítimo con jurisdicción para darla.”

⁷⁴ Cfr. GÜNTHER Jakobs. La Imputación Objetiva en Derecho Penal, México, D.F., marzo del 2002, Traducción por Manuel Cancio Melia, Ángel Editor, Primera Reimpresión, s/e, p. 19-21.

310, cuyo tenor es el siguiente: "Al que para obtener un beneficio indebido para sí o para otro, simule un acto jurídico, un acto o escrito judicial o altere elementos de prueba y los presente en juicio, o realice cualquier otro acto tendiente a inducir a error a la autoridad judicial o administrativa, con el fin de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, se le impondrán de seis meses a seis años de prisión y de cincuenta a doscientos cincuenta días multa; si el beneficio es de carácter económico, se impondrán las penas previstas para el delito de fraude".

Este delito se perseguirá por querrela, salvo que la cuantía o monto exceda de cinco mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, al momento de realizarse el hecho.

La imputación penal en los actos ilícitos es ambivalente también para la doctrina civil, puesto que los sujetos personales del acto ilícito mediara si se condujeron con mala o buena fe, para la aplicación del ordenamiento civil, por ello analicemos primero los sujetos personales del negocio fingido, esto es, deudor-testaferro y acreedor; después siguiendo las relaciones jurídicas que surgen entre estos que efectos directos tienen entre los que celebran el negocio fingido y el efecto en relación con el acreedor, también debe analizarse la inoponibilidad de la simulación frente a terceros adquirentes de buena fe, por tener efectos distintos, que de acuerdo a una temática a desarrollar tendrá efectos restitutorios la acción de simulación en fraude de acreedores para todos aquellos que hayan obrado de mala fe, puesto que el derecho civil protege la buena intención que nace de la contratación de la voluntad declarada en documento escrito que debe saber cuándo el tercero ignora que se trata de un negocio fingido.

En armonía a lo anterior, la persona que presta su nombre para la confección del fraude, suele llamarse prestanombres o testaferro.

Surge una relación jurídica con motivo del negocio fingido con el dueño del negocio verdadero, la doctrina se ha esforzado en justificar la naturaleza de esta relación y en algunas ocasiones se le ha pretendido ubicar dentro de la figura del mandato.

Al ejercerse el mandato de acuerdo a las instrucciones del mandante, se puede presentar bajo las formas de mandato

representativo y no representativo. En este último, el mandatario actúa en nombre propio frente a terceros, pero los efectos directos que se producen con el negocio repercuten en el patrimonio del mandante.

El maestro Rafael Rojina Villegas concretiza que en el Código Civil actual no constituye un elemento de definición la forma del mandato representativo, toda vez que los actos se ejecutan entre el tercero y el mandante, a través del mandatario. En cambio, ejecutar actos por cuenta del mandante, significa que la operación jurídica sólo afectará al patrimonio del mandante, pero cualquier relación de derecho se originará directamente entre el mandatario y el tercero.

Posteriormente, como consecuencia del mandato, aquellos efectos que se vincularon con la persona del mandatario, repercutirán en el patrimonio del mandante⁷⁵.

En comparación con la simulación, no se puede concebir que se asimile a la figura del mandato puesto que en el negocio fingido, el testafierro actúa frente al tercero como titular del negocio (volviendo al ejemplo expuesto en forma precedente con antelación, el testafierro es el titular del crédito simulado frente a los demás, incluso ante el propio juez y ante el acreedor verdadero defraudado).

En el mandato el mandatario bien sea representativo o no representativo, al ejecutar el poder conferido en la relación jurídica que surge frente a terceros, generará efectos directos en el patrimonio del mandante titular del negocio, por esto la figura del mandato no tiene aplicación para desentrañar la naturaleza jurídica del negocio simulado.

De mayor aproximación a nuestro entender, es el negocio fiduciario, del análisis de la obra del maestro Ferrara, que establece en su método de investigación el de diferencia aproximada y así puntualiza:

El negocio fiduciario y su diferencia con la simulación, tiene las siguientes notas distintivas:

⁷⁵ Cfr. ROJINA Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, México 1976, Editorial Porrúa, Tomo IV, s/e, p. 263.

1) Aquel es lícito y real, y tiene como efectos (un contrato real positivo), la transferencia de la propiedad y del crédito que realiza de modo perfecto e irrevocable.

2) De un contrato obligatorio negativo, la obligación del fiduciario de usar tan solo en una cierta forma el derecho adquirido para restituirlo después a un transferente a un tercero.

El acreedor deviene propietario, pero debe usar la propiedad para el solo fin de la garantía y cuando esta se agota con la extinción del crédito, está obligado a la retrocesión del crédito al enajenante ⁷⁶.

De la diferenciación se advierte que la conducta ilícita que se despliega por los simuladores del negocio fraudulento se equipara a un mandato fiduciario; para un debido sustento de esta posición doctrinal analizaremos los aspectos más relevantes en cuanto a las formas que presenta el fideicomiso respecto a su constitución y extinción.

La doctrina es uniforme en considerar que el fideicomiso constituye un patrimonio afectación, por ello el defraudador con el acto aparente no transgrede la ley ante los ojos de los demás, sino por el contrario, el efecto de la simulación es eludir la violación a la ley, por lo tanto, la instrucción del defraudador hacia el testaferrero, es afectar su patrimonio creando una deuda aparente con la disminución ficticia de su patrimonio, para perjudicar a un tercero, ante la falta de ejecución de su crédito con el patrimonio afectado, se consuma la simulación.

Por eso el connotado maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez, en una acepción genérica sobre el llamado negocio fiduciario advierte que existe un aspecto real, traslativo del dominio, que opera frente a terceros y un aspecto interno de naturaleza obligatoria, que restringe los alcances de la transmisión anterior pero sólo con efectos interpartes, es evidente que el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye a la fiduciaria la titularidad sobre ciertos bienes con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar solo aquellos

⁷⁶ op cit. p. 69.

actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destina⁷⁷.

Un ejemplo lo esquematiza mejor de la siguiente manera: "X", es propietario de un terreno de diez mil metros cuadrados, y al no contar con recursos económicos para la construcción de una plaza comercial, lo afecta en fideicomiso en el que "Y", en su calidad de fiduciario constituyen un fideicomiso de administración y garantía, para que a través de las instrucciones que reciba del fideicomitente "X", reciba créditos o financiamientos de terceros "z" para que inviertan o adquieran los futuros locales comerciales como fin del fideicomiso. Dicho en otras palabras, con la constitución de fideicomiso pasa a ser propiedad fiduciaria, en el que el banco es el titular del inmueble; pero no propietario de los bienes afectos en el supuesto caso, locales comerciales que integran el centro comercial.

Por lo tanto, hay una dualidad de la propiedad para la ejecución del fideicomiso; condensando la terminología empleada por Rodríguez y Rodríguez, el fiduciario es dueño del patrimonio, pero dueño fiduciario, lo que quiere decir que es dueño en función del fin que debe cumplir y que es dueño normalmente temporal.

Por lo que concierne ahora al examen de la extinción, esta se verifica al consumarse la simulación de actos jurídicos, en lo que de manera contemporánea aparecerá el acto verdadero, lo que se ha denominado por la doctrina contradocumento.

Los bienes ficticiamente afectados se reincorporarán al patrimonio del deudor, la exteriorización del contradocumento se presenta por equiparación de las reglas de reversión de la propiedad que regula el fideicomiso, cuando se cumplen los fines del fideicomiso o bien se rescinde el contrato por las causas que señala la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito⁷⁸.

⁷⁷ Cfr. RODRIGUEZ Rodríguez Joaquín, Derecho Mercantil, México 1947, Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición, Tomo II, p. 109.

⁷⁸ BATIZA Rodolfo, El Fideicomiso Teoría y Práctica, México 1995, Editorial Jus, S.A. DE C.V., s/e, p.467, en el que señala: "Que en el proyecto Alfaro relativo a las causas de extinción del fideicomiso que en siete fracciones enumera el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tales causales se interpretan de manera enunciativa y no limitativa pues en el se comprende también aunque no se consignen por la ley la destrucción de la cosa, la renuncia del fideicomisario y la resolución del derecho del fideicomitente sobre la cosa. El proyecto Vera Estañol expresa que el fideicomiso terminará en los demás

En este caso el simulador contará con diversas figuras como cesión, novación, dación en pago y cuyo efecto será aparecer ostensiblemente como propietario del bien afectado ficticiamente.

Traslapado el fideicomiso a los actos simulados, esto se exterioriza como mandato fiduciario, "X" propone a "Y" la afectación de su propiedad para el efecto de que sea disminuido ficticiamente su patrimonio, en perjuicio de su acreedor verdadero "Z", una vez consumado el fraude, el testamento revertirá la propiedad a "X", para ello contará con una gama de actos que puede simular por: novación, cesión de deuda, dación en pago.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación también se ha orientado, que constituyen actos de simulación los negocios fiduciarios ilícitos, de acuerdo a jurisprudencia firme, que a continuación se transcribe:

"SIMULACION NEGOCIOS FIDUCIARIOS ILICITOS.- La venta en garantía de un préstamo es un negocio fiduciario prohibido por ley. Solo es lícito el fideicomiso expreso, con intervención de instituciones de crédito autorizadas para operar como fiduciarias. El acreedor no puede apropiarse por sí y ante sí los bienes dados en garantía, sin los procedimientos señalados en nuestras leyes, y los contratos de compraventa en garantía de operaciones de mutuo son objetos de una simulación parcial y nulos por lo tanto. En consecuencia, debe declararse la nulidad del contrato aparente y la subsistencia de la operación disimulada, debiendo restituirse las partes las prestaciones que mutuamente se hubieran hecho". **FUENTE: Apéndice 1917-1995, Tomo IV, Primera Parte, Pag. 243. Tercera Sala, Tesis 361.**

Fraus Legis. Thol ha querido reducir los varios casos de *fraus legis* a dos formas: falsa interpretación del principio jurídico; disfraz o desfiguramiento de la situación de hecho.

La simulación no es un medio de eludir la ley, sino de ocultar su violación, por eso se habla inexactamente de simulación en fraude a la ley; debería decirse simulación ilícita, a no ser que el término fraude se

casos en que conforme a la ley deben darse por extinguidos los derechos y obligaciones nacidos por los contratos".

quiera emplear en el entendido más amplio del daño que contiene en sí el contra *legem agere*.

Los negocios fraudulentos son negocios reales indirectos que tienden a conseguir, con la combinación de diversos medios jurídicos seriamente realizados el mismo resultado que la ley prohíbe o por lo menos uno equivalente ⁷⁹.

El juicio simulado se circunscribe a aquellos procedimientos que se intentan, no para obtener la defensa de un derecho violado, sino para conseguir un resultado distinto que coincide con las consecuencias procesales.

No existe entre las partes una contienda que haya necesidad de resolver; pero ellas se sirven del juicio como medio para conseguir otro fin. Tratan principalmente, de obtener con los pronunciamientos de la sentencia el que alguno quede obligado a ceder un derecho o a tomar sobre sí una obligación, aunque en realidad, por las relaciones de derecho material existentes entre los litigantes, semejante transferencia u obligación sea infundada y solo querida en apariencia.

Dicho en otras palabras, las aparentes partes en conflicto con la simulación dan una supuesta legalidad del acto que simulan, lo cual no obsta, para que la voluntad recíproca de simular no influya en el desarrollo y efectos jurídicos del procedimiento por medio del cual la sentencia viene a fundar la transferencia o vínculo obligatorio que sólo ficticiamente quisieron las partes.

La diferencia con el fraude es que el contrato fraudulento es verdadero y real y necesita ser revocado. En cambio en la simulación, la nulidad no desaparece ni por confirmación ni ratificación.

Hemos examinado las notas distintivas de los sujetos intervinientes en el negocio simulado, así como la regulación que surge entre estos; ahora corresponde a analizar la inoponibilidad del negocio simulado en relación con terceros, el Código sajón señala dos principios, en sus artículos 828 y 829: si las partes han tenido la intención de celebrar un contrato empleando la apariencia de otro, las

⁷⁹ Apud FERRARA, op cit. p. 81-82.

reglas aplicables serán las correspondientes a la voluntad real de las partes.

Si se celebró realmente un contrato empleando la apariencia de otro, las reglas aplicables serán las correspondientes a la voluntad real de las partes.

El Código suizo de las obligaciones sanciona el principio de la protección de la buena fe de los terceros.

Normalmente la simulación absoluta tiene carácter fraudulento y tiende a causar un perjuicio a terceras personas, en cuanto a que la apariencia creada se utiliza de ordinario para frustrar la satisfacción legítima de expectativas. El negocio fingido no puede servir de arma contra la ley, pues, reduciéndose a una no acción, la trasgresión no se concibe.

El fin principal que las partes se proponen al realizar un acto simulado es el de producir una disminución ficticia del patrimonio o un aumento aparente del pasivo para de este modo, frustrar la garantía de los acreedores e impedir su satisfacción⁸⁰.

En ejecución de los juicios se presenta la *data solutum*, el deudor real en un crédito verdadero, simula un juicio en el que agobiado por las deudas finge extinguir un crédito simulado mediante la dación en pago como medio extintivo de obligaciones, y así la garantía que tenía el acreedor verdadero, se vuelve inejecutable.

Los mismos fines fraudulentos se realizan mediante la enajenación de un derecho de crédito bajo la forma de cesión; si tomamos la cesión como transmisión aparente del negocio fingido, su finalidad primordial es causar un daño al acreedor verdadero, de ahí que el testafiero requiere ser persona de confianza absoluta del defraudador, puesto que de lo contrario el testafiero de cambiar de actitud frente al defraudador de acuerdo a las disposiciones citadas de derecho comparado prevalecerá la voluntad declarada.

⁸⁰ FERRARA. op cit. p. 177.

De ahí que surja la interrogante: ¿es oponible el acto simulado frente a terceros aun cuando el testafierro mantenga su actitud incondicional con el defraudador frente al negocio fingido?

La respuesta es negativa, el texto de Ferrara, y la doctrina de manera uniforme en general es en el sentido proteccionista a favor de los terceros, la eficacia de la simulación queda limitada inter partes, en el sentido de que los simulantes no pueden hacerla valer contra los terceros que confiaron en la seriedad del negocio ⁸¹.

Pensemos nuevamente en la cesión de un crédito que se transmite de manera aparente: el deudor que paga a su nuevo acreedor contra entrega del título quedará liberado de pago, sin que el simulador se pueda oponer alegando que dicha transmisión fue ficticia.

Con gran puntualización el jurista francés Lerebous-Pigioneri, establece que la sanción más adecuada contra los que quisieron ocultar una situación falsa con la fe de un acto escrito, consistirá en volver contra sus autores la fe probatoria de este mismo escrito, si quisieron utilizarla provisionalmente, se les impondrá de un modo definitivo y aunque prueben la falsedad, no dejará de aplicarse la convención manifiesta en relación con los terceros ⁸².

Otro ejemplo lo tenemos con los derechos reales: los terceros de buena fe que adquirieron y conservaron derechos sobre un inmueble simuladamente vendido, no pueden ser perjudicados por una declaración de simulación posterior a la venta misma.

Con todo ello, queda demostrado que la eficacia de la acción de simulación tiende a demostrar la inexistencia del acto impugnado, es decir, descubrir el carácter de un acto simulado bajo la apariencia de otro provocando la nulidad del acto simulado que tiene la legalidad aparente pero no real.

⁸¹ op cit. FERRARA. p. 314.

⁸² "El texto del artículo 414 del Código de Procedimientos Civiles (derogado), señalaba que los documentos privados solo harán prueba plena, y contra su autor, cuando fueren reconocidos legalmente. En el reconocimiento expreso de documentos privados es aplicable lo dispuesto en las fracciones primera y segunda del artículo 402. En cambio el Código de Comercio vigente ésta disposición se encuentra contenida en el artículo 1296".

La diferencia con la acción pauliana procura revocar un acto fraudulento pero jurídicamente válido y real.

En ambos casos, su eficacia en relación con terceros adquirentes de buena intención, la acción se vuelve nugatoria, puesto que la buena intención, se presume, la mala intención debe probarse, por ello corresponderá la carga de la prueba al acreedor perjudicado demostrar esa mala intención del tercero.

III. 1. 3. Accion Pauliana en Fraude de Acreedores

En armonía a lo anterior, siguiendo el orden establecido, corresponde ahora el análisis de la acción pauliana en fraude de acreedores. De fuerte tradición romanista, el pretor castigaba fundamentalmente el *fraus creditorum* y exigía para acreditar la acción:

- 1) Que la enajenación o disminución del patrimonio lleve la intención de causar un perjuicio;
- 2) Que deudor conozca conscientemente el carácter fraudulento y tenga noción del *eventus damni*, y
- 3) que el beneficiado por el fraude sea *consius fraude*.

El pretor Paulo la instituyó para que los acreedores pudieran rescindir los actos fraudulentos del deudor; esta acción era además *infactum* y arbitraria. Su ejercicio estaba condicionado a que el acto disminuyera el patrimonio del deudor, pero no podía utilizar para atacar los actos por los cuales el deudor no quisiera enriquecerse, como cuando rehusaba aceptar una herencia o una donación. D.22.1.38.4⁸³.

En otra parte del presente trabajo se hizo alusión dentro de la división de las acciones, a la acción de dolo fue precedida de la *metus causa* (delito privado de extorsión); esta acción pauliana se ha venido codificando y reproduciendo su reglamentación imperativa que se instituyó como medida proteccionista en fraude de acreedores.

Savigny, en su monumental obra Sistema de Derecho Romano Actual, en base a tales elementos sostiene que siendo una acción

⁸³ Cfr. BRAVO González, Agustín, y BRAVO Valdez Beatriz. Derecho Romano Primer Curso, México 1994, Décimo Tercera Edición, p. 307.

personal puede transformarse en una *in rem actio*, por medio de la restitución.⁸⁴

Por otro lado, en la doctrina contemporánea Giorgi concretiza la acción pauliana por sus efectos restitutorios: como aquella que está dirigida a reestablecer el patrimonio del deudor en la situación que se encontraba antes de los actos fraudulentos⁸⁵.

Es importante destacar esta acción, porque de su naturaleza jurídica se desprende que parte de la doctrina establece que se trata de una acción de nulidad; entre ellos Demolombe, Aubry Rau, Hémar, en cambio existe otro grupo de tratadistas que determinan que la acción pauliana es una acción de nulidad, entre ellos: Japiot, Grober, Gaudemet, Dengue, Butera, Colin et Capitant y Planiol.

Por lo que toca a los partidarios de que el acto ejecutado en fraude de acreedores es nulo, se sustenta en que el autor del acto fraudulento quiere realizar, en beneficio ilícito escapar al pago de una obligación que le incumbe normalmente con la conciencia suficiente de tener conocimiento del perjuicio causado a sus acreedores⁸⁶.

Por otro lado, el maestro Ernesto Gutiérrez y González, señala que se trata de una acción revocatoria⁸⁷.

Sostiene los partidarios de esta doctrina que es de revocación al poner fin y privar de sus efectos a un acto plenamente válido, por razones de oportunidad catalogada subjetivamente, ya para una sola parte, ya para ambas, dado que la insolvencia por mala intención del deudor sólo es susceptible de prueba en actos jurídicos ejecutados de mala intención y para ello de difícil comprobación, como lo vienen a ser cuando tales actos son onerosos.

Estas teorías en el terreno práctico, ofrecen la problemática que se suscita cuando es llevada esta acción a los tribunales, puesto que si bien por sus efectos restitutorios debe restablecerse el patrimonio al

⁸⁴ op cit. T.4, p. 23.

⁸⁵ Apud, BORJA Soriano Manuel, Op Cit. p. 543.

⁸⁶ Cfr. ROJINA Villegas. Compendio de Derecho Civil, México 1989, T. III, Pp. 417-493 y BORJA Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, s/e, p. 526-546.

⁸⁷ Cfr. GUTIERREZ Y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones, México 1984, Editorial Cajica, S.A., quinta edición, p. 589.

momento en que se confabuló el fraude pauliano, dicho efecto queda condicionado a que se pruebe la mala intención en ocasiones del tercero adquirente del bien materia del fraude, puesto que por disposición legal en caso de compraventa de inmuebles (contrato oneroso), no producirá invalidez de la operación fraudulenta de no probarse la mala fe del adquirente ⁸⁸.

De ahí que como propiedad emergente que surge del ejercicio de esta acción contra los actos inexistentes, con invalidez absoluta o insanable ó contra aquellos que tienen existencia legal, padecen de algún vicio que lo tornan incompletos. El acto de la acción pauliana es válido, no tiene efectos ni de forma ni de fondo; surge como acto perjudicial de un tercero que aleja un derecho preferente y solicita la reintegración al patrimonio de la cosa enajenada.

En lo que toca a la simulación, la diferencia fundamental radica con la acción pauliana en que la primera se distingue por imponer un negocio fingido y en cambio en el segundo el negocio es real. La acción de simulación tiende a demostrar la inexistencia del acto impugnado, es decir descubrir el carácter jurídico de un acto presentado bajo la apariencia de otro, provocando la legalidad del acto simulado que tiene legalidad aparente, pero no real. La acción pauliana persigue revocar un acto fraudulento; pero jurídicamente verdadero y real. El negocio fraudulento no es aparente, es verdadero. Por eso permite que la acción pauliana pueda afectarlo parcialmente, hasta el límite en que concurre el interés del acreedor. El negocio fingido es falso en su totalidad y la acción de simulación puede en caso de prosperar, desvirtuarlo y anularlo totalmente.

La acción de simulación puede ejercitarse no solo cuando exista una disminución fraudulenta de la garantía que el acreedor tenga, sino también contra el mero riesgo de perder éste.

La ley actual protege a los terceros adquirentes de buena fe, por ello, al ocuparnos de la nulidad de juicio concluido, se podrá observar que la nulidad absoluta llevada al campo procesal, destruye retroactivamente los actos ejecutados en fraude procesal, e incluso cuando hay colusión de las partes intervinientes en el proceso

⁸⁸ Vid. Artículo 2164 del Código Civil.

fraudulento con una venta ficticia (dación en pago de un crédito simulado), la invalidez del acto resulta oponible ante terceros adquirentes, puesto que el título del causante de su propiedad está afectado de nulidad.

Sin embargo, la nulidad de juicio concluido se presenta cuando el fraude procesal se encuentra constatado dentro del proceso y emanado de actuaciones judiciales, que constituyen una presunción suficiente de oponibilidad a tales actos, solo que para desentrañar la naturaleza jurídica de la nulidad de juicio concluido debemos atender a las instituciones reguladas por el Código Civil, que se advierte de los actos ilícitos ejecutados en fraude de acreedores; por ello abordamos primero el acto ficticio e irreal como lo es la simulación del negocio jurídico y luego analizamos la acción pauliana, la manera en que opera, que es la revocación de un acto verdadero y real, en cambio la nulidad propiamente dicha es el medio eficaz para combatir el fraude procesal que se cometa con motivo de un juicio fraudulento, así como los actos jurídicos que de él emanen (compraventa, dación en pago, simulación de actos tendientes a burlar un derecho preexistente a cargo de un tercero ajeno a la relación procesal), al ser ejecutados en contra de acreedores.

Hemos analizado el fraude de acreedores por un acto ficticio, como lo es la simulación del negocio jurídico; en armonía a lo anterior, corresponde ahora el tratamiento del fraude de acreedores pero cuando el negocio es verdadero y real siguiendo el orden establecido.

Corresponde ahora el análisis de la acción pauliana en fraude de acreedores. De fuerte tradición romanista, el pretor castigaba fundamentalmente el *fraus creditorum*.

Se trata de una acción revocatoria, justifican los partidarios de esta posición doctrinal que es de revocación al poner fin y privar de sus efectos a un acto plenamente válido, por razones de oportunidad catalogada subjetivamente ya para una sola parte, ya para ambas, dado que la insolvencia por mala intención del deudor solo es susceptible de prueba en actos jurídicos ejecutados de mala fe y para ello de difícil comprobación, como lo vienen a ser cuando tales actos son onerosos.

Estas teorías en el terreno práctico, ofrecen la problemática que se suscita cuando es llevada esta acción a los tribunales, puesto que si bien por sus efectos restitutorios debe restablecerse el patrimonio al momento en que se confabuló el fraude pauliano, dicho efecto queda condicionado a que se pruebe la mala fe del tercero adquirente del bien materia del fraude, puesto que por disposición legal en caso de compraventa de inmuebles (contrato oneroso), no producirá invalidez de la operación fraudulenta de no probarse la mala fe del adquirente⁸⁹.

Giorgi hace referencia a los textos romanos para desentrañar la naturaleza jurídica de la *actio Pauliana*, porque mientras Paulo en la L. 38. *De usuris* (XXI,1) la califica de *actio in personam* el 6. *Inst. de actionibus* (IV,6), la enumera entre las acciones *in rem*. Esta antinomia entre el derecho de las Pandectas y el de las Instituciones, es de una evidencia innegable.

Estas conjeturas han germinado en la opinión más acreditada de los romanistas modernos, entre ellos Maierini, que considera la *actio pauliana* como una *actio personalis arbitraria in factum*. Una acción dirigida a restablecer el patrimonio del deudor en la situación que se encontraba antes de los actos fraudulentos; y, todo esto con el único fin de que el acreedor pueda conseguir lo que hubiera obtenido si el acto fraudulento no hubiese sido consumado⁹⁰.

El contenido doctrinal resulta aplicable al fraude procesal, puesto que la acción pauliana en fraude de acreedores debemos entenderla en su inteligibilidad como una acción revocatoria que tiende a reincorporar al patrimonio del deudor el bien materia del fraude, con motivo de la intención dolosa de las partes de actuar en mala fe en un negocio jurídicamente válido, para perjudicar el fraude de acreedores y el efecto será que una vez revocado el acto, al ser reincorporado el bien al patrimonio del deudor, será ejecutada la obligación preexistente del acreedor.

Los elementos que la integran son el *consilium fraudis*, que es un requisito de afecto, que quiere decir que la concurrencia del fraude

⁸⁹ Vid artículos 2168 y 2169 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁹⁰ Cfr. GIORGI Jorge. Teoría General de las Obligaciones en el Derecho Moderno. Vol. II, 1977, Edit. Reus, S.A., s/e, p.300.

intervienen dos sujetos y que son: el deudor y el tercero contra el que la acción se promueve. El otro elemento es de efecto, *praeiudicium, eventus damni*, esto es, concatenado a la conciencia de defraudar se requiere el elemento dañoso que se manifiesta en la insolvencia en que cae el deudor con motivo del fraude cometido en perjuicio de su acreedor.

Descomponiendo las particularidades emergentes en sus aspectos objetivos para su valoración y comprensión razonada, podemos citar que en el fraude del deudor, es rasgo característico la intención de perjudicar, pero no solo se requiere la intención de dañar sino la concurrencia del daño efectivo de los acreedores y la mala fe que constituyen la infracción a las obligaciones asumidas para con los mismos acreedores.

Giorgi, ha contrapuesto a la intención de perjudicar, la noción de un objeto diverso con el fraude que buscar su conveniencia, en relación con el daño sufrirán los acreedores por aquel acto y se contenta con que el deudor tenga la certidumbre de ello⁹¹.

De la cita doctrinal, resulta cuestionable si debe existir el ánimo de fraudar o simplemente por la conveniencia del acto, puesto que pensar en lo segundo estaríamos hablando de ausencia de dolo; el acto fraudulento en nuestra opinión es de naturaleza dolosa puesto que como ha quedado debidamente razonado se requiere para la consumación del fraude, una maquinación por parte del deudor con el propósito de causar un perjuicio a sus acreedores, esto es, un elemento imprescindible que no escapa al acto real o verdadero que se ejecuta en fraude de acreedores, en contraposición a la culpa que es una falta de previsión u omisión de ejecutar el acto en perjuicio de sus acreedores por parte del deudor, quien despliega en todos los casos cometidos por fraude una intencionalidad dolosa.

Un ejemplo de ello lo tenemos en la falta de oposición a la prescripción, en un crédito que tiene el deudor con diverso acreedor a quien le llamaremos X, respecto de una obligación natural.

Como consecuencia de esa falta de oposición, tenemos que el crédito del acreedor perjudicado, a quien llamamos Y, queda

⁹¹ op cit. p. 318.

inejecutado por la falta de excepción de prescripción porque el crédito que tiene el deudor Z con X, es preferente al de Y, esto es, la omisión es dolosa y no culposa, porque es con la intención de perjudicar al acreedor.

El crédito fraudulento en perjuicio de los derechos preferenciales del acreedor se encuentra regulado por el artículo 2979 del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente: **“El crédito cuya preferencia provenga de convenio fraudulento entre el acreedor y el deudor, pierde toda preferencia, a no ser que el dolo provenga solo del deudor, quien en este caso será responsable de los daños y perjuicios que se sigan a los demás acreedores, además de las penas que merezca por el fraude”**.

En lo que toca a la simulación la diferencia fundamental radica con la acción pauliana, en que la primera se distingue por imponer un negocio fingido y en cambio en el segundo el negocio es fraudulento. La acción de simulación tiende a demostrar la inexistencia del acto impugnado, es decir descubrir el carácter jurídico de un acto presentado bajo la apariencia de otro, provocando la legalidad del acto simulado que tiene legalidad aparente; pero no real. La acción pauliana persigue revocar un acto fraudulento; pero jurídicamente verdadero y real. El negocio fraudulento no es aparente, es verdadero. Por eso permite que la acción pauliana pueda afectarlo parcialmente, hasta el límite en que concurre el interés del acreedor. El negocio fingido es falso en su totalidad y la acción de simulación puede en caso de prosperar, desvirtuarlo y anularlo totalmente.

La acción de simulación puede ejercitarse no solo cuando exista una disminución fraudulenta de la garantía que el acreedor tenga, sino también contra el mero riesgo de perder este.

La ley actual protege a los terceros adquirentes de intención, de mayor eficacia es la acción de nulidad de juicio concluido; por ello al analizar, se podrá observar que la nulidad absoluta llevada al campo procesal, destruye retroactivamente los actos ejecutados en fraude procesal, e incluso cuando las partes intervinientes están coluditas en el proceso fraudulento con una venta ficticia (dación en pago de un crédito simulado), son actuaciones concluidas y que son la materia de la nulidad del juicio concluido, la invalidez del acto resulta oponible

ante terceros adquirentes, puesto que el título del causante está afectado de nulidad, y por ello seguirá la suerte de su causante el título del tercero, siempre y cuando hayan sido llamados a juicio oportunamente las partes que intervinieron en el negocio fraudulento, esto es, el juicio se seguirá con audiencia de parte legítima y en las que se cumplan las formalidades del procedimiento.

Hemos establecido los elementos constitutivos del acto simulado, así como del fraude pauliano, y su comprobación en juicio ha orientado a los tribunales de la Federación a definir criterios jurisprudenciales para la eficaz procedencia de la acción que deben observar los justiciables, y por su relevancia nos permitimos reproducir los siguientes precedentes jurisprudenciales:

“ACCION PAULIANA Elementos que la Constituyen. El

Código Civil del Estado de Chihuahua, en sus artículos 1980, 1981 y 1983, establece en protección de los acreedores, la acción pauliana, para anular los actos que los deudores celebren en fraude de los derechos de aquellos. Dichos preceptos a la letra disponen: Artículo 1980: Los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor, pueden anularse, a petición de éste, si de estos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción, es anterior a ellos. Artículo 1981: “Si el acto fuere oneroso, la nulidad sólo podrá tener lugar en el caso y términos que expresa el artículo anterior, cuando haya mala fe, tanto por parte del deudor, como del tercero que contrató con él”. Artículo 1983: Hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas. La mala fe, en este caso, consiste en el conocimiento de este déficit”. De su texto aparece que los requisitos que deben concurrir para que esa acción proceda son: a) Que exista a favor del acreedor que la intente, un crédito anterior al acto cuya nulidad pide; b) Que de ese acto resulte la insolvencia del deudor, en daño del acreedor; c) Que si el acto en perjuicio del acreedor es oneroso, haya mala fe en el deudor y en el tercero que contrató con él: consistiendo la mala fe, en el conocimiento que ambos tienen, del estado patrimonial de

déficit de aquél. FUENTE.- 3ª SALA—Boletín 1957, Pag. 319.”

“ACCION PAULIANA. La constituyen los siguientes elementos: a). La existencia de un crédito anterior a favor del acreedor; b). La comprobación de actos del deudor que originan su insolvencia y c). La demostración de la mala fe del tercero que contrató con el deudor siendo onerosa la enajenación, o de la gratuidad de los actos, de mediar buena fe de los contratantes. La sentencia extranjera es de fecha tres de julio de mil novecientos cincuenta y ocho y condenó al señor Gregorio Flores Carrillo a pagar al señor Aníbal Gutiérrez por su representación, la cantidad de veinte mil dólares, intereses y costas. El ocho de agosto del mismo año, el Juez Primero de lo Civil de Ciudad Juárez, Chih., autorizó la celebración de un contrato entre los esposos Flores Rodríguez, para liquidar la sociedad conyugal que tenían celebrada. Y por escritura notarial otorgada el veintiuno de octubre siguiente, con posterior inscripción en el Registro Público de la Propiedad, los mencionados esposos realizaron la liquidación de bienes mediante la cual se adjudicaron a la esposa señora EVA RODRIGUEZ DE FLORES todos los bienes inmuebles, con valor que entonces resultaba ser equivalente a la cantidad de ochenta mil pesos, tenido como fondo de reserva y que en efectivo dijo haber recibido con anterioridad el señor Flores Carrillo. Los documentos en que constan los actos jurídicos aludidos hacen prueba plena conforme a los artículos 308 y 378 del Código de Procedimientos Civiles y en consecuencia, quedó demostrado que el crédito a favor del acreedor es anterior al contrato de enajenación de bienes. Los documentos públicos a que se ha hecho referencia y la prueba pericial, que también hace prueba plena en cuanto al término medio de los avalúos formulados según previene el artículo 387 del citado Código de Procedimientos, que como aquéllos otros fue inexactamente aplicado por la autoridad responsable, acreditan asimismo que como consecuencia del otorgamiento del contrato de liquidación de bienes de la sociedad conyugal, se originó la insolvencia del deudor.

Independientemente de que se presuma fraudulenta esa operación conforme al artículo 1996, por el solo hecho de constar el crédito en una sentencia anterior al acto de enajenación, y de que el señor Flores Carrillo confesó haber dispuesto de todos sus bienes para insolventarse, por consejo de sus abogados, cuando supo de la sentencia pronunciada en su contra por el tribunal extranjero, está demostrado también que el valor de los inmuebles adjudicados fraudulentamente a su esposa, no era equivalente a los ochenta mil pesos mencionados en el contrato de adjudicación de bienes impugnado de eficaz, sino de novecientos sesenta y dos mil setecientos treinta pesos, según dictamen del perito del actor y de novecientos cincuenta mil doscientos cincuenta pesos de acuerdo con el emitido por el perito de la parte demandada, nombrado en su rebeldía. **FUENTE.—3ª SALA---Boletín 1962, Pág. 261.**”

“ACCION PAULIANA”. La presunción que establece el artículo 2153 del Estado de Chiapas abarca no sólo al vendedor sino también al tercero adquirente. El artículo 2153 del Código Civil del Estado de Chiapas dice: “Se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas, contra quienes se hubiesen pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia, ó expedido mandamiento de embargo de bienes, cuando estas enajenaciones perjudican los derechos de sus acreedores”. La acción pauliana, establecida en protección y para beneficio de los acreedores, difícilmente prospera en la práctica porque se tropieza con muchos obstáculos para su procedencia, dada la diversidad de situaciones que en la vida práctica se presentan para encubrir el fraude. Por estas circunstancias y ante la dificultad de la prueba, el legislador ha pretendido obviar en lo posible esa dificultad y ha creado presunciones legales que no tienen más finalidad que la de facilitar el triunfo de esta acción y evitar al que sufre un fraude la dificultad de probarlo. El artículo 2164 del Código Civil del propio estado establece que “si el acto fuere oneroso la nulidad sólo podrá tener lugar en el caso y términos que expresa el artículo anterior, cuando haya mala fe tanto de

parte del deudor como del tercero que contrató con él". Esta es, por decirlo así, la regla general de procedencia de la acción pauliana, para la integración de uno de los elementos indispensables: el de la demostración de la mala fe en el acto oneroso. Pero hay casos en que el legislador sabe, porque lo ha podido comprobar por la experiencia, que se trata de un fraude, y entonces hace excepciones a esta regla general y establece presunciones que facilitan al acreedor la demostración de que ha sido víctima de ese fraude. En estos casos, ya no tiene aplicación la regla general; se aplica el caso de la presunción, que ya no exige la prueba de la mala fe sino que permite al actor colocarse simplemente dentro de la excepción a la regla general, esto es, el amparo de la presunción legal, para que no esté obligado a probar la mala fe sino que es la parte demandada quien tiene la carga de la prueba para desvirtuar la presunción legal que favorece al acreedor. En consecuencia, procede concluir que la presunción a que se refiere el invocado artículo 2153 abarca no sólo al deudor vendedor sino también al adquirente."

3ª SALA---Boletín 1957, Pag. 267.

"ACCION PAULIANA. PRUEBAS DE LA. La acción pauliana quedó acreditada con los siguientes elementos: a). El crédito total era de veinte mil trescientos pesos importe de una letra de cambio suscrita el día veinte de enero de mil novecientos cincuenta y ocho y con vencimiento el veinte de enero de mil novecientos cincuenta y nueve. No aparece que la señora Mejía Rodas haya hecho algún abono, aunque al contestar el libelo afirma que hizo varios al actor. b) El tres de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho la señora Mejía Rodas vendió a Enrique Zepeda Pineda el predio urbano ubicado en la calle Juárez número treinta y ocho de Cacaohatán, hoy Central Sur número siete, y la escritura en que consta la operación, fue inscrita en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio el veinticuatro de febrero del mismo año. Hecha la venta de la casa por la señora Mejía Rodas, ésta continuó viviendo en ella, pues el requerimiento del pago de crédito del hoy quejoso, se le

hizo en la casa en cuestión el día trece de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve a ella en lo personal, después de que el actuario se cercioró de que en el lugar en que estaba constituido era el domicilio de la expresada señora Mejía Rodas, quien le manifestó que ahí vivía. Al ser requerida para señalar bienes para el embargo, contestó: "que no señala nada para trabar embargo, en virtud de que actualmente no tiene ninguna propiedad, ya que las que tenía o se dice ya que las propiedades que tenía se vendieron el año pasado a distintas personas". c) La señora Inés Mejía Rodas, sigue habitando la casa por ella vendida como antes se ha dicho, sin explicar esa anomalía. Según Georgi, los indicios y presunciones principales del fraude son: "La clandestinidad del acto, la continuación de la posesión en el deudor, mientras que según la naturaleza del acto habría debido pasar al tercero". (Tratado de las Obligaciones, T.II, número 274).. Antonio Butera, profesor de la Universidad de Roma en su Tratado sobre la acción pauliana expresa en la página 426 que frecuentemente el deudor efectúa el acto fraudulento sin darle ejecución inmediata, de tal manera que al enajenar no transmite la posesión sino que la conserva; y que no es lógico ni serio suponer que un individuo se despoje de todos sus bienes a los cuales tiene una natural adhesión, a menos que exista un interés real que lo impulse a tan grave determinación y por ende su venta en masa. Esto no puede tener otra causa que la voluntad manifiesta de sustraer su patrimonio a la garantía de los acreedores. Aquí invoca la ley 17, párrafo I, del Tít. VIII del Lib. 42, del Digesto, que trata de la restitución que debe hacer el que enajenó en perjuicio de los acreedores, y en dicho párrafo se contiene, una sentencia del jurisconsulto Juliano: *aquí creditores habere scit et universa bona sua alienabit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse* (quien sabía que tenía acreedores y enajenó todos sus bienes, se ha de entender que tuvo intención de defraudarlos). En el caso, según está justificado en autos con la copia certificada relativa a la diligencia de embargo y requerimiento de pago a la señora Mejía Rodas, esta después de la enajenación del inmueble

continúa poseyéndolo, circunstancia que viene a ser un indicio que lo mismo puede servir para demostrar la participación en el fraude pauliano, o la simulación del acto entre vendedora y comprador de mala fe; hecho que se robustece aún más, con la propia confesión de la expresada señora Mejía Rodas, de que enajenó sus bienes y se quedó sin nada para responder de sus deudas. Estas probanzas, administradas con la copia certificada que también obra en el expediente principal de la escritura de compraventa celebrada entre los codemandados señora Mejía Rodas y Enrique Rafael Zepeda Pineda, en la que consta en la cláusula 4ª, que el comprador se da por recibido del inmueble objeto del litigio, demuestran con toda claridad la intervención en el *consilium fraudis* del señor Zepeda Pineda.” **FUENTE. SALA Informe 1961, Pág. 13.**

“ACCION PAULIANA, SU DIFERENCIA CON LA ACCION DE NULIDAD POR SIMULACION (Legislación del Estado de Chiapas)”. Ahora bien, tanto de acuerdo con la doctrina como con el sistema adoptado por la legislación positiva, los elementos de la acción pauliana son diversos de los elementos de la acción de nulidad por simulación. Ferrara, cuyas ideas ejercieron influencia en el Código Civil del Distrito Federal, cuyo sistema fue adoptado por el Civil del Estado de Chiapas, aplicable en el caso, advierte que en tanto que mediatamente (mediante) la acción pauliana se destruyen actos realmente ejecutados en perjuicio de acreedores, por cuya razón ha sido tradicionalmente considerada como acción revocatoria para reparar el perjuicio causado, la acción de simulación propende anular actos ficticios e inexistentes y se ejercita con el propósito de prevenir el perjuicio que ellos engendran; que si la acción pauliana supone el *consilium fraudis* y *elementum damni* no es condición para que prospere la acción de simulación demostrar que fue fraudulento en la medida necesaria para reparar el perjuicio al acreedor, la nulidad fundada en la simulación afecta al acto en su integridad. De acuerdo con el artículo 2140 del Código Civil del Estado de Chiapas, invocado por la autoridad responsable en su sentencia impugnada, hay

insolvencia del deudor cuando sus bienes crediticios estimados en su justo precio no igualan al importe de sus deudas; como justificadamente observó la propia autoridad responsable, no se rindió prueba para demostrar la insolvencia. En consecuencia, los elementos de la acción pauliana no fueron íntegramente demostrados y los conceptos de violación que a ella se refieren resumidos en el inciso I del Resultando Segundo de este fallo son por ese capítulo fundados.” **FUENTE. SALA Informe 1962, Pág. 20.**

Por lo que condensando los principios doctrinarios, la legislación y la propia jurisprudencia para la existencia del fraude pauliano se requiere: 1) La preexistencia de una obligación de crédito con anterioridad al acto fraudulento; 2) la celebración de un acto entre el deudor y el tercero con el ánimo *dañandi*, de provocar 3) la insolvencia del deudor para el efecto de defraudar a su acreedor; 4) en los actos gratuitos (donación), no se requiere la prueba de la mala fe; en cambio en los onerosos se requiere la demostración de la intención tanto del deudor como del adquirente.

III.1.4. La Teoría de Las Nulidades de los Actos Jurídicos.

Corresponde ahora en su tratamiento a la forma extintiva del fraude procesal cuyo medio eficaz lo es la nulidad de los actos jurídicos, por lo que llevada la teoría de las nulidades al campo procesal, la hipótesis a desarrollar es la validación de que la acción de nulidad es un medio eficaz, para destruir los actos jurídicos simulados o reales, para restaurar el desequilibrio patrimonial que representa con la realización el negocio jurídico, que será la materia de la acción de nulidad al haberse utilizado constitutivamente en un proceso judicial o en ejecución de una sentencia firme (instrumentos procesales), por las partes que lo utilizan en fraude de acreedores.

A manera de introito, podemos decir que la teoría clásica de las nulidades parte de tres componentes: inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa; por razones didácticas pese a las múltiples críticas sigue imperando en el criterio docente, no obstante las críticas elaboradas por Japiot entre otros, dada la tradición jurídica francesa de asimilar por vía legislativa la teoría tripartita de las nulidades y así

se ha clasificado las nulidades en el acto jurídico:

INEXISTENTES, NULOS DE PLENO DERECHO (actos afectados de nulidad absoluta), actos anulables (actos afectados de nulidad relativa).

Los actos inexistentes, afirma el maestro Rafael Rojina Villegas, son aquellos que no existen en la vida jurídica por manifestación de voluntad (elemento subjetivo); 2) Objeto producción de consecuencias de derecho y 3) por reconocimiento de norma. Al primer elemento se le conoce como consentimiento; en cuanto al segundo las consecuencias son crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones; 3) El reconocimiento de la norma, lo es que determinada norma jurídica atribuya consecuencias de derecho, en la terminología kelseniana, hecho condicionante⁹².

Por lo que toca, a los actos nulos, estos pueden estar afectados de nulidad absoluta o nulidad relativa, estos elementos de invalidez o causas de nulidad, son:

1) Incapacidad; 2) Inobservancia de la forma; 3) Vicios de la voluntad; 4) Ilícitud en el objeto, motivo, fin o condición en esas condiciones, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido por jurisprudencia firme, que en nuestro derecho no existen los actos nulos de pleno derecho, sino solo cuando las leyes expresamente lo determinen, y mediante el procedimiento formal respectivo de dicha declaratoria.

Este tipo de nulidad se encuentra determinado el grado de invalidez, cuando el acto es contra disposiciones de orden público y las buenas costumbres y por regla general el elemento objetivo que afecta la validez del acto es la licitud en el objeto, y se identifica como nulidad absoluta que por sus atributos: es inconvalidable, imprescriptible e inconfirmable y puede ser invocada por cualquier interesado, es la regla contenida en el artículo 2225 del Código Civil que ordena: la ilícitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según los disponga la ley.

⁹² Cfr. ROJINA Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Obligaciones, Tomo 1, México, 1998, Edit. Porrúa, s/e, p. 128-129.

De acuerdo también a lo regulado imperativamente el artículo 2226 del mismo ordenamiento señala que, "la nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncia por el juez la nulidad." De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

En cambio, la nulidad relativa es aquella que no reúne los supuestos detallados anteriores, señala el artículo 2227 del Código Civil, en cuanto a la causa obedece a vicios internos (violencia, error, forma) y por sus atributos es susceptible de confirmación, ratificación, y prescripción, y solo puede ser invocada la causa de invalidez, por la parte a quien le perjudica.

Ludwig Enneccerus, respecto a los actos anulables ha dicho: La anulabilidad es una imperfección menos trascendente que la nulidad propiamente dicha, o inexistente. El negocio jurídico produce el efecto a que se dirige, por cuanto contiene todos los requisitos esenciales para su validez, pero en virtud de estar afecto a algunos de sus elementos por un vicio, el negocio puede ser impugnado con la consecuencia de ser declarado nulo. Pero en tanto no medie impugnación y la consiguiente anulación, el negocio surte plenamente sus efectos como si fuera válido. Por ello, señala el jurista alemán, que los efectos que produce son entretanto medie la acción de impugnación y el negocio anulable deje de producir su efecto.⁹³

Como corolario a lo anterior, se desprende que bien sea declarada o constatada la inexistencia o nulidad de los actos jurídicos, debe ser decretada por los tribunales ordinarios competentes, previo procedimiento formal respectivo con audiencia de parte legítima y en la que se cumplan las formalidades del procedimiento.

En materia de fraude procesal la clasificación de acuerdo a la teoría de las nulidades que opera es la de nulidad absoluta, toda vez que hay ilicitud en el objeto, y por lo tanto de acuerdo a sus notas distintivas la nulidad que se produce con motivo de ello es dimanante de actuaciones judiciales por sentencia firme, que por su naturaleza invalorable, imprescriptible e irrenunciable, el acreedor perjudicado

⁹³ Cfr. LUDWIG Enneccerus, Tratado de Derecho Civil, Madrid, España, 1981, Parte General Tomo I, Vol. 2, Edit. Bosch, , s/e, p. 762

o tercero adquirente de buena fe, tendrá acción de nulidad de juicio concluido para invalidar este, mediante el procedimiento formal correspondiente con audiencia de parte legítima y en la que se cumplan las formalidades de ley.

La prueba del daño corresponderá al actor, quien tendrá que demostrar que las partes que simularon el juicio fraudulento utilizaron instrumentos procesales que ocasionaron un quebranto patrimonial, el cual debe ser cierto, emergente y serio, para ello deberá demostrar la ilicitud en el objeto como fin determinante de la voluntad del juzgador que pronuncia una sentencia en base a actos simulados en colusión de litigantes para perjudicar a un tercero.

Los efectos serán restitutorios, puesto que la nulidad absoluta destruye plenamente los efectos jurídicos del acto, esto es, la sentencia firme quedará sin efectos puesto que se requiere para la procedencia de la acción que el juicio del que emanan los actos procesales simulados, se encuentren concluidos, de ahí que queda comprobado una vez más que la acción de nulidad será absoluta y no relativa, puesto que la misma surge por exclusión al principio de cosa juzgada que más adelante se analiza y los efectos restitutorios serán destruir los actos jurídicos que culminaron con la sentencia y las demás consecuencias que se derivaron con motivo de la ejecución del fallo.

El discurso jurídico contenido en la demanda deberá ceñirse a los motivos de invalidez del juicio fraudulento que se siguió en su perjuicio, con gran nitidez y precisión Giorgi, señala como indicios y presunciones principales del fraude los siguientes:

La clandestinidad del acto, la continuación de la posesión en el deudor, mientras que según la naturaleza el acto habría debido pasar al tercero; la falta de causa; el parentesco o afinidad entre el deudor y el tercero; la vileza del precio; la proximidad a la pobreza o a la quiebra; y la enajenación de todos los bienes.⁹⁴

Esto quiere decir, que los elementos apuntados por Giorgi, serán los motivos de invalidez materia del debate; la conducta dolosa del agente que utiliza instrumentos procesales para constituir el fraude

⁹⁴ op cit. p. 326.

procesal, se manifestarán de diferentes maneras; no olvidemos que el derecho antiguo catalogó *la actio doli*, como una *actio in factum*, esto quiere decir que la acción fue pretoriana, puesto que ejercitada la acción bajo la fórmula concedida el Magistrado, creaba una ficción para ajustarla modificarla o restringirla para su eficacia, también se dijo que era arbitraria, puesto que se sustentaba en el arbitrio del juez, que de ser personal y de facto, se convertía *in rem*, es decir, con efectos restitutorios.

A propósito de la restitución, señala Lutzesco en su teoría de las nulidades, que la labor pretoriana se sustentó en la concurrencia de los siguientes elementos: buena fe, equidad, y justicia, el pretor estableció sus propios medios para asegurar el respeto a las instituciones creadas por el, por ello es que el efecto de la restitución era destruir todas las consecuencias y volver a las partes antes de la celebración del acto jurídico, por ello es que el acto viciado tampoco podía ser confirmado por el pretor como lo señala en la sentencia Paulo, *quod metus causa gestum erit, nullo tempore praetor ratum haberit* (Paulo 11 ad. Ed; D.IV, 2, *restit, quod met. 21.1.*) porque nada es más contrario a la naturaleza del consentimiento que la buena fe (agrega Ulpiano, 11 ad. Ed) ⁹⁵.

La buena intenciónfe, es la base inspiradora de la contratación, solo que en materia de nulidades el principio *res inter alios acta*, suele perder eficacia en relación con terceros, a quienes les perjudica la celebración del acto fraudulento, es decir no por el hecho de que en la contratación una de las partes haya obrado de buena intención y la otra no, habrá un efecto de inoponibilidad de parte del tercero a quien le perjudica la celebración del contrato.

La hipótesis a validar se presenta bajo el siguiente supuesto: "A" vende un predio, acreditando su legitimidad para vender con una sentencia declarativa de prescripción adquisitiva, que en copias certificadas exhibe ante el Notario que formalizará la escritura de propiedad en favor de "B", el legítimo titular del bien corpóreo a quien se identifica como "C", después de abandonar la posesión de manera temporal, se percata que "B", es el actual poseedor del bien, en base a la venta concertada con "A", lo que da lugar a que "C", demande la

⁹⁵ LUTZESCO, Georges. Teoría y Práctica de las Nulidades, México, 1978, Edit. Porrúa, s/e, p. 77

nulidad de juicio concluido prescripción adquisitiva en favor de "A", alegando que no fue legalmente emplazado a juicio y de "A" como de "B", demandara simultáneamente la nulidad del juicio concluido de la prescripción positiva y como consecuencia al servir de título también reclamará la nulidad de la venta con "B", en base a que el título de propiedad del vendedor "A", se encuentra afectado de nulidad.

La declaratoria de nulidad de juicio concluido, destruirá los actos jurídicos que surtieron efectos provisionalmente hasta el momento en que operó el acto anulable, volviendo las cosas al estado anterior en la aparición del acto, esto es, decretará la nulidad del juicio concluido de prescripción adquisitiva, mandando cancelar la inscripción en el Registro Público de la Propiedad que aparece a favor de "A", y prevalecerá la inscripción que aparece en dicho registro en favor de "C"; también la nulidad tendrá efectos restitutorios repercutiendo en el patrimonio de "B", a quien como efecto de la nulidad decretada, quedará invalidada la compraventa concertada con él, para el efecto de que el fedatario que otorgó la escritura la deje sin efectos en el protocolo a su cargo, y "B" restituirá la posesión en favor del legítimo propietario que lo es "C".

La acción de nulidad como hemos visto, no atiende en interés del acto, sino que es una sanción que mira en el interés que quiso proteger el legislador, vinculada la disposición legal con el objetivo de las partes que pretenden realizar, esto es, analiza el efecto objetivo y no subjetivo, como afirma Lutzesco⁹⁶.

Como inferencia a lo anterior, en vinculación al dolo procesal como causa de invalidez del proceso fraudulento, podemos señalar que cuando se demuestra que hay ilicitud, ilegitimidad o inexistencia de causa de las relaciones jurídicas de las partes en conflicto aparente, y producen un perjuicio a tercero, este tendrá la acción de nulidad y con la participación en el juicio de todos los intervinientes en el juicio fraudulento, de acreditar las circunstancias y motivos de invalidez, prosperará la demanda y tendrá un doble efecto el fallo decisorio :

⁹⁶ op cit. p.234.

1) Nulificador de todos los efectos provisionales del acto fraudulento, con su destrucción para dejar las cosas como se encontraban al momento de su aparición.

2) Restituirá el bien corpóreo en favor del impugnante .

Del estudio de las nulidades y la praxis judicial, que ofrece la vida diaria, nos permitimos elaborar el siguiente

Catalogo de Actos Dolosos en Fraude Procesal

- 1) Señalamiento en la demanda de domicilio falso para emplazar al demandado.
- 2) Falsedad de los hechos en que se sustenta la demanda.
- 3) Ocultamiento de documentos, para presentar testigos que acreditarán una relación jurídica diferente a la real.
- 4) Presentación de documentos falsos confeccionados unilateralmente para fundar una demanda fraudulenta.
- 5) Elaboración de supuestos contratos posteriores al dictado de la sentencia por la parte demandada con un tercero ajeno a la relación procesal para eludir la ejecución del fallo decisorio.
- 6) Testimonio rendido bajo amenazas al declarante, su familia y cónyuge.
- 7) Inscripciones de gravámenes simuladas en el Registro Público de la Propiedad.
- 8) Obtención de copias certificadas de actuaciones judiciales en forma parcial para intimidar al funcionario judicial, mediante denuncia penal por hechos imputados y demostrados de manera parcial en contra de funcionarios judiciales con motivo de la exhibición parcial del proceso judicial del que emanan.
- 9) Venta del mismo inmueble por el mismo vendedor a dos compradores distintos.
- 10) Utilización indebida de sello, oficio de un Juzgado.
- 11) Falsificación de firmas de funcionario judicial.
- 12) Falsedad de declaraciones judiciales.
- 13) Soborno al Juez por una de las partes.
- 14) Actuaciones judiciales emanadas de funcionario judicial que está impedido para conocer del negocio.
- 15) Ocultamiento de asientos contables para eludir desahogo de prueba pericial en materia contable por una de las partes.

- 16) Suplantación de personas en la elaboración de contratos.
- 17) Documentos notariales confeccionados sin intervención de una de las partes, de las que deriva la actuación notarial basado, en escritura pública (interpartes).
- 18) Falta de expedición de recibos de pago por el acreedor al deudor.
- 19) Abstención del acreedor de informar al objetar una prueba documentaria a la autoridad judicial, de las diversas relaciones jurídicas que tenga con su deudor.
- 20) Falta de la interposición de la excepción de prescripción por el aparente deudor en obligaciones naturales.
- 21) Falta de notificación en ejecución de una sentencia firme de diverso acreedor al ejecutante conforme al certificado de gravámenes exhibido.
- 22) Dictamen pericial sustentado en documentos o elementos de prueba falsos o no aportados por las partes en el juicio.
- 23) Indebido estudio de prelación y graduación de créditos por parte del juez del conocimiento del remate, en perjuicio de un acreedor preferente.
- 24) Presentación de documentos en juicio, confeccionados por una de las partes con personas que tienen incapacidad natural y legal debidamente comprobada.
- 25) Abstención del acreditamiento de legitimación pasiva, al interponer la demanda sin exhibir documento justificativo que acredite la debida representación de una persona fallecida.

Esta exposición de actitudes dolosas es enunciativa. La sanción será en todos los casos, la invalidez del proceso fraudulento, destruyendo los efectos provisionales por el juez que decreta la nulidad al momento de su aparición y restituyendo la cosa materia del acto fraudulento en favor del legítimo titular.

Corresponde ahora el tratamiento de las causas de inejecución de la acción de nulidad. Tenemos la siguiente hipótesis: decretada por el juez del conocimiento la nulidad de un juicio concluido, resulta inejecutable cuando el demandado aparenta que perdió la posesión en base a un contrato de compraventa con un tercero, y al declararlo el demandado, en el juicio de nulidad, en este caso encontramos que como quedó analizado, la acción es personal y el tercero contará con la protección constitucional al no ser parte en el juicio del que dimana

el acto de autoridad de ejecución en su contra con la entrega de la cosa, en este caso pensamos que de acuerdo con el artículo 92 del Código de Procedimientos Civiles, a dicho tercero no le parará perjuicio la sentencia; por otro lado, el demandante victorioso del juicio de nulidad, Contara con el ejercicio de la acción reivindicatoria y de nulidad del título del poseedor, al seguir la suerte del causante de la propiedad, sin que ello implique contradicción de acciones de acuerdo al siguiente precedente:

ACCION REIVINDICATORIA Y ACCION DE NULIDAD DE TITULOS. NO SON CONTRADICTORIAS.--- Las acciones para obtener la nulidad de los títulos de la demandada y la reivindicación de los bienes que amparan, no son contradictorias, porque no se oponen ni persiguen fines que se excluyan, sino por el contrario, ambas persiguen el mismo fin que los bienes vuelvan a la posesión del reivindicante. **Apéndice 1917-1995, Tomo IV, Primera Parte, página 15, Tercera Sala, tesis 22.**

Es conveniente determinar la naturaleza de los efectos de la sentencia de nulidad para las partes y en relación con los terceros; así para Pallares, en su Tratado de las Acciones Civiles demuestra la influencia de la acción sobre el derecho, puesta que la acción no nace, sino cuando el derecho es violado o desconocido y al decir esto nos referimos al nacimiento de la acción que la ley reconoce y consagra, no al hecho de que una persona presente una demanda careciendo de la acción que presupone la demanda, por ello no debe confundirse la situación de hecho con la de derecho y al establecer la naturaleza de las acciones de nulidad de testamento y de una sentencia afirma el connotado maestro que son de efectos declarativos ⁹⁷.

La cita doctrinal nos orienta a pensar que el efecto de la nulidad será declarativo pero también restitutorio, porque no basta con que se declare la inexistencia o nulidad del acto (juicio fraudulento), sino que al momento de restablecer las cosas antes de la aparición del acto anulable, tendrá un efecto restitutorio, la doctrina es uniforme e incluso se ha señalado que se asemeja al efecto restitutorio de la rescisión,

⁹⁷ Cfr. PALLARES, Eduardo. Tratado de las Acciones Civiles. México 1985, Editorial Porrúa, S.A., s/e, p. 86-88.

pues al quedar sin efectos la sentencia deben recíprocamente las partes restituirse lo que una dio a la otra con motivo del acto anulable, por eso de acuerdo a la clasificación de las sentencias podemos señalar que es constitutiva.

Con gran nitidez analiza la naturaleza de la sentencia Alfredo Rocco establece que no es posible una distinción teórica entre sentencia declarativa y sentencia ejecutiva porque en una y otra se encuentran igualmente los dos elementos: la declaración y la ejecución, y que por lo tanto, a tal distinción sólo se le puede dar un valor histórico, el elemento de la ejecución es un juicio lógico sobre la existencia o no existencia de una relación jurídica, el elemento de mandato ejecutivo concurre asociado del juicio lógico, lo cual por tanto se presenta como una preparación de la ejecución, por lo tanto no hay diferencia substancial entre sentencia de declaración y sentencia de condena ⁹⁸.

La naturaleza substancial interpretativa de Rocco tiene clara ejemplificación en la sentencia de nulidad, el Juez al declarar la nulidad de un acto fraudulento, llevará implícitos los mandatos de ejecución para destruir las consecuencias de derecho producidas de manera provisional por el acto anulable; así, por ejemplo, si dentro de un juicio fraudulento, en el que obra sentencia judicial que decreta el remate de bienes del deudor para ser pagado el acreedor en un juicio aparente, el deudor ofrece en dación en pago el inmueble a rematar cuando anteriormente se lo había vendido a un tercero ajeno a la relación contractual ⁹⁹; la acción de nulidad de juicio concluido tendrá por objetivo demostrar los actos fraudulentos que se cometieron dentro del juicio impugnado, y al decretar la nulidad el juez del conocimiento condenará a las partes a restituirse recíprocamente lo que una hubiere dado a la otra y restituirá a favor del comprador perjudicado con dicha simulación procesal, el inmueble materia del negocio jurídico.

⁹⁸ Cfr. ROCCO Alfredo, la Sentencia Civil. La Interpretación de las Leyes Procesales, México 2003, Ediciones de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, p. 233.

⁹⁹ Vid. "La regulación imperativa de los artículos 2264-2266 del Código Civil, que establecen las reglas para resolver la venta de una misma cosa por un mismo vendedor a dos compradores".

Otro caso interesante relacionado con la inejecución de las sentencias por fraude procesal, en la nulidad de un juicio concluido; los actos de administración ejecutados por el demandado que cometió el fraude con terceros, en el que específicamente al momento de restituir del inmueble litigioso al actor en el juicio de nulidad, se opone a ello un tercero aduciendo que celebró con el demandado un contrato de arrendamiento y por ello debe respetársele la posesión mientras dure la vigencia del contrato locativo.

Respecto a esta hipótesis, conviene recordar lo que se ha venido analizando en la presente investigación: la constante vinculación entre el derecho penal y el civil, pues en ocasiones la influencia de la cosa juzgada material que se dicte en la jurisdicción penal influirá en las actuaciones judiciales, puesto que en el ejemplo señalado el demandante que obtuvo sentencia favorable para que le sea restituido el bien, para constatar previamente el dolo con el que se condujo el demandado ejecutado, se requiere el análisis del artículo 231 fracción I del Código Penal que señala como conductas típicas e ilícitas del tipo de fraude a quien por título oneroso enajene alguna cosa de la que no tiene derecho a disponer o la arriende.

Bajo este contexto, se determinará en la jurisdicción penal con el incidente criminal planteado en el juicio civil, la responsabilidad delictual en que incurrió el demandado, y por ello dicho contrato estará afectado de nulidad, por haberse confeccionado en simulación de las partes para evitar la ejecución de una sentencia judicial, misma que resulta inoponible.

Entre los hechos condicionantes que determinan los actos nulos tenemos en la doctrina extranjera a James Goldschmidt, quien atinadamente señala que la demanda de nulidad tendrá lugar cuando se ha cometido alguna de las cuatro infracciones procedimentales siguientes:

- a) Constitución ilegal del tribunal;
- b) Intervención de un juez excluido por ley;
- c) Participación de un juez recusado en forma y con efecto; y

d) Falta de representación de las partes en forma legal.¹⁰⁰

En la presente investigación hemos abordado estos supuestos, pues tratándose de un tribunal constituido ilegalmente, nuestro Código de Procedimientos Civiles sanciona de nula toda actuación judicial llevada ante tribunal incompetente.

En materia de recusación, es deber del juez estar en los casos de inhibición para conocer de un negocio, debe excusarse de seguir conociendo, so pena de nulidad.

Por último, la personalidad es un presupuesto procesal que debe ser examinado por el juzgador en cualquier fase del juicio, puesto que si esta se identifica como capacidad para ejercitar la acción entre los tribunales, su falta de estudio consecuenta el litigar sin finalidad; distinto, es la legitimación causal, que es la asistencia del derecho de fondo.

Los tribunales de la federación han sentado jurisprudencia para diferenciar estas dos instituciones, de acuerdo al precedente que se transcribe:

Séptima Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 199-204 Sexta Parte

Página: 99

LEGITIMACION "AD-CAUSAM" Y LEGITIMACION "AD-PROCESUM". "La legitimación en el proceso y la legitimación en la causa son situaciones jurídicas distintas, toda vez que la primera de ellas, que se identifica con la falta de personalidad o capacidad en el actor, se encuentra referida a un presupuesto procesal, necesario para el ejercicio del derecho de acción que pretenda hacer valer quien se encuentre facultado para actuar en el proceso como actor, demandado o tercero;

¹⁰⁰ Cfr. GOLDSCHMIDT James. Derecho Procesal Civil, España 1936, Editorial Labor, S.A., traducido del idioma alemán por Leonardo Prieto Castro y adicionado sobre la doctrina y legislación española por Niceto Alcalá Zamora. s/e, p.432.

la falta de personalidad se refiere a la capacidad, potestad o facultad de una persona física o moral, para comparecer en juicio, a nombre o en representación de otra persona, en los términos de los artículos 44 a 46 del Código de Procedimientos Civiles, por lo que si no se acredita tener personalidad, "legitimatio ad procesum", ello impide el nacimiento del ejercicio del derecho de acción deducido en el juicio; es decir, la falta de dicho requisito procesal puede ser examinada oficiosamente por el Juez de la instancia, conforme lo dispone el artículo 47 del Código de Procedimientos Civiles, o bien opuesta como excepción por el demandado en términos de lo preceptuado por la fracción IV del artículo 35 de dicho ordenamiento, en cuyo caso, por tratarse de una excepción dilatoria que no tiende a destruir la acción ejercitada, sino que retarda su curso, y además de previo y especial pronunciamiento, puede resolverse en cualquier momento, sea durante el procedimiento o en la sentencia; en cambio, la legitimación activa en la causa es un elemento esencial de la acción que presupone o implica la necesidad de que la demanda sea presentada por quien tenga la titularidad del derecho que se cuestiona, esto es, que la acción sea entablada por aquella persona que la ley considera como particularmente idónea para estimular en el caso concreto la función jurisdiccional; por tanto, tal cuestión no puede resolverse en el procedimiento sino únicamente en la sentencia, por tratarse de una cuestión de fondo, perentoria; así, estima este Tribunal Colegiado que cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación alude a que la legitimación puede estudiarse de oficio en cualquier fase del juicio, se refiere a la legitimación "ad procesum", no a la legitimación ad causam. En consecuencia, si la parte demandada niega el derecho que hace valer la parte actora, por considerar aquella que ésta no es la titular del derecho litigioso, resulta inconcuso que se trata de una excepción perentoria y no dilatoria que tiende a excluir la acción deducida en el juicio, por lo que tal cuestión debe examinarse en la sentencia que se llegue a pronunciar en el juicio."

En lo que respecta a la doctrina nacional, resulta interesante el estudio de esos parámetros de conductas procesales que los hacen distintivos en cuanto a la validez y nulidad procesal, como lo expone el Dr. Gabriel Moreno Sánchez, en su obra *Las Nulidades Procesales en el Derecho Mexicano* y en el que hace resaltar que a mediados del siglo pasado se definían algunos parámetros sobre la validez y la nulidad de los actos procesales, la *Curia Filípica*, respecto a la nulidad de las sentencias apunta:

“La observancia de las reglas que acabamos de exponer no es suficiente para considerar válidas las sentencias: es indispensable que además no adolezcan de ningún vicio sustancial, ya por la forma de pronunciarlas, ya por la omisión de ciertos trámites procesales. Incurren en estos defectos las sentencias en los casos siguientes: 1. Fallo dictado por juez sin jurisdicción o incompetente por razones de lugar, materia o personas. 2. Falta de personalidad de las partes o de los procuradores. 3. Sentencia no conforme con la demanda. 4. Sentencia que no contiene absolución total o parcial u oscura. 5. Falta de expresión de la cosa o cantidad. 6. Falta de emplazamiento para contestación por falta de citación para prueba y para dictar la definitiva. 7. Cuando el juez la da fuera del tribunal o no la hace escribir. 8. Cuando va contra la ley clara y terminante. 9. Cuando el juez fue sobornado para darla; y 10. Cuando va contra la autoridad de cosa juzgada. Alegando y justificando cualquiera de estas causas, la sentencia deberá declararse nula cuando cause por otra parte ejecutoria, y en virtud del recurso especial de nulidad...”¹⁰¹

En lo referente a la legislación positiva vigente encontramos que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal reformado mediante publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de 27 de enero el 2004, introduce el Décimo Segundo Bis, Capítulo I, señalando que la nulidad de juicio concluido presenta como causas de nulidad de juicio concluido las siguientes: I. dolo de una de las partes, II. falsedad de pruebas decretadas con posterioridad a la resolución que se impugna, III. si después de dictada la resolución se han encontrado con documentos decisivos que la parte no pudo presentar por causas de fuerza mayor, IV. por error de hecho, V. resolución emitida en un juicio que es contraria a otra dictada con anterioridad, VI. dolo del

¹⁰¹ Cfr. MORENO Sánchez Gabriel. *La Nulidad Procesal*. Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, Editorial Oxford University Press, s/e, p. 145.

Juez, VII. cuando existe colusión o maniobra fraudulenta de las partes litigantes (artículo 737 A del Código de Procedimientos Civiles).

III.2. La certeza.

Retomando a Kelsen, dados los intentos vanos de definición universal del concepto justicia, se orienta a pensar con el propósito de cientificidad del derecho, que la interpretación subjetiva debe ser sustituida por una regla objetiva dirigida a satisfacer las necesidades de un orden social, por ello siguiendo el imperativo categórico de Kant, la regla para satisfacer esta exigencia, se formula de la siguiente manera: Condúctete de acuerdo con las normas generales del orden social ¹⁰².

Traslapadas estas ideas a la teoría de la responsabilidad, lo correcto es que en un proceso fraudulento, la responsabilidad debe ser individual, no colectiva, ello es así porque las actuaciones judiciales deben ser de buena fe, por estarse encaminado el derecho procesal como un instrumento de validez para la observancia y el respeto de los intervinientes en un proceso judicial de la verdad legal.

Es por ello que en definitiva la vinculación de la moral con el derecho es estrecha y constituye el cimiento formal "del deber ser", como hecho condicionante de la norma que establece dentro de un campo analítico valores deónticos en sus tres modalidades: permisión, prohibición, y obligación, de acuerdo a la Teoría de Von Wright.

El orden y la seguridad jurídica crean la certeza de los derechos y obligaciones que tienen los particulares: las conductas permisivas, prohibitivas y de tolerancia.

Por eso, para una mejor comprensión, apunta Gustavo Zagrebelsky, que el orden jurídico descansa en valores, principios y reglas. Por lo que respecta a los valores y principios, son criterios de optimización, en tanto que las reglas se cumplen o no se cumplen, es decir, son de observancia obligatoria, condensando el pensamiento de este autor, los principios en realidad expresan valores y el derecho funciona como si rigiese un derecho natural, no imponen una acción

¹⁰² KELSEN, op cit, p. 59.

conforme al supuesto normativo como ocurre con las reglas, puesto que la posición positivista es más rígida por ser normas de derecho positivo que se cumplen y por eso señala que los principios de igualdad, libertad y justicia de la persona son objeto de inagotables discusiones puesto que las constituciones no estructuran una jerarquía de valores ¹⁰³.

Es importante precisar el pensamiento de este autor, dentro de la mecánica que se determina en la aplicación del ordenamiento jurídico a través de principios, reglas y valores, con gran nitidez en su teoría de la interpretación señala la eficacia de operatividad de cada uno de ellos y así, indica Zagrebelsky: "Los principios no agotan en lo absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de tomas de posición jurídica conformes con el (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general a los intérpretes del derecho). El ser por el principio aún no contiene en sí el deber ser, la regla, indica al menos la dirección en que debería colocarse el sujeto para no contravenir el valor contenido en el principio" ¹⁰⁴.

De la cita doctrinal podemos advertir que en un proceso válido la certeza jurídica se basa fundamentalmente en los principios de igualdad, legalidad e imparcialidad.

Estos principios son convergentes con otros e incluso son denominados por la doctrina de manera global como principios generales del derecho, y en nuestro medio se encuentran debidamente reglamentados por el Código de Procedimientos Civiles, como las llamadas garantías contenidas en un proceso civil.

Por eso, como bien afirma Zagrebelsky, la función del valor constituye un puente de contacto entre la regla y el principio para que no se contravengan y la regla consolide su aplicación a través de mandato obligatorio.

¹⁰³ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Ductil, Editorial Trotta. s/e, p. 119-121.

¹⁰⁴ op cit. p. 118.

Así, una demanda civil debe reunir los requisitos que señala el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles, como son el señalar el nombre de la persona contra quien se dirige la demanda, señalar el valor de las prestaciones que se le reclama con una narración sucinta de los hechos, para una debida defensa por parte del demandado en el que conteste los hechos en que se funda la pretensión conforme a su libre albedrío y de manera clara y precisa por lo que toca a la fase postulatoria.

En lo concerniente a la igualdad en el desahogo de pruebas, éstas por principio para tener validez, deben las partes cumplir la regla de observancia obligatoria sobre la distribución de la carga de la prueba, El artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles, ordena: el que afirma está obligado a probar su afirmación; el que niega no está obligado a probar su negación a menos que con su negativa envuelva una afirmación.

Por eso el proloquio latino "*NEMO TENETUR EDERE CONTRA SE*", significa que nadie está obligado a producir en contra suya una prueba que favorezca al colitigante, no tiene un valor absoluto, porque en el derecho procesal para satisfacer las garantías de legalidad el desahogo de las pruebas debe ser en forma bilateral. Un ejemplo lo tenemos en la prueba confesional, en la que el confesante al rendir la prueba bajo juramento de confesar hechos que le son articulados prueba en su contra su declaración, en beneficio del oferente.

La certeza de los principios y reglas que se exteriorizan como conductas obligatorias permisivas y prohibitivas en la constitución y desahogo de pruebas entre partes, se encuentra bien determinada por la doctrina, como certeza del derecho que debe aplicarse para presuponer la validez de una prueba en sus ámbitos de constitución y desahogo.

Así, tenemos por principio la prueba documentaria o de documentos, Jeremías Benthán, quien ha señalado que los medios que establecen la falta de autenticidad de un escrito son los siguientes:

- 1) diferencia de letra;
- 2) interés sospechoso por parte de quien ha tenido el escrito en su

- poder;
- 3) signos materiales de falsedad obtenidos del papel, tinta o del sello;
 - 4) signos psicológicos de falsedad obtenidos del tenor del escrito;
 - 5) mención de hechos posteriores;
 - 6) empleo de palabras no utilizadas en la fecha del escrito;
 - 7) inserción de hechos falsos;
 - 8) discordancia del contrato con contratos precedentes;
 - 9) la no presentación de este contrato en una época en que habría presentarse.¹⁰⁵

Los manuscritos del ilustre autor inglés citado en materia de pruebas judiciales, han servido para una instrumentación en la certeza judicial para determinar la falsedad de un documento. En nuestro derecho el artículo 386 el Código e Procedimientos Civiles, establece que para impugnar un documento sin matriz, se debe proponer al momento de señalarse los motivos en los que se estructura la invalidez del instrumento la prueba pericial respectiva, sin cuyo requisito no se admitirá a trámite el incidente de impugnación de documentos. También en la materia mercantil el artículo 8º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que la alteración del documento es una de las excepciones que de manera restrictiva operan contra un título de crédito.

Veamos específicamente cómo operan estos principios doctrinales en la práctica; así, por ejemplo, si bien el artículo 15 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que el tenedor de un título de crédito antes de su presentación para el pago puede llenar los requisitos o menciones omisos en el texto del título, dicha presunción a veces queda desvirtuada cuando hay indicios de sospecha de maquinación de falsificación de prueba, por ejemplo cuando se trata de títulos de crédito que fueron llenados por el suscriptor de su puño y letra al ser firmados generalmente al momento de la suscripción, se le presenta al deudor un documento mediante formato preimpreso con las formalidades características como son los siguientes renglones:

- a) fecha y lugar de suscripción del documento;

¹⁰⁵ Cfr. BENTHAM Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales Tomo I, Buenos Aires, Argentina 1971, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 281-287.

- b) orden incondicional de pago;
- c) nombre del beneficiario;
- d) cantidad cierta y determinada en el texto del documento;
- e) fecha de vencimiento;
- f) firma del suscriptor

Sucede que por regla general la fecha y lugar de suscripción del documento deben ser llenados por el suscriptor al momento de firmar el documento, en ocasiones se omite dicha circunstancia y el tenedor del título aprovecha la omisión del suscriptor, y lo llena en el lugar en donde convenga a sus intereses para hacer cumplir la obligación a efecto de determinar la competencia para conocer del negocio, así, si una persona está domiciliada en Acapulco, Guerrero, y el acreedor en México Distrito Federal, es lógico suponer que señalará fecha de suscripción en la Ciudad de México, eligiendo el tenedor el juez de la competencia que más convenga a sus intereses.

En lo que toca al nombre del beneficiario y la orden incondicional de pago, éste último generalmente viene establecida en los modelos impresos de pagaré que es el instrumento de mayor circulación en el tráfico mercantil, estos es, que el título se emite sin estar sujeto a ninguna condición.

Sin embargo, la transmisión de los títulos de crédito constituye una de las inequidades que con mayor frecuencia se observan en el derecho cambiario, puesto que tratándose de títulos de crédito nominativos, se transmiten por endoso y *traditio* es decir, con la entrega del documento, si el endoso es de fecha anterior al vencimiento del título, le son inoponibles las excepciones personales que tenga el deudor con su acreedor primitivo, de lo contrario si el endoso es posterior al vencimiento del título, surte efectos de cesión ordinaria.

En lo que concierne a la cantidad cierta y determinada, es aquí que con mayor frecuencia se observa el fraude a la ley: a veces por el apuro económico se entrega una cantidad menor de dinero a la señalada en el documento y sin embargo el deudor acepta por las circunstancias que se le presentan adquirir una obligación de cuantía mayor a la realmente asumida; también en el aspecto de intereses se presenta la falsificación del documento uno de los casos típicos en que

se pone una raya longitudinal con la escritura del bolígrafo con el que se suscribió el documento y que corresponde a los demás elementos de escritura del pagaré, como son fecha y lugar del pago, nombre del beneficiario, cantidad de dinero a cubrir y el tenedor del título en abuso del derecho después del trazo longitudinal establece un interés usurario lo cual constituye sin lugar a dudas un signo de sospecha maquinación de falsedad del título, pues tal como señala Bentham, cuando la escritura no es uniforme al texto íntegro del documento, constituye un signo irrefutable de falsificación.

En lo que toca a la prueba de testigos, la doctrina es uniforme en el sentido de que prevalece la prueba documentaria sobre la de testigos, y así tenemos que Francisco Ricci sostiene: “no será admitida la prueba testifical; alude al artículo 1341 a una convención sobre objeto cuyo valor pase de quinientas liras, aunque se trata de depósito voluntario. Tampoco se admitirá semejante prueba en contra o a favor de la convención escrita, o sobre lo que se alegue como dicho antes, simultánea o posteriormente a la misma, aún en caso de tratarse a la suma o valor menor de quinientas liras.”¹⁰⁶

De la cita doctrinal podemos decir que tratándose de testigos no resulta válido para acreditar sobre la constitución de una prueba documental, que llevado a un fraude procesal el que la tenga decide no llevarla al proceso para su cometido; un ejemplo lo ponemos de la siguiente manera: una persona dispuso en testamento privado, que todos sus bienes serían heredados por “X”, sólo que “X”, no encontró el documento pues lo tiene “Y”, en el juicio sucesorio respectivo lo oculta y presenta a testigos sobornados para declarar en su beneficio de que la disposición testamentaria era a favor de “Y”, sin embargo durante la secuela procesal aparece el testamento privado y por ello prevalecerá la disposición testamentaria sobre la prueba de testigos.

También respecto al fraude procesal que se presenta en contratos no escritos, se excluye la prueba oral de testigos. En ese sentido, también da este tratamiento J. Bentham, y la razón que arguye es la siguiente: “lo que se teme es que, mediante el empleo de testigos falsos, las partes puedan dar una autenticidad fraudulenta a

¹⁰⁶ Cfr. RICCI Francisco. Tratado de las Pruebas. México 2004, Ediciones de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Colección Doctrina., p. 375.

contratos que jamás han existido”¹⁰⁷.

El arbitrio judicial protegido por nuestro sistema probatorio contenido en el Código de Procedimientos Civiles, establece el régimen de libertad de prueba, y por exclusión sólo las que sean contrarias a la moral y al derecho, no serán admitidas. El oferente no se conducirá ante el tribunal con la verdad, al ofrecer la prueba de testigos supongamos en una demanda de un profesionista pago de honorarios por el patrocinio de varios negocios judiciales, a quien identificaremos como “A”, y el patrocinado o dueño de los negocio que fueron materia de procedimientos judiciales “B”: argumenta el abogado acreedor que patrocinó los negocios, que el monto de sus honorarios se pactó de manera verbal, y la constatación del fraude procesal se verifica llevando testigos dispuestos a declarar a favor de sus exorbitantes pretensiones y de las cuales lleva un beneficio, al tratarse de su propio socio de despacho y de su secretaria que mecanografía los escritos, indebidamente el tribunal que dicta el fallo de primera instancia le da una valoración a la prueba testimonial sin tomar en cuenta el incidente de tachas ni las repreguntas que le fueron formuladas al interrogatorio de testigos, y resulta condenado “B”, al pago de honorarios exorbitantes otorgando valor probatorio la prueba testimonial mencionada .

Es inconcuso que la prueba testimonial no puede prevalecer sobre la voluntad de las partes, puesto que también el tribunal que valora indebidamente dicha probanza no tomó en cuenta que las circunstancias de tiempo y lugar en que se verificó dicho pacto, no son acordes a los hechos en que se sustenta la demanda, ni tampoco, como bien afirma Bentham, a los indicios de falsedad del testimonio como son uniformidad en la contratación. Al excepcionarse el demandado, adujo que en otros negocios que fue patrocinado por el mismo profesionista demandante “A”, verificada la concertación del monto de los honorarios, el profesionista extendía a favor de “B”, recibos de pago por conceptos de honorarios bajo las leyendas “a cuenta o por anticipo”, de ahí que prevalezca la prueba de escritura sobre la de testigos, y bajo esa circunstancia tampoco el juez del conocimiento tomó en cuenta la presunción legal contenida por el artículo 2607 del Código Civil que establece que cuando los

¹⁰⁷ BENTHAM, op cit. Tomo II, p.138.

honorarios no se hubieren convenido, se atenderá a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso que se prestare, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por arancel, este servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados.

También otro aspecto interesante de la prueba testimonial, es determinar si resulta apta para acreditar pago, con gran puntualización y objetivamente analiza el problema el maestro Hugo Alsina en su obra Derecho Procesal, puesto que señala: previamente para ello que la doctrina está dividida y el debate doctrinal estriba en que si la prueba del pago por testigos es un hecho o una convención, para ello los que sostiene lo segundo señala que no se puede admitir la prueba testimonial para demostrar que el documento fue modificado, esto es, si se alega que recibió menor cantidad de dinero que la pactada en el contrato y se prueba con testigos que se pagó esa cantidad alegada, la prueba testimonial será deficiente; por otro lado, considerado el pago como un hecho, el pago como acto jurídico está sometido a las reglas generales de la prueba ¹⁰⁸.

En nuestro punto de vista tiene razón la doctrina de que el pago es un hecho y no una convención, puesto que en una acepción general es el medio extintivo de las obligaciones, de tal manera que cuando el acreedor se niegue a extender recibos tendrá lugar el examen de testigos y toda la prueba en general a disposición del deudor para probar el hecho, puesto que el cumplimiento de una obligación no se hace depender de la condición impuesta por la voluntad de una de las partes.

Sin embargo, éste régimen de libertad de prueba se ve limitado respecto a presunciones legales que la tergiversan como lo viene a ser el artículo 2448 E del Código Civil en su segundo párrafo y cuyo tenor es el siguiente: "El arrendador está obligado a entregar un recibo por cada mensualidad que el arrendatario pague; a falta de entrega de recibos de pago de renta, por más de tres meses, se entenderá que el pago ha sido efectuado, salvo que el arrendador haya hecho el

¹⁰⁸ Cfr. ALSINA Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial Segunda Edición, Buenos Aires 1961, Editorial Ediar Soc, Anon. Editores, p. 558-569.

requerimiento correspondiente en tiempo y forma.”

La reforma legislativa a este precepto fue el día dieciséis de enero del año del 2003, y resulta censurable, puesto que la prueba del pago siempre es a cargo del deudor, sin embargo, con la reforma, la carga de la prueba se revierte para el acreedor, quien para destruir dicha presunción legal, se hará valer de testigos para probar el requerimiento de pago de las mensualidades insolutas de parte del arrendatario evitando con ello el fraude procesal que se pudiera cometer, por el sólo hecho de que el arrendatario argumente en su beneficio que el acreedor se abstuvo de entregarle recibos de pago de rentas.

A continuación citamos de la obra de Bentham un extracto del Espíritu de las Leyes de Montesquiu en materia de pruebas del Libro XII, Capítulos 2 y 4. Se refiere a la exclusión de los testigos y al número exigido por ciertas leyes “las leyes que hacen perecer a un hombre por la declaración de un solo testigo con fatales para la libertad. La razón exige dos porque si un testigo afirma lo que un acusado niega, la verdad se dividía y se necesitaba un tercero para solucionar la contienda”.

En el Libro XII, cap. 15: Augusto ordenó que los esclavos que hubiesen conspirado contra a el, fueren vendidos públicamente a fin de que pudieran declarar en contra de sus dueños. No se debe descuidar nada que conduzca al descubrimiento de un gran crimen. Así pues, en un estado que haya esclavos es natural que puedan ser denunciadores; pero no podrán ser testigos.

En el Libro XII cap. 12: se refiere a las pruebas inferiores las acciones, como bien puede observarse, no son de todos los días; una acusación falsa sobre hechos puede aclararse fácilmente. Las palabras que se unen a una acción, adquieren la naturaleza de la acción...no son las palabras lo que se castiga, sino una acción cometida en la cual se emplean las palabras. Ellas no se convierten en delito nada más que cuando preparan, acompañan o secundan un acción criminal.

Libro XXIX: se refiere a pruebas inferiores en materia de presunción, la ley vale más que la presunción del hombre. La ley

romana imponía penas al marido que conservaba a su mujer después del adulterio, a menos que lo determinase a ello el temor a un posible proceso, o por negligencia ocasionada en su propia vergüenza. Es esta una presunción del hombre y se necesitaba que el juez presumiese los motivos de la conducta del marido. Cuando el juez tiene que presumir, las sentencias resultan arbitrarias. Cuando la ley presume, da al juez una regla fija.

La equidad natural exige que la evidencia de las pruebas sea proporcionada a la gravedad de la acusación.¹⁰⁹

III.3. El bien común.

Concomitantemente, el bien común es el orden social, esto es, la organización de las relaciones del hombre en la sociedad, por eso la justicia y la seguridad jurídica forman parte del bienestar común.

Compilando lo anterior, podemos proponer un catálogo de principios y valores, entendiendo este último como el vínculo de enlace entre principios y reglas como lo afirma Robert Alexy, y que se encuentran fuertemente vinculados con la labor interpretativa del derecho por el Juez y las partes intervinientes en el proceso judicial, a través de lo que se ha denominado por la Doctrina el discurso jurídico, por ser pautas rectoras que tienen influencia decisiva en la exposición de los principios generales del derecho reflejados en la cosa juzgada.

a) *Nemo auditur propriam triplitudinem alegans*, que significa nadie puede prevalerse de sus faltas en su propio beneficio.

Por ejemplo, en el caso de que el demandado al producir contestación a la demanda señale un domicilio inexacto para oír notificaciones, si durante la suecuela procesal al tratar de citarlo para absolver posiciones el Actuario que practique la diligencia, no puede notificarlo porque el domicilio resulta inexacto, al dar cuenta al Juez a solicitud de parte interesada se le notifica al demandado la citación por medio de Boletín Judicial, luego entonces no se encuentra legitimado para invocar la nulidad la parte que dio lugar a ella (artículo 74 del Código de Procedimientos Civiles), como se observa, el principio tiene

¹⁰⁹ J. BENTHAM, op cit. Tomo II. p. 364-365.

una función sancionatoria y también preventiva del fraude procesal.

b) *Res inter alios acta, allis neque nocere, neque prodesse potest*, cuya traducción aproximada es: los actos celebrados entre las partes no perjudican o benefician a los que no intervienen en el.

Un paradigma de este principio lo tenemos en la valoración de la prueba documental. Pensemos en un caso en el que se celebra un contrato de mutuo con garantía hipotecaria hasta por un millón de pesos ante un Notario Público, en el que pactan las partes que los pagos a capital deberían realizarse en las oficinas del fedatario público que otorga la escritura; sin embargo el fedatario en cuestión, a solicitud del deudor, pide la cancelación del gravamen hipotecario por haberse llegado a un arreglo verbal y el mismo Notario que otorga la escritura del mutuo, confecciona una escritura de cancelación, asentando en el protocolo que el convenio verbal mencionado lo escuchó sin recabar firma de las partes en el protocolo, lo que da lugar a la nulidad de la escritura de cancelación y esto es así, porque el acto del que dimana el crédito es interpartes, esto es, que para las garantías de un proceso civil atendiendo a la bilateralidad, la creación y desahogo de dicha prueba debe ser con intervención de ambas partes.

c) El principio de legalidad establece que todo acto de los órganos del estado debe encontrarse fundado y motivado por el derecho. En este sentido el principio de legalidad constituye la primordial exigencia de todo estado de derecho en sentido técnico y se encuentra consignado en los artículos 14 y 16 constitucionales.

Este principio estructura el debido proceso, que queda resumido en que todo acto proveniente de autoridades jurisdiccionales seguido en forma de juicio, debe estar fundado y motivado dentro de la esfera de atribuciones que la ley determine para la emisión del acto la solución es el control constitucional, para el caso de inobservancia el particular afectado contará en todo momento con el juicio de garantías en sus dos vías, a saber: amparo indirecto y amparo directo.

d) Analogía: Por ser la analogía un método de interpretación, constituye uno de los pilares de la lógica de la interpretación judicial, creando verdaderos criterios orientadores instrumentos procesales de

los que se vale todo juzgador.

Este argumento justifica trasladar la solución legalmente prevista por un caso, a otro caso distinto no regulado por el ordenamiento jurídico; pero que es semejante al primero ¹¹⁰.

Otra definición y explicación de mayor amplitud se desprende de la tesis sustentada por el Dr. Eduardo García Máynez, en interesante artículo publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba denominada La Lógica Jurídica, estudia la inferencia de la Ley en órbita del derecho, su objeto consiste en la estructura de los razonamientos que garanticen la correcta aplicación de normas abstractas a casos regidos por ellas o permiten formular las que deben aplicarse a situaciones no presentes, esto último a través de razonamientos ligados a las tareas de aplicación e integración.

Sostiene el destacado jurista que es completamente errónea la tesis según la cual la premisa mayor es la norma abstracta en tanto que la menor es el hecho jurídico.

No corresponde a la verdad porque el silogismo es una inferencia mediata que consiste en obtener dos juicios, dado un tercer juicio implícito en ellos, lo que demuestra que el hecho no puede ser elemento de tal inferencia cuando el juez aplica una ley (la menor) del raciocinio no es una nueva enunciación, sino que adquiere una significación normativa, y cuando estas adquieren categoría de cosa juzgada, por lo que la menor (el raciocinio) culmina en la sentencia; y, si no corresponde a un sentido epistemológico a la realidad de los hechos examinados por el juez, aquello no deja de ser válido, como no deja de ser el fallo emitido en proceso. ¹¹¹

Los atributos que desde el punto de vista lógico convienen al juicio como premisa menor no son si es verdadero o falso, sino validez

¹¹⁰ Cfr. EZQUIAGA, Francisco Javier. Argumentos Interpretados y Postulados al Legislador Racional. Isonomía. Rev. de Teoría y Filosofía del Derecho, num. 1, México 1994. s/e, p. 74.

¹¹¹ Cfr. GARCÍA Maynez Eduardo. La Lógica Jurídica. Artículo Publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Argentina 1991, Editorial Diskrill, S.A. tomo XVIII, s/e, p. 812-820.

e invalidez, por lo tanto la realización del supuesto puede ser incorrecta en sentido gnoseológico, sin dejar por ello de ser válida ¹¹².

En tal coyuntura la condicionante de las consecuencias de derecho es que el órgano jurisdiccional considere legalmente probado de acuerdo a las reglas del procedimiento, por ello concluye que tal hecho no es enunciativo sino normativo.

Los enunciativos surgen al orden del ser para tal o cual objeto; en cambio, los valores no atañen a lo que concierne al orden de la realidad, sino que imponen deberes o conceden facultades.

De la transcripción se advierte que el distinguido jurista mexicano Eduardo García Maynez, estructura la lógica en la interpretación y precisamente en el ámbito judicial en base a la diferenciación que surge de la premisa enunciativa con la valorativa y que de acuerdo a las reglas de lógica jurídica el hecho condicionante se establece mediante una premisa mayor que es de índole normativa y en el que para su correcto raciocinio lógico debe ser válida ya que en caso de incumplimiento las consecuencias de derecho son que un órgano del estado constriña al deudor al cumplimiento de la obligación, por eso se justifica que constituyen tres premisas implícitas en dos, como atinadamente observa este tratadista.

Previamente al análisis de la interpretación por analogía, el distinguido maestro, nos brinda los argumentos sustentados en la lógica formal para una mejor comprensión del tema; así tenemos:

1. Argumento a contrario, cuando un texto encierra una solución restrictiva, en relación con el caso a que se refiere, puede inferirse que los no comprendidos en ella deberán ser objeto de una solución a contrario.

¹¹² Ibidem, p .837-846. "Sostiene el principio ubi eadem legis ratio ubi eadem legia ratio ubi adem legis dispositivo, decidir sobre dos hechos uno previsto y uno no previsto, pueden producir las mismas consecuencias no es un problema lógico sino axiológico".

"También el mismo autor sostiene el principio de razón suficiente cuando la razón de validez de la primera norma cuando la citada deriva su obligatoriedad de la norma suprema y recurre a los supuestos señalados por esta última".

"Por otro lado también expone el argumento a contrario cuando las normas jurídicas que se oponen contradictoriamente no pueden ser válidas ambas (principio lógico jurídico de contradicción, equiparable al principio lógico de exclusión".

2. Argumento *a pari*, *a majori ad minus*, *a minori ad majoris*.

Estos argumentos constituyen en su conjunto y combinación lo que se llama razonamiento por analogía.

Los argumentos de esta índole se basan en la idea de que en todos aquellos casos en que exista una misma razón jurídica debe regir la misma disposición (*Ubi eadem ratio, idem jus*).

Para que la aplicación del razonamiento analógico sea correcta, no basta la simple semejanza de dos situaciones de hecho una prevista y otra no prevista por ley, requiere así mismo que la razón que la regla legal se inspira, exista igualmente en relación con el caso imprevisto¹¹³.

Por lo tanto de acuerdo a esta doctrina la *ratio legis* es el contenido sustancial del que debe partir para el intérprete que utiliza este método analógico para equiparar ambos casos.

Lo que justifica es la identidad jurídica sustancial, la aplicación se realiza:

- 1.- Bien porque exista paridad (*argumento a pari*)
- 2.- Bien porque haya una mayor razón (*argumento a minori ad majus*).
- 3.- Porque lo que ocurre es precisamente lo contrario (*argumento a majori ad minus*)

La analogía como método de integración: García Maynez establece que constituye un método para colmar lagunas, solo que no opera a través de una operación intelectual-deductiva desde un punto de vista de lógica formal, sino que requiere de un juicio de valoración; pone de ejemplo " La Tierra esta poblada por seres vivos ". "Marte es

¹¹³ Cfr. GARCÍA MAYNEZ Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho Vigésima Cuarta Edición Revisada. México 1975, Editorial Porrúa, S.A. p. 365- 370.

análogo a la Tierra "(tiene de común propiedades a,b,c, etc.) luego entonces Marte, debe estar poblada por seres vivos.

Pero el razonamiento analógico no pone la razón puramente del silogismo ideal, ya que en este se rige por pensamientos ideales evidentes; en cambio, el razonamiento analógico no se esta seguro del todo, por lo que no tenemos una afirmación.

También clasifica a la analogía en supuestos y disposiciones legales. Siendo el supuesto el hecho condicionante de aplicación de la norma, cuando en los supuestos de dos suposiciones jurídicas existen elementos comunes se está en la analogía de supuestos. Por otro lado, cuando los elementos comunes existen en dos normas jurídicas se está en presencia de analogía de disposiciones.

Esto se esquematiza de la siguiente manera:

| PRECEPTO LEGAL /CASO PREVISTO/ | CASO NO PREVISTO |
|---------------------------------------|--|
| SUPUESTO | |
| a,b,c, d. | a,b,c,d. a,b,c,e. |

Supongamos que el precepto legal tiene el siguiente enunciado: si a, b, c, d son, deben ser x. Esto quiere decir que al realizarse el supuesto a,b,c de *ipso facto* se actualiza la consecuencia jurídica x expresada en la disposición.

Imaginemos ahora que un Tribunal debe resolver el caso a,b,c y e, no previsto en la ley y encuentra que hay la misma razón jurídica para resolverlo de igual manera que el caso a,b,c, y d análogo al primero. Hace entonces un razonamiento analógico y atribuye al caso impuesto las consecuencias jurídicas que de acuerdo con la ley reproduce el otro.

Resumiendo la exposición del maestro García Máynez, la analogía, consiste en integrar a situaciones parcialmente similares (una prevista y una no prevista por la ley) las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso.

Argumentando por analogía, en relación al fraude procesal por reformas recientes al Código del Procedimientos Civiles, se establece

como causal de nulidad de juicio concluido, el dolo del juez, pero el caso se presenta cuando el actor en un juicio determinado es quien actúa dolosamente, causal no prevista en el Código mencionado. Incluso es factible el procesamiento en causa penal por utilizar dolosamente instrumentos procesales, luego entonces, también se puede concebir que por analogía el mencionado actor en el juicio fraudulento es responsable civilmente de fraude procesal.

e) Reducción al absurdo: Justifica rechazar un significado de un enunciado por las consecuencias absurdas a la que conduce ¹¹⁴.

Un ejemplo de ello sería el siguiente: se presenta una demanda ante un órgano judicial local en el que se reclama la nulidad de la ejecución de una sentencia demandada de un juicio ordinario civil federal, pronunciada por un Juez de Distrito en Materia Civil, por lo que resulta absurdo suponer que el Juez local conozca de dicha controversia, cuando la regla señalada por el artículo 501 del Código Procesal Civil para el Distrito Federal, establece que será juez competente para la ejecución de una sentencia, quien haya conocido del negocio.

f) Mayoría de razón: Este principio constituye el núcleo del argumento *a fortiori*, ya que es lo que se presume que tuvo en cuenta el legislador para no incluir ciertas hipótesis en la disposición legal (el hecho de merecer con mayor razón que las previstas la consecuencia jurídica), y es también el elemento tenido en cuenta por el intérprete para extender la regulación legal a hipótesis no, establecidas expresamente en el texto elaborado por el legislador ¹¹⁵.

Tal como quedó expuesto con antelación en un ordenamiento jurídico, el argumento empleado por las partes en conflicto es encontrar la causa eficiente (mayoría de razón), que resuelva la contienda; por ello dependiendo del tipo de pretensión, la norma legal establece los requisitos de procedencia para el ejercicio de la acción.

Pensemos en el caso de una demanda en la que se reclama la indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil proveniente de daño moral. El artículo 1916 del Código Civil, establece que para la procedencia de la acción se requiere la concurrencia de

¹¹⁴ EZQUIAGA Francisco Javier, op cit. p. 97.

¹¹⁵ Idem.

los siguientes elementos: ilicitud del acto desplegado por el agente que ocasiona un daño en la persona de la víctima y que, como consecuencia de ese nexo de causalidad ocasione en la víctima una afectación en sus sentimientos, decoro, dignidad y demás derecho de personalidad.

Será un hecho ilícito el que una persona por no tener la debida precaución al conducir un vehículo de alquiler, violando el Reglamento de Tránsito, se impacta con otro vehículo automotor ocasionándole la pérdida de una pierna al pasajero. La sociedad en la que se desenvuelve la víctima lo ha apodado "el cojo"; en esa virtud específicamente se configura la pretensión de indemnización por daño moral a favor de la víctima y en contra de la persona que ocasionó el daño, puesto que es una causa eficiente lo alegado en la demanda como medio resarcitorio a favor de la víctima.

G) Principio de no contradicción: Dada la prohibición analógica, en algunos caso la interpretación judicial **se funda en el argumento contrario sensu**, en el que solamente el sujeto imputado de no encuadrar su conducta a la hipótesis normativa, por tal motivo no le resultarán aplicables las consecuencias de derecho.

Eduardo García Máñez explica que el argumento en contrario opera de manera expresa o tácita cuando una norma limita la aplicabilidad de su disposición solamente a determinada clase de personas; de ella puede inferirse, interpretándola al contrario, la existencia de otra cuya disposición se opone contradictoriamente a la de la primera, y cuyo ámbito personal de validez está formado por los no comprendidos en el del otro precepto ¹¹⁶.

Este argumento al contrario, resulta aplicable, llevado al campo de la responsabilidad procesal en el siguiente ejemplo: una persona es privada de su libertad con motivo de que se le sigue un proceso penal. El juez de la causa le decreta el auto de formal prisión, mismo que es combatido en juicio de amparo indirecto, obteniendo la concesión del amparo. En cumplimiento a la ejecutoria el juez de la causa lo pone en inmediata libertad, transcurrido el tiempo se ejercita demanda civil en contra del denunciante, argumentando que le afectó en su honor,

¹¹⁶ Cfr. GARCIA, Maynez, Eduardo. *Lógica del Raciocinio Jurídico*. México 2002. Editorial Distribuciones Fontamara, S.A., Tercera reimpresión, s/e, p. 169.

reputación, decoro y dignidad.

Presentada la demanda ante un juez civil, son emplazados en legal forma las partes demandadas: denunciante y agente del Ministerio Público, y sustanciado el proceso el juez civil determina que no hay responsabilidad proveniente de daño moral en ejercicio de las funciones procesales de las personas intervinientes en la causa penal y ahora demandados en el asunto civil, puesto que el libramiento de la orden de aprehensión y su ejecución, son actos que derivan del procesamiento y por ello no hay ilicitud. Y en consecuencia de acuerdo al argumento a contrario la conducta de los sujetos imputados, no es ilícita y por ello no se encuadra a lo señalado por el párrafo segundo del artículo 1916 del Código Civil, que exige como requisito de procedibilidad para la demanda de daño moral la concurrencia de la ilicitud del acto que produzca ese daño moral.

III.4. Las reglas de observancia obligatoria en el proceso civil.

Corresponde ahora el tratamiento de los principios procesales en su análisis de manera específica, que por la importancia que revisten tienen un efecto preventivo y a la vez sancionatorio en caso de inobservancia, por ello el estudio de los primeros presupone la validez de un proceso si son observados de manera debida por los intervinientes en el discurso jurídico (partes y juez), en cambio si estos mismos principios en el argumento del discurso empleado por las partes, son tergiversados, como será materia de exposición, cuando los hechos son falseados por las partes, inducen a error al juez, los instrumentos procesales comprendidos en el Código de Procedimientos Civiles, cuando son utilizados dolosamente por las partes o bien por el juez para dar ventaja indebida a una de las partes en su beneficio constituyen fraude procesal, por ello resulta interesante que la comunicación del lenguaje empleado en el proceso, debe estar revestida de lo que en una ética práctica se conoce como comunicación racional, en cambio cuando las partes en desvío de la ética profesional deforman la comunicación del discurso jurídico para su propio beneficio se está en presencia de una patología de la comunicación ¹¹⁷.

¹¹⁷ Cfr. HABERMAS, Jürgen, "Derecho y Moral", en Sobrerilla David (comp. Trad.), El Derecho, la Política y la Ética, Siglo XXI, México 1991, Editores, s/e, p. 487.

Arturo Berumen Campos, en su obra *Ética Jurídica*, sostiene que en la acción dramática, los sujetos tratan de impresionarse unos a otros ocultando aspectos de su información y de su manera de pensar a lo que solo ellos tienen acceso privilegiado y es muy usado en los procesos políticos y judiciales, pero, también en las relaciones interpersonales. Su aplicación práctica, por parte de la ética jurídica, puede ser útil en la comparación de declaraciones, de modo que se evidencie su falta de coherencia o falta de verdad ¹¹⁸.

Por lo tanto, los principios procesales intrínsecamente tienen un contenido ético jurídico que debe ser observado por los participantes en los procesos judiciales, ya que de lo contrario producen patología procesal y que es materia de fraude procesal, y como efecto resarcitorio para ser saneados los procedimientos viciados de origen, el derecho civil ha implementado como poder sancionatorio para invalidar tales actos la nulidad del juicio concluido.

III.4.1. El principio dispositivo.

El proceso civil: es dispositivo porque se desenvuelve a instancia de parte, o dicho con otras palabras, a impulso de parte; a diferencia del proceso inquisitivo, en el que es determinante la oficiosidad en el desarrollo del proceso, por parte del órgano jurisdiccional, siendo la jurisdicción penal por antonomasia en donde destaca este último.

Ahora bien; la doctrina italiana ha aportado nutridas teorías a la ciencia procesal, por lo que para entender la materia que comprende su interpretación y aplicación, se ha señalado que la jurisdicción que ejerce el Juez se constriñe a declarar o a constituir relaciones jurídicas, y así por el hecho de declarar el derecho, el Juzgador realiza una actividad intelectual de juzgar, su juicio es necesario para ese fin.

De ahí que sobre esa base se funda la clasificación del proceso en proceso declarativo y proceso ejecutivo, existiendo un tipo de proceso intermedio que es el proceso de inyucción, para delimitar el proceso de cognición debemos recurrir al pensamiento del destacado procesalista Francesco Carnelutti, quien enseña que la clasificación del proceso se encuentra fundada entre **declaración y**

¹¹⁸ Cfr. BERUMEN CAMPOS, Arturo, *La Ética Jurídica como Redeterminación Dialéctica del Derecho Natural*. México 2000. Cárdenas Editor y Distribuidor, Primera Edición, p. 271-272.

actuación de las relaciones jurídicas: hay casos en que basta que una relación sea declarada para que se logren los fines del derecho, y otros en los cuales es necesario el cambio que se actúe, esto es, que se ajuste a la situación jurídica la situación material; en el primer caso tiende a **declarar** lo que debe ser, en el segundo a **obtener** lo que debe ser, sobre esta base se funda la clasificación del proceso en proceso declarativo y proceso ejecutivo ¹¹⁹.

Como corolario a lo anterior, el proceso civil contencioso nace en condiciones generales, con el ejercicio de la demanda, misma que de acuerdo a lo establecido por el artículo 258 del Código de Procedimientos Civiles, se le atribuyen entre otros efectos: el de señalar un principio de instancia, y concomitantemente a ello, surge en la intervención del juez, bien para admitir o desechar la demanda, en base al principio *nemo iudex sine actore*, quien mediante su fallo declara o constituye una relación jurídica, como apunta el ilustre procesalista italiano Francesco Carnelutti.

III.4.2. Principio de estricto derecho.

El principio de estricto derecho señala que el Juez, está impedido para suplir de oficio las deficiencias de una demanda, siendo excepción la materia familiar.

Un ejemplo lo constituye lo siguiente: de acuerdo con el artículo 95 del Código de Procedimientos Civiles, es de obligada observancia que las partes deben exhibir los documentos justificativos en que funden su derecho, de tal manera que "X", reclama la exigibilidad como acreedor de los derechos de crédito a "Y", aduciendo en el relato de hechos de la demanda que celebró con "Y", el contrato identificado bajo número 049, no se percata de que exhibe diverso contrato bajo número 046, también concertado con "Y", deficiencia de la demanda que no es subsanable por el Juez del conocimiento ya que de acuerdo al principio de estricto derecho, debe resolver los intereses en pugna respecto del contrato identificado en la demanda como número 049, lo cual sin lugar a dudas ante la falta de identidad del contrato del exhibido con el que se funda la demanda, da lugar a la procedencia de la excepción de falta de acción hecha valer, por la defensa "Y", puesto

¹¹⁹ Cfr. CARNELUTTI Francesco, Instituciones del Proceso Civil, Buenos Aires, Argentina, 1973, Ediciones Jurídico Europea Americana, p. 62.

que en el dictado del fallo el juez, al acudir a los instrumentos procesales que son aportados por las partes (prueba documental), no puede resolver so pena de responsabilidad procesal en base a contrato diverso al alegado en el juicio.

III.4.3. Principio de congruencia.

Es el principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto en cualquier sentido por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes (en los procesos civiles, comerciales, laborales y contencioso-administrativos), y entre la sentencia y las imputaciones formuladas al proceso y las defensas fundadas por este contra tales imputaciones en todos los procesos, también entre la sentencia y lo ordenado por la ley que sea resuelto de oficio por el Juzgador¹²⁰.

Este principio lo define el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles, al ordenar: "todas las resoluciones sean decretos de trámite, autos provisionales, definitivos o preparatorios o sentencias interlocutorias, deben ser claras, precisas y congruentes con las promociones de las partes, resolviendo sobre todo lo que estas hayan pedido".

Esto es, el Juez está impedido para introducir en el contenido del fallo, cuestiones no debatidas por las partes en el proceso, ya que dicha violación intrínseca es susceptible de ser reparada por vía de apelación o juicio de amparo; y en su caso mediante la nulidad de juicio concluido como efecto resarcitorio de fraude procesal.

Un ejemplo de ello lo tenemos en lo siguiente: un juez civil dicta sentencia reivindicatoria en base a que se debe reivindicar a favor de "X", el predio ubicado en Mineros número 68, resolución que causa ejecutoria, y en la fase de ejecución demuestra "Y", estando rebelde en el juicio, que dicha sentencia es inejecutable, porque el tiene la posesión del predio ubicado en Mineros 70, exhibiendo su título de propiedad, el juez indebidamente, no tiene por acreditada la posesión en base a dicho título, argumentando que el mismo es de naturaleza privada, y dándole la razón al ejecutante "X", sin previo acreditamiento

¹²⁰ Cfr. DEVIS ECHANDIA Hernando. Teoría General del Proceso. Buenos Aires, Argentina. 1997, Editorial Universidad, p. 76.

de esa identidad por el sólo dicho de éste y de su título, en vez de que para mejor proveer desahogue una prueba pericial en materia topográfica con control de partes, (debido instrumento procesal), incongruentemente le priva de eficacia probatoria al título de "Y", y decreta una ilegal ejecución en contra de este, contraviniendo el principio de congruencia procesal e incurriendo en responsabilidad.

III.4.4. El principio de concentración.

Por lo que toca a la concentración procesal, es obligación del juzgador resolver todos los puntos litigiosos en base a las pruebas aportadas al proceso.

Continuando con la exploración de determinar la naturaleza jurídica del proceso civil, podemos señalar la tesis predominante por la doctrina que para determinar la composición del proceso es en su tratamiento más general, una relación jurídica que surge de tres sujetos, a saber: uno llamado actor, el segundo demandado y el tercero, Juez, quién será el que con reconocimiento estatal resuelva la contienda que presentan las partes en conflicto a su competencia.

Con gran precisión el distinguido procesalista alemán Oskar Von Bülow, puntualiza las siguientes notas distintivas de la relación procesal:

1. El proceso es una relación jurídica que **avanza gradualmente** y que se desarrolla paso a paso; mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan **como totalmente concluidas**. La relación procesal se encuentra en embrión.

2. Al fijarse la litis, surge el contrato de derecho público por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio.

3. Las partes quedan obligadas por ello a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común¹²¹.

De la condensación señalada, se puede establecer que la relación procesal es una institución que impone facultades y deberes, tanto a las partes como al Juzgador, y estas notas distintivas que de manera concreta y circunstanciada, señalan los pasos a seguir en todo proceso civil las podemos resumir así:

- a) Una fase de conocimiento, que se integra con demanda y contestación, y que desde el derecho antiguo romano se identifica como *litis contestatio*.
- b) Una fase probatoria, que comprende los siguientes eventos procesales: ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo.
- c) Por último, un periodo de alegatos, el pronunciamiento del fallo por el Juez.

Es por ello, que el principio de concentración significa que el juez debe ocuparse de todos los puntos litigiosos al dictado del fallo definitivo, observando lo alegado y probado por las partes, puesto que dicha omisión constituye violaciones procesales que vulneran las garantías de un proceso civil y que son sancionadas por el ordenamiento procesal bajo diferentes instancias, en vía de apelación cuando se combaten cuestiones de legalidad, esto es, dentro de una praxis judicial que todos sabemos por: a) Inobservancia de la ley; b) indebida aplicación de la ley, y c) Inexacta aplicación de la ley.

El medio de impugnación equiparable a la nulidad del juicio concluido es la apelación extraordinaria y por ello con gran puntualización señala Carnelutti, que su función consiste en completar el proceso de impugnación con el pronunciamiento del *iudicium rescisorium trasel iudicium rescindens*.

El *iudicium rescisorium* se refiere a la apelación propiamente dicha, la que se traduce necesariamente en rescindir la sentencia de

¹²¹ Cfr. OSKAR VON Bulow, Excepciones y Presupuestos Procesales. Publicación de Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2001, s/e, p. 2-3.

primer grado y en colocar en su lugar la sentencia de reenvío, sustituyendo la sentencia de primer grado; y en el *iudicium rescindens* o sea con la casación, la sentencia de apelación resucita la sentencia de primer grado y por consiguiente el reenvío del juez.

En efecto, señala que la nulidad del procedimiento es por la inexactitud del razonamiento del primer Juez que no ha procedido mal pero sí ha juzgado mal y por lo tanto esta segunda categoría de síntomas comprende a los *errores in iudicando*, este proceder comprende cualquier actividad del juez que no sea el juicio y Ahi el *error in iudicando*, se divide en error de hecho (error histórico) y de derecho (que es la falta de apreciación de los hechos en forma correcta) y en cambio en la segunda clasificación el error de derecho concierne a la falta de observación de la ley y se manifiesta en el estado de actos o error lógico del Juez en la aplicación de la norma ¹²².

Por otra parte, cuando el fallo vulnera cuestiones de constitucionalidad por falta de motivación y fundamentación, para restablecer las garantías violadas al gobernado, cuando el Juez del conocimiento del juicio de origen, inobserva los principios procesales señalados, cuenta con el juicio de amparo, que por ser autónomo, atendiendo a los efectos nulificadores del fallo cuando mediante amparo directo combate resoluciones definitivas provenientes de tribunales judiciales, deja sin efectos la sentencia que vulnera garantías constitucionales al afectado y en cumplimiento a las ejecutorias de amparo la autoridad responsable (tribunales judiciales), dicta un nuevo fallo siguiendo los lineamientos señalados por los tribunales de la federación, por ser estos los órganos de control de la constitucionalidad.

Por eso, el juicio de amparo es un instrumento de control de la constitucionalidad en los procesos jurisdiccionales, cuya finalidad es hacer valer y respetar el ordenamiento civil vinculando a los tribunales judiciales, para cumplir con el principio de legalidad que estructura el debido proceso en México.

¹²² Cfr. CARNELUTTI, Francisco. Sistema De Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Argentina. 1944, Ed. UTEHA ARGENTINA. T.III. Traducción del Italiano al Español por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo. s/e, p. 745-746.

III.5. La cosa juzgada material y la cosa juzgada formal.

El desarrollo histórico de la cosa juzgada nos lleva al análisis de los textos romanos y para ello condensando la obra de Savigny, siguiendo su Sistema de Derecho Romano Actual, en el desenvolvimiento histórico la *exceptio rei in iudicium deductae*, se hacía depender de su manifestación de la llamada *litis contestatio* del procedimiento formulario y en esa medida lo alegado por el demandado al contestar la demanda, no podía ser variado en ulterior proceso.

En el procedimiento formulario, su fase última (*la condemnatio*) designa también la sentencia pronunciada por el *iudex*, que lo es *iudicata*; en efecto, rechaza la condena al demandado, esto es entonces lo que se conoce como *condemnatio a iudice prolata* y que son la ejecución de las instrucciones del pretor.

Por ello, observamos que la operatividad de este mecanismo de defensa es por vía de excepción, y bajo esas condiciones Savigny objeta la explicación de Ulpiano de sustituir la expresión *litis contestatio*, por la no menos técnica *condemnationis tempus*; para ello reproduce ejemplos de un caso que se circunscribe el proceso al fundamento fáctico acontecido y expuesto en el proceso y es por ello que tiene efectos de la *litis contestatio* en el pronunciamiento del fallo decisorio, para ulterior juicio sustentado en tal fundamento fáctico.

La sentencia favorable al demandado se manifestaba bajo dos aspectos:

- a) positivo en el que de acuerdo a la fórmula constituye una ficción de verdad; y
- b) negativo como consumación de la acción (Texto de Paulo), lo que da lugar a la excepción *rei iudicata deductae*.

Lo defectuoso de la fórmula señala Savigny, es que incluso como un juez al que se le designaba conocer del negocio no podía repeler de oficio la demanda cuando existía precedentemente un juicio concluido sobre la cuestión litigiosa a favor del demandado, sino hasta que éste, siguiendo el procedimiento formulario-oponía la excepción.

También en este desenvolvimiento histórico de la cosa juzgada se presentaba el efecto de que incluso con la procedencia de una excepción dilatoria producía cosa juzgada respecto de diverso juicio.

Esto es, llevado a nuestros días, técnicamente al no estar resuelto el fondo del negocio no se puede hablar de cosa juzgada.

Otro inconveniente en el derecho formulario, se suscita con el ejemplo de la posesión, el actor reivindicante de un bien poseído con el demandado al obtener sentencia favorable éste último no podía reconvenir que tenía mejor derecho a poseer la cosa para ser mantenida y respetada la posesión en definitiva por declaratoria judicial.

Con la abolición del procedimiento de fórmulas, destruyeron las dificultades de formas que estorbaban la marcha del procedimiento.

Justiniano somete la acción reconvenzional a las siguientes reglas:

- 1) La acción debía ejercitarse ante el mismo tribunal, no solo como derecho sino también como obligación del demandado.
- 2) Si este no aceptaba al juez, ante el que era citado, podía pedir la remisión de ambas acciones ante otro juez.
- 3) Al no, formularse ninguna de estas posturas, no podrá ejercitarse la acción reconvenzional hasta después del pronunciamiento de la sentencia contra el.

Estas disposiciones justinianas examinadas a la luz del derecho vigente tiene en parte aplicación, de acuerdo con el artículo 272 G del Código de Procedimientos Civiles, que establece un plazo perentorio para el estudio de la reconvección y que debe ser de acuerdo a las siguientes reglas:

- a) Debe interponerse al momento de contestar la demanda en contra del demandante principal, so pena de preclusión;
- b) También deben acompañarse las copias de traslado respectivas puesto que de lo contrario será desechada.

Savigny señala que los requisitos de exigibilidad de la sentencia son: Objetivos (a esta clase pertenecen las partes constitutivas de las relaciones de derecho que llevan elementos objetivos) y subjetivos (que corresponden a los móviles que influyen en el espíritu del juez y lo obligan a afirmar o negar la existencia de estos elementos). Dicho en otras palabras: los motivos objetivos adoptados por el juez tiene la autoridad de la cosa juzgada; los motivos subjetivos no tienen la autoridad de cosa juzgada.

Otros motivos que determina la autoridad de la cosa juzgada son:

I.- Toda consideración implica la absolución de cualquier demanda tocante a la relación de derecho litigioso fijado por la sentencia; es decir, toda absolución abarca no solamente la totalidad de la cosa reclamada por el demandante, sino también cada división posible de esa cosa.

II.- Toda sentencia implica una cierta fijación de tiempo.

Así, el reconocimiento o la negación de un derecho en la persona del demandante vale como verdad y obtiene la autoridad de cosa juzgada; pero únicamente respecto a la época en que se dictó la sentencia.

La decisión del juez se refiere exclusivamente al tiempo actual; los cambios ulteriores le son necesariamente extraños y la autoridad de la cosa juzgada no podrá tener influencia alguna sobre un litigio referente a hechos sobrevenidos después de la sentencia¹²³.

Uniformemente se ha concebido que las sentencias que adquieren categoría de cosa juzgada obedece a sus notas características, que son la irrecurribilidad del fallo y su inmutabilidad.

Así, tenemos que Eduardo J Couture: "autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial cuando no proceden contra ella recursos ni otros medios de impugnación, y cuyo atributos son la coercibilidad, la inmutabilidad y la irrevisibilidad en otro proceso posterior"¹²⁴.

¹²³ SAVIGNY, op cit. T. V. p. 177-213.

¹²⁴ Cfr. COUTURE Eduardo J. Vocabulario Jurídico. Buenos, Aires 1997. Editorial Edit de Palma, s/e, p. 184.

Para una mejor comprensión en razón de que no todas las sentencias adquieren la calidad de cosa juzgada conviene reflexionar sobre el distingo que acertadamente señala el Profesor Carlos Cortés Figueroa, entre sentencia definitiva, firme e inimpugnable.

El Profesor señala que la sentencia definitiva es el fallo decisorio sobre las pretensiones en pugna y el derecho o derechos sustantivos invocados y sostenidos.

Por lo que corresponde a la sentencia firme, esta no admite recurso en su contra, o habiéndose interpuesto el recurso procedente se confirma la sentencia por el órgano de alzada en todos sus términos o no se continuó el medio impugnativo con arreglo a derecho.

Por último, la sentencia inimpugnable está dotada de la fuerza y prestancia de cosa juzgada en sus dos aspectos tradicionales: cosa juzgada formal, que consiste en precluir el debate sobre justicia en procesos posteriores, lo que tiene como consecuencia la inmutabilidad de la decisión, al extremo del que el propio Juez esta impedido para reformar o modificar su mandato "*res iudicata pro veritate habetur*" y cosa juzgada material: su efecto estriba en que lo resuelto en el contenido del fallo en lo futuro, da seguridad y certeza jurídica bajo los atributos de obligatoriedad e imperatividad y de que no se vuelva sobre la materia comprendida en la resolución "*non bis in idem*"¹²⁵.

La eficacia de la cosa juzgada es la medida de prohibición del reexamen del fallo; por ello ha sostenido Enrico Tullio Liebman, que en su aspecto negativo señalado por Keller y Chiovenda, que constituye la consumación de la acción y constriñe al Juez a reconocer la existencia de la cosa juzgada en todos sus pronunciamientos, en virtud de demanda que presuponga la cosa juzgada¹²⁶.

A continuación expondremos las diversas teorías que explican la cosa juzgada.

¹²⁵ Cfr. CORTES Figueroa, Carlos. Introducción a la Teoría General del Proceso. México. 1974, Ed. Sagitario, Tulancingo Hidalgo, s/e, p.338-339.

¹²⁶ Cfr. LIEBMAN Enrico Tullio, Eficacia Y Autoridad De La Sentencia Y Otros Estudios Sobre La Cosa Juzgada, Publicaciones De Anales De Jurisprudencia "Colección Doctrina", México 2002, Editado por la Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, p 75.

- A) Teoría normativista: de origen Vienés, tienen en Kelsen su representante al señalar que la resolución judicial ocupa el último lugar dentro de la jerarquía de normas (pirámide Kelseniana), la resolución judicial queda equiparada a una norma individualizada en un caso concreto y forma parte del derecho objetivo.
- B) Teoría Procesalista: ve en la sentencia, antes que nada, la suma de preclusiones procesales y aun la preclusión de impugnarla cuando deviene cosa juzgada, por ello con gran razón Carnelutti ha sostenido que la cosa juzgada es la suma preclusión.
- C) Teoría Materialista: esta teoría explica la cosa juzgada como un fenómeno de derecho sustancial puramente, descartando los ángulos del derecho procesal, en la inteligencia que su fuerza y valor de obligarla a respetarla depende del mecanismo de la ley, al igual como acontece con otras obligaciones.

De la condensación de todas la diversas teorías que explican la cosa juzgada, encontramos sus notas distintivas: inmutabilidad y obligatoriedad en el caso resuelto y que traen como corolario el carácter prohibitivo del reexamen del fallo.

Resumiendo lo anterior, y tomando en cuenta la medida y alcance que tiene la cosa juzgada en sus aspectos formal y material, vinculada al fraude procesal, la teoría procesalista en nuestro punto de vista es la más apegada para el desarrollo del presente trabajo, tomando en cuenta que no todas las sentencias definitivas resuelven el fondo de un negocio, por ello es pertinente transcribir el siguiente precedente jurisprudencial:

“COSA JUZGADA, DIVERSOS GRADOS EN LA. – La sentencia que se pronuncie sobre la demanda puede negar la acción por defecto de interés o de cualidad de las partes o de un bien garantizado por la ley; en los tres casos esa sentencia es favorable al demandado y produce la autoridad de cosa juzgada en grado diverso: si niega la acción por falta de interés, no impide que pueda nacer más tarde basándose en un nuevo interés, si la niega por defecto de cualidad, el actor puede volver a proponer la demanda respecto del

mismo derecho, invocando un hecho que le de la cualidad como, sería el caso de la cesión, sucesión, etc. Pero si la niega por defecto de la voluntad de la ley que garantice un bien, el demandado queda absuelto completa y definitivamente y el actor en este caso, no podrá volver a obrar a no ser que pruebe que la voluntad de la ley que antes no existía, ha surgido con base en un nuevo hecho.” **FUENTE:** Sexta Época, Cuarta Parte: Vol. XXII, pag. 182. A.D. 1679/58 Adela Rodríguez de Arenas. 5 votos.

Por lo que tomando en cuenta que el defraudador del proceso utiliza instrumentos procesales para obtener un beneficio para sí en perjuicio de terceros, examinemos el precedente en la práctica y así podemos tener los siguientes ejemplos:

1. En lo que concierne al interés, pensemos en una demanda de prescripción positiva. El defraudador se encuentra en posesión pero exhibe en fotocopia simple el certificado de inscripción del bien a usucapir, obviamente el juicio se sigue a espaldas del titular registral y se abstiene de exhibir dentro del periodo de ofrecimiento de pruebas y en la audiencia de desahogo (artículo 97 del Código de Procedimientos Civiles), el original autenticado con firma de los funcionarios públicos que lo expiden el mencionado certificado y entonces carece de eficacia probatoria. El juez dicta un fallo absolutorio por falta de acreditamiento de la legitimación pasiva del demandado, esto es, de conformidad con el artículo 1156 del Código Civil, la acción se ejercita contra la persona que aparece como propietario del inmueble en el Registro Publico de la Propiedad.

Sin embargo, el defraudador, tiene una nueva oportunidad de perpetrar el ilícito, presentando diversa demanda y en lo que al igual que el anterior juicio, se sigue a espaldas del demandado y consume el fraude procesal.

2.- Continuando el análisis del precedente antes mencionado un defecto de cualidad vinculado al fraude procesal sería el siguiente; una persona demanda la prescripción adquisitiva del bien, aduciendo que lo ha poseído por mas de diez años, en virtud de que revela como causa generadora de su posesión que la persona causante de esa posesión se lo entregó para efecto de que lo cuidara y lo destinara a la siembra y por lo tanto, el Juez al pronunciar el fallo decisorio examina

la calidad de la posesión, y de conformidad con el artículo 826 del Código Civil solo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de propietario es apta para producir prescripción. En el presente ejemplo, la calidad posesoria es derivada y no originaria como lo exige la norma y concluye el Juez del conocimiento que resulta infundada la acción por no acreditar el demandante que la mencionada posesión se ejerce con ánimo de dueño, es decir, con sus dos elementos por esencia tradicionales el *corpus* y el *animus* por ello la acción es desestimada.

Sin embargo, el defraudador (al igual que en el anterior ejemplo), tiene una nueva oportunidad de llevar a cabo el ilícito, presentando diversa demanda y en el que ahora aduce en los hechos que la posesión la tiene en calidad de dueño exhibiendo un contrato de compraventa falso celebrado con el causante de su posesión quien es titular registral, pero que al igual que el anterior juicio se seguirá a espaldas del demandado y así se consuma el fraude procesal.

3. Por último, en cuanto al defecto de la ley que interpretando el precedente se refiere a la falta de adecuación de la norma al caso concreto, se puede relatar el siguiente ejemplo: un defraudador demanda la prescripción adquisitiva de un bien, aduciendo que le fue transmitido por la persona a quien demanda mediante un contrato de compraventa en el que relata en su demanda que lleva poseyéndolo por mas de cinco años y con los requisitos que la ley de la materia señala, presenta testigos y documentos falsos y también señala un domicilio falso para emplazar al demandado, siguiéndose el juicio en rebeldía el juez declara la prescripción adquisitiva del bien a favor del demandante, solo que cuando va a inscribir la sentencia se encuentra con la siguiente situación registral: que el bien corpóreo materia de la prescripción, ha salido de la esfera patrimonial de los particulares por estar asentado en una zona irregular y el Estado ha promulgado Decreto Expropiatorio, para que a través de la Comisión para la Regularización de la Tenencia de la Tierra (CORETT), en ejecución del mencionado Decreto Expropiatorio, regularice la situación jurídica del predio tenencia de la tierra y transmita la propiedad a favor de los vecinados de la población y en lo que se encuentra inmerso el inmuebles dentro de la superficie expropiada.

De acuerdo a ello, el fraude procesal consumado resulta ineficaz, tomando en consideración que el Decreto Expropiatorio hace ineficaces las actuaciones judiciales de las que emana el proceso fraudulento, porque el bien materia de la usucapión ha formado parte del dominio privado del Estado.

La teoría procesalista de la cosa, juzgada con los ejemplos arriba apuntados, ofrece una razón práctica para constatar el fraude procesal, que como bien ha concluido el Maestro José Alfonso Abitia Arzapalo, se pueden presentar así;

1. El proceso fraudulento sirve para violar la ley, en tanto que persigue un fin que ella prohíbe;
2. El fraude procesal bilateral existe cuando ambas partes litigantes utilizan el juicio, de común acuerdo, para alcanzar un fin vedado por la ley. Propiamente no existe contradictorio y la sentencia es resultado del concurso del dolo de ambas partes.
3. El fraude procesal unilateral se produce cuando el actor o el demandado (no existe el concurso de voluntades de ambas partes), realizan la maquinación fraudulenta, engañando al juez para lograr un fin que la ley prohíbe. El actor, verbigracia, logra el fin que se propone siguiendo juicio a espaldas del demandado;
4. La excepción de nulidad se puede hacer valer perpetuamente contra en defraudante ¹²⁷.

Sin embargo, la estabilidad de la cosa juzgada tiene un punto de excepción que lo es expresamente el fraude procesal.

En efecto, el principio de inmutabilidad e irrecurribilidad se pierde en el hecho de que el proceso de que emana la cosa juzgada se encuentra viciado.

La Suprema Corte de Justicia ha determinado por que la nulidad del juicio concluido procede respecto del proceso fraudulento en jurisprudencia definida que se transcribe:

¹²⁷ Cfr. ABITIA Arzapalo, José Alfonso. De la Cosa Juzgada en Materia Civil, Ediciones de la Dirección de Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. p. 180-181.

“NULIDAD DE JUICIO CONCLUIDO. Sólo procede respecto del proceso fraudulento. En principio no procede la nulidad de un juicio mediante la tramitación de un segundo juicio, por respeto a la autoridad de la cosa juzgada; pero cuando el primer proceso fue fraudulento, entonces su procedencia es manifiesta y el tercero puede también excepcionarse contra la sentencia firme, pero no contra la que recayó en juicio de estado civil, a menos que alegue colusión de los litigantes para perjudicarlo.”

FUENTE: Apéndice 1917-1995, Tomo IV, Primera Parte, página 199, Tercera Sala, tesis 295.

III.6. El principio *non bis in idem* y la cosa juzgada.

Este principio tiene mayor amplitud de aplicación en el derecho penal, bajo el aforismo nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, en cambio en el derecho civil, hemos señalado que no toda sentencia tiene eficacia de cosa juzgada material, puesto que como ha quedado analizado con antelación, la absolución del demandado, puede obedecer a la falta de interés o de cualidad del litigante; en estos casos, bajo los mismos hechos se abrirá un nuevo juicio. Tendremos cosa juzgada formal y en caso de que el demandado sea absuelto por falta de actualización de la ley al caso, tendrá efectos absolutos de cosa juzgada material.

El efecto sancionador del dolo civil y penal está en el primero en el desequilibrio patrimonial y en cambio en el segundo está en la facultad estatal de sancionar al agente con pena corporal; pero cuando es sometido el hecho ilícito en ambas jurisdicciones y como lo es el objeto de esta investigación el fraude procesal, que es aquel que se tipifica cuando en agente utiliza instrumentos procesales de manera indebida y en perjuicio de tercero, sí tiene íntima relación la cosa juzgada penal en la materia civil.

Concretamente en el fraude procesal, sí puede tener influencia la cosa juzgada penal en el derecho civil en las siguientes hipótesis:

1) Cuando la sentencia penal determina la falsificación de documentos que sirven de sustento en el dictado de un fallo civil. En

recientes reformas al Código de Procedimientos Civiles, se establece como causal, solo que adolece de una técnica legislativa adecuada puesto que el legislador omitió en la redacción, de que el juicio civil solo podrá ser nulificado por una sentencia penal ejecutoriada que determine la falsedad de tales documentos. Urge una reforma legislativa al respecto en la que quede redactado en el texto de la ley civil, que procede la nulidad de un juicio concluido cuando haya sido obtenida la sentencia mediante pruebas falsas, debidamente acreditado por sentencia penal ejecutoriada. Pero habrá de seguirse el procedimiento civil posterior.

2) Dolo del juez, también se constituye cuando en ejercicio de sus funciones de juez civil, actúa dolosamente en perjuicio de alguna de las partes.

Un ejemplo de ello podría ser cuando el juez civil despacha ejecución en base a que el demandante aduce que el contrato de compraventa que rescinde por mutu propio, debe restituir el demandado al demandante en su calidad de comprador el anticipo del precio de la operación; tal hipótesis no encaja ni en la legislación civil ni comercial como título ejecutivo que traiga aparejada ejecución, sin embargo el juez se colude con el litigante y empleando instrumentos procesales de manera indebida le da una falsa apariencia de título ejecutivo al contrato de compraventa, cuando el derecho del ejecutante no está constituido puesto que se requiere la previa declaratorio judicial en un juicio ordinario, en el que se declare la resolución del contrato y que se condene a las partes a la restitución recíproca del acto rescindido, para que el juez del conocimiento del negocio sea el competente para despachar la ejecución solicitada; por ello el juez incurre en responsabilidad procesal al actuar dolosamente en perjuicio de una de las partes.

3) Otro aspecto interesante de la influencia de la cosa juzgada en materia penal en los procesos civiles, es la hipótesis legal que prevé el artículo 531 del Código de Procedimientos Civiles, relativa a las excepciones contra la ejecución de una sentencia y que de manera objetiva para esta investigación se encuentra señalada en la falsedad de instrumento, en la que establece que dicha falsedad debe constar por instrumento público o por documento privado judicialmente reconocido por confesión judicial, este artículo da lugar a una

antinomía que se presenta con el análisis íntegro de todo el texto del artículo tomando en cuenta que señala que siempre y cuando la ejecución no se pida en virtud de ejecutoria o convenio constante en autos.

La excepción a estudio resulta nugatoria con la interpretación integral del texto legal mencionado, puesto que es lógico suponer que si dicha excepción de falsedad de instrumento se hace valer una vez ejecutoriada la sentencia o convenio judicial, la misma no operará y por ende su enlistado como defensa del ejecutado contra una ejecución de sentencia firme resulta ocioso, tomando en consideración que se tuvo oportunidad de fijar la litis al oponer la excepción respectiva al momento de contestar la demanda, mas bien la eficacia de dicho texto se demuestra cuando dicha falsedad resultó probada por el demandado en la causa civil en diversa causa penal y con posterioridad al dictado del fallo civil, que determinó la validez del instrumento, dada la autonomía de las jurisdicciones, máxime que no se solicitó por la representación social la suspensión del proceso civil, hasta en tanto se resolviera el proceso penal, por ello una vez mas tiene influencia la cosa juzgada material penal en los procesos civiles, y ello se explica de la siguiente manera:

En los casos en que el proceso civil avance con mayor celeridad que el penal, respecto de una misma causa en la que se funda la falsedad del mismo título para la jurisdicción penal y la validez para la jurisdicción civil, es interesante señalar que la sentencia civil se pronuncia primero que la de índole criminal; sin embargo, dentro de la fase de ejecución de la sentencia civil alcanza ejecutoriedad la sentencia penal que determinó la falsedad, el instrumento; empero, por respeto al principio de cosa juzgada solamente podrá ser invalidado el procedimiento civil, mediante nulidad de juicio concluido fundada en la falsedad del instrumento base de la acción del juicio civil concluido, a virtud de sentencia ejecutoriada pronunciada por el juez penal.

IV.- ALTERNATIVAS ACTUALES PARA EXIGIR EL RESARCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PROCESAL CIVIL.

INTRODUCCION

El objetivo fundamental en el presente capítulo, es demostrar cómo el defraudador, al utilizar instrumentos procesales (regulados por el Código de Procedimientos Civiles), en forma: unilateral (mediante un procedimiento ficticio, con señalamiento de domicilio falso, o falsa representación del demandado, sigue juicio a espaldas de este) o bien, de manera bilateral, (por colusión de litigantes) ocasiona un perjuicio a tercero en su patrimonio, obtiene sentencia favorable en contravención del principio "del debido proceso" establecido por los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como se analizó en forma precedente, el principio se encuentra constituido por mandato constitucional; por ello la investigación se centra de manera objetiva en el análisis de la base constitucional de la que debe estar revestido todo proceso judicial y estructurada en los artículos 14 y 16 constitucionales mediante las llamadas garantías de audiencia y legalidad se estructura el debido proceso, cuando el tercero o la parte que por equiparación se convierte en tercero por no haber estado en aptitud de agotar los medios ordinarios de defensa en un proceso judicial seguido a sus espaldas, surge la colisión entre el principio del debido proceso (base constitucional) ya señalada con la regla (formalidades al procedimiento contenido en el Código de Procedimientos Civiles) y que el defraudador o simulador del juicio utiliza indebidamente como instrumento procesal en perjuicio de tercero.

En efecto, de acuerdo con una jurisprudencia de conceptos, cuando la persona en el juicio fraudulento es considerada como parte en la presentación de la demanda empero, se le privó de la oportunidad de hacer valer sus excepciones y defensas de manera oportuna, los tribunales judiciales de la Federación han considerado que de parte se convierte en tercero extraño por equiparación de acuerdo a la siguiente tesis jurisprudencial:

TERCERO EXTRAÑO POR EQUIPARACIÓN

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIII, Abril de 2001

Tesis: P./J. 40/2001

Página: 81

“EMPLAZAMIENTO. LA FALTA O ILEGALIDAD DEL MISMO SON IMPUGNABLES EN AMPARO INDIRECTO CUANDO EL QUEJOSO SE OSTENTA COMO PERSONA EXTRAÑA AL JUICIO POR EQUIPARACIÓN, NO OBSTANTE QUE TENGA CONOCIMIENTO DE LA SENTENCIA, LAUDO O RESOLUCIÓN DEFINITIVA DURANTE EL TRANCURSO DEL TÉRMINO PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 21 Y 22 DE LA LEY DE AMPARO.

Cuando el quejoso no fue emplazado al juicio o fue citado en forma distinta de la prevenida por la ley, lo que le ocasionó el desconocimiento total del juicio, se le equipara a una persona extraña a juicio, por lo que el conocimiento del amparo en estos supuestos, compete a un Juez de Distrito y no a los Tribunales Colegiados de Circuito de conformidad con lo dispuesto por la fracción VII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por el artículo 114, fracción V, de la Ley de Amparo; toda vez que el quejoso, por medio del amparo indirecto, tiene la posibilidad de aportar ante el Juez, en la audiencia constitucional, las pruebas necesarias para demostrar la falta de emplazamiento o que el llamamiento que se le hizo al juicio se realizó en forma distinta a la prevista en la ley, siempre y cuando el quejoso haya promovido la demanda de amparo dentro del término que señalan los artículos 21 y 22 de la Ley de Amparo, pues ello no hace que pierda su calidad de tercero extraño al juicio, pues la violación cometida en su contra, la constituye precisamente esa falta de citación que lo hace desconocedor y, por ende, extraño al juicio seguido en su contra. Sin que tampoco sea obstáculo el que los artículos

158 y 159, fracción I, de la Ley de Amparo, establezcan como violación reclamable en amparo directo esa falta o ilegalidad del emplazamiento, ya que no es posible aplicar esos dispositivos legales cuando el quejoso es persona extraña al juicio por equiparación y de hacerlo, se le dejaría en estado de indefensión, porque no se le daría oportunidad de acreditar la irregularidad del emplazamiento”.

Contradicción de tesis 23/2000-PL. Entre las sustentadas por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito y los Tribunales Colegiados, Segundo del Sexto Circuito y Primero del Décimo Circuito. 27 de febrero de 2001. Unanimidad de diez votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Martha Yolanda García Verduzco.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintinueve de marzo en curso, aprobó, con el número 40/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintinueve de marzo de dos mil uno.

De acuerdo al precedente transcrito, la víctima o defraudado en un proceso independientemente de que contará con la oportunidad de impugnar el proceso fraudulento mediante el juicio de garantías, de optar por la demanda de nulidad de juicio concluido, contará además de la intervención de un verdadero tribunal de casación en el examen y análisis de la legalidad de las actuaciones judiciales bajo tres ámbitos primeramente ante un juez civil de primera instancia; en segundo lugar en vía de apelación ante el Tribunal de Alzada que lo viene a ser la segunda instancia (salas civiles del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal) y; en tercer lugar de manera autónoma el juicio de garantías ante los tribunales de la Federación, esquema teórico, de difícil realización en la práctica debido a la crítica al Decreto de reformas al ordenamiento procesal civil del Distrito Federal de fecha 27 de enero el 2004, al no ajustarse el órgano legislativo al mandato constitucional que estatuye el debido proceso y como quedará demostrado, ante la falta de revisión constitucional por el momento por parte del Poder Judicial Federal, provoca la ineficacia de la acción de nulidad de juicio concluido en el Distrito Federal .

Esquematizando el desenvolvimiento del proceso de nulidad de juicio concluido, se presenta de la siguiente manera: las actuaciones judiciales emanadas del proceso fraudulento se encuentran concluidas, y será la materia del debate de la acción de nulidad de juicio concluido, el cual como se analiza constituye una excepción al principio de estabilidad de la cosa juzgada.

Sin embargo, la novísima reforma procesal contenida en el Decreto de Reformas al Código de Procedimientos Civiles en el Diario Oficial de 27 de enero el año 2004, adolece de técnica legislativa adecuada a las garantías de un proceso civil, siendo incompatible su regulación con la ley fundamental, esto se explica así: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la ley primaria y en sus artículos 14 y 16 estructuran el "debido proceso", lo que la doctrina denomina juricidad constitucional, en el que los procesos judiciales deben substanciarse con audiencia de parte legítima, con ley aplicable al caso en el que se cumplan las formalidades de ley, es por ello la norma primaria de un marco jurídico como el nuestro por su estructura de acuerdo a la pirámide jurídica las leyes posteriores que de ella dimanen como son leyes reglamentarias federales, específicamente con el tema a desarrollar (Ley Federal de Amparo y Código Federal de Procedimientos Civiles), por su orden seguirán las leyes locales de los órganos legislativos de los estados federados como lo es el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, siendo este último ordenamiento procesal incompatible con lo ordenado por la ley fundamental, puesto que al regular la acción de nulidad de juicio concluido en la reforma legislativa que sufrió el Código de Procedimientos Civiles, ordena que en los supuestos de no obtener sentencia favorable o de desistirse el actor, serán hechos constitutivos de delito, invirtiendo con ello el mandato constitucional al legislar la Asamblea Legislativa, determina que tales supuestos son antijurídicos.

El conflicto de leyes que se presenta entre la ley fundamental con la norma secundaria local (Código de Procedimientos Civiles), se hace patente su descripción y en el derecho comparado tenemos al profesor argentino Rodolfo Vigo, en su obra "Interpretación Constitucional", que enseña que para resolver el conflicto de normas a lo que denomina antinomias jurídicas señala los siguientes criterios de interpretación:

- a) axiológico, de mayor peso o importancia del valor en conflicto.
- b) jerárquico, (la norma superior prevalece sobre la inferior).
- c) cronológico.- (la norma posterior deja sin efecto a la anterior).
- d) especialidad (la norma especial se impone a la general).
- e) liberalidad, entre una norma que consagra una liberalidad y otra una prohibición, se escoge aquella.¹²⁸

Para determinar la invalidez de la norma secundaria, debemos fundarnos en el hecho de que prevalece por razón de jerarquía la norma superior que es la Constitución, sobre lo regulado en la reforma del 27 de enero del 2004, al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Para invalidar los preceptos consignados en el título "Acción de Nulidad del Juicio Concluido", contenido en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado a favor de la acción de inconstitucionalidad para resolver la antinomia entre la ley fundamental y una ley secundaria local.

La jurisprudencia plenaria de la Suprema Corte de Justicia ha establecido siete características de la acción de inconstitucionalidad:

“

- a) se promueve para alegar la contradicción entre una norma impugnada y la ley fundamental;
- b) puede ser promovida por el Procurador General de la República, los partidos políticos y el 33% cuando menos, de los integrantes del órgano legislativo que haya expedido la norma;
- c) supone una solicitud para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, analice en abstracto la constitucionalidad de una norma;
- d) se trata de un procedimiento;
- e) puede interponerse para combatir cualquier tipo de normas;
- f) solo procede por lo que respecta a las normas generales;
- g) la sentencia tendrá efectos generales siempre que sea aprobada por lo menos por ocho ministros.”

¹²⁸ Cfr. VIGO Rodolfo, Interpretación Constitucional. Buenos Aires, Argentina, 1992, Edit. Abeledo-Perrot, s/e, p. 91.

Tesis P/J. 71/2000. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. TOMO XII, agosto 2000, pág. 965.

La defensa de la juridicidad de la constitución a través de la acción de inconstitucionalidad cuando es incompatible con ley secundaria local señala el distinguido profesor Héctor Fix Fierro que es un tipo de control que tiende a proteger la Constitución, la garantía de la constitucionalidad y la certeza del orden jurídico, pero su ejercicio no implica la existencia de un agravio, ni de un interés específico ¹²⁹.

Por ser una acción de la minoría parlamentaria sobre la mayoría, tomando en cuenta el vacío de poder que prevalece con el pluripartidismo camarál, no se tiene noticia que se haya hecho valer la acción de inconstitucionalidad, prevaleciendo el voto mayoritario sobre la minoría en perjuicio de las garantías individuales del gobernado, al ser un derecho fundamental el derecho a la jurisdicción protegido de la libertad de ejercicio por ser un valor de licitud establecido por nuestra Constitución Política.

En interesante estudio de derecho comparado por el connotado maestro Alfonso Noriega, en relación a la organización constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica, señala que cuando una ley es contraria a los principios de justicia y libertad derivados de esta organización, la declaración de inconstitucionalidad no tiene tan sólo el límite de la relatividad de la cosa Juzgada, sino que en virtud de ella la ley en cuestión queda totalmente anulada; obliga en lo futuro al propio tribunal supremo y los tribunales norteamericanos quedan autorizados para dirigir mandamiento a los particulares, funcionarios públicos, impidiendo la aplicación extrajudicial de la ley, por ello del análisis de la obra de Guillermo Kraft, a las enmiendas quinta y catorce de la Constitución Federal, en las que se señala que es contrario a las cláusulas del debido proceso legal, así como a los principios generales de justicia y libertad toda violación a la cláusula del debido proceso legal y en esa virtud el debido proceso legal no es únicamente un proceso conforme a la ley, sino también la garantía de un derecho objetivo superior al del legislador ¹³⁰.

¹²⁹ Cfr. FIX FIERRO Héctor, Acción de Inconstitucionalidad, en Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, México, Porrúa/UNAM, 2001. s/e, p. 55.

¹³⁰ Apud, NORIEGA Alfonso, Lecciones de Amparo, México 1975, Editorial Porrúa, S.A., s/e, p. 33.

Es importante destacar que en el derecho norteamericano el tribunal constitucional tiene un control difuso; en cambio, en el nuestro es de alcance restringido, puesto que un juez local, no cuenta con facultades para invalidar una ley inconstitucional, ni siquiera para consultarlo a un tribunal constitucional para que dé su anuencia para ello; es decir, tampoco dicha facultad está delegada, sino que sólo para ello están facultados de manera exclusiva para su conocimiento los tribunales de la federación.

Continuando con el análisis de la acción de inconstitucionalidad en los Estados Unidos de América, el distinguido Maestro Alfonso Noriega, resume esta actividad jurisprudencial en dos criterios generales que son: el carácter no razonable de las medidas legislativas (*The Rule of Reasonableness*), la de oportunidad de ellas (*The Balance of Convenient*), lo que confiere a dicho Tribunal un poder extraordinario, y además, un control sobre la legislación estatal y federal, y con ello, sobre la forma de vida política, social y económica de los Estados Unidos de América.

En el orden jurídico que impera en el Distrito Federal, actualmente el ejercicio de la acción de nulidad de juicio concluido, al ser violatorio de garantías individuales el Decreto de Reformas al Código de Procedimientos Civiles del 27 de enero del 2004, el particular afectado con la aplicación de la reforma legislativa, por los Tribunales ordinarios que conocen de la acción de nulidad de juicio concluido, al ser un perjuicio actual el riesgo de ser privado de su libertad, contra ello el interesado deberá promover juicio de amparo bi- instancial contra leyes heteroaplicativas.

Se ha sostenido por la doctrina nacional la distinción entre leyes autoaplicativas y heteroaplicativas, y así el Doctor Ignacio Burgoa Orihuela sostiene que las leyes heteroaplicativas producen el agravio desde que entran en vigor, pudiéndose en este caso impugnar el amparo dentro de treinta días hábiles contados a partir de este momento. En lo que respecta a las leyes heteroaplicativas, su reclamación en la vía constitucional se debe formular con la ocasión del primer acto de aplicación, con las modalidades a que se refiere la fracción XIII del artículo 73 de la Ley de Amparo¹³¹.

¹³¹ Cfr. BURGOA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, México 1999, Editorial Porrúa, S.A., s/e, p. 241.

Como inferencia de la cita doctrinal se desprende que el amparo binstancial contra leyes es catalogado el acto de autoridad en como una ley heteroaplicativa, en razón de que el acto de autoridad se actualiza al momento en que el juez del conocimiento de la acción de nulidad de juicio concluido, en razón de no existir retroactividad procesal, aplica la ley vigente, y a partir de ese evento estará el quejoso en aptitud de interponer su demanda de garantías en contra de leyes heteroaplicativas (Decreto de Reformas de 27 de enero del 2004 al Código de Procedimientos Civiles).

La fuerza argumentativa de la juridicidad constitucional para resolver el conflicto de leyes, (entre la ley fundamental y un mandato legislativo previsto por una ley secundaria local), parte del argumento primario que es incuestionable la validez de las demás leyes que emanen de la Constitución Política, deben apegarse en el acto de su creación al procedimiento legislativo formal que la propia norma fundamental establece.

Así, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 8, 14 y 16, señalan los lineamientos rectores con los que cuenta el gobernado peticionario de garantías de audiencia y legalidad que estructuran "el debido proceso", al ser la ley suprema sobre las leyes locales emanadas del poder legislativo de los estados federados, en el que deben apegarse al mandato constitucional para regular las disposiciones normativas que regulen el debido proceso.

Sin embargo, el Código de Procedimientos Civiles, con el Decreto de reformas al mencionado ordenamiento procesal de 27 de enero del año 2004, el órgano legislativo que lo crea desconoce el mandato constitucional, al regular de manera indebida la acción de nulidad de juicio concluido, pues invierte la licitud plasmada en la ley fundamental que garantiza el libre ejercicio de manera pacífica y respetuosa del gobernado al deducir las acciones ante los tribunales, al catalogar como conductas ilícitas los hechos de desistimiento de la demanda y de no obtener sentencia favorable el actor, declara que se comete el delito de fraude procesal, por lo que la ley secundaria local contraviene el mandato constitucional al momento de su creación, y como consecuencia provoca la ineficacia de la acción de nulidad de juicio concluido.

Actualmente no existe revisión constitucional para el Poder Judicial Federal, respecto a la aplicación del Decreto de Reformas al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, poder que por ser el legítimo órgano de control de la constitucionalidad, en protección a los derechos fundamentales del particular (como lo es el derecho al debido proceso en el que se deben cumplir las formalidades de ley), frente a las intervenciones administrativas y legislativas de las autoridades que contravengan la norma constitucional, lo que ocasiona que para evitar la aplicación del Decreto de Reformas aludido, el particular afectado que litigue esta demanda ante los Tribunales del Distrito Federal, deberá previamente promover amparo indirecto ante el Juez de Distrito en Materia Civil contra leyes, para el efecto de que concedido el amparo no se le apliquen las disposiciones normativas y en base a esa certeza jurídica pueda demandar la nulidad del juicio concluido con la certidumbre de que dicha actuación, será lícita y no ilícita como indebidamente lo cataloga el órgano legislativo local, atento a la técnica del amparo en el que destaca el principio de relatividad, se encarga de proteger el control constitucional de los actos de autoridad, únicamente a individuos determinados, en concordancia a ello debe quedar excluida la figura del delito en la regulación imperativa de la acción de nulidad de juicio concluido.

Con gran objetividad para el análisis de la distinción entre la acción privada y la pública, en el derecho comparado James Goldschmidt, al sentar las bases de la teoría integral de la acción procesal señala: "La acción o derecho de obrar procesal (con su contenido de pretensión de sentencia) es un derecho público subjetivo dirigido contra el estado para obtener la tutela jurídica del mismo mediante sentencia favorable. Separamos hoy la acción procesal que se dirige contra el Estado, de la acción o pretensión de derecho privado, que se actúa frente al individuo obligado, mientras que en derecho romano la actio designaba ambas clases de acciones ¹³²."

De la cita doctrinal se advierte que por sus sujetos intervinientes en la acción privada, sólo afecta intereses entre particulares, en cambio en la acción pública el Estado es la acción penal y es el que establece la sanción en las leyes penales al regular los diferentes tipos de actos constitutivos de delito.

¹³² op cit. p. 96.

Ahora, en cuanto al desenvolvimiento de los procesos y su influencia de la jurisdicción penal a la civil y viceversa, se ha dado dicho tratamiento a lo largo de la presente investigación de que no son incompatibles sino por el contrario se auxilian para complementar la investigación de los hechos sometidos a la competencia tanto la jurisdicción penal como civil.

José de Caravantes, en los juicios de invalidación respecto de procesos fundados en violación a la ley, señala:

“Procede el juicio de casación contra procedimientos que infringen las leyes o los datos probatorios, no es doctrina legal que las diligencias probatorias traídas de una causa criminal cuya apreciación se hace en conjunto en la sentencia recaída en ella, no puede estimarse de otro modo distinto en el juicio civil que después venga en el mismo asunto, a no ser que se hagan de nuevo dichas pruebas con las formalidades y requisitos que señala la ley adjetiva civil, y se puedan apreciar en su virtud, haciendo aplicación de las leyes civiles, por ello se comprenden las actuaciones judiciales de toda especie. Cosa distinta es el valor que se les haya dado en el pleito, pues combinadas con otros elementos pueden cambiar el aspecto de las cuestiones que en uno y otro proceso se ventilan, sin que esto resulte verdadera antinomia entre las pruebas jurídicas a que se hagan Sentencia de 30 de mayo de 1879”¹³³.

La posición doctrinal para sustentar el criterio diferenciador de jurisdicciones civil y penal, se encuentra en la sanción, ya que mientras en la primera es de índole patrimonial, en la segunda es una sanción preventiva o represiva de marcado orden público, en cambio, cuando respecto de los mismos hechos imputados como ilícitos conocen ambas jurisdicciones, en la instrumentación de los procesos actúan de manera conexa y coaligada, puesto que la ilicitud tanto civil como penal proveniente de dolo de una de las partes. Específicamente en el fraude procesal, se ha concebido que tanto en el dolo civil de los contratos y en el dolo dimanante del delito de estafa, tienen una misma esencia; en ambos casos la nota característica es el elemento intencionalidad de un sujeto realizando actos de maquinación

¹³³ Cfr. JOSE DE VICENTE Y CARAVANTES. Tratado de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, México, 2000, Angel Editor, Primera reimpresión, s/e, p. 890.

fraudulenta con el propósito de inducir al error a la otra parte, provocando un daño patrimonial.

Bajo esta tesis, Carnelutti habla de sanciones civiles del delito en su obra *Instituciones del Proceso Civil*, y sostiene que el fallo penal, aunque no haya intervenido en el proceso la parte civil, tiene eficacia plena (material y procesal), igual a la que tendría un fallo pronunciado en un proceso civil instituido respecto de ellos; por eso, la sentencia penal de condena declara la certeza y la sentencia penal de absolución excluye el derecho de la parte lesionada a la restitución o resarcimiento del daño, frente al imputado, condenado o absuelto, aunque los hechos pueden tener diferentes consecuencias frente a la ley penal y a la ley civil.

El fallo penal tiene relaciones conexas relativas a cuestiones de hecho; pero no a idénticas cuestiones de derecho, puesto que no agota tales situaciones; pero la prejuzga en una especie de semi-autoridad del fallo penal sobre la litis civil¹³⁴.

En ese orden de ideas, a la inversa, también la cosa juzgada civil influye en la jurisdicción penal; supongamos en el caso de fraude específico, y así en diversidad de relaciones, ambas jurisdicciones son conexas en la instrumentación de los procesos judiciales y no antagónicas por no existir base jurídica alguna que autorice en todos los casos la influencia de una sobre la otra, sino como se dijo, al ser la norma una exigencia de determinado comportamiento, el tipo penal de fraude procesal catalogado por el solo hecho de desistimiento y de la sentencia no favorable para el actor, no constituyen conductas antijurídicas y culpables por contravenir el mandato constitucional del debido proceso civil.

Es pertinente mencionar que en los diversos tipos de fraude regulados por los artículos 230 al 232, del Código Penal del Distrito Federal, no se encuentran regulados como hechos delictivos y punibles, las conductas que menciona el Código de Procedimientos Civiles: el desistimiento de la demanda de nulidad de juicio concluido o de la no obtención de sentencia favorable por actor.

¹³⁴ CARNELUTTI op cit, Vol. I, p. 164-165

Por lo que concierne a las garantías del proceso penal Jesús Zamora Pierce señala que la regla de la orden de aprehensión debe estar fundada en un hecho determinado que la ley señala como delito sancionado cuando menos con pena privativa de libertad; la aprehensión de una persona tiene, como única finalidad, el ponerlo a disposición de su juez para que éste, en su caso, pueda someterlo a prisión preventiva mediante el auto de formal prisión. Ahora bien, el artículo 18 constitucional dispone que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva, luego entonces: si el delito que se imputa no está sancionado con pena de prisión, el inculpado no puede ser sometido a prisión preventiva, ni tampoco puede ser privado de su libertad mediante una orden de aprehensión. Por eso el artículo 16 constitucional dispone que: "no podrá librarse orden de aprehensión... (salvo por) un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad"¹³⁵.

De lo anterior, surge que también en el ámbito de la jurisdicción penal resulta cuestionable la regulación contenida por el artículo 737-F, que indebidamente cataloga como delito de fraude procesal en tres fracciones al actor que no obtenga sentencia favorable, quien se desista de la demanda o acción y al abogado patrono o litigante que asesore al demandante, ya que de acuerdo a la cita doctrinal y del análisis de los requisitos de fundamentación y motivación con el que debe contar la orden de aprehensión es que se debe apoyar en ley aplicable al caso que además de señalar como delito la conducta antijurídica, **debe estar reglamentado con pena que importe prisión preventiva**, y el artículo en comento no señala pena corporal; de ahí que para un enfoque en cuanto a las garantías con las que cuenta el gobernado en un proceso penal, también la orden de aprehensión fundada en el artículo citado será violatoria de garantías individuales.

En lo futuro, y en base a lo anterior, urge una revisión y una modificación legislativa, adecuada a la naturaleza jurídica del fraude procesal civil, para una integración de los principios y reglas autónomas que rigen la materia y que forman parte de la propuesta legislativa que se aporta en el presente trabajo para la eficacia de la institución del fraude procesal civil.

¹³⁵ Cfr. ZAMORA-PIERCE Jesús, Garantías y Proceso Penal, 12ª Edición, México 2003, Editorial Porrúa, S.A. DE C.V.; s/e, p. 17.

Por eso se proponen las siguientes modificaciones para lograr una sistemática legislativa:

a) Que proceda la acción ejercitada por un tercero cuando haya colusión de litigantes en perjuicio de su patrimonio o de su estado civil.

b) Que proceda la acción ejercitada de nulidad por el adversario en el juicio fraudulento por haberse seguido el juicio a sus espaldas; y por falta de representación en el juicio.

c) Siendo una acción restitutoria del patrimonio, debe suprimirse la figura de delito y debe incluirse en caso de procedencia de la acción, la forzosa condena en costas al demandado por ser litigante temerario, al utilizar instrumentos procesales de manera fraudulenta, y de igual manera forma al igual que la anterior la condena en costas, debe hacerse extensiva también al actor que no obtenga sentencia favorable.

Es interesante el estudio que realiza José Chiovenda, en relación a la delimitación de los daños resarcibles con las costas. Sostiene que es de fácil comprensión el complementar la declaración del derecho, y no se logra mediante la determinación de las disminuciones patrimoniales que deben resarcirse, esto se logra con la responsabilidad absoluta del vencido en relación al alcance de la obligación, sin perjuicio de una mayor responsabilidad para el caso de litigio temerario.¹³⁶

La cita doctrinal justifica la propuesta legislativa de que se suprima la previsión de un delito en un ordenamiento procesal civil, por pago de las costas, tanto para el actor que no obtenga sentencia favorable como para el demandado, ya que el resarcimiento por el desequilibrio patrimonial entre particulares tiene su fuente en la naturaleza de la jurisdicción civil, y en cambio en la jurisdicción penal las finalidades de prevenir y reprimir al agente que comete fraude procesal.

¹³⁶ CHIOVENDA José. La condena en Costas. México 1985, Cárdenas Editor y Distribuidor, s/e, p. 464.

d) Ha de suprimirse la ineludible condena al pago de indemnización "por lo menos el doble del monto del procedimiento fraudulento", porque esa tasación puede llegar a configurar una sanción trascendente e inequitativa, puesto que no olvidemos el principio de conjunción concomitante de Hume, regulado por los artículos 2108, 2109 y 2110 del Código Civil, de que los daños deben ser consecuencia inmediata del incumplimiento.

La eficacia del Derecho Procesal, para la constitución ejecución de relaciones jurídicas de naturaleza privada, se vuelve nugatoria cuando la misma ley procesal (norma secundaria), fusiona de manera indebida la responsabilidad procesal penal con la civil, lo cual es inadmisibles por tener principios y reglas propias que lo gobiernan y determinan la constitución de la responsabilidad procesal, y que dada su autonomía por ello existen tribunales especializados en cada una de las mencionadas materias, por resulta inconstitucional catalogar como figuras delictivas el desistimiento de la demanda y la no obtención de sentencia favorable por el actor.

Sobre la competencia del órgano jurisdiccional para conocer del negocio (juicio fraudulento), cuando las actuaciones judiciales de las que emana son atinentes a un juez federal, surge la interrogante, ¿un juez civil del Distrito Federal, no puede conocer de una demanda de nulidad de juicio ordinario civil federal?.

La competencia es la medida de la jurisdicción, tal como lo afirma el maestro José Becerra Bautista al sostener que la competencia es el límite de la jurisdicción, o cómo dice Mortara, es la parte del poder jurisdiccional poseída por cada magistrado.¹³⁷

Para determinar la competencia en el conocimiento de una demanda en juicio ordinario civil federal, deberá conocer el juez del mismo rango, esto es un Juez de Distrito en materia civil, de acuerdo con lo que establecen los artículos 19 del Código Federal de Procedimientos Civiles, en correlación con el artículo 54 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal; por eso, se propone que en el ordenamiento procesal federal se integre la figura de la acción de nulidad de juicio concluido porque si es obvio que la "responsabilidad

¹³⁷ Cfr. BECERRA BAUTISTA José, El Proceso Civil en México, Octava Edición, México 1980, Editorial Porrúa, S.A., s/e, p.14.

procesal" surge en un juicio federal, compete a los propios órganos de jurisdicción federal, conocer del fondo de estos negocios, en apego al principio del debido proceso que entre sus vertientes se encuentra el que deben conocer de las controversias judiciales mediante previo juicio y en la que se cumplan las formalidades de ley ante tribunales previamente establecidos.

Otra hipótesis interesante surge cuando en un juicio ordinario civil seguido ante un juez civil local, es recurrido el fallo que pronuncia aquél en vía de apelación; el tribunal de alzada lo confirma y el fraude procesal se manifiesta en la secuela del juicio de amparo (dolo del juez federal), en este caso conocerá de ello el juez civil local.

Declinamos la postura de que un juez civil local debe examinar la validez de un proceso constitucional en cuanto a la responsabilidad procesal en que lleguen a incurrir sus intervinientes, puesto que el conocimiento del juicio de amparo es de competencia exclusiva de los tribunales de la Federación, de acuerdo a lo que señalan los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por eso se propone que se señalen causas enunciativas de fraude procesal, esto es, entre mas hipótesis se planteen tendrá mayor eficacia procesal la institución, de acuerdo a una recta interpretación objetiva, en su estudio, comprensión y valoración, lo cual debe permitir una interpretación enunciativa y no restrictiva, por ser permisible interpretar por analogía en materia civil, con la limitante de que para que nazca el proceso civil (acción de nulidad de juicio concluido), debe acompañarse a la demanda los documentos, en que se funde, esto es las copias certificadas del juicio fraudulento; en caso de ser un tercero que no tenga acceso al mencionado proceso, deberá solicitar ante el Juez del conocimiento de la nulidad de juicio concluido que se ordene girar oficio al juez del conocimiento del juicio fraudulento la expedición asentando la previa solicitud, dado el carácter restrictivo, por ser una acción que combate por exclusión el principio de estabilidad de cosa juzgada y por ello de acuerdo al relato de hechos de la demanda, para su eficaz procedencia deberá estar sustentados en el capítulo fáctico en el que sucintamente y de manera cronológica se invoque la responsabilidad procesal de las partes que intervinieron en el proceso fraudulento, responsabilidad procesal que para su constitución se

integra por:

- a) una conducta ilícita con el indebido uso de instrumentos procesales;
- b) un daño en la esfera jurídica de la víctima con motivo de ese fraude;
- c) de acuerdo a esa relación de causalidad el defraudador deberá restituir la cosa, restituyendo la situación al estado en que se encontraban las cosas al momento en que ocurrió el fraude, y en caso de ser imposible la restitución,
- d) deberá soportar el defraudador el pago de daños y perjuicios, previa comprobación de la responsabilidad procesal en que incurrió.

Se sanciona el fraude procesal aunque no se cause daño patrimonial. La razón estriba en la posibilidad de afectación a la libertad del impulso procesal

Es deber de un civilista interpretar el derecho, sentar las bases de la naturaleza jurídica del fraude procesal civil con principios y reglas propias que lo gobiernan, delimitando la influencia que pudiere tener el fraude penal, sustentado en los mismos hechos que se exponen ante el juez civil, para el efecto de restaurar la naturaleza misma de la acción de nulidad de juicio concluido en el que se tutelará el interés jurídicamente protegido que acción indemnizatoria del patrimonio afectado como medio de resarcimiento por el daño ocasionando en el patrimonio de la víctima y que con motivo de desequilibrio patrimonial el patrimonio del defraudador se ve incrementado, por ello el eficaz pronunciamiento del fallo que determine la nulidad de juicio concluido por el juez civil de la causa tendrá como efectos:

- 1) Declarar ineficaces las actuaciones judiciales de las que emana el juicio fraudulento;
- 2) Restituir al damnificado o víctima en su patrimonio afectado, los bienes jurídicamente tutelados (cosas corpóreas o derechos incorpóreos), para restaurar en el estado en que se encontraba antes del fraude con motivo de;
- 3) La restitución de los bienes patrimoniales (corpóreos), o incorpóreos (derechos), y de ser imposible la restauración,

- 4) La condena de daños y perjuicios que debe responder el defraudador con las diferentes variantes que contempla el capítulo de ejecución de sentencias regulado por el Código de Procedimientos Civiles.

Eduardo A. Zannoni ha englobado el daño en miras al interés lesionado y bien jurídico dañado. Puede tratarse de cosas, derechos, bienes inmateriales como valor económico, pero también del cuerpo, del honor, la salud, la integridad física, en general es todo objeto jurídicamente protegido.

También sostiene que tanto el daño emergente como el lucro cesante, implican una disminución patrimonial ¹³⁸.

De la cita doctrinal, se concibe que el daño con motivo de fraude procesal, debe tener una relación de causalidad con la conducta dolosa que repercute en el patrimonio del damnificado, e implica tanto daño emergente como lucro cesante, porque el tercero al que afecta el fraude cometido en su perjuicio, se ve limitado a la falta de obtención de cualquiera ganancia lícita, que pudo haber obtenido, de no tener que combatir un proceso fraudulento, y el significado jurídico no será otro que un menoscabo en el patrimonio y generalmente deberá estimarse pecuniariamente. Habrá casos como el daño a la reputación, que tenga como consecuencia la publicación de la sentencia en un medio informativo en que haya condena pecuniaria

La prueba del daño deberá constatar en el proceso nulificador que es: cierto, serio y actual. En la situación presente, con motivo de la reforma legislativa al Código de Procedimientos Civiles, el daño pecuniario que sufre el afectado, consiste en el pago de honorarios al profesional en derecho, para que gestione el juicio de garantías, mediante amparo bi-instancial contra leyes, para que no se le aplique el ordenamiento legal vigente en su perjuicio, más el pago de honorarios al profesional por el patrocinio del negocio.

En cambio, respecto a la ganancia líquida no obtenida con motivo del fraude procesal, y que lo es precisamente el objeto del interés afectado, como lo es la falta de ejecución de la obligación con

¹³⁸ Cfr. ZANNONI, Eduardo. El Daño en la Responsabilidad Civil. Buenos Aires, Argentina, 1993, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L. s/e, p. 29-62.

motivo del fraude, se traduce en perjuicio patrimonial como consecuencia del proceso fraudulento (lucro cesante).

Con dicho esquema se describe la naturaleza jurídica propia de la acción de nulidad civil o nulidad de juicio concluido, siendo eficaz para resarcir a la víctima con motivo del perjuicio ocasionado en su patrimonio. La diferencia de la responsabilidad penal, en que con motivo del delito de fraude, el defraudador deberá soportar la pena corporal que le impone el Estado.

IV.1. Base constitucional.

Se ha concebido que la política es la lucha por el poder, que se estructura jurídicamente mediante la Constitución Política que es la ley fundamental, por eso el distinguido constitucionalista mexicano Felipe de J. Tena Ramírez, enseña que la constitución está dividida así:

- 1) La dogmática, donde consta todo lo relativo a los derechos humanos;
- 2) La orgánica, que reglamenta los órganos encargados de realizar las funciones del Estado, distribuye sus competencias y relaciones entre sí y prescribe las responsabilidades de los funcionarios públicos,
- 3) La superestructura constitucional, que contiene disposiciones tanto relativas a los individuos como a las autoridades (39,40,41, 133, 135 y 136 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)¹³⁹.

El estado de derecho surge históricamente con la formulación clásica del artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre, de agosto de 1789, que establece la separación de poderes.

La creación del principio de la separación de poderes, con la idea de garantizar la libertad individual es obra genuina de Montesquieu, el que había tomado de Locke: "Solo cuando los detentadores del poder son independientes entre si se controlan respectivamente; los destinatarios del poder estarán protegidos del abuso del poder, por parte de alguno de sus detentadores".

¹³⁹ Cfr. TENA Ramírez, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, 31ª Edición, México 1977, Edit. Porrúa, S.A., p. 24.

Con el desarrollo de la Ilustración, se forma la conciencia de la clase burguesa manifestándose primeramente con la crítica al sistema feudal entornando su pensamiento en la fórmula libertad-igualdad-fraternidad, fundamento de las ideas libero-individualistas. Entre los pensadores que destacan Juan Jacobo Rousseau, en su obra "El Contrato Social", postula que el hombre, por el solo hecho de vivir y pertenecer a la sociedad, se somete a esta, por lo tanto, ese desencadenamiento que vienen ligadas a la naturaleza innata del hombre, a los principios de igualdad y libertad de pensamiento y de trabajo, entre otros.¹⁴⁰

En el marco de las garantías individuales, todos estos pensamientos van consolidando la estructura de la parte dogmática, derechos fundamentales del hombre que deben ser respetados por el poder público, y en relación con la parte orgánica que es la organización de los poderes públicos: ejecutivo, legislativo y judicial.

Objetivamente en cuanto a la estructura del Poder Judicial, Karl Lowenstein en su "Teoría de la Constitución" al analizar el sistema constitucional de los Estados Unidos, señala: La teoría y práctica del control judicial en los Estados Unidos, es por parte de la Suprema Corte, como control inter-órgano del Poder Judicial, tanto sobre el Congreso como sobre el presidente y se desató como judiocracia o "gobierno de jueces"; la Suprema Corte, se le ha designado como Tercera Cámara de Legislación, es relevante la protesta de Jefferson contra Marshall. "El Tribunal como instancia Suprema de todas las controversias constitucionales, significa someternos al despotismo de una oligarquía".

El segundo campo de aplicación del control judicial, es la protección de las libertades civiles y de los derechos fundamentales que ostentan de igual forma los destinatarios del poder. Aparece ligada a la relación Federación-Estado miembro, pero su razón de ser no es menos discutible en los estados unitarios. En este campo el control judicial se mantiene en la mayor parte de los casos dentro de los límites marcados para la función de ejecutar la decisión política. La actividad de los jueces consiste aquí, fundamentalmente, en la

¹⁴⁰ Cfr. ROSSEAU, Juan Jacobo, El Contrato Social, Buenos Aires, Argentina, 1970, Edit. Aguilar, No. 8, s/e, p. 49.

aplicación de aquellas normas que protegen las libertades civiles en contra de las intervenciones de la legislación y administración.

En el control judicial, los tribunales han marcado líneas entre los intereses de una vida comunitaria ordenada y segura y las exigencias de un individuo o grupo para gozar de la debida libertad ¹⁴¹.

De lo anterior corresponde al Poder Judicial conocer de las controversias judiciales que surgen de la "responsabilidad procesal", en que pudieran incurrir los funcionarios de los otros poderes (legislativo y ejecutivo), cuando son parte en un proceso judicial.

El orden jurídico se sustenta entre la igualdad procesal que en su comprensión y valoración debida se resumen en lo siguiente: en contra de la ley fundamental nada ni nadie.

Un orden jurídico positivo, se encuentra estructurado por:

- 1.- Ley Fundamental (Constitución Política),
- 2.- normas ordinarias.
- 3.- normas reglamentarias, y
- 4.- normas individualizadas. ¹⁴²

Por ser la ley fundamental la ley suprema de todo orden jurídico, es menester analizar los aspectos ontológicos más relevantes que presenta la norma constitucional y los ha esquematizado el profesor Robert Alexy, y son:

- a) Presupuesto necesario; esta propiedad consiste en que la norma fundamental debe ser precisamente presupuesta, se quiere hablar de validez jurídica o deber ser jurídico y es la condición necesaria de la posibilidad del conocimiento de la validez jurídica y del deber jurídico (Kant, Kelsen).
- b) Presupuesto posible es el conocimiento empírico, según Kant es la condición lógico-trascendental que hace posible ese

¹⁴¹ Cfr. LOWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución del Título Original "Political Power and the Government Process, Traducción del Profesor Alfredo Gallegos Anabitante. España 1979, Editorial Ariel, S.A., Segunda Edición, p. 27,54,56 y 311,

¹⁴² Vid, GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Algunos Aspectos de la Doctrina Kelseniana. México, 1978, Edit. Porrúa, s/e, p. 147.

conocimiento empírico y a diferencia de Kelsen, concibe que las funciones jurídicas son posibles sin utilizar la categoría del deber ser.

- c) Norma pensada es el contenido del pensamiento jurídico plasmado en la norma.
- d) Fundamentalidad es la norma suprema y no requiere cuestionamiento sobre su validez.¹⁴³

La ley fundamental en nuestro sistema legal, reúne estas características para la validez del orden jurídico positivo, porque de acuerdo con los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos regula el llamado debido proceso, al establecer como principio que nadie puede ser privado 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.

Por su parte el primer párrafo del artículo 16 constitucional establece: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

Esto es, el logicismo formal inmerso en las transcripciones constitucionales señaladas, prescriben que nadie puede ser molestado en sus papeles, posesiones o derechos, sino mediante juicio en el que se cumplan las formalidades del procedimiento, es decir, establece el principio de legalidad, de la que se estructura todo orden jurídico positivo y de acuerdo a un análisis deóntico, de conducirse el particular en contravención a lo que la norma fundamental señala, el órgano de control de la constitucionalidad invalidará los procesos judiciales que no cumplan con los requisitos exigidos para la validez de un proceso y regulados de manera imperativo-prohibitiva por mandato constitucional.

En otras palabras, el imperativo categórico que exige la norma fundamental es: "condúctete procesalmente con apego a la Constitución, llevando un debido proceso en que el que se cumplan

¹⁴³ Cfr. ALEXY Robert, *El Concepto y Validez del Derecho*. Barcelona, España 1997, Editorial Gedisa, S.A., Segunda Edición, p. 108-113.

las formalidades de ley expedidas con anterioridad al hecho”.

Por otro lado, de acuerdo a la técnica del amparo los máximos tribunales de casación lo son los tribunales de la Federación, como órganos de control de la constitucionalidad, que preservan “el debido proceso”, la diferenciación que ocurre cuando el tribunal del fuero común se erige en tribunal de casación. Es que el primero tiene jurisdicción plena para determinar legalmente su criterio para anular el juicio fraudulento incluso emanado de diverso órgano jurisdiccional e igual jerarquía a diferencia del tribunal constitucional que solo resuelve si se han violado garantías, este criterio de diferenciación lo encontramos con la tesis jurisprudencial que a continuación se transcribe: **“TRIBUNALES FEDERALES.-** No son revisores de los actos de la autoridad común; no pueden legalmente, ni aún mediante el juicio de amparo, sustituir su criterio discrecional al de las autoridades del fuero común, sino que únicamente deben examinar si los actos que se reclaman son o no, violatorios de garantías. **(FUENTE: Apéndice de jurisprudencia 1975, Octava Parte, Pleno y Salas, Tesis 222, Pp. 362 y 363)”**.

Los tribunales de la Federación, que aún cuando están impedidos para hacer prevalecer su criterio sobre el fondo del negocio, de conceder el amparo determinarán los lineamientos que debe satisfacer la autoridad responsable (juez del conocimiento del negocio), para el respeto de las garantías individuales que estructuran el debido proceso.

IV.1.1 Juicio de Amparo

En este apartado tenemos el juicio de garantías, que por la diferenciación de sus efectos con la acción de nulidad por fraude procesal mediante la acción de nulidad por juicio concluido, destruye los actos ejecutados en fraude procesal de manera retroactiva con plena jurisdicción para el tribunal de casación, que incluso examina legalmente por ser de su competencia los actos emanados en fraude procesal de otro órgano jurisdiccional de igual jerarquía.

El efecto de la concesión del amparo será el restituir al quejoso en uso y goce de la garantía violada; empero no destruye los efectos del juicio fraudulento, ya que para ello compete sólo declararlo previa

constatación de la nulidad en fraude procesal al juez del conocimiento como quedó señalado en forma precedente.

En la actualidad, para preservar la acción de nulidad de juicio concluido, sin exponerse a los efectos consecuentes de la no obtención de sentencia favorable, es menester previamente interponer el juicio de garantías en contra del Decreto de Reformas del 27 de enero del 2004, al Código de Procedimientos Civiles, y ello es así porque de acuerdo a su articulado provoca la ineficacia de la acción, empero, por tratarse de leyes heteroaplicativas, el plazo para la presentación de la demanda de garantías contra leyes corre a partir del primer acto de aplicación contra el quejoso.

Señala el maestro Tena Ramírez con gran nitidez: determinar el perjuicio actual que produce la ley antes de su ejecución es lo que interesa localizar para la procedencia del amparo contra leyes aplicadas; pero si aplicadas al quejoso; es evidente su procedencia cuando existe una mutación producida por la ley, de lo legal hacia lo ilegal en el status de ese individuo, además el perjuicio debe ser actual, es decir real¹⁴⁴.

El particular afectado interpondrá juicio de garantías en contra de la ley actual, y concedido el Amparo contra leyes se aplicará el Código de Procedimientos Civiles vigente hasta el Decreto de Reformas al mencionado ordenamiento legal de enero del 2004, ante lo cual el propio juicio de nulidad de diverso juicio concluido quedará inmerso dentro del juicio constitucional, al ser los tribunales constitucionales los legítimos órganos de control de la constitucionalidad en protección a los derechos fundamentales del particular (como lo es el derecho al debido proceso, en el que se deben cumplir las formalidades de ley), frente a las intervenciones administrativas y legislativas de los otros Poderes de la Unión.

De acuerdo con el artículo 73 en su fracción XII segundo párrafo de la Ley de Amparo, no se entenderá consentida tácitamente una ley, a pesar de que siendo impugnabile en amparo desde el momento de la iniciación de su vigencia (en los términos de la fracción VI de este artículo) no se haya reclamado, sino solo en el caso de que tampoco

¹⁴⁴ op cit. p. 530.

se haya promovido amparo contra el primer acto de su aplicación en relación con el quejoso.

La validez de la ley procesal en su ámbito temporal, también ha sido materia de nutridos estudios por la doctrina y así Adolf Wach sostiene que la ley rige los procesos y hechos en la época de su vigencia, ya sea que la relación jurídica material que constituya el objeto litigioso pertenezca a esa misma por su ejecución o a una anterior.

El derecho procesal no tiene efectos retroactivos. El cambio de una ley no tiene el efecto producido antes de entrar en vigencia la ley nueva. Hay tres clases de aplicación normativa:

1.- inmediata. 2.- sucesiva. 3.- Criterio intermedio.

A medida que avanza el proceso y van naciendo nuevos derechos y obligaciones procesales, el pleito puede concluirse sustraído de la influencia de un cambio de la ley¹⁴⁵.

Sin embargo, en nuestra opinión, de acuerdo con nuestra legislación y propia jurisprudencia mexicana, es el primer criterio el que adopta nuestro sistema legal.

Esto se esquematiza así: el particular afectado promueve su demanda de nulidad de juicio concluido en base a ley anterior, es decir, invocando en el capítulo de derecho, que la contienda se regula de acuerdo al Código de Procedimientos Civiles vigente hasta enero de 2004, sin embargo, el juez del conocimiento aplica la ley nueva, en base a que en materia procesal no hay irretroactividad de la ley, de acuerdo al criterio jurisprudencial que aquí se reproduce:

“RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO.-La retroactividad de las leyes de procedimiento cabe cuando se trata de la forma con arreglo a la cual puede ser ejercido un derecho precedentemente adquirido, pero no cuando el derecho ha nacido del procedimiento mismo, derecho del que no puede privarse a nadie por una ley nueva, y que hizo nacer excepciones que pueden ser opuestas

¹⁴⁵ op cit T. I, p. 298-301

por el colitigante, mas la tramitación del juicio debe, desde este punto sujetarse a la nueva ley".- **FUENTE : Apéndice de Jurisprudencia al Semanario Judicial de la Federación. De los años 1917-1985, Octava Parte, Pleno y Salas, tesis 249, pag. 426.**

Al aplicar la ley nueva el juez del conocimiento del negocio material (nulidad de juicio concluido), provoca con ello al particular la aplicación de la ley nueva en su perjuicio, surgiendo de ese modo el acto de autoridad, para que dentro del plazo de quince días promueva su demanda de garantías ante el Juez de Distrito en Materia Civil, contra el Decreto de Reformas al Código de Procedimientos Civiles de enero de 2004.

Substanciado el juicio de amparo contra leyes y obtenida la concesión del amparo de la justicia de la unión para que no se le aplique al quejoso el Decreto de Reformas mencionado, la ley anterior regirá la contienda que versa sobre la nulidad de juicio concluido.

IV.2. Sistemas adoptados por las leyes procesales civiles locales.

En forma congruente, de acuerdo a la pirámide jurídica esquematizada, corresponde ahora el tratamiento de los sistemas adoptados por los ordenamientos locales emanados de los estados federados, que integran el Estado federal mexicano, y quienes se pueden mencionar regulan la nulidad de la cosa juzgada se encuentran los Estados de Coahuila , Guerrero, Sonora y Zacatecas, bajo el Título Juicio de Nulidad de la cosa juzgada, en los Códigos de Procedimientos Civiles de los Estados señalados, en cuanto al Distrito Federal, se encuentra reglamentada de manera imperativa por mandato legislativo la naturaleza jurídica del fraude procesal al comprender dicha institución en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Por lo que toca a los Estados citados, los códigos procesales civiles locales regulan de manera autónoma y sistemática la nulidad del juicio concluido, mediante juicio ordinario civil y por las causas expresamente señaladas en forma imperativa - prohibitiva.

IV.3. Estructuración del Código de Procedimientos Civiles, del Distrito Federal. La Reforma Legislativa del 27 de enero del 2004, al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, y la reglamentación de la acción de nulidad del juicio concluido.

Antes de la reforma legislativa del 27 de enero del 2004, nuestro Código de Procedimientos Civiles, sólo regulaba la anulación de los actos intra-procesales Con la novísima reforma al ordenamiento procesal materia de este estudio. Se ha regulado en el Código de Procedimientos Civiles, la nulidad del juicio concluido. Nuestro punto de vista constituye un esfuerzo innovador, empero ineficaz, de acuerdo a la prevención y sanción del fraude procesal dado que su principal motivación es tendiente a anular el juicio concluido concerniente al Paraje San Juan¹⁴⁶.

Siguiendo un análisis particularizado de acuerdo a los supuestos normativos plasmados en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, la ley en comento que regula la nulidad de juicio concluido, procedemos a efectuar los siguientes comentarios, en relación con el artículo 737-A del Código de Procedimientos Civiles; la acción de nulidad de juicio concluido procede en aquellos asuntos en los cuales se ha dictado sentencia o auto definitivo que ha causado ejecutoria y se actualiza de las siguientes hipótesis:

737-A. I. Dolo proveniente de una de las partes, como se analizo el fraude procesal siempre es intencional. Es interesante puntualizar el estudio de Julian Bonnecase, al igual que todos los demás vicios del consentimiento, el dolo y el error producen la nulidad relativa del contrato; pero repetimos: el dolo incidental no produce este efecto, a reserva de que siempre será posible demandar daños y perjuicios. El

¹⁴⁶ "A propósito de ello, de acuerdo a la interpretación de la pirámide kelseniana, tal como lo enseña Eduardo García Maynes en su obra Aspectos de la doctrina Kelseniana, op. cit. p. 127, se hace el distinción entre la ley y la sentencia, determinando que el mandato legislativo, no son juicios sobre el ser, sino exigencias referidas a nuestra conducta, y por lo tanto de acuerdo a dicho esquema la norma individualizada lo constituye la sentencia judicial que se refiere a conductas concretas, por tal motivo en el fraude procesal, adolece en la técnica legislativa empleada en el Decreto de Reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al legislar la H. Asamblea Legislativa del Distrito Federal, sobre la acción de nulidad de juicio concluido invierte la licitud que tiene el gobernado como peticionario de garantías a un debido proceso, por mandato constitucional en los artículos 8, 14, 16 y contraviene la norma constitucional al señalar que es ilícito el desistimiento de dicha demanda y de no obtener sentencia favorable el actor, es constitutivo de delito, en suma trae como resultado la inconstitucionalidad del Decreto de Reformas, porque la ley secundaria local no se apega sino que vulnera la norma constitucional en el acto de su creación y como consecuencia provoca la ineficacia de la acción de nulidad de juicio concluido".

dolo es fácil de probar por ser la materialidad externa del acto, y para que recaiga en el error, engendra nulidad en dos casos: cuando recae sobre la sustancia de la cosa ó sobre la persona del contratante¹⁴⁷.

Traslapado el concepto de dolo al campo procesal, cuando incide en la voluntad de los participantes en el proceso, y es motivo determinante para inducir al juez al error, al pronunciar un fallo apartado de la realidad legal, en base a hechos y pruebas falsas, produce la nulidad de juicio concluido.

La técnica legislativa adoptada no incluye un catálogo de conductas dolosas constitutivas de fraude procesal, lo que es de particular importancia, tomando en cuenta que la norma prescribe y sanciona el dolo con el que se conducen los participantes en un proceso judicial.

737.A. II Pruebas falsas la hipótesis legal se descompone entre supuestos: que la falsedad de la prueba ocurra con posterioridad a la resolución o que la parte vencida ignoraba, que se hubiera reconocido o declarado como tales antes de la sentencia; o, bien que se declaren falsas en el mismo proceso en que se ejercite la acción.

Por razones metodológicas analizaremos estos supuestos:

A. II.1. En este apartado se analiza en caso de que la falsedad de la prueba se declare con posterioridad a la resolución. En otra parte de este trabajo, se comentaba la desafortunada redacción del artículo 531 del Código de Procedimientos Civiles, que hace nugatorio el derecho a excepcionarse contra la ejecución de una sentencia, bajo la circunstancia de que el fallo se fundamente en pruebas falsas. Dada la declaración de falsedad con posterioridad al fallo, su desechamiento obedecía a virtud que se trataba de sentencia ejecutoriada. Por ello el defecto en la ley ahora se subsana, y hace procedente como causal de nulidad de juicio concluido.

Surgen interrogantes en cuanto a si puede ocurrir en un incidente de la propia sentencia de donde emana el juicio fraudulento. Bajo esta circunstancia, siguiendo la *ratio legis* imperante al principio

¹⁴⁷ Cfr. BONECASSE, Julián. Tratado Elemental de Derecho Civil, del título original *Traité Elémentaire du Droit Civil*. México, 1997, Traducción y compilación de Enrique Figueroa Alfaro. s/e, p. 803 y 804.

de irrevocabilidad de resoluciones por el juez o tribunal que las dicta; en este caso el propio juez estará impedido para invalidar el propio proceso instruido por el y la parte perjudicada tendrá expedito el derecho para reclamar por esta causal la nulidad de juicio concluido; por lo tanto, existe una aparente antinomia legal entre el capítulo de ejecución de sentencias y el de nulidad de juicio, lo que es comprensible dada la naturaleza del fraude procesal, en el que impera en nuestro sistema legal, que las actuaciones materia del debate se encuentren concluidas.

Otro acontecer real podría ser ante la disyuntiva que se presenta, que esa declaratoria de falsedad de la prueba puede ocurrir no necesariamente en la jurisdicción civil, sino penal al prevalecer el principio de que cuando la ley no distingue no debemos distinguir y bajo estas condiciones podemos inferir si de las actuaciones penales por sentencia firme se constata la falsedad de pruebas, tendrá influencia en el proceso civil, para su invalidación mediante la acción de nulidad.

A. II.2. Otra hipótesis es cuando el perjudicado ignora la declaración de falsedad antes de la resolución; este supuesto sale sobrando, puesto que volviendo a la influencia que puede ejercer las actuaciones penales en los procesos civiles, es lógico suponer que la declaratoria de falsedad se dilucida con control de partes a través de un procedimiento formal correspondiente, es por ello que en todo caso tendrá aplicación como hecho superveniente y deberá suprimirse su redacción puesto que no tiene razón de ser.

A. II.3 La tercera hipótesis a que se refiere es que la declaratoria de falsedad se constituya en el proceso mismo de nulidad.

Hay diversos supuestos fácticos para validar esta causal, de acuerdo a una sana intelección.

La prueba se concibe *lato sensu*, es decir en un sentido amplio comprende todo tipo de medio probatorio testigo, confesional, documental y de acuerdo a los avances tecnológicos video grabaciones, que sirvieron de sustento al fallo fraudulento.

Por otro lado de acuerdo a una clasificación de pruebas en constitutivas y preconstitutivas, se puede señalar que encuadra dentro de la segunda clasificación citada, esto es, que se constituye la prueba en el proceso mismo, que es el medio de invalidación de procedimientos fraudulentos, con la limitante como ya se dijo, de que se trate de actuaciones concluidas.

El inciso III de la fracción A del artículo que se analiza, se señala como causal de nulidad que con posterioridad al fallo, por caso fortuito se han encontrado documentos que no se pudieron presentar por causa de fuerza mayor o por un hecho imputable al contrario.

Tal como se expuso al abordar los principios procesales es el de bilateralidad, el que implementa que el contrario a quien los ofrece debe tener intervención para que le pare perjuicio en un proceso civil, esto es para su constitución o desahogo, ya que de lo contrario tendrá tan solo efectos unilaterales pero no vinculativos para la parte que la ofrece, alegando caso fortuito. Por eso dicha fracción debe ser modificada en el sentido de que se trate de documentos de la que tuvieron conocimiento las partes litigantes.

También la misma fracción señala otra hipótesis que la falta de presentación de los documentos sea imputable al contrario; aquí surge otra causa de exclusión del principio de que nadie está obligado a presentar una prueba en su contra, la justificante lo es que también en base al diverso principio *nemo auditur tripitudinem allegans*, si la prueba trasciende el resultado del fallo, está obligado el juez a reexaminar la resolución tomando en consideración este nuevo elemento.¹⁴⁸

La *ratio legis* es, al igual que la anterior: la conducta es dolosa porque de manera intencional y deliberada la parte a quien perjudica la prueba se abstiene de exhibirla, para perjudicar a su colitigante, por lo que comprobado el dolo, da lugar a la nulidad del proceso, si la prueba declarada falsa trasciende el resultado del fallo decisorio.

¹⁴⁸ “Vid. Art. 278 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, que señala que el juez puede hacerse valer de tercero o de un documento para el esclarecimiento de los hechos”.

Por su parte la fracción IV del artículo 737-A del Código de Procedimientos Civiles, que se analiza, señala que también procede la acción de nulidad cuando es producto de un error de hecho de parte del juez, de los actos o documentos del juicio y si no representaba un punto controvertido del juicio.

Esta hipótesis debe ser suprimida, en revisión legislativa posterior y las razones que lo justifican son las siguientes:

En principio el juez realiza un análisis histórico, esto es investiga los hechos a los que se le someten las partes de tal manera que el error es provocado por la actitud dolosa del litigante de la exposición de hechos de su demanda o de los documentos que presenta por lo que al estar señalada en la fracción I de este precepto el dolo proveniente de las partes como causal de nulidad, queda englobado el error al que es inducido el juez del conocimiento del caso.

Por otro lado, en cuanto al error proveniente únicamente del juez sin la participación del dolo del litigante, es como se dijo anteriormente, un error *in iudicando*, en el que será materia del recurso de apelación y debe estarse a lo resuelto por el tribunal de alzada, que anula la sentencia proveniente de errores de hecho en la interpretación de la litis imputable al juez, que lo conducen a decisiones incongruentes con la realidad fáctica y absurdas, por lo que esta causal en mi concepto debe quedar suprimida por atentar contra el principio de estabilidad en la cosa juzgada.

La fracción V del inciso A, del artículo 737-A del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, señala el supuesto de que la resolución emitida en un juicio, cuya nulidad se pretende sea contraria a otra dictada con anterioridad, y pasada también en autoridad de cosa juzgada respecto de las partes, siempre que no se haya decidido la relativa excepción de cosa juzgada.

El principio de no contradicción fue ampliamente explicado, los remedios procesales son la acumulación y la conexidad de las causas, ello tiene como finalidad que la continencia no se divida, sino que en un solo fallo, cuando haya identidad de partes, cosas, acciones y causas, se resuelva en una sola sentencia, sucede que dentro de la tangibilidad del derecho, en ocasiones por culpa de las partes no se

ejercitan tales derechos, lo que trae consigo la contradicción de resoluciones respecto de un mismo punto litigioso, lo que el legislador ha tipificado como causa de nulidad. Las razones que lo justifican son las siguientes:

El artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles señala: 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 sola quedan extinguidas las demás.

Pensemos en el siguiente ejemplo: en un arrendamiento inmobiliario, se fija la renta en base a un porcentaje sobre el ingreso bruto de venta de alimentos que se expenden en el propio bien arrendado, de tal manera que llegado el plazo de vencimiento del contrato de arrendamiento, la parte arrendadora demanda la rescisión del contrato. El arrendatario no hace valer los reclamos, en vía reconventional ante el juez que lo emplaza, de tal manera que la acción del inquilino quedó extinguida.

Sin embargo, el arrendatario demanda ante un juez civil, ocultando su abstención y reclama la rescisión del mismo contrato, porque no se determinó la renta haciendo la compensación de las cantidades que le debía el arrendador, en este caso el arrendador se abstiene de oponer la excepción derivada del artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles, y como resultado de ello el arrendatario demandante obtiene sentencia favorable, por lo que aquí se presenta una contradicción de resoluciones, y que en base a la interpretación jurídica de la ley debe prevalecer la primera, porque ya la acción del arrendatario estaba extinguida.

La fracción VI del inciso A) del artículo 737 del Código citado, señala el dolo del juez como causa de nulidad, el hecho es que condiciona su procedencia a que se encuentre legalmente comprobado mediante ejecutoria, luego entonces para que la demanda sea admitida en contra del juez acusado, es menester que el actor acompañe a su demanda copias certificadas del juicio de donde se declare el dolo del juez demandado.

La última fracción VII del referido apartado A), señala como causal de nulidad la colusión de litigantes, y que exista un perjuicio del actor, las actitudes dolosas constitutivas del fraude procesal pueden presentarse en una amplia gama de hipótesis (hechos falsos de la demanda, señalamiento de domicilio falso, falsa representación del demandado, suplantación de personas).

Entendido el dolo como toda maquinación tendiente a ocasionar un daño, entre las hipótesis del dolo manifiesto en materia procesal se pueden enunciar las siguientes:

- 1) señalamiento en la demanda de domicilio falso para emplazar al demandado;
- 2) falsedad de los hechos en que se sustenta la demanda.
- 3) ocultamiento de documentos para presentar testigos que acreditarán una relación jurídica;
- 4) presentación de documentos falsos confeccionados unilateralmente para fundar una demanda fraudulenta;
- 5) confección de contratos posteriores al dictado de la sentencia por la parte demandada con un tercero ajeno a la relación procesal para eludir la ejecución del fallo decisorio;
- 6) testimonio rendido bajo amenazas al declarante, su familia o cónyuge;
- 7) inscripciones de gravámenes simuladas en el Registro Público de la Propiedad;
- 8) obtención de copias certificadas de actuaciones judiciales en forma parcial para intimidar al funcionario judicial, mediante denuncia penal por hechos imputados y demostrados de manera parcial en contra de funcionarios judiciales con motivo de la exhibición parcial de constancias del proceso judicial del que emanan;
- 9) venta del mismo inmueble por el mismo vendedor a dos compradores distintos;
- 10) utilización indebida de sello, oficio de un juzgado;
- 11) falsificación de firmas de funcionario judicial;
- 12) falsedad de declaraciones judiciales;
- 13) soborno del Juez por una de las partes;
- 14) actuaciones judiciales emanadas de funcionario judicial, que está impedido para conocer del negocio;

- 15) ocultamiento de asientos contables para eludir desahogo de prueba pericial en materia contable por una de las partes;
- 16) suplantación de personas en la confección de contratos;
- 17) documentos notariales confeccionados sin intervención de una de las partes, de las que deriva la actuación notarial basada en escritura pública;
- 18) falta de expedición de recibos de pago por el acreedor al deudor;
- 19) abstención del acreedor de informar al objetar una prueba documentaria a la autoridad judicial, de las diversas relaciones jurídicas que tenga con su deudor;
- 20) omisión en la manifestación de prescripción por el acreedor sobre las obligaciones que reclama;
- 21) falta de notificación en ejecución de una sentencia firme de diverso acreedor al ejecutante conforme al certificado de gravámenes exhibido;
- 22) dictamen pericial sustentado en documentos o elementos de prueba falsos o no aportados por las partes en el juicio;
- 23) indebido estudio de prelación y graduación de créditos por parte del juez del conocimiento del remate, en perjuicio de un acreedor preferente;
- 24) presentación de documentos en juicio, confeccionados por una de las partes con personas que tienen incapacidad natural y legal debidamente comprobada, y
- 25) abstención del acreditamiento de legitimación pasiva, al interponer la demanda sin exhibir documento justificativo que acredite la debida representación de una persona fallecida.

Continuando con los comentarios al artículo 737 del Código de Procedimientos Civiles, en la fracción B), se refiere a una cuestión de legitimación, ya que la acción de nulidad la pueden hacer valer quienes hayan sido partes; huelga comentar en el sentido de que aún cuando aparezca como parte en el proceso fraudulento, si fue privado de su derecho de defensa, al no haber sido citado en legal forma o por indebida representación, se convierte en tercero por equiparación, de acuerdo a lo sustentado por los Tribunales de la Federación, siendo tercero a quien le perjudica la resolución.

Sobre los sucesores o causahabientes, en la primera hipótesis podríamos indicar que, acontecida la transmisión de los derechos en

debate y que son materia del fraude procesal, es lógico suponer que bien sean herederos o legatarios, ambos se encuentran legitimados para deducir su acción de nulidad.

Carnelutti, en su obra "Instituciones del Proceso", enseña bajo el título "mutación de parte," lo siguiente:

- a) existencia, muerte de una persona física; en cuanto a las sociedades, se manifiesta por el fenómeno jurídico de la fusión;
- b) composición o transformación. Por ejemplo, en la minoría de edad, se designa a un tutor;
- c) pérdida de la legitimación. Situación del estado de hecho y situación del de derecho. En el primer caso el acreedor de un crédito lo cede a otro; o bien, el reivindicante, al reclamar la posesión de la cosa lo vende a un tercero dentro del proceso. Por lo que respecta a la mutación de derecho, en este caso tenemos al garante, que de garantizar tan solo lo cosa dada en garantía, asume la responsabilidad del deudor del crédito garantizado¹⁴⁹.

De la cita doctrinal podemos establecer qué es lo que se ha denominado sustitución procesal, y continuando con el análisis de la fracción B del artículo comentado, señala que los causahabientes, igual que los herederos o legatarios, se encuentran subrogados en los derechos que le pudieran corresponder a su causante, con motivo del fraude procesal, y de acuerdo a las diversas formas de transmisión por acto inter vivos, bien sea cesión, venta, subrogación de derechos de crédito o de derechos reales, se encontrara legitimado para invalidar el proceso fraudulento, respecto de los bienes transmitidos .

También confiere facultad al Ministerio Público, para el ejercicio de la acción cuando se vulnere el interés publico con motivo del fraude procesal.

La colisión de la legitimación a nuestro punto de vista se presenta cuando los bienes o derechos son transmitidos a terceros adquirentes de buena fe.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Carnelutti, op. cit, vol. II, p. 161-166

¹⁵⁰ Vid. Art. 2242 del Código Civil del Distrito Federal.

La fracción C) del referido artículo 737 se refiere a la competencia del órgano jurisdiccional, por ser la competencia la medida de la jurisdicción. Señala impropriamente que sin importar la cuantía es competente el juez de primera instancia civil, ello debe interpretarse en su justa dimensión, ya que la jurisdicción no resulta prorrogable por materia, y así se entiende que es juez competente el de primera instancia, atento a la especialidad: civil, arrendamiento inmobiliario y familiar, de acuerdo a la materia de donde emane el proceso fraudulento.

La fracción D) del artículo 737 del Código de Procedimientos Civiles, establece la prescripción en el inciso I. Indebidamente regula que es de un año a partir de que la sentencia causó ejecutoria, dicho plazo corre a partir de que el perjudicado tenga conocimiento, con independencia de que haya causado estado el fallo.

En cambio, en el inciso II, aun cuando reduce el plazo de un año a tres meses a partir de que se tenga conocimiento de los motivos de invalidez. En nuestro concepto debe modificarse el precepto señalando plazo de un año a partir de que tiene conocimiento el interesado de los motivos de invalidez del proceso fraudulento.

En lo tocante a la fracción E), el legislador establece que cuando se encuentre pendiente de resolverse la falsedad de una prueba se suspenderán los plazos arriba señalados de prescripción, criterio incongruente con todo el articulado relativo a la nulidad de juicio concluido, puesto que como se ha dicho de acuerdo al sistema legal, las actuaciones deben encontrarse totalmente concluidas, por lo tanto de acuerdo a un logicismo formal, debe suprimirse en su integridad.

Respecto a la fracción F) por la indebida redacción del legislador, debe ser analizada en cuanto a su valoración e inteligibilidad de acuerdo a lo siguiente:

Consideraciones Previas

Hemos llegado al punto de analizar la inconstitucionalidad del Decreto de reformas de la acción de nulidad de juicio concluido publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de 27 de enero del 2004.

Cuando una ley local que en su regulación contraviene normas de derecho constitucional, la misma resulta inconstitucional.

Haremos algunas reflexiones sobre las garantías individuales de petición, audiencia y legalidad.

El artículo 8 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el derecho de petición como un derecho del gobernado en los empleados y funcionarios públicos tienen la obligación de respetar cuando se formule por escrito de manera pacífica y respetuosa.

Por otro lado, el artículo 14 de nuestra ley fundamental señala en su segundo párrafo: "Nadie podrá ser privado de la vida, 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".

También el artículo 16 constitucional señala en su primer párrafo: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento."

Del marco constitucional señalado se presenta el derecho al debido proceso en el que el peticionario, al tener derecho a la jurisdicción, insta al órgano jurisdiccional para que declare o ejecute una relación jurídica, a través de la sentencia judicial mediante el procedimiento formal correspondiente con audiencia de parte legítima.

De ahí que las normas secundarias y leyes locales que regulen el llamado "derecho a la jurisdicción", deben ser promulgadas en apego a los lineamientos constitucionales, ya que las normas

fundamentales, al regular primariamente el derecho de petición y el de debido proceso, las leyes secundarias de los estados federados, deben estar reglamentados con apego a su mandato constitucional al ser un derecho lícito del gobernado el ejercicio de la acción de nulidad de juicio concluido por actos ilícitos ejecutados en su contra.

Sin embargo, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en la regulación de la acción de nulidad de juicio concluido, en la fracción f invierte inexplicablemente la licitud del ejercicio del derecho del peticionario al debido proceso (con la presentación de la demanda), para señalar en forma posterior con motivo del desistimiento o del dictado de un fallo desfavorable al actor, catalogándolos como actos ilícitos al tipificarlo como delito.

En suma, con la disposición señalada al no obrar en la actualidad una revisión constitucional de la que se tenga conocimiento al tiempo de la elaboración del presente trabajo sobre el Decreto de reformas aludido, dada su indebida redacción, trae como resultado la ineficacia de la nulidad del juicio concluido y con ello resulta ineficaz para el particular el hacer valer los derechos violados con motivo del fraude procesal, con la estadística negativa de la disminución absoluta de demanda de nulidad de juicio concluido ante los tribunales, al verse coaccionada la libertad de ejercicio del gobernado para llevarla a cabo con motivo de que puede llegar a constituir de manera aberrante un delito, **haciendo nugatorio el derecho de libertad de ejercicio de la demanda de nulidad de juicio concluido**, puesto que de acuerdo a una sana intelección ningún abogado tiene la certeza al cien por ciento de que a la presentación de la demanda, obtendrá fallo favorable.

IV.4.1. La sistemática de la responsabilidad procesal.

Hemos analizado la naturaleza jurídica del fraude procesal, las instituciones protectoras a favor de los acreedores y terceros adquirentes de buena fe, que suelen ser los perjudicados en la consumación del fraude; corresponde ahora el tratamiento de la sistemática de la responsabilidad procesal, al uniformar las conductas dolosas provenientes de los partícipes en el proceso judicial (actor, demandado, juez, terceros y auxiliares de la administración de justicia), que constituyan ilícito procesal que de no reparar en ello el

legislador, comete yerros en la redacción de la ley, en su justa dimensión de prever las hipótesis posibles que se pueden presentar con motivo del fraude procesal, ya que de lo contrario la falta de observancia de una sistemática adecuada pone en peligro el principio de estabilidad de la cosa juzgada.

Con gran nitidez, Mario Bunge sostiene que el sistemismo en las ciencias sociales, tiene las siguientes funciones: describir, entender, predecir y controlar¹⁵¹.

A manera de epígrafe el título de la propuesta legislativa debe ser el **"FRAUDE PROCESAL CIVIL Y LA ACCION DE NULIDAD DE JUICIO CONCLUIDO"**, ello se explica así porque la primera describe la forma constitutiva del fraude procesal, y la segunda es el medio para extinguir el fraude procesal mediante la acción de nulidad.

En armonía a lo anterior, la descripción del fraude procesal debe obrar una definición legal que describa de manera genérica la conducta antijurídica del agente que cometa fraude procesal, esto explica así, el hecho condicionante (que es el supuesto normativo en abstracto), que de adecuarse a la conducta del sujeto en el devenir real, producirá el efecto de la imputabilidad, entendida como la capacidad de la persona de entender y querer el resultado previsto en la norma formulada en abstracto.

En este apartado proponemos un catálogo de conductas dolosas que regulan y sancionan el fraude procesal. La base constitucional establece que los jueces en las controversias del orden civil, se resolverán conforme a la letra de ley, o a su interpretación jurídica. Como se ha analizado, en esta exposición la interpretación judicial, precede a la legislativa y al ser asimiladas estas hipótesis por promulgación de leyes, este catálogo de conductas debe ser de tipo enunciativo y no restrictivo, de tal manera que por ser una excepción al principio de estabilidad de la cosa juzgada, solamente a través de estas causales que encuadren una conducta dolosa, tendrá efectos nulificadores de resultar procedente la demanda de nulidad de juicio concluido en relación con el juicio fraudulento.

Es necesaria la formulación de una definición aproximada del

¹⁵¹ Cfr. BUNGE, Mario. Como buscar la Filosofía en las Ciencias Sociales. México 1997, Edit. Siglo XXI Editores, s/c, p. 370.

fraude procesal, podemos concebirlo como conjunto de relaciones de los participantes en el proceso judicial que inobservan el debido proceso (hecho condicionante), bajo la apariencia de un proceso legal utilizando instrumentos procesales que persiguen fin diverso, como lo es el beneficio propio perjudicando a un tercero, ocasionando un desequilibrio patrimonial, contando el perjudicado con la acción de nulidad de juicio concluido para restablecer el equilibrio patrimonial antes o después de la consumación del fraude (consecuencia jurídica)".

El elemento característico de estas relaciones es el dolo, porque en realidad no existe una contienda determinada entre las partes, sino que ocultan la verdadera intención de los participantes en el proceso judicial que es defraudar a un tercero; este conjunto de relaciones fraudulentas que se generan se pueden predecir mediante un catálogo de conductas dolosas, tal como quedará propuesto en el apartado subsecuente.

Catalogar las conductas dolosas tiene una triple función: 1) predecir las pautas del comportamiento de los partícipes en el fraude procesal, 2) prevenir el dolo, con el fomento educativo de una debida ética profesional en los partícipes en los procesos judiciales, y esto se logra con la promulgación de las leyes locales y secundarias previo procedimiento formal correspondiente de elaboración y promulgación de la ley, regulado por la Ley Fundamental (Constitución). Tendrá: una función sancionadora, en razón de que al estar estructurado el proceso de manera fraudulenta en base a alguna de las conductas señaladas como dolosas, la conducta desplegada por los agentes será típica, antijurídica y dolosa, ya que la culpa no es un tipo psíquico sino un juicio de valor psíquico que falta o existe, y en el fraude procesal la conducta desplegada siempre será de tipo dolosa.

El control se ejercerá a través del Poder Judicial, mediante el procedimiento formal correspondiente, pues tal como quedó analizado con antelación nuestro más alto tribunal ha señalado que las nulidades de pleno derecho no existen sino que requiere para su constatación la causa que la motive implícita en la ley, por lo tanto para un enfoque civilista, la sanción prevista por ley será la nulidad del proceso fraudulento en su totalidad por lo que requieren como elemento *sine quo non*, que las actuaciones judiciales se encuentren completamente

concluidas y el pronunciamiento de la sentencia de nulidad por el juez que conozca, examine y califique la ilegalidad de las actuaciones judiciales, será el de dejar sin efectos todo lo actuado a partir de que se comete la falta, destruyendo retroactivamente los efectos provisionales que surtieron con el fallo fraudulento, para restaurar las cosas al estado que tenían antes de la consumación del fraude.

El particular que utiliza instrumentos procesales indebidamente en contra de normas imperativo-prohibitivas que podrían detallarse en un catálogo de conductas típicas constitutivas de fraude procesal.

Recordando a Kelsen¹⁵², esquematiza la estructura de la imputación con dos elementos: 1) sujeto del deber (es decir el obligado), y el 2) Objeto del deber, (la conducta ordenada o debida); y, concluye que la aplicación de aquellos preceptos al orden real puede descubrir una de dos cosas: bien la existencia de un acontecer que corresponde al contenido normativo, bien una discrepancia la existencia de un hecho que se opone a tal contenido.

La adecuación de la norma formulada en abstracto a la conducta fáctica (tipicidad), llevada a cabo por los participantes en un proceso fraudulento llámese juez, litigantes, peritos o auxiliares en la administración de justicia, se le conoce como centro de imputación.

Este esquema explica la estructura de la responsabilidad procesal en el que cada participante responde en lo individual de sus deberes en el desempeño de su rol de participación cuando un proceso se cataloga como fraudulento, mismo que como ya se analizó de acuerdo a nuestro sistema legal, el juicio de donde dimana la falta debe encontrarse concluido para estar en aptitud el tercero interesado de impugnarlo mediante demanda de nulidad de juicio concluido.¹⁵³

¹⁵² Supra p. 56

¹⁵³ "A propósito como quedo determinado por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una jurisprudencia de conceptos ha definido como tercero aquel que siendo parte en un juicio se le ha privado de sus derechos de defensa, y para deducirlos en vía de amparo indirecto se le ha considerado como tercero extraño a juicio".

IV.4.2. Propuesta de Regulación del Fraude Procesal Civil en la Nulidad del Juicio Concluido.

a) comete fraude procesal civil quien utiliza instrumentos procesales simulando un juicio, con el propósito de defraudar a su acreedor o a un tercero adquirente de buena fe.

b) Entendido el dolo como toda maquinación tendiente a ocasionar un daño, entre las hipótesis del dolo manifiesto en materia procesal se pueden enunciar las siguientes:

- 1) Señalamiento en la demanda de domicilio falso para emplazar al demandado.
- 2) Falsedad de los hechos en que se sustenta la demanda.
- 3) Ocultamiento de documentos, para presentar testigos que acreditan una relación jurídica.
- 4) Presentación de documentos falsos confeccionados unilateralmente para fundar una demanda fraudulenta.
- 5) Confección de contratos posteriores al dictado de la sentencia por la parte demandada con un tercero ajeno a la relación procesal para eludir la ejecución del fallo decisorio.
- 6) Testimonio rendido bajo amenazas al declarante, su familia y cónyuge.
- 7) Inscripciones de gravámenes simuladas en el Registro Público de la Propiedad.
- 8) Obtención de copias certificadas de actuaciones judiciales en forma parcial para intimidar al funcionario judicial, mediante denuncia penal por hechos imputados y demostrados de manera parcial en contra de funcionarios judiciales con motivo de la exhibición parcial del proceso judicial del que emanan.
- 9) Venta del mismo inmueble por el mismo vendedor a dos compradores distintos.
- 10) Utilización indebida de sello, oficial de un juzgado.
- 11) Falsificación de firmas de funcionario judicial.
- 12) Falsedad de declaraciones judiciales.
- 13) Soborno del Juez por una de las partes.
- 14) Actuaciones judiciales emanadas de funcionario judicial, que está impedido para conocer del negocio.

- 15) Ocultamiento de asientos contables para eludir el desahogo de prueba pericial en materia contable por una de las partes.
 - 16) Suplantación de personas en la confección de contratos.
 - 17) Documentos notariales confeccionados sin intervención de una de las partes, de las que deriva la actuación notarial basado en escritura pública.
 - 18) Falta de expedición de recibos de pago por el acreedor al deudor.
 - 19) Abstención del acreedor de informar al objetar una prueba documentaria a la autoridad judicial, de las diversas relaciones jurídicas que tenga con su deudor.
 - 20) Falta de la interposición de la excepción de prescripción por el deudor en obligaciones naturales.
 - 21) Falta de notificación en ejecución de una sentencia firme de diverso acreedor al ejecutante conforme al certificado de gravámenes exhibido.
 - 22) Dictamen pericial sustentado en documentos o elementos de prueba falsos o no aportados por las partes en el juicio.
 - 23) Indebido estudio de prelación y graduación de créditos por parte del juez del conocimiento del remate, en perjuicio de un acreedor preferente.
 - 24) Presentación de documentos en juicio, confeccionados por una de las partes con personas que tienen incapacidad natural y legal debidamente comprobada.
 - 25) Abstención del acreditamiento de legitimación pasiva, al interponer la demanda sin exhibir documento justificativo que acredite la debida representación de una persona fallecida.
 - 26) Las análogas a las presentes causales.
- c) El objeto de la acción de nulidad de juicio concluido, es destruir retroactivamente los efectos del juicio simulado, restituyendo al damnificado el objeto o materia del fraude con el correspondiente pago de daños y perjuicios.
- d) Está legitimado para el ejercicio de la acción todo interesado a quien perjudique la resolución, siendo transmisible a causahabientes, herederos y legatarios.
- e) Es Juez competente para conocer de la demanda de nulidad

de juicio concluido el juez de primera instancia con especialidad en materia civil, familiar o arrendamiento inmobiliario, dependiendo de la materia de acto fraudulento.

- f) La acción de nulidad de juicio concluido prescribe al año contado a partir de que tuvo conocimiento el que la intenta del motivo de invalidez.
- g) Tendrá derecho el actor a solicitar la inscripción de la demanda en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, para preservar la materia de la nulidad.
- h) Para el efecto de suspender la ejecución de la sentencia, deberá el demandante otorgar garantía ante el juez de donde emane el fallo a invalidar, que no será menor de la cantidad equivalente al treinta por ciento del valor de lo sentenciado.
- i) Serán condenado en costas el que no hubiere tenido sentencia favorable o el que haya sido condenado en el juicio de nulidad.

CONCLUSIONES

1. El deber de resarcir los daños causados por el fraude procesal nace del hecho ilícito, del cual depende la aplicación del ordenamiento jurídico.

2. El *nexum* de la obligación es el vínculo de derecho que se crea entre dos ó mas personas, cuyo objeto consiste en un dar, hacer ó prestar algo (derecho de crédito); ó bien de tolerar (derecho real).

3. Los dos elementos que integran la obligación en el derecho moderno son: el *Shuld* (*debitum*) y *haftung* (responsabilidad). El primero es el derecho de exigir una determinada prestación y el segundo surge cuando el deudor no cumple con su obligación, nace la acción ejecutiva sobre sus bienes.

4. La génesis histórica nace de la obligación delictual, esto es, de los delitos en el Derecho Romano, en el período de la República, y se hace extensiva a los compromisos contractuales, por ello se explica que son cuatro las fuentes de las obligaciones, el contrato, *cuasi contrato*, el delito y el *cuasi delito*.

5.- En la época clásica del derecho romano, el juez que incurría en culpa puede ser condenado equitativamente al pago de los daños producidos por descuido en su actuación jurisdiccional y se ubica dentro del *cuasi delito*.

6. Entre los delitos del antiguo *ius civile*, se encuentra el dolo y *fraus creditorum*, por ser delitos privados; la causa eficiente de su ubicación es el desequilibrio patrimonial.

7. La *obligatio ex delicto*, es una obligación personal que vincula al ofensor respecto al ofendido, vinculándolo a sufrir una pena pecuniaria.

8. Las obligaciones nacidas de delito fueron adoptadas por el *ius civile*, mediante la labor pretoriana; no se presenta una distinción rigurosa de la sanción del ilícito penal con el civil, y su diferencia

radica en que sus acciones son acumulables, anuales y persecutorias; esto es, que no tienen plazo.

9. La *damnio iniuria datum*, es el detrimento que sufre un propietario por el demérito de una cosa que le pertenece por daño causado injustamente, la influencia jurisprudencial tuvo importancia para la *Lex Aquiliae Damno*.

10.- La *lex Aquilia* suprimió el régimen de represión penal de algunos delitos tipificados por la Ley de las XII Tablas; es decir, en cuanto al daño exigía una relación causal corporal y fue el Pretor quien concedió acciones de *factum*.

11.- La represión de conductas ilícitas no sancionadas por el derecho civil, se hace a través de la función interpretativa con la adaptación de la *aequitas*; la doctrina romanista señala que la función interpretativa se hace mediante la *actio in factum* y otros admiten que es restitutoria.

12.- La *actio* de dolo malo fue creada por el pretor Aquileo Galo (66 A. C.); Labeon utilizó las palabras *circunvinere* y *fallere* en una acepción que no solo comprende simulación, sino todo daño ocasionado por maquinación, fraude y engaño.

13. El fraude tiene afinidad con el error, todo fraude encierra un error que se puede catalogar como error calificado y el pretor procuró la acción de restitución.

14. La *actio doli* y la *exceptio doli* se empleaban formalmente contra el autor del fraude; su eficacia se hace depender, en primer lugar, cuando la víctima del fraude endereza la acción en contra del adversario culpable del fraude y no en contra de la víctima del fraude, y obtiene la indemnización, puesto que aquel es el que se aprovecha del perjuicio.

15. Un sistema jurídico se encuentra compuesto por reglas, principios e instituciones, que constituyen los soportes legales para la función jurisdiccional desempeñada por jueces y magistrados.

16. Las reglas son aplicables de manera plena, es decir su cumplimiento de los fines de la norma habrán de respetarse en la misma medida que su letra.

17. Los principios son mandatos de optimización, y no establecen de manera automática las consecuencias jurídicas cuando las condiciones previstas se encuentran satisfechas.

18. Los principios procesales tienen una doble función: preventiva y sancionadora.

19. La función preventiva de los principios se orienta a imponer a las partes el cumplimiento de sus deberes sustentados en la buena fe y lealtad procesal en el desenvolvimiento del proceso.

20. En cambio, la función sancionadora de los principios procesales es producir la invalidez de algunos actos o de todo el proceso en caso de inobservancia del debido proceso regulado por las normas jurídicas en cuanto a su jerarquía: constitucionales y secundarias.

21. La prueba del fraude procesal se examina atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo, y lugar en que acontece el hecho ilícito en sus diferentes ámbitos: constitución, desahogo y valoración de la prueba, requiriendo de acuerdo a nuestro sistema legal que las actuaciones judiciales se encuentren completamente concluidas.

22. La regulación en nuestro ordenamiento legal en sus normas constitucionales y secundarias, exige un mínimo contenido de derecho natural cuando el derecho positivo lo excluye en la ley positiva vigente.

23.- La tesis de Kant sobre el particular así se condensa: el derecho natural, es el conjunto de rectas razones que proporcionan la materia de la reglamentación y el derecho positivo, es el conjunto de medios practico-políticos como la institución y el poder coactivo.

24. La forma constitutiva del fraude procesal se encuentra regulada por las instituciones protectoras en fraude de acreedores: la simulación del negocio jurídico y la acción pauliana.

25. Por otro lado, la forma extintiva del fraude procesal lo tenemos en la acción de nulidad de juicio concluido, la cual es ejercitada contra quienes utilicen instrumentos procesales en perjuicio de tercero.

26. La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido como tercero por equiparación, a aquel que siendo parte en un juicio , no es llamado al mismo ó bien, se le cita en forma contraria a la ley.

27. La certeza de los principios y reglas que se exteriorizan como conductas obligatorias, permisivas y prohibitivas en la constitución y desahogo de pruebas entre partes, se encuentra determinadas, por la ley como certeza del derecho que debe aplicarse para presuponer la validez de un proceso.

28. El juicio simulado se circunscribe a aquellos procedimientos que se intentan, no para obtener la defensa de un derecho violado, sino para conseguir un resultado distinto a la finalidad de las normas, consecuencias normales del procedimiento.

29. La función del valor constituye un puente de contacto entre la regla y el principio para que no se contravengan y la regla consolide su aplicación a través de mandato obligatorio.

30- El régimen de valoración mixta de las pruebas en la ley regula adecuadamente el arbitrio judicial.

31. Entre los principios procesales de mayor relevancia tenemos el de *stricto sensu*, dispositivo, congruencia, distribución de la carga probatoria, y el de irrevocabilidad de las resoluciones por el Tribunal que las dicta.

32. En la interpretación judicial tenemos los siguientes principios rectores, el de no contradicción, el de razón suficiente, el de reducción a lo absurdo, y el de analogía.

33. Para la interpretación analógica, el logicismo formal se hace mediante inferencias y no silogismos, por conducir este ultimo a razonamientos absurdos e incongruentes.

34. Para la validación de casos semejantes, en la interpretación judicial analógica, se requiere:

34.1. Que exista paridad (*argumento a pari*).

34.2. Que haya una mayor razón (*argumento a minori ad majus*).

34.3. No se aplica analogía cuando en el caso concreto lo que ocurre es precisamente lo contrario (*argumento a majori ad minus*).

35. Objetivamente la jurisdicción civil a cargo de los jueces consiste en declarar y ejecutar relaciones jurídicas, para la aplicación del ordenamiento civil preventivo del fraude procesal. Los señalamientos que la doctrina, la ley y la propia jurisprudencia mexicana han orientado para determinar algunos parámetros de conductas ilícitas catalogadas como dolosas al utilizar instrumentos procesales dentro del fraude procesal en perjuicio del acreedor y terceros adquirentes de buena fe no están claramente precisados.

36. Las formas constitutivas del fraude procesal, se encuentran inmersas en las instituciones protectores contra el fraude de acreedores, y son: la simulación y el fraude pauliano.

37. A la institución de la simulación de los negocios jurídicos, las partes les dan una falsa apariencia al negocio jurídico de que se trate, es decir, el acto es irreal y por ende sus consecuencias como son aparentar ante los demás por el deudor que de manera ficticia ha sufrido un quebranto patrimonial con la intención de perjudicar al acreedor, la nulidad que opera es por falta de consentimiento.

38. La simulación tiene dos elementos:

- III. Un desacuerdo intencional y consciente entre la voluntad real y la declarada. Lo interno, lo querido y lo externo, lo declarado, están en oposición consciente. En efecto, las partes no quieren el acto; quieren solo hacerlo aparecer y por eso emiten una declaración disconforme con su voluntad, y
- IV. La intención de engañar a terceros.

39. La reserva mental es una simulación unilateral, en cambio la simulación del negocio, comprende el concierto de varias voluntades. Por eso la reserva mental corresponde al secreto y no ataca la validez del negocio, en cambio la simulación anula el contrato cuando se descubre el engaño pretendido.

40. En el juicio simulado las partes bilateralmente inducen a error al juez; en realidad se trata de una contienda aparente, sustentada en hechos falsos que inducen al juez a pronunciar un fallo ilegal, por desconocer que los actos procesales provenientes de las partes son, con el ánimo de perjudicar a terceros.

Un ejemplo del fraude mediante simulación del negocio jurídico es el siguiente:

41. "X" propone a "Y" la afectación de su propiedad para el efecto de que sea disminuido ficticiamente su patrimonio, en perjuicio de su acreedor verdadero "Z", una vez consumado el fraude, el testamento revertirá la propiedad a "X", para ello contará con una gama de actos que puede simular por novación, cesión de deuda, dación en pago, conocido esto último como contradocumento.

42. La acción de nulidad por simulación de actos se torna nugatoria por la inoponibilidad de la simulación a terceros de buena intención, esta hipótesis a validar es en el sentido de que la ley protege a la buena intención, por ser el elemento inspirador de la seguridad de la contratación y por lo tanto, perjudicará a los autores del acto escrito (compraventa, donación, etc.), el documento externado frente a tercero, al prevalecer la voluntad declarada.

43. Otra institución protectora del acreedor, es la acción pauliana, en la que a diferencia de la simulación el acto es real, es decir, el negocio es válido, por ello en cuanto a su naturaleza jurídica se señala que es revocatoria, porque el *concilium* fraude tiene validez al tener los requisitos de forma y contenido, y el efecto será revocar el acto.

44. Incumbe demostrar el daño al acreedor perjudicado, de que el deudor ha obrado de mala intención con el acto celebrado al caer en insolvencia y resulta inejecutable la obligación contraída con el deudor

insolvente, al salir de su patrimonio el bien corpóreo objeto del negocio jurídico.

45. La buena intención, protege el derecho adquirido del bien por el tercero que celebró el negocio jurídico con el deudor defraudador, y por ello la acción se vuelve nugatoria porque el acreedor perjudicado, debe probar tanto la mala intención del deudor como la del tercero, de difícil comprobación en la práctica judicial.

46. Por lo que toca a la forma extintiva del fraude procesal, el acreedor, cuenta con la acción de nulidad de juicio concluido, la hipótesis a desarrollar es la validación de que la acción de nulidad es el medio eficaz para destruir los actos jurídicos simulados o reales, para restaurar el desequilibrio patrimonial que representa la realización del negocio jurídico, que será la materia de la acción de nulidad de juicio concluido al haberse utilizado constitutivamente en un proceso judicial o en ejecución de una sentencia firme (instrumentos procesales), por las partes que lo utilizan en fraude de acreedores.

47. La nulidad absoluta, es la sanción del acto ilícito que se ejecuta por un agente, que al utilizar indebidamente instrumentos procesales, actúa en fraude a la ley o a sus acreedores en provecho propio ocasionando un desequilibrio patrimonial, y ello es así porque la ilicitud en el objeto es catalogada como una causal de nulidad absoluta que por su naturaleza es inconvalidable, imprescriptible e irrenunciable y que puede hacerse valer por todo interesado en la invalidez del proceso fraudulento.

48. Nuestro Código Civil adopta la tradición jurídica francesa de asimilar por vía legislativa la teoría tripartita de las nulidades y así se han clasificado las nulidades, en absolutas y relativas:

49. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que entre inexistencia y nulidad sólo hay diferencias teóricas, pero que en la práctica tienen los mismos efectos.

50. La jurisprudencia nacional se ha pronunciado en el sentido de que en nuestro derecho no existen los actos nulos de pleno derecho, sino solo cuando las leyes expresamente lo determinen, y mediante el procedimiento formal respectivo de dicha declaratoria.

51. En la nulidad absoluta se encuentra determinado el grado de invalidez, cuando el acto contra las disposiciones de orden público o las buenas costumbres y por regla general el elemento objetivo que afecta la validez del acto es la ilicitud en el objeto. Su carácter es inconvalecible, imprescriptible e inconfirmable y puede ser invocada por cualquier interesado. La regla contenida en el artículo 2225 del Código Civil ordena: La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

52. De acuerdo a lo regulado imperativamente el artículo 2226 del mismo ordenamiento la nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncia por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción, y puede ser invocada por cualquier interesado.

53. La nulidad relativa es aquella que no reúne los supuestos enumerados en el artículo 2226, señala el artículo 2227 del Código Civil, en cuanto a su causa, que son vicios internos (violencia, error, forma) y por sus atributos es susceptible de confirmación, ratificación, y prescripción, y solo puede ser invocada la causa de invalidez por la parte a quien le perjudica.

54. La anulabilidad es una imperfección menos trascendente que la nulidad propiamente dicha. El negocio jurídico produce el efecto a que se dirige, por cuanto contiene todos los requisitos esenciales para su validez, pero en virtud de estar afectando algunos de sus elementos por un vicio, el negocio puede ser impugnado con la consecuencia de ser declarado nulo. Pero en tanto, no medie impugnación y la consiguiente anulación, el negocio surte plenamente sus efectos como si fuere válido.

55. Corolario a lo anterior, se desprende que bien sea declarada o constatada la inexistencia o la nulidad de los actos jurídicos, debe ser decretada por los tribunales ordinarios competentes, previo procedimiento formal respectivo con audiencia de parte legítima y en la que se cumplan las formalidades del procedimiento.

56. En materia de fraude procesal la clasificación de acuerdo a la teoría de las nulidades la que opera es la nulidad absoluta, toda vez que hay ilicitud en el objeto, y por lo tanto de acuerdo a sus notas distintivas la nulidad que se produce con motivo de ello es dimanante de actuaciones judiciales por sentencia firme, que por su naturaleza invalorable, imprescriptible e irrenunciable, el acreedor perjudicado o tercero adquirente de buena intención, tendrá acción de nulidad de juicio concluido para invalidar este, mediante el procedimiento formal correspondiente con audiencia de parte legítima y en la que se cumplan las formalidades de ley.

57. La prueba del daño corresponderá al actor quien tendrá que demostrar que las partes que simularon el juicio fraudulento utilizaron instrumentos procesales que ocasionaron un quebranto patrimonial, el cual debe ser cierto, emergente y serio; para ello deberá demostrar la ilicitud en el objeto como fin determinante de la voluntad del juzgador que pronuncia una sentencia en base a actos simulados en colusión de litigantes para perjudicar a un tercero.

58. Los efectos serán restitutorios, destruyendo los actos jurídicos que culminaron con la sentencia y las demás consecuencias que se derivaron con motivo de la ejecución del fallo.

59. El discurso jurídico contenido en la demanda deberá ceñirse a los motivos de invalidez del juicio fraudulento que se siguió en su perjuicio. Con gran nitidez y precisión Giorgi señala como indicios y presunciones principales del fraude los siguientes:

La clandestinidad del acto, la continuación de la posesión en el deudor, mientras que según la naturaleza el acto habría pasado al tercero; la falta de causa cóngrua; el parentesco o afinidad entre el deudor y el tercero; la vileza del precio; la proximidad a la pobreza o a la quiebra; y la enajenación de todos los bienes.

60. La conducta dolosa del agente que utiliza instrumentos procesales para constituir el fraude procesal, se manifestarán de diferentes maneras. El derecho romano antiguo, catalogó *la actio doli*, como una *actio in factum*, esto quiere decir que la acción fue pretoriana, puesto que ejercitada la acción bajo la fórmula concedida el Magistrado, creaba una ficción para ajustarla, modificarla o

restringirla para su eficacia; también se dijo que era arbitraria, puesto que se sustentaba en el arbitrio del Juez, que de ser personal y de facto, se convertía *in rem*, es decir, con efectos restitutorios.

61. La labor pretoriana se sustentó en la concurrencia de los siguientes elementos: buena intensión, equidad, y justicia, el pretor estableció sus propios medios para asegurar el respeto a las instituciones creadas por el, por ello es que el efecto de la restitución era destruir todas las consecuencias y volver las cosas a su estado anterior a la celebración del acto jurídico.

62. La base elemental constitucional de la que debe estar revestido todo proceso judicial, se encuentra estructurada en los artículos 14 y 16 constitucionales mediante las llamadas garantías de audiencia y legalidad que fundamentan el debido proceso.

63. Surge la inobservancia del principio del debido proceso, cuando el tercero o la parte que por equiparación se convierte en tercero no estuvo en aptitud de agotar los medios ordinarios de defensa en un proceso judicial seguido a sus espaldas.

64. En contraste a lo anterior hay fraude procesal civil quien utiliza instrumentos procesales simulando un juicio, con el propósito de defraudar a su acreedor o a un tercero adquirente de buena fe.

65. También existe fraude procesal, con motivo de la simulación del juicio, cuando al que siendo parte se le priva de sus derechos de contradicción a juicio y de interposición de recursos ordinarios de defensa.

66. De acuerdo con una jurisprudencia de conceptos, cuando la persona en el juicio fraudulento es considerada como parte, empero, se le privó de la oportunidad de hacer valer sus excepciones y defensas de manera oportuna, los tribunales judiciales de la Federación han considerado que de parte se convierte en tercero extraño por equiparación.

67. La víctima o defraudado en un proceso fraudulento independientemente de que contará con la oportunidad de impugnar el proceso fraudulento mediante el juicio de garantías, de optar por la

demanda de nulidad de juicio concluido, contará además de la intervención de un verdadero tribunal de casación en el examen y análisis de la legalidad de las actuaciones judiciales bajo tres ámbitos: primeramente ante un juez civil de primera instancia; en segundo lugar en vía de apelación ante el Tribunal de Alzada que lo viene a ser la segunda instancia (Salas Civiles del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal) y; en tercer lugar de manera autónoma el juicio de garantías ante los tribunales de la Federación.

68. El esquema teórico precedente, es de difícil realización en la práctica debido a la crítica al Decreto de reformas al ordenamiento procesal civil del Distrito Federal, al no ajustarse el órgano legislativo al mandato constitucional que estatuye el debido proceso y como quedará demostrado, ante la falta de revisión constitucional por el momento por parte del Poder Judicial Federal, en términos generales actualmente provoca la ineficacia de la acción de nulidad de juicio concluido en el Distrito Federal, en perjuicio de la víctima o defraudado.

69. La novísima reforma procesal contenida en el Decreto de Reformas al Código de Procedimientos Civiles en el Diario Oficial de 27 de enero el año 2004, adolece de técnica legislativa adecuada a las garantías de un proceso civil, siendo incompatible su regulación con la Ley Fundamental.

70. Lo anterior, se explica así: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la ley primaria y en sus artículos 14 y 16 estructura el "debido proceso", lo que la doctrina denomina "juridicidad constitucional", en que los procesos judiciales deben substanciarse con audiencia de parte legítima, con ley aplicable al caso, en el que se cumplan las formalidades de ley; es por ello que la norma primaria de un marco jurídico como el nuestro por su estructura de acuerdo a la pirámide jurídica, las leyes posteriores que de ella dimanen como son leyes reglamentarias federales, específicamente con el tema a desarrollar (Ley de Amparo y Código Federal de Procedimientos Civiles), por su orden seguirán las leyes locales de los órganos legislativos de los Estados Federados como lo es el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, siendo este ultimo ordenamiento procesal incompatible con lo ordenado por la Ley Fundamental, puesto que al regular la acción de nulidad de juicio

concluido en la reforma legislativa que sufrió el Código de Procedimientos Civiles, ordena que en los supuestos de no obtener sentencia favorable o de desistirse el actor, serán hechos constitutivos de delito, invirtiéndose con ello el mandato constitucional al legislar la Asamblea Legislativa, determinando que tales supuestos son antijurídicos.

71. El conflicto de leyes que se presenta entre la Ley fundamental con la norma secundaria local (Código de Procedimientos Civiles), se hace patente su descripción para resolver el conflicto de normas a lo que denomina antinomias jurídicas prevalece por razón de jerarquía la norma superior que es la Constitución, sobre lo regulado en la reforma legislativa del 27 de enero del 2004, al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

72. Para invalidar los preceptos consignados en el título relativo a la acción de nulidad de juicio concluido, contenido en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado a favor de la acción de inconstitucionalidad para resolver la antinomia entre la ley fundamental y una ley secundaria local.

73. La jurisprudencia plenaria de la Suprema Corte de Justicia ha establecido siete características de la acción de inconstitucionalidad.

73.1 La mencionada acción promueve para alegar la contradicción entre la norma impugnada y una ley fundamental.

- a) Puede ser promovida por el Procurador General de la República, los partidos políticos y el 33% cuando menos, de los integrantes del órgano legislativo que haya expedido la norma.
- b) Supone una solicitud para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación analice en abstracto la constitucionalidad de una norma.
- c) Se trata de un procedimiento.
- d) Puede interponerse para combatir cualquier tipo de normas.
- e) Solo procede por lo que respecta a las normas generales.
- f) La sentencia tendrá efectos generales siempre que sea aprobada por lo menos por ocho ministros.

Lo anterior de acuerdo con la Tesis P/J. 71/2000. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. TOMO XII, agosto 2000, pag. 965.

74. La defensa de la juridicidad de la Constitución a través de la acción de inconstitucionalidad, No se tiene noticia de la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra del Decreto de Reformas al 27 de enero de 2004 al Código de Procedimientos Civiles.

75. En la actualidad, al ser violatoria de garantías individuales el Decreto de Reformas al Código de Procedimientos Civiles del 27 de enero del 2004, el particular afectado con la aplicación de la reforma legislativa, por los tribunales ordinarios que conocen de la acción de nulidad de juicio concluido, al ser un perjuicio actual el interesado deberá promover juicio de amparo bi-instancial contra leyes heteroaplicativas.

76. En esta estructura, es incuestionable la validez de las demás leyes que emanen de la Constitución Política. Deben apegarse en el acto de su creación al procedimiento legislativo formal que la propia norma fundamental establece.

Así, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 8, 14 y 16, señalan los lineamientos rectores con los que cuenta el gobernado peticionario de garantías de audiencia y legalidad que estructuran "el debido proceso", al ser la Ley Suprema sobre las leyes locales emanadas del poder legislativo de los estados federados, en el que deben apegarse al mandato constitucional para regular las disposiciones normativas que regulen el debido proceso.

77. El órgano legislativo que expidió la reforma del 27 de enero del 2004, desconoce el mandato constitucional, al regular de manera indebida la acción de nulidad de juicio concluido, pues invierte la licitud plasmada en la ley fundamental que garantiza el libre ejercicio de manera pacífica y respetuosa del gobernado al deducir las acciones ante los tribunales, al catalogar como conductas ilícitas los hechos de desistimiento de la demanda y de no obtener sentencia favorable el actor, declara que se comete el delito de fraude procesal, por lo que la ley secundaria local contraviene el mandato constitucional al momento

de su creación, y como consecuencia provoca la ineficacia de la acción de nulidad de juicio concluido.

78. No tenemos noticia de la promoción de revisión constitucional respecto a la aplicación del Decreto de Reformas al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, ante el Poder Judicial Federal, que por ser el legítimo órgano de control de la constitucionalidad, en protección a los derechos fundamentales del particular (como lo es el derecho al debido proceso en el que se deben cumplir las formalidades de ley), frente a las intervenciones administrativas y legislativas de las autoridades que contravengan la norma constitucional, ocasiona que para evitar la aplicación del Decreto de Reformas aludido, el particular afectado que litigue esta demanda ante los Tribunales del Distrito Federal, deberá previamente promover amparo indirecto ante el Juez de Distrito en Materia Civil contra leyes.

79. El efecto de la concesión del amparo, es para que en restitución de la garantía violada no se le apliquen las disposiciones normativas contenidas en el Decreto de Reformas al Código de Procedimientos Civiles del 27 de enero de 2004.

80. Quien demande la nulidad del juicio concluido con la certidumbre de que dicha actuación, será lícita y no ilícita como indebidamente lo cataloga el órgano legislativo local, por desistimiento o improcedencia de la acción por el juez del conocimiento de la acción de nulidad de juicio concluido, habrá de promover amparo indirecto contra la aplicación de las reformas mencionadas.

81. En una reforma legislativa, atento a los principios de generalidad y abstracción de la norma jurídica, para una adecuada técnica legislativa, debe quedar excluida la figura del delito en la regulación imperativa de la acción de nulidad de juicio concluido.

82. La distinción entre la acción privada y la pública es que la acción procesal pública que se dirige contra el Estado: en cambio, la acción o pretensión de derecho privado, que se actúa frente al individuo obligado, mientras que en derecho romano la actio designaba ambas clases de acciones.

83. Por los sujetos intervinientes en la acción privada, sólo se afectan intereses entre particulares, en cambio en la acción pública el Estado es el que monopoliza la acción penal y es el que establece la sanción en las leyes penales al regular los diferentes tipos de actos constitutivos de delito.

84. En cuanto al desenvolvimiento de los procesos, en el proceso penal, el juez de la causa de inicio aplica disposiciones de fondo sobre la probable responsabilidad del individuo, (al dictar la orden de aprehensión ó el auto de formal prisión), en cambio en la jurisdicción civil, el juez del conocimiento, de inicio aplica disposiciones adjetivas (sentencia interlocutoria que resuelve una excepción de falta de personalidad, auto admisorio de pruebas) y hasta que dicta sentencia definitiva, aplica disposiciones de fondo.

85. La influencia de la jurisdicción penal en la civil y viceversa, es claro de que no son incompatibles sino por el contrario se auxilian para complementar la investigación de los mismos hechos sometidos a la competencia de las jurisdicciones civil y penal.

86. En su origen, la responsabilidad procesal civil se integra por:

- a) una conducta ilícita con el indebido uso de instrumentos procesales;
- b) un daño en la esfera jurídica de la víctima con motivo de ese fraude;
- c) de acuerdo a esa relación de causalidad el defraudador deberá restituir la cosa defraudada restituyendo el estado en que se encontraban las cosas al momento en que ocurrió el fraude, y en caso de ser imposible la restitución,
- d) Deberá soportar el defraudador el pago de daños y perjuicios previa comprobación de la responsabilidad civil en que incurrió.

87. La hipótesis a validar para el efecto de restaurar la naturaleza misma de la acción de nulidad de juicio concluido en el que tutelaré los intereses jurídicamente protegidos que es la acción indemnizatoria del patrimonio afectado como medio de resarcimiento por el daño ocasionando en el patrimonio de la víctima y que con motivo de desequilibrio patrimonial el patrimonio del defraudador se ve incrementado.

88. Para lograr ese objetivo, el eficaz pronunciamiento del fallo que determine la nulidad de juicio concluido por el juez civil de la causa tendrá como efectos:

- a) declarar ineficaces las actuaciones judiciales de las que emana el juicio fraudulento;
- b) restituir al damnificado o víctima en su patrimonio afectado, los bienes jurídicamente tutelados (cosas o derechos), para restaurar en el estado en que se encontraba antes del fraude con motivo de;
- c) la restitución de los bienes patrimoniales (corpóreos), o incorpóreos (derechos), y de ser imposible la restauración, y
- d) la condena de daños y perjuicios que debe responder el defraudador con las diferentes variantes que contempla el capítulo de ejecución de sentencias regulado por el Código de Procedimientos Civiles.

89. En el daño con motivo de fraude procesal debe concurrir una relación de causalidad entre la conducta dolosa que repercute en el patrimonio del damnificado, e implica tanto daño emergente como lucro cesante, porque el tercero al que afecta el fraude cometido en su perjuicio, se ve limitado a la falta de obtención de cualquiera ganancia lícita, que pudo haber obtenido, de no tener que combatir un proceso fraudulento, y el significado jurídico no será otro que un menoscabo en el patrimonio estimable pecuniariamente, y debe ser consecuencia del fraude imputable al demandado (lucro cesante).

90. La prueba del daño deberá constatarse en el proceso nulificador: habrá de ser cierto, serio y actual. En la situación presente que impera en el Distrito Federal, con motivo de la reforma legislativa al Código de Procedimientos Civiles, comprenderá el daño pecuniario que sufre el afectado, en pago de honorarios al profesionista en derecho, para que gestione el juicio de garantías, mediante amparo bi- instancial contra leyes, para que no se le aplique el ordenamiento legal vigente en su perjuicio, mas el pago de honorarios al profesional por el patrocinio del negocio, esto es, demanda de nulidad de juicio concluido, sin la aplicación de la ley vigente y sustentado en las causales dolosas imputables al defraudador (daño emergente).

91. Para la eficaz aplicación del ordenamiento civil a la responsabilidad procesal civil en el orden jurídico que impera en el

Distrito Federal, actualmente el ejercicio de la acción de nulidad de juicio concluido, al ser violatoria de garantías individuales el Decreto de Reformas al Código de Procedimientos Civiles del 27 de enero del 2004, el particular afectado con la aplicación de la reforma legislativa, por los tribunales ordinarios que conocen de la acción de nulidad de juicio concluido, al ser un perjuicio actual el riesgo de ser privado de su libertad, contra ello el interesado deberá promover juicio de amparo bi- instancial contra leyes heteroaplicativas.

92. Se ha sostenido por la doctrina nacional la distinción entre leyes autoaplicativas y heteroaplicativas, las leyes autoaplicativas producen el agravio desde que entran en vigor, pudiéndose en este caso impugnar el amparo dentro de treinta días hábiles contados a partir de este momento. En lo que respecta a las leyes heteroaplicativas, su reclamación en la vía constitucional se debe formular con la ocasión del primer acto de aplicación, con las modalidades a que se refiere la fracción XIII del artículo 73 de la Ley de Amparo.

93. Como inferencia de lo anterior se desprende que en el amparo binstancial contra leyes se cataloga al acto de autoridad como una ley heteroaplicativa, en razón de que el acto de autoridad se actualiza al momento en que el juez del conocimiento de la acción de nulidad de juicio concluido, por razón de no existir retroactividad procesal, aplica la ley vigente, y a partir de ese evento estará el quejoso en aptitud de interponer su demanda de garantías en contra de leyes heteroaplicativas (Decreto de Reformas de 27 de enero del 2004 al Código de Procedimientos Civiles).

94. La fuerza argumentativa de la juridicidad constitucional para resolver el conflicto de leyes, (entre la ley fundamental y un mandato legislativo previsto por una ley secundaria local), parte del argumento primario que es incuestionable la validez de las demás leyes que emanen de la Constitución Política, deben apegarse en el acto de su creación al procedimiento legislativo formal que la propia norma fundamental establece.

95. Así, la litis constitucional tendrá eficacia en el juicio de nulidad de diverso juicio concluido, para que se aplique el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, vigente hasta el

decreto de reformas al mencionado ordenamiento de 27 de enero de 2004, en el que el juzgador fundamentará y motivará el fallo que invalide el proceso fraudulento en base al respaldo legal sustentado en precedentes jurisprudenciales y no por mandato legislativo, además de la interpretación jurídica de la ley al caso concreto.

96. En suma, por ser de naturaleza compleja la eficacia actual de la demanda de nulidad de juicio concluido, urge una revisión legislativa al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. A manera de epígrafe el título de la propuesta legislativa debe ser el **Fraude Procesal Civil y la Acción de Nulidad de Juicio Concluido**, ello se explica así porque la primera describe la forma constitutiva del fraude procesal, y la segunda es el medio para extinguir el fraude procesal mediante la acción de nulidad.

97.- En la descripción del fraude procesal debe obrar una definición legal que prescriba de manera genérica la conducta antijurídica del agente que cometa fraude procesal; esto se explica así; el hecho condicionante es el supuesto normativo en abstracto, que de adecuarse a la conducta del sujeto, en el devenir real, producirá el efecto de la imputabilidad, entendida como la capacidad de la persona de entender y querer el resultado previsto en la norma formulada en abstracto.

98. Se propone un catalogo de conductas dolosas que regulen y sancionen el fraude procesal, la base constitucional establece que los jueces en las controversias del orden civil, las resolverán conforme a la letra de ley, o a su interpretación analógica. Como se ha analizado, la interpretación judicial, precede a la legislativa y al ser asimilada estas hipótesis por promulgación de leyes, este catálogo de conductas debe ser de tipo enunciativo y no restrictivo, de tal manera que por ser una excepción al principio de estabilidad de la cosa juzgada, solamente a través de estas causales que encuadren una conducta dolosa, habrán efectos nulificadores, de resultar procedente la demanda de nulidad de juicios concluido en relación con el juicio fraudulento.

99. Es menester la formulación de una definición aproximada del fraude procesal, podemos concebir: "como conjunto de relaciones de los participantes en el proceso judicial que inobservan el debido proceso (hecho condicionante), bajo la apariencia de un proceso legal

utilizando instrumentos procesales persiguen fin diverso que es perjudicar a un tercero ocasionando un desequilibrio patrimonial, contando el perjudicado con la acción de nulidad de juicio concluido para restablecer el equilibrio patrimonial antes de la consumación del fraude (consecuencia jurídica)".

100. El elemento característico de estas relaciones es el dolo, porque en realidad no existe una contienda determinada entre las partes, sino que ocultan la verdadera intención de los participantes en el proceso judicial que es defraudar a un tercero, este conjunto de relaciones fraudulentas que se generan se pueden predecir mediante un catálogo de conductas dolosas, que se hace en las propuestas de regulación del fraude procesal (pp.198 a 200).

101. El catalogar las conductas dolosas, tiene una doble función: 1) predecir las pautas del comportamiento de los partícipes en el fraude procesal; 2) prevenir el dolo, con el fomento educativo de una debida ética profesional de comportamiento de los partícipes en los procesos judiciales, y esto se logra con la promulgación de las leyes locales y secundarias previo procedimiento formal correspondiente de elaboración y promulgación de la ley, regulado por la ley fundamental (Constitución); y, tendrá: 3) una función sancionadora, en razón de que al estar estructurado el proceso de manera fraudulenta en base a alguna de las conductas señaladas como dolosas.

102. La sanción prevista por ley será la nulidad del proceso fraudulento en la parte en que se cometió el fraude, por lo que requiere como elemento *sine quo non*, que las actuaciones judiciales se encuentren completamente concluidas y el pronunciamiento de la sentencia de nulidad por el juez que conozca, examine y califique la ilegalidad de las actuaciones judiciales, será el de dejar sin efectos todo lo actuado a partir de que se comete la falta, destruyendo retroactivamente los efectos provisionales que surtieron con el fallo fraudulento, para restaurar las cosas al estado que tenían antes de la consumación del fraude.

103. La tesis kelseniana esquematiza la estructura de la imputación con dos elementos: 1) el sujeto del deber (es decir el obligado); y 2) el objeto del deber, (la conducta ordenada o debida); y, concluye que la aplicación de aquellos preceptos al orden real puede

descubrir una de dos cosas: bien la existencia de un acontecer que corresponde al contenido normativo, bien una discrepancia en la existencia de un hecho que se opone a tal contenido.

104. La adecuación de la norma formulada en abstracto a la conducta fáctica (tipicidad), llevada a cabo por los participantes en un proceso fraudulento (llámese juez, litigantes, peritos o auxiliares en la administración de justicia), se le conoce como centro de imputación.

Este esquema explica la estructura de la responsabilidad procesal en que cada participante responde en lo individual de sus deberes en el desempeño de su rol de participación cuando un proceso se cataloga como fraudulento, mismo que como ya se analizó de acuerdo a nuestro sistema legal, el juicio de donde dimana la falta debe encontrarse concluido para que el tercero interesado este en aptitud de impugnarlo mediante demanda de nulidad de juicio concluido.

VI. FUENTES DEL CONOCIMIENTO

I. BIBLIOGRAFIA

1. ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano, Buenos Aires, Argentina, 1974, Impreso en Ediciones Depalma.
2. ALSINA Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Editores, Buenos Aires, Argentina 1961, Segunda Edición, Editorial Ediar Soc, Anon.
3. BECERRA Bautista José, El Proceso Civil en México, México 1980, Octava Edición, Editorial Porrúa, S.A.
4. BENTHAM Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales Tomo I Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina 1971.
5. BONECASSE, Julian. Tratado Elemental de Derecho Civil. Del Título Original *Treité Elmentaire du Droit Civile*. Traducción y compilación de Enrique Figueroa Alfaro. México, 1997, Edit. Harla, S.A. de C. V, s/e.
6. BORJA Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, México 1989, Editorial Porrúa, s/e.
7. BRAVO GONZALEZ, Agustín, y BRAVO VALDEZ, Beatriz. Derecho Romano Primer Curso, Décimo Tercera Edición, México 1994, Editorial Porrúa.
8. BURGOA, Ignacio, El Juicio de Amparo, México 1999, Editorial Porrúa, S.A. s/e.
9. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: Teoría General de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Argentina, 1993, Editorial Abeledo Perrot, Octava Edición.

10. CARNELUTTI Francesco, Instituciones del Proceso Civil., Volumen I, Buenos Aires, Argentina, 1956, Ediciones Jurídicas Europa-América.
11. CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomos I y III, Traducción de Niceto Alcalá y Zamora y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Argentina, 1944. Editorial UTEHA, s/e.
12. CORTES Figueroa, Carlos. Introducción a la Teoría General del Proceso. México. 1974, Ed. Sagitario, Tulancingo Hidalgo, s/e.
13. COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil, Cuarta Edición Italiana revisada por el Prof. Leonardo Coviello. Traducción por el Abogado. Felipe de J. Tena. Unión Tipográfica, México, 1938, Editorial Hispano-Americana, s/e.
14. COUTURE, Eduardo, Estudios de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires Argentina, 1998, Tomo I, Ediciones De Palma, S.A.
15. COUTURE Eduardo J. Vocabulario Jurídico. Buenos Aires, Argentina 1997, Editorial Depalma S.A., s/e
16. DEVIS ECHANDIA Fernando, Teoría General del Proceso, Buenos Aires, Argentina, 1997, Editorial Universidad, s/e.
17. DE VICENTE Y CARAVANTES, José. Tratado de procedimientos judiciales en Materia Civil. Angel, México 2000, Editor, primera reimpresión, s/e.
18. D'ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano. Pamplona España, 1977, Ediciones Universidad de Navarra, S.A.
19. ELIAS AZAR, Edgar, Frases y Expresiones Latinas. México 2000, Editorial Porrúa, s/e.
20. ENNECCERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil, Parte General Tomo I, Vol. 2, España, 1981, Edit. Bosch, s/e.

21. FLAVIO, Pedro. Instituciones del Emperador Justiniano, con la traducción al castellano por D. ISMAEL CALVO Y MADROÑO, Madrid, España, 1903, Centro Editorial de Góngora, s/e
22. GAIUS, Institutas texto traducido, con notas de introducción por Alfredo Di Pietro, La Plata, Ediciones Librería Jurídica.
23. GARCÍA MAYNEZ Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho Vigésima Cuarta. Edición Revisada. Buenos Aires, Argentina, 1951, Editorial Porrúa, S.A. México 1975, s/e.
24. GARFIAS, Galindo. Derecho Civil, México 1976, Edit. Porrúa, s/e.
25. GASPERI, Luis de Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil: Paraguayo y Argentino. Buenos Aires, Argentina, 1945, Edit. De Palma, s/e.
26. GIORGI Jorge. Teoría General de las Obligaciones en el Derecho Moderno. Vol. II, España, 1977, Edit. Reus, S.A. , s/e.
27. GOLDSCHMIDT James. Derecho Procesal Civil, traducido del idioma alemán por Leonardo Prieto Castro y adicionado sobre la doctrina y legislación española por Niceto Alcalá Zamora. España 1936, Editorial Labor, S.A. , s/e.
28. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, México 1984. Editorial Cajica, S.A., Quinta Edición
29. JIMENEZ DE ASUA Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, La culpabilidad, 2ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1963, Editorial Losada, S.A. de C.V. , s/e.
30. KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado., 2ª. México, 1988. Edición, UNAM.
31. KUNKEL, Wolfgang. Historia del Derecho Privado Romano, España, 1951, Editorial Ariel, S. A., s/e.

32. LAGRANGE, M. Eugenio, Manual de Derecho Romano, Explicación de las Instituciones de Justiniano, Madrid, España 1870, Librería de Victoriano Suárez, s/e.
33. LOWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución del Título Original "Political Power and the Government Process, Traducción del Profesor GALLEGOS ANABITANTE Alfredo. España 1979, Editorial Ariel, S.A., Segunda Edición.
34. LUTZESCO Georges. Teoría y Practica de las Nulidades, México, 1978, Edit. Porrúa, s/e.
35. MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal, Volumen 1, Bogotá, 1954. Editorial Temis, s/e.
36. MARGADANT, Guillermo Floris. Derecho Privado Romano, México 2003, Editorial Esfinge, S.A. de C.V., Vigésima Sexta Edición.
37. MAY, Gaston. Elements de Droit Romain. Paris, Francia, 1932, Library de Recueil Sirey, s/e.
38. MAZEAUD Henry y León-TUNC, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual, Tomo Tercero Volumen I, Buenos Aires, Argentina 1977, Ediciones Jurídicas Europa-América.
39. MEZGER, Edmund. Derecho Penal, Parte General, Traducción de la Sexta Edición Alemana, por el Dr. Conrado A Finzi, Buenos Aires, Argentina 1955, Edit. Bibliográfica Argentina, S.A., s/e
40. NORIEGA Alfonso, Lecciones de Amparo, México 1975, Editorial Porrúa, S.A., s/e
41. PALLARES, Eduardo Diccionario de Derecho Procesal Civil, México 1987, Editorial Porrúa, s/e.
42. PALLARES, Eduardo. Tratado de las Acciones Civiles. México 1985, Editorial Porrúa, S.A., s/e

43. PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano, traducido de la Novena Edición Francesa y aumentado con notas originales muy ampliadas en la presente edición por D. José Fernández y González, México 1977, Editorial Época, S.A.
44. PLANIOL Marcel y RIPERT Georges, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Primera Parte, Tomo VI, Ediciones de Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2002.
45. POTHIER, R. J. Tratado de las Obligaciones, Publicado por Anales de Jurisprudencia. Colección Clásicos del Derecho. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2002.
46. RICCI, Francisco. Tratado de las Pruebas. Ediciones de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Colección Doctrina. México 2004.
47. RODRIGUEZ RODRIGUEZ Joaquín, Derecho Mercantil, Tomo II México 1947, Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición.
48. ROJINA VILLEGAS Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomos II, IV, México 1976, Editorial Porrúa, S.A., s/e
49. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Volumen 2, México, 2001, Editorial Porrúa, s/e,
50. SAVIGNY, M. F. C. de, Sistema de Derecho Romano Actual. Traducido del alemán por el Dr. M. CH. GUENOUX, vertido al castellano por el Profr. Jacinto Mejía y Manuel Poley. Madrid España, 1879, Edit. F. Góngora y Cia., Editores, Tomo VI.
51. SCHULZ, Fritz. Derecho Romano Clásico. España 1951, Edit. Bosch, s/e.
52. SOHM, Rudolf. Instituciones de Derecho Privado Romano, México 1951, Editorial Gráfica Panamericana, S. de R.L., s/e
53. TENA RAMIREZ, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, 31ª México 1977, Edición, Edit. Porrúa, S.A.

54. TUHR Andreas Von.- Tratado de las obligaciones, Tomo I, Madrid España 1934, Editado por Editorial Reus, S.A., s/e.

55. WACH, Adolf.- Derecho Procesal Civil. Tomo II, Buenos Aires, Argentina, 1977, Editorial Ediciones Jurídicas-Americana, s/e.

56. WESSELS, Johannes. Buenos Aires, Argentina, 1980, Ediciones Desalma.

II. HEMEROGRAFIA

1. ABITIA ARZAPALO, José Alfonso. De la Cosa Juzgada en Materia Civil, Ediciones de la Dirección de Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2003.

2. ALEXY Robert, El Concepto y Validez del Derecho. Barcelona España, 1997, Editorial Gedisa, S.A., Segunda Edición.

3. ALEXY, Robert. Derecho y Razón Práctica. México 1993. Editorial Distribuciones Fontamara, S.A., Primera Edición.

4. ALTAVILLA Enrico. La Culpa, Buenos Aires, Argentina, 1956, Editorial Temis-Bogotá. Distribuido por Roque De-Palma, Editor, s/e.

5. ATIENZA, Manuel – RUIZ Manero, Juan. Las Piezas del Derecho, Barcelona, España 1996, Edit. Ariel, S.A. s/e

6. BATIZA Rodolfo, El Fideicomiso Teoría y Práctica, México 1995, Editorial Jus, S.A. DE C.V. s/e

7. BERUMEN CAMPOS, Arturo, La Ética Jurídica como Redeterminación Dialéctica del Derecho Natural. México 2000, Cárdenas Editor y Distribuidor, Primera Edición.

8. BUNGE, Mario. Como buscar la Filosofía en las Ciencias Sociales. México 1997, Edit. Siglo XXI Editores, s/e.

9. BRAMONT ARIAS, Luis. Fraude Penal y Civil, Artículo publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XII., Buenos Aires, Argentina 1986, Editorial Diskrill, S.A. s/e

10. BOBBIO, Norberto, El Problema del Positivismo Jurídico. Distribuciones Fontamara, Traducción al Castellano por Ernesto Garzón Valdez del Título original Il Problema del Positivismo Jurídico, México 1999, Sexta Edición.
11. BULOW, Oskar Von, Excepciones y Presupuestos Procesales. Publicación de Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2001.
12. CARNELUTTI, Francisco. ¿Cómo se hace un proceso?, Publicación de la Dirección General de Anales de Jurisprudencia del Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Colección Doctrina, México 2002.
13. CHIOVENDA José. La condena en Costas. México 1985, Cárdenas Editor y Distribuidor, s/e.
14. COLOMBO Leonardo A., Culpa Concurrente artículo publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo V, Buenos Aires, Argentina 1986, Editorial Diskrill, S.A. s/e
15. DUGUIT, León. Teoría General del Acto Jurídico. México 1922, Editorial Cultura, s/e.
16. EZQUIAGA, Francisco Javier. Argumentos Interpretados y Postulados al Legislador Racional. Isonomia. Rev. de Teoría y Filosofía del Derecho, num. 1, México 1994, s/e.
17. FERRARA Francisco, La Simulación de los Actos Jurídicos, Revista de Derecho Privado, Madrid. España, 1960, s/e.
18. FIX FIERRO Héctor, Acción de Inconstitucionalidad, en Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, México 2001, Porrúa/UNAM, s/e.
19. GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Algunos Aspectos de la Doctrina Kelseniana. Exposición y Crítica. Conferencias del Autor en el Colegio Nacional. México, 1978, Edit. Porrúa, S.A, s/e.

20. GARCÍA MAYNEZ Eduardo. La Lógica Jurídica. Artículo Publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XVIII, Buenos Aires, Argentina 1991, Editorial Diskrill, S.A. s/e

21. GARCIA, MAYNEZ, Eduardo. Lógica del Raciocinio Jurídico. México 2002, Editorial Distribuciones Fontamara, S.A., Tercera reimpresión, s/e.

22. HABERMAS, Jûrgen, "Derecho y Moral", en Sobrerilla David (comp. Trad.), El Derecho, la Política y la Etica, México 1991, Siglo XXI Editores, s/e.

23. HART, H. L. A., El Concepto del Derecho, Traducción del Título original The concept of law, Traducción de Genaro R. Carrio, México 1978, Editora Nacional, s/e.

24. HEGEL, F. G. W. Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho ó Compendio de Derecho Natural y Ciencia del Estado. Madrid, España 2000, Edit. Biblioteca Nueva, S. L. s/e

25. IHERING Rudolf Von. El Fin en el Derecho, Tomo II, México. 1962, Editorial Cajica, S.A. Puebla, s/e.

26. JAKOBS, Günther. La Imputación Objetiva en Derecho Penal, México, D.F., marzo del 2002., Traducción por Manuel Cancío Melia, Ángel Editor, Primera Reimpresión, s/e.

27. KELSEN, Hans, Que es la Justicia? del titulo original, Was ist gerechtigkeit?, Traducción por Ernesto Garzón Valdez, México 2000, Ediciones Fontamara, S.A. s/e.

28. KELSEN, Hans, ¿Qué es la teoría pura del derecho? Distribuciones Fontamara, S.A., Traducción de Ernesto Garzón Valdez, Octava Edición, México, 2001, Distribuciones Fontamara, S.A.

29. LIEBMAN Enrico Tullio, Eficacia Y Autoridad De La Sentencia Y Otros Estudios Sobre La Cosa Juzgada, Publicaciones De Anales De Jurisprudencia "Colección Doctrina", Editado por la Dirección General

de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México 2002.

30. LYONS, David. Aspectos Morales de la Teoría Jurídica, Primea edición, Barcelona, España 1998, Editorial Gedisa, S.A.

31. MORENO SANCHEZ, Gabriel. Apuntes tomados en clase respecto a la Teoría de la Responsabilidad Civil.

32. MORENO SANCHEZ Gabriel. La Nulidad Procesal. Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, Editorial Oxford University Press, s/e.

33. OLDROYD David. El Arco del conocimiento. España 1993, Editorial Crítica Barcelona Grijalbo Comercial, S.A. s/e.

34. PRECIADO Hernández, Rafael, El artículo 14 Constitucional y Los Principios Generales del Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM, T. XIX. Números. 75-76, México, julio-diciembre de 1969.

35. RADBRUCH, Gustav. Los Fines del Derecho. Traducción de Daniel Kuri Breña. UNAM. Manuales Universitarios .Dirección General de Publicaciones, Primera reimpression en español Doceava Edición, México 1975.

36. RAWLS, Jhon. Teoría de la Justicia. Traducción del Título original A Theory of Justice por María Dolores González. Tercera reimpression México 2002, Editorial Fondo de Cultura Económica, s/e.

37. ROCCO Alfredo, la Sentencia Civil. La Interpretación de las Leyes Procesales, Ediciones de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2003.

38. ROSEMBERG Leo.- La carga de la prueba, traducción de Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Argentina, 1956, Ediciones Jurídicas Europa-América, s/e.

39. ROSSEAU, Juan Jacobo, El Contrato Social, Buenos Aires Argentina, 1970, Edit. Aguilar, No. 8, s/e.

40. SANTOS BRIZ, Jaime. La Responsabilidad Civil. Madrid, España, 1991, Editorial Montecorvo, S.A. s/e.

41. VIGO, Rodolfo. Interpretación Constitucional. Buenos Aires, Argentina, 1992, Editorial Abeledo Perrot, s/e.

42. ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Ductil, Madrid. 1995, Editorial Trotta, s/e.

43. ZAMORA-PIERCE Jesús, Garantías y Proceso Penal, 12ª Edición, México 2003, Editorial Porrúa, S.A. DE C.V.

44. ZANNONI, Eduardo. El Daño en la Responsabilidad Civil. Buenos Aires, Argentina, 1993, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L. s/e.

III. OTRAS FUENTES

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

LEY FEDERAL DE AMPARO.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA DE LOS AÑOS 1917-1955,
CUARTA PARTE, TERCERA SALA DE LA H. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA DE LOS AÑOS 1917-1995,
CUARTA PARTE, TERCERA SALA DE LA H. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN DE LOS AÑOS 1917-2000, TOMO IV, MATERIA CIVIL, JURISPRUDENCIA, MÉXICO, 2000.

APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN DE LOS AÑOS 1917-2000, TOMO II, MATERIA PENAL, PRECEDENTES RELEVANTES, VOL. I, MEXICO, 2000.