

Unidad Nacional Autónoma de México
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

LAS FACULTADES DISCRECIONALES DEL
REGISTRADOR

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

ENRIQUE GUERRERO REYES

MEXICO 1971



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**A la memoria de mi padre
Vicente Guerrero Ledezma**

**A mi madre señora Doña
Ana María Reyes Viuda-
de Guerrero:
Con veneración y cariño
a quien todo le debo.**

**A mis hermanos Vicente y
Magdalena:
En la conclusión de su -
obra, con el más profundo
agradecimiento.**

A mis hermanos: Ana Clara, ---
Mario, y Rodolfo, como un ---
tributo de la fraternidad que
nos ha unido y seguirá unien-
do.

A mi esposa Silvia, en ofren-
da a su esperanza.

A mis hermanos: Esther, Anto-
ni, Pascual, Carlos y Raymun-
do.

Lic. Luis Gonzalo Zermeño Maeda,
como testimonio de la sincera --
amistad que nos ha unido y que --
seguirá uniéndonos.

Lic. Omar Olivera de Luna, con es-
pecial agradecimiento por su va-
liosa ayuda.

A los distinguidos miembros del-
jurado.

A todos mis compañeros y amigos,
que en una forma contribuyeron a
realizar el fin propuesto.

CAPITULO PRIMERO

SISTEMAS LEGALES RESPECTO AL USO DEL ARBITRIO

TEMARIO: 1).- El arbitrio absoluto; 2.- Su conveniencia, oportunidad y peligros; 3.- La negación del arbitrio; 4.- Su antijuricidad y sus consecuencias; 5.- Sistemas mixtos; 6.- El arbitrio en el orden social; 7.- Concepto de autoridad; 8.- Su origen.

EL ARBITRIO ABSOLUTO

El arbitrio en general, es la facultad que tienen los seres racionales para determinar su conducta, de acuerdo con su libertad; de ahí que ordinariamente se use con -- epíteto y se diga: arbitrio o libre albedrío.

En sentido jurídico, el arbitrio se refiere, en principio, a la actividad jurisdiccional, y entonces significa la facultad de que disfrutaban los juzgadores para apreciar determinadas pruebas, hechos o situaciones que la misma ley aprecia o precisa.

De lo anterior se desprende que el ejercicio del albedrío judicial nunca debe confundirse con la arbitrariedad, sino que nace de la ley y está regulado por ella, de tal suerte, que ningún tribunal goza de arbitrio si no se lo concede la Ley, y al ejercitarlo tiene la ineludible --- obligación de ajustarse al dispositivo jurídico.

Por otra parte, el arbitrio no entraña la libertad psicológica para determinarse en cualquier sentido, no es la consagración del capricho, sino la libertad legal que, para serlo, debe también ajustarse a las reglas de la sana crítica, guiarse por los principios de la lógica, seguir -- las normas del recto raciocinio y acatar los valores de la prudencia y la justicia.

Según el lenguaje de la técnica jurídica, arbitrio en sentido estricto es el juicio o sentencia del Juez-árbitro, en oposición al juicio o sentencia del arbitrador,

que se llama arbitramento. De paso debe recordarse que árbitro es la persona que sin ser funcionario judicial, conoce de un litigio, lo tramita y pronuncia sentencia sobre él, - de acuerdo con las normas jurídicas aplicables al caso; en cambio, arbitrador es el árbitro expresamente facultado para fallar según su conciencia y sin atenerse al derecho escrito o estricto.

El término "arbitraje" se usa entre nosotros, con claro menosprecio al casticismo, para designar la actividad de los Tribunales laborales, en cuanto juzgan algún conflicto obrero-patronal, que no pudo resolverse por transacción. Así, dichos tribunales reciben la denominación de Juntas de Conciliación y Arbitraje, por cuanto en ellas se inician -- los pleitos con un período de conciliación, entendimiento o transacción de entre las partes.

Por extensión o semejanza se atribuye el arbitrio a todos los funcionarios públicos que, dentro de la esfera de sus atribuciones, puedan decidir las cuestiones que se les plantean según su leal saber y entender. En este sentido, puede hablarse del arbitrio de que disfrutaban los registradores.

Ahora bien, el arbitrio puede ser absoluto o restringido o relativo. El primero es propio de los sistemas jurídicos embrionarios o primitivos, en los que las leyes no son sino las costumbres, la prudente opinión de los ancianos o el inseguro capricho del monarca.

La reacción histórica contra este arbitrio sin límite preciso, consintió en el sistema formulario, que en Roma sujetó a los jueces a la expresión sacramental que produjeran las partes.

En sentido moderno, el arbitrio absoluto consiste en que el juzgador pueda resolver las cuestiones que se sujetan a su decisión, simplemente de acuerdo con su conciencia. Este arbitrio nace naturalmente de la Ley, pero el campo de su ejercicio comprende todas las lagunas legales.

Su existencia se justifica por el hecho de que, -- siendo el derecho el vínculo de relación entre todos los -- miembros de la colectividad, debe siempre resolver los conflictos suscitados con motivo de las necesidades comunes y -- como estas necesidades se modifican a medida que la comuni-- dad progresa, no puede el Derecho ni existe legislador alguno, que pueda preveer con exactitud las futuras exigencias -- que puedan presentarse.

El arbitrio relativo o restringido no deja al juzgador libertad para decidir, sino que debe resolver la cuestión que se le plantea, dentro de las posibilidades que la -- misma Ley señala.

CONVENIENCIA, OPORTUNIDAD Y PELIGROS DEL ARBITRIO ABSOLUTO.-

Los problemas jurídicos, como todas las cuestiones sociales en las que intervienen "ese animal diverso y ondu-- lante que es el hombre", no pueden resolverse con fórmulas --

matemáticas, con rigurosa exactitud científica; de ahí que -- muchos nieguen el carácter científico a todas las discipli-- nas que tienen la conducta del hombre como objeto formal.

No es el caso de analizar ahora si las discipli-- nas antropológicas son científicas o no, porque basta remi-- tirnos a los que sostienen la afirmativa.

Partamos del principio de que todos los hechos y -- actos jurídicos son sociales por naturaleza, puesto que --- siempre tienen como sujeto al hombre en relación con sus se-- mejantes. Ahora bien; el hombre no es un ser abstracto, pre-- determinado, acabado, sino un ser que se hace a sí mismo. -- En ese quehacer de construirse, el hombre puede seguir los-- derroteros más inesperados y cuando es objeto de juicio, la-- sensatez más elemental, la prudencia más rudimentaria y la-- justicia más simple, obligan a tomarlo tal como es, para rea-- lizar el postulado de "suum quique tribuere".

Es humanamente imposible que el legislador dicte -- normas para la infinita variedad de las características indi-- viduales; por ello cumple su función expidiendo normas gene-- rales. Entonces la Ley no puede resolver todos y cada uno de los casos individuales que se presenten, por lo que resulta-- indispensable del arbitrio judicial. Recordemos la individua-- lización de la pena como una exigencia universal.

En rigor jurídico, el arbitrio absoluto debiera --

ser el principio regulador de todas las decisiones de la autoridad, para que en esa forma realizara holgadamente el bien común, que es el fin para el que fué creada.

Ajustar una decisión sobre un hombre a lo que establecen leyes generales y abstractas, es consultar el derecho de ese hombre y frustrar los fines de la justicia.

Sin embargo, es necesario sujetar al arbitrio absoluto a ciertos principios jurídicos inmutables y hasta meta-jurídicos accidentales. Así, por ejemplo, el ejercicio del arbitrio nunca debe contrariar las normas universales del Derecho Natural, ni ignorar los elementos fácticos de cada caso.

Con lo anterior no se limita el arbitrio absoluto sino que se le enraiza en la realidad trascendente e histórica del hombre, se le fija su oportunidad y eficacia y se le concede la categoría de instrumento de la justicia humana.

Sostener la consagración de arbitrio absoluto como única norma para regular las decisiones de la autoridad, parece un despropósito y una negación de todo sistema jurídico, Sin embargo, no es así, porque el arbitrio absoluto no implica la ausencia de la legislación, sino por el contrario, la presupone para que dentro del ámbito abstracto de la Ley, pueda el juzgador moverse con libertad, decidiendo-

un caso concreto.

No se nos ocultan los peligros que implicaría la adopción de un arbitrio absoluto, porque, como se ha repetido hasta la saciedad, los problemas de los pueblos no radican en sus leyes, sino en sus hombres.

Puede haber una ley excelente y técnicamente perfecto, pero siempre será posible al hombre corromperla, distorcionarla, conculcarla o ignorarla. La sana conciencia es la mejor guía para la conducta humana, pero cuando esa conciencia se pervierte, será un ciego guiando a otro ciego.

Otro peligro que puede desatar la consagración -- del arbitrio absoluto, consiste en el quebrantamiento del principio de seguridad, que es la base y fundamento de todo orden jurídico. Si la sociedad no sabe cuáles son las normas rectoras para la conducta de sus miembros, sobreviene el caos jurídico.

Además, las pasiones, las ambiciones políticas, económicas y de toda índole, obscurecen de ordinario la clara serenidad del juicio y conducen a graves yerros.

Frente a estos peligros que realmente se ciernen sobre una colectividad en la que reina el arbitrio judicial absoluto, sólo hay que decir que no se trata del arbitrio en su sentido puro, sino de verdaderas y lamentables arbitrariedades.

Tal vez se diga que es cuestión de términos y entonces debe replicarse que no se trata de palabras, sino -

de valores humanos que no siempre es fácil conservar.

LA NEGACION DEL ARBITRIO

No se concibe en realidad un sistema jurídico en el que no se conceda al juzgador alguna libertad para resolver las cuestiones que se sujetan a su decisión. Aún en las legislaciones primitivas que conocemos, como las "Leyes de Hammurabi", el "Código de Manú", las Leyes de Licurgo, las Leyes de Dracón, Las Leyes de Solón y el "Yassa" de Gengis-Kan, así como la legislación azteca, dentro del marco de su estricta aplicación, permiten siempre al sentenciador una mínima libertad para decidir los conflictos que se le plantean.

Sin embargo, hubo un movimiento a principios del siglo pasado y que se prolongó casi por toda la centuria, propugnando la seguridad como valor fundamental y determinante del Derecho, de tal manera que se erigió en "desideratum" el principio de que la autoridad sólo podía hacer aquello que la Ley expresamente la facultaba.

Esta tendencia obedeció a concepciones abstractas como el "homo economicus" de los fisiócratas y otras análogas, que habrían de provocar la reacción del positivismo.

Si llegamos al extremo de considerar la seguridad jurídica como el valor supremo del Derecho y limitamos el ejercicio de la autoridad, no con las exigencias del Derecho Natural, sino con las disposiciones de un ordenamiento-

formalmente dictado como ley, pero atentatorio contra los atributos de la persona humana, habremos llegado al más tremendo de los absurdos.

ANTI JURICIDAD Y CONSECUENCIAS DE LA NEGACION DEL ARBITRIO.-

La Ley es una disposición general, abstracta, que persigue el bien común y solamente promulgada por el príncipe, según decía Santo Tomás. Cualquiera otra disposición, aunque provenga del Poder Legislativo y sea solemnemente promulgada, pero que no tenga las características de generalidad y abstracción, ni persiga el bien común, no es ley en su estricto sentido material del concepto, es decir, no es ley en su esencia. Porque si se refiere a personas determinadas, evidentemente no puede perseguir el bien común y si se refiere a un caso concreto, está normando el pasado, en evidente perjuicio de la colectividad.

Por lo tanto, como la ley no puede contener dispositivos singulares y referidos a un hecho ya consumado, resulta del todo antijurídica su aplicación y, por lo tanto perfectamente injusta.

Al negarse el arbitrio judicial, no se pretende otra cosa sino que la ley regule todos y cada uno de los actos de los hombres, específicamente considerados en su individualidad, lo cual es imposible humanamente.

Pero además de la imposibilidad que tiene el le-

gislador para adivinar las futuras situaciones concretas que se presenten en el decurso del devenir de la sociedad, la negación del arbitrio judicial acarrea otras consecuencias de mayor envergadura.

Como en la ley no se pueden contener todas las posibilidades, la negación del arbitrio judicial dejaría una larga serie de lagunas legales en las que el juzgador dejaría o nada tendría que hacer, abandonando los casos sujetos a su decisión o violentando los preceptos para aplicarlos -- "a fortiori".

La casuística se originó frente a la negativa del arbitrio judicial y, además de pervertir la técnica legislativa, si se usa el método para la interpretación de la Ley, se llega a la más fragante injusticia, rompiendo todo el orden social y, desde luego, la seguridad jurídica.

Decía el Maestro Don Manuel Herrera y Lasso, con notorfa ironía, al comentar el Capítulo I de nuestra Constitución, que en él no se consagraban los derechos del hombre, porque nada se decía sobre la libertad de estornudar libremente, ni de que las señoras fueran al mercado, ni tantas y tantas otras posibilidades que implican el ejercicio de derechos fundamentales.

Habría que imaginar lo monstruoso de un sistema jurídico, dentro del cual estuviesen previstas y reguladas to-

das las situaciones posibles de la conducta de los hombres.

SISTEMAS MIXTOS

En relación con el problema que es objeto del presente estudio, la prudencia aconseja colocarse en el justo medio y adoptar los llamados sistemas mixtos, ésto es, los que consagran un arbitrio judicial limitado legalmente.

De acuerdo con estos sistemas, el arbitrio, nace de la Ley y está regulado por ella, limitándolo a casos especiales.

El Artículo 14 de nuestra Constitución, establece el principio de estricta aplicación de la Ley, pero exclusivamente en cuanto a la aplicación de las penas; en materia civil, permite que las sentencias se dicten de acuerdo con la interpretación de la Ley o los principios generales del Derecho, principios que acoge el artículo 82 del Código de Procedimientos Civiles y el artículo 19 del Código Civil.

El artículo 21 del Título Especial de la Justicia de Paz del Código Procesal Civil, al establecer que las sentencias se dicten a verdad sabido, parece consagrar un arbitrio absoluto, pero no es así, porque siempre está el valla dar del Artículo 14 Constitucional.

El Artículo 20 del Código Civil, adopta el criterio de un arbitrio judicial relativo, al estatuir que cuan-

do haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decida a favor del que -- pretenda obtener lucro, y si los derechos fueren iguales, -- se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.

El Artículo 419 del Código de Procedimientos Civiles, concede arbitrio absoluto al juez para apreciar las -- pruebas pericial y testimonial, en tanto que los artículos 1302 y 1303 del Código de Comercio, conceden un arbitrio re -- lativo para la prueba testimonial y el Artículo 1301 del -- mismo ordenamiento, consagra un arbitrio absoluto respecto de la prueba pericial.

El Artículo 550 de la Ley Federal del Trabajo, -- también concede arbitrio absoluto a las Juntas para dictar sus laudos, debiendo advertirse que siempre que se alude a este arbitrio, debe entenderse que se sujetará a las normas del buen juicio y a la exigencia del artículo 14 Constitu -- cional.

Consideramos ocioso continuar mencionando los pre -- ceptos de nuestra legislación, que se refieren al arbitrio -- judicial, debiendo sólo añadir que en materia registral, el registrador también disfruta de cierto arbitrio judicial -- por semejanza.

Por ejemplo, los artículos 3002, 3005, 3011, 3013

y 3019 del Código Civil, le concede arbitrio para determinar si los documentos que se presentan para su inscripción, reúnen los requisitos legales; según el artículo 3010 del mismo cuerpo legal invocado, es el registrador quien debe apreciar conforme a su arbitrio, el interés legítimo y finalmente, el artículo 478 del Código de Procedimientos Civiles, faculta al registrador para inscribir un acta de embargo sobre finca sujeta a cédula hipotecaria, cuando conforme a su criterio, no se entorpezca el curso del juicio hipotecario ni se violen los derechos en el adquirente.

Cerramos el estudio del presente tema, reiterando que el arbitrio judicial es una necesidad jurídica que debe satisfacerse, pero con la prudencia necesario a efecto de que el arbitrio no se convierta en arbitrariedad y dé al traste con todo el sistema jurídico.

EL ORDEN SOCIAL

El hombre es un ser vivo, progresa y lucha organizado, esto es, realiza todas las actividades sometido a sistemas armónicas y de relativa permanencia, que le permite realizar, conservar y progresar sus creaciones y su vida coordinada con sus semejantes, distribuyendo las actividades y funciones de la vida social, la experiencia social histórica, prescribe la actividad humana organizada, esto es, debe

estar, sometida a sistemas regulares de orden, con lo cual se logra mayor eficacia, rendimiento y perfección en las obras humanas; este funcionalismo de órdenes particulares, así como generales de la sociedad, debe de entenderse como un sistema en el cual, las tareas y funciones de las partes, se encuentran adecuadas en lo particular a su objeto y coordinadas al máximo para mejor eficacia en la función general.

Hay desde luego actividades que por su propia naturaleza, requieran de la sola intervención de aquél sujeto que las realiza, ésto es, pertenece exclusivamente a la intimidad subjetiva, estos actos son el baluarte impenetrable de cada individuo y que, por lo tanto, son materia exclusiva de auto-determinación por parte de éste.

Hay que hacer notar, con Heller, lo siguiente: - "Constituiría, sin embargo, un grave error al creer que toda ordenación social debe ser referida a una disposición de carácter voluntario. Pues, por encima de todo nos encontramos con las ordenaciones de la naturaleza, como el nacimiento, la muerte o las Leyes de los impulsos que influyen en nuestro obrar, a las que todos estamos sometidos y en virtud de las cuales aparecemos insertos en las conexiones de la naturaleza al margen de toda voluntad propia o ajena".¹⁾

La agrupación humana, que como tal constituye un

1).- Heller Herman.- Teoría del Estado de México. 1955 -- pag. 200.

orden social, es en principio, un producto natural, se origina en la tendencia innata de los hombres que impelidos por un impulso congénito, se agrupan, constituyendo comunidades, lo cual hace que se clasifique al hombre entre los animales gregarios; naturalmente que el hombre acusa una peculiar diferencia con todos aquéllos, debido a su capacidad de crear órdenes de cultura con sentido de evaluación y progreso, sistemas que son producto exclusivo de un ser espiritual, un ente capaz de proponerse y realizar, sucesivamente, fines vinculados a sus propósitos, tanto individual como colectivamente.

Todo orden social presupone y requiere de un sistema de desahogo de las actividades de aquéllas que lo integran, asimismo requiere también que tales actividades se articulen en su desarrollo orientándose a la consecución de sus fines mediatos e inmediatos, dados por el propósito concreto que tiene todo sistema cultural de orden; por tanto, los seres humanos que íntegran un orden en un momento histórico determinado, deben estar sujetos y coordinados en sus actividades, ésto es, deben ser orientados, acordes y uniformes en un determinado sentido, en virtud de lo cual es preciso que el orden que forman lo actúe un individuo colocado jerárquicamente en un plano efectivo de mayor capacidad, poder, superioridad funcional, que active y dirija la realización y desarrollo del orden que actúe; ese-

director social que así se manifieste, tendrá como función la coordinación y activación del sistema y para lograr realizar en forma adecuada y eficaz su cometido, deberá someter sus actos a una orientación dirigida al beneficio colectivo, adecuando a cada individuo en sus funciones específicas de acuerdo con su capacidad, sus estímulos y su actividad y coordinando las funciones de todos y cada uno de los seres actuantes en el sistema al logro o consecución del objeto general que éste se proponga; de ahí la necesidad de que todo sistema del orden social, se encuentre gobernado y dirigido por una capacidad superior; el Doctor - Francisco González Díaz Lombardo,2) comentando a San Agustín, Obispo de Hipona, al respecto dice: "Pero si lo que - de por sí no tiene ser, dejará de ser en cuanto fuese abandonado por su causa, de aquí resulta la necesidad de la -- conservación y gobierno divinos del mundo. Conservación y gobierno son creación continua. Dios no abandona su obra, sino que la protege y conserva, de ahí la estabilidad y -- constancia del orden de las cosas de toda la naturaleza".

"La órden dada por Dios a la primera pareja Adán y Eva de creced y multiplicáos, es prueba palpable de la - orientación del hombre a la vida social y, como toda sociedad de arbitrio, se sigue de ahí el carácter primario de - las relaciones de subordinación".

2).- González Díaz Lombardo Francisco.- "Introducción a -- los Problemas de la Filosofía del Derecho. México --- 1956. pag. 152 a 156.

Esta forma de organización impone como consecuencia una jerarquización de funciones y de mando, lo cual inclusive podemos afirmar, tiene su origen en la propia naturaleza sociable de los hombres; la actividad directriz así orientada, involucra un contenido de autoridad al lograr al grupo en que se opera un sentido de superación al que los sujeta.

La vida contemporánea nos proporciona a la vez el ejemplo y la exigencia, cada día más imperiosa, de la organización, tanto individual como colectiva o sea que la complejidad a que el hombre ha llegado, requiere en su función y de su desarrollo, de acuerdo con sus necesidades, de un número infinito de sistemas de orden estructurados, coordinados y articulados por la función directriz de autoridad que adecúa los actos y las formaciones sociales a sus fines respectivos, forjando de esta manera el orden general que permite lograr una vida mejor para el hombre.

Un orden social debe ser una formación dinámica - actuante en la vida de comunidad bajo el principio ordenador y director de su arbitrio, que la imprime a su vez, verdad, efectividad y nobleza en la realización de tareas en la conquista infinita de metas de permanente superación; no hay orden activo y eficaz sin el arbitrio de los individuos.

CONCEPTO DE AUTORIDAD

El Maestro Andrés Sierra Rojas³⁾ en su obra Derecho Administrativo, dice: "En términos generales autoridad designamos a quien tiene potestad o facultad para hacer alguna cosa derivada de la Ley. Se indica también --- que la autoridad es el carácter que una persona reviste - por su empleo o representación".

Ahora bien. autoridad es una relación jerárquica relativamente permanente entre un individuo que emite directrices, y otro que las acata por auto-convencimiento con un resultante social de obediencia que estructurada y coordinada realiza una función social.

Se le llama también autoridad a la preponderancia social que logra el sujeto activo de la relación, --- frente a los sujetos pasivos, y al sujeto activo mismo; - así mismo se dice que los actos de éste tienen un contenido de autoridad.

En relación al concepto formal relativizado de autoridad, encontramos que tiene en general, las características del concepto sociológico del que se deriva, sólo que la resultante social de obediencia no es necesariamente obtenida por auto-convencimiento de los sujetos pasivos, sino que es una conducta exigida imperativamente por el sujeto activo, con fundamento en el orden jurídico formal y con apoyo efectivo del orden político de un lugar -

3).- Sierra Rojas Andrés.- "Derecho Administrativo". Mé-

determinado, En este tipo de autoridad, el sujeto activo se localiza abstractamente, por lo común en un órgano común del Estado, y, ya concretamente, en el funcionario encargado de desempeñar la actividad encomendada al órgano del que es titular.

La razón de la existencia de la autoridad formal, está fundada en la exigencia de un mínimo de seguridad jurídica, que requiere la sociedad para la seguridad y relativa permanencia de actuación de los órganos de dirección social necesaria dentro de cada comunidad.

La sola capacidad funcional de un individuo para realizar actos de dirección, organización social, no es en estricto rigor de autoridad; para serlo requerirá transformarse esa capacidad específica dentro de una relación en actos que por su naturaleza o trascendencia y contenido ético, actualicen adecuada y correctamente en la sociedad a la función específica de ese individuo en resultados que traducidos externamente, en obediencia conformada con el sentido del acto rector originario, realicen, al actualizarse, el complemento social que constituye el fin concreto de la función de la autoridad la autoridad, así concebida, es constante transformación en el devenir social, de la potencia en acto eficaz contenido funcional ético.

En la autoridad se trasluce o produce la correspondencia, la adecuación entre la capacidad funcional específica del sujeto activo, el acto que se trasluce emitido por ese sujeto a la conducta requerida y resultante en el sujeto pasivo; orientado todo el fenómeno de dirigir, conservar y desarrollar un orden; correspondencia entre capacidad funcional de un sujeto y resultado de un actuar social, valorado por su eficacia a la vez permanente y progresista.

Las formas que adopta la manifestación, serán productos históricos adecuados a las condiciones culturales y sociales del momento, serán verdaderos incrementos de los que no podrán prescribirse, como vivificación del principio natural de autoridad.

Podemos concluir que un fenómeno de autoridad será tal, no por su composición de elementos puros, sino por el contenido de la relación que presupone y la eficacia de alguno de sus pretendidos elementos.

Todo concepto cultural, tratése éste de un concepto jurídico o político o bien sociológico en estricto sentido, debe para su cabal comprensión, contemplarse siempre con una visión de conjunto, ésto es, con conciencia de unidad estructural y funcional como fenómeno de la realidad social, y no autorizando en la descomposición de sus elementos, sin embargo, para los efectos de un análisis, puede hacerse una descomposi---

ción del enunciado con que hemos pretendido definir la autoridad, reiterando por nuestra parte, la advertencia que anteriormente hemos hecho, en el sentido de que no concebimos el fenómeno como una superposición de elementos sino como estructura unitaria y dinámica que adquiere su cabal sentido en la realidad social de su función.

Por lo tanto, autoridad es la atribución que hace el orden jurídico político de un Estado a un Órgano o de un funcionario, avocados, en principio a desempeñar la función particular de sujetos activos en las funciones generales -- del Estado. Dentro de esta concepción, también es la imputación colectiva de capacidad o de calidad social, referida a un sujeto.

SU ORIGEN

Tres son los principios básicos sobre los cuales se pretende el origen de la autoridad y, consecuentemente, en ellas también fundan su legitimación.- El principio de democrático aristotélico y el autocrático, que en general, -- son doctrinalmente referidos, no solo en el fenómeno de autoridad, sino en toda forma de poder social.

En relación con el concepto primario de autoridad en la actualidad se disputa fundamentalmente entre la tendencia democrática y la autocrática.

Por su parte, con el movimiento preparado por Hobbes,⁴⁾ John Lock y Russeau que culmina en la Revolución --

4).- Platón.- La República Mex. 1954. pags. 85 y 86.

Francesa y el Liberalismo Europeo, se robustece la tendencia a buscar el origen y la legitimación de todas las formas de aparición de poder social, en la voluntad del Pueblo, concebido en varias formas, pero casi siempre como una estructura unitaria acabada, capaz de manifestarse también como unidad en la vida social.- El Liberalismo ha heredado a nuestra época contemporánea, un enorme caudal de material demagógico, en torno a las fantasías políticas democráticas y pseudo-democráticas y en la época histórica en que vivimos, se han venido a presentar con gran éxito teórico, las tesis que tienen como piedra de toque y presupuesto incommovible la absoluta validez de las teorías democráticas, como origen de todos los sistemas y fenómenos de orden social.

Independientemente de que por nuestra parte, solo aceptamos una relativa validez de las tesis democráticas; -- respecto al fenómeno de autoridad, no aceptamos de ninguna manera que sea el pueblo, como unidad física o metafísica, quien genere la autoridad ni como fenómeno integral que anteriormente hemos descrito, ni como atribución formal a un individuo.

El pueblo, como entidad definida y unitaria, es sólo un buen deseo formulado teóricamente, o bien esa unidad es meramente simbólica, pues aún en el caso de mayor armonía en la realización de sus actos y en la generalización de las aspiraciones e intereses de una comunidad siempre se encuentra

rá el elemento de contradicción, actuando como una fuerza de división o desunión en el seno de toda sociedad.

En torno a la autoridad como atribución formal, jurídica o política, encontramos que, no obstante que en el sistema de esa clase de órdenes, generalmente condensado y basado en la Constitución Política de una comunidad, se atribuyen al "Pueblo", derechos soberanos y se les imputan facultades supremas, ello generalmente se reduce a meras posturas demagógicas que jamás tienen aplicación efectiva en la realidad de la vida social, pues el fenómeno más general al respecto, es que la mayoría de los hombres se subordinan a la actuación decidida, eficaz y enérgica de un hombre o de una minoría.

La tesis autocrática respecto del origen de la autoridad, pudiera decirse que es la más aproximada a la realidad social, en la explicación de la génesis de la autoridad, pero no puede sostenerse completamente válida para explicar satisfactoriamente por sí sola, el origen del fenómeno en la realidad social, aunque hemos afirmado, en cuanto al aspecto sociológico de dicho fenómeno, que el proceso se inicia en un sujeto activo, sin embargo, hemos de advertir que tal acto se encuentra condicionado doblemente, primero al resultado inmediato de logro u obtención sistemática de obediencia social y, en segundo lugar, a la eficacia en la proyección y aplicación de ese elemento vivo de obediencia a la realiza-

ción de tareas útiles y adecuadas para la satisfacción de necesidades sociales, en lo cual involucra su contenido ético.

Por lo tanto, en principio puede aceptarse que el desarrollo del fenómeno, desde el punto de vista sociológico que es de los sujetos activos de donde parte el acto originario que da lugar al desarrollo de todo el proceso de la autoridad.

Ahora bien, si consideramos el problema de autoridad ampliado a la totalidad del orden universal, la tesis teocrática resultará adecuada para resolver el problema de una autoridad trascendente a la existencia biológica y material de los seres humanos, para ello pasa de ser un problema religioso-espiritual, interesante sólo para aquéllos que sienten preocupación de esta naturaleza, y referida no sólo para sí, sino para todos los seres en quienes se considere la existencia del espíritu, ya sea de seres humanos ya se trate de seres y elementos existentes en el universo; por nuestra parte, aceptamos la existencia de un ser supremo, génesis, principio y fin de todo cuanto existe en el cosmos y en la naturaleza, todos los acontecimientos, producciones y fenómenos se encuentran en una unidad de intención, de sentido de orden, sujetos a ese primer principio del universo, que como causa y fin de sí mismo, todo es, en última instancia, manifestación de su ser y que es la unidad de su diver-

sidad, de su Unidad, de quien todo proviene y a quien todo refluye.

Existen además, algunas otras tesis de importancia secundaria para explicar el origen de la autoridad, alguna de las cuales están referidas a las tres más importantes que acabamos de ver; de ellas enumeramos las más interesantes:

a).- La autoridad como producto de la naturaleza, Tesis sostenida por el jurisnaturalismo y que, en última instancia, desde el punto de vista sociológico, deja pendiente de solución definitiva el problema.

b).- La voluntad humana como generadora de autoridad.- Tesis contractualista, sostenida desde Grecia y está en boga por el liberalismo. Conforme a nuestro criterio, la tesis contractualista generalizada a los fenómenos sociales primarios, como es el de autoridad, carecen de validez y eficacia en la efectiva realidad social.

c).- Origen de la autoridad en el linaje.- Tesis racista, sin posible conformación histórica, sostenida, entre otros pensados por Gobineau.

d).- Tesis de la fuerza.- Sostenida por Cateches, Trarimuco, Maquiavelo, etc.

e).- En el derecho positivo.- Tesis formalista, sostenida por el juspositivismo, particularmente por Kelsen⁵⁾

5).- Kelsen Hans.- "Teoría del Estado y del Derecho".- México 1955. pag. 142.

que pretende que la autoridad tiene su origen en el Derecho formán y en la atribución hecha a sujetos, determinada única y exclusivamente por el Derecho Positivo.

f).- Origen de la autoridad en una relación, In--trapsíquica, sostenida por algunos psicólogos modernos, entre los que podemos citar a González Díaz Lombardo Francisco⁶⁾.

g).- Como producto del conocimiento humano, sostienen quienes pretenden fundar el origen de la autoridad en estas teorías, que "existen por que los ciudadanos la --consienten", o porque el "pueblo" acepta.- Esta posición, - que frecuentemente encontramos vinculada a las tesis demo--cráticas, es igualmente equívoca a nuestro parecer, ya que la oposición del fenómeno de autoridad no esta condicionada a la aceptación por el pueblo, entidad hipotética y discuti--ble como tal.

La aparición y actuación del fenómeno de autori--dad comúnmente esta sobre el consentimiento racional de los hombres, es producto del empuje natural en el desarrollo di--námico y coordinado de su existencia colectiva.

6).- González Días Lombardo Francisco.- Introducción a los problemas de la Filosofía del Derecho.- México 1956.- pag. 92.

CAPITULO SEGUNDO

EL ARBITRIO EN MATERIA PENAL Y CIVIL.

TEMARIO: 9).- Sistemas de arbitrio en Materia Penal; 10).- El ejercicio de ese arbitrio para la apreciación de las pruebas; 11).- El uso del arbitrio para imponer penas; 12).- Sistemas del arbitrio en materia Civil; 13).- Para la apreciación de las pruebas; 14).- Para llenar las lagunas de la Ley.

SISTEMAS DE ARBITRIO EN MATERIA PENAL.

En el clan primitivo, la venganza privada, reacción netamente individual, era el instrumento y la forma de justicia para castigar a los delincuentes, cada quien se hacia justicia por su propia mano, por la de sus parientes y allegados, siendo posible que, en vez de la reparación perseguida, consiguiera menor daño, si el ofensor era más fuerte.- Es así como encontramos que el propio individuo atacado, sus pariente o amigos, se convierten en los primeros Jueces de que la humanidad conoce y los cuales dictaban sus sentencias de acuerdo con el impulso de venganza y ejecutaban la pena que, como es natural, no tenía proporcionalidad y, en consecuencia, rebasa de continuo los límites de la agresión recibida.

Pero con el transcurso del tiempo al crecer la humanidad, las exigencias de la vida se hicieron más complejas y, como corolario, se van estrechando los lazos de solaridad social y ante la necesidad del grupo, se va debilitando por las continuas venganzas entre los miembros del mismo, ante grupos antagónicos con los cuales tenían que guerrear; el derecho de castigar fué desplazándose gradualmente del individuo a la comunidad.- Posteriormente, se va logrando mitigar las violencias y excesos cometidos, mediante una proporción entre delito y daño y se crean como remedios el talión y la composición; es así como, gradualmente

la venganza privada se va convirtiendo en pública, siendo el monarca o poderoso, quien absorbe el contenido de la acción a juzgar.- El monarca defiende a su pueblo de los enemigos exteriores, por medio de la guerra y de los agresores internos, por medio de la justicia, en su persona, se reúne el poder de legislar, administrar y de ser juez; la historia nos habla de monarcas sabios como Salomón, Amorbí, Alfonso el Sabio, etc., que supieron desempeñar estas funciones con acierto y sabiduría, pero no teniendo todos la misma capacidad, y, además no teniendo tiempo necesario por las continuas guerras en que se veían envueltos, poco a poco van delegando su facultad jurisdiccional en un funcionario o especial, consagrado a la tarea de hacer justicia, al Juez a quien dotan poderes extralimitados para el desempeño de la función jurisdiccional, queda así, en manos del juez, el derecho de perseguir y de castigar a los enemigos interiores del grupo social y a todos aquéllos que en alguna forma violan los preceptos establecidos o los que establezca el grupo o comunidad.- Se convierte así el Juez, no tan solo en legislador, sino también en titular del poder de jurisdicción, y, como tal, persigue, acusa, prueba y condena.- Podría suponerse que en este período, cuando nace el poder absoluto del Juez, nace el arbitrio judicial, más sin embargo, a lo que se está dando nacimiento es a la arbitrariedad, al absolutismo judicial -

que lleve al funcionario a cometer las mayores atrocidades. El hecho de que el monarca puede disponer en forma absoluta del nombramiento y freno del Juez.

El arbitrio del juez o judicial, es la facultad que se deja a los jueces para la apreciación circunstancial que la ley no alcanza.- Don Constantino Bernardo de Quiroz⁷⁾ define el arbitrio judicial como "la facultad de los juzgadores respecto a la aplicación de las leyes, de servir se de su criterio personal en cuanto no esté definido y medido por aquéllos".

A nuestro entender, para llegar a una mejor apreciación del concepto jurídico penal del arbitrio judicial, es preciso tomar en cuenta la dualidad funcional, que el principio representa, pues opera tanto en el campo del Derecho Procesal como en el Sustantivo.- En el primer caso, el arbitrio judicial consiste en la facultad discrecional del juzgador para la justipreciación de las pruebas.- Des de el punto de vista del campo del Derecho Sustantivo, tratando de reducir a su mínima expresión el concepto, diremos que de acuerdo con Ceniceros el arbitrio judicial admite dos posibilidades: Una absoluta y otra restringida.- Si el Juez tiene facultades para determinar la pena que aplica, en este caso el arbitrio judicial es absoluto, y si por el contrario, el juez sólo tiene facultades para determinar la mayor o menor duración de la pena, o medida que la ley expresamen

7).- Bernardo de Quiroz Constantino. México 1958 pag. 170.

te le impone, el arbitrio será restringido.

El arbitrio que tiene el juzgador para la valoración de las pruebas lo podemos determinar por los siguientes sistemas:

Primero.- Sistema de libre apreciación.

Segundo.- Sistema legal.

El Maestro Rafael de Pina⁸⁾ en su obra Derecho Procesal Penal, nos dice en que consiste cada uno de los sistemas antes mencionados, y refiriéndose al primero o sea al libre apreciación, manifiesta que "es qué en que la convicción del juez no está ligada a un criterio legal pre-establecido, formándose por lo tanto, respecto a la eficacia de la misma, según su valoración personal, sin traba alguna de carácter positivo", Pasando al segundo de los sistemas denominado legal o tasado, dice: "Que la convicción del Juez no se forma espontáneamente por la apreciación, de la práctica del proceso, sino que, su eficacia depende de la estimación que la ley hace previamente de cada uno de los medios que integran el derecho probatorio. Y refiriéndose al último de los sistemas manifiesta: Que dicho sistema admite la libre apreciación en cuanto afecta a unas pruebas como la testifical, la pericial y la presuntiva y liga la convicción del Juez por lo que respecta -

8).- De Pina Rafael.- Derecho Procesal Penal. México 1956, pag. 180.

a otras como la confesional, documental etc.

Por lo consiguiente, nuestra legislación adopta el sistema mixto para la valoración de las pruebas y en cuanto al Derecho Sustantivo, el arbitrio judicial es relativo, como lo hemos expuesto anteriormente. La idea de la proporcionalidad de las penas, el sistema de las penas fijas y el automatismo del Juez para ponerlas, ya no satisfacen. El derecho de castigar se humaniza y ya no se ve solamente el hecho delictuoso, sino que se entiende el delincuente y más que a éste, al hombre. Se estudia su personalidad, sus antecedentes, el medio en que se desarrolla, etc. El antiguo concepto que se tenía sobre el Derecho Penal, dice José Agustín Martínez⁹⁾ cambia sustancialmente para transformarse en un derecho de defensa y prevención; el objeto del Derecho Penal viene a ser ahora la defensa de la Sociedad, organizada como estado y de los individuos que la forman; nacen los conceptos de estado peligroso y medidas de seguridad; el derecho de defensa no surge tan solo cuando el delito ha ocurrido, sino que se adelanta a impedirlo. Pero a la vez, estos nuevos conceptos traen consigo la necesidad de crear nuevas facultades para los órganos jurídicos a quien se exige adecuar la pena al delincuente, con las bases que la Ley establece, esto es, individualizarla, sin esta adecuación o individualización la que, a la postre, da vida a la institución del arbitrio ju

9).- Martínez José Agustín.- Derecho Penal, citado por Pina Rafael. México 1942. pag. 192.

dicial con las características y limitaciones antes expuestas.

- EL EJERCICIO DE ESE ARBITRIO PARA LA APRECIACION DE LAS-
PRUEBAS

El criterio que ha sostenido nuestra legislación en el ejercicio del arbitrio de la apreciación de las pruebas siguiendo a uno de los autores mexicanos que ha hecho un estudio brillante al respecto, me refiero al Sr. Lic. - Francisco Sodi¹⁰⁾ en su obra titulada "Procedimientos Penal Mexicano", en donde dice:

"El Código de Procedimiento del Fuero Común de - 1931, superó a su antecesor, al evitar el lamentable error cometido por éste, estableciendo sistemas legales de apreciación de la prueba, distintos según se trate de delitos leves o no; ahora los jueces de paz, los de primera instancia, foráneos, los mismos que integran las cortes penales de la ciudad de México, se ajustan al mismo sistema sobre el particular.

Los Jueces y Tribunales, dice el Artículo 246 -- del Código, apreciarán las pruebas de acuerdo con las reglas contenidas en el capítulo denominado "Valor Jurídico de la Prueba". Establece que, en principio, el sistema de 1894, sistema consistente en dar normas al juzgador para que determine el valor de las pruebas, mejor dicho, tiene como criterio fundamental dar al juez como regla general, el valor de cada prueba.

10).- Sodi Francisco.- Procedimiento Penal Mexicano.- México 1933. pag. 187.

Siguiendo el ejemplo de su antecesor, no inmediato sino mediato, pues entre él y el de 1894, está el de 1929 que rigió afortunadamente tan sólo dos años. El código vigente continúa estableciendo que mientras jueces y magistrados, debrán acudir a él, preguntándole si las pruebas que en cada caso tienen, producen o no convicción, los jurados disfrutan del más amplio arbitrio sobre el particular.

Los medios de prueba expresamente adoptados por el Código, son seis, de conformidad con su Artículo 135, a saber: confesional, documentos públicos y privados, dictámen de peritos, inspección judicial, testigos y presunciones.

De estas pruebas, sólo son apreciables libremente por el Juez, la pericial y la presuncional, el resto, como el Código de 1894, está sujeto a reglas fijas. En efecto, hacen prueba plena, la confesión judicial, cuando satisface ciertas circunstancias, los instrumentos públicos, los documentos privados judicialmente reconocidos por su autor en su contra, la inspección judicial, el dicho de los testigos mayores de toda excepción, que siendo presenciales, convenzan en la sustancia y accidentes del hecho.

En conclusión, dice este autor, que este Código sigue el sistema mixto con una fuerte tendencia a la prueba tasada.

En materia penal, la justicia exige que se pruebe no sólo que se ejecutó el hecho que la ley castiga como delito, sino también que se midan y pesen hasta sus pequeñas circunstancias, para que no se imponga al reo otra pena que la que en estricta justicia merezca, y la realidad nos ha demostrado que en un solo proceso, intervienen frecuentemente varios reos, ejecutores todos, pero en diversos grados, de un solo hecho y merecedores por lo mismo de diversas penas; por todo ésto, podemos afirmar que el sistema estrictamente legal, es inaceptable y que el criterio humano desempeña el papel principal en los juicios de esta clase.

En mi concepto, por medio del arbitrio judicial, que es el sistema mixto al cual me adhiero, se puede llegar a una mejor comprobación de los casos de delincuencia, pues dejando al juez en libertad de apreciar todas aquellas pruebas que se le presenten y de poder practicar todas las diligencias necesarias para poder comprobar la responsabilidad de un individuo, el juzgador, al fundar la sentencia, habrá buscado todos aquellos caminos que lo lleven a afirmar que el individuo que está juzgando, es inocente o responsable del delito que se le imputa, pero para que llegue a este arbitrio judicial, es necesario que los puestos de los jueces estén en manos de individuos preparados en la materia, es decir, funcionarios de carrera, ap-

tos para desempeñar la importante misión que es la de impartir justicia y, además, que nuestros tribunales cuenten con el personal necesario para poder hacer una investigación de la personalidad del delincuente: solamente así podrá decirse que el arbitrio judicial en el mejor de los sistemas de la apreciación de las pruebas.

Considero necesario, aunque sea brevemente, analizar cada uno de los medios de prueba que admite nuestra legislación y en qué forma opera el arbitrio del juzgador en cada uno de ellos.

La confesión judicial es una prueba personalista que, como tal y por venir sobretodo del delincuente, es de carácter subjetivo y solamente viene a demostrar la intervención y responsabilidad del sujeto que la hace, de un determinado hecho punible, pero es necesario que el hecho punible exista, porque puede ser que la confesión sea falsa - de acros imaginarios.¹¹⁾

En cuanto a la fuerza probatoria, rodeada de ciertos requisitos que el legislador ha considerado indispensables, con el fin de que puedan ameritar una condena.

El Código vigente en el Distrito y Territorios Federales, acredita a la confesión judicial como prueba plena siguiendo los requisitos siguientes:

Primero.- Que esté comprobada la existencia del delito.

11).- Castillo Larrañaga José y Rafael de Pina.- Instituciones del Derecho Procesal Civil. México. 1942. pag.102.

tos para desempeñar la importante misión que es la de impartir justicia y, además, que nuestros tribunales cuenten con el personal necesario para poder hacer una investigación de la personalidad del delincuente; solamente así podrá decirse que el arbitrio judicial en el mejor de los sistemas de la apreciación de las pruebas.

Considero necesario, aunque sea brevemente, analizar cada uno de los medios de prueba que admite nuestra legislación y en qué forma opera el arbitrio del juzgador en cada uno de ellos.

La confesión judicial es una prueba personalista que, como tal y por venir sobretodo del delincuente, es de carácter subjetivo y solamente viene a demostrar la intervención y responsabilidad del sujeto que la hace, de un determinado hecho punible, pero es necesario que el hecho punible exista, porque puede ser que la confesión sea falsa de actos imaginarios.¹¹⁾

En cuanto a la fuerza probatoria, rodeada de ciertos requisitos que el legislador ha considerado indispensables, con el fin de que puedan ameritar una condena.

El Código vigente en el Distrito y Territorios Federales, acredita a la confesión judicial como prueba plena siguiendo los requisitos siguientes:

Primero.- Que esté comprobada la existencia del delito.

11).- Derecho Penal Mexicano.

Segundo.- Que sea hecha por persona mayor de 14 años y en su contra, con pleno conocimiento, sin coacción ni violencia.

Tercero.- Que sea de hecho propio.

Cuarto.- Que sea hecha ante el juez o ante el funcionario de Policía Judicial, que haya practicado las primeras diligencias.

Nuestro Código le dá a la confesión judicial, prueba plena y el juzgador ve limitado su arbitrio, puesto que establece la propia ley, el valor de dicha prueba, como antes queda demostrado.

La prueba pericial es, sin duda, la que puede disponer el juez para llegar a tener un completo conocimiento del delito y del delincuente y se encuentra entre las más importantes.

En nuestro sistema procesal, la prueba pericial es valorizada por el juez, aunque muchos autores erróneamente creen que el juzgador debe tener por cierto lo manifiesto por los peritos, pero el objeto de la pericial es únicamente el de ilustrar al juez y éste obra con toda libertad para apreciar el dictámen. La prueba pericial tendrá lugar cuando sean necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria, para ilustrar al juzgador, para que con su prudente arbitrio, pueda determinar el valor probatorio. En esta prueba es en la cual se le deja al juzga-

dor el de valorizar dicha prueba; por lo consiguiente, el Código vigente adopta el sistema de libre apreciación o valoración, en relación a la antes citada prueba.

De la valoración que haga el juzgador, debe ser también el resultado del análisis creativo de su fundamentó y de los antecedentes de hechos proporcionados por las partes, tomando en cuenta las demás pruebas adoptadas.

La inspección judicial.- En mi concepto, este medio de prueba ocupa uno de los primeros lugares, puesto que es una prueba real determinada por el conocimiento inmediato de las cosas, se separa de los demás medios probatorios por ser la única que tiende a producir convencimiento, no por medio de una demostración razonada, sino por la certeza que llega a producir en el juez, por cierto, de que el testigo es la persona física que, llamada o voluntariamente, declara ante el juez que lo que sabe del delito.¹²⁾

En nuestro derecho, para que la prueba testimonial tenga pleno valor probatorio, exige que las declaraciones sean hechas por dos testigos que convengan en la sustancia y accidentes del hecho delictuoso y que hayan oído pronunciar las palabras o visto el hecho sobre el que se declara. Sin embargo, esta regla es quebrantada por la propia Ley, que más adelante dice que también harán prueba plena, las declaraciones de dos testigos que convengan en la sus-

12).- Carrilutti Francisco.- Francia 1946.- pag. 185. "Derecho Procesal Civil".

tancia pero no en los accidentes, cuando a juicio del juez, éstos no modifiquen la sustancia del hecho.

Para estos casos, el valor de la prueba testimonial queda al arbitrio del juez. Por lo antes expuesto, el arbitrio del juez por una parte está restringido por la ley por lo que debe de darle el valor que establece la misma; y por el otro, se deja al juez en completo arbitrio para valorarla, es decir, que el arbitrio del juez adopta el sistema mixto.

Las presunciones son pruebas que se fundan en la relación que se establece entre ciertos hechos consignados en la instrucción, y otros que se trate de acreditar, obrando el arbitrio del juez sin el auxilio de ningún testimonio deduce las consecuencias del hecho desconocido, procediendo por los hechos conocidos.

En la actualidad, en casi todas las legislaciones ha sido abandonada la teoría legal, y se deja al criterio del juez la apreciación de las pruebas y, por lo tanto, el de apreciar el valor de los indicios, sin fijarle ninguna regla que limite a la presunción, la fuerza probatoria. La vista real de las cosas, siendo ésta la causa por la cual, en materia penal, se haga de ella una aplicación constante y tenga, además, una gran importancia, en virtud de que se admiten sin restricciones la prueba de indicios y, además, porque en las cuestiones que se ventilan en los juicios cri

minales, predomina siempre el hecho.

De acuerdo con el Artículo 253 del Código de Procedimientos Penales en vigor, la inspección judicial hará prueba plena, siempre que se practiquen con los requisitos que la Ley establece. En esta prueba, el arbitrio del juez es amplio, es decir, que el juez puede y debe valorizarla a su prudente criterio, una vez más, se demuestra que nuestro Código adopta el sistema mixto; en el presente caso, el legislador, con un criterio más amplio, adopta el sistema de la prueba libre.

En nuestro medio social, la prueba testimonial es uno de los medios de prueba más usuales y puede llegar a decirse que caso no hay proceso en que el testigo no constituya sino lo principal, cuando menos una de las más imprescindibles pruebas y, en muchas ocasiones, la única de que se puede echar mano. El Maestro Francisco Sodi¹³⁾ en su obra "Procedimiento Penal Mexicano", manifiesta: "el testigo es una persona física que proporciona su conocimiento sobre el objeto de la prueba en el proceso o, mejor dicho, es la persona que en alguna forma tuvo conocimiento del delito". El mismo autor, llega a la conclusión, muy acertada, con el florecimiento del arbitrio judicial, la prueba presuncional ha tomado gran importancia en todas las legislaciones que sustentan este criterio, pues al suprimir las reglas de va-

13).- Sodi Francisco.- Procedimiento Penal Mexicano.- México.- 1939.- pag. 210.

loración y autorizar al juzgador a allegarse a cualquier medio que sirva para fundar su conficción, ha dado oportunidad a las presunciones o indicios de ocupar en la escala de los medios probatorios, uno de los primeros lugares, al grado de que autores, como el Lic. Franciso Sodi, considera -- que es la prueba por excelencia.

En lo relativo al valor probatorio de la presunción, la ley vigente establece que los jueces "apreciarán en conciencia el valor de las presunciones, hasta poder considerar su conjunto como prueba plena.

Por último, el sistema de las pruebas de nuestra legislación, siguiendo las doctrinas contemporáneas, no limita los medios probatorios de que pueda hacer uso el juzgador, sino que le da amplia facultad para considerar, como prueba, todo áquel objeto, circunstancia o antecedente que por su relación con los hechos que son objeto del juicio, - tiendan a esclarecer la verdad, "que es el fin específico - del proceso".

EL USO DEL ARBITRIO PARA IMPONER PENAS.

A nuestro entender, para llegar a una mejor apreciación del concepto jurídico penal del arbitrio judicial, - es preciso tomar en cuenta la dualidad funcional que el principio representa, pues opera tanto en el campo del derecho procesal, como en el sustantivo. En el primer caso, el arbi

trio judicial consiste en la facultad discrecional del juzgador para la justificación de las pruebas; desde el campo del derecho sustantivo, tratando de reducir a su mínima -- expresión el concepto, diremos que de acuerdo con Cenice--ros, el arbitrio judicial admite dos posibilidades, una -- absoluta y otra relativa.- Carrancá y Trujillo las llaman--absolutas y restringidas.¹⁴⁾ Si el juez tiene facultad para determinar la pena que aplica, en este caso, el arbitrio judicial es absoluto y nos llevaría al ideal, hasta -- ahora utópico de Morado Montero, de la sentencia determina--da; si por el contrario, el juez sólo tiene facultades para determinar la mayor o menor duración de la pena o medida que la ley expresamente le impone, el arbitrio judicial será relativo. Por otra parte, existe una definición, presentada por la Delegación Universitaria al Congreso de la Halla,¹⁵⁾ que considera que el arbitrio judicial radica en la facultad que tiene el órgano jurisdiccional, para da -- adecuada solución al aspecto básico del derecho represivo. La individualización de la pena, creémos que en la conjunción de ambas definiciones está el quid de la cuestión; -- consecuentemente, acentuamos una definición, que en realidad es más bien una explicación y que consiste en que el -- arbitrio judicial es la facultad concebida a los juzgado--res, para solucionar el problema de la individualización -

14).- Carrancá y Trujillo Raúl, México. 1955. pag.315

15).- Revista del Congreso Universitario de La Halla. 1955 pag. 57.

de la pena y fijar la sanción, que su criterio les dicte -- dentro de los límites que la ley establece.

Superando el sistema de las penas fijas y de las penas paralelas, ahora se estima que al definirse el delito se señale la sanción correspondiente, dentro de un mínimo - y un máximo. Corresponde al juez escoger, dentro de esos límites, la sanción a que el estudio de la personalidad del criminal y su arbitrio lo conduzcan. Esta libertad para escoger entre el mínimo (garantía de la sociedad) y el máximo (garantía del reo), constituye el límite del arbitrio judicial. Pero hay más, según Cuello Calón, la determinación de la pena presente dos aspectos: "El cualitativo, según el -- cual los delitos más graves deben de ser penados con penas más graves y deben ser castigados con penas de clase diversa, atendiendo a su diversa naturaleza; el cuantitativo en que la pena de cada delito debe aplicarse al mayor o menor del reo, es únicamente en el aspecto cuantitativo en el que puede el juez determinar la pena aplicable. Bajo este aspecto, Jiménez de Azúa, aparte de considerar el arbitrio judicial como uno de los nuevos postes del Derecho Penal de ---- nuestra época, lo estima también, en íntimo contacto, con - la garantía nullen crimen, sine poena, nula poena sine lege que crece y se desarrolla a expensas de esta máxima de Arca ico Solar.

Si bien es cierto, como se dijo antes, la ley concede al juez un mínimo y un máximo para escoger dentro de-

éstas la pena que, en su concepto, deberá ser aplicada al agente del delito, también lo es que la propia ley no le permite escoger arbitrariamente la sanción dentro de estos límites, sino que previamente, debe dar solución a los problemas que le plantea la individualización de la pena, teniendo en cuenta, como dice G.M. Tarde, que lo malo es que individualizar la pena es desigualada para faltas iguales y es bueno tener en cuenta el sentimiento de injusticia -- aparente que esta desigualdad no puede dejar de hacer experimentar a los condenados o a muchos y a la masa ignorante del público.

Precisamente, para evitar esa desigualdad de la pena ante faltas iguales, se hace necesario que el juzgador proceda, al individualizar la pena, al estudio pormenorizado de todos los elementos que formaron con el delito que se adentre en el estudio del delincuente, estudiando a fondo su personalidad, el medio en que se desarrolla, su cultura, situación económica, el daño producido y sobre todo, a la víctima y todo ésto es la medida que se requiere para cada caso.

Según Ferri¹⁶⁾ la aplicación de la norma penal impone al Juez en cada caso concreto, cinco problemas prácticos: Primero.- Si el hecho fué realmente cometido; Segundo.- Si el hecho cometido constituyé delito (prueba jurídi

16).- Ferri Enrique.- Principios de Derecho Criminal. Madrid 1933. pag. 120.

ca); Tercero.- Si el delito fué cometido por el procesado (prueba específica); Cuarto.- En que condiciones personales y de ambientes ha cometido el delito (prueba psicológica) y, por lo tanto, con arreglo a las leyes penales vigentes, si es o no moralmente responsable; Quinto.- Que grado de sanción represiva establecida por la ley debe determinarse contra el procesado (conclusión procesal). Resumiendo las ideas de Ferri antes expresadas, diremos que para la labor del juez se acerque lo más posible al anhelo de justicia que debe florecer en su sentencia, se necesita -- que haya adecuado el uso del método y de la técnica, ampliando sus conocimientos en criminología, penología, antropología, y en las demás ciencias auxiliares del Derecho; y, -- sobre todo, tener presente, de acuerdo con las ideas de -- Thgren, que lo principal no lo constituyen ni el delito ni el criminal, sino el peligro que existe para la sociedad -- en la consumación del primero y la actuación del segundo.-

Si la individualización de la pena gira alrededor de los conceptos: Delito, Delincuente y Víctima, como consecuencia, el juez al decidir en su sentencia, tiene -- que relacionar estos conceptos conforme al impero que le -- impone la Ley.

El arbitrio judicial se encuentra considerado en los Artículos 51 y 52 del Código Penal, como dice Carrancá y Trujillo¹⁷⁾ "Constituye el pivote sobre el cual gira to-

17).- Carrancá y Trujillo Raúl.- Derecho Procesal Mexicano Mexico. 1955. pag. 165.

da legislación mexicana, que acredita su imperio político, y su atención en la peligrosidad del hombre delincuente". El artículo 51 antes citado establece: "Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y -- las peculiares del delincuente". En realidad este concepto constituye la base legal del arbitrio judicial, puesto que el Artículo 52 del mismo cuerpo legal invocado, se -- concreta a señalar la forma en que se debe de desarrollar la institución. Es de observarse, en primer lugar, que el Artículo 51 se encuentran las limitaciones a que debe sujetarse el juez al ejercitar el arbitrio.- La razón aducida para crear un arbitrio judicial moderado, al decir de Francisco Argüelles, se debieron a que, aparte de los impedimentos constitucionales que encontró la Convención Redactora para conceder un arbitrio más amplio, se procuró "se hiciera menos sensible la transición que se introducía" y, además, "se tuvo que conciliar las nuevas orientaciones de la ciencia penal, que estima indispensable la existencia de un arbitrio judicial como medio de realizar una eficaz individualización de la pena, pero sin olvidar la realidad de la vida jurídica mexicana y la desconfianza - que se tiene a los funcionarios judiciales, ya que se duda de su capacidad, ya que se teme se dobleguen ante el -

poder, se rindan ante la amistad o se vendan ante el dinero", citado por Argüelles 18) en su obra " El uso del arbitrio".

Consideramos en parte injusto el reproche que se hace, por la convención Redactora, al abogado juez de la época en que entró en vigor el Código del 31, aunque no con los conocimientos que en la actualidad se pretende tengan los jueces, sobre todo en las ciencias auxiliares del Derecho sí había profesionales que en forma razonable pudieron haber desempeñado el puesto del juzgador. Ceniceros decía después de tres años de vigencia del Código: "Hay un hecho indudable, que el arbitrio concedido a los Jueces no ha degenerado en arbitrariedad, sino que ha permitido una saludable individualización judicial de las sanciones y la iniciación de una verdadera jurisprudencia penal"

SISTEMAS DEL ARBITRIO EN MATERIA CIVIL

Francisco Caneluti 19) en su obra "Sistema de Derecho Procesal Civil", afirma que la valoración a las pruebas puede hacerse mediante dos sistemas: El primero que consiste en darle plena libertad al Juzgador para valorar en cada caso la eficacia de la prueba, según su prudente arbitrio y la regla que se debe aplicar; y el segundo, de imponer al juzgador la regla jurídica según la cual deberá apreciar la eficacia de las pruebas.

El sistema de la prueba legal es aquél en el cual

18).- Argüelles Francisco. El uso del Arbitrio Pag. 4501.

19).- Caneluti Francisco. Sistemas de Derecho Procesal Civil Argentina 1944. Pag. 471 tomo II

la valoración de las pruebas se encuentra regulada por la Ley y, por el contrario, el de la prueba libre es aquél en el que el juez tiene amplias facultades para la valoración.

El primero se apoya en el texto legal, en consecuencia, el juzgador debe acatar la voluntad de la ley sin poder pasar sobre ella, ésto es, el juez debe dar a cada prueba el valor que la ley fija, independientemente de que considere que determinada prueba sí es suficiente o no lo es.

Igualmente Carneluti nos dice: "El resultado de la valoración de las pruebas consiste en conocer su eficacia o ineficacia para establecer la verdad de la afirmación que hacemos" en este sentido su eficacia dependerá de la convicción que en otras personas produzca para demostrar la verdad o demostrar la existencia o inexistencia del hecho litigioso.

El sistema de la prueba legal es aquél en el cual el legislador fija las normas y las reglas taxativas que determinan el valor probatorio de los medios de prueba que se presentan al juez o que el mismo produce, con la relación a la controversia. En este caso, el papel del juzgador consiste en analizar y en hacer un balance de los medios de prueba, de acuerdo con la eficacia que la ley le concede. Esta forma hizo más perfecto el sistema probatorio en su aspecto técnico; y actualmente va decayendo por estar alejado

de la realidad objetiva y dá resultados contrarios a la ---
verdad.

Carneluti considera que el sistema legal no tiene regulada la valoración de todas las pruebas y además sus reglas no siempre excluyen en absoluto, la libertad del --- juez; considera que existe un sin número de pruebas que no pueden dejar de valorarse porque no se encuentran previstas en la Ley, por lo que el sistema legal resulta limitado y -- que no tiene función para excluir de toda apreciación judicial.

Zamora considera que este sistema deber ser excluído de los ordenamientos positivos, por que no pueden sustituir la eficacia probatoria que dimana de las normas de la experiencia del Juez.

El sistema de la prueba libre es conocido como --- libre apreciación de la prueba, es el polo opuesto de la --- prueba legal. El sistema de la libre convicción, es aquél --- en el que el juez goza de bastante libertad para determinar la eficacia de las pruebas aportadas por las partes en el -- proceso o controversia.

Kisch 20) en su obra "Elementos de Derechos Procesal Civil", al referirse a este sistema, considera que los medios y motivos de prueba no están limitados por la Ley, --- pero todos son admisibles, y que el juez tiene libertad: ----

20).- W. Kisch. "Elementos de Derecho Procesal Civil" Traducida por Leonardo Prieto. Segunda Edición. Pag. 202, 203.

"para sopesar el valor probatorio de cada uno de los medios según las reglas de la lógica y de su experiencia, midiendo el mayor o menor influjo que pueda alcanzar un determinado medio de prueba, en cada caso, respecto a su convicción!"

Afirma que "A la variedad enorme de la vida humana, sólo puede responder cumplidamente al principio de libertad, ya que pone al juez en condiciones de considerar cada circunstancia en sus relaciones con el tiempo, las personas, los lugares, etc., y, consecuentemente, apreciar su significación en el caso concreto, con amplitud tal, que permite confiar en la exactitud rigurosa del juicio. Naturalmente que el juez actual podrá alguna vez, seguir algunos puntos de vista que fuesen decisivos, bajo el imperio de la prueba legal, pero no como norma jurídica, vinculante, sino como regla de la vida, como principio de la lógica, como resultado de la experiencia.

Es fácilmente comprensible que con tal sistema, la responsabilidad del juez aumentó considerablemente, pero especialmente debe guardarse mucho precisamente por el amplio campo de la iniciativa que se le deja, le dejan llevarse por impresiones subjetivas y arbitrarias en la formación de su convicción y como esto podría ocurrir, se dispone que motiva las sentencias, indicando las razones que le han motivado a fallar del modo que lo hace, con lo que se-

constríne a ejercer un auto-control, al mismo tiempo que se posibilita a otras personas, especialmente a los superiores tribunales, al examen posterior de los negocios".

En el sistema de la sana crítica o la prueba -- razonada, Eduardo Couturé²¹⁾ en su libro " Fundamentos --- del Derecho Procesal Civil" dice: Que este sistema es ---- una figura de la prueba legal y la libre convicción.

En efecto, no tiene la rigidez y la formalidad-- de la primera, ni la incertidumbre que produce la prueba - libre; todo lo contrario, es un medio que facilita el ---- proceso valorativo de la prueba que, aún desconociendo --- sus orígenes, permite regular la actividad intelectual --- del juez frente a su valoración.

El autor mencionado afirma que "Las reglas de - la sana crítica son las reglas del correcto entendimiento humano..... en las que se encuentran las reglas de la lógica o las reglas de la experiencia del juez, las cuales contribuyen de igual manera, al análisis de las pruebas".

El Juez al sentenciar el litigio debe de hacerlo con arreglo a la sana crítica, es decir, sin tener libertad para razonar ni discrecional ni arbitrariamente.- "La sana crítica es la unión de la lógica de la experiencia, sin ser excesivas abstracciones del orden intelec--- tual, tendientes a asegurar el más acertado y eficaz razo

21). Couturé Eduardo. "Fundamentos del Derecho Procesal"- Argentina 1944. Pag. 238

namiento" 21).

Para los maestros Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga 22), en su obra "Instituciones del Derecho Procesal Civil", manifiestan que el sistema mixto es ---- aquel que consiste en combinar los dos sistemas, el de la prueba legal y la prueba libre, los cuales sirven para resolver el grave problema tradicional que existe entre la necesidad y la necesidad de certeza.

En forma especial, el Código de Procedimientos Civiles establece en su Artículo 424, que "la valoración de las pruebas se hará de acuerdo con el presente capítulo, a menos que por el enlace interior de las pruebas requeridas y de las presunciones formadas por el tribunal, adquiera convicción distinta, respecto de los hechos materia del litigio. En este caso, deberá fundar el juez, cuidadosamente, esta parte de su sentencia".

Como ejemplo de las disposiciones que tiene su fundamento en el sistema legal, encontramos los Artículos del 402 al 406, que se refieren a la confesional judicial Artículo del 407 al 408, a la confesión extrajudicial, --- Artículo 413 a las actuaciones judiciales, Artículo 414 -- a los documentos privados, reconocidos legalmente, Artículo 421 a las presunciones legales.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles tiene-

22).- Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga. "Instituciones del Derecho Procesal Civil. México 1954. Pag. 240.

el sistema de la prueba libre en su Artículo 419, que ordena que las pruebas testificales y periciales sean valuadas conforme al arbitrio del juez; el artículo 420, que se refiere a las pruebas fotográficas y demás pruebas científicas, también se deja al arbitrio del juzgador. Por lo antes expuesto, igual que el Código Penal, el Código de Procedimientos Civiles rige el sistema mixto.

EL ARBITRIO PARA LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS.

La apreciación o valoración de las pruebas es la parte del proceso más importante, que corresponde exclusivamente al juez, quien de acuerdo con estos conceptos y -- con su prudente arbitrio, debe apreciar las pruebas ofrecidas en el juicio, refiriéndose, con más amplitud y precisión, analizando cada uno de los medios de prueba que establece nuestra legislación,

Para el Maestro Pallares, la confesión es el conocimiento expreso o tácito que hace una de las partes, de hechos que le son propios, relativos a las cuestiones controvertidas y que le perjudican.

En la prueba confesional, el arbitrio del juez -- está restringido por la ley, puesto que la propia ley le -- dá el valor probatorio, careciendo el juzgador de arbitrio para su apreciación.

El valor probatorio de la prueba confesional, la

reglamenta el Artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles, al establecer los requisitos necesarios para que la confesión judicial haga prueba plena, es decir, que sea hecha por personas capaces de obligarse y que sea hecha en pleno conocimiento y sin coacción ni violencia, que sea hecho propio o, en su caso, del representado o del cedente y concerniente al negocio; y que se haga en la forma establecida por la ley.

La confesión judicial o extrajudicial, sólo produce efecto en lo que perjudica al que lo hace, pero no puede dividirse contra el que lo hizo, salvo cuando se refiere a hechos diferentes, o cuando una parte de la confesión está probada por otros medios, o cuando en algún extremo, sea contraria a la naturaleza o a las leyes.

Nuestro Código se declara por el sistema legal o tasado de valoración de la prueba confesional, por lo que el juez acata la voluntad de la ley, por consiguiente, el juez debe dar el valor de que la ley fija, en la prueba confesional.

El artículo 424 del Código de Procedimientos Civiles, establece que la valoración de las pruebas se hará conforme al Capítulo relativo a su eficacia, de tal manera que por lo que toca a la prueba documental, tendrá el valor que el capítulo les conceda; sin embargo, el juzgador-

tiene plena libertad para determinar, dentro del proceso, el valor concedido a cada medio en particular, por lo que su arbitrio es amplio.

El documento público sólo hace prueba contra todos, respecto de los actos que se llevan a cabo ante el funcionario y respecto de los que debe dar fé, con arreglo a la ley, Artículos 343 Fracciones III y IV y 411 y 414.

Los instrumentos públicos no se perjudicarán, en cuanto a su validez, por las explicaciones que se aleguen para destruir la acción en que ellos se fundan, según el Artículo 411.

Los documentos privados sólo harán prueba plena y contra su autor, cuando fueren reconocidos legalmente. En el reconocimiento expreso de documentos privados, es aplicable en lo dispuesto en las fracciones I y II del Artículo 402 y Artículo 414 del Código de Procedimientos Civiles.

Las reglas de la prueba confesional son también aplicables al reconocimiento de documentos privados, por lo que se refiere a las reglas en la confesión ficta, es decir, cuando alguien ha sido citado legalmente para que concorra a reconocer un documento, con el apercibimiento respectivo, si no comparece, se produce un reconocimiento tácito con relación al contenido y autenticidad del documento, Artículos 322 y 414.

Los documentos privados y la correspondencia pro

cedente de uno de los interesados presentados por vía de prueba y no objetados por la contraria dentro del término legal, se tendrán por admitidos y surtirán sus efectos como si hubiesen sido reconocidos expresamente.

Por lo expuesto, nuestro Código emplea el sistema mixto, que determina por un lado la fuerza probatoria de los medios de prueba, y por otra, concede al juzgador plena libertad para determinar dentro del litigio, el valor concedido a cada medio en particular.

PRUEBA PERICIAL

El Maestro Demetrio Sodi²³⁾ considera que la prueba pericial se presenta cuando el juez confía a personas técnicas el oficio de examinar una cuestión de hecho que exige conocimientos especiales para tener de ellos un parecer.

El Maestro Pallares²⁴⁾ considera que la anterior definición es incorrecta porque el perito sí tiene por objeto aportar al debate juicios de valoración y de carácter técnico fundados en la ciencia o arte en que es perito.

La función del perito consiste en determinar la forma en que los hechos controvertidos se ha presentado, ilustrando de esta manera la opinión del juez, pero nunca puede exteriorizar su opinión en cuestiones de derecho y

23).- Demetrio Sodi. pag. 230

24).- Maestro Pallares. pag. 180

mucho menos tratar de establecer o determinar que un hecho reúne los requisitos exigidos por la ley para producir el supuesto previsto por ella.

Para conocer los hechos litigiosos que el juez ignora y por su dificultad para entenderlas, tiene que valerse del auxilio de quienes tengan conocimientos técnicos científicos o simplemente empíricos y con ésto dar luz al juzgador,.

Tres son los sistemas que existen en la actualidad para nombrar a los peritos:

1.- El italiano es aquél en que el juez tiene facultades para designar a los peritos, así como el número de ellos.

2.- Aquel en que cada parte nombra su propio perito y de común acuerdo las partes nombran al tercero; éste sistema es seguido por la legislación francesa.

3.- El español en que la prueba se puede hacer por uno o por tres peritos, según que así haya sido establecido por las partes u ordenado por la autoridad judicial.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles acepta el sistema español que puede considerarse como un sistema mixto.

La clasificación de la Prueba Pericial, la podemos determinar como extrajudicial, judicial, voluntaria, -

necesaria, singular y plural.

La extrajudicial es aquélla que se realiza fuera del juicio; la judicial es la que se practica dentro del proceso; la voluntaria es la que se inicia por las partes o por el juez sin estar obligada por la ley para hacerla; la necesaria, cuando la ley obliga a rendir la prueba pericial; singular es cuando interviene un solo perito por cada parte y el tercero nombrado por el juez; la plural; cuando intervienen varios peritos por cada parte.

El Artículo 419 del Código de Procedimientos Civiles, establece que el dictámen de peritos en la prueba pericial serán valorizados según el prudente arbitrio del juez. En este caso, puede escoger entre los diversos dictámenes, el que le parezca el mejor fundado y aún desecharlos todos, pudiendo nombrar por su cuenta un nuevo perito.

De acuerdo con el sistema de valoración de la prueba seguido por nuestros legisladores, consideramos que es muy buena la solución que se dá a la apreciación que este medio probatorio, puesto que el Juez tiene aquí plena libertad para determinar su eficacia. Si se le diera un valor probatorio pleno a la prueba pericial, nos encontraríamos con los siguientes problemas: Primero, los peritos no serían auxiliares del juez, sino que, en lugar de aconsejarle una solución, le propondrían ésta en una forma obligatoria. Segundo: En el supuesto de que hubiera dos --

dictámenes contradictorios, como frecuentemente sucede, el Juez se vería obligado a aceptar el que considerara más -- acertado, con gran perjuicio para la parte que no obtuviera el veredicto favorable.

Si bien es cierto que el legislador concede al juzgador una facultad para valorar la prueba pericial, ésta se encuentra limitada por el prudente arbitrio. Dicha apreciación deber ser el resultado de un análisis crítico de sus fundamentos y de los antecedentes de hechos proporcionados por las partes, así como tomando en cuenta las -- demás pruebas que le permitan formarse una convicción plena de solución que pretende dar. Esta solución debe ser -- considerada igualmente, tomando en cuenta el grado de cultura que posea el Juez.

En conclusión, nuestro Código invocado acepta y dirige la prueba pericial de la libre valoración, por el arbitrio del juez que es absoluto, sin incurrir en arbitrariedad.

La prueba testimonial la define el Maestro Pallares diciendo que: "Testigo es toda persona que tiene conocimiento de los hechos controvertidos y que no es parte en el juicio respectivo y de que es testigo cuando se conoce un hecho que tenga trascendencia procesal".

La apreciación en la prueba testimonial que hace el Juez será valorada según su prudente arbitrio. De acuer

do con el sistema mixto que concede al juzgador libertad - para valorizar y apreciar las pruebas y de conformidad con lo que establece el Artículo 419 del Código de Procedimientos Civiles, encontramos que la apreciación de este medio de prueba no puede ser mejor.

En efecto, el legislador con un criterio más amplio y con ideas avanzadas, deja al prudente arbitrio del Juez la eficacia jurídica que pueda producir la prueba testimonial en contraposición a la eficacia que se concedía - anteriormente al mismo medio de prueba.

La solución es buena, puesto que aquí el Juez se deja llevar por los principios de la lógica y por las reglas de la sana crítica, para determinar si esta prueba -- resulta eficaz o nó. Por el contrario, si su eficacia se - encuentra pre-determinada en la Ley, es decir, si se diere pleno valor probatorio a este medio, la posibilidad del -- Juez para resolver el asunto en uno o en otro sentido, se -- vería menospreciada, se le obligaría a tener probados --- ciertos hechos que por otros medios no se encuentran probados, dando lugar a situaciones difíciles de resolver, atento a la tabla de valoración de dichos medios.

La prueba llamada la fama pública, se ha considerado como una variante del testimonio.

Nuestro sistema legal considera a la fama pública

como un medio de prueba, fijando los requisitos necesarios de su existencia en su Artículo 376 del Código de Procedimientos Civiles, sin embargo, ha estado en desuso por la forma tan fácil de desvirtuarse y por el mayor mal que se ocasiona con ella. Naturalmente que hay cierto hechos que es indispensable tomarla en cuenta, por no existir otro medio de prueba, como ejemplo citaré el concubinato, el estado de hijo, etc.

Nuestra Ley Procesal no determina con exactitud la eficacia probatoria de la fama pública, puesto que no se refiere a ella en ninguno de sus artículos, sin embargo, creemos que debe considerarse como una presunción que teniendo un viso de verdad, sea susceptible de aprovechar una convicción en el Juez. Todo esto, con base en el supuesto del Artículo 424 que expresamente determina que si por enlace interior de las pruebas rendidas y de las presunciones formadas, el juzgador adquiere convicción distinta, la valoración de las pruebas no se hará con fundamento en este Capítulo, es decir, el Juez tomará su valoración a su prudente arbitrio.

La valoración de las presunciones, el Artículo 421 del Código de Procedimientos Civiles vigente, establece que las presunciones legales hacen prueba plena. Por su parte, los artículos 422 y 423 del mismo cuerpo legal invocado, señalan los requisitos que deben tener las presuncio

nes de cosa juzgada y las cuestiones relativas al estado civil y de identidad de persona.

El Artículo 422 del citado cuerpo legal dice: -- "Para que la presunción de cosa juzgada surta efectos en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concorra -- identidad en las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueren".

En las cuestiones relativas a estado civil de las personas y a la validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz en -- contra de terceros, aunque no hubieren litigado.

El Artículo 423 del mismo cuerpo legal establece "Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medios de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso, más o menos necesario; los jueces -- apreciarán, en justicia, el valor de las presunciones humanas.

Por el contenido de estas reglas, deducimos que el legislador sigue el sistema mixto de valoración de las pruebas, por lo que si bien es cierto que se especifica -- con claridad el enlace probatorio de cada medio en especial no se encuentra coartada la libertad del juzgador para dar a cada medio el valor que a su arbitrio y convic---

ción le fijó.

La prueba documental es la que se hace por medio de documentos, en la forma establecida o pre-fijada por las leyes procesales.

El Código de Procedimientos Civiles, en sus Artículos del 411 al 417, hace un estudio de los documentos públicos y privados, los cuales fijan el valor que se les concede por su eficacia probatoria. Los documentos públicos sólo pueden derivar su eficacia probatoria de la fe pública que tienen los funcionarios que los expidan. Por este motivo, la ley sólo concede eficacia probatoria plena, a los documentos o actos que el funcionario esté facultado para autorizar o certificar, según el Artículo 413 del Código invocado.

El documento privado sólo hará prueba plena y contra su autor, cuando fuere reconocido legalmente por el mismo. El reconocimiento expreso de documentos privados es aplicable lo dispuesto en el Fracción 1a. y 2a. del Artículo 42 y 404 del Código multicitado.

El Artículo 424 establece que la valoración de las pruebas se harán conforme al Capítulo relativo a su eficacia, de tal manera que por lo que toca a los documentos, ellos tendrán el valor que ese Capítulo les concede y con los efectos que el mismo le indica; sin embargo, no debe olvidarse que el valor que les conceden los Artículos respectivos, pueden ser desatendidos por el Juez, de acuer

do con lo dispuesto en la parte final del mismo, cuando por el enlace interior de las pruebas rendidas y de las presunciones formadas, adquiera convicción distinta, respecto a los hechos controvertidos en el juicio. En este caso, debe fundar el Juez, cuidadosamente, esta parte de la sentencia. Nuestro Código de Procedimientos Civiles, como hemos manifestado, emplea el sistema mixto al determinar la fuerza probatoria de los medios de prueba, y por el otro, concede al Juez plena libertad para determinar el valor probatorio.

La valoración de los documentos privados se hace conforme a las reglas que se contienen en los artículos mencionados anteriormente, aquí el arbitrio del Juez está reglamentado por dichos artículos, igualmente en lo que se refiere a los documentos públicos que hacen prueba plena, las reglas de la prueba confesional, son aplicables al reconocimiento del documento privado.

PARA LLENAR LAS LAGUNAS DE LA LEY.

Hay lagunas de la ley, pero el derecho nunca las podrá tener, partiendo de dicho principio, el Juez está obligado a resolver la controversia que se le ha cometido, por lo que se convertirá el juzgador en legislador, para buscar la norma aplicable al caso no previsto por la ley, ya que es obligación y deber, el resolver toda controversia que le presenten, en virtud de que las lagunas de la ley no

justifican al Juez para dejar sin solución el caso concreto que se le ha sometido. Casi siempre prevee la posibilidad de llenar la laguna de la misma, indicando al Juez de qué medios podrá valerse para llenar dichas lagunas.

En materia Civil, remite a los principios generales de Derecho, como lo establece el Artículo 14 Constitucional, en su párrafo Cuarto, que dice: "En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y, a falta de ésta, se fundará en los principios generales del Derecho". Asimismo, el Artículo 19 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, manifiesta: "Las controversias judiciales de orden civil, deben resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica, y, a falta de ley, se resolverá conforme a los principios generales del Derecho".

Como vemos, el Artículo 14 Constitucional y el 19 del Código Civil, facultan al Juez para buscar la norma adecuada para llenar las lagunas de la Ley, con la limitación-exclusivamente de que debe buscar la norma adecuada, en los principios generales del Derecho, por lo cual el Juez tiene amplias facultades para llenar las lagunas de la Ley; ya que su limitación, que establece el citado artículo 14 Constitucional, debe considerarse no una limitación, por que los principios generales del Derecho son verdades jurídicas

notorias e indiscutibles de carácter general que se encuentran en la ciencia del Derecho, y la investigación que realiza el Juez no es solamente interpretativa sino creadora, poniéndose como legislador, es decir, como si el legislador hubiese previsto el caso y dictara la norma adecuada al caso concreto, con la diferencia de que el legislador dicta normas de carácter general y abstracto y el juez crea exclusivamente la norma al caso particular de observancia al caso sometido a su jurisdicción.

El ilustre jurista, Maestro Rojina Villegas ²³⁾ en su libro "Introducción al Estudio del Derecho", dice: "..... El Artículo 14 Constitucional claramente establece que a falta de Ley, el caso se resolverá de acuerdo con los principios generales del Derecho, lo que significa que el recurso a ellos es el único procedimiento de integración autorizado por nuestra ley fundamental".

Ahora bien, ¿Que debe entenderse por principios Generales del Derecho?. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido en sus ejecutorias los principios generales del Derecho, que con verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaborados o seleccionados por la ciencia del Derecho, de tal manera que el Juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere pronunciado si hubiese es-

23).- Rojina Villegas Rafael. Introducción al Estudio del Derecho. México. Pag. 327.

tado presente, siendo condición de los aludidos principios, que no desarmonice el conjunto de las normas legales cuyas lagunas han de llenar 24).

Al realizar el Juez la actividad de buscar la norma para llenar las lagunas de la ley, está obligado a establecer las normas de decisión, no de una manera arbitraria, sino de la misma forma en que el legislador lo hubiera hecho de haberlo tenido presente.

CAPITULO TERCERO

EL ARBITRIO JUDICIAL EN MATERIA MERCANTIL.

TEMARIO: 15.- Origen y funciones del Derecho Mercantil; ----
16.- Paralelismo entre las ramas Civil y Mercantil-
del Derecho Privado; 17.- Arbitrio para apreciar la
forma del juicio mercantil o vía mercantil; 18.- Ca
so excepcional de nuestro Código de Comercio vigen-
te; 19.- Sistemas adoptados por nuestra legislación
mercantil; 20.- El Registro para los actos de comer
cio.

ORIGEN Y FUNCIONES DEL DERECHO MERCANTIL

Es bien sabido que el Derecho Mercantil está ---- constituido por las normas jurídicas especiales, que regu-- lan los actos de comercio, o los facilitan de modo directo-- y de las relaciones que se establecen entre comerciantes, o entre personas que sin serlo, intervienen en los actos de - comercio. La rapidez y facilidad que el fenómeno mercan---- til reclama, dieron lugar a la creación de instituciones y reglas especiales para cumplir esas finalidades, que al --- constituirse en cuerpos de doctrina y legislación, desprendidos del Derecho Civil Común, vinieron a formar el Dere--- cho Mercantil.

Dice Vittorio Salandra (24-1):",..... a pesar de que el derecho mercantil está constituido por un conjunto-- de normas que modifican en parte y en parte íntegran las--- del derecho común, especialmente las del derecho civil, pa-- ra adaptar estas normas a las exigencias de la actividad co-- mercial, no existe un sistema del derecho de las obligacio-- nes mercantiles diverso del sistema del derecho de las ---- obligaciones civiles. Existen solamente normas relativas--- a las obligaciones mercantiles, o normas relativas a algu-- nas de ellas, las cuales modifican o completan las normas-- del derecho civil sobre obligaciones. Estas últimas tam---- bién se aplican en materia mercantil, si ella no está re---

24-1). Salandra Vittorio. "Curso del Derecho Mercantil". Edi-- torial Jus. México 1949. Página 9.

glamentada de manera especial por las leyes comerciales o por los usos mercantiles. Algunas de las normas especiales se aplican a todas las obligaciones comerciales que revisten una forma determinada (obligaciones representadas por títulos de crédito, obligaciones cambiarias en particular); otras, se aplican sólo a determinadas obligaciones mercantiles, resultantes de ciertos contratos o relaciones jurídicas (reglas sobre la venta, la prenda, el mandato, el transporte, sobre las operaciones de banca el seguro, las expediciones marítimas, etc.). Entre las primeras se acostumbra comprender ciertas normas que, aunque encuentran su reglamentación en el Código de Comercio porque su aplicación más frecuente se dá en materia comercial y en ella se han desenvuelto, se extienden a todas las obligaciones, incluso a las civiles (así por ejemplo, la regla sobre contratos entre personas lejanas, o sobrepago con moneda extranjera, o sobre títulos al portador).

Así pues, aunque las normas específicas del Derecho Mercantil, tengan las características especiales que se requieren para la celeridad y facilidad de los actos de comercio, esencialmente no difieren de las reglas del Derecho civil, en cuya cuna nacieron y siguen perteneciendo Al Derecho Privado, aunque no sea el caso por ahora de plantear la cuestión relativa a la existencia del Derecho Público y del Derecho Privado, por ser ajena a los propó-

sitos del presente trabajo.

En consecuencia, los sistemas que se han reseñado en el capítulo precedente, relativos al arbitrio judicial en materia civil, son aplicables en principio a las cuestiones suscitadas ante los tribunales por motivos mercantiles y en obvio de repeticiones nos remitimos a lo que dejamos expresado con anterioridad.

PARALELISMO ENTRE LAS RAMAS CIVIL Y MERCANTIL DEL DERECHO-PRIVADO.

Hay pues un paralelismo entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, paralelismo que significa que por -- más que se prolonguen (profundicen o especialicen) jamás -- llegarán a juntarse. Pero como en matemáticas se dice que dos líneas paralelas se unen en el infinito, de manera semejante debe establecerse que el paralelismo existente entre los Derechos Civil y Mercantil, no impide de manera -- absoluta que lleguen a interceptarse, en virtud de una institución conocida como su pletoriedad.

En efecto, el Derecho Mercantil es un Derecho Civil especializado que, por serlo, resulta necesariamente -- incompleto, en cuya virtud el legislador mercantil hace un reenvío a la legislación civil.

Dice el artículo 2o. de nuestro Código de Comercio que a falta de disposiciones expresas de dicho Cuerpo de Leyes, serán aplicables a los actos de comercio las del

derecho común. El Artículo 81 del propio ordenamiento dispone que con las modificaciones y restricciones de dicho Código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contratantes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos. Finalmente el artículo 1051 del Código en consulta establece que el procedimiento mercantil preferente a todos es el convencional. A falta de convenio expreso de las partes interesadas, se observarán las disposiciones de este libro, y en defecto de éstas o de convenio, se aplicará la ley de Procedimientos local respectiva.

Con este sistema de supletoriedad se produce en nuestra república una verdadera anarquía en materia de normas supletorias a los dispositivos mercantiles, porque en los tres casos el legislador del Código de Comercio se remite al derecho común, al derecho civil y a la ley de Procedimientos local respectiva. Ahora bien, de conformidad con lo que previene la fracción X del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es facultad exclusiva del Congreso de la Unión legislar en toda la República sobre comercio y el Artículo 124 de la misma Carta Magna estatuye que las facultades que no están expresamente concedidas por dicha Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados. En esa virtud,

como a ninguno de los Poderes Federales se les concede la facultad expresa de legislar en materia civil, esta materia queda reservada a los Estados, y aunque hay una tendencia a la unificación de las legislaciones civiles de los Estados y hasta una proposición de tener un Código Civil de tipo único, hasta la fecha no se conseguido, por lo que las legislaciones civiles, sustantivas como adjetivas, de los Estados difieren entre sí de acuerdo con las doctrinas que inspiran sus Códigos Civiles, por lo que la supletoriedad opera permitiendo que en una mínima materia, en igual situación y condiciones semejantes, lleguen a aplicarse preceptos diferentes, lo cual viene a producir la anarquía que mencionabamos al principio.

Podría sostenerse que en materia de supletoriedad no opera el arbitrio judicial, pero no es así, porque cuando un Juez del Distrito Federal, por ejemplo, deber resolver cuestiones suscitadas con motivo de un acto de comercio que se celebró y perfeccionó en cualquier Estado de la República, queda a su arbitrio (gobernado por su sano juicio) determinar cuál es la legislación supletoria que debe aplicarse para apreciar la naturaleza y efectos jurídicos del acto.

ARBITRIO PARA APRECIAR LA FORMA DEL JUICIO MERCANTIL O VIA-MERCANTIL

El arbitrio judicial es un instrumento de uso ---

constante en el ejercicio de la judicatura, pues el juzgador lo aplica desde el momento que admite o rechaza una demanda u ordena que se prevenga al actor para que la aclare, corrija o complete, si la encuentra obscura, como lo autoriza el Artículo 257 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales.

Otro momento procesal en el que tiene gran importancia el arbitrio judicial, es aquel en que el juzgador estudia y resuelve sobre la forma del juicio, es decir, si es de admitirse o no la demanda en la vía mercantil; para este efecto, atiende primero a la calidad de las partes, esto es, si se trata de comerciantes o no, de acuerdo con el Artículo 3o. del Código de Comercio; a continuación, deberá decidir si el acto jurídico generador de la acción, es acto de comercio o no, de conformidad con la enumeración que dichos actos hace el artículo 75 del mismo Código de Comercio, debiendo advertirse con relación a este último dispositivo, que su fracción XXIV considera como actos de comercio cualesquiera otros de naturaleza análoga a los expresados en dicho Código; evidentemente en este último caso, es indispensable que el juzgador ponga en juego el arbitrio que la ley le concede.

Otros casos que requieren el ejercicio del arbitrio judicial, son los que contemplan los artículos 4o. y 1050 del Código de Comercio, relativos a las personas que -

accidentalmente intervienen en un acto de comercio sin ser comerciantes y a la forma del juicio determinada por el hecho de que el demandado sea o no comerciante.

CASO EXCEPCIONAL DE NUESTRO CODIGO DE COMERCIO VIGENTE.

Por regla general, la legislación mercantil concede medios probatorios que el derecho civil no prevé, según ocurre en diversos países como Italia, por ejemplo.

Sin embargo, nuestro país constituye una excepción, explicable porque nuestro Código de Comercio vigente fué promulgado el 15 de septiembre de 1889, en tanto que nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal se promulgó el 30 de agosto de 1928, es decir, con casi cuarenta años de diferencia, por lo que aunque ambos cuerpos de Leyes admiten el sistema mixto del arbitrio judicial para apreciar los elementos probatorios, el sistema del Código de Comercio se acerca más al sistema de prueba legal que al de la libre prueba.

Para comprobar lo anterior, bastará advertir que el Artículo 1205 del Código de Comercio enumera como medios de prueba la confesión judicial o extrajudicial, los instrumentos públicos y solemnes, los documentos privados, el juicio de peritos, el reconocimiento o inspección judicial, los testigos, la fama pública y las presunciones, --

mientras que el Artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, además de enumerar los mismos elementos probatorios que admite el Código de Comercio, agrega en su fracción VII: "Fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia".

Tampoco el sistema de apreciación de las pruebas es igual en materia mercantil que en materia civil, pues en la primera está más restringido el uso del arbitrio judicial, como se puede ver a continuación.

En primer lugar, existe en materia mercantil una probanza típica, que no se menciona como medio de prueba expresamente en materia civil y consiste en la inspección de los libros de los comerciantes. La novedad obedece a que la ley obliga a los comerciantes a llevar libros de contabilidad, según lo previene el Capítulo III del Título Segundo del Libro Primero del Código de Comercio, en tanto que los no comerciantes no quedan sujetos a dicha obligación y se estima que no les resultaría posible llevar cuenta y razón de todos los actos jurídicos que realizan, a menos de tratarse de actos solemnes. Se trata en este caso de una prueba legal, porque los libros de los comerciantes prueban en su contra y no se admite prueba en contrario, hacen fé los asientos de los libros legalmente llevados, contra los que

adolescen de algún defecto, si un comerciante no lleva libros hacen fé en su contra los de su adversario, cuando los libros de ambas partes están correctamente llevados pero son contradictorios, entonces el Juez resuelve apoyándose en las demás probanzas; como se vé, sólo en este último caso hay posibilidad de que se emplee el arbitrio judicial, aunque en forma -- muy limitada.

Sigamos analizando las diferencias del sistema de - apreciación de las pruebas que tiene el Código de Comercio, - respecto del Código de Procedimientos Civiles; los avalúos -- hacen prueba plena sin más, negándose toda posibilidad del - arbitrio judicial (artículo 1300 del Código de Comercio).

De acuerdo con el artículo 1301 del mismo cuerpo de Leyes, la fé de los juicios periciales, incluso el de cotejo de letras, será calificado por el Juez según las circunstancias. Parece que en este último caso se concede al juzgador - arbitrio para apreciar la prueba pericial, pero debe tomarse en cuenta que el legislador no se refiere a la prudencia ni a ninguna norma que pueda regular el ejercicio del arbitrio, -- sino menciona las circunstancias, es decir, que se trata de - una prueba legal.

En cuanto a la prueba testimonial los artículos del 1302 al 1304 del Código de Comercio fijan las bases para su - apreciación y aunque el primero de dichos preceptos menciona el arbitrio del Juez, señala límites para los testigos idóneos

mayores de toda excepción, uniformidad en substancias y -----
accidentes, de ciencia cierta y fundada razón de su dicho;---
y fija nuevos límites con relación a las circunstancias: ----
que el testigo no sea inhábil por alguna de las causas que---
menciona el Artículo 1262 del mismo Ordenamiento, que por sus
prendas personales tenga el criterio necesario para juzgar --
del acto sobre el que decalró, que sea probo, independiente e
imparcial, que el hecho de que se trate sea susceptible de --
ser conocido por medio de los sentidos, que la declaración --
sea clara y precisa sin dudas ni reticencias sobre la substancia
cia y circunstancias esenciales del hecho y que no haya sido
obligado por fuerza, miedo, engaño, error o soborno; finalmente
te, se regula el valor de la declaración unitestifical, que--
sólo lo tiene cuando ambas partes siendo mayores de edad con-
vengan en pasar por su dicho.

Como se ve, el arbitrio judicial es mucho más limi-
tado en materia mercantil que en materia civil, a pesar de --
que el Código de Comercio tiene en el artículo 1306 una dispo-
sición semejante a la del Código Procesal Civil, en el sentido
de que los jueces, según la naturaleza de los hechos, la ----
prueba de ellos, el enlace natural más o menos necesario que-
exista entre la verdad conocida u lo que se busca (la reali-
dad) y la aplicación más o menos exacta que se pueda hacer de
los principios que regulan las presunciones humanas (artícu-
los 1283 a 1286), apreciarán en justicia el valor de dichas -

presunciones.

SISTEMA ADOPTADO POR NUESTRA LEGISLACION MERCANTIL

De lo que se lleva expuesto puede fácilmente concluirse que el sistema adoptado por nuestra vigente Código de Comercio, es mixto, aunque concede menor arbitrio judicial que el que permite la legislación civil sobre materia probatoria.

La doctrina ha determinado con toda claridad las ventajas del sistema de libre apreciación de las pruebas, sobre el sistema rígido de las pruebas legales; sin embargo, debe estudiarse el problema en función de la garantía de exacta aplicación de la ley, consagrada por el artículo 14 Constitucional y de acuerdo con la cual, el sentenciador y aún el Juez instructor, quedan obligados a proceder y decidir con estricto apego a las disposiciones legales concretas, exactamente aplicables al caso de que se trata y expedidas con anterioridad al hecho.

Históricamente se sabe que la mencionada garantía de exacta aplicación de la ley, surgió en el Derecho Constitucional Mexicano por una incorrecta traducción de lo que en el Derecho Inglés se llama la garantía de la "ley de la tierra"; sin embargo, también es sabido que dicha garantía ya ha tomado arraigo en el Derecho Mexicano y sobre todo, en la conciencia popular, por lo que ya no sería posible --

suprimirla, y lo que es más, la novedad se ha extendido por el mundo entero y los legisladores de muchos países se han quedado asombrados por lo que exteriormente se considera -- una creación de los juristas mexicanos.

A nuestro juicio la garantía de exacta aplicación de la ley, no repugna a la existencia del arbitrio judicial en primer lugar, porque tal arbitrio sólo existe cuando la ley expresamente lo concede, por lo que su ejercicio, se hace con exacta aplicación de la ley; en segundo término, -- porque el arbitrio no significa arbitrariedad, sino que, -- como antes lo explicamos, implica la aplicación de las leyes del buen juicio, las normas de la lógica, las reglas -- del raciocinio, tanto en la forma como en el fondo, lo cual significa la observancia más escrupulosa de la garantía de exacta aplicación de la ley que consagra nuestra Constitución.

EL REGISTRO PARA LOS ACTOS DE COMERCIO

El Capítulo II del Título segundo del Libro Primero del Código de Comercio, se refiere al registro de los -- comerciantes, obligándolos a que se inscriban en el Registro que les corresponda dentro del partido o distrito judicial donde tengan su domicilio, siendo dicho Registro a cargo de las Oficinas encargadas del Registro Público de la -- Propiedad, según el artículo 18 del Código de Comercio.

De conformidad con el Artículo 19 del mismo Ordenamiento, la inscripción o matrícula de los comerciantes - en el Registro Mercantil, es potestativa cuando sean individuos que se dediquen al comercio, y obligatoria para todas las sociedades mercantiles y para los buques y se agrega que los comerciantes individuales quedarán matriculados de oficio al inscribir cualquier documento cuyo registro - sea necesario.

Según al Artículo 21 del Cuerpo de Leyes que se viene mencionando, en la hoja de inscripción de cada comerciante o sociedad se anotarán: su nombre, razón social o título; la clase de comercio u operaciones a que se dedique; la fecha en que deba comenzar o haya comenzado sus operaciones; el domicilio con especificación de las sucursales que tuviere, sin perjuicio de inscribir dichas sucursales en el partido judicial en el que estén domiciliadas; las escrituras de constitución de sociedades mercantiles; el acta de la primera junta general; los poderes generales y nombramientos y revocaciones de gerentes, dependientes y cualesquiera otros mandatarios; la habilitación de edad, licencia y emancipación del menor que sea comerciante; la licencia marital de la mujer para ejercer el comercio y la cesación de ese requisito; las escrituras de tales, capitulaciones matrimoniales y los títulos que acrediten la propiedad de los parafernales de la mujer del co-

merciante, escrituras de separación de bienes entre los conyuges y las escrituras de cambio o modificación de los objetos antes señalados; la justificación de los haberes o patrimonio que tenga el hijo, el pupilo, cuando el padre o el tutor sean comerciantes; el aumento o disminución del capital de las sociedades anónimas y en comandita por acciones; los títulos de propiedad industrial, patentes de invención y marcas de fábrica; las emisiones de acciones, cédulas y obligaciones de ferrocarriles y de toda clase de sociedades y las emisiones que hagan los particulares; los buques con expresión de todas las características que los individualicen; los cambios de propiedad de los buques; la imposición o cancelación de gravámenes que pesen sobre los buques, y las fianzas de los corredores.

Esta cuestión del registro de los comerciantes y de los actos de comercio mencionados, así como los buques, plantea un problema dentro de nuestro sistema federal. En efecto, las Oficinas del Registro Público de la Propiedad, se rigen y funcionan de acuerdo con los dispositivos correspondientes de los Códigos Civiles, es decir, son de derecho local, en tanto que las secciones de comercio de las mismas oficinas, son de carácter federal y esta conjunción suele suscitar algunas dificultades, porque los actos mercantiles que se encuentran inscritos en la sección de comercio de una oficina del Registro Público de la Propiedad de cual---

quier ciudad del interior de la República, surten efectos -- dentro del territorio nacional, a pesar de que no es siempre posible conocer los datos de la inscripción; en otras palabras, la federalización del registro de los comerciantes, by ques y actos de comercio, impide que surta efectos la publicidad que se persigue con la inscripción; sin embargo, debido al sistema federal y a la distribución de competencias -- que hace la Constitución General de la República, no resulta posible resolver este problema, a menos de que se estableciera un Registro Federal de Comerciantes, independientemente de las Oficinas del Registro Público de la Propiedad.

CAPITULO CUARTO

EL ARBITRIO REGISTRAL CONFORME AL DERECHO REGISTRAL MEXICANO

TEMARIO: 15).- Funciones del Registro Público de la Propiedad
16).- Facultades del Registrador; 17).- Diversas cla-
ses de inscripción; 18).- El pago de los derechos --
por la inscripción; 19).- Efectos de las inscripcio-
nes; 20).- Valor de las inscripciones; 21).- El re-
gistrador como funcionario; 22).- El Registrador co-
mo Juzgador; 23).- La opinión positiva del Registra-
dor; 24).- La opinión negativa del Registrador; 25).
Efectos de las opiniones del Registrador; 26).- Me-
dios para impugnarlas; 27).- Disfruta de Arbitrio el
Registrador; 28).- Responsabilidades del Registra-
dor.

FUNCIONES DEL REGISTRO PUBLICO DE LA PROPIEDAD

Según Clemente de Diego²⁵⁾ en su obra "Instituciones del Derecho Civil Español", manifiesta que registro significa nota o asiento que se toma de alguna cosa y también libro o cuaderno en que se hacen esas anotaciones o apuntaciones; por extensión, también se aplica al centro u oficina en que se llevan a cabo esos asientos.

Este mismo autor explica que una de las funciones del Registro Público de la Propiedad, estriba en la inscripción o anotación de los actos, o contratos, relativos del dominio y demás derechos reales, sobre bienes inmuebles, puede considerarse el registro como una oficina pública a cuyo frente está un funcionario competente: El registrador, para la toma de razón en libros especiales de cuanto acto se relacione con el derecho de propiedad inmuebles, afectan y dan vida y realidad a todas las relaciones jurídicas que esa propiedad se refiere (on. cit. pag. 637).

El jurista Francisco Lozano Noriega²⁶⁾ en los apuntes de su cátedra, indica que la función del Registro Público de la Propiedad es dar la mayor estabilidad, la mayor garantía posible al derecho sobre bienes inmuebles, tanto respecto a su propietario, como a las cargas reales que reporte ese bien.

25).- De Diego Clemente " Instituciones del Derecho Civil - Español" Pag. 637

26).- Lozano Noriega Francisco. Apuntes de su cátedra pag. 385.

27).- Sánchez Román. "Estudios del Derecho Civil" Tomo II-- página 877.

Sánchez Roman²⁷⁾ eminente Civilista, señala en su obra "Estudios del Derecho Civil", Tomo III, que los fines del Registro Inmobiliario, son dar a conocer el verdadero estado de la propiedad inmueble, haciendo constar un modo público y solemne, la historia de sus transmisiones y modificaciones, asentar sobre bases sólidas, el crédito territorial, impedir los fraudes en las enajenaciones y gravámenes sobre el inmueble y dar a los que intervienen en la transmisión de la propiedad, una firme garantía para la efectividad de su derecho.

El propio catedrático, califica a esta Institución como el Centro Público, en el cual se hace constar el verdadero estado de la propiedad inmueble, por la toma de razón de todos los títulos traslativos de dominio y de los derechos reales inherentes que la afectan y aún cuando modifican la capacidad de las personas en orden a la libre disposición de sus bienes.

FACULTADES DEL REGISTRADOR

De acuerdo con el reglamento en vigor, de fecha 13 de julio de 1940 determina en su artículo 10, las facultades del Registrador, así mismo el mencionado artículo señala las obligaciones del mismo Registrador, pero haciendo un examen del citado artículo, podemos señalar sus facultades

27).- Sánchez Román. "Estudios del Derecho Civil", Tomo III Pag. 310.

des en una forma enunciativa y no limitativa, puesto que, en diferentes artículos de la ley del Registro Público de la Propiedad, encontramos facultades enunciadas en el Reglamento.

Una de las principales facultades del Registrador, la consigna el artículo 3013 del Código Civil, facultándolo para revisar los títulos presentados para su inscripción, si es de los que deben inscribirse y si llenan todos los requisitos y formas intrínsecas exigidas por la ley.

Su importancia consiste, como lo señala Jeronimo González, que dice: "que en un sistema en el que los asientos registrables se presumen exactos o concordantes con la realidad jurídica, es lógica la existencia de un previo trámite depurador, ya que de lo contrario, los asientos servirían para engañar al público y favorecer el tráfico ilícito y la producción de nuevos conflictos.

Coincide la anterior disposición, con el artículo 31 del Reglamento que ordena: El Registrador se rehusará a hacer la inscripción que se le pide, si encuentra -- que el título presentado no es de los que deben inscribirse, no llenan las formas intrínsecas exigidas por la ley o no contienen todos los datos a que se refieren los artículos 3015 del Código Civil y los relativos a este Reglamento y demás disposiciones legales aplicables al caso.

Igualmente, el Registrador tiene facultad de devolver el título sin registrar, cuando no aparezca comprobada legalmente la capacidad de los otorgantes o la representación del que celebre el contrato o ejecute el acto a nombre de otro.

El artículo 3021 del Decreto de Reformas, faculta al Registrador para calificar, bajo su responsabilidad los documentos que se presenten para la práctica de una inscripción o anotación; la que suspenderá o denegará en cualquiera de los casos previstos en las diversas fracciones que contiene este mismo precepto.

La facultad de hacer la cotización de los derechos que deba causar la inscripción, igual que la anterior, es importante, puesto que depende de la rapidez con que se determinen los derechos que cause la inscripción y su pago, para determinar la prioridad de los derechos reales para ser inscritos.

Porque puede darse el caso de existir diversos derechos reales sobre una misma finca, admisibles para su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, en el orden que fueron presentados.

Una vez que el Registrador ha efectuado la cotización de los derechos, notificará a los interesados y si no cumplieren, el Registrador se abstendrá de hacer la inscripción y remitirá el título a la Oficialia de Partes,

ordenando la cancelación del Asiento de presentación.

Como se ve, la importancia de la facultad del Registrador de determinar los derechos de inscripción, tiene consecuencias de suma importancia como lo hemos visto y se puede determinar la propiedad y los derechos reales para su inscripción por medio del pago de dichos derechos.

Otra de las facultades del Registrador, la consagra el Artículo 10, fracción VIII del Reglamento en vigor, al ordenar: El Registrador revisará las inscripciones, cuidando de que se hagan con sujeción a los preceptos del Código Civil y de este Reglamento, y que los datos que en dichas inscripciones se asienten, concuerden con los que consten en el título inscrito y con las constancias de los libros de registro. Especialmente cuidará de la exactitud y concordancia de los antecedentes de propiedad que se dicten en los títulos y los que obren en los libros de registro.

En la fracción VII se le faculta al Registrador para vigilar la conducta de sus subalternos y exigir de ellos puntualidad y eficacia en las labores que se les encomiende.

DIVERSAS CLASES DE INSCRIPCIONES

La inscripción ha sido definida como "La toma de razón en algún registro, de los documentos o declaraciones que han de asentarse en él, según las leyes" Gonis Soler -

y Muñoz²⁸⁾ en su obra "Elementos del Derecho Civil Mexicano.

De conformidad con el Código Civil del Distrito y Territorios Federales y el Reglamento del Registro Público de la Propiedad vigente, se conocen las inscripciones siguientes:

- 1.- El asiento de presentación.
- 2.- La inscripción preventiva.
- 3.- La inscripción definitiva.
- 4.- La anotación preventiva.
- 5.- La anotación de referencia.
- 6.- La cancelación.

El asiento de presentación es el acto de la Oficina de Partes, mediante el cual se hace constar, en el Libro que corresponde, el recibimiento de todos los títulos y documentos que se trate de registrar o anotar y el de todas las solicitudes, oficios o correspondencia, dirigidas al Registro, sellándolos con el marcador, con la fecha y hora de su presentación y numerándolos progresivamente.

Esta inscripción es de suma importancia para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de una misma fecha, en relación a una misma finca, se atenderá a la hora de su presentación, resolviéndose en esta forma el conflicto.

Las anotaciones preventivas son aquéllas a que se

28).- Gonis Soler y Muñoz. "Elementos del Derecho Civil Mexicano" Tomo II pag. 544.

refiere el Artículo 3018 del Código del Distrito y Territorios Federales. Una vez que se firma una escritura en que se adquiera, transmita, modifique o extinga la propiedad o posesión de bienes raíces o en que se haga constar un crédito que tenga preferencia desde que sea registrado.

El Registrador, con el aviso del Notario y sin cobro de derecho alguno, hará inmediatamente una anotación preventiva al margen de la propiedad.

Asimismo, son anotaciones preventivas las órdenes de suspensión provisional o definitiva en los casos de amparo, según el Artículo 79 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad, que dice: Serán objeto de anotaciones marginales: las anotaciones preventivas a que se refiere el Artículo 3018 del Código Civil; las notas relativas al otorgamiento de fianzas y cancelación de las mismas de que se trata en el Artículo 2952 del Código citado; las órdenes de suspensión provisional o definitiva en los casos de amparo; las notas de referencia de otras inscripciones que tengan relación con la principal a que se refiere.

Las anotaciones de referencia que se hacen a otras, reciben la denominación de marginales. De acuerdo con el Artículo 8 del Reglamento invocado, las inscripciones principales, las diligencias de posesión, las informaciones ad-perpetuum, las cédulas hipotecarias, las cesiones de derechos, constituciones de patrimonio de familia, las prórrogas de hipoteca, ampliación de hipoteca, etc.

Las inscripciones provisionales, según el Artículo 14 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad, son las condiciones suspensivas y resultorias y, en general, todos los actos por los que deba practicarse una inscripción.

Y, por último, la cancelación que es la anulación de una inscripción anteriormente practicada en el registro, a la que se priva para lo sucesivo de todos sus efectos.

Rocca Sastre²⁹⁾ en su obra "Derecho Hipotecario" hace una clasificación de las inscripciones, llamándolas declarativas, constitutivas y sustantivas.

La inscripción puede ser constitutiva o declarativa. Constitutiva, cuando la misma es requisito necesario o "sine qua non" para que la transmisión de dominio de inmueble a la constitución o transmisión de un derecho real inmobiliario se produzca.

La declarativa, cuando la misma inscripción no es necesaria para la transmisión o constitución, pues se limita a hacer constar una transmisión o constitución que ya ha tenido lugar con anterioridad.

Cuando la inscripción es constitutiva, asume el valor de factor, elemento o requisito indispensable para que el título traslativo o constitutivo produzca este efecto.

29).- Rocca Sastre. "Derecho Hipotecario", pag. 382.

to traslativo o constitutivo.

El asiento no sirve solamente para exteriorizar la existencia de una traslación o gravámen, sino que concurre como ingrediente o elemento esencial para que el fenómeno traslativo o constitutivo tenga lugar en la vida jurídica.

EL PAGO DE LOS DERECHOS POR LA INSCRIPCION

El pago de los derechos por la inscripción oportuna, es importante por los efectos que produce el acto registrado o que se pretende inscribir, puesto que determina el principio de prioridad o prelación, que consiste en el orden de preferencia, con arreglo al cual deben ser tomados los derechos reales para ser inscritos.

Entre varios actos o derechos registrados, opuestos o incompatibles sobre una misma finca, esto se determinará por el orden de registración y no por la antigüedad del otorgamiento del título.

Puede n existir diversos derechos reales sobre una misma finca, admisibles para su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, en el orden en que fueron presentados. Tal es el caso de las hipotecas, que según la jerarquía con que fueron otorgadas se inscriben (hipotecas de primero, segundo o tercer grado).

El contenido de este principio lo encontramos en el Artículo 2266 del Código Civil vigente, relativo a-

las disposiciones generales de la compra-venta, que preceptúa: "Si la cosa vendida fuere inmueble, prevalecerá la venta que primero se haya registrado; y si ninguna lo ha sido, se observará lo dispuesto en el artículo anterior". (El texto precedente manifiesta que prevalecerá la venta a quien se halle en posesión de la cosa).

El Artículo 37 del Reglamento antes invocado, en relación con el Artículo 3017 del Código Civil, dispone: En toda inscripción deberá expresarse la fecha y la hora de presentación de la boleta de pago de los derechos del registro. Esta fecha y hora, serán las que fije el orden en que se practicarán las inscripciones.

También nos habla de prioridad el Artículo 3018- que ordena: "...El Registrador, con aviso del Notario y sin cobro de derechos, hará inmediatamente una anotación preventiva al margen de la inscripción de la propiedad. Si dentro del mes siguiente a la fecha en que se hubiere firmado la escritura, se presentara el testimonio respectivo, su inscripción surtirá efectos contra terceros desde la fecha de la anotación preventiva, la cual se citará en el registro definitivo. Si el testimonio se presenta después, su registro sólo surtirá efectos desde la fecha de la presentación.

Por lo tanto, la prioridad se precisa, entre otros fundamentos legales, siendo menester tomar en cuenta la fecha, hora de presentación y el número progresivo que-

correspondió a ser exhibido al Registro Público de la Propiedad el título respectivo; igualmente, al inscribirse, debe de anotarse la fecha y hora de presentación y la boleta de pago de los derechos de registro, en virtud de que, con tales datos, el Registrador procede a registrar los títulos conforme al orden cronológico del pago de los derechos.

EFFECTOS DE LAS INSCRIPCIONES

Para precisar cuales son los efectos de la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, es necesario distinguir las consecuencias que se siguen de la inscripción en relación a las partes que intervienen en el contrato y en relación a terceros.

Nuestro registro es inútil entre las partes contratantes. Sirve para proteger a los terceros. Al asentar el artículo 3003 del Código Civil que nos rige, el principio de que los documentos registrables no inscritos, sólo producirán efectos entre quien los otorga y no perjudicarán pero sí aprovecharán al tercero, en cuanto le fueren favorables, admite claramente la existencia y validez de los derechos inscribibles, no obstante que no se hayan registrado. La sanción contra el que no inscribe no es la existencia como sería el caso si nuestro sistema registral fuese constitutivo, sino la falta de efectos en perjuicio-

de tercero; pero reconoce que el derecho existe, ya que de otro modo no podría originar consecuencias jurídicas entre las partes, ni a favor de terceros.

Este artículo, por ende, prohija el principio de que la ausencia de registro causa el resultado de privar - al acto de efectos contra tercero.

El sistema de nuestro Código es un término medio la inscripción es voluntaria, pues el titular no está obligado a registrar su derecho, pero para que surta efectos - contra terceros, debe registrarse y solamente su titular o su representante pueden solicitar la inscripción. El registrador no puede registrar de oficio, salvo en casos excepcionales en que existe interés de tercero. Sin embargo, como lo que pretende el titular es que su derecho surta efectos "Erge Omnes" y no sólo interpartes, tendrá que registrar. De esto resulta que, siendo el registro una necesidad para que el derecho se desenvuelva con todo su vigor y alcance, tendrá que calificarse a la inscripción de indispensable.

El registro se limita a publicar el acto que, extra-registralmente, ha dado ya nacimiento al derecho que - se inscribe, es decir, declara, exterioriza y publica un derecho que ya existe en la realidad jurídica.

Como hemos dicho, en nuestro país no es un elemento esencial para la existencia de los contratos ni tam-

poco es un elemento de validez de los mismos, sino que simplemente constituye un requisito de oponibilidad a terceros.

Es necesario analizar o determinar qué debe entenderse o qué debe considerarse por tercero; para los efectos registrales, no coincide siempre con la noción que de ellos se tiene en el Derecho Civil.

El Derecho Civil enseña que tercero es aquél que ha sido extraño en la conclusión o celebración de un acto jurídico, es decir, que no ha intervenido en la formación de dicho acto. Traslada esta idea al terreno contractual se indica que son partes en el contrato los otorgantes y cualquier otra persona, ajena a ellos, tiene calidad de tercero.

Por lo que es preciso, sin embargo, sentar una distinción sobre tercero simple y tercero adquirente. Tercero simple es el que por completo resulta extraño a una determinada relación jurídica, ni intervino en el acto en cuestión, ni ha entrado en relación jurídica con las partes en ese acto. En cambio, el tercero adquirente, es aquél que sin haber participado en un acto jurídico o contrato específicamente determinado, posteriormente entró en relación con él, respecto a la misma cosa que fué materia del primer acto.

En otras palabras, esa persona ha adquirido un de

recho respecto del bien que fué materia de un acto en el -- que no tomó parte. Esto es lo que se entiende por tercero-- adquirente y he aquí que es justamente el tercero adquirente el que interesa para los efectos registrales. El tercero simple, por el concepto que se acaba de mencionar, no importa ni tiene relación para los efectos del registro. Ese tercero simple es uno de los integrantes de la masa, que viene a constituir el sujeto pasivo indeterminado, en los derechos reales, y respecto de él realmente no se presenta problema registral alguno.

Los problemas registrales se suscitan, fundamentalmente, del tercero adquirente, y en todo cabe examinar-- en que forma se ha preceptuado el tercero, para los efectos registrales en el derecho Mexicano.

El Maestro Borja Soriano³⁰⁾ asevera que es tercero, aquélla persona que siendo ajena al acto o contrato, ha adquirido la propiedad o algún derecho real sobre el bien -- de ese acto. Es decir, se requieren forzosamente dos elementos para tener la calidad de tercero. Primero, haber sido -- extraño al acto jurídico de referencia y, segundo, haber adquirido un derecho real sobre el bien materia de ese acto.

De acuerdo con el Artículo 3017, en relación con el Artículo 3018, del Código Civil, la inscripción producirá sus efectos desde el día y hora en que el documento se -

30).- Borja Soriano Manuel. "Teoría de las Obligaciones"- México 1939. Pag. 452.

hubiese presentado en la Oficina registradora y surtirá --- efectos contra terceros.

La inscripción en nuestra legislación, como ya lo hemos manifestado, no tiene ningún efecto constitutivo; el registro se limita a publicar el acto que extra-registramente ha dado ya nacimiento al derecho que se inscribe, como - ya lo hemos demostrado anteriormente. Asimismo, el Artículo 3003 del mismo cuerpo legal invocado, establece como sanción, que los documentos que, conforme a esta Ley, deban de registrarse y no se registren, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen, pero no podrá producir perjuicio a terceros, los cuales sí podrán aprovecharse en cuanto fueren favorables.

VALOR DE LAS INSCRIPCIONES

Rocca Sastre³¹⁾ al hablar sobre el valor jurídico de las inscripciones, manifiesta lo siguiente: Como elemento constitutivo, como requisito indispensable para la admisión de los títulos; como circunstancia que concurre a formar la posesión de tercero, protegido por la fé pública; como presupuesto exigido por el tracto sucesivo.

Es consitutiva, cuando la misma es requisito necesario para la transmisión del dominio del mueble o la constitución o transmisión de un derecho real que en el inmobiliario se produzca.

31).- Rocca Sastre. "Derecho Hipotecario), pag. 427.

Declarativa, cuando la misma inscripción no es necesario para que la transmisión o constitución se opere; pues se limita a constatar una transmisión o constitución que ya ha tenido lugar con anterioridad. En nuestro Derecho, la inscripción no es constitutiva como lo hemos demostrado en las páginas anteriores, sino que es declarativa.

"El asiento no sirve solamente para exteriorizar la existencia de una traslación o gravámen, sino que concurre como ingrediente o elemento esencial para que el fenómeno traslativo o constitutivo, tenga lugar en la vida jurídica".

"Cuando la inscripción es declarativa, asume el valor de simple medio exteriorizador o de publicidad de una transferencia o gravámen ya operado en la realidad jurídica no hace más que declarar un cambio jurídico patrimonial que ha tenido lugar fuera del registro, por ello, la inscripción declarativa es más bien rectificadora del contenido registral, por cuanto lo pone de acuerdo con la realidad extraregistral".

"Institucionalmente, la inscripción debe ser constitutiva, tratándose de adquisiciones o gravámenes derivados del negocio jurídico intervivos, o sea en los actos jurídicos que son los que normalmente necesitan del complemento de la traditio. En las adquisiciones hereditarias o en virtud de la ley (accesión), o por decisión judicial o admi

nistrativa (sentencia ejecución), la inscripción del título correspondiente debe tener carácter meramente declarativo.

Jerónimo González³²⁾ en su Libro "Estudios de Derecho Hipotecario" dice: "que la importancia práctica de la distinción, es evidente, puesto que el momento del traspaso inmobiliario, tiene gran trascendencia en caso de quiebra del transferente o del adquirente; sigue diciendo: Si el vendedor cae en quiebra, antes de solicitarse la inscripción de compraventa, la finca forma parte de la masa, y si el quebrado es el comprador, los representantes de la quiebra podrán reclamar, directa o indirectamente, la entrega de la finca. Es además importantísimo, porque el momento de la transmisión de la propiedad cambia según una u otra solución, con todo el problema de los riegos".

La cancelación tiene, en general, valor declarativo ó rectificador, ya que casi siempre es mera constatación registral de una extensión de derecho real ya operada fuera del registro. Solamente cabría ver, en caso de cancelación constitutiva, en el de consentimiento abstracto del titular, dirigida a la cancelación del asiento correspondiente.

Por consiguiente, en todos los demás casos, la inscripción es declarativa, lo que equivale a afirmar que,

32).- Jerónimo González. "Estudios de Derecho Hipotecario". pag. 356.

por regla general, las inscripciones son de carácter declarativo.

Díaz Moreno³³⁾ en su libro "Contestaciones de Legislación Hipotecaria", dice: "Conforme a la esencia institucional del sistema de inscripción constitutiva, la necesidad de la inscripción para que la hipoteca nazca o existan, actúa tanto respecto de las partes como de terceros, de modo que ni aún tratándose de ejecución hipotecaria contra el deudor, podrían los Tribunales definir una escritura de hipoteca no inscrita".

Además, es completamente irrelevante aquí, la buena o mala fé de los terceros adquirentes, pues el requisito de la inscripción debe cumplirse para que en la vida jurídica nazca un derecho real, con plena independencia de toda idea de protección de terceros.

La indiferencia de la buena o mala fé, de los posteriores adquirentes de la finca o derecho objeto del pacto de la hipoteca no inscrita, aparece evidente por el juego propio de la inscripción constitutiva, pues mal puede tener conocimiento de una hipoteca que en realidad no existe: y esto ocurre en los sistemas Alemán y Suizo, en los que la inscripción es constitutiva, tratándose de adquisiciones derivadas de negocio jurídico. El caso de la doble venta es típico. Si una persona vende una finca a dos personas, adquiere-

33).- Díaz Moreno. "Contestaciones de Legislación Hipotecaria" pag. 322.

la finca quien inscribe primero, aunque sea el que compró en segundo lugar y con pleno conocimiento de la venta anterior, y es que al no haberse inscrito la primera venta, no había traspasado la propiedad, de manera que al vender por segunda vez, el vendedor enajenaba una cosa que aún era -- suya.

El resultado es completamente distinto en el Derecho Español, debido a que, salvo en la hipoteca, la inscripción es declarativa igual que la reglamenta nuestra legislación.

"El sistema de inscripción constitutiva, aplicado al derecho de hipoteca, tiene natural alcance, pero no representa esfuerzo de trascendencia ni para el legislador ni para los interesados, pues debido al carácter formal o inmaterial con la cosa o derecho real, por estar desprovisto de contacto material, su sujeción a registro es cosa -- lógica o normal!"

"Puede afirmarse también que la resgistración es de tipo constitutivo, en materia de anotaciones preventivas de embargo".

"Las anotaciones preventivas de mera publicidad, no producen cuestión alguna en este punto, ya que por su carácter formal o de garantía del libro, solamente se cambien mediante la práctica del correspondiente asiento, pero en las anotaciones preventivas constitutivas, como por-

ejemplo en las de embargo, la relación jurídica básica, verdadera hipoteca judicial, necesita, para que su efecto propio se produzca, que sea registrada, es decir, que se practique el correspondiente asiento de anotación".

EL REGISTRADOR COMO FUNCIONARIO

El Registrador, como funcionario, de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores del Estado, señala una serie de obligaciones en relación a su función pública.

Como deber fundamental que se le impone al Registrador como funcionario público, es prestar sus servicios personales en el cumplimiento de la función de su cargo; este deber se traduce en obligaciones especiales, de acuerdo con el empleo que desempeña.

En primer término, El Registrador, como funcionario, está obligado a desempeñar personalmente su función, obligación que se explica sin ningún esfuerzo, en virtud de que, cuando fué nombrado para dicho cargo, reunió las condiciones personales de aptitud legal, técnica y moral, es decir, está capacitado para desempeñar el cargo y debe reunir las condiciones que exige el Reglamento del Registro Público de la Propiedad en su Artículo Cuarto, al establecer: Para ser Registrador, se requieren los mismos requisitos que para ser director, con excepción de la práctica profesional

que deberá ser de tres años, por lo menos. Los requisitos mencionados en el artículo que antecede, son los siguientes: Ser abogado con título oficial, legalmente registrado ser de reconocida probidad y buenas costumbres y no haber sido condenado en causa criminal, con tres años de ejercicio, por lo menos, de la profesión o del notariado, en la judicatura o en cualquiera de las dependencias administrativas.

El Registrador, como funcionario, está obligado a obedecer a su superior, es decir, al Director del Registro, como corolario o correlativo de la facultad de mandar se impone la de obedecer las indicaciones que le haga el Director.

Asimismo, se desprende que el Registrador, como funcionario público, está obligado a dedicar su actividad con la intensidad, esmero y cuidado para la inscripción, la calificación de los documentos que le presenten para su registro, hacer las cotizaciones de los derechos que causen por la inscripción.

La obligación de asistir con puntualidad y recibir en el lugar en que presta sus servicios y de permanecer todo el tiempo necesario en su función. La falta de cumplimiento de las obligaciones a que nos hemos referido, producen consecuencias jurídicas, pues al no observarlas, incurre en responsabilidades, como veremos en el capítulo respectivo a la responsabilidad del Registrador.

El Registrador es funcionario público, porque participa de manera legal y normal, tanto en la gestión del servicio público de la inscripción, como de las demás actividades de la administración en el Registro Público de la Propiedad, en virtud de que el Registrador es un agente investido de un empleo permanente, comprendido en el cuadro de un servicio público, explotado por un organismo público; el Registrador, como funcionario, ocupa un puesto que la ley crea, con su competencia respectiva, como lo expresamos en el inciso de las facultades del Registrador; = el Registrador reúne las condiciones externas e internas exigidas por la Administración Pública y contenidas en su Constitución; la designación del Registrador debe ser hecha por autoridad competente y apoyada en la Ley respectiva y, como hemos visto, el Registrador debe reunir las condiciones internas y externas exigidas por la ley.

El Maestro Andrés Serra Rojas³⁴⁾ en su obra "Derecho Administrativo" dice que el funcionario público se caracteriza: Por expresar y participar en la formación y ejecución de la voluntad estatal, decidiendo y llevando a cabo sus determinaciones; por su carácter representativo al participar en los actos públicos; por no recibir, en algunas legislaciones, una retribución; por verificar las disposiciones legales especiales de su investidura.

Como se vé, el funcionario público es la persona

34).- Andrés Serra Rojas. "Derecho Administrativo". pag. 587.

que participa y se desenvuelve en una acción continúa, permanente y eficaz, en la administración pública, por lo consiguiente, el Registrador es un funcionario en virtud de que realiza una actividad continúa, permanente y eficaz, en la función administrativa del Registro Público de la Propiedad.

EL REGISTRADOR COMO JUZGADOR

Jerónimo González dice: "El Registrador ejercita la función de juzgador, en cuanto al conocimiento de causa, para decidir los efectos de la inscripción sobre la existencia y alcance de un derecho".

En cuanto a la naturaleza de la función calificadora, se puede asentar que es de una naturaleza propia de los actos de jurisdicción voluntaria, aunque si bien ejercida por un órgano especial, produciendo efectos "erga omnes" aunque desprovistos de la fuerza de cosa juzgada y siempre dirigida a la finalidad de practicar, suspender o denegar el asiento solicitado.

El mismo autor Jerónimo González³⁵⁾ dice: "La función calificadora, se coloca hoy, sin distinción, entre los actos de jurisdicción voluntaria, por servir al desarrollo normal de las relaciones jurídicas y para legalizar situaciones inmobiliarias, cualquiera que sean las naturales repercusiones de los asientos practicados en los jui--

35).- Jerónimo González. "Principios Hipotecarios" pag. 275.

cios contradictorios que sobre la misma pudiera establecerse. La calificación es un acto de jurisdicción voluntaria, pero dotado de un procedimiento especial, en el cual el Registrador no declara una vez examinadas las pruebas que se ha creado un derecho real o situación jurídica inmobiliaria, autenticando esta afirmación en los libros registrales".

La importancia de la función calificadora estriba fundamentalmente en que constituye la base de la legalidad, uno de los pilares de todo sistema registral, pero la función calificadora del Registrador se convierte en juzgadora, al determinar que título registrará como lo establece el artículo 3013 del Código Civil, que el Registrador - inscribirá si encuentra que el título presentado es de los que deben inscribirse y lleva las formas intrínsecas por la ley y contiene los datos necesarios para hacer el registro. Agregando que, en caso contrario, devolverá el título sin registrar, siendo necesaria resolución para que el registro se efectúe.

El Registrador, como juzgador, es miembro de un grantado, a quien corresponde la aplicación del derecho, - actúa a instancias de parte, por motivos de intereses privados y solo excepcionalmente de oficio, por razones de -- orden o interés público. Sus funciones implican deberes de

censura y juicio que van íntimamente ligadas o unidas con los derechos de examinar los documentos que le someten para su inscripción.

Por estas razones, las tendencias modernas convienen en otorgar al Registrador facultades necesarias para que la declaración formal de que el derecho que se crea es inscribible y a la vez corresponde siempre a la realidad jurídica.

LA OPINION POSITIVA DEL REGISTRADOR

En principio, el Registrador tiene obligación de recibir todos los documentos que se presenten en el Registro Público de la Propiedad, para su inscripción, pero dichos documentos serán sometidos a un examen previo de calificación, a fin de que solamente tengan acceso aquéllos documentos que reunan los requisitos que exige la ley para su inscripción.

Jerónimo González, ³⁶⁾ al hablar sobre este punto, dice: "Que en un sistema en que los asientos registrables se presumen exactos o concordantes con la realidad jurídica es lógica la exigencia de un previo trámite depurador, ya que, de lo contrario, los asientos servirían de nuevos conflictos y engaños al público y se favorece el tráfico ilícito".

La calificación que hace el Registrador de un tí
36).-González Martínez Jerónimo "Estudios del Derecho Hipotecario Pag. 208.

tulo, constituye el medio de hacer efectivo el que el título defectuoso sea rechazado, provisionalmente o definitivamente del Registro. Cuando el Registrador manifiesta su opinión de que el título es registrable y reúne los requisitos exigidos por la Ley procede el Registrador a hacer el registro o anotación respectiva.

El Código Civil en su Artículo 3013, preceptúa que el Registrador inscribirá si encuentra que el título presentado es de los que deben inscribirse, lleva las formas intrínsecas exigidas por la Ley y contiene los datos necesarios para hacer el registro, entonces el Registrador ordenará se inscriba el título presentado para su inscripción.

Cuando el Registrador ha hecho la calificación del título que se presenta para su inscripción y opina que dicho documento es registrable, se procederá inmediatamente a su inscripción en el libro correspondiente, y una vez hecha la inscripción, producirá todos los efectos legales, desde el momento de la presentación en la Oficina de Partes del Registro Público de la Propiedad, salvo lo dispuesto por el Artículo 3018 del Código Civil.

OPINION NEGATIVA DEL REGISTRADOR

La facultad del Registrador de hacer la calificación del documento que le presentan para su inscripción, co

mo lo hemos expresado en el inciso anterior, en nuestra legislación el Registrador puede dar su opinión negativa, respecto a la inscripción de un título que se le presente para su registro, cuando dicho título no reúna los requisitos establecidos por la ley. El Artículo 3013 del Código multicitado dice: "El Registrador hará la inscripción si encuentra que el título presentado es de los que deben inscribirse y lleva las formas intrínsecas exigidas por la ley y contiene todos los datos necesarios para su registro". Agregando que en caso contrario, devolverá el título sin registrar, siendo necesaria resolución judicial para que se haga el registro. Coincide con el Artículo 31 del Reglamento, que a la letra dice: " El Registrador se reusará a hacer la inscripción que se le pida, si encuentra que el título presentado no es de los que deban inscribirse, no llevan las formas -- intrínsecas exigidas por la ley o no contienen todos los datos a que se refiere el Artículo 3015 del Código Civil".

El Registrador dará su opinión negativa a todos los documentos en que no aparezca comprobada la capacidad de los otorgantes o la representación del que celebre el -- contrato o ejecute el acto a nombre de otro (Artículo 32 -- del Reglamento). En estos casos, el Registrador devolverá -- el título sin registrar, dejándolo a disposición de los interesados en la Oficialía de Partes, ordenando la cancelación de la anotación de presentación.

El interesado podrá intentar dos vías: La Administrativa y la judicial.

En la Administrativa, el interesado presentará su inconformidad ante el Director del Registro Público de la Propiedad y si éste confirmara la opinión negativa del Registrador, intentará la vía judicial, presentando su demanda ante el Juez de lo Civil o ante el Juez de Primera Instancia, según se trate de la competencia del documentos que se pretende registrar.

Por mandato judicial, el Registrador tendrá que registrar el documento presentado para su registro, sin más objeción, anotando en el mismo la orden judicial ordenada por el Juez.

Por lo consiguiente, para revocar la opinión del Registrador, será necesaria una orden del Director del Registro Público de la Propiedad o del Juez competente.

EFFECTOS DE LAS OPINIONES DEL REGISTRADOR

Los efectos que producen las opiniones del Registrador son: Erga omnes aunque desprovistos de la fuerza de la cosa juzgada y siempre dirigida a la finalidad de practicar, suspender el asiento solicitado.

Como hemos dicho, en los incisos que anteceden, para dar su opinión, el Registrador necesita hacer previamente la calificación íntegra del título, tanto en su contenido como en su forma, para determinar si ha creado un dere

cho real o situación jurídica inmobiliaria, autenticando esta afirmación en los libros registrales.

Ahora bien, la opinión positiva del Registrador es la orden de que se haga o se verifique la inscripción respectiva del título presentado para su asiento, por reunir los elementos o requisitos exigidos por la Ley, en los Artículos 3013 y 3015 del Código Civil, surtiendo todos los efectos la inscripción, desde el momento de la presentación del título de la Oficialía de Partes del Registro Público de la Propiedad.

Los efectos producidos o que, mejor dicho, produce la opinión positiva del Registrador, es la inscripción misma del título y de ello se prosiguen los mediatos efectos, como la publicidad del acto registrado que, registralmente, ha dado nacimiento al derecho que se inscribe, es decir, declara, exterioriza y publica un derecho que ya existe o puede no existir en la realidad jurídica.

El más importante de los efectos de la opinión positiva del Registrador es en relación con los terceros, en virtud de que nuestra legislación dice que el registro no es un elemento esencial para la existencia de los contratos o actos jurídicos, ni tampoco es un elemento de validez de los mismos, sino que simplemente constituye un requisito de oponibilidad a terceros, según lo establece el Artículo 3002 y al 3003 del Código Civil.

Por lo tanto, la inscripción ordenada por el Registrador por medio de su opinión positiva, en relación con los terceros, es el conocimiento por el tercer adquirente, de la verdadera situación jurídica del derecho adquirido, es la parte reflejada exacta o integrante en el registro, el conocimiento provoca en el tercer adquirente la creencia de que el contenido del Registro coincide con la realidad jurídica. Por otra parte, el principio de la fé pública registral consiste en sostener que el contenido del registro se reputa siempre exacto en beneficio del tercero que adquiere, en las circunstancias exigidas por la Ley, el cual puede estar seguro de su adquisición, en los términos que el registro mismo expresa. La presunción legitimadora será insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fé, apoyándose en el registro no tuviere la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles. Por lo tanto, el efecto que produce la opinión positiva del Registrador, es proteger al tercer adquirente, aunque los asientos estén en desacuerdo con la realidad, su valor es decisivo en cuanto lo expresa, prevalece sobre la realidad, frente al tercer adquirente de buena fé, ante este el contenido registral se presume verdadero como presunción iures et jure con el cual se proporciona base firme a las transacciones inmobiliarias, aunque ello implique una separación de la forma sobre el fondo.

Sobre los efectos de la opinión negativa del Registrador, éstos consisten en que después de haber hecho la calificación, el Registrador determina que el documento no es de los que deben de registrarse, inmediatamente lo remite al interesado por medio de la Oficialía de Partes, haciendo una anotación preventiva para que si la autoridad judicial ordena se inscriba, surta sus efectos la inscripción desde el momento de su presentación, como lo hemos apuntado.

Pero si el título presentado es de los que deben de registrarse y el Registrador encuentra que no reúne los requisitos exigidos por la Ley, igualmente el Registrador devuelve dicho documento a la Oficialía de Partes sin registrar, para que en un término perentorio, los interesados puedan subsanar la deficiencia de dicho título, haciendo igualmente la anotación preventiva, como lo ordena el Artículo 3014 del Código Civil.

El principal objeto de la opinión negativa del Registrador, es el acto que se pretendía inscribir solamente tiene validez entre las partes que intervienen en el mismo, puesto que no podrá oponerse ante terceros por la falta de publicidad, puesto que se ignora la existencia y nacimiento de un derecho real en la realidad jurídica, como lo hemos hecho notar anteriormente, puesto que solamente por medio de la inscripción se presume y se publica la realidad jurídica, para proteger el tráfico jurídico de --

los derechos reales; asimismo, produce perjuicios a terceros pero a falta de publicidad no se le puede oponer al tercero, el cual sí puede aprovecharse en cuanto le fuere favorable.

MEDIOS PARA IMPUGNARLAS

Como hemos apuntado en el inciso anterior, el Registrador después de haber realizado o verificado la calificación, considera que dicho documento no debe registrarse; tal opinión causaría perjuicios al interesado, aunque tal opinión tiene plena validez, puesto que está fundada conforme al Reglamento y, para tal efecto, la ley determina expresamente los medios para impugnar los opiniones del Registrador.

Los medios establecidos por la ley para la impugnación de las opiniones son de diferentes procedimientos, tales como: El procedimiento administrativo y el judicial. Los citados procedimientos se pueden emplear simultáneamente, pero es recomendable que se agoten los recursos establecidos por la ley.

En el inciso que antecede, decíamos que el Registrador puede rehusarse a hacer la inscripción si considera que no reúne los requisitos exigidos por la Ley, o simplemente el Registrador tiene dudas sobre dicho título, el interesado podrá acudir ante el Registro Público de la Propiedad por medio de su Director, en demanda de que se le haga nueva

calificación de su título; el Director examinará nuevamente el mismo y si considera que debe de registrarse, se procederá a hacer la anotación respectiva, firmando conjuntamente el Director y el Registrador la anotación y los documentos registrados.

El procedimiento antes señalado, corresponde al procedimiento administrativo y se encuentra consagrado en el Artículo 8 del Reglamento; ahora bien, el procedimiento judicial procede cuando el Director se rehusa a hacer la inscripción, por lo que el interesado puede acudir ante la autoridad judicial en demanda de su registro del título rechazado tanto por el Director como por el Registrador, para que por medio de resolución judicial, se obligue al Registrador a hacer la inscripción solicitada, impugnando así las opiniones del Registrador.

El medio para obligar al Registrador para hacer la inscripción negada por él, es el procedimiento arriba indicado y lo consignan los artículos 3013 en su parte final y el Artículo 3014 del Código Civil y el Artículo 33 de su Reglamento. Con el mandamiento administrativo o judicial, el Registrador no tiene facultad para juzgar de la legalidad de la orden judicial administrativa donde se manda hacer la inscripción demandada, pero sí podrá hacer la observación si su arbitrio encuentra algunas circunstancias por las que legalmente no deba practicarse la inscripción.

ción solicitada y si insistiera la autoridad judicial o -- administrativa, se verificará la inscripción, insertándose el oficio en que se hubiere ordenado y firmado el Director conjuntamente con el Registrador, la anotación respectiva.

DISFRUTA DE ARBITRIO EL REGISTRADOR

Indiscutiblemente el Registrador disfruta de arbitrio, principalmente se desarrolla o se destaca en la calificación que realiza de los documentos que le presentan para su inscripción. En este aspecto disfruta el Registrador de un arbitrio mixto al determinar que títulos se registran, siendo necesario que el Registrador aplique su -- arbitrio dentro de sus facultades, principalmente, como hemos dicho, en la calificación o depuración que realiza, a fin de lograr que todo lo que registra sean válidos y perfectos los títulos.

El arbitrio del Registrador es indispensable --- puesto que, con los asientos registrales, se presumen exactos o concordantes con la realidad jurídica, ya que de lo contrario el Registrador, si se le negara su arbitrio, causaría perjuicio de las partes y a terceros y a la misma -- institución registral, puesto que los asientos servirían para engañar al público y favorecer el tráfico ilícito y - la producción de nuevos conflictos.

El arbitrio del Registrador está consagrado en el Artículo 31 del Reglamento, al establecer que "el Registrador se reusará a hacer la inscripción que se le pida si encuentra que el título presentado no es de los que deban inscribirse y no llena las formas intrínsecas exigidas por la ley o no contienen los datos exigidos por el Artículo 3015 del Código Civil y los relativos de este Reglamento y demás disposiciones legales aplicables al caso"; por tal motivo, en el artículo citado, el Registrador queda facultado para admitir o reusar hacer la inscripción solicitada, aplicando su arbitrio, en virtud de que tiene la responsabilidad de daños y perjuicios que cause a los interesados, si hiciere una inscripción en contraposición a la Ley.

RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR

El cargo de los Registradores, por su importancia, no puede sustraerse a las consecuencias de la negligencia o culpa. El Artículo 3016 del Código Civil, dice: "El Registrador que haga una inscripción sin cumplir con lo dispuesto en el Artículo anterior, será responsable de los daños y perjuicios que cause a los interesados y sufrirá una suspensión de empleo de tres meses".

No son los únicos casos que se mencionan en el citado artículo, en los cuales el Registrador es responsa-

ble. En efecto, el principio general, es que todo hecho -- del hombre que ocasiona daño, está obligado a resarcir, -- luego si el Registrador, además de los casos previstos en dicho artículo, perjudica a otra con un hecho culposo o -- por su negligencia, está obligado a resarcir el daño causado.

El Registrador es responsable de las omisiones - en los certificados de una inscripción o anotación preventiva, asimismo es responsable de las inscripciones, anotaciones no existentes en los registros; porque la indicación - de inscripción que no existe, puede perjudicar lo mismo -- que la omisión de otra que existe.

Las omisiones o errores en los registros, certificaciones que expida, pueden producir perjuicios a terceros, en virtud de las que dieron publicidad a los actos a que se refieren los certificados, pueden vivir tranquilos - en la posesión de su derecho y tener la seguridad de que - pueden oponerlo a cualquiera, sería de suma injusticia, -- que por la negligencia o el error del Registrador al expedir un certificado, pudiere ocasionar perjuicio a su titular.

El Registrador no es responsable cuando la omisión o el error de insuficientes indicaciones en las solicitudes de certificados, no imputables al mismo, porque -- cuando no hay culpa no puede haber responsabilidad.

No basta que el Registrador incurra en culpa, es necesario que el daño material sea consecuencia de ésta, - porque si no hubo daño o lo hubiera habido de todos modos - sin la culpa del Registrador no puede ser responsable.

El Artículo 3019 del Código Civil invoca "Los en cargados del Registro son responsables, además de las penas en que pudieran incurrir, de los daños y perjuicios a que dieran lugar:

I.- Si rehúsan sin motivo legal o retardan, sin causa justificada, la inscripción de los documentos que -- les sean presentados.

II.- Si rehúsan expedir con prontitud los certificados que les piden.

III.- Si cometen omisiones al extender los certi ficados, salvo si el error proviene de insuficiencia o ing xactitud de las declaraciones que no les sean imputables.

CAPITULO QUINTO

EL REGLAMENTO DEL REGISTRO PUBLICO Y EL ARBITRIO REGISTRAL.

TEMARIO: 29).- Naturaleza del Reglamento; 30).- Su valor dentro del orden jurídico; 31).- ¿Puede suplir las deficiencias del Código Civil? 32).- Su valor frente a otras leyes; 33).- La facultad reglamentaria; 34) Las decisiones del Registrador, fundadas en el Reglamento; 35).- Válidez de dichas decisiones; 36).- Hay revisión contra las disposiciones del Registrador.

NATURALEZA DEL REGLAMENTO:

Sobre la naturaleza del Reglamento existen diversas opiniones y teorías. Algunos autores alemanes sostienen la división de los Reglamentos en dos categorías: Una formulada por las Ordenanzas Creadoras del Derecho y otra por las Ordenanzas Administrativas.

La reglamentación que forma parte de la primera categoría es, desde el punto de vista material, actos legislativos, por que igual que la Ley, crean normas jurídicas, mientras que las ordenanzas administrativas se consideran actos que no producen consecuencias jurídicas creadoras de derecho, sino que se mueven dentro de las normas -- creadas por la ley, en su alcance está limitado al organismo administrativo, sin trascender a los particulares, repúndose a esta categoría de ordenanzas como actos administrativos, desde el punto de vista material y formal. Otros autores como Cané de Malberz, parte de la distinción entre ley y reglamento diciendo: "Que el acto reglamentario constituye un acto de carácter administrativo en sí, no sólo porque emana de la autoridad administrativa, sino que en sí, es un acto de ejecución de las leyes".

Esta teoría puede ser objetada porque al afirmar que el reglamento es en sí un acto de ejecución de la ley, no resuelve el problema de cual es la naturaleza jurídica-

de las consecuencias que produce el acto reglamentario.

En el mismo sentido que el anterior, otros autores, tales como Berthelemy y Hauriou, niegan que desde el punto de vista material, los reglamentos son verdaderas leyes, fundándose en los conceptos del acto legislativo y acto administrativo. "El carácter propio de la ley no reside ni en su generalidad ni en su impersonalidad de las órdenes que dá, consiste en el hecho de que se considera como la expresión de voluntad nacional. No se puede decir otro tanto del reglamento expresión de voluntad de los administradores...."Se olvida decirnos de qué texto o de que principio se saca la afirmación de que lo propio de los actos administrativos es el de ser individuales o especiales.- - Los actos administrativos tienen especialmente por objeto asegurar el orden y asegurar la ejecución de las leyes.37)

Asimismo, los autores que en seguida cito, sostienen su diversa opinión sobre la naturaleza de la ley y el reglamento.

Cahen y Amadt, opinan que la única y posible diferencia entre reglamento y ley, es que mediante el reglamento, puede el Ejecutivo regular todas las materias, salvo aquéllas reservadas por la Constitución o la Ley al Poder Legislativo.

Hauriou, piensa que el reglamento da al Jefe de Estado un poder propio y consiste no sólo en ejecutar las

37). Hauriou Mauriu.- Derecho Administrativo. París 1921. Pag. 108.

Leyes que abarca también "las materias administrativas, la organización de los servicios públicos y de sus dependencias"; por el contrario, la ley no posee el mismo sentido³⁸⁾.

En cambio, para este autor la ley y el reglamento son iguales, en cuanto contienen disposiciones de carácter general, es decir, tienen la misma naturaleza intrínseca.

Esmein consigna dentro de la corriente que sostiene que el reglamento tiene como la única misión el ejecutar las leyes, que "el reglamento es simplemente una prescripción que tiene por fin asegurar la ejecución de la ley".³⁹⁾

Otro grupo de teorías parten desde el punto de vista formal y consideran el acto reglamentario como acto administrativo, pero lo identifica desde el punto de vista material con la ley, porque encuentra los mismos caracteres que en el reglamento. El reglamento constituye, desde el punto de vista de su naturaleza intrínseca, un acto legislativo que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas generales.

En este sentido se han orientado la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aunque se admiten algunas aparentes diferencias de carácter formal entre la ley y el reglamento. Se dice que la ley puede

38).- Hauriou Maurice ob. cit. pag. 124.

39).- Citado por Gabino Fraga.- Derecho Administrativo. Méx. 1958. pag. 115.

existir y tener plena validez sin que haya un reglamento de la misma, mientras que en casos excepcionales, el reglamento supone la existencia de una ley a la que se subordina y desarrolla.

La situación de subordinación del reglamento no puede influir sobre la naturaleza jurídica, de la misma manera que la ley ordinaria no pierde su carácter legislativo por el hecho de que se subordina a la Constitución y la diferencia es únicamente diferencia formal que obedece a la diferencia de competencia de Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.

Otra diferencia que se señala, es aquella de que el Reglamento no puede regular determinada clase de relaciones, mientras que la ley sí está facultada para ello, lo cual es indudable como en el caso de las garantías individuales cuya reglamentación solo puede hacerse por la ley, la organización de Guardia Nacional, etc., pero esto no obedece a diferencia de naturaleza de ambos actos, sino a consideraciones meramente formales.

En cuanto a principios que sirven para determinar los casos en que deben intervenir la facultad reglamentaria y con los cuales se logra una diferencia entre el contenido de sus disposiciones y el de las leyes, tenemos:

- 1.- El principio de la primacía de la ley.
- 2.- El principio de la reserva de la ley.

Por el primero de los principios, se entiende que siendo normalmente el reglamento un medio para lograr la exacta observancia de la ley, presupone la existencia de una ley a la cual va a reglamentar.

El reglamento no puede contrariar el espíritu de la ley reglamentada, principio que se encuentra consagrado en el Artículo 72 inciso F Constitucional: "En la interpretación, reforma o derogación, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación".⁴⁰⁾

El segundo de los principios mencionados anteriormente, consiste en que, conforme a la Constitución, hay materias que sólo pueden ser reguladas por la ley, en estos casos, la Constitución emplea una terminología clara al prevenir que por una ley se regula la materia, debe entenderse una ley en sentido formal.

Así pues, el reglamento, desde el punto de vista material, es una disposición legislativa y su única diferencia con la ley, es desde el punto de vista formal.

Una vez sentado este principio, sus partidarios, entre los que se encuentra el Maestro Fraga,⁴¹⁾ busca dentro del derecho positivo el fundamento para que un poder que no es el legislativo ejerza la función legislativa. El Maestro Gabino Fraga en su obra Derecho Administrativo, dice: "El régimen de separación de poderes implica todas las fun-

40).- Derecho Administrativo. pag. 218. ab. cit. pag. 126

41).- Derecho Administrativo. pag. 217. ab. cit. pag. 126

ciones de un mismo carácter material, formen parte de la competencia del órgano que recabe la denominación de la función misma y que, cuando haya una excepción, ese régimen debe justificarse expresamente por un texto de la Constitución. Por lo mismo para admitir que el Poder Ejecutivo tenga la facultad reglamentaria, es necesario que así se consigne en la Constitución, como lo consagra en su Artículo - 89 Fracción I.

VALOR DENTRO DEL ORDEN JURIDICO

El Reglamento constituye, dentro del estado moderno, una de las fuentes más importantes del Derecho Administrativo, en virtud de que gran parte de la actividad del estado desarrolla y se realiza en forma de reglamentos. Es una manera por medio de la cual se exterioriza la potestad de la Administración Pública.

La formalidad de la expedición de Leyes y su dilación consecuente, ha sido la causa de que el Poder Ejecutivo se atribuya la facultad reglamentaria que constituye un acto objetivamente legislativo, tendiente a una exacta observancia de las leyes, así como una mejor aplicación técnica y que se ajusta mas por ser el poder a cuyo cargo está la ejecución de las leyes.

El Maestro Dr. Eduardo García Maynez ⁴²⁾ en su obra "Introducción del Estudio del Derecho", dice que el -

42.- Eduardo García Maynez. "Introducción al Estudio del Derecho". Mex. pag. 510.

orden jurídico es una larga jerarquía de preceptos, cada uno de los cuales desempeña un papel doble; en relación con los que están subordinados, tiene carácter normativo con los supraordenados que es un acto de aplicación.

Pero ni todas las normas ni todos los actos ofrecen tal duplicidad de aspectos. El ordenamiento jurídico no es una sucesión interminable de preceptos determinantes y actos determinados, algo así como una cadena compuesta por un número infinito de eslabones, sino que tiene un límite superior y otro inferior. El primero denomínase norma fundamental, el segundo está integrado por los actos finales de ejecución, no susceptibles ya de provocar ulteriores consecuencias.

El orden jerárquico normativo de cada sistema de derecho se compone de los siguientes grados:

- I.- Normas constitucionales.
- II.- Normas ordinarias.
- III.- Normas reglamentarias.
- IV.- Normas individualizadas.

Todos los preceptos como los ordinarios y reglamentarios son normas de carácter general; las individualizadas en cambio, prefíéranse a situaciones jurídicas concretas.

Las leyes ordinarias representan un acto de aplicación de preceptos constitucionales. De la misma manera --

que las reglamentarias están subordinadas a las ordinarias: -

Ahora bien, su valor dentro del orden jurídico, es necesario determinar el precepto fundamental del orden jerárquico normativo en nuestro Derecho.

Considero que el precepto fundamental del orden jurídico y jerárquico normativo en nuestra legislación, lo establece el Artículo 133 Constitucional, al disponer: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán una ley suprema -- para toda la Unión".

Por lo antes expuesto, revela que los dos grados superiores de la jerarquía normativa está integrada, en nuestro Derecho, por la Constitución Federal y por los tratados internacionales: dichas leyes tienen el mismo rango y valor jurídico.

Posteriormente vienen las locales ordinarias que dividen o se dividen en ordinarias orgánicas y leyes de comportamiento o mixtas. Y le siguen las normas reglamentarias como lo hemos descrito anteriormente.

De lo anterior se desprende que el reglamento, dentro del orden jurídico en nuestra legislación, es una norma secundaria abstracta, de observancia general y que produce consecuencias jurídicas como la ley y modifica, trasmite o -

extingue situaciones jurídicas.

¿PUEDE SUPLENIR LAS DEFICIENCIAS DEL CODIGO CIVIL?

El reglamento del Registro Público de la Propiedad no solamente puede suplir las deficiencias del Código Civil, puesto que el Reglamento es una disposición legislativa expedida por el Poder Ejecutivo, en uso de la facultad que le -- confiere la constitución, para proveer en la esfera administrativa, a la exacta observancia de las leyes que expida el Poder Legislativo.

Como se desprende de lo anterior, el Reglamento de Registro Público de la Propiedad fué expedido para que se haga exacta observancia de la ley del Registro Público de la Propiedad; ahora bien, si el Código Civil es omiso, el reglamento debe de llenar las omisiones del Código Civil y no solamente las omisiones que pueda tener el citado Código, sino que, por el contrario, el propio Código remite al Reglamento como lo establece el Artículo 3022, que dice: "El Reglamento especial establecerá los derechos y obligaciones de los registradores, así como las fórmulas y demás requisitos que deben llenar las inscripciones"

Como puede verse, el Código Civil no establece los derechos y obligaciones que tienen los registradores, así como los requisitos, fórmulas, que deben llenar las inscripciones, describiendo los requisitos antes mencionados por el Reglamento, al establecer en su Artículo 10 las obligaciones y

facultades de los registradores; y el artículo 40 establece la forma que debe tener las inscripciones, puesto que dicho Artículo manifiesta: "Todas las inscripciones estarán escritas con claridad, sin abreviaturas, guarismos ni correcciones. Cuando hubiera alguna equivocación y se advirtiera ésta antes de firmarse la inscripción, se harán las interrenglonadas necesarias y se pasará una línea delgada sobre las palabras equivocadas, de modo que pueda leerse y antes de la firma se salvará lo testado con la expresión de que no vale y lo interrenglonado, con expresión de sí vale; la firma que autoriza la inscripción se pondrá en el renglón inmediato a la misma. Después de firmada una inscripción por el Registrador, los errores materiales o de concepto que en ellas se hubieren cometido, sólo podrán corregirse en la forma y términos indicado en el Título V, Capítulo II de este Reglamento".

El Artículo 24 del propio Reglamento establece la forma en que deberá hacerse la inscripción: "Toda inscripción comenzará con la mención de los bienes de que se trata, a continuación se expresará extensión, superficie, si la expresara el título y sus linderos. Después se consignarán los demás datos a que se refiere el Artículo 3015 del Código Civil".

Como se desprende del Artículo mencionado, el Reglamento no sólo puede suplir las deficiencias del Código Civil, sino que crea normas aplicables al Registro Público -

de la Propiedad.

El Artículo 3000 del Código Civil, vuelve a remitir al Reglamento para que éste llene las deficiencias del Código Civil, al establecer: "El Reglamento fijará el número de secciones de que se componga el Registro y la sección en que deban inscribirse los títulos que se registran". El Reglamento de 1940 que está en vigor, cuenta con 7 secciones.- El Artículo 48 del propio Reglamento ordena qué documentos se registrarán en la Sección Primera; Inmuebles; el Artículo 60 menciona los actos jurídicos que deberán registrarse en la Sección Segunda; Gravámenes; el 69 establece que la Sección Tercera será en la que se registren los bienes muebles; el 72 establece la Sección Cuarta la cual es para registrar personas morales; el 102 manifiesta que la Sección Quinta tendrá a su cargo la guarda de los libros y apéndices del Registro Público y la formación y guarda de los índices; la Sección Sexta es para registrar los documentos privados, lo establece el Artículo 136 del Reglamento; el Artículo 143 reglamenta la Oficialía de Partes.

Con los Artículos mencionados se demuestra una vez más que el Reglamento suple las deficiencias del Código Civil aunque en una forma expresa el Código Civil somete al Reglamento para que éste determine en que forma deberá de reglamentar todo lo referente al Registro Público de la Propiedad.

Aún cuando el Código no remita expresamente al Reglamento en determinados casos, como lo hemos visto en diversos Artículos que deja al Reglamento determinar las condicio

nes y requisitos que deban llenar las inscripciones, como lo acabamos de ver. El Reglamento debe de suplir las deficiencias y lagunas del Código Civil, puesto que el objeto del Reglamento es desarrollar y detallar los principios generales contenidos en la ley para hacer posible y práctica la aplicación de la ley.

La ley al ser expedida por el Poder Legislativo, puede desarrollar y detallar sus preceptos en forma tal que se aplica sin dificultad, pero el Poder Legislativo está imposibilitado para que la ley llegue a ese grado de desarrollo y detalle, por sus funciones, no está en contacto íntimo con el medio social en que a a actuar la ley que expide, por lo que no puede regular en detalle la ejecución de la propia ley, adaptándola a las condiciones particulares a dicho medio. Por lo que se encomienda al Poder Ejecutivo la Reglamentación de la ley, por estar en constancia y contacto con el medio social en que se aplicará la ley.

Para llenar las lagunas de la ley, nuestra legislación establece que se llenarán con los principios generales del Derecho, y como hemos dicho anteriormente, que el reglamento detalla y desarrolla los principios generales contenidos en la ley, para hacer posible y práctica la aplicación de la ley; en el caso de que la ley tuviere deficiencias, acudirá principalmente al reglamento para llenar las deficiencias del Código Civil y si no se solucionara el con

flicto por carecer de una norma adecuada al caso, se acudir  en última instancia, a los principios generales del Derecho.

SU VALOR FRENTE A LAS LEYES

Como lo hemos manifestado en el párrafo anterior, en la naturaleza del Reglamento algunos autores sostienen que el Reglamento constituye un acto de carácter administrativo, no solamente porque emana de la autoridad administrativa, sino porque en sí es un acto de la ejecución de las leyes.

Esta doctrina se ha criticado diciendo que considera el reglamento como un acto de ejecución de las leyes, sin tomar en cuenta que más que un acto directo de ejecución, es el medio para llegar a dicha ejecución; además que deja pendiente de resolver el problema de la naturaleza jurídica de las consecuencias que produce el acto reglamentario.

Otros autores, como los distinguidos juristas Berthelmy y Hauriu, niegan que desde el punto de vista material, los reglamentos sean verdaderas leyes, fundando su negativa en los conceptos de actos legislativo y acto administrativo. Dicen: "El carácter propio de la ley no reside ni en su generalidad ni en la impersonalidad de las órdenes que d , consiste en el hecho de que se considera como la expresión de la voluntad nacional. No se puede decir otro

tanto del reglamento, expresión de la voluntad de los administradores".

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aunque se admitan algunas aparentes diferencias de carácter formal entre el Reglamento y la ley, como por ejemplo en que la ley puede existir y tener absoluta validez, sin que exista un reglamento de la misma, en tanto que el reglamento normalmente supone la pre-existencia de una ley a la que está subordinada.

Se dice que el reglamento, desde el punto de vista material, es una "disposición legislativa" por que en realidad la única diferencia substancial que puede advertirse es que mientras que el reglamento es obra siempre de la administración, la ley o sea el resultado natural de la función legislativa, es dictada normalmente por el Poder Legislativo.

Los partidarios de la tesis anterior, entre los que se encuentra el Maestro Gabino Fragam una vez sentado que el reglamento es un acto materialmente legislativo, busca dentro del Derecho Político, el fundamento para que un poder que no es legislativo, ejerza la función legislativa; y dice el jurista Fraga: "El régimen de separación de poderes, implica que todas las funciones de un mismo carácter material, formen parte de la competencia del órgano que recibe la denominación de la función misma y que, cuando haya -

una excepción de régimen, debe justificarse expresamente por un texto de la Constitución; por lo mismo, para admitir que el Poder Ejecutivo tenga facultad reglamentaria, es necesario que así se consigne en la Constitución".

Subjetivamente, el reglamento participa de las mismas características de la ley, o sea que es impersonal abstracto, contiene siempre un fundamento de carácter general para aquéllas que se coloquen en el supuesto de la norma, no se agota por su aplicación a un caso concreto, tiene en sí una validez absoluta, independientemente de la oposición de los destinatarios, o dicho en otra forma, crea, extingue y modifica situaciones jurídicas de carácter general.

En cuanto a las diferencias del Reglamento con la ley, se aceptan los principios:

- I.- El principio de la primacía de la ley.
- II.- El principio de la reserva de la ley.

Por el primero se entiende que siendo normalmente un medio para lograr la exacta observancia de las leyes, es decir un medio tendiente a la ejecución práctica de éstas, presupone la existencia de una ley a la cual va a reglamentar.

Como se presupone siempre la existencia de una ley a la cual se va a reglamentar, no puede contrariarse el espíritu de ella por el reglamento, y en nuestro dere-

cho positivo, se encuentra consagrado este principio en el Artículo 72 Inciso F, que estipula que: "En la interpretación, reforma o derogación de las leyes y decretos, se --- observarán los mismos trámites que se establecieron para - su formación.

Ya hemos hecho referencia también al segundo --- principio que consiste en que el reglamento no puede regular determinadas relaciones como las garantías individuales, porque solamente pueden hacerse por la ley.

FACULTAD REGLAMENTARIA

La Constitución de 1917 en su Artículo 89 señala "Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

1.- Promulgar y ejecutar las leyes que expida el congreso, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia".⁴³⁾

"Todos los reglamentos directos y órdenes del --- Presidente, deberán estar firmadas por el Secretario del - despacho encargado del ramo a que el asunto corresponda y sin este requisito no serán obedecidas". Los reglamentos, - decretos y órdenes del Presidente, relativos al Gobierno - del Distrito Federal y a los Departamentos Administrativos serán enviados directamente por el Presidente al Gobernador del Distrito Federal y al Jefe del Departamento respeg

43).- Constitución Política Mexicana. 1917..

tivo".

El análisis de los preceptos que acabamos de anotar, nos permite afirmar que en nuestro país, siempre ha sido el Poder Ejecutivo quien ha tenido encomendada la facultad reglamentaria.

En opinión del Lic. Gabino Fraga ⁴⁴⁾ y de la mayoría de autores, en la parte final de la Fracción I del Artículo 89 Constitucional, se consigna la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo.

Encontrándose en esta fracción tres facultades:

- a).- La de promulgar las leyes que expida el Congreso de la Unión.
- b).- La de ejecutarlas.
- c).- La de proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia.

Por lo que hace a la promulgación, se ha indicado anteriormente su contenido. En cuanto a la ejecución de las leyes al respecto, se dijo que consiste en la realización de los actos materiales o jurídicos que implican esas mismas disposiciones legales.

El sentido gramatical de la palabra "proveer" es el poner los medios adecuados para un fin, en el caso, para facilitar la ejecución de las leyes. Si se analizan las circunstancias prácticas en que las leyes deben ejecutarse se observará que es necesario para que tenga una exacta

44).- Gabino Fraga. "Derecho Administrativo". Méx. 1958. pag. 112.

observancia, entre otros actos, desarrollar sus preceptos-- para ajustarlos a las modalidades que tienen las relacio--- nes a los cuales van a ser aplicados. Las disposiciones que detallan los elementos que la ley consigna, deben tener el mismo carácter que ésta, pues la fracción se refiere no úni camente a un solo caso de observancia, sino a todos los ca- sos que puedan presentarse, diferencia de la ejecución mis- ma, que siempre significa la aplicación concreta de la ley- a un caso especial. En los términos anteriores, la interpre- tación gramatical de la disposición legal lleva a la conclu- sión de que en ella se otorga, juntamente con otras, la fa- cultad de expedir disposiciones generales que sean el medio práctico adecuado para poder dar exacta observancia a la -- ley. Los antecedentes históricos que anteceden a la Consti- tución vigente, corroboran la interpretación gramatical. -- Jurídicamente también se conforma, porque si se examinan -- los conceptos de ejecución se verá la diferencia que pueda- existir entre actos directos y concretos y actos indirectos o que revisten un carácter abstracto. Refuerzan las condi- ciones a que llegan todos estos criterios de interpretación los argumentos derivados de la conexión que este precepto - tiene con otros de la misma Constitución, entre los cuales- puede citarse el contenido del Artículo 92, en donde, como- antes se dijo, se forjan los requisitos formales que deben- llenar los reglamentos que expida el Ejecutivo. Sin embargo

podiera objetarse la argumentación que hicimos para desen--trañar el significado de la facultad de proveer a la exacta observancia de las leyes, indicando que no deriva de ese --concepto la idea de una facultad legislativa, puesto que en el mismo texto se dice que el Ejecutivo debe proveer "en la esfera administrativa". Precisamente creemos que estos últi--mos términos contienen la excepción expresa al sistema de --separación de poderes que es necesario para que el Ejecuti--vo goce la facultad reglamentaria. En efecto, la Constitu--ción no se ha formulado conociendo la clasificación teórica de los actos desde el punto de vista material y formal, de--tal manera que al decir " en la esfera administrativa", se indica que las disposiciones de carácter general que hayan--de dictarse sean expedidas no por el Poder Legislativo sino que el Poder Ejecutivo, dentro de su esfera normal de ac---ción, que no es otra que la esfera administrativa. La Cons--titución únicamente parte del concepto formal de las funcio--nes, y desde este punto de vista, los reglamentos expedidos--por el Ejecutivo, tienen un carácter netamente administrati--vo. 45)

Además de las razones legales, el Lic. Fraga señã la otras de orden práctico, que justifican la atribución de la facultad reglamentaria del Ejecutivo.

En su obra "Derecho Constitucional Mexicano", el--Dr. Felipe Tena Ramírez no acepta la interpretación que del

45).- Gabino Fraga. "Derecho Administrativo". pags. 113 y 114.

Artículo 89 Fracción I hace el Maestro Fraga, diciendo: -
"..... que tal como está redactado, se trata de una sola facultad, proveyendo en la esfera administrativa a su --- exacta observancia. La importancia de la facultad reglamentaria, la necesidad de contar con ella en régimen constitucional, han inclinado a la jurisprudencia hasta el -- punto de que ya nadie la discute. De esta manera ha creado fuera de la Constitución, aunque sin contrariarla, una institución de derecho consuetudinaria, que viene a llenar el vacío que inexplicablemente dejaron los Constituyentes de 1857 y 1917.- Hoy en día es el precedente y no el texto, el que justifica que el Ejecutivo goce la facultad reglamentaria".⁴⁶⁾

Don Ramón Rodríguez⁴⁷⁾ al hablar de la Fracción I del Artículo 85, dice: "La facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo única y exclusiva, que por la Constitución deberá concedérsele, es la de ejecutar las leyes que para el servicio público de la Nación expida el Congreso General. A esta facultad corresponde esencial y necesariamente la de dar reglamentos y órdenes que sean necesarios para la mejor ejecución de las leyes. Ambas facultades se conceden al Ejecutivo por la Fracción II del Artículo 85"

El Lic. Mariano Coronado⁴⁸⁾ en su obra nos dice "En algunas naciones se establece la diferencia entre la promulgación y la publicación de las leyes. La promulgación es el acto por el cual el Jefe del Estado testifica-

al cuerpo social la existencia de la ley y ordena su ejecución. La publicidad hace conocer a los habitantes que la ley ha sido promulgada. En consecuencia, las leyes son perfectas como obra legislativa por el voto de ambas cámaras, ejecutoriadas por la promulgación y obligatorias por la publicación".

La Constitución vigente, en la Fracción I del Artículo 85, impone al Presidente la obligación de promulgar las leyes federales y el Artículo 114 dice: "Es deber de los gobernadores de los estados de publicarlas", pero el Código Civil del Distrito y Territorios Federales, en los Artículos 344 no establece diferencia alguna en lo concerniente a la promulgación a la publicación. Para la ejecución de las leyes necesita el Presidente expedir reglamentos y dictar disposiciones y órdenes.

El reglamento difiere de la ley en que ésta establece principio y aquel lo desarrolla; ésta es perpetua, aquel varia según las circunstancias; ésta manda, aquél obedece; el reglamento, por lo tanto, no puede unir por el dominio de la ley, imponiendo penas, creando impuestos, organizando los poderes públicos, etc. Delimita a desenvolver los principios de la ley, a fijar los pormenores que rectamente se derivan de sus preceptos; en suma, el Presidente, como Jefe Supremo de la administración federal, dis

46).- Felipe Tena Ramírez. "Derecho Constitucional". Méx. 1955. Pag. 112.

47).- Don Ramón Rodríguez. "Derecho Constitucional". Méx. pag. 215.

48).- Lic. Mariano Coronado. "Derecho Civil" Tomo I pag. 21.

pone y resuelve lo conveniente para el buen despacho de --
ella, por lo que se entiende que los reglamentos y demás -
disposiciones del Ejecutivo no han de contrariar la ley, -
puesto que tiene que proveer a su exacta observancia. Don-
José María del Castillo Velazco, eminente constitucionalis
ta quien además participó en el Congreso Constituyente, --
nos dice: "En la Fracción I del Artículo 85 se comprende -
la facultad de expedir reglamentos, circulares, órdenes y -
todas las explicaciones y arreglos que convengan o sean ne
cesarios para observancia de la ley; pero ella ha de ser -
exacta, es decir, que de ninguna manera el Ejecutivo tiene
poder para alterar o cambiar en nada el precepto de la Ley.
Sin embargo, es muy importante la facultad de expedir re-
glamentos y demás disposiciones análogas, porque vienen a
ser aquéllas y éstas el complemento de la ley, en verdad -
un acto lealmente legislativo, dé una influencia, porque--
reconociendo todos los empleados al Ejecutivo como superior
-la opinión de éste constituye una declaración de sentido-
de la ley, siempre que el texto se presente, aunque ligera-
mente, a la duda, y mientras el legislativo por sí mismo -
no determina cual es el verdadero sentido. Aún en la mane-
ra de practicar la Ley, por más que ella sea clara, puede-
establecer diferencias que le den un sentido más bien que-
otro., una extensión más o menos dilatada, según quiera el
Ejecutivo".⁴⁹⁾

49).- Tena Ramfrez. "Derecho Constitucional", pag. 466.

De todo lo anterior se concluye que el Artículo 89 en su fracción I, de la Constitución vigente, contiene en forma expresa la facultad reglamentaria sin que se pueda confundir con las otras facultades que consigna.

LAS DECISIONES DEL REGISTRADOR FUNDADAS EN EL REGLAMENTO.

Son indispensables las decisiones del registrador fundadas en el reglamento, en virtud de que por medio de ellas el Registrador da el principio de obtener la concordancia del mundo, con la realidad jurídica, por otra parte, las decisiones fundadas en el Reglamento están cumpliendo con su obligación, aplicando debidamente la ley y haciéndola cumplir, puesto que el Reglamento tiene como fundamento la de ejecutar la ley, puesto que tiene que proveer a su exacta observancia.

Como lo hemos dicho en el inciso referente, el valor dentro del orden jurídico, el estado moderno tiene como fuente más importante del Derecho Administrativo, el Reglamento, el cual es el material de donde surgen las normas aplicables, es decir, el lugar donde brota la norma jurídica relativa a la aplicación de la ley.

Hay varias razones que explican la potestad reglamentaria de la administración. En primer lugar, la difi- cultad propia de los órganos legislativos para crear normas de derecho con la técnica y con los detalles necesarios para prever todas las contingencias temporales y es-

pone y resuelve lo conveniente para el buen despacho de ella, por lo que se entiende que los reglamentos y demás disposiciones del Ejecutivo no han de contrariar la ley, puesto que tiene que proveer a su exacta observancia. Don José María del Castillo Velazco, eminente constitucionalista quien además participó en el Congreso Constituyente, nos dice: "En la Fracción I del Artículo 85 se comprende la facultad de expedir reglamentos, circulares, órdenes y todas las explicaciones y arreglos que convengan o sean necesarios para observancia de la ley; pero ella ha de ser exacta, es decir, que de ninguna manera el Ejecutivo tiene poder para alterar o cambiar en nada el precepto de la Ley. Sin embargo, es muy importante la facultad de expedir reglamentos y demás disposiciones análogas, porque vienen a ser aquéllas y éstas el complemento de la ley, en verdad un acto lealmente legislativo, dé una influencia, porque reconociendo todos los empleados al Ejecutivo como superior la opinión de éste constituye una declaración de sentido de la ley, siempre que el texto se presente, aunque ligeramente, a la duda, y mientras el legislativo por sí mismo no determina cuál es el verdadero sentido. Aún en la manera de practicar la ley, por mas que ella sea clara, puede establecer diferencias que le den un sentido mas bien que otro, una extensión mas o menos dilatada, según quiera el Ejecutivo" 49).

49).- Tena Ramírez. "Derecho Constitucional" Méx. 1955 - pag. 466.

cio, en un plazo de 15 días, siguientes a la fecha de la misma.

Ahora bien, si analizamos el texto del Artículo 260 de la Ley General de Sociedades mercantiles, según el cual "La inscripción en el Registro Público de Comercio de la escritura constitutiva de una sociedad mercantil y la de sus reformas se hará mediante orden judicial, de acuerdo con los artículos siguientes". De este precepto se desprende que para efectuar la inscripción, es necesario pasar dos momentos: el primero que es el de calificación judicial que es previo; y el segundo, el de la inscripción propiamente dicha.

El primer momento de que hablamos y que corresponde a la previa calificación judicial consiste en una declaración que hace la autoridad judicial competente en relación con el clausulado de la escritura constitutiva de una sociedad, y si su constitución está apegada a las constituciones de la ley o bien si se aparta de dichas disposiciones, su contenido está de acuerdo con las directrices o dentro de las normas previstas en la propia Ley.

El Maestro J. Rodríguez y Rodríguez en su Tratado de Sociedades Mercantiles, respecto de la finalidad de la calificación judicial, nos indica: "Pudiera sostenerse que el Juez y el Agente del Ministerio Público, no debén limitarse al análisis formal de la escritura, sino que deben fijarse en las declaraciones de fondo, para que en ca

so de encontrar circunstancias sospechosas, pudieran oponer se a la inscripción de la sociedad. Por ejemplo, cuando el Juez advierta que los bienes aportados en especie han sido valorados excesivamente o cuando tenga dudas acerca de la realidad de las aportaciones que se declaren hechas".

"Sigue manifestando que por nuestra parte pensamos, que la misión del Juez es la de examinar si la escritura constitutiva reúne, no sólo aparentemente sino en su fondo los presupuestos de los que depende en el sistema normativo la conformación legal de la sociedad, sin tener un poder discrecional. El examen debe entenderse, por consiguiente, a la comprobación de los siguientes puntos:

Primero: si de la estructura resulta la existencia y cumplimiento de las condiciones jurídicas para la válida constitución de la sociedad.

Segundo: si se han hecho figurar en las mismas -- todos los datos indispensables de acuerdo con lo previsto -- en los artículos 6 y demás aplicables, según clase de sociedad,

Tercero: si las cláusulas en que las partes han establecido declaraciones en el terreno abandonado a su voluntad, por el sistema normativo, están de acuerdo con las directrices y con las autorizaciones de la propia ley.

Cuarto: si las cláusulas sobre pactos que solo -- pueden convenirse en escritura constitutiva, están de acuerdo con las disposiciones de la Ley.

Quinto: Si en los casos en que por la índole de la Sociedad han de reunir determinadas autorizaciones administrativas, estas se han incluido en la escritura.

Sexto: Condiciones de capacidad de las personas que intervienen como socios". 50).

Es de hacerse notar, que en mi concepto, es el representante social es decir, el Ministerio Público quien, con la representación que ostenta, puede oponerse a que sea inscrita la sociedad de que se le someta, sea porque se violen normas de interés público o bien, requisitos de esencia en la Constitución o reforma de la sociedad de cuyos Estatutos se refiera, como son los mencionados por el Artículo 60. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, no obstante - cabe hacerse una pregunta: El Ministerio Público puede oponerse a la inscripción de un acuerdo de Asamblea, si ésta no fue celebrada en el domicilio social?; o ¿Puede oponerse si dos conyuges están contratando entre sí la constitución de una Sociedad?. En mi concepto el Ministerio Público puede oponerse cuando considere que existen violaciones al artículo 60. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y estará a cargo de la persona que solicite el Registro referido, la comprobación de que no existe violación alguna, - siendo en última instancia el Juez, quien decida la controversia.

50).- Rodríguez y Rodríguez J. Méx. 1955.- "Tratado de Sociedades Mercantiles". pag. 68.

Para mayor abundamiento, a lo anterior, me permito transcribir el oficio circular No. 7786, de fecha doce de -- diciembre de 1946, que en contestación de la consulta formulada por el Colegio de Notarios, giró la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales y que -- dice: "Al C. Jefe de Agentes del Ministerio Público del ramo Civil.- El Consejo de Notarios, en oficio de fecha 7 de noviembre del año en curso, solicitó se dirigiera circular a -- los señores Agentes del Ministerio Público adscritos a los -- Juzgados civiles de esta Ciudad, en el sentido de que su intervención en las vistas que los señores Jueces les manden-- dar de las escrituras constitutivas de sociedades, debe concretarse a analizar si satisfacen los distintos elementos -- que exige el artículo 6o. de la Ley General de Sociedades -- Mercantiles, para que pueda darse nacimiento a las personas-- jurídicas, sociedades.- Turnada dicha solicitud a los CC. -- Agentes auxiliares, dictaminaron en el sentido de girar comunicación a los Agentes del Ministerio Público del ramo Civil en el sentido de que al contestar las vistas a que se refiere el Consejo de Notarios, solamente se opongán a la inscripción de las escrituras de sociedad en los casos de que no se encuentren satisfechos los requisitos que señalan el Artículo 6o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles y las disposiciones esenciales para cada especie particular de Sociedad, así como las disposiciones contenidas en los capítulos-

tercero, cuarto y quinto de la ley del Notariado.- Por lo --- que toca a las disposiciones constitucionales y leyes de emergencia, los Agentes del Ministerio Público deben cuidar de -- su observancia, pero si se contrviene alguna otra disposición legal que no afecte la existencia de las sociedades, deberán - hacerlo del conocimiento de las autoridades competentes para los efectos legales respectivos.- En el sentido y estudio realizado por los auxiliares, se tuvo en consideración los pedimentos formulados por los señores Agentes del Ministerio Público, los que en su mayoría se refieren a la falta de requisitos esenciales para el nacimiento de la persona jurídica; - otros, en cambio, no tienen razón de ser, por ejemplo, el pedimento que con fecha 20 de marzo de 1946, se hizo al Juzgado 8o. de lo Civil, oponiéndose a la inscripción de la escritura constitutiva de la Internacional Bussines and Audit Co.- de México, S. de R. L., hasta en tanto no se indicara la constitución del fondo de reserva.- En los términos del Artículo 8o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, dicha inserción no es necesaria.- Igualmente se considera, entre otros, - necesario el pedimento que se hizo con fecha 18 de julio de - 1946, al mismo Juzgado 8o. de lo Civil, oponiendose a la inscripción de Productos Industriales para la Construcción, S. A. en virtud de que entre los objetos de la Sociedad se encontraba la facultad de emitir títulos de crédito garantizado o no con hipoteca sobre sus bienes.- Dicho pedimento no tuvo en --

cuenta el capítulo 5o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.- Atento lo anterior, se servirá dar usted instrucciones para que los Agentes del Ministerio Público adscritos a los Juzgados Civiles, no se opongan a la inscripción a las Sociedades, sino en el caso de que se omitan los requisitos esenciales para el nacimiento de dichas personas jurídicas contenidas en las fracciones 1a. y 7a. del Artículo 6o. de la Ley, y las específicas de cada tipo de sociedad, o bien, cuando se violen preceptos constitucionales de la Ley de emergencia y de la ley del notariado; en todos los otros casos de violación a la ley, sin oponerse a la inscripción de las Sociedades, deberán hacerlo del conocimiento de las autoridades competentes para los efectos legales a que hubiere lugar.....".

En la práctica y desgraciadamente, por no haber funcionarios de carrera, por los sueldos escasos que perciben y la imposibilidad física, dado el cúmulo de trabajo, esta calificación judicial se hace normalmente sin atender al concepto que tiene el Ministerio Público de representante social y aún más sin siquiera leer el contenido de los instrumentos o escrituras que contienen las reformas a los estatutos sociales o la escritura constitutiva, por lo que, la calificación judicial no pasa de ser un trámite burocrático, que retrasa la inscripción en el Registro Público de Comercio, y que acumula trabajo a jueces, Secretarios y Agentes del Ministerio Público.

Además, la misma Ley General de Sociedades Mercantiles, en su artículo 5o. dispone que: "Las sociedades se constituirán ante Notario y en la misma forma se harán constar sus modificaciones!" y conforme a la Ley del Notariado, el Notario aparte de ser un funcionario público que está investido de la fé pública es un profesional del derecho, conforme a la parte final del Artículo 3o. de la Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales, siendo -- profesional del Derecho con derecho a cobrar honorarios, es la persona idónea para cuidar a nombre propio (por su forma pública) y en el de sus clientes, de que la constitución de sociedades y las modificaciones a sus estatutos, cumplan con los requisitos señalados por las Leyes.

En vista de lo anterior, el momento previo a la inscripción, o sea el de la calificación judicial, en lo tocante a sociedades en su constitución o reformas de estatutos, debe desaparecer de la Ley, pues como veremos, la personalidad jurídica nace, cuando queda inscrita en el Registro Público de Comercio y no cuando es calificada por el -- Juez.

C
O
N
C
L
U
S
I
O
N
E
S

PRIMERA.- El arbitrio judicial es una necesidad jurídica que debe satisfacerse, pero con la prudencia necesaria, a efecto de que el arbitrio no se convierta en arbitrariedad y dé al traste con todo el sistema jurídico.

SEGUNDA.- El arbitrio judicial para apreciar las pruebas es necesario que los jueces sean de carrera, aptos para desempeñar la importante misión de impartir justicia.

TERCERA.- Nuestra legislación adopta el sistema mixto en el arbitrio judicial; las pruebas: pericial, testimonial y presuncional, Adopta el sistema libre, siendo necesario darle auge al arbitrio judicial en las pruebas -- confesional, documental y la fama pública.

CUARTA.- La autoridad es la relación jerárquizada entre un individuo que emite disposiciones y otro que las acata por auto-convencimiento.

QUINTA.- El arbitrio judicial es el mejor sistema para imponer penas, en virtud de que el Juez puede llegar a una mejor comprobación de los casos de la delincuencia, puesto que tiene libertad para apreciar todas las --- pruebas que le presenten y practicar las diligencias necesarias para comprobar la responsabilidad del delincuente.;

SEXTA.- El Registrador debe de ser un funcionario de carrera, especialista en Derecho Registral; y el -- personal del Registro Público de la Propiedad se registrá estrictamente al escalafón y no a cambios políticos como sucede en la práctica.

SEPTIMA.- Es de imperiosa necesidad se aumente el número de Registradores en cada sección, en virtud del crecimiento de la Ciudad de México, y dándole mayor eficacia al tráfico inmobiliario y certeza a los asientos.

OCTAVA.- Es necesario y conveniente establecer un Registro Federal de comerciantes, independientemente de las Oficinas del Registro Público de la Propiedad y del Comercio Locales.

NOVENA.- En la calificación para la inscripción de las sociedades Mercantiles, no es necesario la calificación judicial, pues la verdadera calificación realizada es por el Notario Público y por el Registrador, por consiguiente debe de derogarse la calificación judicial.

BIBLIOGRAFIA

- ARISTOTELES La Política. 6a. Edic. Esparza-
Argentina 1951.
- BORJA SORIANO MANUEL Sistemas del Registro Público.
- CARRARA FRANCISCO Programa del Concurso de Dere-
cho Criminal. Parte General de-
Palma, Buenos Aires, 1944. V.1.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL Historia del Derecho Penal en -
México.
- CARNELUTTI FRANCISCO Sistemas de Derecho Procesal Ci-
vil. Traducción de Niceto Alca-
lá Zamora y Santiago Sentís.
- CASTILLO LARRAÑAGA JOSE Y RAFAEL DE PINA. Instituciones del Derecho Proce-
sal Civil.
- CENICEROS JOSE ANGEL Trayectoria del Derecho Penal -
Contemporáneo.
- CHIOVENDA GIUSEPE Instituciones de Derecho Proce-
sal Civil. Ed. Revista de Dere-
cho Privado. Madrid.1936 V. I y
II.
- DE DIEGO CLEMENTE. Derecho Civil Español.
- DE PINA RAFAEL Derecho Procesal Penal y Trata-
do de las pruebas civiles. Por-
rúa S. A. 1942.
- DE VICENTE Y CARAVANTES JOSE Procedimientos Judiciales en Ma-
teria Civil. Gaspar y Raig Edi-
tores. Madrid. 1858.
- FERRI ENRIQUE Principios de Derecho Criminal.-
La Rus. Madrid. 1933.
- FRAGA GABINO Derecho Administrativo.
- GONZALEZ DIAZ LOMBARDO Introducción a los Problemas de
la Filosofía del Derecho. Prime-
ra Edición. México. 1956.
- GONZALEZ Y MARTINEZ JERONIMO Estudios del Derecho Hipotecario.

HELLER HERMAN	Teoría del Estado. 3a. Edición Española. Fondo de Cultura .Méx.
JIMENEZ DE ASUA LUIS	La Ley y el Delito. 4a. Hermes. Méx. Buenos Aires. 1963.
LOZANO NORIEGA FRANCISCO	Apuntes de Contratos.
MORENO CORA	Tratado de Pruebas Judiciales - en Materia Civil y Penal.
PALLARES EDUARDO	Diccionario de Derecho Procesal Civil. 2a. Edic. Editorial Porrúa; y Leyes Federales sobre - Tierras, Bosques, Aguas, Ejidos Colonización y el Gran Registro de la Propiedad.
ROCA SATRE ROMAN	Derecho Hipotecario.
RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ JOAQUIN	Derecho Mercantil y Tratado de Derecho Mercantil
ROJINA VILLEGAS RAFAEL	Contratos. Méx. 1944.
SANCHEZ ROMAN FELIPE	Tratado de Derecho Civil, 2a. edición.
SODI DEMETRIO	Nueva Ley procesal.
SODI FRANCISCO	El procedimiento Procesal Mexicano.
VÁLVERDE CALIXTO	Tratado de Derecho Civil.
CODIGO CIVIL 1879.	
CODIGO CIVIL 1884.	
CODIGO CIVIL VIGENTE.	
CODIGO DE COMERCIO EN VIGOR.	
LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES VIGENTE	
CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES VIGENTE.	
CODIGO PENAL VIGENTE	
CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES VIGENTE.	
REVISTA NOTARIAL NUMERO 24 Méx. 1955.	

I N D I C E

PROLOGO

C A P I T U L O I

SISTEMAS LEGALES RESPECTO AL USO DEL ARBITRIO

1.- El arbitrio absoluto; 2.- Su conveniencia, oportunidad y peligros; 3.- La negación del arbitrio; 4.- Su antijuricidad y sus consecuencias; 5.- Sistemas mixtos; 6.- El arbitrio en el orden social; 7.- Concepto de autoridad y su origen. . . .

C A P I T U L O II

EL ARBITRIO EN MATERIAL PENAL Y CIVIL.

9.- Sistemas de Arbitrio en Materia Penal; 10.- El ejercicio de ese arbitrio para la apreciación de las pruebas; 11.- El uso del arbitrio para imponer penas; 12.- Sistemas de arbitrio en Materia Civil; 13.- Para la apreciación de las pruebas; 14.- Para llenar las lagunas de la ley.

C A P I T U L O III

EL ARBITRIO JUDICIAL EN MATERIA MERCANTIL.

15.- Origen y funciones del Derecho Mercantil; 16.- Paralelismo entre las ramas Civil y Mercantil del Derecho Privado; 17.- Arbitrio para apreciar la forma del juicio mercantil o vfa mercantil; 18.- Caso excepcional de nuestro Código de Comercio vigente; 19.- Sistemas adoptados por nuestra legislación mercantil; 20.- El Registro para los actos de comercio. . . .

C A P I T U L O IV

EL ARBITRIO REGISTRAL CONFORME AL DERECHO MEXICANO

21.- Funciones del Registro Público de la Propiedad; 22.- Fa-

cultades del Registrador; 23.- Diversas clases de inscripciones; 24.- El pago de los derechos por la inscripción; 25.- --- Efectos de las inscripciones; 26.- Valor de las inscripciones; 27.- El Registrador como funcionario; 28.- El registrador como juzgador; 29.- La opinión positiva del Registrador; 30.- -- La opinión negativa del Registrador; 31.- Efectos de las opiniones del Registrador; 32.- Medios para impugnarlas; 33.- --- ¿Disfruta de arbitrio el Registrador?; 34.- Responsabilidades del Registrador

C A P I T U L O V

EL REGLAMENTO DEL REGISTRO PUBLICO Y EL ARBITRIO REGISTRAL.

35.- Naturaleza del Reglamento; 36.- Su valor dentro del orden jurídico; 37.- ¿Puede suplir las deficiencias del Código Civil? 38.- Su valor frente a otras leyes; 39.- La facultad Reglamentaria; 40.- Las decisiones del Registrador fundadas en el Reglamento; 41.- Validez de dichas decisiones; 42.- Hay revisión contra las disposiciones del Registrador; 43.- El Registro de las Sociedades
C O N C L U S I O N E S
B I B L I O G R A F I A

