



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

FACULTAD DE DERECHO.

UNIDAD DE POSGRADO.

**“CRISIS DE LA SOLEMNIDAD COMO ELEMENTO DE EXISTENCIA EN LOS
ACTOS JURÍDICOS CIVILES”.**

T E S I S.

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

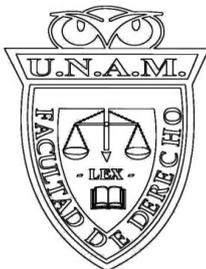
MAESTRA EN DERECHO.

P R E S E N T A:

LICENCIADA BEATRIZ HERNANDEZ MARTINEZ

ASESOR:

DR. JAVIER ÁLAMO GUTIÉRREZ.



México. D.F. Ciudad Universitaria, 2011.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

CRISIS DE LA SOLEMNIDAD COMO ELEMENTO DE EXISTENCIA EN LOS ACTOS JURÍDICOS CIVILES

I.	ÍNDICE GENERAL.....	I
II.	INTRODUCCIÓN.....	IV

CAPÍTULO I HECHO Y ACTO JURÍDICO

1.-	Hechos jurídicos	1
2.-	Concepción Orgánica del Acto jurídico según Bonnetcase	5
3.-	Elementos del acto jurídico	6
3.1	Voluntad	9
3.2	Objeto	14
3.3	Solemidad	19
4.-	Negocio jurídico	19
5.-	Requisitos de validez en el acto jurídico	23
5.1	Voluntad de personas capaces	27
5.2	Voluntad expresada sin vicios	28
5.3.	Vicios de la voluntad	28
5.3 a)	El error	29
	• Error obstáculo	30
	• Error nulidad	30
	Error de hecho	31
	Error de derecho	32
	• Error indiferente	32
5.3 b)	La violencia	33
5.3.c)	La lesión	34
	• Concepción subjetiva	35
	• Concepción objetiva	35
	• Concepción ecléctica	35
	• Concepción indiferente	36
5.4	Dolo	41
	• Dolo principal	42
	• Dolo incidental	42
	• Dolo bueno	42
	• Dolo recíproco	42
5.5	Mala intención	43
5.6	Objeto Ilícito	43
5.7	Motivo o fin lícito	46

CAPÍTULO II TEORÍAS DE LA INEXISTENCIA, DE LA NULIDAD ABSOLUTA

Y DE LA NULIDAD RELATIVA.

1.-	Antecedentes	49
2.-	Tesis clásica	50
3.-	Nulidad absoluta	51
4.-	Nulidad Relativa	52
5.	Tesis de Japiot	54
6.	Tesis de Piedelievre	58
7	Tesis de Bonecasse	60
8.	Actos irregulares	70
9.	Crítica a la teoría de la inexistencia	76
10.	Ineficacia de la Teoría de la inexistencia en el Derecho mexicano	80

CAPÍTULO III
LA SOLEMNIDAD EN EL ACTO JURÍDICO

1.	La solemnidad	91
2.	Forma	91
3.	Diferencias con la formalidad	95
4.	Evolución del Formalismo	98
5.	Actos expresados en formas libres, reales, formales y solemnes	103
6.	Consecuencias que puede acarrear la falta de formalidades y solemnidades	114
8.	Objeto o fin de la solemnidad	121
8.1	Costumbre	122
8.2	Justicia	124
8.3	Seguridad jurídica	127
8.4	Interés Público	130
8.5	Satisfacción de necesidades sociales	131
	• Certeza y seguridad	132
	• Resolución de conflicto de intereses	133
	• Organización, legitimación y restricción del poder político	134

CAPÍTULO IV
ACTOS JURÍDICOS SOLEMNES

1.	Actos solemnes	136
2.	Matrimonio	137
3.	Adopción	146
4.	Reconocimiento de hijo	147
5.	Testamento	149

6.	Repudiación de herencia	151
7.	Aceptación del cargo de albacea	152
8.	Donación	154
9.	Novación	155
10.	Subrogación	157
11.	Pagaré	160
12.	Asociación en participación	164
13.	Actos procesales	165
	• Principios procesales	165
	• Validez y nulidad de los actos procesales	170

CAPÍTULO V

LA SOLEMNIDAD COMO INSTRUMENTO DE PODER EN EL DERECHO

1.	Rituales y solemnidades	172
2.	La solemnidad como lenguaje	173
3.	El Juego del Lenguaje	176
4.	Convención en el lenguaje	177
5.	Modos de usar el lenguaje	183
6.	Crisis de la solemnidad. Subsistencia. Eliminación.	189
III.	CONCLUSIONES	192
IV.	PROPUESTA	203
V	BIBLIOGRAFÍA.	205

INTRODUCCIÓN.

Cuando fui entrevistada para ingresar a la Maestría; el Doctor en Derecho que me interpeló sobre mi tema de tesis “Crisis de la Solemnidad en los actos jurídicos civiles”, comentó que el tema pareciera atentar contra las instituciones del derecho, sobre todo atentaba contra la seguridad jurídica.

Justo lo que pretendo es plantear la actual realidad de cómo actúa el derecho, en el día a día, en la práctica del ejercicio profesional que desempeño, en razón de que la seguridad jurídica es tan relativa que depende de tantas interpretaciones subjetivas como juzgadores y autoridades puedan existir.

Existen temas que parecieran heréticos, sacrílegos; nos rompemos las vestiduras porque llevamos tanto tiempo aceptando las que nos parecen “verdades incuestionables” que simplemente plantearlos despierta indignación y furia. Empero todo, absolutamente todo es mutable y no existen verdades absolutas, máxime en el derecho donde una gran parte de su estructura descansa en ficciones, en artificios.

Incluso la tan llamada “verdad legal” que se soporta en la cosa juzgada, es muy debatible, como también lo es la base en que descansa; la seguridad jurídica. Puede llegarse a la sentencia mediando fraude, simulación, dolo, falta de discernimiento, intención o libertad, afectando los vicios sustanciales, no sólo los actos procesales aislados, sino también todo un proceso, de suerte que en determinados supuestos, es necesario que cobre operatividad una acción de nulidad cuando la sentencia firme que corona el proceder, contiene como presupuesto vicios radicales que entrañan su nulidad.

En defensa del esquema al que nos hemos resignado dogmáticamente, perdemos lo que cada vez es menos común; el sentido común. Por ese esquema desdeñamos la búsqueda de una verdadera armonía social sustentada en la justicia, en lo que le es dable al derecho, puesto que tampoco podemos fincar en él la solución a todos los males sociales, eso sí que resulta absurdo.

¿Qué hace el derecho en nuestra sociedad? Se dice que regula el actuar del ser humano en sociedad, que regula voluntades, pero no regula actuares ni voluntades de toda naturaleza, sino hechos y actos jurídicos.

Aun cuando la teoría del acto jurídico y sus elementos ha sido abundantemente abordada por estudiosos del Derecho, se presentan empero situaciones relativas a su conformación y estructura que conllevan a consecuencias de eficacia o validez, incluso a cuestionar su misma existencia, en las cuales no hay consenso unánime, peor todavía cuando se adoptan diversas posturas y criterios de solución sin que finalmente el legislador se atreva a definir cuestiones que se prestan a la ambigüedad e imprecisión.

Así, cuando la postura del legislador plasmada en la ley proviene de disposiciones arcaicas que nos alejan poco a poco de una realidad concreta, que dificultan la agilidad de las relaciones jurídicas en esta época, resulta conveniente revisar lo que a primera luz podría parecernos como verdades incuestionables o verdadero dogmas jurídicos, ya que de una nueva visión que se realice de determinadas figuras, bien nos puede demostrar que las mismas van perdiendo consistencia o por el contrario requeriría reforzar algunas instituciones con el fin de actualizar disposiciones jurídicas a esta realidad.

Llamó mi atención sobre este punto la figura de la solemnidad, que de principio se considera como un elemento excepcional en determinados actos jurídicos, pues incluso existen autores que la consideran como un elemento que ya solamente se encuentra en el matrimonio e incluso dentro de este acto pudiera criticársele su subsistencia.

La solemnidad entendida ahora como formalidad, aun cuando no se pueda generalizar en qué consiste la misma, la encontramos en muchas manifestaciones en el mundo del derecho o no; desde la exigencia social por muchos abogados de llamarles

por sus títulos académicos que los equiparan a títulos nobiliarios (Doctor, Maestro, “*Master*”), la vestimenta con la toga y birrete que al principio de su imposición por parte del Presidente del Tribunal Superior de Justicia en el Distrito Federal, utilizaban todos los jueces de primera instancia, y ahora adornan los percheros en las oficinas de los jueces; determinadas palabras invariables (ni aún por una letra), ciertos actos ya de registro, de publicidad, de identificación inclusive y se alega para justificarla la búsqueda de la autenticidad, de la seguridad jurídica, hasta la certeza de su adecuada realización como el izamiento de la bandera..

A esto se aúna, la dificultad para determinar cuándo un acto puede considerarse o no como solemne o bien simplemente formal, pues no existe una clara diferencia de cuando se está ante un requisito formal o bien un elemento solemne.

Lo anterior tiene mucha relevancia, ya que el cuestionar su subsistencia, trae implicaciones en el tratamiento de las Teorías de la Nulidades y de la Inexistencia del Acto Jurídico y a la vez puede complicar o agilizar las relaciones jurídicas de las personas en nuestra sociedad que buscan la eficacia del derecho.

Por lo anterior, es conveniente estudiar con nuevos ojos y mentalidad las teorías en que nuestro legislador se basó para la regulación de los hechos y actos jurídicos, así como la interpretación que han realizado los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y lo más importante: las implicaciones y resultados que han tenido los gobernados al dirimir cuestiones de inexistencia, y/o nulidad por la falta, deficiencia de solemnidades, o más aún de exigencias particulares en solemnidades para la validez de sus actos jurídicos.

Las solemnidades no son más que formalidades, y las formalidades revisten el campo del derecho, le dan sustento pero... ¿Para qué? ¿Cuál es el fin práctico que se persigue? ¿Se consigue?

Así, el presente trabajo partirá de una nueva revisión del hecho y acto jurídico, su evolución y trascendencia, estudiando de nueva cuenta cómo se encuentran estructurados, analizando sus componentes principales, secundarios y accesorios.

Se revisarán las teorías de nulidades y de inexistencia que se han elaborado ante la carencia o deficiencia de alguno de los elementos del acto ya sean esenciales o accidentales, se advertirán las contradicciones de las mismas, sus deficiencias e imprecisiones y su inaplicabilidad en determinados casos.

Visto lo anterior, se estudiará la naturaleza y evolución de la solemnidad, sus fines, su ámbito de aplicación y su relevancia en la teoría estructural del acto jurídico, así como en la teoría de las nulidades e inexistencia.

A continuación se expondrán los actos jurídicos que han sido calificados como solemnes ya por la doctrina, ya por el legislador y si deben intervenir o no en adelante como elemento de existencia, si se alcanzaron los fines que el legislador imputó a la solemnidad como elemento de existencia.

Finalmente se expondrán las motivaciones de mayor peso que permitan identificar la “naturaleza jurídica” de las solemnidades para llevarnos a determinar si estas deben o no subsistir, por lo menos en la realización de los actos jurídicos civiles que diariamente son realizados por las personas en nuestra sociedad mexicana.

CAPÍTULO I

HECHO Y ACTO JURÍDICO.

1. HECHO JURÍDICO.

Para ubicar la problemática que planteo, he de partir del género de donde surge el acto jurídico, de la conducta humana consciente que es sancionada por el Derecho.

Este género es el hecho jurídico, entendido *grosso modo*, como toda conducta humana o ciertos fenómenos de la naturaleza, que el Derecho considera para atribuirles consecuencias jurídicas.

Es la teoría francesa la que tiene mayor influencia en el sistema jurídico mexicano, en sentido amplio, el hecho jurídico como género, es según Julien Bonnecase:

“...acontecimiento engendrado por la actividad humana o puramente material, tomado en consideración por el Derecho, para hacer derivar de él, en contra o en provecho de una o de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general o permanente, o por el contrario un efecto jurídico limitado...”¹

El mismo autor define al hecho jurídico en su sentido estricto como:

“...un acontecimiento puramente material, tal como el nacimiento o la filiación, o acciones más o menos voluntarias que fundadas en una regla de Derecho generan situaciones o efectos jurídicos aun cuando el sujeto de éste acontecimiento o de éstas

¹ Bonnecase, Julien. *Elementos de Derecho Civil* Traducción por José María Cajica jr. Tomo II; Editorial Cajica. Puebla. 1985, pág. 233.

acciones no haya tenido ni podido tener el deseo de colocarse bajo el imperio del Derecho...”²

Un actuar del ser humano, que genera efectos de Derecho independientemente de la intención del autor, para que esos efectos se produzcan. El hecho jurídico puede ser también un acontecimiento de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos.

Se aprecia entonces que la nota distintiva del hecho jurídico en estricto sentido, es que el autor del hecho carece de intención para producir consecuencias de derecho, éstas se producen por disposición legal, con independencia de lo que haya querido o no el ejecutor.

El Doctor Ernesto Gutiérrez y González, realiza a la vez una sub-clasificación de los hechos jurídicos voluntarios, dividiéndolos en lícitos e ilícitos, siendo un hecho jurídico lícito “...*aquella conducta humana que va de acuerdo con las leyes de orden público o las buenas costumbres y produce efectos de Derecho, **sin consideración de la voluntad del autor de la conducta...***”³, ejemplifica lo anterior a través de la figura de gestión de negocios, en la cual una persona atiende un negocio ajeno sin tener mandato ni estar obligado a ello conforme a la ley, produciéndose efectos jurídicos que se le imponen, como es entre otros el de no poder abandonar el negocio hasta agotar la gestión o hasta que el dueño del negocio lo releve de esta obligación.

Desde mi punto de vista, el ejemplo que sustenta este autor, (quien retoma el ejemplo de Bonnecase para ilustrar los que es un cuasi contrato como hecho jurídico); no es el más adecuado, ya que como quedó asentado la nota distintiva del hecho jurídico en sentido restringido es la **no consideración de la voluntad** en el autor de la conducta, distinción que de entrada pugna con la denominación misma de esta sub-clasificación, pues no puede denominarse hecho voluntario cuando se sostiene que en

² *Ibíd.*

³ Gutiérrez y González, Ernesto. “*Derecho de las Obligaciones*”, Edit. Porrúa, México 2002, décima cuarta edición, pág. 170.

este tipo no es considerada la voluntad del individuo, en todo caso la diferencia específica estriba en que no hay intención del autor de la voluntad para que se produzcan efectos de Derecho.

Sin embargo, cuando una persona, sin mandato y sin estar obligada a ello, se encarga de un asunto de otra persona, sí existe una intención del gestor: la de evitar un daño inminente al dueño, aun cuando se diera el caso de que el gestor actuó en contra de la voluntad real o presunta del dueño. He ahí una clara voluntad de producir efectos de Derecho.

A mayor abundamiento, de acuerdo a las características que Manuel Bejarano Sánchez, expone sobre esta figura, se encuentra la intencionalidad del gestor:

“...para que haya gestión la intromisión debe ser intencional, el gestor sabe que está inmiscuyéndose en los asuntos de otro...Debe estar presidida por el propósito de obrar conforme a los intereses del dueño del negocio...”⁴

Situación diferente es la que se presenta con las consecuencias de la ejecución de la gestión de negocios, que como productora de obligaciones se encuentra para el gestor entre otras, la de continuar su gestión hasta concluir el asunto, si es que no le ha sido posible dar aviso de su gestión y esperar su decisión, a efecto de conocer si es o no ratificada la misma; ésta es una consecuencia que la ley impone como también en muchos actos jurídicos y como ejemplos se tienen: el reconocimiento de hijos o el matrimonio, pues con tales actos jurídicos, es muy común que sus autores tengan la voluntad de los derechos que implican tales actos, pero no sus obligaciones como lo expongo a continuación:

⁴ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*. 4a. ed. Oxford University Press, México 1998, pág. 190.

El reconocimiento de hijo, es un acto jurídico unilateral, en virtud del cual quienes han tenido un hijo fuera de matrimonio, declaran conjunta o separadamente que lo aceptan como suyo; el matrimonio, de acuerdo a la definición de Ernesto Gutiérrez y González es⁵: *un contrato celebrado entre un hombre y una mujer, cuyo objeto es la intención de perpetuar la especie humana y sobrellevar en común los placeres y cargas de la vida.*⁶

En ambos actos jurídicos, sus creadores tuvieron tal vez la intención inmediata de convivir con la persona respecto de la cual realizaron dicho acto, sin embargo, habrá consecuencias ***sin consideración de la voluntad del autor de la conducta***, que pueden ser rechazadas y cuyo cumplimiento se niegan a realizar: me refiero al pago de alimentos; tal deber de origen legal no puede ser modificado ni sujeto a modalidad alguna y una vez dada la figura jurídica (reconocimiento de hijo, matrimonio) se producen al margen de su voluntad.

Por estas razones considero que el ejemplo que se expone generalmente como hecho jurídico voluntario lícito, no es el idóneo.⁷

⁵ Esta definición ya no coincide con el texto actual del artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual fue reformado mediante la publicación de la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 29 de diciembre del 2009, para quedar como sigue: “*..Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código...*”

*La reforma da lugar a confusiones, ya que al considerar al matrimonio como **la unión libre** se confunde con el concubinato al que coloquialmente se le conoce como **unión libre**, incluso si lo que quiso el legislador fue hacer la distinción de que en la exteriorización del consentimiento, este deberá ser libre de vicios, estaría demás, ya que existe regulación expresa en el mismo Código para los actos jurídicos válidos que en forma genérica establecen los requisitos de validez en el artículo 1795 interpretado a *contrario sensu*. Y específicamente se regula la voluntad en los artículos 1812 al 1823.

Nótese además como el objeto del matrimonio fue cambiado por el legislador, por lo que si las partes que lo hubieron celebrado con anterioridad a las reformas mencionadas, tenían la intención específica de perpetuar la especie humana, procreando hijos, ya no es una intención que le interese al Derecho.

Por otra parte, si el propósito del legislador fue regular la unión entre dos personas del mismo sexo, se deja de lado la Ley de Sociedades en Convivencia para el Distrito Federal que ya regulaba dicha unión y que equipara sus efectos al concubinato (artículo 5 LSC) y el concubinato se rige por todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia.

⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho Civil para la Familia*. Editorial Porrúa México 2004, pág. 290.

⁷ Cabe mencionar que la gestión de negocios es el único ejemplo que la mayoría de tratadistas expone para ilustrar el hecho jurídico voluntario lícito, siempre que se siga la teoría francesa del acto jurídico, pues en la teoría alemana del negocio jurídico, la gestión de negocios es considerada como acto jurídico.

En continuación con la subclasificación de hecho jurídico voluntario, están los ilícitos, siendo los producidos por la conducta humana que va en contra de una ley o las buenas costumbres y en donde la voluntad del autor haya querido o no el hecho y haya querido o no también las consecuencias, éstas se generan independientemente de su voluntad.

Hecho jurídico provocado por la naturaleza.- Es el acontecimiento de la naturaleza donde no interviene la voluntad humana y que es considerada por el derecho como generador de ciertas consecuencias jurídicas.

Deseo resaltar como característica del hecho jurídico (provocado por las personas), la falta de conciencia para provocar un estado de derecho en el actuar del ser humano.

2. CONCEPCIÓN ORGÁNICA O ESTRUCTURAL DEL ACTO JURÍDICO SEGÚN JULIEN BONNECASE.

Visto el género, me referiré ahora a la especie que será motivo de análisis en sus componentes: el acto jurídico.

“ACTO JURÍDICO I. Es la manifestación de voluntad de una o más personas, encaminada a producir consecuencias de derecho (que pueden consistir en la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos subjetivos y obligaciones) y que se apoya para conseguir esa finalidad en la autorización que en tal sentido le concede el ordenamiento jurídico.{...}”⁸

⁸ Cornejo Certucha, Francisco M. Instituto de Investigaciones Jurídicas, DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. | Editorial Porrúa S.A. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1994, pág. 2302.

Los Códigos Civiles tanto el Federal, como el del Distrito Federal, adoptan en parte la teoría francesa elaborada por Julien Bonnecase, llamada orgánica o estructural.

En esa teoría, el acto de derecho se traduce en un organismo que relaciona sus componentes estructurales bajo un método de dependencia entre sí, de modo que su viabilidad y eficacia no pueden concebirse en ausencia de alguno de ellos, o incluso apenas bajo su defectuosa conformación.

El concepto tiene estrechas vinculaciones con el enfoque adoptado en las ciencias físicas y biológicas que analizan la estructura de los seres vivos a partir de sus componentes específicos.

En ese tenor, el acto jurídico constituye un verdadero organismo rigurosamente sometido por su existencia a la necesidad de presencia de ciertos elementos de vida, sin esos elementos el acto jurídico constituye a imagen de una persona física, una especie de ser no viable que se reduce a una pura materialidad situada fuera del dominio del derecho.

3. ELEMENTOS DEL ACTO JURÍDICO.

Así, los elementos estructurales son de dos tipos: psicológicos y materiales, a saber:

- a) Expresión de voluntad, premisa inicial para la existencia de todo acto con relevancia jurídica. Expresión física del querer del sujeto en un mundo normativo.
- b) Elemento objetivo, apetencia volitiva del agente, cosas de índole material o estrictamente jurídicas, susceptibles de apropiación o alguna otra forma de disposición jurídica. Otro elemento material reside en una formalidad mínima que el derecho impone a esa expresión volitiva dirigida a un objeto específico.

Son también considerados los actos jurídicos, como aquellos hechos voluntarios ejecutados con la intención de realizar consecuencias de derecho y por esto se definen como una manifestación de voluntad que se hace con la intención de originarlas y que es sancionada por el derecho, por estimar digno de su tutela con base en dicha declaración o completado con otros hechos.

El acto jurídico es considerado en la doctrina francesa (siguiendo con Bonnecase), como:

*“...una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de Derecho o en una institución jurídica, en contra o a favor de una o varias personas, un estado, es decir una situación jurídica permanente y general, o por el contrario un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de Derecho...”*⁹

Hago hincapié al referir que ya el autor advertía que la forma solemne no es por naturaleza un elemento esencial del acto jurídico y sólo por excepción es considerada la solemnidad como elemento del mismo.

En efecto; partiendo precisamente de la teoría orgánica que propone Bonnecase, no se concibe una expresión de voluntad (acto unilateral) o un acuerdo de voluntades que no vayan encaminados a producir un efecto ya sea creando, transmitiendo, modificando, o extinguiendo derechos y obligaciones, de hecho pareciera ser inescindible la voluntad del objeto directo, pues habrá casos en que la voluntad no esté debidamente conformada por las personas que tengan la titularidad o legitimación para producir consecuencias de derecho, pero no dejará de haber voluntad, mal conformada

⁹ Bonnecase, Op. Cit. Pág. 233.

y tal vez hasta ilícitamente, pero habrá voluntad. Se podrá rebatir que entonces lo que existe no es un acto jurídico, sino un hecho jurídico, pero no hay que olvidar que finalmente eso será hasta que exista una sentencia declarando (o constatando, para seguir con la teoría de Bonnetcase) la inexistencia del acto, pues mientras tanto, desde que se crea un acto tiene la presunción de legitimidad, de validez y por supuesto de existencia plena.

Lo dicho valga para demostrar que ciertamente forman parte natural y necesariamente la voluntad como el objeto para que exista un acto jurídico, toda voluntad necesariamente va encaminada a un objeto; sin embargo, concebir de manera general a la solemnidad dentro de la estructura fundamental del acto jurídico resulta artificial, ya que en el actuar natural de una persona, no se requiere que su voluntad se exprese en una forma específica y precisa para que tenga consecuencias, basta que se exteriorice y se ejecute la voluntad de la persona en ejercicio de su libertad.

Es el Derecho el que impone y condiciona determinadas formas de expresión de voluntad para que ésta pueda producir consecuencias de derecho. Es un artificio del ingenio del legislador para condicionar la validez de la voluntad del ser humano para ser protegido por el ordenamiento jurídico.

La solemnidad puede ser elevada a la categoría de elemento del acto por el juego de la técnica jurídica, cuidadosa de adoptar el acto jurídico a su fin; la técnica jurídica entendida por el trabajo del legislador para determinar cuáles actos deben ser solemnes y cuales no, siendo éste precisamente el problema, pues no hay una directriz uniforme para determinarlo, el legislador no ha expuesto el por qué uno actos requerirán para su existencia de la solemnidad y otros no. No hay una regla definida.

Por ahora, baste la reflexión hecha para más adelante retomar esta disertación, pues preciso continuar con la exposición de lo que se considera como elementos indispensables del acto jurídico.

3.1. VOLUNTAD.

Uno de los elementos que nunca habrá de faltar en el acto jurídico es la voluntad.

La voluntad es entendida como el poder de decisión que tiene toda persona dentro de la esfera jurídica que le es otorgada por el orden jurídico, para regular sus relaciones frente a terceros y así poder satisfacer sus necesidades, la cual debe ser manifestada por una persona con la capacidad requerida por la ley.

La voluntad debe ser exteriorizada sin que se encuentre viciada mediante una declaración que se realice a través de una expresión, ya sea verbal, escrita, o mediante signos o gestos, medios mecánicos, eléctricos o electrónicos, siempre que la forma sea idónea para expresar claramente lo que el autor quiso declarar.

Respecto de la generación de consecuencias de Derecho, diversos autores tales como Manuel Albaladejo¹⁰, Federico de Castro y Bravo¹¹, Rafael Rojina Villegas¹², Savigny¹³, entre otros, polemizan si los efectos son producidos por voluntad del autor del acto o por disposición de la ley.

No es posible que el autor del acto pueda conocer todas las consecuencias que producirá el mismo, pero en opinión de Rojina Villegas¹⁴, no es necesario que se conozcan todas las consecuencias, ya que su intención es producirlas.

La escuela clásica francesa sustentada principalmente por Robert Joseph Pothier y Jean Domat, (considerado así por Rubén H. Compagnucci de Caso)¹⁵ sostiene que en

¹⁰ Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*. 16ª edición. Edit. Edisofer, Libros Jurídicos. Madrid 2004. Págs. 770

¹¹ De Castro y Bravo, Federico. *El negocio jurídico*. Editorial Civitas, S. A. Madrid 1991, pág. 62

¹² Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil III. Teoría General de las Obligaciones*. Editorial Porrúa, México 1987, pág. 167.

¹³ M.F.C de Savigny. Traductores Jacinto Mecía y Manuel Poley. *Sistema del derecho Romano Actual, Tomo II*, Analecta Editorial, Madrid, España. 2004, pag. 142.

¹⁴ Rojina Villegas, idem.

el acto jurídico, la voluntad del autor es la que hace que se generen las consecuencias de derecho y que éste sólo las sanciona. La persona manda y el derecho se apropia de su mandato, bajo la reserva de conocimiento de causa, se destaca la autonomía de la voluntad para que el individuo cree normas que regulen su propio comportamiento o el de otros.

León Duguit sostiene que la voluntad del sujeto de derecho, sólo produce movimientos corpóreos, siendo el derecho quien va a generar las consecuencias jurídicas.¹⁶

Bonnecase refiere situaciones jurídicas abstractas que crea la ley y de situaciones jurídicas concretas que se generan por la conducta humana que ponen en pro o en contra el dispositivo de una norma.¹⁷

Mercadé sostiene que para enfrentar los efectos de derecho se requiere en el acto jurídico no solamente la voluntad del autor sino también la ley y así en todo tipo de fuente de las obligaciones se puede afirmar que la obligación proviene primero del contrato y de la ley., segundo del cuasicontrato y de la ley, tercero del delito y de la ley, cuarto del cuasidelito y de la ley quinto de cualquier otra circunstancia distinta de las anteriores y de la ley.¹⁸

Ramón Sánchez Medal¹⁹, señala que la voluntad deberá tener las siguientes características:

¹⁵ Compagnucci de Caso, Rubén H. *El negocio jurídico*. Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, Argentina, 1992, pags.50,51

¹⁶ Duguit, León. *Teoría General del acto jurídico*. Traducciones del G.S.M.O. Editorial Cultura. México 1992. pag 229

¹⁷ Bonnecase, Julien. Ob.Cit. pag. 221

¹⁸ Mercadé, Víctor. *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t.v, pag 249

¹⁹ Sánchez Medal, Ramón. *De los Contratos Civiles*. Editorial Porrúa, 10ª. edición México 1989. pág 68.

- a) Una voluntad real que no existe en el infante (este se refiere más bien a capacidad)
- b) Voluntad seria y precisa; una promesa hecha por juego o en broma o en escena con fines didácticos , no constituye voluntad de obligarse (se refiere más bien a causa u objeto de la misma)
- c) Que dicha voluntad se exteriorice en forma expresa o tácita, y que sea posible de recibirse por alguna persona
- d) Que esa voluntad tenga un determinado contenido

Es conveniente resaltar que voluntad y consentimiento son cuestiones distintas.

La voluntad es un proceso intelectual y psicológico del individuo que inicia cuando centra su atención en determinado objetivo, puede existir deliberación o una determinación clara en el proceso interno intelectual, una vez tomada una decisión concreta, la misma debe forzosamente exteriorizarse ya sea en forma expresa o tácita.

Un acto jurídico puede existir y ser plenamente válido con la voluntad de una sola persona, (por ejemplo el testamento, la póliza, la estipulación a favor de tercero), calificándose así de declaración unilateral de la voluntad.

En los actos jurídicos bilaterales o multilaterales deberá conformarse el consentimiento, el cual se integra por el acuerdo de dos o más voluntades para crear un fin determinado, en el caso del acto jurídico producir consecuencias de derecho.

Puede presentarse el problema de determinación del momento y cómo se puede integrar el consentimiento entre personas no presentes, pues entre personas presentes donde no se fije plazo para la aceptación, si la misma no se hace inmediatamente, el autor de la oferta queda desligado. (Artículo 1805 del Código Civil para el Distrito Federal).

Entre personas no presentes si se establece plazo, deberá respetarse éste y si no se fijó plazo, la ley establece un término de tres días en los cuales el autor de la oferta quedará ligado a la misma, más el tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones. (Artículo 1806 del Código Civil para el Distrito Federal).

En las ofertas por teléfono se considera integrado el consentimiento como si las partes estuvieren presentes, (Artículo 1805 del Código Civil para el Distrito Federal). La misma razón debe darse a las ofertas por medios electrónicos donde es posible escuchar y oír al interlocutor, no obstante debo llamar la atención sobre la posible actuación fraudulenta por una de las partes, ya que el interlocutor no tiene la posibilidad de verificar la identidad de la persona con quien contrata. Sin embargo, los fraudes no sólo son realizados por medios electrónicos, se presentan día a día.

De acuerdo a la teoría orgánica que me ocupa, sustentada por Julien Bonecasse²⁰, si el consentimiento en un contrato no está conformado, se entiende que el contrato no existe y no puede haber consecuencia jurídica alguna, lo cual, no siempre es así y para ello expondré el siguiente ejemplo:

Pantubos, S.A. de C.V. es una persona moral que tiene como parte de su activo, un inmueble en el Estado de Hidalgo. Constituyeron la sociedad los señores Fernando Curiel, Armando Curiel y Esteban Curiel, el primero de los nombrados aportó el inmueble a la sociedad (se realiza la escritura correspondiente, mas no se inscribe en el Registro Publico de la Propiedad) y a la vez es representante de la sociedad en cuestión.

Fernando Curiel atraviesa por una crisis económica y vende *motu proprio* y por propio derecho el referido inmueble al señor José Domínguez, a través de un contrato

²⁰ Bonecasse, Op Cit. Pag. 245

privado de compraventa y lo pone en posesión de dicho inmueble, la compraventa no se protocoliza y sin embargo empieza a surtir efectos., el comprador edifica en dicho inmueble una construcción y la señala frente a sus clientes como lugar de distribución del producto que comercializa. Fernando Curiel muere a los seis meses siguientes de la compraventa, sin haber recibido el precio total de la misma.

Pantubos, S. A. de C.V. se percató de tal situación después de seis años y pretende la devolución de su inmueble.

¿Se puede sostener que dicha compraventa no ha surtido efecto jurídico alguno por ser inexistente?, ¿Será la acción idónea la petición de constatación de inexistencia por ausencia de consentimiento legítimo en la celebración de la referida compraventa? ¿José Domínguez deberá restituir el inmueble a la sociedad por tratarse de una venta de cosa ajena...o podrá reclamar la declaración judicial de haber obtenido la propiedad del bien por medio de la prescripción positiva?

Otro caso: Joel, Antonio y José son copropietarios proindiviso de un terreno, Joel edifica una casa sobre dicho terreno y al cabo de unos años de estar habitando el inmueble decide vender el terreno y construcción existente, sin el consentimiento de sus otros dos hermanos (Antonio y José) y Marco, el comprador en dicha operación, demuele la construcción y edifica otra.

¿Es inexistente por falta de consentimiento el contrato de compraventa que celebraron Marco y Joel o está afectada de nulidad absoluta ya por venta de cosa ajena o por violación del derecho del tanto en los copropietarios?

Como se podrá apreciar de los anteriores ejemplos, no es tan sencillo determinar si existió consentimiento o no y si esto puede originar una inexistencia con todas las consecuencias que teóricamente debe aparejar o si dichas consecuencias en realidad se presentan o no.

3.2. OBJETO.

En cuanto al objeto como elemento de existencia del acto jurídico, de acuerdo a las diferentes acepciones de su significado, puede tener tres vertientes:

a) La mayoría de los tratadistas mexicanos, entre otros José Alfredo Martínez Domínguez,²¹ Ernesto Gutiérrez y González,²² Manuel Bejarano Sánchez,²³ coinciden en atribuir como objeto directo el elemento de existencia del acto jurídico, es el objeto directo la creación de un estado de derecho, ya sea originando, transfiriendo manteniendo, modificando o extinguiendo derechos y obligaciones. Se aprecia así que la voluntad va íntimamente ligada de manera inescindible con el objeto, pues si la expresión de voluntad de una persona no va encaminada a la producción de consecuencias de derecho, estaremos hablando de otro tipo de actos a los cuales no podríamos aplicarles el adjetivo de jurídicos.

Ahora bien, el objeto del acto jurídico tiene dos acepciones más:

b) Objeto indirecto.-Es la conducta que se obligará a cumplir y que puede consistir en la entrega de una cosa, en hacer una cosa o un servicio o bien una abstención que el obligado deberá cumplir.

En ese mismo sentido puede hablarse de la deficiente conformación del objeto indirecto del acto jurídico cuando se establece que el hecho positivo o negativo que se establezca como prestación no es posible o no es lícito. El hecho o abstención deben ir de acuerdo con las leyes de la naturaleza, así como de acuerdo a los presupuestos lógicos jurídicos de una norma que necesariamente deba regirlos y que no constituya un obstáculo para su realización.

²¹ Domínguez Martínez, José Alfredo. *Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*. Edit. Porrúa. Sexta edición actualizada, México, 1998. pag. 535.

²² Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. Ob. Cit. Pag. 299.

²³ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*. Ob. Cit. Pág.68

c) En algunos contratos puede darse el objeto material, que es la cosa que el obligado deba dar, para que esté íntegramente conformada se requiere que dicha cosa o bien tenga éstos tres requisitos:

c.1) Existir en la naturaleza o ser susceptible de llegar a existir. En este último caso podemos encontrar el contrato de compra de esperanza y el contrato de cosa esperada.

c.2) Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. Es especificar de manera indubitable la cosa que se debe entregar.

c.3) Estar en el comercio.- Están fuera del comercio las cosas que por su naturaleza no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente y por disposición de la ley las que son declaradas como irreductibles a propiedad privada.

Es en esta división del objeto cuando podría perderse la frontera entre un acto inexistente y otro nulo; me explico:

Si uno de los elementos sustanciales del acto lo es el objeto directo ya aludido, siempre que haya voluntad para crear efectos de derecho, el acto se entenderá existente; sin embargo, sí además se tiene que atender al objeto indirecto y material del mismo y aun cuando estas dos acepciones del objeto se consideren como requisitos del acto y no como elementos, la gran mayoría de los autores mencionados, coinciden al señalar que si el objeto directo o material es imposible, ya sea porque no exista en una realidad objetiva, porque haya dejado de existir o sea de imposible realización, el acto será inexistente.

Al respecto, Manuel Bejarano al tratar el tema de las acepciones del objeto establece:

“...la acepción más correcta (sic)²⁴ es la segunda, (se refiere al objeto indirecto), pues la primera es inútil e inexacta –todos los contratos tendrían el mismo objeto-²⁵ y la tercera comprende sólo una especie del objeto: el de dar: por lo tanto el objeto de todo contrato es el objeto de la obligación creada por él. De ahí que el contrato tendrá tantos objetos como obligaciones haya engendrado: cada obligación tiene su propio objeto, el cual consistirá en el contenido de la conducta del deudor, aquello a lo que se comprometió o que debe efectuar...”²⁶

De lo expuesto por el autor se desprende que, según su criterio, el elemento esencial del acto jurídico, es la conducta que se debe prestar y que puede consistir en una conducta de dar, en una conducta de hacer, o un no hacer, es decir señala como elemento de existencia del acto jurídico al objeto indirecto y no al directo, sin embargo de acuerdo a nuestra legislación positiva vigente, el objeto indirecto se concibe como requisito de validez y no elemento de existencia en el acto jurídico, así se desprende del contenido de los artículos 1824, 1825 y 1827 del Código Civil para el Distrito Federal, en donde se establece que el objeto material del acto debe existir en la naturaleza, ser determinado o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio cuando falte cualquiera de esas características en el objeto material del acto, el mismo a mi criterio será nulo, no inexistente porque finalmente siguiendo la teoría de la conformación del acto jurídico y su misma definición, tendrá objeto directo, más el indirecto no se habrá conformado debidamente.

Para ejemplificar lo anterior, pondré como caso la existencia de un acto jurídico en la subespecie contrato, donde el bien material objeto del mismo sea una cosa fuera

²⁴ El adjetivo “más” esta de sobra en la palabra correcto. O se es o no correcto, pero no podemos atribuirle grados, en todo caso se puede decir que “es mejor” o simplemente decir que es correcto.

²⁵ No es verdad que en ese sentido todos los contratos tengan el mismo objeto, pues ya se ha visto que el objeto directo del acto puede consistir en crear, extinguir, modificar, o mantener derechos y obligaciones.

²⁶ Bejarano Sánchez, Manuel “*Obligaciones Civiles*” ob. Cit. Pág. 67.

de comercio, como pudiera ser el arrendamiento de playas, o bien el comodato de obras de arte que sean propiedad del Estado.

En estos casos el acto jurídico existirá plenamente, pues se conformó la voluntad entre dos personas para producir consecuencias de derecho, inclusive el acto será también válido aun cuando el objeto material no esté dentro del comercio.²⁷

Puede acontecer en un acto jurídico que el objeto directo esté presente, al producir consecuencias de derecho, el objeto material de la prestación exista en la naturaleza, sea determinable y estar en el comercio, sin embargo el objeto indirecto que es precisamente la prestación que se deberá cumplir, esté prohibida por la ley y en consecuencia sea nulo dicho acto pero no inexistente, por ejemplo: en un convenio judicial sobre el pago de alimentos en el cual se establezca la renuncia a seguir reclamando alimentos en lo futuro, contra la entrega de un inmueble.

Sin embargo, Manuel Bejarano²⁸ sostiene que el contrato que tiene por objeto un hecho jurídicamente imposible es inexistente, en cambio el que tiene por objeto un hecho ilícito existe, pero es nulo; argumenta que el hecho jurídicamente imposible no es hacedero, no puede suceder, el segundo es posible pero está prohibido.

No obstante lo anterior, cabe aclarar que la expresión “jurídicamente imposible” no quiere decir que en la vida cotidiana no puedan darse actos como el expresado en el ejemplo, situación diferente sería la celebración de un acto con finalidad distinta a su naturaleza en el cual finalmente tendría que atenderse al contenido de lo que las partes realmente quisieron obligarse y no a la denominación que las mismas hagan sobre el acto en sí.

²⁷ Resulta debatible el calificativo de bienes fuera de comercio; el comercio implica actividad de mediación con fines de lucro y definitivamente existe comercio cuando Estados Unidos Mexicanos renta el litoral y playas por ejemplo en la zona de Xcaret y siendo que la nota distintiva de los bienes fuera del comercio por disposición legal, lo es que sean irreductibles a propiedad privada, entonces el calificativo de tales bienes debiera ser simplemente bienes de dominio público.

²⁸ Bejarano Sánchez, Manuel “*Obligaciones Civiles*” ob. Cit. Pág.70

Otro caso que no tendría porqué calificarse de inexistente, sería el de la mujer que “presta” su útero para el desarrollo de un embrión humano, aún cuando dicho órgano humano y el proceso de gestación de un ser humano, se encuentre en principio fuera de comercio²⁹.

Un caso más: El contrato de prestación de servicios celebrado entre la empresa Gausser, S.A. de C.V. quien se encuentra facultada para explotar la patente básica de equipo tecnológico para el saneamiento de fluidos a base de resonancia electromagnética.

Es contratada por el Estado mexicano a través de la Comisión Nacional de Aguas para potabilizar aguas urbanas contenidas en las presas “Y” y “X”.

Después de iniciar el proceso, el saneamiento de aguas realizado no llega al punto de hacerlas potables, dado el grado de contaminación con el que están infectadas.

²⁹ En la actualidad, se ha dejado de considerar el contrato de préstamo de útero ya por comodato, ya por arrendamiento, un acto ilegal o el útero como un bien fuera del comercio, ni siquiera se habla de un “comodato de útero” sino de subrogación de útero. Estimo que el término no es el correcto, pues da lugar a confusiones y equívocos que complican aún más este tipo de actos (muy al margen de las situaciones éticas, morales que conllevan –una manifestación del capitalismo a ultranza-).

La subrogación es un acto jurídico en virtud del cual hay una sustitución admitida o establecida de pleno derecho en el derecho de un acreedor, por un tercero que paga la deuda, o bien, presta al deudor fondos para pagarla, permaneciendo idéntica e invariable la relación obligatoria, se presenta por ministerio de ley o por acuerdo expreso de las partes. En el caso, la mujer que presta su útero para el desarrollo gestacional del embrión, no se sustituye como madre de la persona que nazca, ni va a ser acreedora preferencial de la criatura, ni su deudora; la subrogación presupone necesariamente la existencia de una deuda, lo cual no se presenta en el caso de este tipo de contratos, y si bien puede pactarse una retribución económica a la madre gestante, ello implica propiamente un pago, no la existencia previa de una deuda.

Se ha sostenido que el uso del útero para estos fines no debe ser gratuito, sino oneroso ya que la madre gestante no solo presta su útero, sino que aporta una serie de nutrientes incluso en detrimento de su propia integridad física como es por ejemplo la descalcificación en sus huesos y sangre. Su cuerpo y actividad se ven minados en el proceso de gestación, la afectación no solo es física, es enormemente emocional... ¿es suficiente el pago de una retribución o crea derechos de filiación o al menos de custodia compartida? El segundo párrafo del artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, no es claro al disponer que : *“se da también el parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida”*, lo cual deja fuera del parentesco por consanguinidad el caso de la aportación de un óvulo fecundado en el útero de una mujer para su gestación y el producto que nazca de la misma, en fin el caso es sumamente complejo y amerita su estudio profundo en un trabajo aparte del presente.

¿Podría válidamente sostenerse que el contrato celebrado entre Gausser y el Estado es inexistente ya que su objeto directo fue materialmente imposible?

Los casos anteriores, son a manera de advertir que la teoría orgánica del acto jurídico, no puede ser tan fácilmente aplicable a la problemática que la vida jurídica real trae consigo.

3.3. SOLEMNIDAD.

Sobre la solemnidad me referiré a ella en el capítulo III, por ahora es suficiente señalar que es una figura que en la gran mayoría de los casos no se requiere para que exista el acto jurídico, que no es más que una forma de expresión de la voluntad cuya ausencia la ley sanciona señalando como inexistente el acto jurídico en el que se entiende debe ser integrada.

4. NEGOCIO JURÍDICO.

El negocio jurídico tiene como premisa fundamental la importancia en la autonomía de la voluntad, entendido este como el poder que tiene una persona dentro del ámbito de libertad para crear reglas de conducta para sí y con los demás; la importancia del negocio jurídico estriba en la voluntad jurídica de quien emite el acto, voluntad que tendrá como objeto inmediato crear o extinguir una relación jurídica.

Entendida la autonomía como aquél poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social; en sentido amplio implica el poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas; así como el poder referido al uso goce, y disposición de poderes facultades y derechos subjetivos.

Parte de la idea de que el particular puede establecer reglas de valor jurídico, análogas a las leyes; en el ámbito de su soberanía el particular puede crear derecho, cuando hace testamentos su voluntad es ley y cuando con otros celebra pactos, él y ellos son los que dan la ley del contrato.

Según la teoría alemana del negocio jurídico,³⁰ en el acto jurídico *stricto sensu*, los efectos jurídicos que de éstos dimanen se producen al actualizarse su verificación, que es suficiente para que la ley le atribuya los efectos en ella establecidos, pero su autor no puede agregar modalidades, renunciaciones, liberaciones. En cambio, en el negocio jurídico, la autonomía de la voluntad del sujeto tendrá un margen de libertad, reconocida por el Estado, que le permita recurrir a una serie de figuras para regular las relaciones jurídicas en las que participa.

Sin embargo, el problema que presenta el negocio jurídico es que deberá investigarse la motivación de cada persona, averiguar lo que cada uno quiso adentrándose en la conciencia individual.

Se pensó que bastaba atender a la voluntad de quien o quienes hicieran la declaración de voluntad, habiendo negocio si se quiso el efecto propuesto; no lo habría si no se quiso conseguir el efecto, se hace referencia, sin embargo, a que son las normas las que señalan qué hechos serán considerados como jurídicos y cuáles entre éstos serán delitos, faltas, actos constitutivos, modificativos de relaciones jurídicas y qué otros podrán ser negocios jurídicos.

La calificación jurídica supondrá ampliar o limitar el supuesto de hecho, aquello a lo que se atenderá como significativo jurídicamente.

³⁰ Domínguez Martínez, José Alfredo. *Derecho Civil. Ob. Cit. Pags. 505 y 506.*

Cuando se trata de un acto no negocial, el Derecho considera cuestiones de imputabilidad o atribución cuestionándose si se quiso la conducta y cómo se quiso lo hecho, además se tienen en cuenta las cuestiones de contenido ¿Qué se quiso, hasta donde se quiso?; determinación de la causa ¿porqué, para qué se actúa?

En el negocio jurídico el derecho valora al máximo la voluntad de la persona (su conducta significativa y responsable) pues la tiene en cuenta para colaborar a la consecución del resultado que ella se ha propuesto para en conformidad con ese propósito dar a la realidad negocial mayor o menor alcance y solidez para hacerle responsable de su conducta y hasta en su caso, condenarlo como indigno de protección jurídica.

Para Savigny³¹, negocio jurídico será aquel en el que la voluntad tiene por objeto inmediato crear o extinguir una relación jurídica, aunque con ello se proponga conseguir otros fines no jurídicos. La compra de una casa es un negocio jurídico, pues el comprador sabiendo lo que hace da lugar a una relación jurídica que le origina derechos y obligaciones, sin que importe cual sea el fin extrajurídico para el que se adquiere (habitarla, arrendarla revenderla).

Acto jurídico no negocial será todo el que tenga un fin extrajurídico, de modo que los efectos jurídicos no se tengan en cuenta o lo sean de modo secundario, por ejemplo: En la actividad deportiva de la caza, el cazador lo que quiere es gozar de la caza, quizás comer lo cazado, o venderlo pero no piensa en la ocupación como medio de adquirir la propiedad. El hacer reparar la casa del amigo que se encuentra no presente cuando ello es necesario, porque el amigo se propone evitar un daño al no presente, pero no piensa en la gestión de negocios, ni en sus consecuencias. Ambos son actos jurídicos no negociales porque no tienen un propósito jurídico El negocio jurídico es aquella declaración de voluntad privada que se propone perseguir un fin jurídico.

³¹ M.F.C de Savigny. Ob. Cit. pag. 144

En crítica a ello se dirá que lo que ordinariamente se propone la voluntad al hacer un negocio jurídico es conseguir un resultado social o económico, quien compra una casa pagando su precio, se propone tener la cosa para sí, hacer con ella lo que quiera y ello se hace sin pensar en la evicción y en el saneamiento; en un negocio bilateral podría resultar que fuera negocio jurídico para una de las partes y no para la otra, es decir, se tendrá que investigar el propósito de quien o quienes actúan para que haya negocio jurídico.

Se busca separar el llamado fin jurídico de la totalidad del resultado real que se busca conseguir con el negocio.

El ordenamiento jurídico deja amplio margen de libertad para que los particulares formen y conformen sus relaciones, más cuando se solicita la intervención coactiva del Estado, lo hecho se medirá para ver a qué figura o tipo negocial se ajusta y los que conoce y admite el Derecho. La regulación de los negocios jurídicos se hace atendiendo al propósito práctico o resultado social del negocio porque conforme a él se protegen las mismas partes y se valora su alcance como título de derechos y obligaciones en relación con los terceros.

Retomando la supremacía de la voluntad en el negocio jurídico, la definición de Federico De Castro es:

“...declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completada con otros hechos o actos...”³²

³² De Castro y Bravo, Federico. Ob. cit. pág. 34.

Se destaca el resultado propuesto con la declaración de voluntad, este es el fundamento del negocio jurídico, ciertamente la eficacia del negocio puede depender de otros hechos o actos, pero la complejidad del supuesto de hecho, no priva a la declaración de su carácter relevante de ser la que da a lo hecho su carácter de negocio.

La eficacia del negocio consiste en la creación de una situación que el Derecho valora como originada y reglada por la voluntad que servirá para medir la conducta posterior de las partes involucradas. La regulación del negocio no depende sólo de la declaración de voluntad, pues habrá que atender a los preceptos legales imperativos; pero son las reglas contenidas en la declaración de voluntad las que dan su tono específico a la relación de negocio y las distinguen de las relaciones impuestas y nacidas directamente de la ley.

Esta teoría tiene como trascendencia en el presente trabajo, por el hecho de que destaca a la voluntad como creadora de una situación jurídica determinada y si bien no olvida en un momento dado las formalidades que pueda señalar la ley, no las considera como parte integrante del negocio, sin embargo, el aspecto negativo de la teoría referida estriba en que llega al extremo de considerar sólo como negocios jurídicos aquellos actos donde la intención del sujeto es producir todas sus consecuencias de Derecho, lo que difícilmente ocurre en la vida real, pues para llegar a conocer todos los efectos jurídicos que un negocio traería consigo, los autores del negocio tendrán que tener conocimientos específicos, sólo los juristas podrían –tal vez-, conocer todas las consecuencias legales que pueda acarrear un negocio jurídico.

5. REQUISITOS DE VALIDÉZ.

En Derecho Romano, no existía un estudio sistematizado del acto jurídico, incluso la denominación misma como negocio jurídico, no era muy clara³³, autores

³³ Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducción de José Fernández González, con prologo de José María Rizzi. Editorial Porrúa 17ª. Edición. México 2001 Pag 174

como José Antonio Márquez González³⁴, han recopilado figuras jurídicas romanas y esbozan lo que podría resultar la estructura del acto jurídico.

Los elementos que integran el acto jurídico podían adoptar relieves distintos, resultando así elementos que son indispensables al acto (*Essentials negotio*), elementos que resultan inseparables en virtud de la naturaleza específica del mismo (*naturalia negotti*) y por último elementos excepcionales que pueden introducirse por voluntad de las partes (*accidentalia negotii*)³⁵.

Dentro de los elementos esenciales se consideraba la declaración de voluntad que traduce el interés o el motivo de los contratantes; el contenido de esa declaración, que entonces prescribe la forma específica de derecho que el acto adoptará y por último la causa, es decir el fin práctico o concreto perseguido por las partes.

Los elementos naturales resultan de las consecuencias propias del tipo específico elegido, operan por prescripción legal sin que pueda cobrar relieve alguno la intención volitiva de las partes.

Los elementos accidentales gravitan sobre cuestiones que afectan la eficacia del mismo retrasando o condicionando el despliegue de sus efectos normales, estos son la condición donde el inicio o terminación de los efectos se hace depender de un acontecimiento futuro y contingente, el término según el cual los efectos dependen ahora de una acontecimiento futuro pero inexorable y el modo por virtud del cual se hace imponer una carga específica a uno de los obligados, particularmente.

Sobre la falta o defectuosa conformación incluso de los llamados elementos esenciales, no consideraba como sanción o bien como consecuencia la inexistencia del acto o negocio que se proponía, sino que la sanción que se imponía iba desde la

³⁴ Márquez González, José Antonio “*Teoría General de las Nulidades*”, págs.52

³⁵ Petit, Eugene. Ob. cit. pags.179-180

nulidad del acto, otras veces sólo se invalidaba y en otros casos se provocaba determinada ineficacia.³⁶

Así se tienen distintos grados de ineficacia de acuerdo a los diversos grados de incapacidad desde los actos celebrados por niños menores de siete años, los impúberes, los menores de veinticinco años y los efectuados por mujeres que no estaban acompañadas de tutor.

El objeto mismo del negocio era también materia de una especial reglamentación, con diversas consecuencias como la nulidad absoluta en los casos que el objeto se encontraba fuera del comercio ya sea por estar destinado al culto público o al empleo comunitario, que no obstante se permitía al afectado reclamar la indemnización respectiva.

En cuanto a vicios de voluntad, se distinguían el error con sus diversos grados de gravedad y en consecuencia de sanción, el dolo también clasificado en irrelevante (*dolus bonus*), el dolo malo que podía ser nulo o anulable, por último, la violencia que si era física producía la nulidad radical del negocio, mientras que la coacción moral solo proporcionaba al agredido una acción de anulabilidad.

Por lo que se refiere a la causa, su concepto no ha sido muy claro desde entonces, unas veces significaba la razón jurídica, otras el fin inmediato y subjetivo del contratante y otras veces constituía el fin objetivo o variable, así se podían examinar los casos de simulación en el negocio, así como las declaraciones hechas en broma.

En el Derecho positivo mexicano, se determina interpretado a *contrario sensu* que para la validez del acto jurídico se requiere:

- a) Voluntad o voluntades de personas capaces.

³⁶Idem pag. 52-53

- b) Voluntad o voluntades que se expresen libremente, sin vicios.
- c) Que las voluntades se propongan alcanzar un objeto, motivo o fin lícitos.
- d) Que las voluntades se externen en la forma prescrita por la ley.

El Profesor Gutiérrez y González manifiesta lo siguiente:

“...Una vez que el acto existe, por darse la voluntad o reunirse las voluntades y referirse a un objeto, se precisan otros requisitos para que el acto valga, Así en la ley se ha establecido que no basta la creación de un acto, sino que se requiere además que la voluntad o voluntades que en él intervinieron, sean de personas conscientes de lo que hacen, esto es de personas capaces.

Pero no basta que las personas sean capaces, se requiere además que externen su voluntad de manera libre y nunca viciada.

Se necesita también para que el acto valga, a más de intervenir en él voluntades capaces y libres, que éstas persigan un objeto, les guíe un motivo o persigan un fin de los que la ley, o las buenas costumbres de la época, consideren como lícito.

Por último, una vez que esas voluntades capaces y libres persiguen un objeto, se guían por un motivo o persiguen un fin lícito, se deben exteriorizar al mundo del Derecho, en la forma o manera que éste determina {...}...Si no cumple con esos requisitos, el acto existirá, pero no surtirá su plenitud y eficacia jurídica....³⁷

³⁷ Gutiérrez y González, Ernesto “Derecho de las Obligaciones”, Editorial Porrúa, décimo cuarta edición. México 2002, pág.177.

5.1. VOLUNTAD DE PERSONAS CAPACES.

La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para ejercitarlos. En principio, todo sujeto tiene capacidad y sólo determinados grupos de personas, a título excepcional, son incapaces. Hay dos clases de capacidad

- a) **La de goce** (aptitud de ser titular de derechos y obligaciones) y
- b) **La de ejercicio** (aptitud para ejercitar o hacer valer por sí o por sus representantes sus derechos). Como se ve, bajo el título de la capacidad se agrupan situaciones muy diferentes.³⁸

Hay incapacidad de goce cuando un derecho, concedido a la generalidad de la personas, le es negado a cierta categoría de ellas o a determinada persona, por ejemplo: todos los sujetos tiene derecho a adquirir el dominio de tierras y aguas en el territorio de la República Mexicana, por excepción, tal facultad le es negada a los extranjeros, por lo que se refiere a las tierras y aguas ubicadas en una franja de 100 Kms. a lo largo de las fronteras y 50 Kms. sobre costas (artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Hay incapacidad de ejercicio, cuando la persona no puede obligarse por sí misma, sea porque sus facultades físicas o mentales se encuentran afectadas a grado tal que no puedan producir el acto, y en determinados casos no son concientes del acto que pudieran producir, ni de sus consecuencias.

La *ratio legis* de las incapacidades de ejercicio es la salvaguarda de intereses privados. Se exige que el acto jurídico sea realizado por una persona capaz de ejercicio con el propósito de proteger a ciertos grupos de personas que, por varias causas (minoría de edad, locura, adicción a las drogas, a las bebidas embriagantes, o falta de

³⁸ Bejarano Sánchez; Manuel “*Obligaciones Civiles*”, Tercera Edición, Editorial Harla, México 1984, pág. 130.

posibilidad de comunicar su voluntad), podrían ser víctimas de abusos: se les veda obligarse por imperativo jurídico para salvaguardar sus propios intereses.

De acuerdo al artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad.

II.- Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse obligarse o manifestar su voluntad, por si mismos o por algún medio que la supla.

5. 2 VOLUNTAD EXPRESADA SIN VICIOS.

El vicio es considerado como la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución, cuando un elemento se realiza de manera imperfecta, está viciado.

5.3. VICIOS DE LA VOLUNTAD.

Los vicios de la voluntad son:

- a) El error.
- b) La violencia
- c) La lesión

Cabe señalar que aun y cuando ciertos autores consideran la reticencia como un vicio del consentimiento, entendiendo por ella la omisión de declarar o hacer del conocimiento alguna circunstancia que de haberla conocido, no se hubiera realizado el acto a celebrar, considero que igual que la mala fe y el dolo, inducen al error, mas no constituyen por si mismos un vicio de voluntad.

5.3. a) ERROR.

Es preciso que el consentimiento de las partes contratantes se manifieste con un conocimiento apegado a la verdad respecto a la materia que es objeto del contrato, es decir, las partes, al manifestar su voluntad, no deben haber incurrido en error.³⁹

El error es un falso conocimiento de la realidad, es lo contrario a la verdad y consiste en un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad objetiva.

Se distingue el error de la ignorancia porque ésta consiste en la falta de conocimiento, a diferencia del error que es un falso conocimiento de la realidad, o sea en el error sí hay conocimiento, pero no coincide con la verdad y en la ignorancia falta ese conocimiento; sin embargo, error e ignorancia tienen los mismos efectos jurídicos.⁴⁰

Clases de error.- El error puede ser fortuito o inducido.

Es **fortuito** cuando se originó por circunstancias accidentales, de un modo casual o espontáneo, e **inducido** cuando fue provocado por dolo, es decir, mediante artificios o maquinaciones.

El Código Civil del Distrito Federal, en el artículo 1815, establece: “...*Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él, a alguno de los contratantes, y por mala fe, la simulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido...*”

Las dos clases de error mencionadas a su vez pueden dividirse en las siguientes especies:

³⁹ Martínez Alfaro, Joaquín “*Teoría de las Obligaciones*”, Sexta Edición, Editorial Porrúa México 1999, pág. 92.

⁴⁰ Ídem. Pág. 93.

- a1) Error obstáculo
- a2) Error nulidad,
- a3) Error de hecho,
- a4) Error de derecho y
- a5) Error indiferente.

a1) Error obstáculo.- Impide una verdadera formación del acuerdo de voluntades, debido a que este error recae sobre la identidad de la cosa objeto del *contrato*, o sobre la naturaleza del acto jurídico, por tanto, no permite la formación del consentimiento, pues siendo éste un acuerdo de voluntades respecto a un objeto común las voluntades son complementarias, pero al recaer sobre la cosa o sobre el contrato, las manifestaciones de voluntad de las partes ya no serán complementarias por no tener un objeto común sino diferente, en consecuencia, el error produce desacuerdo sobre la índole del acto o sobre el objeto y por esta razón no se forma el acuerdo de voluntades, lo que implica la falta del consentimiento.

El error obstáculo origina la inexistencia del acto; además, dicho error no es vicio del consentimiento en virtud de que éste no llega a formarse a causa del error.

a2) Error nulidad.- El artículo 1813 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que el error de derecho o de hecho inválida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró esté en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

Conforme al anterior precepto, se puede decir que el error nulidad es el error que recae sobre el motivo determinante de la voluntad declarado por alguno de los contratantes o deducido de la celebración del contrato.

Por motivo determinante de la voluntad, se entienden las razones personales que tiene un contratante para celebrar el contrato; esas razones consisten en cualidades del

objeto del contrato o de la persona con la que se contrata. Dichas razones pueden ser de naturaleza física, jurídica y según el caso, el error será de hecho o de derecho.

Por lo anterior, este error no impide la formación del consentimiento o acuerdo de voluntades, pues a diferencia del error obstáculo, no recae sobre el objeto ni sobre el contrato, sino sobre las cualidades del objeto común o de la persona de alguno de los contratantes, aspectos que constituyen el motivo que determinó a contratar, por tanto, las manifestaciones de voluntad de las partes sí tienen un objeto común y están concientes del contrato que celebran; en consecuencia, cuando hay este error sí hay consentimiento y el acto jurídico existe, pero el consentimiento está viciado porque un contratante sufrió un error sobre el motivo determinante de su voluntad, que de haberlo conocido no hubiera contratado o lo hubiese hecho en condiciones diferentes.

Este error comprende al error sobre la persona, cuando se trata de contratos *intuitu personae*, así como el error sobre la sustancia de la cosa.

Al no impedir este error la formación del consentimiento, el contrato existe, pero está afectado de nulidad relativa por este error, que sí es un vicio del consentimiento.

En los contratos que generan obligaciones de dar (prestación de cosa), la cualidad es relativa a la cosa, pero respecto a los contratos que tienen por objeto obligaciones de hacer, la cualidad puede referirse a la persona, como sucede en los contratos *intuitu personae*, que se hacen en consideración a la persona.

Es posible dar las nociones de error de hecho y de derecho como sigue:

a3) Error de hecho es un falso conocimiento sobre circunstancias fácticas y que recae sobre el motivo determinante de la voluntad, motivo que consiste en una cualidad física del objeto o del sujeto.

a4) Error de derecho, es un falso conocimiento sobre circunstancias de derecho como son la existencia, vigencia, enlace, aplicabilidad o interpretación de una norma jurídica, dicho conocimiento falso recae sobre el motivo determinante de la voluntad consistente en una cualidad jurídica del objeto o del sujeto. Dicha cualidad es jurídica a causa de que el error es relativo a la norma de derecho.

Sobre éste último tipo de error, cabe aclarar la diferencia que contienen los artículos 21 y 1813 del Código Civil para el Distrito Federal, pues se podría confundir la ignorancia de la ley con el error de derecho.

El artículo 21 del Código Civil para el Distrito Federal, al disponer *“la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento”*, ordena que el ignorar la ley no es una razón para violarla, pues se trata de asegurar la aplicación de la ley.

El artículo 1813 del mismo ordenamiento, que determina el error de derecho, no establece este tipo de error como un caso en el que se permita violar la ley debido a un error, ya que este precepto precisamente dispone que el error de derecho de un contrato produce una nulidad en consecuencia si no se anulara se violaría la ley, porque el contrato sería válido y esto si implicaría su violación.

Por lo anterior, el error de derecho no consistente en una violación autorizada de la ley, sino que al darse dicho error el contrato no tendrá efectos por quedar invalidado.

a5) Error Indiferente.- Este error se refiere a circunstancias accidentales o cualidades secundarias del objeto del contrato o de la persona y no lo anula, sólo da lugar a una rectificación.

Ejemplo de lo anterior, se presenta con el error aritmético o de cálculo, como lo contempla el artículo 1814 del Código Civil para el Distrito Federal al establecer que: *“El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique”*.

5.3.b) VIOLENCIA.

La violencia es el apremio físico o psicológico, hecho sobre una persona, es la fuerza irresistible que agobia con un peso grave, incontenible por la cual, física o psicológicamente se doblega al sujeto para hacer que desista de un propósito y se preste a otro de manera tal que puede viciarse la voluntad del sujeto a grado tal de eliminarla con tal de que preste el consentimiento para la celebración de un acto jurídico.

La violencia física representa la fuerza apabullante utilizada contra el que hace la declaración, de tal suerte que no hay voluntad libre de su parte, en vista que no existe el consentimiento espontáneamente prestado. Se trata en si de un acto físico en virtud del cual se obliga a una persona hacer lo que no quiere o se le impide hacer lo que quiere.

De acuerdo al contenido del artículo 1819 del Código Civil para el Distrito Federal, la fuerza física o amenaza deben involucrar el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Preciso detenerme para cuestionar la violencia cuando no importe alguno de los bienes señalados en el párrafo que precede, ya que algunas personas pueden tener en mayor valía y aprecio a una mascota que a alguno de los indicados parientes, con razones o sin ellas, una persona puede verse compelida a realizar determinado acto cuando exista amenaza no sólo a un animal, sino también a un objeto preciado por cualquier motivo sea importante para la persona violentada, la ley no señala si los bienes que han de peligrar se señalan de manera enunciativa o limitativa.

De igual forma, el Código Civil no regula expresamente la violencia moral o psicológica. La violencia moral consiste en infundir un temor en una persona para obtener por ese medio una manifestación de voluntad forzada, en cuanto es consecuencia de haber cedido ante la amenaza que le infunde en temor.

Para que se configure la violencia moral, se requiere a) la amenaza; b) el mal; y, c) el temor irresistible.

La amenaza consiste en anunciar la intención de causarle un mal deliberado ya sea en la persona, en los familiares o en los bienes. En tal sentido se puede amenazar la vida de la persona, su integridad física, el honor, la intimidad, la libertad. Si se trata de los bienes tiene que ver con la existencia de los mismos o su funcionamiento adecuado. Es decir la amenaza debe ser grave inminente.

El temor reverencial lejos de proceder de la violencia, encuentra su causa en los sentimientos del respeto conyugal o filial y en los de la sumisión respetuosa, consiente o impuesta del inferior al superior.

Si el temor no deriva de la amenaza de un mal, si no solo de un profundo sentimiento de respeto limitado o de ciega obediencia hacia otra persona, se configura el temor reverencial.

5.3.c) LESIÓN.

Elementos.-Conforme al espíritu del artículo 17 del Código Civil, son dos elementos que deben concurrir para que se de la lesión: uno objetivo y otro subjetivo.

Consiste el primero en la obtención por uno de los contratantes de un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obligue; y el segundo, en que tal desproporción sea el resultado de explotar la suma ignorancia, la notoria inexperiencia o la extrema miseria de otro.

En la doctrina se discute la naturaleza de la lesión; en cuanto a si la lesión es o no un vicio del consentimiento y, en caso de no serlo, qué otra cosa podrá ser. Los autores no son uniformes respecto al criterio sobre esta cuestión y así se les puede clasificar en cuatro maneras diferentes de concebir la lesión que son:

1. Concepción subjetiva.
2. Concepción objetiva.
3. Concepción ecléctica.
4. Concepción indiferente.

c.1.- Concepción subjetiva.- Considera que la lesión es un vicio del consentimiento que afecta al contrato de nulidad relativa, pues se equipara a la violencia moral el aprovecharse de la miseria o de la necesidad del contratante perjudicado, para obtener un lucro desproporcionado. También se considera que la ignorancia del contratante perjudicado es semejante al error.

c.2.- Concepción objetiva.- Estima la lesión como un perjuicio pecuniario causado por la desproporción de las prestaciones que excede una tasa legalmente fijada y que tiene lugar con motivo de la celebración de un contrato; conforme a esta concepción, es irrelevante el elemento psicológico, pues la lesión no es un vicio del consentimiento, en consecuencia el contrato lesivo es válido, pero el perjudicado tiene dos defensas que consisten en la facultad de demandar la rescisión del contrato lesivo o la reducción de la prestación lesiva.

c.3.- Concepción ecléctica.- Conceptúa la lesión como un fenómeno de naturaleza compleja que está compuesto por dos elementos que son el psicológico (subjetivo) y el material (objetivo); por lo que, la lesión no es sólo un vicio del consentimiento. Tampoco una desproporción de prestaciones, sino que los elementos psicológico y material al unirse, viene a constituir la lesión; por tanto, para esta concepción la lesión será causa de nulidad relativa o de rescisión; es decir, el contrato lesivo es anulable o rescindible, pero el perjudicado deberá escoger entre ejercitar la acción de nulidad o la de rescisión,

porque no puede ejercitar las dos acciones al mismo tiempo, por ser acciones contradictorias en virtud del principio “solo se rescinden las obligaciones válidas”.

La consecuencia de este principio es que, si se demanda la rescisión, tácitamente se reconoce validez al contrato y en consecuencia no es lógico demandar su nulidad porque esto sería una contradicción, pues primero se reconoce validez al contrato por demandar su rescisión y simultáneamente se desconoce esta validez al demandar su nulidad.

Igualmente, si se demanda la nulidad se desconoce la validez del contrato; por lo que, sería incongruente demandar su rescisión que implica reconocer validez, esto llevaría a incurrir en el absurdo de desconocer validez por demandar nulidad y al mismo tiempo reconocer validez por demandar rescisión.

Si nulidad y rescisión son conceptos contradictorios, en consecuencia, el perjudicado en un contrato lesivo debe escoger entre ejercitar la acción de nulidad o la de rescisión, pero nunca podrá ejercitar las dos al mismo tiempo.

El Código Civil del Distrito Federal, originalmente siguió la concepción ecléctica en sus artículos 17, 2228 y 2230, pero el 27 de diciembre de 1983, se publicó en el Diario Oficial el Decreto que reformó el artículo 17 al disponer que la lesión produce la nulidad; en consecuencia, desde entonces el Código Civil sigue a la concepción subjetiva que conceptúa a la lesión como un vicio del consentimiento.

c.4.- Concepción Indiferente.- Según ésta las prestaciones que intercambien los contratantes pueden ser desproporcionadas y la desproporción puede ser con o sin el aprovechamiento de la miseria, inexperiencia o ignorancia del perjudicado, además esa desproporción ninguna consecuencia jurídica tendrá, porque el contrato lesivo para esta concepción es válido y no rescindible.

Para el derecho mercantil, la lesión no es causa ni de nulidad ni de rescisión, por lo cual es aceptable calificar de indiferente a esta concepción, pues para ella la lesión no afecta la eficacia ni la validez del contrato lesivo, se podrá si, reclamar en su caso daños y perjuicios, mas no la nulidad del acto.

La lesión introduciría inseguridad de las transacciones mercantiles y además, no se compaginaría tal acción con el propósito de lucro que regularmente alienta a las operaciones mercantiles, no obstante el perjudicado, podrá exigir además de la acción criminal que le competa, la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiese procedido con dolo o malicia en el contrato o en su cumplimiento.

La lesión en los contratos plantea un serio problema en el derecho, porque para su solución entran en conflicto aparente dos de los valores fundamentales que debe realizar todo ordenamiento jurídico: La justicia y la seguridad.

El principio de justicia conmutativa exige que las prestaciones en los contratos bilaterales onerosos, guarden cierta equivalencia. Todo desequilibrio notable entre el valor de esas prestaciones, va por consiguiente en contra del valor justicia.

Ya Aristóteles en su clásica disertación sobre la justicia, estimó que una de las clases de la misma, la justicia conmutativa, exige que reine la equivalencia en el comercio jurídico de la contratación, por lo que se refiere al intercambio de los valores, cosas o servicios que motive el trato humano, cuando existan prestaciones recíprocas.⁴¹

En el fondo, la lesión plantea al legislador la disyuntiva o de salvaguardar la seguridad y la estabilidad de las transacciones o de velar por la justicia y la equidad en esas mismas transacciones.

⁴¹ Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil III. Teoría General de las Obligaciones", Editorial Porrúa, México 1987, pág. 110.

El legislador atendiendo a las generalidades de lo que es la ciencia del derecho, ubicó tal figura en las disposiciones preliminares; sin embargo, en realidad el capítulo que debe contemplar ésta figura es el destinado a los vicios de la voluntad precisando que su contenido es el de una norma de derecho público, irrenunciable; por lo tanto el capítulo en que debiera de encontrarse regulado, es en el libro IV de las obligaciones, primera parte, título primero capítulo I, en el apartado de los vicios del consentimiento.

El efecto de la lesión en un contrato de carácter bilateral y oneroso, no debiera ser la nulidad del mismo, pues aún y cuando la voluntad del perjudicado pueda estar viciada, lo que debe de atenderse fundamentalmente es que se rompa el equilibrio proporcional de las prestaciones recíprocas que los contratantes deban otorgarse, por lo cual los efectos que deba tener un contrato viciado por tal figura, podrían ser la reducción equitativa de la obligación, la devolución de la parte excesiva de la prestación otorgada, más el pago de daños y perjuicios; claro está, siempre que estos se causen, ello es así a efecto de salvaguardar la seguridad jurídica en los contratos y respetar el segundo principio de proporcionalidad y equilibrio en las prestaciones que deberán otorgarse las partes.

Deberá atenderse al caso particular que se presente para reclamar ya sea la acción de nulidad, o bien, la de reducción de las prestaciones para equilibrar el contrato, puesto que atendiendo a la redacción que impera en ambos códigos (el Federal y del Distrito Federal), no es posible determinar de manera genérica, cuando se está en un caso de suma ignorancia, puesto que no puede sostenerse que una persona sea sumamente ignorante sin atender a cuál es la materia, objeto, motivo o fin del contrato y sobre esto establecer si puede existir suma ignorancia.

Dicho de otro modo, una persona no podrá ser sumamente ignorante en todos los ámbitos de la vida, ya que habrán actividades que pueda ejecutar y conocer a profundidad, así como también tendrá conocimientos profundos sobre determinadas particularidades, sin embargo, habrán cuestiones sobre las cuales no tenga

conocimiento alguno. Deberá atenderse al factor de referencia con el que se compare y por tanto es relativo.

Deberá ser materia del contrato, ya sea constituyendo el objeto directo o indirecto del mismo, así como el fin sobre el cual se pueda advertir que el perjudicado es ignorante en esta materia. Así, no podrá hablarse de que una persona es sumamente ignorante en términos generales, pues deberá atenderse a la materia del contrato y demostrar que sobre la misma el lesionado carece de los conocimientos necesarios para comprender las consecuencias y alcances del contrato.

Ahora bien, en cuanto la notoria inexperiencia la cual tratan ambos códigos, es incorrecto que se pueda sostener que para configurarse la lesión, la inexperiencia debe ser notoria, esto es así porque la experiencia no es un elemento del cual pueda apreciarse a simple vista, sino que tendrá que ser materia de prueba ya que nadie puede apreciar en una primera impresión si una persona es o no experta en determinada materia, cabe aclarar en este elemento igual consideración que la realizada en el párrafo anterior, ya que la experiencia deberá influir en lo que es materia u objeto del contrato, insistiendo en que una persona puede ser sumamente experta en determinada actividad, materia o conocimiento, pero está debe incidir en lo que va a ser objeto de contrato.

Por lo que hace la miseria que se menciona tanto en el Código Civil Federal como el en Código Civil para el Distrito Federal, se determina que la misma debe ser “extrema”.

Pues bien, para considerar si se es o no extrema no hay un parámetro que pueda medir que la miseria pueda tener esta categoría, ya que comparando situaciones económicamente privilegiadas de una persona, por ejemplo comparando los niveles de ingresos de un jugador de fútbol, un diputado o un ministro de nuestra Suprema Corte de Justicia, con el nivel del salario que pudiera tener un maestro de nuestra Facultad de Derecho de la UNAM, podría considerarse que éste se encuentra en la miseria extrema.

En todo caso, debe atenderse al caso concreto que se exponga, para determinar si en el contrato que se ve afectado por lesión, la parte que se benefició se encuentra en una situación económica que comparada con la del lesionado, se encuentre tan desproporcionada para determinar que se encuentran en un estado de miseria, por lo tanto, el elemento que en este caso deberá de demostrarse, es que exista una desproporcional situación económica de lesionado con el lesionante, y que haga obtener al lesionante una ventaja desmedida.

El legislador del Código Civil, omite considerar la suma necesidad o apuro económico en que puede encontrarse una persona por circunstancias contingentes y un tanto imprevisibles en la cual, requieran la satisfacción de una necesidad, bajo esos casos, donde definitivamente la presión, el grado de estrés o simplemente el hecho eminente de poder evitar un daño mucho mayor los lleve a aceptar un contrato leonino, donde se beneficie desproporcionadamente el otro contratante, lo cual debe incluirse en la redacción del precepto que regule la lesión.

Cabe aclarar que si bien es cierto en el artículo 2395 del Código Civil para el Distrito Federal e idéntico precepto para el Código Federal, se previene el “apuro económico”, esto es solamente aplicable al contrato de mutuo con interés cuya consecuencia es la reducción equitativa del rédito hasta el tipo legal, por lo cual conviene que se regulará específicamente en el precepto que alude a la lesión.

En cuanto al elemento objetivo para la procedencia de las acciones a que da lugar un contrato viciado de lesión y que consiste en el lucro excesivo, este deberá ser materia de prueba en el caso particular y deberá atender a que se guarde el equilibrio equitativo que debe existir en todos los contratos, el cual debe ser posible de cuantificarse objetivamente, ya que habrá prestaciones en las que por el valor sentimental y subjetivo de la prestación otorgada en el contrato puede rebasar en mucho una prestación pecuniaria.

5.4. DOLO.

Dolo es la maniobra, trampa o engaño del contratante o de un tercero, para inducir o mantener en error a la otra parte al celebrar un contrato. El Código Civil para el Distrito Federal, dispone:

“...Artículo 1815.- Se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.”.

El dolo es una conducta de naturaleza activa que en sí misma no es un vicio del consentimiento, sino que trata de provocar el vicio error y si no logra inducirlo el consentimiento no está viciado, por tanto, y a pesar del dolo, el contrato es válido porque el dolo sólo es un medio para inducir y mantener en el error.

CLASIFICACIÓN DEL DOLO.

La clasificación del dolo debe hacerse partiendo de su definición, según la cual el dolo no es vicio del consentimiento, sino un medio para provocar el vicio error; por tanto, en el supuesto de que el dolo no induzca al error, carece de efectos; en tal virtud la clasificación del dolo debe hacerse en función del error que ocasione cada especie de dolo y no como si el dolo fuera autónomo e independiente del error.

Esta aclaración obedece a que el artículo 1816 así como algunos autores conceptúan al dolo como si fuera autónomo, al señalar que el dolo o mala fe anulan el contrato si ha sido causa determinante de este acto jurídico, o bien, que es dolo principal el que ha tenido por efecto determinar a un contratante a contratar, cuando debería decirse que es dolo principal el que ha tenido por efecto inducir a un error que determine a un contratante a contratar, o bien que “el dolo anula el contrato si ha inducido a un error determinante”.

d.1) Dolo principal.- Es el que provoca un error nulidad, o sea un error que recaer sobre el motivo determinante de la voluntad y afecta al contrato de nulidad relativa, se regula en los artículos 1816 y 2228 del Código Civil para el Distrito Federal.

d.2) Dolo incidental.- Es el que origina un error indiferente, que a pesar de conocerlo el contrato se hubiera celebrado. No afecta la validez del contrato aunque sea más oneroso, sólo genera un ajuste o indemnización.

d.3) Dolo bueno.- Son los artificios o propaganda que hacen los comerciantes cuando ponderan las cualidades de sus mercancías para interesar a los clientes, no afecta la validez del contrato, se contempla en el artículo 1821 del Código Civil para el Distrito Federal.

d.4) Dolo recíproco.- Se presenta cuando ambas partes proceden con dolo al celebrar un contrato, ninguna puede alegar nulidad ni reclamar indemnización se regula en el artículo 1817 del Código Civil para el Distrito Federal.

En el código vigente, el único dolo que es causa de nulidad es el dolo principal, que origina un error sobre el motivo determinante de la voluntad.

5.5. MALA INTENCIÓN.

La mala fe o intención, consiste en disimular un contratante su conocimiento respecto del error en que se encuentra el otro contratante, para mantenerlo en ese estado erróneo, es una conducta de naturaleza pasiva que tiene las mismas consecuencias que el dolo, pues anula el contrato cuando por la disimulación de un contratante el otro permanece en error que recae sobre el motivo determinante de la voluntad.

Por otra parte, los medios para lograr que un contratante esté en error son la inducción o el mantenimiento en el error, a través de maquinaciones o disimulaciones, independientemente de los términos que para tal efecto se utilicen, y todos estos medios están comprendidos en los vocablos dolo y mala fe, o sea, dolo y mala fe son instrumentos para provocar o mantener el error, en consecuencia, tiene un valor secundario el pretender atribuirles un significado exacto e inmutable, dado que el mismo tiende a ser parcialmente variable.

5.6 OBJETO ILÍCITO.

Como se puede apreciar fácilmente, los llamados requisitos de validez, no son ajenos a los elementos del acto, surgen ya de la voluntad, ya del objeto y una vez conformados plenamente el acto tendrá validez absoluta

Así, refiriéndome al objeto del acto, el mismo presenta tres acepciones ya mencionadas: objeto directo, indirecto y material.

El objeto directo del acto ya fue analizado párrafos anteriores, por lo que ahora me referiré a la segunda acepción consistente en el objeto indirecto, que implica la prestación misma de una conducta encaminada a un dar, a un hacer, a un no hacer o tolerar; ya sea en un acto positivo o de abstención, ésta conducta deberá ser lícita, entendiendo por ello que esté conforme a las leyes de orden público, que no sean prohibitivas y a las buenas costumbres.

Sobre la licitud del acto debo aclarar los siguientes aspectos:

La ley será supletoria a la voluntad de las partes y regirá las conductas humanas cuando las personas que producen un acto, no previeron todas las consecuencias que del mismo generaron, se aplica cuando la voluntad de las personas es omisa respecto de ciertos efectos secundarios del actuar jurídico o bien, cuando previendo tales efectos, las partes que originaron al acto pactaron renunciar a ellos.

En tal caso no se está en un acto contrario a la ley, pues la misma ley permite este tipo de conductas y debe ser expresa al tolerarlo o al suplir la omisión de las partes.

En cambio, se estará frente a una ley prohibitiva cuando se restringe la libertad en la voluntad de las personas por la gravedad y trascendencia de la ejecución de los actos que implica salvaguardar un orden jurídico elemental; se parte del principio que lo que no está prohibido, está permitido, por lo que la prohibición debe ser expresa y no inferida.

Existen diversos grados de sanción cuando se violan leyes prohibitivas.

Si la ley protege un interés general, de orden público se impondrá la nulidad absoluta y si el acto jurídico viola una disposición de carácter privado, se impondrá una nulidad relativa y por tanto puede ser subsanada.

Pero ¿que acaso no todas las leyes son de carácter general y de orden público?, pues no existen leyes de carácter particular ni del orden privado que sean sancionadas con el imperio del Estado⁴², y cuando se tutelen intereses particulares relativos a ciertos tipos de personas, se entiende también que va encaminado a un orden público y de

⁴² Sobre ello, el Doctor Javier Álamo, en cátedra impartida en las materias de “Personas” (Especialidad en Derecho Civil, Unidad de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México), sostiene que todas las normas de derecho positivo, son de orden público y sólo existen leyes de carácter particular las que se pueden crear en una pequeña comunidad, en un salón de clases, en una sociedad e inclusive en una familia. Sin embargo, considero que tendría que diferenciarse con normas de carácter moral, social, incluso religioso, pero no serían jurídicas pues para ello debe sancionarse el Estado a través del procedimiento legislativo respectivo. Sobre ese mismo tenor, de acuerdo a la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, se sostiene que toda sentencia es una norma jurídica individualizada, para la persona o personas que intervinieron en el correspondiente juicio. También difiere de ello, pues lo que se obtiene en una sentencia ya judicial, ya administrativa, es la aplicación y probable interpretación, así como ejecución de una norma que inclusive puede estar en contraposición con otra norma, o bien puede contener una deficiente y por tanto ilegal interpretación o aplicación de un precepto jurídico, lo cual traería otro tratamiento diverso al de las nulidades por ilicitud en el objeto del acto jurídico, ya que una sentencia firme por ilegal que sea, no puede declararse nula o inexistente, a menos que se den los supuestos del contubernio entre actor y demandado para producir un daño a otro y solo podrá combatirse su nulidad en los supuestos que señalan las fracciones II Y VII del artículo 737 A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a través de la acción de nulidad de juicio concluido.

interés general, es decir, si la norma tutela a menores o incapacitados o personas de la tercera edad ¿deberá imponerse como sanción una nulidad relativa cuando se infrinja una disposición de este tipo? Evidentemente no es así, pues interesa al Estado la preservación y observancia de estas normas.

Por el contrario, veremos que la pretendida protección al orden social, no siempre se mantiene uniforme, pues habrá casos en que resulte más grave imponer la nulidad del acto que tolerar sus efectos. Por ejemplo en casos de matrimonio de menores, cuando no se ha otorgado la dispensa previa. En todo caso, la misma ley podrá disponer cuando es de carácter irrenunciable, pero no puede tomarse como punto de distinción el que se diga que son leyes “*de orden público e interés social*”.

Para retomar la clasificación de leyes, la que se califica como “preceptiva”, parece un error pues toda la ley es un precepto que impera u ordena, es características de la ley ser imperativa.

Cuando se ordena imperativamente la observancia de conductas determinadas, implica lo que se debe hacer en atención a un orden social. Un ejemplo de ello podría ser el contenido del artículo 302 del Código Civil para el Distrito Federal: “...*los cónyuges están obligados*⁴³ *a proporcionarse alimentos...*”; sin embargo podría argüirse que en un convenio privado donde únicamente intervinieron los consortes, se hayan comprometido a que cada quien se haría responsable de sus propias necesidades en cualquier circunstancia, que ambos siguen fieles cumpliendo con su pacto, y ninguno le exige al otro lo contrario, ¿podría sostenerse que el objeto es lícito aún cuando se realiza en contravención con una ley imperativa⁴⁴, por involucrar únicamente intereses particulares?, la respuesta es negativa pero cabe aclarar que mientras no exista declaración judicial respecto de la ilicitud del acto y por tanto su nulidad, el acto existiría y más aún ha surtido efectos.

⁴³ Aun cuando la ley señala el término “*obligados*” en realidad es un deber jurídico, pues sólo en caso de que se incumpla ese deber jurídico, se estará obligado a cumplir con la prestación que impone la ley.

⁴⁴ El artículo 321 del Código Civil para el Distrito Federal prohíbe la renuncia de alimentos, ni pueden ser objeto de transacción.

En las leyes prohibitivas, se niega la realización de una conducta determinada, por ejemplo, en la estipulación de una cláusula en un contrato de compraventa que imponga al comprador la obligación de no enajenar a persona alguna el bien que adquiere, se estaría ante una nulidad, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2301 del Código Civil para el Distrito Federal, sería absoluta, pero en tal caso puede discutirse si los derechos que afectan el renunciar a tal condición, son privados en cuanto atañen únicamente a los contratantes y en este caso que se esta en presencia de intereses particulares, sin embargo, el orden social, exige que exista un libre tránsito de bienes, y no limitarse el derecho de propiedad.

5.7 MOTIVO O FIN LÍCITO.

El motivo o fin, es la razón contingente, subjetiva y por lo mismo variable de individuo a individuo que lo induce a la celebración de un acto.

La causa subjetiva no debe ser trascendental para el derecho, sino lo que debe tomarse en consideración es la finalidad que se persigue con la conducta a realizar

Puede existir diferencia entre el motivo y fin de la celebración del acto jurídico, ya que las causas que lo motivaron pueden ser distintas al propósito que se pretende obtener, pero puede coincidir una y la otra.

En todo acto de voluntad hay un motivo determinante y éste es precisamente el fin del acto jurídico que es el acto de voluntad considerado. En el Código Napoleónico se establecía:

Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención: el consentimiento de la parte que se obliga; su capacidad de contratar; un objeto cierto que forme la materia de su obligación, una causa lícita en la obligación.

Queda latente el problema entre lo objetivo y lo subjetivo, al revelarnos la causa como condición para la validez de un acto, pues la causa nos lleva a indagar sobre la motivación interna de la persona, en un mismo acto jurídico por ejemplo la oferta de recompensa, los motivos de cada persona pueden ser incluso opuestos.

La causa ilícita no puede ser invocada por quien cometió la falta pues nadie puede alegar y ser oído cuando invoca un acto deshonesto cometido por él.

Cabe salvar el contenido del artículo 1784 del Código Civil de 1870, que establecía: *“...Si sólo uno de los contratantes fuere culpable podrá el inocente reclamar lo que hubiere prestado sin tener obligación a su vez de cumplir lo que hubiere prometido...”*.

De lo expuesto en este primer capítulo se puede concluir que no existe en realidad una clara delimitación entre los elementos y requisitos que deben conformar un acto jurídico.

En la evolución del concepto del acto jurídico, se confunde y mezcla lo que actualmente se consideran como meros requisitos del acto, con lo que son sus elementos sustanciales, de hecho los requisitos del acto son las características que debe tener los elementos del acto, por lo que si bien puede el acto estar conformado por voluntad y objeto, se dice que si una de las características que se han señalado como requisitos de validez no se cumple, puede en ocasiones, según algunos autores llevar a la inexistencia del acto.

Un acto jurídico al que se le ha imputado una declaración de inexistencia, no podrá constituirse o conformarse como hecho jurídico del ser humano, pues en éste su nota característica es la falta de intención o voluntad para producir efectos jurídicos.

La teoría orgánica del acto jurídico, no puede ser aplicada en forma dogmática, no existe precisión absoluta en cuanto a la presencia de los elementos de existencia del acto jurídico; capacidad, libertad y forma pueden revestir la voluntad como características ineludibles para su integración, sin embargo, también pueden entenderse como elementos secundarios y que su ausencia o deficiencia acarreará consecuencias menos graves en la conformación del acto jurídico.

No existe una directriz definida para establecer cuando se entenderá que se encuentran íntegramente reunidos los elementos del acto para producir existencia, o bien cuando la deficiencia de su conformación traerá consigo la existencia del acto, pero sus vicios podrán en un momento dado ser menos severos que la inexistencia y hasta posiblemente ser subsanados.

Si realmente existe una concepción orgánica del acto jurídico y esta se basa en un modelo orgánico natural, entonces la solemnidad no puede ser considerada bajo esa estructura, es decir como un elemento natural del acto, pues la solemnidad es impuesta de manera artificial.

CAPÍTULO II

TEORIAS DE LA INEXISTENCIA, DE LA NULIDAD ABSOLUTA Y DE LA NULIDAD RELATIVA.

ANTECEDENTES.

Con el propósito de concebir un acto jurídico al que se le pueda calificar de inexistente y demostrar que puede producir consecuencias de derecho, he de remontarme a los principios del Derecho Romano y entender la naturaleza de las nulidades e ineficacias del acto jurídico.

Así, para sancionar “irregularidades” del acto jurídico, se conocieron las *leges perfectae*, que radicalmente sancionaban con la nulidad al acto jurídico; las *leges minusquam perfectae* a las que atañía una sanción pecuniaria y las *leges imperfectae* que no disponían de sanción alguna.

Entrecomillo “irregularidades” pues no existió en derecho romano una sistematización para conocer la estructura de lo que llamaban negocio jurídico, existía una diversidad de términos con los que se podía calificar al acto jurídico (actos nulos de forma absoluta, incompletos, inacabados, irrelevantes, inútiles, estériles,); sin embargo, se llegó a diferenciar los actos nulos de los actos anulables.

Los primeros como producto del formalismo riguroso del *ius civile*, que sin la intervención del juez acarreaban la nulidad que resultaba imprescriptible e inconválida.

Los segundos, producto del *ius honorarium*, permitían la producción provisional de los efectos, hasta que finalmente por resolución judicial declarada por El Pretor a solicitud del interesado, devenían nulos.

Así, se advierte cierto grado de evolución entre el riguroso formalismo del Derecho Civil Romano y la acción de equidad pretoriana.

No obstante, en Derecho Romano, la nulidad absoluta a pesar del carácter severo de sus disposiciones, permitía cierta flexibilidad, partiendo del axioma que dispone: *“a lo imposible nadie está obligado”*, debe advertirse que en toda ejecución por mínima que fuera debería someterse a la intervención del juez.

Como rasgo común, se puede advertir que la nulidad romana siempre apoya su fuerza en disposiciones de carácter prohibitivo, proviene como sanción a la infracción de disposiciones relativas a la utilidad pública, motivos de orden público y en menor medida atendiendo a la naturaleza del interés protegido.⁴⁵

No existió mayor evolución sobre elaboración de estructura, ni análisis del acto jurídico, sino hasta el siglo XVII en Francia, elaborándose las primeras teorías sobre composición, nulidades y más tarde inexistencia del acto jurídico.

2. TESIS CLÁSICA.

Al surgimiento del Código Napoleónico (1803-1804) podía hablarse de dos tipos de sanción: uno legal que preveía la destrucción del acto desde su inicio por causas precisamente establecidas y generalmente de interés público y otro judicial que protegía un interés más reducido que debía alegarse por la persona afectada y que tenía la posibilidad de convalidarse en tanto el acto se reprodujera omitiendo el vicio o dejara de entablarse la acción correspondiente.⁴⁶

⁴⁵ Petit, Eugene. Op.Cit. pags213-215

⁴⁶ Galindo Garfías, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso. Parte general. Personas. Familia.* Décimo Séptima edición, Editorial Porrúa, México. 1998. pags. 250, 251.

Se desarrolló el concepto de interés público en oposición al interés particular, por lo que cuando se violaba uno, se estaba ante un acto afectado de nulidad absoluta, en tanto que en el segundo supuesto se originaba una nulidad relativa.

La dualidad se resume en que el principio de la gravedad de la sanción y sus características se encuentran en relación con el fin que protege la disposición legal.

3. NULIDAD ABSOLUTA.

Así, la nulidad legal opera de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, por causas previstas en la misma ley, que adoptan un carácter global y genérico. Como características de este tipo de nulidades se señalan las siguientes:

1.- El Juez no necesita pronunciarla, se actualiza por la simple omisión o conformación defectuosa del requisito exigido.

2.- No produce efectos.

3.- Como su ámbito es general, cualquier persona puede invocarla y prevalerse de ella.

4.- Tampoco puede convalidarse por ningún medio, la infracción cometida por la ley no puede remediarse por la voluntad de los particulares, ni por el simple transcurso del tiempo, por lo que su acción es imprescriptible.

La tesis clásica equiparaba así la nulidad absoluta, que también se identifica como nulidad de pleno derecho,⁴⁷ con la inexistencia, que más tarde se elaboró como teoría.

De la declaración de nulidad absoluta puede prevalerse todo interesado; por todo interesado debe entenderse aquella persona que haya sido afectada en su esfera de

⁴⁷ En este caso, la denominación de “pleno derecho” es errónea, ya que supone que por estar contemplada en la ley, no necesitará declaración judicial al respecto. Sin embargo, ello no acontece en nuestro sistema legal, que necesariamente requiere la tramitación del juicio respectivo para obtener la declaración judicial de nulidad.

derechos y obligaciones por cierto acto jurídico, y que tenga interés en invocar en beneficio de sus pretensiones la nulidad del mismo.

La nulidad absoluta, a diferencia de la relativa, encuentra su justificación en la protección al interés general. En efecto, la distinción entre ambas no radica en que existan nulidades de mayor o menor grado, sino en el interés que protegen, por lo que habrá actos cuyos vicios afecten al interés general y otros que sólo afecten intereses particulares, por esta circunstancia se sanciona con mayor rigor a los primeros, dado que no son convalidables, y la nulidad que los afecta no es prescriptible, lo que constituye la nulidad absoluta.

Un acto que atente contra normas de orden público y contra el interés general, no puede surtir sus efectos para unas personas y para otras no, por el solo hecho de que las primeras no hayan demandado tal nulidad.

4. NULIDAD RELATIVA.

A la nulidad relativa se le atribuía el de carácter judicial, ya que suponía necesariamente el ejercicio de la acción respectiva por las personas o persona que se beneficien de su eventual instauración.

El acto producía efectos de manera provisional hasta en tanto cuanto se declara judicialmente su nulidad.

La nulidad, sin embargo no era definitiva ya que el acto podía ser subsanado por convalidación mediante el cumplimiento voluntario del acto, o por caducidad.

La nulidad relativa o invalidez accidental de los contratos tiene lugar cuando no comprendan los requisitos consistentes en la falta de capacidad legal de las partes o de una de ellas, vicios del consentimiento, ilicitud en el objeto o en el fin del contrato, o

bien porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma establecida por la ley.

La falta de forma produce una nulidad relativa, pero los contratantes tienen el derecho para exigir que se formalice, es decir, que se llene el requisito de la formalidad exigida.

La nulidad relativa es susceptible de subsanarse mediante el cumplimiento voluntario del acto, se tiene por ratificación y extingue la acción de nulidad por falta de forma del mismo, ya porque fue el deseo del legislador que la iniciativa individual no se detuviera frente al rigorismo de los contratos solemnes, y que la equidad, base esencial del derecho, prepondere sobre el inflexible texto de la ley, a cuyo efecto se reconoció que produce consecuencias jurídicas los convenios cumplidos por el deudor, aunque no llenen las formalidades legales

La teoría de las nulidades elaborada en el Código Napoleónico (1807), aun cuando trató de evitar un lenguaje confuso, no pudo prevenir la gama de casos que se presentaran a este respecto, pues se presentaron irregularidades de gravedad excepcional ante las que quedaban sin efectos las penas establecidas por el Código, presentándose el primer problema con relación al matrimonio entre personas del mismo sexo.⁴⁸

Posteriormente, el problema se presentó en el matrimonio habido entre dos personas de distinto sexo, donde el hombre resultaba impotente, sin posibilidad de realizar lo que se consideraba como un fin del matrimonio: el débito carnal y la reproducción. Ante la omisión de la ley para tratar tales supuestos, los miembros de la comisión redactora del Código Napoleón, ante la influencia del Primer Cónsul, no quisieron aceptar la nulidad absoluta para expresar la gravedad de las irregularidades antes mencionadas, por lo cual buscaron una sanción que se impusiera por sí misma,

⁴⁸ Domínguez Martínez, José Alfredo. *Derecho Civil*. Op. Cit. Pag 630.

sin intervención alguna por parte del órgano jurisdiccional, mediante la cual toda la combinación de las partes se transformara automáticamente en la nada, pues la interpretación estaba limitada a la letra de la ley.⁴⁹

Es entonces cuando al amparo de la “razón”, “el buen sentido” y de “la lógica”, se impone el derecho natural para colaborar con el derecho positivo y es entonces que Karl Eduard Zachariae Von Lingenthal,⁵⁰ determina que respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, la ley no tenía necesidad de referirse a él, pues de la naturaleza misma de las cosas no era existente dicho matrimonio, no era nulo porque tal sanción no se encontraba prevista en la ley, pero debía considerarse como inexistente, en el acto inexistente falta uno o más de los elementos necesarios para considerarlo como nacido, por lo tanto, no puede producir efecto alguno, es la nada jurídica, no requiere de declaración judicial, pues según esta teoría no hay sombra, no hay apariencia, no hay nada, toda persona puede prevalerse de él y no es susceptible de que llegue a existir por convalidación o por el transcurso del tiempo.⁵¹

5. TESIS DE RENÉ JAPIOT.

Según René Japiot,⁵² el sistema clásico no contempla la problemática de las nulidades de forma integral y satisfactoria, no puede abarcar la totalidad de situaciones desde la más sencilla a la más compleja que pretende resolver en bloque, es necesario analizar cada caso en concreto para determinar cuestiones de confirmación, de prescripción, de legitimación para invocar determinado tipo de nulidad. La realidad

⁴⁹ Magallón Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Editorial Porrúa, México 1998, pag. 211.

⁵⁰ Lutzesco, Georges, “*Teoría y Práctica de las Nulidades*”, Editorial Porrúa, 9ª edición reimpresión, México 2000, pag. 167

⁵¹ Puede advertirse con la reforma realizada en la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, que contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo, cómo el Derecho responde más que a la naturaleza de las cosas, a situaciones de cambios políticos, puesto que no puede siquiera alegarse que al elaborarse la teoría de la inexistencia cuyo ejemplo máximo era el matrimonio entre homosexuales, no hubiera uniones entre tales, pero el derecho lo repudiaba, ahora lo recoge por diversos motivos: ganar más votos en elecciones para la bancada que propuso la reforma, en otra óptica adecuarse a una exigencia social. Más aún: el objeto del matrimonio ya no es la procreación, por lo que el argumento que se sustentaba respecto a la impotencia del cónyuge dejó de ser motivo de nulidad del mismo acto jurídico.

⁵² Japiot, René. *Des nullites en matiere d'actes Juridiques. Essai d'une Théorie Nouvelle*. Paris 1909.

jurídica tiene una vitalidad que atiende a una complejidad de circunstancias y de hechos que no pueden ser rigurosamente clasificados.

Así, primero se analizó en forma totalmente libre cuáles son las características especiales de un acto determinado irregular y sin prejuzgar sobre la sanción resultante, observar el despliegue de sus efectos en el ámbito del derecho para decidir entonces sobre el grado de ineficacia que lo afecta, se atiende a la producción de efectos y no a un rígido sistema de causas o de delimitación de impugnaciones o posibilidades de convalidación.

Bajo ese punto de vista, la ineficacia puede apreciarse directamente y en forma objetiva en tanto exista una producción anormal de efectos en el acto cuestionado y la medida de esta anormalidad es la que regirá el criterio para decidir su clasificación: la ineficacia, es sólo una y adopta diversos grados según la clase y extensión de los efectos producidos.

Los principios básicos de su teoría son:

1.- La idea del fin.- La nulidad es una especie de sanción que priva de efectos a un acto. El fin es asegurar la observancia de la regla que sanciona, reparar la violación, **preservando contra las consecuencias de tal irregularidad los intereses que la regla violada estaba destinada a proteger.**

La nulidad debe entenderse así como un accesorio de las reglas jurídicas, es necesario entonces conocer el fin de esas reglas y sus razones de ser, cuál es el bien que se tutela, a qué intereses defiende, lo cual debe servir como guía para las nulidades. Cuando el fin varía, debe también variar los grados de nulidad de los que pudiera afectarse determinado acto jurídico.

2.- El medio.- El acto por nulo que sea, podrá tener una existencia aparente, habrá alguna cosa, no será la nada, el acto aparecerá regularmente celebrado, por el

solo hecho de su otorgamiento, un acto jurídico puede tener una importancia práctica real, los signos materiales de la existencia de un acto no sólo son aquellos de su otorgamiento, sino también de su ejecución, pudiendo tener una apariencia de eficaz y válido, lo cual se contrapone con la nada.

La ejecución parcial puede presumir la existencia de su causa, el otorgamiento regular y la validez del acto en su conjunto, máxime si los hechos de ejecución se repiten procediendo de un acto originario que debe prolongar en el tiempo sus consecuencias, que permite cierta duración de ejecución.

Hay intereses en lucha entre los cuales no podría uno justamente decidir sin tomar en cuenta el equilibrio de los intereses en presencia. Frente a los intereses de la persona más especialmente protegida por la nulidad, hay los intereses de otras personas, los intereses de terceros, de la sociedad. Hay que atender al medio social en que los actos jurídicos, ya sean válidos o ineficaces se desarrollan, atendiendo a necesidades de crédito, de seguridad, sobre certidumbre.

Quiero destacar en este punto, las situaciones jurídicas en los que se quiera imponer consecuencias de nulidad absoluta por “violentarse el *interés general*” éste concepto por dogmático y demagógico⁵³ resulta un parapeto para satisfacer intereses políticos o irónicamente, particulares. Habrá ocasiones en que se tratará de imponer el peso avasallador del interés general o social, sin que realmente nadie se vea afectado

⁵³ El interés general resulta un concepto ambiguo y con muchas interpretaciones que suponen una ideología política y económica que determinará cuáles de los intereses de los diversos grupos que integran una sociedad, debe prevalecer, se utiliza como justificación incuestionable para decisiones políticas y económicas que se traducen en la creación, modificación derogación e interpretación de la ley, pudiendo tutelar bajo la misma justificación intereses diametralmente contrarios, así por ejemplo podemos observar que la mal llamada nacionalización (en realidad fue una estatización) de la Banca en 1982 tuvo como justificación el interés general; más tarde la venta de la Banca a extranjeros principalmente tuvo la misma justificación, las limitaciones a la propiedad privada se justificaron con el interés general, por el contrario la libre venta y circulación de la propiedad privada se justifica con el mismo concepto, las resoluciones emitidas por los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver sobre las denuncias de contradicción de tesis de los expedientes judiciales derivados de la crisis bancaria, justificaron muchos de sus criterios bajo el argumento del interés general. En ese mismo sentido el titular del Juzgado Octogésimo Civil, apercibió a quien suscribe con utilizar fuerza pública y ser expulsada del juzgado, ya que según él con las objeciones en audiencia se alteraba el orden social. Por ello sostengo que dicho concepto es dogmático y demagógico.

por ello, salvo los que intervinieron en el acto. Más aún; en actos aún más bizarros pero no por ello menos frecuentes, que ni siquiera se afecte a las personas que originariamente intervinieron en la celebración del acto y que al amparo de una inexistencia se trate de sacar provecho, en tales casos deberá atenderse del mayor beneficio que a mayor número de personas pueda producir.

3.- Causas de la nulidad.- El autor critica la forma de separar las nulidades absolutas con las relativas, pues la cuestión a determinar si una conducta atenta contra una norma de interés público o privado, conlleva una gran dificultad.

En este aspecto debo hacer hincapié que, en principio toda norma jurídica tutela un interés general, pues va dirigida a preservar un estado de derecho en una sociedad, no existen normas de Derecho Positivo, que tutelen intereses privados, no obstante cuando se ha puesto a funcionar el órgano jurisdiccional del Estado para reclamar la nulidad de un acto jurídico, definitivamente la persona que ejercite así tal acción estará obrando por la afectación de su interés jurídico, pudiendo existir la oposición del demandado para preservar la validez del mismo que de principio se presume en el acto que se impugne, por lo tanto los intereses que se ventilen en ese momento serán privativos de los contendientes.

Japiot⁵⁴ considera que debe prescindirse por el momento de las causas y estudiar cada caso, estudiar lo que el legislador ha determinado respecto a que la acción sea prescriptible o no, que pueda o no confirmarse el acto, atender a las características de la norma sin importar la causa y entonces hablar no de nulidades, sino de ineficacias.

Sobre el particular, he de apuntar que ciertamente el efecto práctico e inmediato de la nulidades, es que el acto no produzca sus efectos, no obstante es necesario distinguir que no necesariamente un acto jurídico afectado de nulidad traerá ineficacia;

⁵⁴ Japiot, Rene. Op. Cit.

en opuesto, hay actos jurídicos plenamente válidos que estarán sujetos a condición o plazo, suspensiva o bien resolutoria donde los efectos del mismo nunca lleguen a producirse o bien cesen sus efectos. Y por el contrario existirán actos jurídicos afectados de nulidad que producen todos sus efectos, como en el caso de una compraventa, donde el consentimiento se vio afectado por la lesión o por el error y sin embargo, el comprador no ejercita la acción respectiva aun conociendo el vicio.

Naturaleza de la nulidad.- El autor critica la tesis clásica por considerar la nulidad como cierto estado del acto, lo que existe realmente, dijo el autor, son efectos jurídicos, así un acto válido produce todos sus efectos jurídicos y en el de invalidez se caracterizará por la ausencia de un mayor o menor número de efectos.

Propone sustituir la concepción de nulidad por el de un derecho de crítica contra los efectos del acto; la ley declara nulo un acto a fin de que las personas, algunas, mayor número o toda la sociedad, no estén desprotegidas contra las consecuencias de ese acto, sino que tengan el derecho de prevenirlas o de suprimirlas.

La nulidad, aún la de pleno derecho, no tiene consecuencias si no se invoca. La vida plena y entera del acto consiste en la realización total y entera de sus efectos que han sido queridos por las partes o que están unidos al acto por fuerza de las cosas o por determinación de ley; la ineficacia aumentará de extensión a medida que aumente el número de efectos suprimidos. Sobre la noción de la unidad de la nulidad tanto las anulabilidades, relativas o absolutas, nulidades absolutas de pleno derecho, de derecho público, o de derecho privado, inexistencias y aún inoponibilidades, todas son igualmente ineficacias.

Concluye que para establecer una teoría especializada un solo procedimiento es posible: el de las soluciones distintas para cada cuestión.

6. TESIS DE PIEDELIEVRE.

Distingue que en ciertos casos unos actos nulos producen efectos de orden secundario, (en el caso de una escritura pública como tal es nula pero como documento privado vale).

En otros casos, los actos jurídicos nulos producen todos sus efectos durante cierto tiempo, (como en el matrimonio putativo y la sociedad civil de hecho).

Y habrá otros casos en que los actos nulos desarrollen todos sus efectos (por ejemplo para los actos ejecutados por el heredero aparente).

En fin, el hecho de que un acto sea inexistente, no le impide producir ciertos efectos, sin embargo, el mismo autor reconoce que no existe un *minimum* necesario para que un acto afectado de nulidad subsista alguna cosa, refiriendo el autor a “una tendencia de espíritu” pues desde que hay más que nada, el acto puede producir ciertas consecuencias.

Así, se examina el medio en el cual los actos nulos pueden persistir en sus efectos, siendo éste donde hay decadencia del formalismo, donde el principio de autonomía de la voluntad tiene una gran aceptación, admitiéndose que el acto puede ser complejo por su naturaleza y en donde se considera que la nulidad se dirige no contra el acto mismo, sino contra sus consecuencias, demuestra circunstancias favorables al mantenimiento de los efectos del acto.

Por último, en cuanto a considerar que las consecuencias del acto que le sobreviven a la nulidad deban ser catalogadas como consecuencias de hecho o propiamente jurídicas, el fundamento general de los efectos producidos por los actos nulos es la buena fe, la idea de responsabilidad, la de apariencia, lo cual implica

protección a terceros que pueden verse afectados por las consecuencias del acto, subsistiendo el principio de seguridad jurídica.⁵⁵

7. TESIS DE JULIEN BONNECASE.

Retoma en parte la teoría clásica y critica la tesis de Japiot a que implicaría abandonar los intereses más considerables al arbitrio del juez, a sus impresiones de audiencia y temperamento⁵⁶.

Hago una pausa para reflexionar en el papel tan importante del juzgador en cuanto a nulidades se refiere, pues existen muchas controversias donde son consideradas al prudente arbitrio del juzgador, lo que va desde apreciación de pruebas, así como para determinar condenas de pago en numerario como acontece en las acciones de daño moral, o determinación de pago de alimentos, sin embargo, ello no quiere decir que el juzgador pueda resolver fuera de un marco de derecho.

Existe una equivalencia de significado entre las expresiones *sana crítica*, *prueba razonada* o *prudente arbitrio*. Todas ellas nos conducen al sistema por el cual, el juzgador tiene un amplio poder resolutorio, dentro de las reglas de la lógica y de la experiencia, ello ligado a la ineludible obligación de fundar y motivar su fallo, es decir, no sólo de vencer con la fuerza soberana, sino de convencer con los argumentos de la lógica y de la razón.

La interpretación jurídica no es un criterio absoluto, de manera que debemos admitirlo como una especie de mandato divino, así una regla de Derecho no puede nunca ni ser verdadera, ni falsa; podrá ser más o menos adecuada, más o menos

⁵⁵ Aun cuando existen varias referencias a la tesis doctoral de M Piedelievre, la síntesis elaborada la he retomado del libro elaborado por Rojina Villegas, Rafael., *Derecho Civil Mexicano*. Op Cit pag.236

⁵⁶ Bonnecase, Julien. Op. Cit.

viable, más o menos segura, pero no puede ser nunca ni verdadera ni falsa⁵⁷. En ese tenor se refiere Recaséns Siches a propósito de la verdad:

"...Las normas jurídicas positivas y las ideales pueden y deben ser enjuiciadas desde los ángulos de otros valores: justicia, dignidad de la persona humana, criterios de libertad, de igualdad ante el derecho, de igualdad de oportunidades, de servicio al bienestar general, de adecuación a las circunstancias de eficacia de seguridad etc.

Recuérdese que las normas jurídicas no son enunciados de ideas con intrínseca validez -como lo son por ejemplo las proposiciones matemáticas-; ni son tampoco descripciones de hecho, ni son expresión de ningún ser real. Las reglas del Derecho son instrumentos prácticos elaborados y contruidos por los hombres, para que mediante su manejo, produzcan en la realidad social unos ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos como justos y adecuados.

El Derecho como realidad es un arte práctico, una técnica, una forma de control social. Por lo tanto, de ese utensilio, que el derecho es, no se puede predicar ni el atributo de la verdad ni el de falsedad, porque el derecho no es un ensayo de conocimiento, ni vulgar ni científico.⁵⁸

Por lo tanto, es claro que valorar cada caso de nulidad para resolverlo en forma particular, requerirá un estudio más complejo por parte del juzgador, donde efectivamente podrá emitir una resolución que esté influenciada por su propia experiencia subjetiva, sin embargo, forzosamente tendrá que considerar las circunstancias de cada caso, fundando y motivando su resolución, sin que por esto pueda soslayarse la posibilidad de valorar en forma única cada caso de nulidad.

⁵⁷ Recasens Siches, Luis *"Introducción al Estudio del Derecho"*, 12ª. edición Editorial Porrúa, México 1997, pág. 229.

⁵⁸ Ídem. Pág. 251.

Retomando la exposición de la teoría de Julien Bonnecase⁵⁹, resalta que los términos inexistencia y nulidad se contraponen, en la figura de nulidad habrá grados de mayor o menor gravedad.

Parte de la distinción que debe hacerse desde el punto de vista orgánico con relación al histórico: el punto de vista orgánico deriva de la observación de la naturaleza de las cosas, para ello retoma la idea de la conformación orgánica del acto jurídico, siendo inexistente cuando adolezca de uno o varios de sus elementos orgánicos, éste tópico ya fue expuesto en el primer capítulo de este trabajo, remitiéndome a lo asentado.

El acto jurídico inexistente, como acto no puede producir efecto alguno, no es susceptible de valer ni por confirmación ni por caducidad, todo interesado tiene derecho de prevalecerse de la inexistencia, el Juez sólo puede en su caso constatar la inexistencia, mas nunca declararla.

Expone además, que en caso de realizarse un hecho material, al que no podría calificarse de acto jurídico por adolecer de uno o más de sus elementos esenciales, éste hecho si es posible de producir determinados efectos, pero no como acto jurídico.

Sin embargo, con relación al acto afectado de nulidad, (independientemente del grado de nulidad que padezca, ya que es una realidad mientras que no ha sido destruido por una decisión judicial), implica que uno de sus elementos orgánicos se ha conformado imperfectamente o bien porque el fin que se persigue sea condenado por la ley, o que esté implícitamente prohibido por ella, porque contraría el buen orden social.

Sigue sosteniendo el autor que desde el momento que ha nacido a la vida jurídica, un acto por imperfecto que sea, efectúa (en tanto que no es destruido) la

⁵⁹ Bonnecase, Julien. Op. Cit.

función de un acto regular, habrá constituido en la vida social un centro jurídico alrededor del cual han podido ligarse múltiples intereses; no es de su esencia que desapareciendo el acto, todo muera con él.

La estabilidad social unida a la comprobación de la existencia temporal de un acto, ordena que el equilibrio de los intereses sea salvaguardado. Reconoce que en tales casos debe hacerse intervenir la idea de la buena fe

Distingue de los actos nulos de interés general y los actos nulos por interés privado; la nulidad absoluta reposa sobre la violación a una regla de orden público, priva al acto de todos sus efectos, puede invocarse por cualquier interesado, no es susceptible de valer ni por confirmación, ni por caducidad.

Tanto la nulidad absoluta como la relativa coinciden en que una vez pronunciadas, el acto que era atacado es integral y retroactivamente destruido.

No obstante las anteriores explicaciones, no define con precisión qué es una nulidad relativa, pues si bien puede mencionar sus efectos, simplemente se refiere a ella como la nulidad que no es absoluta, pertenece a los tribunales decidir en cada caso si se está en presencia de una nulidad absoluta o una nulidad relativa y en la última hipótesis sobre qué relación la nulidad es relativa: que personas pueden prevalerse de ella, condiciones de la confirmación posible, duración de la caducidad, consecuencias destinadas a subsistir a pesar de la anulación.⁶⁰

Bonnecase, incurre así en la primera crítica que realiza a la tesis de Japiot, relativa a la determinación subjetiva del juzgador para calificar o no, una nulidad como relativa.

⁶⁰ Borja Soriano, Manuel, "*Teoría General de las Obligaciones*", Editorial Porrúa, 17ª edición México, 2000, págs. 95- 107.

Así, los rasgos característicos del acto inexistente, según la naturaleza de carácter orgánico sustentada por Bonnecase son:

1.- El acto inexistente, no puede ni podrá jamás crear efectos jurídicos. La falta de uno de los elementos necesarios para su formación es bastante para que el acto no tenga vida, lo que se traduce en una ausencia total de efectos.

2.-En principio, no hay necesidad de someterlo al Juez para obtener la declaración oficial de su inexistencia, pero la intervención del Juez será inevitable si ha sido ejecutado aún en lo más mínimo.

Si el acto (o hecho jurídico, como sostiene el autor), no produce efectos, carece de interés someterlo a la decisión judicial, puesto que el pretendido acto no ha producido ningún derecho, ni ha dado nacimiento a ninguna obligación, por lo que resulta innecesaria la intervención del Juez.

3.- La voluntad de las partes no podrá darle una confirmación tácita, ni expresa. Ninguna confirmación podrá volverlo a la vida, no es susceptible de valer por confirmación.

4.-El transcurso del tiempo por sí solo no puede hacer desaparecer o corregir sus deformidades orgánicas.

5.- La inexistencia se pone voluntariamente a disposición de todo aquel que tenga interés en hacerla valer, ya sea ante el juez o por vía amigable

Por su parte, Rojina Villegas propone sustentar que la inexistencia del acto jurídico, no sólo se dé, ante la no conformación de uno de sus elementos sustanciales, sino también cuando el objeto directo del acto es imposible, es decir, cuando éste no puede alcanzar su objeto específico consistente en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, debido a que una norma de derecho constituya un

obstáculo insuperable para su realización, propone como ejemplo el matrimonio entre personas del mismo sexo, adopción de un mayor de edad en pleno uso y goce de sus facultades mentales, donación de bienes futuros, testamento efectuado por un apoderado.

En tales casos, una norma jurídica es un obstáculo insuperable para que pueda realizarse ese objeto que se propone el autor o autores del acto; la inexistencia puede resultar no sólo porque el objeto indirecto llamado cosa o hecho, especialmente en los contratos o convenios sea física o legalmente imposible, sino también cuando el objeto directo del acto no pueda realizarse.⁶¹

Considero que la exposición que realizó el maestro Rojina sobre la inclusión de los supuestos aludidos como motivo de inexistencia, es incorrecta, en primer lugar porque si de las obligaciones asumidas en un contrato tuvieran naturaleza distinta a lo que regulan las leyes, se estaría ante todo a la interpretación de la voluntad de los contratantes y siempre que sus estipulaciones no fueran contrarias a la ley, se estaría a las disposiciones del contrato con el que tengan mayor analogía; si existiesen dudas sobre el objeto principal del contrato y no pueda establecerse cual fue la intención de los contratantes, el contrato será nulo, más no inexistente.

Más aún, si en el acto, existe una norma jurídica como obstáculo insuperable a la realización del mismo, dicho supuesto también se encuentra regulado y sancionado con la nulidad (artículo 8º del Código Civil para el Distrito Federal).

Debo mencionar en este apartado, que el sustento del “buen sentido “y de la “lógica”, en el que descansa la teoría de la inexistencia de Bonnecase, no presenta caracteres determinantes y absolutos para pretender calificar un acto como la nada

⁶¹ Rojina Villegas, Rafael. “*Derecho Civil Mexicano*” Introducción y Personas. Tomo Primero 9ª. edición Editorial Porrúa, México 1999, pág. 343- 345.

jurídica, donde ni siquiera se contempla lo que por simple lógica se presentó: la apariencia del acto.

En ese tenor, sustentar dicha teoría en el llamado Derecho natural, podría dar lugar a confusiones y contradicciones en la teoría, pues el Derecho natural en un sentido estricto, no es propiamente derecho, sino que constituye criterios directrices para la elaboración, la crítica y la reforma del derecho, del derecho positivo.

Esos criterios estén por encima del Derecho, pero no lo sustituyen, tan eso es así que cuando nos enfrentamos con una norma injusta decimos que eso que es derecho, debiera no serlo.

Por natural se entiende la expresión enunciativa de unos hechos o unas realidades, pues en el mundo del ser se hallan fenómenos que somos nosotros quienes calificamos de buenos y fenómenos malos, de creación y de destrucción, hechos justos e injustos, virtudes y vicios, salud y enfermedad; no puede tomarse como parámetro para la elaboración de teorías jurídicas, pues éstas imponen principios normativos, la expresión de un criterio del deber ser, sigue señalamientos de criterios estimativos, como formulación de fines correctos, servidos por medios congruentes, éticamente honestos y además eficaces.

Ahora bien, la lógica deductiva, la silogística, la tradicional, que va desde su composición en "El Organón" de Aristóteles,⁶² hasta la lógica contemporánea, ésta lógica vale para los matemáticos, los físicos, pero es inservible para problemas prácticos de la conducta humana.

No obstante, ello no quiere decir que el Derecho deba estudiarse de una forma irracional, arbitraria o al imperio del capricho, pues la lógica tradicional no es la totalidad del *logos*, del conocimiento, existen herramientas más amplias en el pensamiento

⁶² Xirau, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*. Universidad Autónoma de México. México 2005. Pag 78

humano para resolver conflictos aparentemente sencillos en el campo del Derecho que la lógica formal no podría resolver.

A manera de ejemplo, se relata el caso presentado en un andén de ferrocarril, donde existía un tablero con la leyenda que prohibía la entrada con perros; un individuo que traía consigo un oso, consideró no violar tal norma, si pasaba con el oso.

Aplicando una lógica tradicional se tendría que aceptar que la persona que llevaba el oso podía entrar el andén sin infracción alguna, pues el oso no es un perro, no se puede ser y no ser al mismo tiempo, esto es el principio de identidad en el campo de la lógica formal.

Sin embargo, cualquier persona con sentido común, habrá de razonar que si se prohíbe la entrada con perros, con mayor razón debe prohibirse la entrada con osos, esto es lo que llama Recasens Siches la lógica de lo razonable.⁶³

La lógica tradicional de la deducción, es meramente enunciativa, de ser y no ser, del ser ideal y del ser de los hechos reales, pero no contiene puntos de vista de valor, ni estimaciones sobre la corrección de los fines, sobre la congruencia de los medios y los fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinados fin. Con ello se aprecia lo que es el conocimiento de lo humano.

Así, en una teoría que trata de resolver una problemática jurídica, lo primero que se tiene que preguntar el estudiante, es la razón por la que se elabora la misma, que razón tendía el legislador de aplicarla a un ordenamiento.

Debe tomarse en cuenta la existencia de los mismos intereses, de sus funciones prácticas, pues cabría preguntarse: ¿de qué sirve que una máquina aparezca como una obra perfectísima del ingenio, si como máquina es impropia para el uso a que se le

⁶³ Recasens Siches, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. Décimo cuarta edición, Editorial Porrúa México 2003, pág. 255.

destina? Lo mismo acontece que una teoría que se calificase como “la verdad de los siglos”.

Las ideas latentes en las normas jurídicas, no dependen de exigencias lógicas, sino que dependen del hecho de que en el modo en que se presentan puedan satisfacer las necesidades de la vida social.

El Derecho auténtico no es el que aparece formulado en términos abstractos, o genérico en las leyes, sino el que se vive de un modo real por la gente y que se individualiza en las sentencias judiciales y en las resoluciones administrativas.

No hay norma jurídica congruente que no deba su origen a una finalidad, a un propósito y que responda a un motivo práctico, a la experiencia, investigando las realidades sociales concretas.

En una teoría jurídica los principios se hacen tanto más inservibles y pierden más valor cuanto mayor es su abstracción, pues a medida que esa abstracción se extrema resulta inverosímil e incluso imposible que el autor de la preposición haya imaginado todos los casos subsumidos, así como también es inverosímil que en el supuesto que los hubiese imaginado, los habría resuelto con arreglo a aquél principio. Nunca se debe fabricar derecho positivo por medio de una jurisprudencia de conceptos.

Decir qué son los elementos del acto y cuáles deben ser éstos supone necesariamente una estructuración artificial aun y cuando los términos jurídicos se usan en una gran parte en un sentido figurado, deben tener una aceptación general, sin embargo, aún después de haberse bordado arduamente sobre estas teorías, no existe un criterio uniforme.

Así, se ha dicho que un acto “nace” desde el momento en que las partes que intervienen en su elaboración se han puesto de acuerdo en el objeto del mismo y engendra una obligación, y que el acto “muere” con el cumplimiento de esa obligación,

se dice también que un acto existe cuando se encuentra conformado por sus elementos esenciales y que es inexistente cuando falta alguno de los elementos considerados esenciales

Cuando nos encontramos en un proceso de transmisión de conocimiento, frecuentemente acudimos al empleo de metáforas y comparaciones para facilitar el procesamiento de esa información, sin embargo, ello no quiere decir que tenga que aplicarse a pie juntillas el empleo de tales metáforas para solución de problemas que se actualizan en la vida práctica.

Tiene necesariamente, que atenderse a las circunstancias del caso, a los fines, intereses y a un conjunto de elementos para tratar de llegar a la mejor de las soluciones en un conflicto.

La existencia humana no puede ser conocida, ni comprendida, ni analizada, mediante el manejo de un repertorio de categorías y de métodos que se emplean para la captación y explicación de fenómenos de la naturaleza.

Tampoco puede la existencia humana ser comprendida mediante los enfoques y procedimientos adecuados para tratar con las ideas puras como las de la matemáticas, la física; los hechos humanos poseen una significación o sentido y se relacionan con valoraciones.

En el tratamiento y en la solución de los problemas humanos calificados de jurídicos no se puede conseguir nunca una exactitud, ni una evidencia inequívoca. Esto es imposible.

Precisamente por virtud del hecho de la enorme y complicadísima multitud de componentes heterogéneos que intervienen en la conducta humana y muy especialmente en los problemas suscitados en las interrelaciones humanas.

8. ACTOS IRREGULARES.

Otra clasificación de los actos jurídicos, es la que realiza el Licenciado José Antonio Márquez González, en su libro “Teoría General de las Nulidades, atendiendo a los grados de irregularidad que pudieran presentar,

Decir que un acto es regular, resulta ambiguo cuando no se precisa a qué reglamento u orden deberá estar sujeto, para que tenga tal calificativo; por oposición, un acto será irregular cuando no ha sido dado conforme a la regla.

Si atendemos a esa simple lógica, se dejarían de lado, eficacias y consecuencias

Clasifica bajo el rubro de “irregularidad aparente”, cuando la disconformidad es tan leve que no merece la reacción jurídica y se permite el tránsito de la misma, procurando la posibilidad de la estabilidad y conservación del acto, sin alteración del entorno jurídico que lo apoya; ⁶⁴ incluye así los actos con un grado de error mínimo, (aritmético, jurídico, mecanográfico, ortográfico) que ni siquiera darían lugar a entender que la voluntad de los otorgantes estuvo viciada, por lo cual no podría decirse que están viciados de una nulidad relativa y a lo único que darían lugar sería a las rectificaciones correspondientes.

Incluye también en este apartado, el temor reverencial y las consideraciones generales que los contratantes expusieran sobre los provechos y perjuicios que naturalmente puedan resultar de la celebración o no del contrato, siempre que no importen engaño o amenaza.

En el segundo apartado de su clasificación, determina como irregularidad marginal, cuando la inconformidad existente con el supuesto normativo, llega ya a desestabilizar el orden jurídico o altera la seguridad del negocio en que los contratantes

⁶⁴ Márquez González, José Antonio. “Teoría General de las Nulidades” 2ª. Edición, Porrúa, 1996, pág. 420.

se apoyan y sin embargo, no se resta eficacia, pues la ley impone al autor de la irregularidad una carga específica para recuperar el equilibrio normativo transitoriamente interrumpido y así los efectos previstos y queridos son finalmente logrados.

En mi opinión, la infracción a la realización de un acto jurídico que no se ajuste a los supuestos normativos, no dará lugar a una inestabilidad del orden jurídico, dará lugar en su caso a la imposición de determinada sanción, pues la desestabilización de un orden jurídico sólo tendrá lugar cuando reiteradamente se dejen de aplicar las disposiciones legales inherentes al caso concreto, por un grupo de personas con poder suficiente para pretender derrocar un sistema, o bien afectarlo, en consecuencia la alteración a la seguridad de un negocio celebrado por los contratantes, tendrá lugar cuando no puedan sustentarse en un régimen de derecho.

El autor confunde las consecuencias del incumplimiento de un deber jurídico y de una obligación, en el primero de los casos efectivamente puede traer como consecuencia la imposición de una multa, suspensión o destitución del empleo, en el segundo de los casos el incumplimiento de una obligación puede acarrear el resarcimiento de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento hubiera acarreado, pero finalmente y como el mismo autor lo reconoce, la sanción se dirige a los sujetos y no al acto.

En un tercer eslabón, agrupa a los actos que denomina de irregularidad superada, donde se involucra un acto nulo por ir en contra de las leyes prohibitivas o de interés público y que sin embargo la misma ley a partir de una regla especial y expresa de excepción, establecidos generalmente en protección de un interés superior o intentan el restablecimiento del equilibrio contractual transitoriamente perdido o subsana defectos estructurales en el negocio. Expone como ejemplo de ello los casos de doble venta tratándose de bienes muebles donde subsistirá la venta donde se haya entregado la posesión al comprador cuando no sea posible constatar la fecha en que fueron efectuadas las ventas, o bien el caso del heredero aparente, donde la venta

hecha por el heredero aparente no desaparecerá, pero el heredero aparente tendrá la obligación de pagar daños y perjuicios al heredero legalmente declarado.

Como cúspide de esta clasificación, designa a los llamados actos ineficaces.

La irregularidad en concepto amplio, -según el autor- implica cualquier forma de de inadaptación del hecho real al tipo normativo; en la ineficacia negocial, se altera profundamente la intención de los contratantes, frustrando el intento socio económico, empírico de los autores.

El estudio de la ineficacia, puede realizarse en el análisis de las causas en cuanto a la existencia de una irregularidad ya expresada.

El segundo estudio identifica las consecuencias que traerá el hecho irregular, decidiendo entonces si se surte una verdadera ineficacia; estudiando las causas de cada especie podemos saber (sostiene el autor) en qué casos tiene lugar la ineficacia; estudiando las consecuencias podemos conocer la suerte que se tiene reservada al acto. La completa configuración de cada una de las figuras particulares de la ineficacia, sólo resulta de la consideración integral de ambos aspectos.

Considero que el estudio de la ineficacia así propuesta, resulta materialmente imposible, pues las causas que originaron la creación de un acto jurídico, dependerá de la motivación personal de los que intervinieron en su realización, que aún con la gran dificultad que entraña tal investigación (pues no podremos objetivamente valorar sus respectivos móviles), podrán o no coincidir; por otro lado si se están estudiando las consecuencias de un acto, implica que éste ya se realizó, por lo que no puede decirse que suerte tendrá el acto si ya se consumó.

Sin embargo, el autor parece contradecirse cuando efectivamente se refiere al acto cumplido, señalando que es el resultado real y específico del actuar volitivo que ha logrado el desencadenamiento de las consecuencias jurídicas.

El examen del acto cumplido revelará las causas motivadoras de la irregularidad presente y las consecuencias anormales, sostiene Márquez González.

“La ineficacia atañe al acto efectuado y no al modelo que se intentó actualizar, puede resultar que ni siquiera sea posible la identificación final del acto propuesto, atendándose entonces al acto cumplido.”⁶⁵

Parece ser que en este caso estaríamos frente a una confusión realizada por los mismos autores del acto, quienes no obstante cumplieron con las obligaciones que contrajeron, lo cual parece bastante irreal, pues si lo que asienta, es que la intención de los autores no coincidió con lo realizado y a pesar de ello satisficieron las consecuencias a que se obligaron, su ineficacias recaerá en su esfera interna pues cumplieron el acto y como tal, se extinguió.

Márquez González continúa en su exposición diciendo que la relevancia jurídica que tenga el acto será de acuerdo a lo que el ordenamiento le confiere, los efectos que la irregularidad del acto merezca, la relación jurídica creada por el negocio, es lo que sobrevive al acto de constitución de obligaciones.

“...El acto desde que es calificado de jurídico es un hecho perceptible por los sentidos; la acción frustrante de la intención socioeconómica, empírica que la ley califica con el carácter de excepción a los principios generales de contratación, no puede suprimir semejante realidad...”

“...El efecto destructor de la acción de ineficacia debe dirigirse a la relación substancialmente jurídica creada por el acto,

⁶⁵ Op. Cit. Pág. 449.

la cual es un producto del derecho mismo, por lo que debe seguir sus reglas y obedecer sus leyes...”⁶⁶

De esta manera, excluye de su clasificación de ineficacias a los llamados actos inexistentes y no obstante que no precisa en qué radica la ineficacia de un acto jurídico, si la ineficacia es producto o no de un acto irregular, en la cima de su infracción a la regla (lo cual no sería cierto pues es posible la configuración de un acto plenamente válido que se ajuste a la hipótesis de la norma que lo contiene y que sin embargo no produzca sus efectos por estar sujeto a un término o a una condición suspensiva) distingue el porqué los actos jurídicos calificados como inexistentes no entran en esta clasificación.

“...No porque los actos ineficaces no produzcan efectos alguno, sino más bien porque la teoría de la ineficacia no puede ocuparse de actos que no alcanzan la categoría de jurídicos, a menos que algunas de sus consecuencias sean efectivamente recogidas por la previsión normativa...”⁶⁷

La teoría se ocupa exclusivamente de la clasificación sistemática de los actos jurídicos que son ineficaces, pero no puede extender sus alcances a los actos no nacidos en el mundo normativos, no pueden tener acogida en un contexto normativo que no es delimitado por el texto legal; es entendible como materialidad colocada fuera del dominio del derecho.

Los actos meramente materiales no pueden sustentar ninguna forma de construcción doctrinal de actos que no produzcan los efectos de derecho y que la ley les concede.

⁶⁶ Op. Cit. Pág. 450.

⁶⁷ *Ibidem*

Es el carácter esencialmente normativo del derecho el cual se concreta a la prevención de conductas que deben ser observadas y que de ninguna forma tienen el carácter fatal de los sucesos naturales. Existiendo un determinado acto como hecho-fenómeno natural, ello no prejuzga en nada respecto a su carácter o relieve jurídico, por tratarse de mundos conceptualmente distintos; la categoría de jurídicos deviene de su ajuste o no a una hipótesis de carácter normativo que exige la adecuación fáctica para determinar el enlace causal de las consecuencias jurídicas que atañen a la hipótesis normativa actualizada, su carácter existencial proviene del derecho mismo y bajo ese contexto debe juzgarse su realidad.

El problema así, no es de índole existencial, sino de categoría legal. De allí que de ningún modo pueda admitirse la artificiosa distinción entre inexistencia material o de hecho y la inexistencia jurídica o racional.

El acto jurídico es creación de un ordenamiento jurídico, como tal no puede tener sino vida jurídica; o reúne todos los requisitos exigidos por la norma y hay negocio o bien no los reúne y en consecuencia no lo hay, pero es absurdo decir que sólo existe un negocio de hecho o un acto material.

El acto nacido en el mundo de la realidad natural, es intrascendente al orden jurídico, en tanto éste no se ajuste a cualquier hipótesis por él prevista en su regulación, así el acto devendrá en válido o nulo, pero ya no puede juzgarse su irrelevancia o intrascendencia desde el punto de vista existencial.

La inexistencia no puede acceder a la teoría de la ineficacia porque ella no conforma ninguna categoría jurídica, sino una noción del raciocinio que la lógica rechaza., por lo que eficacia o no de un acto no jurídico, derivará de la naturaleza misma de las cosas y no de la ley y si deriva de la naturaleza misma de las cosas, el terreno en que se encuentra es extra jurídico, y su examen no incumbe al jurista.

La definición del negocio inexistente está fuera del derecho, responde a una valoración empírica que tiene lugar en el contexto de una realidad social o natural y no jurídica, no porque el jurista no pueda incursionar en el ámbito sociológico, sino porque ello conduce a la imposición de un concepto fuera del contexto legal.

Si el concepto extrajurídico está de acuerdo con la norma, es innecesario el examen jurídico, o bien no lo está y no puede pasar sobre la norma instituida. Es cierto que el acto jurídico es una figura que surge de la realidad económica social, pero no lo es menos que una vez previsto en la norma cobra relieve jurídico que ya no puede discutirse.

9. CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA.

La teoría de la inexistencia ha tenido varios detractores, entre ellos George Lutzesco,⁶⁸ quien en un primer plano, rebate que la inexistencia sea un postulado de orden lógico y natural que sobrepase cualquier ley, texto jurídico, doctrina e incluso la historia misma del derecho, pues destaca que dicha teoría ciertamente es obra exclusiva de la doctrina francesa y aún y cuando se sostenga que dicha teoría tiene su apoyo en el “buen sentido”, ello no la autoriza a transgredir realidades históricas, principios jurídicos elementales e instituciones consagradas.

Señala además que de acuerdo a las características que se han señalado a la teoría de la inexistencia, no se encuentran realmente diferencias sustanciales a lo que es la teoría de las nulidades.

Entre sus contradicciones destaca la intervención del juzgador en constatarla o no, pues si se ha sostenido que la inexistencia opera sin necesidad de intervención judicial, no hay motivo alguno para recurrir a la declaración del juzgador, pues poco importa que el juez declare o constate, lo que interesa es que bajo esta nueva

⁶⁸ Lutzesco, Georges, “*Teoría y Práctica de las Nulidades*”, Editorial Porrúa, 9ª edición reimpresión, México 2000.

orientación tendrá que examinar los hechos mismos de la inexistencia y por lo tanto la teoría se verá privada de su carácter más importante.

Sus postulados, -sostiene el autor-, no constituyen un principio general de certidumbre en cuanto a que ante la ausencia de un elemento no habrá efecto jurídico alguno, no es posible decidir anticipadamente, la suerte jurídica de un acto al que se le pudiera calificar de inexistente.

Puesto que la falta de uno de los elementos necesarios para su formación, es bastante para que el acto no tenga vida, desde el punto de vista de la eficacia, se traduce en una ausencia total de efectos jurídicos; si no penetró en el campo del derecho para obtener su reconocimiento jurídico, igual suerte tendrán sus efectos, si el acto no puede llegar a crear relaciones de derechos y obligaciones, carecerá de interés someter el acto a la decisión judicial, máxime que la dinámica procesal está destinada a los actos que han tenido un efecto.

George Lutzesco analiza la teoría orgánica del acto jurídico, con relación a la teoría de la inexistencia de Julien Bonnecase, realiza una relación de la falta de los elementos del acto para demostrar que no es posible la aplicación de ésta última teoría, ni la aplicación de sus efectos⁶⁹.

Así, sostiene que la voluntad debe tomarse únicamente en consideración sólo después de haber sido exteriorizada, obteniendo una apariencia de realidad, siendo indispensable que surja del fuero interno y se vincule a un signo exterior inteligible en concordancia con la voluntad interna, si no hay enlace de la fase interna con la externa, faltará la voluntad.

De lo anterior se distinguen dos situaciones:

⁶⁹ Lutzesco, George. Op. Cit. Págs. 188-215.

- 1.- Falta de voluntad como consecuencia de la falta de capacidad de raciocinio
- 2.- Falta de voluntad como consecuencia de circunstancias exteriores que obstaculicen los dos estadios de la voluntad o entre las voluntades de los contratantes.

- a) Por lo que refiere a la falta de voluntad por incapacidad de raciocinio, la doctrina clásica dispone declarar inexistente el acto en cuanto a la sanción; pero la doctrina actual se encuentra entre la nulidad absoluta y la relativa, fundado tal criterio en la protección exclusiva de la víctima.⁷⁰
- b) La falta de consentimiento por error obstáculo, toma tres vertientes: cuando el error recae sobre la naturaleza del contrato, cuando el error recae sobre la identidad del objeto, o bien cuando el error recae sobre la causa del contrato.

En estos casos el derecho romano establecía como consecuencia ante el error por alguno de los contratantes, la nulidad del acto, en otros caso puede simplemente considerarse como vicio en la voluntad, donde impera una nulidad relativa.

Así el error sobre identidad del objeto, es más teórico que práctico; en el fondo, el error sobre la identidad es muy parecido a la noción de error sobre la existencia de la cosa, que se encuentra perfectamente regulado cuando la ley establece: “si en el momento de la venta la cosa vendida ha perecido en su totalidad, la venta es nula”.

En el error sobre la causa de la obligación, es el error sobre el propósito perseguido por la parte que se ha obligado; el error sobre la persona solo entraña la nulidad cuando la consideración de ésta persona ha sido la causa principal de la obligación.

⁷⁰ En este apartado, el autor confunde la capacidad con la voluntad de una persona, la capacidad es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones y de ejercitarlos, la sanción por falta de capacidad no es ciertamente la inexistencia, sino la nulidad, así en el contrato celebrado por un adolescente de quince años de edad no puede alegarse falta de voluntad sino de capacidad legal.

El acto de voluntad cuando se expresa en un contrato, cualquiera que sea, se halla vinculado a la realización de un fin a la obtención de un resultado jurídico, por tanto la obligación no es más que un medio para alcanzar un fin; el fin inmediato es de naturaleza abstracta y objetiva, el fin mediato es el fundamento de la voluntad de celebrar el contrato.

La causa ilícita o inmoral es sancionada por la nulidad absoluta.

El error sobre el motivo, sólo es causa de nulidad cuando recae en el motivo principal y determinante del contrato.

El autor cuestiona en qué casos puede decirse que falta el objeto, siendo que la voluntad cuando se expresa está vinculada a un hecho real, a una cosa jurídicamente reconocida y que reviste una forma puramente material consistente en la prestación o ejecución de un hecho.

Se necesita de alguna cosa, al menos aparentemente que revista un aspecto material, tendente a transformar la prestación en alguna cosa apreciable desde el punto de vista patrimonial.

La venta de una cosa ya perdida al momento de celebrarse el contrato, carece de objeto, pero debe declararse nula, no inexistente, de igual forma si la prestación resulta imposible, el acto será nulo.

Falta de causa.

La causa sirve de enlace entre la manifestación de voluntad y el objeto del contrato. La causa simulada es ausencia de la causa, conlleva dolo que se traduce en una nulidad relativa o bien se persigue un fraude la sanción es la nulidad.

Falta de forma.

Atiende a la noción de orden público, donde se sustenta que ante la inexistencia de un acto por falta de forma, vendría una obligación natural, sin embargo, la obligación natural no puede surgir de la nada, ni puede derivarse de una obligación ilícita, porque en cierto caso una y otra tendrán la nota de ilícito.

El juego de las sanciones es el juego de los intereses que habrán de reclamar la prioridad, las soluciones de la jurisprudencia y los doctrinarios se inclinan por la nulidad absoluta.

En suma, en todos estos casos que podría caber la teoría de la inexistencia, en realidad se resuelven aplicando la teoría de la nulidad, más tangible y práctica.

Así, se puede advertir con meridiana claridad que la teoría de la inexistencia del acto jurídico realmente no cumple una finalidad práctica pues no resuelve la gama de problemas que puedan presentarse respecto de la conformación del acto jurídico, su principal distinción con la teoría de las nulidades no tiene realmente soporte alguno ya que si esta distinción estriba en la falta de efectos y en la no necesidad de que exista declaración judicial sino solo constatación de su inexistencia es una verdadera incongruencia .

10. INEFICACIA DE LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA EN EL DERECHO MEXICANO.

Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostuvieron en jurisprudencia definida, que no existen diferencias reales entre las nulidades y las inexistencias, pues sus diferencias son meramente teóricas, ya que de acuerdo a dicho criterio, se argumentó que el Código Civil da el mismo tratamiento a las nulidades y a las inexistencias, ejemplificando lo anterior con el contenido de los artículos 1427, que sanciona la falta de objeto (legado) que al momento de la muerte del testador, no se halle en la herencia; 1434 legado de cosa ajena, 2042, 2270 y 2779 del Código Civil

para el Distrito Federal, en las que teóricamente se trata de inexistencias por falta de objeto; y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183 del mismo Código en los que la falta de consentimiento originaría la inexistencia.

Aplicando la teoría tripartita debería hablarse de casos de inexistencia, pero estos son tratados como si fueran de nulidad: la falta de objeto hace inexistente el acto según dicho artículo 2224; pero en los artículos 1427, 1422 y 1434, se prevén supuestos de inexistencia y se les trata como nulidades.

Los contratos sobre cosas que están fuera del comercio, técnicamente carecen de objeto; pero el artículo 2950, fracción III, que se refiere a la transacción sobre una sucesión futura, y el artículo 1826 al contrato de similar objeto, prevén uno de estos casos de falta de objeto y lo tratan por medio de la nulidad.

El objeto de la compraventa es, indiscutiblemente, la transferencia del derecho de propiedad, según el artículo 2248; pero no obstante, a la venta de cosa ajena se le llama nula en el artículo 2270.

De acuerdo al artículo 2042 del mismo cuerpo de leyes, la venta de un crédito inexistente en el momento de la cesión, engendra el efecto de obligar al cedente a presentar la garantía de su existencia, lo cual nada tiene que ver con la institución de la inexistencia, que es la nada jurídica.

En el caso del contrato de renta vitalicia podrá ser declarado nulo de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2779 del Código Civil para el Distrito Federal, si el beneficiario muere antes del otorgamiento. Si en el caso no existe propiamente el objeto, la ley debiera sancionarlo con la inexistencia en congruencia con la teoría tripartita, pero lo sanciona con la nulidad.

En cuanto a la falta de consentimiento se refiere, los artículos 1802 y 2183 del mismo código, que prevén algunos de estos casos, le dan el tratamiento de la nulidad,

mismo que deberá darse por falta de texto adecuado, al caso del acto celebrado por un incapaz, en quien la ausencia de consentimiento es absoluta, pues habrá que tratarlo por el sistema de las incapacidades, originadora de la nulidad relativa, según el artículo 2230 del ordenamiento citado.

Han existido incontables casos de ausencia de voluntad legítima de uno de los contratantes, en los que no obstante la teoría de la inexistencia que en estricto rigor debiera aplicarse, ni siquiera se sanciona con una nulidad relativa y por el contrario se le otorga efectos jurídicos plenos, tal es el caso de los contratos de arrendamientos donde el arrendador es aparentemente representado por una persona que carece de facultades para ello en forma absoluta, sin embargo, se ha sostenido por nuestros máximos órganos jurisdiccionales, que el arrendatario no estaría facultado para reclamar una inexistencia o siquiera una nulidad de dicho contrato, ya que se vio beneficiado por la posesión otorgada por el supuesto arrendador.

Lo mismo acontece en materia mercantil cuando al celebrarse un contrato en representación de una sociedad mercantil, el contratante reconozca a quien comparece a nombre de aquélla la personalidad con que se ostenta, consignándose ese carácter en el documento en que aquél se formaliza, ya que se ha dicho, implica una aceptación expresa en términos del artículo 1803 del Código Civil Federal.

Si posteriormente surge un conflicto que acarrea la tramitación de un juicio, bastará la exhibición del mencionado contrato para justificar la personería de quien representó a dicha sociedad, aun cuando no se exhiban los documentos en que conste el otorgamiento de la facultad de representación.

Lo anterior tiene su fundamento en el respeto al principio de buena fe de los contratantes, puesto que no es jurídicamente aceptable el desconocimiento de la personalidad que expresamente fue aceptada en el momento de contratar, además de que quien la desconoce estaría actuando contra sus propios actos, ya que la aceptación de la representación en el acto de la firma implica un conocimiento cierto de que quien

compareció a nombre de la sociedad está facultado para ejercer esa representación, es decir, el pacto de reconocimiento mutuo de personalidad trae consigo la actualización del principio *res inter alios acta* que surte efectos entre las partes, aunque sólo sea para ese negocio jurídico. Esto es, no es admisible que después de haber aprovechado los efectos de la contratación en una etapa no contenciosa de la relación jurídica, el demandado pretenda ser exonerado de toda responsabilidad por el posible incumplimiento de las obligaciones contraídas, alegando que la otra parte carece de personalidad, pues ello constituiría una actitud contraria a la probidad y buena fe que debe guardarse en los contratos.

Cuando una persona, celebra un contrato a nombre de otra sin ser su representante, a ese contrato le falta uno de los elementos esenciales: el consentimiento del representado. No hay hasta entonces la oferta del otro contratante; no existe aún contrato por falta de consentimiento.

Ahora bien, según los artículos 2180, 2181 y 2182 del Código del Distrito Federal, es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas, siendo la simulación absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real, y relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter, no produciendo ningún efecto jurídico la simulación absoluta, mientras que en tratándose de la relativa descubierto el acto real que la oculta, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare.

Si la simulación planteada es absoluta, naturalmente que también se plantea como herida de nulidad absoluta, según el texto legal correspondiente antes citado, pero podría ser un caso de inexistencia, y no obstante, también el legislador le dio el carácter de nulidad absoluta.

En estricto rigor, un acto calificado tradicionalmente de solemne, será inexistente ante la ausencia de dicha solemnidad, sin embargo el legislador incluso niega la

nulidad en el matrimonio por falta de solemnidades, en el acta de matrimonio, celebrado ante el juez del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial, tal y como lo señala el artículo 250 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual además parece estar en pugna con el artículo 249 del mismo Código, que señala la nulidad del acto jurídico matrimonio cuando falten “formalidades esenciales para la validez del matrimonio” que no obstante, la ley determina como consecuencia la nulidad y no la inexistencia.

En opinión del Doctor Ernesto Gutiérrez y González,⁷¹ los señores Ministros no pueden sostener que la teoría está equivocada, pero lo que si pueden hacer los Ministros es señalar que el legislador se equivocó al emplear incorrectamente la palabra nulidad por inexistencia.

No obstante, considero que es facultad de los señores Ministros aclarar que evidentemente el legislador quiso dar una regulación de nulidades en nuestro derecho mexicano, menos severa que la tesis de la inexistencia, apoyándose también en las tesis de Japiot y Piedelievre, donde se advierte que aún cuando un acto pueda estar viciado con la falta de uno de los elementos del acto, éste puede prevalecer sobre todo en convenios donde debe imperar el principio de buena fe, de los intereses en presencia, del equilibrio contractual.

Es una probabilidad remota que el legislador se haya equivocado en tantos preceptos sancionándolos con la nulidad en vez de la correspondiente inexistencia que supuestamente le correspondiera en los supuestos que el mismo legislador previno, pues más allá de adoptar una teoría a rajatabla, debe atenderse al espíritu de la ley, al bien jurídico que se tutela y no adaptación dogmática de una teoría que la práctica ha demostrado que es disfuncional.

⁷¹ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*. Op. Cit, pág. 200.

La teoría de la inexistencia incluso acarrea el error en su propia denominación, ya que no puede hablarse de un acto inexistente, por el simple hecho de la denominación "acto", aún cuando el argumento que defiende esta tesis se escuda alegando que se habla de una inexistencia "jurídica" ya que la vida jurídica no está desligada a la vida humana, ni al medio social.

No es verdad que el acto así calificado, no habrá de producir efectos jurídicos, tan produce que forzosamente se acude al órgano jurisdiccional para destruirlos, por lo que la supuesta característica de la "simple constatación de inexistencia" por parte del juzgador, es tan sólo un mito, o ¿Qué acaso sometido al conocimiento del juzgador un caso de "inexistencia", se evitará el proceso correspondiente y sin mayor estudio, análisis, el juez "constatará" la inexistencia? Por supuesto que no, se deberá seguir un juicio con todas sus etapas y el juez tendrá el deber de analizar los hechos y pruebas aportadas y en su caso necesariamente realizará una sentencia declarativa y en caso de existir efectos del acto "inexistente" ordenará su destrucción mediante la ejecución correspondiente.

No es que haya existido equivocación por parte del legislador en la calificación de actos nulos en los casos en que se debería aplicar la teoría de la inexistencia de los actos jurídicos, sino que aparece la aplicación de las tesis de nulidades menos rígidas y menos dogmáticas, aún cuando impliquen mayor estudio por parte del juzgador en las circunstancias del caso, los intereses en presencia, las consecuencias de la posible nulidad, retomando el principio de buena fe y equilibrio contractual, ello implica eliminar los dogmas, de continuar con una evolución del derecho para adecuarlo a una realidad determinada.

Lo verdaderamente grave no es que se interprete como errónea una teoría, sino que no exista uniformidad de criterios en la aplicación del derecho, pues ahí sí, estamos ante la inseguridad jurídica al no existir certeza respecto de la postura en la que se inclinará el juzgador en un caso determinado.

A guisa de ejemplo, a continuación cito algunas tesis jurisprudenciales respecto a la conservación de las teorías expuestas y por otro lado, los casos de excepciones que desde mi particular punto de vista, contemplan ya una realidad sin razonamientos “cuadrados”, que contemplan una visión más amplia de las propuestas por teorías añejas. En cualquier ámbito de la vida si perdemos flexibilidad de pensamiento, seguramente nos anquilosaremos y en consecuencia vendrá la decrepitud.

“ACTO JURÍDICO INEXISTENTE. LA REGLA RELACIONADA CON LA FALTA DE ALGUNO DE SUS ELEMENTOS NO ES DE APLICACIÓN ABSOLUTA.

La interpretación del artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal lleva a sostener que el acto jurídico requiere, para su existencia, de dos elementos fundamentales: el primero es el consentimiento, y el segundo, el objeto. En ese contexto, se establece como regla que el acto jurídico inexistente, por falta de alguno de los apuntados elementos, no produce efecto legal alguno, sin embargo, esa regla no es absoluta, puesto que para su aplicación es necesario atender a los efectos reales que produce la celebración del acto jurídico carente de alguno de los elementos fundamentales y así determinar si esas consecuencias, ineludiblemente deben ser desconocidas por el derecho. En efecto, no pueden soslayarse las consecuencias que en el mundo fáctico acarrea la celebración de un contrato de arrendamiento en el que un tercero se hizo pasar como arrendador, siendo que éste ya había fallecido, y en el que la arrendataria no exigió que quien lo suscribió acreditara que efectivamente tenía ese carácter, pues ante esa omisión se entiende que la arrendataria dio por demostrado el carácter con el que se ostentó dicha persona, con la finalidad de alcanzar los beneficios derivados del acto celebrado, como son la posesión y disfrute del bien arrendado. Por los razonamientos expuestos, no necesariamente es dable calificar a ese acto jurídico como inexistente, sino como afectado de nulidad relativa, esto es, susceptible de ser confirmado o convalidado por el titular del derecho, toda vez que considerar lo contrario sería como desconocer los efectos que produjo en la vida real que son la posesión y disfrute del inmueble motivo del contrato por parte de la arrendataria, ignorando que ésta se colocó en esa situación por su propia voluntad y riesgo. En conclusión, acorde con lo previsto por el artículo 1802 del código sustantivo invocado, en el que la intención del legislador, sin lugar a duda va encaminada a que un acto jurídico que conforme a la regla contenida en el referido numeral 2224 sería inexistente, permite que pueda ser convalidado o ratificado, clasificándose, por tanto, como un acto que sólo está afectado de nulidad relativa, pero no de inexistente.”⁷²

⁷² No. Registro: 182,902, Tesis aislada, Materia(s): Civil, Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XVIII, Noviembre de 2003. Tesis:I.6o.C.287 C. Página: 925 SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 3596/2003. Ricardo Martínez Salazar, su sucesión. 3 de julio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Jorge Santiago Chong Gutiérrez.

“INEXISTENCIA Y NULIDAD RELATIVA DE UN CONTRATO, SON SANCIONES JURÍDICAS DISTINTAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

Conforme a una interpretación objetiva y sistemática de los artículos 1623, 1624 y 2078 del abrogado Código Civil para el Estado de México (cuyo texto es similar a lo dispuesto por los numerales 7.10, 7.13 y 7.16 del código sustantivo vigente) se sigue que todo contrato, en cuanto acto jurídico, podrá declararse inexistente sólo cuando le falte el consentimiento o el objeto que pueda ser materia de él; así, de acuerdo con una intelección armónica de tales preceptos, es obvio que la ausencia de dicho consentimiento y del objeto implicarán que no pueda concebirse la existencia de cierto acto jurídico. En cambio, la nulidad relativa o invalidez accidental de los contratos tiene lugar cuando no comprendan las condiciones especiales a que se refiere el diverso artículo 1624 del invocado código sustantivo, consistentes en la falta de capacidad legal de las partes o de una de ellas, vicios del consentimiento, ilicitud en el objeto o en el fin del contrato, o bien porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma establecida por la ley. No obstante, si se reúnen las condiciones especiales de existencia, el acto respectivo nace a la vida jurídica, aunque luego pudiere producirse dicha nulidad, de no satisfacerse sus requisitos de validez; de consiguiente, acorde con lo anterior, es notoria la diferencia sustancial entre la inexistencia y la nulidad relativa de un acto jurídico.”⁷³

“ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO. AUNQUE RECAIGA SOBRE EL MOTIVO DETERMINANTE DE LA VOLUNTAD, NO SIEMPRE PRODUCE LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO IMPUGNADO (ARTÍCULO 1278 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE TAMAULIPAS).

El artículo 1278 del Código Civil para el Estado de Tamaulipas dispone que el error de hecho o de derecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa. Sin embargo, el error de hecho a que se contrae esa norma, considerado como vicio del consentimiento en materia de contratos y de cualesquier acto jurídico no incompatible con la naturaleza de los mismos, en términos de lo dispuesto por el diverso artículo 1338 del propio código, no siempre produce la invalidez o inexistencia del acto jurídico

⁷³ No. Registro: 182,396. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIX, Enero de 2004. Tesis: II.2o.C.441 C. Página: 1535. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 727/2003. Enrique Hernández Rodríguez. 21 de octubre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: Faustino García Astudillo.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XCIV, página 791, tesis de rubro: "NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS, TEORÍA DE LA." y Tomo XLV, página 5194, tesis de rubro: "NULIDADES ABSOLUTAS Y NULIDADES RELATIVAS."

impugnado, aunque recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad. Para ello debe considerarse el tipo de error de que se trate, que según las numerosas opiniones doctrinarias puede ser de tres clases: a) Error obstativo, obstáculo, destructivo o determinante de la voluntad; b) Error vicio, dirimente o nulidad; y, c) Error indiferente o accidental. Ahora bien, para concluir si el consentimiento se vio o no impedido en su formación (error-obstáculo) y, por ende, que el acto jurídico es "inexistente" a la luz del dispositivo legal a estudio, es imprescindible partir de la base de que no haya coincidencia en el concierto de voluntades de ninguno de los intervinientes del acto, ya en su naturaleza, ya en la identidad de la cosa. Mas cuando la voluntad sí llega a manifestarse (error vicio o nulidad), de tal manera que el acto existe y, por ende, produce sus efectos legales, pero su autor o uno de los contratantes sufrió un error de tal naturaleza que de haber sido conocido no hubiera celebrado el acto, esto es, cuando la voluntad se desvió a causa de ese error (como cuando se alega haber firmado un acta de nacimiento bajo la falsa creencia de que se trataba de una partida de bautizo), no puede sostenerse que el acto jurídico correspondiente se afecte de "inexistencia" por la falta de consentimiento, precisamente porque la voluntad sí llegó a exteriorizarse. En cambio, sí puede afirmarse que se está frente a un "consentimiento viciado" a causa de tal error de hecho que origina la nulidad relativa del acto con todas las características que le son inherentes, o sea, es confirmable, prescriptible, sólo invocable por quien tenga interés jurídico y siempre produce efectos jurídicos provisionales, que se destruirán en forma retroactiva al ser pronunciada la nulidad por el Juez".⁷⁴

"NULIDAD ABSOLUTA DE UN ACTO JURÍDICO. AUNQUE PUEDE SER INVOCADA POR CUALQUIER INTERESADO, CARECE DE LEGITIMACIÓN LA PARTE QUE DIO LUGAR A ELLA.

De conformidad con el artículo 2226 del Código Civil para el Distrito Federal, si se trata de la nulidad absoluta puede prevalerse de ella todo interesado, esto es, toda persona que pueda resentir un perjuicio derivado de la celebración del acto jurídico u obligación específica cuya nulidad se demanda, lo cual puede concretarse, por regla general, respecto de las partes o terceros. Sin embargo, aun tomando en cuenta que la nulidad absoluta de un acto jurídico -bilateral- puede invocarla cualquier interesado, lo cual comprende a las partes que intervinieron en ese acto, no siempre es posible aceptar la regla general de que invariablemente las partes cuentan con legitimación para hacer valer tal nulidad, pues bajo ciertas circunstancias, con sustento en el elemento perjuicio resentido por la parte o cláusula contractual impugnada, no puede invocar la nulidad quien dio lugar a ella, lo que ocurre, por ejemplo, cuando la parte que hace valer la nulidad sólo aceptó la inclusión de una cláusula con el fin de obtener un beneficio, a sabiendas de que, desde

⁷⁴ No. Registro: 185,175. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVII, Enero de 2003. Tesis: XIX.4o.7 C. Página: 1781. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO. Amparo directo 257/2002. Asbjorn Hansen. 20 de septiembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Amaro Cázarez, secretario de tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Juan Gabriel Sánchez Iriarte.

su punto de vista, es contraria a una norma prohibitiva, pues esa conducta genera como consecuencia que deba aplicarse el apotegma jurídico *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, es decir, que nadie escucha al que alega su propia torpeza, de acuerdo con el cual, si esa parte sólo aceptó suscribir el contrato fundatorio de la acción con tal de recibir un beneficio económico, debe asumir los riesgos en que se colocó al actuar en ese sentido”.⁷⁵

“NULIDAD ABSOLUTA DEL ACTO JURÍDICO O CONTRATO CORRELATIVO. PARA HACERLA VALER DEBE JUSTIFICARSE LA AFECTACIÓN DE UN INTERÉS LEGÍTIMO.

La legitimación en la causa se traduce en un interés para actuar en juicio, y lejos de referirse al procedimiento o al ejercicio de la acción, contempla la relación sustancial que debe existir entre la persona demandante y el fin perseguido; esto es, dicha legitimación se identifica con la vinculación de quien invoca un derecho sustantivo que la ley establece en su favor, el cual se hace valer mediante la intervención de los órganos judiciales por medio de las acciones o excepciones ejercitables. Consiguientemente, si bien es exacto que la nulidad absoluta de un contrato de compraventa puede hacerse valer por el afectado, tal intención debe estar relacionada de modo directo con un interés legítimo de quien la pretenda, ante lo cual es concluyente que no cualquier persona puede reclamarla válidamente; así, para que se esté en aptitud de estudiar la nulidad absoluta de un contrato, necesario resulta justificar la existencia de un interés tutelado en el orden legal, o sea, debe evidenciarse la existencia de un derecho en relación con los actos, hechos o circunstancias que lo transgredan; indemostrado ello, deviene indiscutible la falta de legitimación para aducir la nulidad de un contrato al que se es ajeno”.⁷⁶

“NULIDAD ABSOLUTA, PREVALENCIA DE LA. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR ÉSTA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 2226 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL).

El artículo 2226 del Código Civil para el Distrito Federal establece que de la nulidad absoluta puede prevalecer todo interesado. Para comprender el alcance del concepto de prevalencia, es necesario indicar que, de acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, prevalecer significa "valerse o

⁷⁵ No. Registro: 178,409. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XXI, Mayo de 2005. Tesis: I.14o.C.34 C. Página: 1491. DÉCIMO CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 783/2004. Carrocerías Preconstruidas, S.A. de C.V. y coags. 28 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Sánchez López. Secretaria: Rocío Hernández Santamaría.

⁷⁶ No. Registro: 179,846. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XX, Diciembre de 2004. Tesis: II.2o.C.486 C. Página: 1386. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 624/2004. Eva Sotelo Díaz y otro. 13 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Aimeé Michelle Delgado Martínez.

servirse de una cosa"; así, al sustituir el vocablo de referencia por su significado, debe entenderse que el precepto legal en cita dispone que de la nulidad absoluta puede valerse o servirse todo interesado. Ahora bien, en el sistema jurídico mexicano no existen las nulidades de pleno derecho, sino que es indispensable que cualquier nulidad sea reconocida y declarada por la autoridad competente para que surta efectos; en este orden de ideas, resulta evidente que es indispensable que una nulidad haya sido declarada judicialmente para que todo interesado esté en posibilidad de valerse o servirse de ella, dado que no es posible valerse de lo que no tiene eficacia o, incluso, no existe. Por consiguiente, el derecho subjetivo contenido en la norma citada implica que todo interesado tiene la posibilidad de aprovechar para sí los efectos de la nulidad absoluta de un acto, decretada con antelación. Lo anterior se corrobora si se atiende a una interpretación sistemática de la norma precisada, la cual conduce a determinar que resultaría inoficioso que se indicara que todo interesado puede prevalerse de una nulidad absoluta, si tal expresión implicara la posibilidad de demandar dicha nulidad, dado que se otorgaría a esa expresión una interpretación redundante e inútil, ya que para ese propósito bastan las reglas generales que para demandar una nulidad establece la legislación procesal, de esta manera, la prevalencia de la nulidad absoluta no significa que todo interesado tenga el derecho de demandar esa nulidad, sino sólo implica que tiene la posibilidad de valerse de la misma, una vez que ésta ya ha sido decretada".⁷⁷

⁷⁷ No. Registro: 182,151. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIX, Febrero de 2004. Tesis: I.7o.C.45 C. Página: 1091. SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 779/2003. Banco Unión, S.A., Institución de Banca Múltiple en liquidación, hoy en quiebra. 22 de enero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Anastacio Martínez García. Secretario: Carlos Arturo Rivero Verano.

CAPÍTULO III

LA SOLEMNIDAD EN EL ACTO JURÍDICO.

1. LA SOLEMNIDAD.

En términos generales, la solemnidad es la calidad con la que se celebra o realiza un acto públicamente, con ceremonia, esplendor y pompa. Pomposo, majestuoso, enfático, acompañado de circunstancias importantes. Grave, majestuoso, imponente⁷⁸. Por supuesto, esta definición es la no jurídica, sin embargo, la cito en consideración a que el Derecho es una ciencia ligada a la vida cotidiana del ser humano, el cual, retoma su actuación para sancionarla, el Derecho ha sido creado por y para los seres humanos, por lo tanto no puede desligarse de lo que es generalmente entendido por quienes son los destinatarios del Derecho.

Actualmente, en el ámbito jurídico, la solemnidad es entendida como una formalidad elevada a elemento de existencia, por lo cual conviene preguntarnos: ¿Qué es la formalidad? ¿Qué importancia tiene para el acto jurídico?

2. FORMA.

La palabra forma provoca confusión por tener diversas acepciones dentro de las doctrinas generales. Algunas veces por forma se entiende el continente del acto jurídico como un elemento extraño a él; otras como un elemento inherente al acto, ya sea de existencia, de validez, y otras simplemente como un medio de prueba.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo, en su libro "Derecho Notarial",⁷⁹ busca la trascendencia de la palabra forma y trata de encontrar su sentido en un análisis filosófico de su contenido y alcance, para ello retoma a Aristóteles de Estagira cuando diserta acerca del ser:

⁷⁸ Diccionario de la Lengua Española. Larousse Editorial, S.A.

⁷⁹ Pérez Fernández del Castillo Bernardo "Derecho Notarial" Editorial Porrúa. 3ª edición, México 1986, pág. 67.

“...el ser en tanto es, consta de dos elementos: materia y forma. La primera es aquello de lo que está hecho, aquello de que consta o se compone algo. La segunda, o sea la forma, es una noción que procede del campo de la geometría y significa la figura en el sentido corriente de la palabra, el contorno o el perfil. Sin embargo, para Aristóteles la forma es lo determinante para que la materia se organice y sea lo que es; es el fundamento de la unidad y el sentido de la cosa, de tal manera que no hay materia sin forma, ésta es la idea por la que una cosa es inteligible...”⁸⁰

El autor en cita aplica los conceptos mencionados al campo del derecho y en especial al de los actos jurídicos y contratos⁸¹ y encuentra que todo acto humano consta de los dos mencionados elementos del ser: materia y forma.

La materia es el objeto de la voluntad interna del sujeto, la forma su expresión por medio de signos verbales, escritos, o por la realización de actos o conductas. Esto significa, según el autor, que no hay acto jurídico que no tenga forma, pues ésta constituye un elemento de existencia de voluntad.

No obstante que el autor pretende un análisis filosófico de dicho término, no realiza ninguna otra referencia respecto de lo que se entiende como forma, pues no existe un criterio unánime por los diversos filósofos respecto de ello, así desde Hesíodo, quien se preguntaba por este concepto y especulaba que antes de todas las cosas fue “caos”, que la posibilidad precede a la realidad, que lo informe da lugar a la forma; el conocimiento, el “nous” da lugar a la forma, al orden⁸².

⁸⁰ Op. Cit. Pág. 68.

⁸¹ Pareciera que Fernández del Castillo, distingue los actos jurídicos de los contratos, como si fueran figuras diferentes. No debió de haber asentado “y los contratos” ya que todo contrato es un acto jurídico.

⁸² Xirau, Ramón. *Introducción a la historia de la Filosofía*. Op. Cit. pág.21.

Anaximandro consideraba que el verdadero origen de las cosas se encuentra en el “*apeiron*” que significa lo indefinido, lo informe⁸³.

Por su parte Leibniz consideraba a la forma como algo contingente a la verdadera sustancia, la que concibe como unidades indivisibles a las que imputa atributos universales y las que concibió como mónadas.⁸⁴

Francis Bacon señalaba que las formas son concebidas por los sentidos que pueden resultar engañosos a lo que verdaderamente es⁸⁵.

Sin embargo, el verdadero error es tratar de encontrar en doctrinas filosóficas que disertan sobre el ser, cuando la forma de la que se habla es como parte del acto jurídico y el acto en sí implica movimiento, acción que dimana del ser. El acto no es tan solo un hecho completo, es más bien un movimiento, por una parte es realización, por otra parte es actividad, dinamicidad, que proviene de una o más voluntades.

Por lo tanto, la forma debe estudiarse desde la concepción y definición del mismo acto jurídico, el acto jurídico desde el punto de vista de la naturaleza y función de la voluntad para tratar de precisar si la voluntad se halla sustraída en el derecho civil moderno a la influencia de la forma, siendo soberana en cuanto a la conformación del acto.

Hay autores que consideran a la forma como un elemento exterior y accidental del acto jurídico, que la forma no es un elemento más del acto, como lo son la declaración de voluntad u otros actos, sino que es la vestidura exterior de estos elementos, los ritos o solemnidades que se han de observar para darles vida.

⁸³ Idem, págs 28 y 29

⁸⁴ Idem. Pag.240.

⁸⁵ Idem. Pag. 254.

Manuel Albadejo,⁸⁶ expone como ejemplo de lo anterior, que las palabras pronunciadas verbalmente o bien las asentadas por medio de la escritura, no son otro elemento del acto, sino que son la “fisonomía” del elemento declaración de voluntad. La presencia del juez, o de los testigos, no es un elemento más del matrimonio, sino que es el ambiente en el que debe necesariamente tener lugar la emisión de las declaraciones de los contrayentes: ante un Juez y los testigos. La forma es, según éste autor, la manera de realizarse el acto (de palabra, por escrito, mediante ceremonia), es un valor integrativo en vez de constitutivo.

En un segundo sentido, Albadejo señala a las “formalidades”, que aparte de la declaración de voluntad, es exigida por la ley en ciertos actos, refiere como ejemplo a la donación que requiere la entrega física del bien, la hipoteca que requiera se inscriba en el Registro Público de la Propiedad, considera a las formalidades otro elemento del acto que se añade a la declaración de voluntad para juntamente con ésta constituir el negocio.

La forma se confunde con los formalismos o con las formalidades, Pérez Fernández del Castillo, la define en los términos siguientes:

“...El signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico y del contrato...”

Los formalismos los entiende como:

“...el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes que señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato...”⁸⁷.

⁸⁶ Albadejo, Manuel, “*Derecho Civil I, Introducción y Parte General*”, 16ª edición. Edit. Edisofer, Libros Jurídicos. Madrid 2004. Págs. 774-775.

⁸⁷ Pérez Fernández. Op. Cit. Pág. 69.

Sin embargo, dichas definiciones confunden aún más el sentido que se estudia de la forma, pues involucra en su definición a los signos y signo es cualquier cosa que evoca o representa la idea de otra, son los caracteres usados en la escritura o imprenta, en una tercera acepción signo es el dibujo que es símbolo, señal o representación convencional de algo.

Por otro lado, la forma no necesariamente se expresa en un signo, y en cuanto a la definición de formalismos los confunde con la ley misma, con los ordenamientos que los prescriben.

DIFERENCIAS DE LA SOLEMNIDAD CON LA FORMALIDAD.

La forma sencillamente es la manera en que se actúa en la exteriorización de la voluntad con un propósito determinado y los formalismos son el conjunto de esas formas o bien la exigencia de una forma única para que la ley le otorgue validez o incluso existencia a un acto.

El licenciado José Antonio Márquez⁸⁸, define el término forma como sigue:

“...la necesaria exteriorización del consenso volitivo de los otorgantes, que puede materializarse en lenguaje escrito, hablado y señas o signos inequívocos incluso hasta con silencio. La expresión en el lenguaje escrito adopta a su vez diversas variantes: simple contrato privado, formulación literal de alguna frase o elemento de expresión esencial, presencia de testigos, ratificación judicial, escritura notarial, registro o depósito, presencia de funcionarios investidos de autoridad gubernamental, etc. ..”⁸⁹

⁸⁸ Márquez González, José Antonio. Ob. Cit. pág. 228.

⁸⁹ Ídem, pág 227.

Dicho autor, considera que la función de la forma permite la clasificación en diversos bloques de actos que atienden a particulares exigencias, hablándose de contratos formales, consensuales y solemnes; constituye un elemento extrínseco del contrato formando parte de su estructura por imperativo legal y caracteriza tipos específicos que incorporan una formalidad especial en su constitución y perfeccionamiento.

Para atribuir al acto jurídico todo su alcance ¿es necesario tomar en consideración la voluntad interna y psicológica del autor del acto? o por el contrario ¿es necesario atenerse a los términos textuales del acto jurídico en el entendido de que la voluntad que determinó su creación definitivamente se concreta y traduce en las fórmulas del acto? Sobre esta última pregunta, el problema estriba en determinar si los términos empleados por los autores del acto traducen irremisiblemente su voluntad, haciendo abstracción de toda intención psicológica.

Para dar respuesta a lo anterior, enuncio a continuación tres maneras de concebir el acto jurídico, que puede ser desde un punto de vista psicológico, formalista o mixto.

1.- El concepto psicológico exige que el acto resida ante todo en la voluntad interna, real de quienes han sido partes de él, debe buscarse la voluntad en el sentido psicológico para determinar cuál es el alcance de aplicación del acto.

2.- El concepto formalista pretende que el acto valga únicamente por su forma, la voluntad es inoperante si no se expresa en las fórmulas exigidas por la ley; la forma imperará sobre la voluntades, presumiéndola existente y válida, impidiendo que los interesados demuestren lo contrario.

3.- Concepto mixto.- Reduce la voluntad interna con las consecuencias de que si después de realizarse un acto y de hacerse constar materialmente, lo destruyen o modifican las partes por medio de un contra-documento, éste significará para aquellas

el acto jurídico celebrado, pero para los terceros que lo ignoren, la manifestación exterior de voluntad será la plasmada en el primer acto, para los terceros no existe el contra-documento.

En este caso, el contra-documento ciertamente existe, para las partes este acto se identifica con su voluntad interna, en tanto que para los terceros que desconozcan el contra-documento, se identifica con la manifestación exterior de voluntad en su primer estado.

La voluntad engendra, por su sola fuerza orgánica, los actos jurídicos, así se dice que en materia de contratos éstos son, en principio, verbales, luego escritos y por excepción solemnes, pues de lo contrario el acto jurídico dependería más bien de una cuestión de forma que de una cuestión de voluntad.

El formalismo se realiza tanto en los actos jurídicos calificados ordinariamente de solemnes como en los sometidos a formas o formalidades particulares y en aquellos que requieren una manifestación de voluntad expresa.

Esencia del formalismo.- De acuerdo con Rudolph Von Ihering, el acto formal es aquél en el cual la inobservancia de la forma jurídicamente prescrita para la manifestación de la voluntad, reacciona sobre el mismo. El acto jurídico no formal es una manifestación de voluntad, más o menos libre en cuanto a la manera de expresión.⁹⁰

Toda forma decretada restringe la voluntad en la elección de sus medios de expresión, pero no toda restricción basta para que se califique al acto jurídico de formal. La expresión de voluntad puede restringirse de una manera negativa, por ejemplo: cuando la ley prohíba determinada forma de expresión (como una declaración tácita),

⁹⁰ Ihering, Rudolph Von. *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Traducción de Enrique Príncipe y Satorres. Edit. Comares, Granada. Pág. 162

cuando prohíba la celebración de un acto en tal lugar o en tal época, en tal caso se estará frente de una restricción de forma, pero no de un acto formal.

La voluntad puede también ser restringida de una manera positiva. En el acto formal, su validez depende de una forma previamente predeterminada, está unido a esa forma y no implica ninguna libertad, ninguna elección en su modo de expresión.

Así, Rudolph Von Ihering manifiesta que la forma es para los actos jurídicos, lo que la acuñación es para la moneda, pero debe precisarse que un metal sólo se transforma en moneda por la acuñación, pero conservará por lo menos el valor intrínseco del metal si no se da la acuñación; no sucede lo mismo con el acto jurídico formal: Si la manifestación de la voluntad no se sujeta a la forma prescrita, es nulo o en determinados casos inexistente⁹¹.

Este es el punto controversial: Sí se acepta tal afirmación, en el sentido de que se requiere una forma predeterminada para que se exteriorice de manera forzosa la voluntad de una persona y sólo así exista esa voluntad, se resta importancia el sentido del querer, el deseo de una o más personas que pretenden conseguir determinado fin sancionado por el derecho, se violenta el sentido de eficacia de la voluntad del individuo, pues en un primer plano sólo debería contar que aquella expresión de voluntad fuera inteligible para los demás, es decir la expresión de voluntad no debería tener mayor formalidad si no simplemente externarse de forma clara y sin lugar a dudas.

Se dice que el formalismo tiende a renacer para dar más seguridad en las negociaciones, por una parte y por otra parte para proteger ciertas clases sociales y para permitir operaciones jurídicas más rápidas.

4. EVOLUCION DEL FORMALISMO.

⁹¹ Ihering, Rudolph Von. Op. Cit. pag.658.

Planiol⁹² afirmaba que el exceso de cultura produce así efectos análogos a los de la simplicidad y de la ignorancia de los pueblos antiguos. La solemnidad de los actos jurídicos reaparece pronto en todas partes con formas nuevas bajo los nombres de autenticidad, registro, transcripción.

Indudablemente el formalismo en el derecho antiguo tenía una función, pero en el derecho contemporáneo se ha modificado esa función, para fines diferentes, se ha sostenido que la solemnidad actual no es simbolismo, es la desconfianza lo que lleva a imponer sistemas formalistas.

Se pretende que el formalismo cumpla ciertas finalidades prácticas, que se resumen como sigue:

- 1.- Obtener claridad en lo que concierne a las circunstancias de la conclusión de un negocio.
- 2.- Garantizar la prueba de su existencia.
- 3.- Tutelar a las partes previniéndolas contra precipitaciones y decisiones poco meditadas.
- 4.- Servir de vehículo para alcanzar una publicidad del negocio haciendo que sea reconocible por terceros.
- 5.- Evitar nulidades en lo posible, por la intervención de técnicos

Los formalismos han ido variando territorial y temporalmente, de acuerdo a técnicas legislativas, su evolución, en cierta manera, está conectada con la cultura del ser humano. En un principio los formalismos eran fundamentalmente religiosos, se hacían a través del sacerdote que intervenía como elemento mágico en todo acto.

⁹² Planiol, Marcel y Ripert, Jorge. *Derecho Civil*. Traducción de Leonel Pérez Nieto Castro. Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V. 3ª edición, México 1997. pag. 44.

Volviendo a la idea de solemnidad en su sentido tradicional, tal adjetivo encuentra justificación si observamos la evolución del derecho, donde al remontarnos al antiguo derecho romano, pasando por el derecho de los quirites, los senadoconsultos, las constituciones imperiales, hasta la época de Justiniano, encontraremos el ritualismo que con rigor se exigía en la celebración de la mayor parte de los actos jurídicos que se realizaban⁹³.

Así, a guisa de ejemplo me referiré a la manumisión de los esclavos, la cual podría realizarse a través de un acto denominado “*vindicta*” el cual consistía en la simulación de un juicio, donde el *assertor libertatis* tocaba al esclavo con una vara llamada *vindicta* (símbolo de propiedad) y declaraba que ese hombre era libre por el derecho de los Quirites; el magistrado preguntaba al amo si reivindicaba al hombre a lo que el amo callaba. Enseguida se declaraba la libertad de ese hombre.⁹⁴

En la adopción también se llevaba un procedimiento solemne mediante el cual, el padre había mancipado tres veces a su hijo, ante lo cual el padre natural, el adoptante y el adoptado, se presentan ante el magistrado, el adoptante afirmaba que es suyo, el padre calla y el magistrado por la *addictio* confirma la pretensión del adoptante. Con Justiniano bastaba que el padre natural declarara su voluntad ante el magistrado en presencia del adoptante y del adoptado y que se hiciera constar en actas públicas para que fuera consumada⁹⁵.

La *mancipatio*, una forma especial de adquirir la propiedad por medio de la *per aes et libram*, el procedimiento del cobre y la balanza, se aplicaba para la transferencia de la propiedad de las cosas *mancipi*, así como para constituir servidumbres rurales, para transferir potestades *mancipum* y *manus* y para testar. Consistía la *mancipatio* en una venta ficticia en la cual intervenían el enajenante, el adquirente, el porta balanza y

⁹³ Margadant S. Floris Guillermo. El Derecho Privado Romano. Vigésimo Sexta Edición. Editorial Esfinge, S. de R.L., Naucalpán, Estado de México. 2005.

⁹⁴ Margadant S. Floris Guillermo. Op. Cit pag. 126.

⁹⁵ Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Curso de Derecho Privado. 2ª. Edición Edit. Porrúa. México 1966 pags. 97-98

cinco testigos, todos ciudadanos romanos púberos, se requería la presencia del objeto si era mueble, si era inmueble un fragmento simbólico del mismo. El adquirente así la cosa y decía: “...*Hunc ego (hominem) ex iure quiritum ,eum esse aio isquemihji ímpetus esto hoc aere aeneaque libra..*” (Yo digo que éste (hombre) me pertenece por derecho quirritario y me ha sido vendido por el cobre y la balanza), en seguida tocaba con el cobre la balanza y lo entregaba al enajenante, el silencio de éste acompañado de la recepción del precio simbólico, vale como adhesión a la afirmación del adquirente⁹⁶.

Los anteriores ejemplos (por mencionar sólo algunos), fueron evolucionando a grado tal que la serie de ritualismos y palabras sacramentes ya no se necesitaran para la ejecución de tales actos: El derecho surge siendo formalista, pero para las necesidades del comercio y el avance de la cultura intelectual se requiere rapidez y sencillez. No obstante en los contratos el elemento esencial lo constituía la voluntad, sustentada en la buena fe (*bona fidei*).

Las antiguas formas simbólicas no sólo tenían como utilidad propia derivar la esencia del acto jurídico verbal y obligar a las partes a preciar su voluntad, servían también de prueba, grababan el recuerdo en la memoria de los testigos, sin embargo la popularización de la escritura fue haciendo inútiles las formas simbólicas, bastaba el acuerdo de voluntades probado por escrito, evolucionando el acto consensual textual.

El desarrollo de la forma en el derecho romano, se debe según algunos autores, a que el romano era un pueblo materialista. No podía considerar que la sola voluntad de las partes creara obligaciones y transmitiera el derecho de propiedad. Por ejemplo: Era necesario confirmar esa voluntad con actos exteriores para poder convencerse y probar por medio de signos sacramentales que había acuerdo de voluntades, pues se daba poca importancia a los aspectos espirituales. En cambio el derecho canónico más interesado por lo espiritual, preocupado por los aspectos interiores de la voluntad, concedió mayor importancia a la intención de las partes, el consentimiento expresado,

⁹⁶ Margadant S. Floris, Guillermo. Op. Cit pag.263

sin necesidad de sujetarse a formalidades escritas o rituales, lo que dio paso al consensualismo verbal.⁹⁷

Respecto a la influencia del derecho canónico es de gran importancia la discusión que se dio en el siglo XII, entre la escuela de Bolonia y la de París, en relación con la disolución del matrimonio consentido y no consumado. La primera sostenía que el matrimonio no se perfeccionaba con el consentimiento, que sólo era el inicio, sino con la realización de la cópula carnal; la segunda afirmaba que el matrimonio se perfeccionaba con el consentimiento, la cópula carnal es su efecto natural. Estas últimas ideas apoyadas por Pedro Lombardo. De esta discusión Alejandro III, hizo una síntesis, dando la razón a la escuela de París, al determinar que el matrimonio consentido era perfecto aunque no se hubiera consumado.⁹⁸

El Derecho romano influyó mucho en la cultura jurídica occidental. Sin embargo, algunos pueblos regulados por él sufrieron invasiones de los germanos, que no habían logrado la evolución cultural que para entonces tenían los pueblos latinizados⁹⁹.

Por momentos retrocedió; la invasión germánica introdujo en Francia un derecho más primitivo que el romano de fines de imperio y por lo tanto más simbólico.

En esa época, los pueblos regulados por el Derecho Romano se bifurcaron en dos ramas: romana y germánica. La primera influida entonces por el consensualismo del Derecho Canónico, se dividió a su vez en francesa y española. La escuela francesa creó el Código de Napoleón, cuyos redactores tomaron en cuenta las disposiciones del *corpus juris civiles* y del *corpus juris canonice*, concede gran importancia a la fuerza vinculatoria de la voluntad interior, florecimiento del consensualismo verbal. La segunda, con la Ley del Ordenamiento del Alcalá del año 1348, plasma también el verbalismo, criticando la complicada solemnidad de ciertas estipulaciones que producía

⁹⁷ Compagnucci de Caso, Rubén. Op. Cit. Pags 57-59

⁹⁸ Pérez Fernandez del Castillo, Bernardo. Op. Cit. Pag.70.

⁹⁹ Planiol, Marcel. Op. Cit. Pag 42

la invalidación e ineficacia de los actos, la Ley de Ordenamiento de Alcalá determina en la celebración de los actos jurídicos, lo que “pareciendo” que alguno se quiso obligar a otro por promisión o por algún contrato o de otra manera sea tenido de cumplir con lo que se obligó y no pueda excepcionarse en el sentido de que no fue hecha cierta estipulación o solemnidad¹⁰⁰.

Por algunos siglos reaparecieron las formas exteriores, pero fueron suprimidas por el renacimiento del derecho romano a finales de la edad media. Actualmente, en muchas legislaciones, existe una marcada tendencia a las formalidades escritas, no obstante que se consagre expresamente el consensualismo verbal. Se dice que el derecho moderno no repudia el formalismo y simplemente lo restringe, pues aún y cuando ha prevalecido la teoría de bastar el consentimiento para perfeccionar los contratos, existe gran interés en prevenir los pleitos y asegurar ciertos bienes por su mayor importancia, han sancionado el precepto de que determinadas especies de contratos deben constar precisamente en ciertas forma y que no son validadas si se otorgan en forma diferente, renace para dar más seguridad en las transacciones por una parte y por otra para proteger a ciertas clases sociales.¹⁰¹

Ramón Sánchez Medal,¹⁰² señala que en la actualidad la forma se exige no porque se atribuya a las palabras en sí o a las fórmulas escritas o pronunciadas con determinada fuerza propia, sino por otros motivos: interés público en evitar los litigios, dotar de precisión a las obligaciones asumidas y de seguridad a ciertos bienes de mayor importancia, inducir a mayores reflexión a las partes contratantes.

5. ACTOS EXPRESADOS EN FORMA LIBRE, REALES, FORMALES Y SOLEMNES.

¹⁰⁰ Pérez Fernandez del Castillo, Bernardo. Op. Cit. Pags.70,71.

¹⁰¹ Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. Pag.217.

¹⁰² Sánchez Medal, Ramón “*De los Contratos Civiles,*” Editorial Porrúa, México, 1995, pág. 120.

En nuestro derecho positivo mexicano por regla general, la celebración y otorgamiento de cualquier acto jurídico no requiere de formalidad alguna...salvo cuando la propia ley lo impone.

Así, el Código Civil para el Distrito Federal dispone al respecto:

“Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.....{...}”.

“Artículo 1832. En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.”

Bajo esta premisa, todos los actos para su existencia requerirán siempre de la expresión de voluntad y en su caso de la integración de dos o más voluntades para que se integre el consentimiento, sin importar como se exprese o exteriorice esa voluntad, siempre que sea inteligible para los demás. Contratos como la compraventa de bienes muebles y donación de bienes muebles cuyo valor no exceda de doscientos pesos; el mutuo, el hospedaje, y algunos contratos y actos jurídicos más no requieren formalidad alguna porque la ley no lo exige.

El acto jurídico en general, es una manifestación de la voluntad, libre respecto a la forma de su expresión, sólo requieren la exteriorización de voluntad o el acuerdo de las voluntades, ya sea verbal, por escrito privado o por escritura pública.

Existen también otro tipo de actos jurídicos tanto declaraciones unilaterales como contratos, como la compraventa de inmuebles, la donación mayor a doscientos pesos, la constitución de sociedades que requerirán otorgarse mediante ciertas formalidades como lo puede ser desde simplemente otorgarse por escrito, o bien a través de escritura pública.

La ley señala que para la validez de esos contratos, se manifieste la voluntad de acuerdo con los formalismos en ella establecidos, ya sea en escrito privado, en escritura pública o mediante un procedimiento administrativo o judicial.

Los actos reales, son los contratos que se perfeccionan con la entrega de la cosa, objeto indirecto del contrato. En el antiguo derecho Romano, se clasificaban como contratos reales la prenda, el depósito, el mutuo y el comodato; sólo producían sus efectos con la entrega de la cosa.

En los actos jurídicos solemnes se considera a los formalismos como uno de los elementos esenciales del contrato, las formalidades se consideran parte integrante para la estructuración del negocio correspondiente por la trascendencia especial del acto.

Empero, no hay una respuesta uniforme sobre qué debe entenderse por actos trascendentes, ya que trascendencia implica extender los efectos de algo a otras cosas o a un medio distinto o más amplio, que es de gran importancia por las consecuencias que conlleva, si la trascendencia se refiere a la persona o personas que ejecutan el acto, o a las personas que puede afectar el mismo, o bien, a la sociedad. Si se dice que lo es para la trascendencia y repercusión en el mundo jurídico, tanto trasciende el más simple de los actos, hasta el más complejo.

Autores como José Alfredo Domínguez Martínez,¹⁰³ sostienen que la solemnidad prevalece en importancia sobre las formalidades lo cual se pone en evidencia desde diversos aspectos como son:

- a) La solemnidad participa en los menos de los actos y de los negocios y si bien son pocos los casos, tienen una trascendencia considerablemente mayor que la de los actos meramente formales; el autor pone como ejemplo el matrimonio, el reconocimiento de hijo, el testamento.

Aquí es necesario subrayar que la determinación de trascendencia o importancia no se la da necesariamente el autor del acto, sino que la supone la ley, no existiendo un parámetro para clasificar qué actos deben ser considerados como trascendentes, qué tipo de trascendencia se pretende proteger.

- b) La participación de la solemnidad es exigida para la estructura del acto, su falta pone en juego la realidad misma del acontecimiento. Las formalidades en cambio se requieren sólo para la validez del negocio.
- c) La inobservancia de la solemnidad no permite que su acatamiento sobrevenido traiga aparejada una retrotracción de efectos como si se hubiera ejecutado desde el principio. Contrariamente las formalidades observadas a *posteriori*, una vez satisfechas permiten considerar el acto como otorgado validamente desde su origen, Más aún; cuando no se hayan observado las formalidades exigidas para ese otorgamiento, cualquiera de los interesados puede demandar que ese acto se otorgue en observancia a esa forma.

¹⁰³ Domínguez Martínez, José Alfredo. “*Derecho Civil Parte General*” Editorial Porrúa, Décimo Segunda edición; México 2010, pág 551.

Los actos solemnes requieren de formalidades, pero por su trascendencia, dichas formalidades están consideradas como esenciales y calificadas legal y doctrinariamente como solemnidades.

En opinión del Licenciado José Alfredo Domínguez¹⁰⁴, los actos jurídicos solemnes se distinguen en que son otorgados por regla general ante un funcionario público, Juez del Registro Civil, o Notario.

Similar criterio sostiene Rojina Villegas al determinar que la solemnidad requiere para que pueda existir el acto, no sólo que se observe la formalidad imperativamente señalada en la ley, sino que se otorgue ante el funcionario que prescribe y precisamente en el libro y con los requisitos exigidos por la misma.¹⁰⁵

Aun cuando la corriente alemana con la teoría del negocio jurídico, que sustenta como postulado fundamental la autonomía de la voluntad para conseguir determinados fines de derecho, la solemnidad reaparece bajo el nombre de autenticidad, registro, bajo el argumento de brindar seguridad jurídica, ya oponibilidad, ya certeza, ya confianza; sin embargo cabe cuestionarnos: ¿realmente la solemnidad en los actos nos confiere tales características?

Considero que no es así, en todo caso se confunde lo que pudiera ser efectos de formalidades que bien pudiera revestir cualquier acto sin necesidad de que su deficiencia acarree necesariamente su inexistencia, incluso ni siquiera su nulidad.

La exigencia de permisos anteriores o registros posteriores a la realización del acto de ninguna manera puede considerarse como solemnidad ya que en todo caso la solemnidad debe ser coetánea al de la celebración del mismo acto. Tampoco es verdad que para que un acto sea considerado solemne tenga que celebrarse ante “funcionario público, Oficial del Registro Civil, (mal llamado Juez en el Distrito Federal) o ante

¹⁰⁴ Ídem pág. 554.

¹⁰⁵ Rojina Villegas, Rafael. Op Cit. Pág 369.

Notario”, podrán establecerse en la ley, si, que su otorgamiento se haga ante determinada persona, pero si la ley no expresa que sin tal requisito el acto no existirá, no puede considerarse como un elemento solemne, sino formal.

También debe distinguirse entre forma y publicidad, pues mientras la primera es el modo de exteriorización de la voluntad interna del sujeto, la publicidad busca los procedimientos para permitir que los terceros conozcan la existencia de algunos hechos, de situaciones jurídicamente relevantes, o bien el contenido de negocios judiciales.

La publicidad tiene eficacia declarativa, no constitutiva de derechos, ya que tanto el hecho como el acto jurídico existen independientemente y antes de ser conocidos por la sociedad.

No obstante, en algunas legislaciones, se considera que el derecho no surgirá si no han sido observadas las formas de publicidad, donde la inscripción es una forma de publicidad constitutiva que permite obtener seguridad jurídica y eficacia en el acto ya perfeccionado.

La publicidad, sirve para llevar a conocimiento de la sociedad, y en especial de los terceros interesados, el contenido de los actos realizados, volviendo el acto oponible ante cualquier tercero, salvo los registros constitutivos que son excepción a la regla.

La publicidad no es igual a solemnidad. La finalidad básica que se persigue con el registro de actos jurídicos es que los terceros puedan conocer determinados datos relativos a los sujetos a que la publicación o inscripción se refiere, se establece una presunción legal de que al momento en que se inscribe un acto o una persona, cualquier tercero se hace conocedor a tal inscripción o anotación.

Los registros civiles, mercantiles, de la propiedad, o del tipo que sea, son un registro de personas, de comerciantes, de actos y de bienes. Tratan de proteger el interés general, de los terceros o de los interesados, dando oponibilidad a los actos.

Del mismo modo, se ha hecho distinción entre las formalidades *solemnitatis causa* y *probationis causa*, existiendo estas últimas, cuando el único fin perseguido por la ley, es acreditar la existencia del derecho, y las *solemnitatis causa*, cuando el legislador, aparentemente en razón de la importancia del acto, ha querido rodearlo de mayor solemnidad.

Las formalidades *probationis causa* pueden ser suplidas, con tal de que la prueba que resulte del acto supletorio, sea tan perfecta como la que resultaría de la formalidad misma; ésta sería una forma no exigida para la validez del negocio, que no es inválido sino se observa, sino establecida con el fin de permitir que el negocio pueda ser probado únicamente a través de la forma prescrita, deja sentir su influencia cuando al reclamar ante los Tribunales por cualquier razón ligada al acto, hubiera que probar la celebración de éste; mientras que por lo que toca a las segundas, no estando preescritas con el solo fin de probar el hecho, el acto al cual falta una sola de esas formalidades, es nulo, aun cuando no se tenga duda sobre su autenticidad.

En los actos no solemnes, cualesquiera de esas circunstancias basta para purificar el acto de todo vicio de forma y hacer que el mismo produzca efectos entre los interesados y respecto de terceros; en estos contratos no solemnes pero formales, la acción o la excepción de nulidad son personales a favor de los contratantes y los terceros son extraños a esa nulidad; en tanto que en los contratos solemnes, cuando el acto no existe jurídicamente, cualquiera puede prevalerse de esa inexistencia para impedir que, en perjuicio suyo, se le atribuyan efectos jurídicos.

En los contratos no solemnes, la excepción debe alegarse y decidirse en juicio; en los otros la no existencia o nulidad pueden y deben decidirse de oficio, aun sin alegación de los interesados.

Las formalidades externas tienen por fin, únicamente, la protección de los intereses privados, bajo estos principios, tomados de los códigos extranjeros, se redactó el Código Civil de 1870, y al ser reformado en 1884, no se tuvo en cuenta la diferencia sustancial entre formalidades *probationis causa* y *solemnitatis causa*, confundiendo, en la rigidez dogmática de una forma, las nulidades de derecho público y las del derecho privado, hiriendo con igual pena, los vicios de forma de los actos más insignificantes de la vida civil, y aquellos cuyo carácter auténtico se desprende de su misma naturaleza.

Es imposible que la ley luche con la realidad y las necesidades de la vida civil tienen que sobreponerse a las exigencias del derecho escrito, y como no se puede llevar la consecuencia de los dogmas jurídicos hasta la negación de esa realidad, las disposiciones del código, que aluden como solemnes a determinados actos, han sido prácticamente inaplicables.

En el mismo código no se ha cuidado de reglamentar, en todas sus consecuencias, el principio referido, ni ha establecido que los contratos que carecen de las solemnidades legales, no son susceptibles de ratificación, ni se purga su nulidad por la prescripción y el cumplimiento voluntario; ni dejan de ser exclusivas de los contratantes, la acción y excepción de nulidad; al contrario el código de 1884 reprodujo los principios del antiguo código, sobre nulidad, prescripción, ratificación, etcétera, esto basta para que adquiriera patente de legitimidad en nuestro derecho, la racional doctrina que establece una diferencia entre los contratos solemnes; entre formalidades *probationis causa* y *solemniatatis causa*, y para que tome asiento en nuestro derecho, toda teoría relativa a la ratificación tácita o expresa de los contratos nulos, por falta de requisitos no solemnes.

Una de las formas de ratificación tácita es el silencio en juicio, por otra parte del que puede alegar la nulidad y no alega como excepción, en tiempo oportuno; así si el demandado no alega la nulidad por falta de forma, renuncia a ese medio de defensa,

quedando purificado de ese vicio el contrato respectivo, pero suponiendo que alegue la nulidad, si ésta no es de las establecidas *solemnitatis causa*, la alegación no tendrá otro efecto que privar al actor de diversos medios de prueba (testimonial, presuntiva, documental, etcétera); pero no de la prueba de confesión judicial porque desde el momento en que se acepta que la ley, no nulifica determinados contratos, por defecto de forma, sino con el objeto de evitar litigios e incertidumbres en la prueba de obligaciones y aceptar la ratificación tácita, no hay inconveniente jurídico en aceptar la confesión judicial expresa, como una ratificación.

La disposición legal que previene que ninguna acción, sea real o personal, puede intentarse, si no se acompaña el título legal que la acredita, en todos los casos en que la ley exige que los contratos se otorguen en escritura pública o en escrito privado, no priva a la posibilidad de que el acto se funde en el hecho de la ratificación.

Por otro lado, la solemnidad puede ser impuesta a voluntad de las partes, sin embargo su falta no puede acarrear invalidez de un contrato que conforme a la ley no requiere la solemnidad del acto, aunque en la hipótesis de que las partes hayan subordinado la existencia del contrato o la de la forma, según doctrina del tratadista Carlos Lessona que dice: "El pacto de consignar en documentos públicos el contrato que consta en documento privado, y para el cual la ley sólo exige la prueba escrita, no puede influir ni en la sustancia ni en la prueba del acto. No puede influir en la sustancia, porque la ley se da por contenta con la forma escrita; ni sobre la prueba, porque las convenciones que alteran la admisibilidad de los medios de prueba, son nulas".

"Por lo demás, las partes, al exigir el documento público, quieren conseguir ventajas especiales extrañas a la sustancia y a la prueba del contrato"¹⁰⁶.

Miguel Acosta Romero, señala al respecto que se debe distinguir entre la formalidad como un requisito de forma exigido para la validez de un acto jurídico y la

¹⁰⁶ Lessona, Carlos. "*Teoría General de la Prueba en Materia Civil*", Tomo II, Prueba Escrita, traducción española de Aguilera de Paz, página 167.

solemnidad como las formalidades exigidas para la realización de ciertos actos jurídicos como requisito imprescindible para su validez.

Dice que la forma puede tener cuatro modalidades:

1.- La simple expresión verbal de voluntad, y entonces será un acto consensual.¹⁰⁷

2.- Que sean escritos en documento privado.

3.- Escritos ante Fedatario Público.

4.- Los actos solemnes que además de que sean por escrito requieren la intervención de un funcionario público dotado de fe pública.¹⁰⁸

Sin embargo, realmente dicho autor no hace una clara distinción de formalidad y solemnidad pues ambas figuras las refiere como requisito de validez, no obstante que para referirse a solemnidad le anteponga el calificativo de “imprescindible”, lo que si se infiere es que la solemnidad es una formalidad, pero no es verdad que para que la formalidad alcance el rango de solemnidad se requiera que ésta sea por escrito y que además intervenga un funcionario público investido de fe pública.

Sostengo lo anterior, ya que existen autores como Ernesto Gutiérrez y González que clasifican actos tales como la subrogación, la novación, incluso el Doctor Javier Álamo sostiene que los títulos de crédito como la letra de cambio y pagaré deben ser considerados como actos solemnes, imputando dicha solemnidad a la expresión

¹⁰⁷ Conviene apuntar que todos los actos son consensuales, pues para la existencia de los actos jurídicos multilaterales se requiere el consenso o consentimiento de las partes. En todo caso se propone que dicha clasificación atienda al acto de forma libre, sea verbal, escrita, formal notarial o en instrumento público y solemne.

¹⁰⁸ Acosta Romero, Miguel y Laura A. Martínez Arroyo “*Teoría General del Acto Jurídico y Obligaciones*”. Edit. Porrúa, México 2002.

necesaria de determinadas frases, sin que tenga que intervenir de forma alguna, funcionario público.

Por su parte, José Antonio Márquez González, sostiene que la forma es la necesaria exteriorización del consenso volitivo de los otorgantes que puede materializarse en lenguaje escrito, hablado, y señas inequívocas, incluso hasta con silencio.

La expresión en lenguaje escrito adopta diversas variantes como simple contrato privado, formulación literal de alguna frase o elemento de expresión esencial, presencia de testigos, ratificación judicial, escritura notarial, registro o depósito, presencia de funcionarios investidos de autoridad gubernamental.

La forma, como el consentimiento y como el objeto, cumple con diversos cometidos, en la teoría contractual permite antes que nada la clasificación en diversos bloques de actos que atienden a particulares exigencias en materia de forma, de ahí que la doctrine hable de contratos formales, consensuales y solemnes.¹⁰⁹

Considero esta clasificación un tanto deficiente ya que no establece cuales son las exigencias que atiende la misma, pues si bien toma en cuenta la forma de exteriorización de voluntad, no explica porque algunos contrato deben ser meramente verbales, otros formales y porqué a otros se les exige la solemnidad ¿Qué acaso hay actos con mayor importancia que otros? ¿Quién les atribuye en todo caso esa importancia?

La solemnidad, se dice, constituye un elemento del contrato, si bien extrínseco al mismo, forma parte de su estructura por imperativo legal, siendo que el legislador puede suponer que determinados actos puedan implicar trascendencia para la sociedad y para el individuo mismo, aunque este no coincida con la realidad.

¹⁰⁹ Márquez González, José Antonio *Op. Cit* pág. 222.

Se caracteriza por tipos específicos que incorporan una formalidad especial en su constitución y perfeccionamiento.

Los casos de forma solemne, no son claros en el derecho. El testamento es considerado por Gutiérrez y González como un acto formal, más no solemne¹¹⁰, no existe disposición que determine a la figura de subrogación como un acto solemne y sin embargo, como se verá más adelante, muchos doctrinarios así la califican, la donación es considerada en algunos Estados de la República Mexicana como un contrato solemne.

6. CONSECUENCIAS QUE ACARREA LA FALTA DE FORMA ESTABLECIDA Y SOLEMNIDAD EN EL ACTO JURÍDICO.

La falta de forma en los actos que la requieren por disposición legal, puede dar lugar a la acción de nulidad relativa y en consecuencia el contrato puede ser invalidado, así se desprende del contenido de los artículos 1795 y 2228 del Código Civil para el Distrito Federal.

En el artículo 2227 del mismo cuerpo de leyes, se indica que la nulidad relativa (de la cual estarían viciados los actos por falta de forma), siempre permite que el acto produzca provisionalmente todos sus efectos.

La acción y excepción de nulidad por falta de forma solo pueden hacerla valer las partes interesadas que hayan celebrado el contrato, (artículo 2229 del Código Civil para el Distrito Federal).

Sin embargo, no necesariamente la falta de forma en los contratos acarrea su nulidad, pues se puede reclamar judicialmente la acción pro forma que consiste en la

¹¹⁰ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho sucesorio inter vivos y mortis causa*. Editorial Porrúa. México 2006. pags 157 y 177.

facultad que tienen cualquiera de las partes que haya intervenido en la celebración de un contrato para pedir judicialmente que el contrato se otorgue en la forma establecida por la ley. En caso de no hacerlo el demandado lo hará el juez en rebeldía. De esta manera se convalida el acto.

Lo anterior tiene sustento en los artículos 1833 y 2232 del Código Civil para el Distrito Federal, así como lo dispuesto por el artículo 27 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En éstos artículos se contienen los ideales de equidad y justicia, pues si la voluntad ha sido manifestada por los contratantes de manera fehaciente, aun cuando no se haya entregado el objeto del contrato, éste produce provisionalmente sus efectos y da derecho a satisfacer los requisitos de formalidad establecidos por la ley y evita que la sanción vaya más allá del derecho que se protege.

Sobre ese mismo tenor, debe preponderar el principio jurídico que reza: "los pactos son para cumplirse", con ello se garantiza la estabilidad y fijeza de las convenciones. Es, según algunos, un presupuesto indispensable de seguridad jurídica, para el desarrollo del comercio, y de la actividad económica.

La ley debe proteger el derecho del acreedor a obtener la prestación debida, la *Pacta Sunt Servanda*; es un principio del Derecho que implica el sometimiento fiel y estricto a lo acordado. Los efectos de los contratos son las obligaciones y derechos que el contrato crea, y los efectos de las obligaciones son las consecuencias concretas que las mismas acarrearán para el deudor y para el acreedor, por lo que anteponer la falta de forma para reclamar una invalidez y en su caso inexistencia del acto, no es una exigencia para seguridad jurídica, sino, la más de las veces un pretexto para incurrir en incumplimiento de obligaciones asumidas.

Desde el momento en que un contrato se perfecciona obliga a las partes a su cumplimiento, así como también a las consecuencias que según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

De acuerdo con lo anterior, las partes además de cumplir con lo que expresamente se hayan obligado en las cláusulas que conformaron el contrato que celebraron, además deben cumplir con el régimen jurídico que la ley establece para el contrato que se efectúe y el régimen complementario que también se establece, por lo que aquello en que sea omisa la voluntad de los contratantes, entrará la ley a suplir dicha omisión y se atenderá al contenido de ésta.

Tales principios que rigen la vida jurídica de un contrato tienen sustento en el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, que la parte conducente establece:

“...Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo a lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o la ley...”

El contrato se debe cumplir conforme al uso. El uso, según el Doctor Gutiérrez y González,¹¹¹ es:

"...la práctica establecida entre dos o más personas y conforme a la cual han regido la mayor parte o la totalidad de una serie de relaciones jurídicas...."

Ahondando en tal definición, considero que el uso no sólo puede derivarse de la práctica establecida entre los contratantes, según sus anteriores convenciones o incluso la que rija en el presente, sino también a la costumbre que haya imperado en el lugar en

¹¹¹ Gutiérrez y González, Ernesto. *"Derecho de las obligaciones."* Op. Cit, pág 500.

que se ejecute el contrato y por supuesto que sea relacionado con las obligaciones convenidas, claro ésta, siempre que no exista cláusula en contrario.

Manuel Bejarano Sánchez¹¹², reconoce la relación entre el uso y la costumbre, señalando que ambos son una práctica reiterada, sin embargo los distingue en que la costumbre es una práctica general (*Inveterata consuetudo*) que se considera obligatoria por la común opinión de los miembros de una comunidad (*opinio iuris seu necessitatis*), el uso es una práctica particular, no necesaria para la colectividad.

Además de las obligaciones que conlleva la celebración de un contrato, las que expresamente se pactaron, las que derivan de la ley y del uso, las partes están en la necesidad de cumplirlo conforme a la buena fe, no obstante que no se establezca en el contrato.

La fe implica la creencia positiva sobre determinadas cosas, así la fe puede definirse como un estado del ánimo que debe ir conforme a la creencia que se profese, en una época y colectividad determinada, acorde a la razón y a la ley, considerado útil y a propósito para la convivencia humana, es la creencia positiva que se da a las personas o a las cosas, por la autoridad del que las dice, creencias conforme a lo que en un momento y lugar determinado, se supone que contiene el ordenamiento positivo y la justicia.

El criterio al que debe atenderse, es que quien se obliga debe responder y actuar no a su personal parecer, sino a lo que una persona razonable y ordenada (como los romanos llamaban *bonus pater familias*) creería obligado en aquellas circunstancias, para ello ha de tenerse en cuenta el grado de instrucción, cultura, naturaleza del acto, actos que llevan aparejado de suyo un riesgo mayor o más grave, reclamen un grado

¹¹² Bejarano Sánchez, Manuel, “*Obligaciones Civiles*” Op. Cit. Pág 149.

más alto de diligencia, por lo cual se entiende que los contratantes son personas honorables, responsables, cumplidos y que el objeto del contrato igualmente tendrá cualidades óptimas para el fin que se contrató¹¹³.

De lo anterior se colige que en un acto jurídico cuya voluntad fue manifiesta, debe prevalecer la intención de los contratantes y el cumplimiento de las obligaciones que de ello deriven, sin embargo, dice la doctrina y la ley que la falta de forma cuando ello sea requisito para la validez del acto, acarreará la nulidad del acto.

La solemnidad es entendida actualmente en el campo del derecho, como un elemento (por excepción) de existencia de determinados actos jurídicos y que consiste en la forma de exteriorización de voluntad o voluntades que exigirá la ley para su plena validez y sin la cual no se concibe el acto mismo.

Es cumplir con ciertas formalidades, admitidas como únicas aptas para la declaración de voluntad, y cuando a las formalidades se les exigen determinados requisitos como elementos constitutivos del acto, se está en presencia de un acto solemne, el que sin el cumplimiento de esos requisitos sería inexistente; en resumen, la solemnidad es el conjunto de elementos de carácter externo que rodean la declaración de voluntad en mérito de su autenticidad. Puede incluso extenderse como un requisito de eficacia convenido.

Al aspecto material del acto jurídico puede algunas veces aumentarse la exigencia de la forma, sin que ésta pueda realmente considerarse un elemento del acto; por lo tanto la teoría de la nulidad (y no de la inexistencia), podrá introducirse cuando el acto de voluntad no se haya expresado en la forma establecida por la ley.

No obstante, la teoría orgánica toma su expresión más completa debiendo revestir toda apreciación del acto en sí. Sólo que la decadencia del formalismo no es

¹¹³ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. Op.cit. 396.

completamente favorable a la tesis de inexistencia, porque si es cierto que en todo momento sólo se encuentran simples fragmentos de la solemnidad de otras épocas, debe implícitamente optarse por la consecuencia menos dura, ante la falta de una solemnidad exigida.

Hay tentativas para descubrir sus milagrosos efectos en torno a un pretendido renacimiento o supervivencia de la solemnidad romana, pero sobre las cuales lo menos que puede decirse es que se prestan más bien a invalidar los preceptos de la teoría que se han rodeado tan ingeniosamente de un notorio dogmatismo.

La solemnidad, sostiene Georges Lutzesco,¹¹⁴ continúa incesantemente en la pendiente de su declinación, de lo que se concluye que la decadencia de su autoridad arrastre la decadencia de su sanción.¹¹⁵

Suponiendo que la solemnidad no haya perdido su esplendor, que su autoridad se ejerce plenamente sobre los actos que la exigen: matrimonio, subrogación, donación, testamentos, pagarés.

¿La falta de forma debe traer consigo la inexistencia o será preferible que simplemente se vea afectada de una nulidad relativa?

¿Cuáles son las características de la forma solemne? Algunos autores sostienen que está ligada a la fe pública otorgada a particulares, como notarios, corredores, cónsules; su falta se manifestará cuando el acto de voluntad no ha pasado por el tamiz de la solemnidad y se substituye por una obligación natural.

Si la falta de forma como solemnidad, acarrea la inexistencia del acto y la inexistencia como acción puede ponerse a disposición de toda persona que tenga

¹¹⁴ Lutzesco, Georges. Op. Cit. Pag. 212.

¹¹⁵ El empleo de la palabra sanción es mal utilizado por el autor de referencia, pues aún y cuando se entiende que se refiere a la consecuencia de la falta de forma como solemnidad en un acto, la sanción significa la pena o represión que la misma ley señala cuando se incurre en el supuesto determinado.

interés en hacerla valer, ¿no traerá mayor inseguridad jurídica y falta de certeza la ausencia de un formalismo impuesto por la ley, simplemente porque lo considera elemento del acto jurídico?

Ya que la falta de forma como solemnidad no puede subsanarse o convalidarse ¿Cómo podría concebirse que la teoría orgánica del acto jurídico conserve su cohesión cuando no siempre tiene aplicabilidad en la vida práctica? Realmente existen actos que incluso producen efectos en los que sin embargo carecen de la solemnidad con los que debieron celebrarse, su destrucción lejos de producir seguridad a las partes produciría completa inestabilidad e incluso a terceros, por ejemplo en el caso de un matrimonio que se celebró con vicios en la solemnidad que lo inviste (el oficial o “juez” del registro civil, se encontraba inhabilitado).

¿Hay flexibilidad en la consecuencia por la falta de solemnidad?

Por regla general, no la hay, sin embargo, debiera darse tal flexibilidad, como ya en algunas tesis jurisprudenciales se aprecia con la ausencia inclusive de voluntad.¹¹⁶

La imposición de la inexistencia del acto ante la falta de forma como solemnidad, se dice que tiene contacto estrecho con la noción de orden público. ¿Realmente se protege una noción de orden público o se protege un interés exclusivamente privado de aquél que tiene el ánimo en incumplir con las consecuencias del acto ausente de solemnidad?

La mayor parte de los doctrinarios mexicanos, son coincidentes al afirmar que nuestra legislación civil adoptó el sistema clásico francés y la teoría de Julián Bonnecase respecto de la concepción del acto jurídico, de la teoría de la inexistencia y de las nulidades.

¹¹⁶ Ver tesis citada en el capítulo II, cuya voz es: ACTO JURÍDICO INEXISTENTE. LA REGLA RELACIONADA CON LA FALTA DE ALGUNO DE SUS ELEMENTOS NO ES DE APLICACIÓN ABSOLUTA.

Sin embargo, esto no es del todo exacto, ya que definitivamente también se ve influenciado por las tesis de Japiot, cuando considera el principio de equilibrio de los intereses en presencia, ya que si una de las consecuencias de la nulidad es que los efectos que hubiere producido se retrotraigan, la ley contempla casos donde al declararse la nulidad de un acto subsisten determinados efectos, tal es el caso de la nulidad de matrimonio con relación a los hijos y con los bienes, o bien las nulidades parciales como la que contempla la acción Pauliana.

No hay conciliación entre los orígenes de la teoría de la inexistencia que pretende partir de un derecho natural y la solemnidad que tiene sustento en el derecho positivo en la imposición de formalidades legales, elevados a rango de solemnidad.

Ahora bien, si el legislador ha decidido que la solemnidad debe prevalecer en determinados actos jurídicos como elemento sustancial de existencia, ello no debe atender a principios dogmáticos que pueda imponer una teoría del siglo XVIII, porque no deben existir tales en el Derecho, sino que debe atenderse a valores jurídicamente tutelados para una sociedad en particular en determinado tiempo; así, si se ha pretendido sostener que la solemnidad debe ser impuesta para salvaguardar algunos fines del derecho como seguridad jurídica, justicia, orden público, veamos en qué consisten tales conceptos y si la solemnidad puede protegerlos.

7. OBJETO O FIN DE LA SOLEMNIDAD.

Resulta ineludible preguntar acerca de la importancia de la solemnidad al exteriorizar la voluntad para crear un acto jurídico y que tenga consecuencias de derecho.

La norma jurídica ha determinado que la solemnidad se encuentra como elemento de existencia de algunos actos jurídicos, por lo que habrá que buscar en el origen de la norma jurídica para poder explicar la conducta y procedimiento que desembocaron en la creación de la norma que determina los elementos de existencia

en el acto jurídico, cuáles fueron los motivos, o razones que determinaron el contenido de dicha norma.

Para tal efecto, habré de remontarme a las fuentes de la norma y al legislador que consideró necesario que la solemnidad se imprimiera en algunos actos jurídicos como elemento de existencia, de donde resulta obligado revisar la fuente de la norma que requería a la solemnidad como elemento integrador.

El derecho tiene su fuente primaria en el espíritu humano, en la actividad del ser humano. La repetición de un mismo modelo de conducta de un individuo frente a circunstancias semejantes, cuando un grupo o comunidad comparte el mismo hábito a lo largo del tiempo, se acepta entonces la existencia y fuerza de la costumbre.

7.1. LA COSTUMBRE.

Cuando una costumbre provoca que los intereses de las personas se adecuen a ella, de modo que las conductas divergentes lesionan expectativas y generan quejas, existe una norma consuetudinaria y cuando es reconocida por legisladores, jueces u otros órganos del poder coactivo comunitario, nos hallamos ante una norma jurídica consuetudinaria.

El hecho normativo consuetudinario, no sólo puede introducir prohibiciones derechos u obligaciones, también puede eliminarlos por el desuso. En el tema que nos ocupa, se puede apreciar como la solemnidad ha caído en desuso, e incluso superada por la regulación de nuevas figuras jurídicas, que anteriormente se consideraban como simples hechos jurídicos¹¹⁷.

¹¹⁷ .- Ejemplo de ello se encuentra en la Ley de Sociedades en Convivencia para el Distrito Federal, que regula la unión entre homosexuales y las reformas al Código Civil para el Distrito Federal que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Así que si la conducta reiterada de la sociedad ha sido en el sentido de restar importancia a las solemnidades en general, me enfocaré a la función que pudiera conllevar la solemnidad en el acto jurídico. Las funciones del derecho están ligadas a principios políticos y morales particulares; el análisis funcional lleva a una descripción sobre cómo funciona y para qué funciona el derecho.

Las funciones del derecho se determinan por lo que es el derecho, no por lo que debiera de ser. La determinación de las funciones del derecho depende del interés del observador, en destacar más unas que otras.

Nicolás López Calera,¹¹⁸ señala como tres funciones genéricas del derecho las siguientes:

Orientación social,
Tratamiento de conflictos declarados,
Legitimación del poder.

López Calera,¹¹⁹ introduce la función promocional en un Estado asistencial, es más frecuente el uso de técnicas de aliento donde se "promueve", se "favorece", "alienta" y se "remueve obstáculos", esto es en un control activo más que desfavorecer las acciones inocuas, las medidas de aliento persiguen un cambio social, en tanto que las de desaliento implican una conservación social, así que: ¿porqué habría de alentarse las solemnidades como elemento en el acto jurídico? ¿Qué fin se perseguiría con ello?

No son posibles determinaciones absolutas sobre fines o funciones del derecho; sin embargo retomaré las más destacadas y entre ellas se encuentra la justicia.

¹¹⁸ López Calera, Nicolás. *“El Derecho y La Justicia”* Editorial Trotta. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Colaboración de Ernesto Garzón Valdez Francisco J. Laporta. Albert Calsamiglia y otros, 2ª edición Madrid, 2000. Pág 460.

¹¹⁹ *Ibidem*.

7.2. LA JUSTICIA.

Aun cuando no existe una definición universal de la misma, tenemos una primera referencia social, relacionada a lo propio a lo "suyo" del ser humano.

La mejor manera de hacer justicia es vincular los procesos de creación y aplicación del derecho al método democrático; esto es desde la igualdad y libertad de todos los miembros de un grupo social es posible el establecimiento de normas justas.

El concepto de justicia es empleado en muchos medios desde el religioso, el moral, en lo jurídico. Jhon Rawls¹²⁰, caracteriza el concepto de justicia indicando que se refiere a un balance apropiado entre reclamos competitivos y a principios que asignan derechos y obligaciones, definiendo una división apropiada de las ventajas sociales.

Tiene un carácter intersubjetivo y está relacionado con la idea de asignación de derechos y obligaciones o cargas y beneficios entre diversos individuos de un grupo social.

No existe una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, no existe una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta.¹²¹

La razón humana sólo puede concebir valores relativos, el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. Se considera también como una expresión emocional, al cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses.

Tal vez la tendencia a justificar nuestras acciones nos haya llevado a desarrollar pautas que rigen esas justificaciones y la misma práctica de dar razones en materia de

¹²⁰ Rawls, Jhon. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. México 1978 pág. 23.

¹²¹ Kelsen, Hans *¿Qué es la Justicia?* Distribuciones Fontamara S.A. Decimoséptima reimpresión 2005. pag. 21

justicia presuponga criterios, reglas y valores que determinan cuáles razones son válidas en el contexto de esa práctica. Estas razones podrán presentar determinada uniformidad en tiempo y espacio, con algunas variaciones relacionadas en configuraciones pre modernas, donde asocian esas razones con los dictados de una divinidad, un cacique o por tradición; a partir de la modernidad, existe la posibilidad de someter a crítica toda convención sobre la base de principios ideales aceptados desde una perspectiva imparcial.

Las posiciones éticas absolutas conducen al fanatismo, a la intolerancia y al autoritarismo. Para prevenir dicha posición se recurre al plano epistemológico, o sea al plano de los principios de justicia lo que conduce a la tolerancias es una posición falible, sobre si estamos acertados en nuestras creencias sobre lo que es justo, lo cual lleva a la desconfianza de las intuiciones individuales sobre la justicia (dada la variedad de acondicionamientos a que cada uno de nosotros se ve sometido) y a confiar más en el resultado de un proceso colectivo de discusión a través de un procedimiento democrático.

El concepto de justicia puede ir relacionado con otros valores como los de bienestar, felicidad, orden, libertad e igualdad; algunos de esos valores parecieran ser externos a la justicia (ya que la realización de alguno de ellos no implica necesariamente una situación justa); otras, parecen ser internos al de justicia, pues su satisfacción sí parece ir en beneficio del valor justicia.

Platón sostenía que la justicia es la parte esencial del bienestar. El hombre injusto manifiesta una discordia entre los elementos que componen su alma que lo hace impotente para obrar y sus acciones hacia los demás son fuentes de disensiones, odios y luchas¹²².

¹²² Platón. *La República*. Traducción de José Manuel Pabón. Madrid, Alianza Editorial, 2003.

Para Aristóteles, la justicia es la virtud más alta, es el punto medio entre dos vicios extremos, la justicia es la virtud de una persona cuando la consideramos en relación a otras personas. Ser justo es la cualidad de obrar conforme a las leyes cuando éstas tienden a la ventaja común, cuando se tiende a producir o conservar la felicidad de una comunidad¹²³.

En sentido particular la justicia se divide en distributiva y rectificatoria.

La justicia distributiva implica proporcionalidad y conduce a tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales.

La justicia rectificatoria implica restaurar la igualdad alterada por un delito o por el incumplimiento de una obligación.

Tomás de Aquino sostenía que todo acto humano tiene una finalidad, a algo que es aprendido como bueno, la voluntad humana esta necesariamente orientada hacia el bien, hacia el perfeccionamiento pleno de su naturaleza, el hombre tiene la facultad de detectar los principios más generales de justicia plasmados en el derecho natural, ésta es la parte de la ley de Dios cognoscible por la razón humana¹²⁴.

Para Thomas Hobbes los principios que constituyen la justicia están dados en un contrato social que los hombres suscriben para satisfacer su propio auto interés¹²⁵.

Podría seguir con una serie de definiciones aún contrapuestas de lo que debe entenderse como justicia para el derecho, y sin embargo, ninguna de ellas justificaría la implementación de solemnidades en determinados actos jurídicos, pues no basta decir que se protege un orden o que está orientada a lo que es bueno, a lo que es el bien, sino en explicar porqué es bueno y por el contrario sostener en forma categórica, la

¹²³ Xirau, Ramón. Op. Cit. Pag 94

¹²⁴ Idem. Pags 169-172.

¹²⁵ Idem. Pag. 260.

subsistencia de la solemnidad en los actos jurídicos para su existencia llevaría precisamente a lo contrario que persigue la justicia: los fanatismos, los criterios absolutos.

Otro de los argumentos más frecuentes que se han utilizado para la permanencia de la solemnidad como parte integrante del acto jurídico, es la búsqueda de seguridad jurídica.

7.3. SEGURIDAD JURÍDICA.

La formación conceptual de seguridad jurídica ha sido el resultado de conquistas políticas de la sociedad, la seguridad constituye un deseo arraigado en el ánimo del hombre ante la imprevisibilidad, e incertidumbre de su existencia, es una necesidad humana que el derecho trata de satisfacer, las necesidades radicales humanas constituyen el soporte antropológico de todo valor, sin embargo, la seguridad como valor no nació espontáneamente, ni con idéntico sentido de intensidad, incluso se llegó a minimizar la conciencia de tal valor.

En la concepción tradicional del derecho en China, la promulgación de las leyes no se contemplaba como un procedimiento normal para asegurar el buen funcionamiento de la sociedad¹²⁶.

En Roma, a inicios de la República, la creación, aplicación y conocimiento del derecho, era un privilegio para la clase patricia, el derecho constituía un arcano para el pueblo. La lucha de los plebeyos por la igualdad política y jurídica, fue el acceso al conocimiento de las leyes a través de su publicidad. En el 462 antes de la era cristiana, el Tribuno Terentilio Arsa, propuso que se redactara un código de leyes en los que se reglamentara la administración de justicia. Tras una larga oposición de ocho años

¹²⁶ Pérez Luño, Antonio Enrique. *El Derecho y la Justicia*. Edición de Ernesto Garzón Valdés. Francisco J.Laporta. Editorial Trotta. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. 2000.pag.481

sustentada por los patricios, finalmente el nuevo código se gravó en doce tablas que fueron expuestas en el foro.¹²⁷

El origen de las instituciones jurídicas se explica a partir de la exigencia de abandonar una situación en la que el hombre posee una ilimitada libertad (aunque insegura) a otra de libertad limitada pero protegida y garantizada.

Tras el pacto social, los sujetos contratantes sabrán a que atenerse, les será posible calcular las consecuencias de sus actos y prever los beneficios del ejercicio de sus derechos, ahora tutelados.

En una acepción estrictamente empírica, puede existir una seguridad impuesta a través de un derecho que garantice coactiva e inexorablemente el cumplimiento de una legalidad inicua. La manipulación de la seguridad jurídica por los regímenes despóticos, representa una constante histórica. En Estados totalitarios los dogmas de plenitud y autosuficiencia del ordenamiento jurídico, el principio de la inquebrantabilidad e imponibilidad de la legalidad, la publicidad exagerada de la ley así como el control de la discrecionalidad judicial, han sido instrumentos para la imposición de monopolios políticos e ideológicos. La seguridad jurídica así entendida, no ha impedido la formulación de leyes dirigidas a consagrar diversas formas de discriminación racial, religiosa o política, conduciendo hacia la opresión de la sociedad y al mantenimiento de dogmas inalterables. Estas manifestaciones de seguridad de la inseguridad, son incompatibles con la razón de ser del Estado de Derecho.¹²⁸

En esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta en su acepción subjetiva traducida por la certeza del derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad jurídica.

¹²⁷ idem pag. 483.

¹²⁸ Ibidem.

Respecto de las condiciones de corrección estructural, se pueden señalar las siguientes:

- a) Promulgación adecuada de leyes.- hacer del conocimiento las mismas a sus destinatarios para efectos de su cabal cumplimiento.
- b) La claridad de la norma, que no tenga ambigüedades, expresiones oscuras o equívocas, delimitación precisa de los alcances y consecuencias jurídicas.
- c) Ley plena.- que no existan conductas trascendentales para el derecho que carezcan de consecuencias -
- d) Ley previa.- previsión que se introduce en el conocimiento de la realidad
- e) Estabilidad del derecho como presupuesto básico para generar un clima de confianza.

El flujo incesante de leyes se ha visto acompañado del grave menoscabo de la propia estructura formal de las mismas, la posibilidad real de los destinatarios de conocer y cumplir sus prescripciones se ha resentido en el aluvión normativo, aunado a la prolijidad complejidad y contradicción del lenguaje en el que son expresadas las normas legales. En tales circunstancias no sólo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los juristas, tienen dificultades para conocer y aplicar el derecho.

En un Estado de Derecho, la seguridad jurídica se perfila como un presupuesto de derecho, de una legalidad que dimana de los derechos fundamentales, que asegura la realización de libertades.

La seguridad jurídica se concreta en Estados de Derecho, en exigencias objetivas de corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios).

La transparencia del sistema normativo, la sencillez de la norma debiera ser presupuesto básico de la certeza del derecho, lo cual pugna con las exigencias

normativas de formalismos, así que contrariamente a lo que se pudiera suponer, la subsistencia de formalismos elevados a elementos de existencia para obtener consecuencias jurídicas, lejos de acercarnos a un sistema de seguridad jurídica, lo dificultan aún más.

Ha sido también argumento recurrente para la subsistencia de la solemnidad y las consecuencias de su ausencia como inexistencia del acto jurídico y sus consecuencias, el interés público, noción por demás ambigua y manipulable, que la más de las veces tiende a proteger intereses particulares.

7.4. EL INTERÉS PÚBLICO.

Se ha pretendido escindir al derecho partiendo de una división que podríamos atribuir meramente con efectos didácticos, dicha división agrupa a las normas que atañen al ejercicio de los poderes públicos y por otra parte a las normas de protección del interés de los particulares, pretendiendo establecer así la diferencia entre derecho público y derecho privado, partiendo de la distinción del interés protegido por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, el derecho es único en todas sus manifestaciones.

A la violación de cualquier norma se incumple el orden jurídico establecido; la violación o lesión a un deber jurídico general recae conjuntamente en los gobernantes y en los gobernados.

En el incumplimiento de un contrato y en la reparación por el incumplimiento está comprometido el interés de los particulares y el interés público, ambos tienden al mantenimiento y cumplimiento del orden social y la seguridad de la vida de los particulares que en ningún caso puede considerarse ajena al cumplimiento del deber jurídico cuyo cumplimiento corresponde al mismo tiempo y con la misma exigencia a los gobernados.

La norma jurídica aplicable a las relaciones impone la convivencia humana ordenada y pacífica tanto en el ejercicio del poder que se refiere a la actividad de los gobernantes como en el ejercicio del poder privado que atañe al interés de los particulares.

El cumplimiento del derecho constituye un deber impuesto por la necesidad natural que exige la vida civilizada del ser humano, presidido por la idea de asegurar la existencia pacífica de los sujetos que intervienen en cada caso concreto, ya de los gobernantes o de los gobernados.

El interés público debe ser entendido como el cumplimiento de toda norma jurídica, coincidiendo así con el interés privado, el interés de la colectividad coincide con el interés de la persona cuyos derechos han sido lesionados por otro miembro de la colectividad, debiendo emplear en tal caso coacción por el incumplimiento de los deberes u obligaciones para ocurrir a la autoridad y exigir la restauración del orden jurídico.

Como consecuencia de lo anterior, si la supervivencia de las solemnidades busca el amparo del orden o interés público, si éste interés público tiene una finalidad difusa y si las consecuencias que acarrea la omisión de solemnidades lleva a conflictos que trascienden no solo al individuo sino también a su entorno, es indudable que este parapeto de orden público deja de ser conveniente.

7.5. SATISFACCIÓN DE NECESIDADES SOCIALES.

Ahora bien, si la justificación de la subsistencia de la solemnidad en el derecho civil se arguye en la satisfacción de necesidades sociales, veamos cuales podrían ser dichas necesidades:

- a) Certeza y seguridad, a la vez posibilidad de cambio.
- b) Resolución de conflicto de intereses.

c) Organización y legitimación del poder político.

7.5. a) Certeza y Seguridad.

El derecho es fabricado por los hombres, bajo una urgencia de certeza, saber a qué atenerse y de seguridad, saber que eso a lo cual puede uno atenerse tendrá que ser cumplido, urgencia de orden en la vida social.

Temor de la inseguridad respecto de los demás hombres sobre el comportamiento social, saber qué es lo que el hombre debe y puede hacer frente a sus semejantes.

La función de seguridad del derecho es sobre aquello que a la sociedad de una época y de un lugar determinado, le importa fundamentalmente garantizar por estimarlo ineludible para sus fines.

El contenido del derecho varía según el lugar y la época, lo jurídico del derecho no radica en los valores que puedan servirle de orientación sino en la forma de realización de los mismos, mediante instrumentos jurídicos, lo jurídico no es un fin, es un especial medio puesto a la realización de fines diversos.

El derecho impone su cumplimiento de manera inexorable por ejecución forzosa, asegura la realización de determinados propósitos, lo que cambia en la historia y en diversas doctrinas filosóficas son los fines asegurados.

Sin embargo, no deben entenderse estas funciones de certeza y seguridad en términos absolutos, deben tener un alcance limitado y relativo, los legisladores elaboran el derecho positivo para obtener certeza y seguridad en determinadas relaciones sociales, en lo que se entienda como pautas de justicia, libertad y bienestar social.

La seguridad coexiste con el deseo de cambio, aspiración de mejora y progreso. Por una parte el derecho pretende ser estable, por otra parte no puede permanecer

invariable, debe ir cambiando al compás de nuevas circunstancias y necesidades sociales, la seguridad absoluta equivaldría a la absoluta inmovilidad de la vida social, pero a la inversa, el cambio constante, la carencia de un elemento permanente y la falta de toda forma estable harían imposible la vida social.

La vigencia de seguridad choca en ocasiones con el deseo de una mejor justicia. Tales conflictos se resuelven según las características y condiciones del caso concreto, unas veces a favor de la seguridad y otras veces a favor de la justicia.

A pesar de esa función esencial, hay siempre un margen de incertidumbre y de inseguridad en el derecho, respecto del resultado del proceso judicial o administrativo en el caso concreto.

También hay un margen de incertidumbre derivados de la producción de nuevas leyes y reglamentos, abrogándose viejas reglas y sustituyendo y destruyendo nuevas.

7.5. b) Resolución en conflicto de intereses.

Los deseos de cada persona frecuentemente caen en competencia o conflicto con los deseos o intereses de sus prójimos

Se entiende por interés, la demanda o el deseo que los seres humanos traten de satisfacer individualmente o a través de grupos o asociaciones.

En principio hay dos procedimientos para zanjar los conflictos de intereses: la fuerza o una regulación objetiva; para resolver tales conflictos, el derecho clasifica esos intereses en los que merecen protección y los que no por ser ilícitos o caer en otros ámbitos., luego los clasifica por jerarquías.

En la resolución de conflicto de intereses operan muchos y variados hechos sociales, las situaciones sociales en que tales antagonismos surgen dependen de las

necesidades y deseos de los involucrados, de las creencias y convicciones sociales, de las influencias, de las ideas y de los sentimientos religiosos, factores de la naturaleza, factores espirituales, económicos, de dinamismo colectivo.

La tarea del derecho de reconocer, delimitar y proteger intereses legítimos, nunca llega a terminarse definitivamente, está siempre en reelaboración.

Los intereses que hoy están reconocidos parcialmente se esfuerzan para ampliar su espectro de protección. Viejos intereses al cambiar las circunstancias, al modificar las realidades pierden intensidad o título razonable para seguir siendo protegidos

Los intereses individuales comprenden los relativos a la personalidad, vida, integridad corporal, salud, libertad de conciencias, de pensamiento, de religión de vida, honor, reputación, propiedad, cumplimiento de contratos.

Los Intereses sociales involucran paz y orden, seguridad general, que comprende la eficacia de todas las normas jurídicas, el bien común cuya interpretación plantea graves problemas cuando parece entrar en competencia con ciertos intereses individuales, algunos considerados superiores al bien común, pero otros tenidos como inferiores a éste, el progreso, y la difusión culturales, conservación de recursos naturales

7.5.c) Organización y legitimación del poder político.

Visto desde el campo de la sociología jurídica, el juego de las solemnidades y formalidades cumplen una función indirecta en el Derecho que son las que tienen que ver con el funcionamiento del propio sistema jurídico, buscan su mantenimiento, la defensa, la apología del orden social existente, condiciona la sociedad.

Las solemnidades en el actuar de la persona revisten al poder vigente, mediante las normas de derecho se influye, se ejerce poder, se pretende autoridad, se maneja con

un rango de necesidad incuestionable que someten la expresión de voluntad a formas específicas sin las cuales se nulifica la voluntad de la personas.

Las solemnidades lejos de brindar seguridad jurídica hacen más compleja la estabilidad y el seguimiento de un orden jurídico, que las más de las veces va acompañado de trámites burocráticos o con el pago de derechos, impuestos o bien honorarios de terceras personas que se involucran en la formación del acto.

La solemnidad no va encaminada a la protección de los fines, ni de las funciones del derecho, ciertamente si el derecho debe ir evolucionando a lo que la sociedad ha valorado como bueno, que debe ser objeto de protección, ya no se justifica su permanencia, aún y cuando se contemple solo en algunos actos jurídicos, sin embargo, aferradamente, la legislación positiva sigue hablando de solemnidades, de inexistencia de efectos jurídicos ante su falta o deficiencia.

CAPÍTULO IV

ACTOS JURÍDICOS SOLEMNES.

Los actos jurídicos solemnes han perdido terreno paulatinamente, a grado tal que hay autores que solo reconocen con este carácter al matrimonio.

En otros ámbitos del derecho como lo son el administrativo o el constitucional, se siguen a la fecha una serie de formalidades y solemnidades, las que no obstante también se han ido modificando, incluso alterando de manera significativa; observándose su declive y hasta transformarse en actos circenses.¹²⁹

En el campo del derecho procesal, las formalidades y solemnidades tienen en ocasiones un peso avasallador aún a costa de la pérdida de un derecho si éste no se ejercita con las solemnidades que exige la ley, en detrimento de la justicia misma, en un sistema donde se impone la “legalidad” que la mayor de las veces son simples formalismos que entorpecen una verdadera impartición de justicia.

¹²⁹ Cabe hacer mención sobre la toma de posesión del cargo del Presidente electo de los Estados Unidos Mexicanos, el pasado primero de diciembre del 2006, donde la amenaza de tomar el recinto del Congreso de la Unión hacía pensar sobre la necesidad de protestar el cargo en un recinto diferente, no obstante que el artículo 87 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece claramente la formalidad de protestar el cargo ya sea ante el Congreso de la Unión, o la Comisión Permanente, protestando la leyenda que al pie de la letra establece el mismo artículo. En el caso de que la protesta se hubiera realizado en lugar distinto del designado, -al margen de la calificación de inconstitucionalidad que podría darse a dicho acto- ¿sería inexistente el acto jurídico de la toma de posesión? Y en tal caso en el entendido de que no requiere declaración judicial respecto sobre su inexistencia, ¿Hubiese tenido aplicación el artículo 85 de la misma ley, pudiendo haber nombrado el Congreso de la Unión Presidente Interino? Considero que ni siquiera daría lugar a un juicio de amparo, ni a una controversia constitucional, ni acción de inconstitucionalidad y mucho menos a una acción civil de “constatación de inexistencia” por no ajustarse a ninguna de las hipótesis que las leyes determinan para la procedencia de dichas acciones, en cambio el acto jurídico de toma de posesión sería completamente válido si el presidente electo tomara posesión de su cargo ante los diputados y senadores que se presentasen en cualquier otro lugar y que previamente concertaran aún cuando no estuvieran presentes el número de individuos que señalan los artículos 52 y 56 de la Constitución.

En las sesiones del congreso podemos advertir desde el almuerzo entre diputados y senadores., pancartas, cantantes, zafarranchos.

En nuestra legislación civil, no existe uniformidad respecto a cuáles actos jurídicos son denominados como solemnes, pues en algunos artículos se les califica como formales, en otros como solemnes y otros más ni siquiera tienen nominación al respecto, así se ha sostenido un sistema de formalidad tanto sustantiva como adjetiva y que no obstante que por regla general se ha establecido el consenso como forma de perfeccionamiento de los contratos, resulta necesario revisar qué actos siguen siendo considerados como solemnes y a qué necesidad obedece tal requisito, considerado como elemento de conformación en el acto jurídico según la teoría orgánica expuesta en el capítulo primero de éste trabajo.

Por lo tanto, a continuación se analizarán los actos jurídicos que han sido identificados ya sea en la ley, en la doctrina o bien por la jurisprudencia como solemnes.

1. MATRIMONIO.

Con suma independencia de entrar a la discusión de que el matrimonio pueda o no clasificarse como un contrato, una institución o un sacramento, lo indiscutible es que es un acto jurídico al que por excelencia se le atribuye el distintivo de solemne, incluso algunos autores consideran que es el único acto jurídico que se puede calificar de solemne, pues la solemnidad debe formar parte de sus elementos de existencia dada la importancia en la sociedad de esta figura.¹³⁰

Sin embargo, ni la teoría de la inexistencia ni la teoría de las nulidades pueden serle aplicables a dicho acto con todo su rigor, ya que inclusive en casos donde pudiera presentarse causas de nulidad o bien que se alegara inexistencia sobre todo por falta de solemnidad, no pueden desaparecer la totalidad de los efectos que éste acto produce, por ser base de la sociedad.

¹³⁰ La importancia del matrimonio no obstante lo anterior señalado, ha perdido una importancia avasalladora con las reformas de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al ser posible lo que tanto revuelo causó con el matrimonio entre personas del mismo sexo, de igual forma al no tener que acreditar ya causal alguna para reclamar el divorcio y bastar el desinterés, la apatía o simplemente la falta de compromiso de un cónyuge hacia el compromiso adquirido para “compartir las cargas de la vida” da lugar a una verdadera crisis de la tradicional célula social: la familia.

Los efectos de la sentencia que decreta la nulidad de matrimonio, no son restitutorios, sino que tienden a hacer cesar para lo futuro el estado matrimonial, se deben respetar situaciones creadas fundamentalmente con relación al estado de hijos nacidos del matrimonio viciado, e incluso con relación a los propios cónyuges cuando ambos han procedido con buena fe.

Así, Galindo Garfías¹³¹, considera que en el matrimonio se está ante un régimen especial de ineficacias, en el que deben tomarse en consideración primordialmente la *ratio legis* que preside la institución del matrimonio, tutelando de manera fundamental los derechos de los cónyuges y de los hijos, en función de los fines de la organización social.

Algunos principios que deben tomarse en cuenta, tratándose de la nulidad de matrimonio son:

1.- Presunción de validez, que subsiste hasta en tanto cuanto no se haya pronunciado una sentencia de nulidad.

2.- La buena fe de los consortes, hará que el matrimonio produzca todos sus efectos mientras dure y en todo tiempo a favor de los hijos aunque sea declarado nulo (Cabe resaltar que el artículo 255 del Código Civil para el Distrito Federal, que contempla tal principio, no señala a la inexistencia, sino la nulidad del matrimonio).

3.- Siempre se presume la buena fe de los consortes, salvo prueba en contrario (artículo 257 del Código Civil para el Distrito Federal).

4.-La posesión de estado de matrimonio, unida a la existencia del acto, subsana las faltas de solemnidades. (Artículo 250 del Código Civil para el Distrito Federal).

¹³¹ Galindo Garfías, Ignacio, Op. Cit. pág. 518.

Ahora bien, para determinar en qué consisten las solemnidades o la solemnidad que reviste al matrimonio, la ley es imprecisa y hasta contradictoria al respecto.

Así, el artículo 249 de la misma ley, determina que:

“...la nulidad que se funde en la falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, puede alegarse por los cónyuges y por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio: También podrá declararse esa nulidad a instancia del Ministerio Público...”

Si el mismo legislador establece que cualquier persona que tenga interés en probar que no hay matrimonio podrá demandar la nulidad del mismo cuando se funde en la falta de formalidades esenciales, entonces lo que se reclamará será la declaración de inexistencia, pues no hay matrimonio, sin embargo al referirse a formalidades esenciales de acuerdo a las teorías de las nulidades e inexistencia ya expuestas, la falta de las mismas no produce la inexistencia del acto a menos que la misma ley las califique de solemnes.

La definición que brinda la misma ley incluso no lo califica como solemne, pues de acuerdo al artículo 146 del cuerpo de leyes mencionado matrimonio es:

“...**Artículo 146.-** Matrimonio es la unión libre de dos personas¹³² para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse

¹³² Nótese cómo el legislador además de no aclarar que el matrimonio sea un contrato, y que mantiene cierta confusión al señala al matrimonio como la “unión libre” que en términos coloquiales es sinónimo de concubinato, tampoco distingue a qué tipo de personas se refiere, pues da la posibilidad de que se realice entre personas morales y aunque un consorcio podría considerarse una alegoría del matrimonio, por supuesto que se trata de figuras jurídicas distintas.

ante el Juez del Registro Civil¹³³ y con las formalidades que estipule el presente código...”

La asamblea legislativa incluso introduce la posibilidad que el matrimonio se celebre entre dos personas del mismo sexo, eliminando como uno de los objetos del matrimonio la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada, como se regulaba anteriormente

Las formalidades que la ley exige para la celebración del matrimonio las encontramos en los artículos 97 al 101 y 103 del Código Civil para el Distrito Federal, sin embargo el artículo 103 bis del Código, las califica de manera genérica de solemnidades, pero en realidad la solemnidad del matrimonio se contempla en el artículo 102 del Código, que establece:

“...Artículo 102. En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el Juez del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en el artículo 44.

Acto continuo, el Juez del Registro Civil leerá en voz alta el acta respectiva y les hará saber los derechos y obligaciones legales que contraen con el matrimonio, para posteriormente preguntar a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad.”

Las formalidades que conformaban la solemnidad también se han ido minimizando, pues ya no se impone el acto de leer ni la solicitud de matrimonio, ni las diligencias que se hayan practicado, tampoco la presencia ni firma de testigos, como se

¹³³ En el Distrito Federal se mal emplea el término Juez para designar al Oficial del Registro Civil, ya que no juzga ninguna controversia, solo oficia.

establecía anteriormente, sino simplemente leer el acta elaborada, así la solemnidad del matrimonio, estriba en otorgarse el acta respectiva en la cual se haga constar la expresa voluntad de los contrayentes que desean unirse en matrimonio y la necesaria intervención del “Juez” del Registro Civil que hará la declaratoria correspondiente, considerándolos unidos en matrimonio en nombre de la ley y de la sociedad, haciendo, además, constar los nombres y apellidos de los contrayentes.

Estas son solemnidades en sentido estricto y si faltase una sola de ellas, trae aparejada la inexistencia del acto jurídico, de acuerdo a la teoría de la inexistencia ya vista; en cambio, todos los demás requisitos que la ley señala, no constituyen en sentido estricto solemnidades sino formalidades, cuya inobservancia puede motivar la nulidad del acto jurídico, ya sea relativa, ya sea absoluta, pero ambas presuponen técnicamente hablando, la existencia del acto.

No obstante, las consecuencias que implica la inexistencia del acto jurídico por falta de solemnidades no pueden regir al matrimonio, pues se debe tener en cuenta el principio del equilibrio de los intereses en presencia, que implican desde la estabilidad de los consortes, de la estructura familiar con relación a los hijos, a situaciones sociales que permitan acceso a seguridad social o privada.¹³⁴

En el Código Civil para el Distrito Federal, no se establece expresamente lo relativo a los matrimonios inexistentes. En el artículo 235 del Código se señala lo relativo a los matrimonios nulos por error en la persona, porque exista algún impedimento para celebrar el acto o porque no se hayan cumplido con las formalidades que el mismo Código establece. Cabe aclarar que el artículo en comento remite al contenido de los artículos 97, 98, 100, 102 y 103 y como ya se ha visto el artículo 102

¹³⁴ Supóngase el caso de una compañía aseguradora que se ha percatado de la falta de solemnidades en el acta de matrimonio que aparece en un contrato de seguro de vida, donde el contratante designó como beneficiario a su cónyuge y que establecía que el beneficio sólo se otorgaría si continuaran casados, ocurre el siniestro y la Compañía pretende la declaración de “inexistencia” del matrimonio para no pagar la suma asegurada ¿a quién se protege entonces con las solemnidades?

contiene en sí la solemnidad del acto jurídico del matrimonio y no obstante la ley lo califica como causa de nulidad y nunca de inexistencia.

Claro está que podrá haber casos en donde el matrimonio resulte inexistente por falta de declaración de voluntad de uno o ambos cónyuges, o aún por falta de objeto¹³⁵, pero con relación a la falta de solemnidad podrá haber diversos supuestos más o menos graves que importen deficiencias a la solemnidad que no necesariamente deben conllevar las consecuencias de la inexistencia de los actos jurídicos.

De tal suerte que si se omite presentar el convenio que deberán celebrar con relación a sus bienes presentes o futuros, o que el “Juez” del Registro Civil no haya hecho la declaración de viva voz de declarar unidos a los contrayentes en nombre de la ley y de la sociedad, o bien que el juez hubiese sido destituido o cesado de su cargo, ciertamente se estaría ante la solemnidad conformada defectuosamente dado que la formalidad (o el rito, si se quiere), se llevó a cabo, pero en forma viciosa, ante lo cual la jurisprudencia ha determinado la inexistencia del acto, sin embargo, esto no quiere decir que sea correcto ni mucho menos justo, ni siquiera legal porque como se ha expuesto, el Código no sanciona la inexistencia del matrimonio por falta de solemnidades.

Lo anterior, porque no se deben soslayar los intereses en presencia que son fundamentalmente la voluntad de los contrayentes, como lo he ya ejemplificado, la buena fe de los consortes, las consecuencias sociales que se producirían ante la declaratoria de inexistencia del acto jurídico matrimonio, derivada de causas ajenas a las partes.

¹³⁵ No obstante que la doctrina refiere que el acto jurídico es inexistente cuando carece de objeto, considero que en el matrimonio no puede haber un caso real donde exista declaración de inexistencia de matrimonio por falta de objeto, toda vez que si el objeto es el establecer una situación de derecho que cambia el estado civil de las personas, este cambio opera ipso iure una vez celebrado el matrimonio, por otro lado se ha eliminado el objeto de procrear la especie, y aun cuando subsiste como objeto la comunidad de vida, el matrimonio puede subsistir estando separados los cónyuges.

Más aún, debe tomarse en cuenta que en la evolución del Código el legislador ha tendido a simplificar las formalidades del matrimonio, tanto las anteriores como las concomitantes al mismo.

En ese tenor, ejerce gran influencia al postulado que se propone en el matrimonio putativo.

No puede sancionarse con el extremo rigor de la ley, a dos esposos que han actuado de buena fe, quienes al contraer matrimonio ignoraban las causas de nulidad que hacía inválida su unión. Por ende, se admite que todo matrimonio nulo contraído de buena fe, produce sus efectos como si hubiere sido válido, hasta que cause ejecutoria la sentencia del juez que declare la nulidad, el matrimonio putativo dejará únicamente de surtir efectos para el porvenir, pero los que ya se habían producido subsisten y los derechos adquiridos no quedan destruidos. Así, la nulidad se realiza sin efectos retroactivos.

Hay que favorecer a los esposos, que de buena fe, contrajeron el matrimonio nulo. Los esposos creían que estaban casados válidamente. Tanto las legislaciones civiles, como las canónicas señalan importantes efectos en el matrimonio inválido contraído de buena fe. No es el matrimonio putativo nulo *ab initio* sino simplemente anulable. Los derechos adquiridos durante su existencia, son inalterables, y cesará por consiguiente al sobrevenir la disolución.

Para que el matrimonio sea putativo se exige tan sólo la buena fe de los esposos, es decir, la ignorancia de la causa de la nulidad del matrimonio. La buena fe de uno de los esposos basta para que el matrimonio sea putativo. Para apreciar la buena fe se debe atender al momento mismo de la celebración del matrimonio.

Puede haber existido error en la realización de las solemnidades, cometido de hecho o de derecho cuando la ignorancia recae sobre la exigencia de un requisito legal, pero existirá la buena fe

¿Cuál es el fin que el legislador persigue con implementar la solemnidad como requisito de existencia?

¿Seguridad jurídica? Las solemnidades no garantizan la continuidad del matrimonio, ni el cumplimiento del objeto de su objeto, tampoco la firmeza del mismo.

¿Publicidad? La solemnidad no se establece para que surta efectos contra terceros.

¿Certeza? Si la voluntad de las partes es manifiesta, consta de manera fehaciente a lo que quisieron obligarse, la certeza no es el argumento para sustentar la solemnidad.

La solemnidad no otorga protección a la familia, por el contrario, si el acto es inexistente no produce efecto alguno, supongamos el caso de un matrimonio afectado de vicios en la conformación de la solemnidad que señala la Ley, si hubiere hijos y éstos sólo fueron registrados por la madre o nace dentro de los plazos de fallecimiento o ausencia, no podrían considerarse como hijos de matrimonio y requerirían el reconocimiento del padre para tener los derechos de filiación que le pudieran asistir.

No niego que el matrimonio constituya la base principal para la creación de una familia y con ello la importancia que ocupa en la sociedad; sin embargo la familia ha sido definida por los tratadistas Marcel Planiol y Georges Ripert, en su obra de Derecho Civil, como "el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio, o por la filiación, y también, pero excepcionalmente, por la adopción"¹³⁶. Por su parte, Rafael Rojina Villegas, en su "Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia", señala que: "... es la verdadera célula de la sociedad, porque en ella se forman y desarrollan los sentimientos de solidaridad, las tendencias altruistas, las fuerzas y

¹³⁶ Planiol, Marcel. Op. Cit. Pag. 103.

virtudes que necesita, para mantenerse saludable y próspera la comunidad política"¹³⁷. Por lo que, acorde con tales conceptos, la familia puede tener su fuente no sólo en el matrimonio, sino también en la filiación e incluso la adopción.

Es más, de acuerdo con dichas definiciones se incluirían las uniones que regulan la Ley de Sociedades en Convivencia para el Distrito Federal, que en su artículo 2 se define como:

“...acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.”

En el artículo 3 de la misma Ley, si bien no le confiere el carácter de formal, si le otorga la posibilidad de registro ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político Administrativo correspondiente, para efectos frente a terceros.

No obstante que el registro de la sociedad en convivencia no es constitutiva de la misma, los derechos de los convivientes se generan a partir de la suscripción del acuerdo y del registro que señala la Ley, así se desprende de los artículos 13 y 14 de la misma Ley, cabe destacar que el artículo 13 parece en principio contradecirse cuando establece que en virtud de la sociedad en convivencia se generará el deber recíproco de proporcionarse alimentos, esto parecería derivarse desde el momento mismo con el establecimiento de un hogar común, con voluntad de permanencia, sin embargo inmediatamente aclara el precepto que este deber se genera a partir de la suscripción.

Así, este tipo de uniones, entraría dentro del rubro de familia, al constituir una forma de vida moral permanente entre las partes, que permite a su vez cumplir con los deberes de vida en común, fidelidad, asistencia mutua y socorro que imponen el

¹³⁷ Rojina Villegas, Rafael. Compendio...Op. Cit. Pag. 210.

derecho y la moral, sin que implique para su celebración el elemento de solemnidad que caracteriza al matrimonio. La continuidad, estabilidad o fuerza social a la familia no se protege con la solemnidad que reviste al matrimonio, actualmente tiene la misma importancia el concubinato.

A mayor abundamiento, si el principal argumento para considerar al matrimonio como el único acto solemne por la importancia que tiene para la sociedad, resulta un contrasentido que si es considerado como el más importante de los actos jurídicos celebrados entre dos personas, la forma para terminar con el mismo no requiera más que la voluntad de uno solo de los cónyuges, sin expresar razón o causa alguna que no sea el de querer divorciarse.

2. ADOPCIÓN.

De acuerdo a la definición general se entiende como adopción recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes al que no lo es naturalmente.

La adopción es la relación entre el adoptante y el adoptado, cuando el primero incorpora a su familia al segundo, sin que exista una filiación biológica, generándose, conforme lo dispone el artículo 396 del citado Código Civil, los derechos y obligaciones que la ley prevé para padres e hijos en una relación filial; la adopción está prevista en los numerales 390 a 410-F del Código Civil para el Distrito Federal.

De acuerdo a la definición del Doctor Ernesto Gutiérrez y González, adopción es:

“...es un contrato solemne que homologa el Estado, por el cual una mujer o un hombre, o ambos, a los cuales se les llama adoptantes, reciben como si fuera su descendiente consanguíneo, en su familia o

para integrar una familia, a una persona que no lo es, y a la cual se le designa como adoptada...”¹³⁸

Existen dos tipos de adopción: la plena y la *minus* plena o simple, en ésta última la adopción sólo genera derechos y deberes entre el adoptante y el adoptado, pero no crea relación alguna de parentesco entre el adoptado y los parientes del adoptante, ni entre el adoptante y los parientes del adoptado, sino únicamente entre el adoptante y el adoptado.

La adopción plena se da cuando se crea una relación jurídica del adoptado con los parientes del adoptante como si se tratara de un descendiente consanguíneo de éste.¹³⁹

La naturaleza jurídica de la adopción dista de ser un contrato, ya que por definición no puede existir acuerdo de voluntades con un menor que no tiene voluntad para obligarse jurídicamente, pues en todos los casos un menor adoptado no tiene capacidad de ejercicio, no puede sostenerse que sea el Estado quien lo vaya a representar, porque no hay disposición jurídica en ese sentido y la intervención del Agente del Ministerio Público, no le da el carácter de representante del menor.

La adopción no se consigue sino es mediante juicio previo, por lo que bien puede considerarse un procedimiento jurisdiccional y no un solo acto jurídico, por lo tanto, no puede considerarse que por el hecho de que deba existir un procedimiento jurisdiccional de adopción, esta figura sea solemne, se exigen si, requisitos y quedará a criterio del juez resolver si se cumplieron o no para dictar la resolución correspondiente.

3. RECONOCIMIENTO DE HIJO.

¹³⁸ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho Civil Para La Familia*. Editorial Porrúa. México, 2004. pag. 537.

¹³⁹ Actualmente, en el Código Civil para el Distrito Federal, únicamente se contempla la adopción plena.

En opinión de Rojina Villegas¹⁴⁰, el reconocimiento de un hijo procreado fuera de matrimonio, es un acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen por aquél que reconoce y a favor del reconocido todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación.

De acuerdo a la opinión del maestro, las solemnidades del reconocimiento se encuentran en las formas en que ha de llevarse a cabo el reconocimiento de hijo y que regula el artículo 369 del código Civil para el Distrito Federal, que establece:

“Artículo 369.- El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes;

- I. En la partida de nacimiento, ante el juez del Registro Civil;
- II. Por acta especial ante el mismo juez;
- III. Por escritura pública;
- IV. Por testamento;
- V. Por confesión judicial directa y expresa.

El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.”

En un primer plano tendré que señalar que las formas que la ley dispone para que se efectúe el reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, no conforman propiamente solemnidades, pues no se precisa en qué consisten éstas, por lo que respecta a la primera y segunda forma de reconocimiento, el acudir ante un juez del registro civil para que realice el acta de reconocimiento, tiene fundamentalmente efectos de registro.

¹⁴⁰ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Op. Cit. pág 727.

El realizarse en escritura pública, conlleva la fe pública del Notario ante quien se hace y en todo caso es propiamente un instrumento, además existen muchos actos jurídicos que si bien puede exigir como formalidad que se otorguen en escritura pública como la donación tanto de muebles o inmuebles cuando se exceda del valor de cinco mil pesos del bien donado, o bien la compraventa de inmuebles y no por ello se consideran actos solemnes.

El testamento no es un acto solemne, si el reconocimiento de un hijo está contenido en un acto no solemne, por deducción se afirma que el reconocimiento tampoco sería un acto solemne, no obstante cabe apuntar que si bien el testamento puede ser revocado, no podrá revocarse la declaración de reconocimiento de hijo realizado en este instrumento, sin embargo, el carácter irrevocable del reconocimiento así producido, tampoco califica éste acto como solemne.

La confesión judicial es un acto procesal que si bien regulada como prueba, requiere se proteste a la persona para que proteste conducirse con verdad y sea apercibida de las penas en que incurre el falso declarante, también puede darse de manera libre y espontánea, sin formalidad alguna. De sostener que la confesión es un acto solemne se estaría confundiendo los actos procesales que en general están sujetos a formalidades a términos y en general a condiciones distintas de un acto jurídico fuera de juicio.

El reconocimiento de hijo obtenido a través de una sentencia firme, tampoco puede considerarse un acto solemne, es el resultado de un procedimiento judicial.

5. TESTAMENTO.

El testamento es definido según la doctrina:

- a) Para Modestino.- Una justa disposición, decisión de nuestra voluntad de aquello que alguien desea que sea hecho después de la muerte.¹⁴¹
- b) Según Ulpiano.- Una afirmación justa de nuestra mente, hecha en forma solemne para que valga después de la muerte.¹⁴²
- c) *Testatio et mens, son dos palabras del latín que quiere tanto decir en romance como testimonio de la voluntad del ome é destas palabras fue tomado el nome de testamento. Cae en él se encierra e se pone ordenadamente la voluntad de aquél que lo faze; estableciendo en él su derecho e departiendo lo suyo en aquella manera que él tiene por bien que finque lo suyo después de la muerte. (partidas VI, I, I.)*¹⁴³.
- d) Para Bonnacase el testamento es un acto jurídico solemne cuyo propósito es dar a conocer por parte de su autor, su voluntad para la época que seguirá a su fallecimiento tanto desde el punto de vista pecuniario como extrapecuniario.¹⁴⁴

A las anteriores definiciones habría que agregar que el testamento es un acto unilateral, surte efectos únicamente en caso de muerte.

Nuestra legislación civil define al testamento como:

Artículo 1295. Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.

¹⁴¹ Margadant S, Guillermo Floris. Op. Cit pag. 465.

¹⁴² Idem. Pag. 466.

¹⁴³ De Ibarrola, Antonio. *Cosas y Sucesiones*. Catorceava edición. Editorial Porrúa. México, 2004, pag. 683

¹⁴⁴ Ibidem.

De principio, la ley no califica como solemne al testamento, sin embargo, al referirse específicamente al testamento público abierto, nuevamente incurre el legislador en contradicciones como las que se aprecian en los artículos del Código Civil para el Distrito Federal:

Artículo 1519. Las formalidades expresadas en este capítulo se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento y el notario dará fe de haberse llenado aquéllas.

Artículo 1520. Faltando alguna de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto, y el notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá, además, en la pena de pérdida de oficio.

Es claro que existe una incorrecta aplicación de la palabra solemnidad, pues en realidad debió señalarse como formalidad, en las que ante la falta o deficiencia de las mismas puede reclamarse una nulidad, ya sea porque el notario no haya dado fe de la capacidad legal del testador, o bien, porque sabiendo éste firmar, lo haya hecho otra persona en su nombre, pues la ley sólo permite que una persona firme por otra, cuando ésta no sabe firmar.

El problema estriba no en que no puedan subsanarse las formalidades de un testamento, pues el objeto del mismo es la disposición del patrimonio a la muerte de una persona física y puede revocarse, modificarse o limitarse; el problema se presenta justamente con la muerte del autor del testamento quien por obvias razones, no podrá subsanar las deficiencias de su otorgamiento.

6. REPUDIACIÓN DE HERENCIA.

El repudio implica una renuncia, como tal es una manifestación unilateral de voluntad, mediante la cual, un determinado sujeto declara que no acepta un derecho o cosa que, de no existir dicha manifestación, entraría a su patrimonio¹⁴⁵

La repudiación de herencia, según Antonio de Ibarrola, debe ser expresa y solemne haciéndose por escrito ante el juez o por medio de instrumento público otorgado ante notario, cuando el heredero no se encuentre en el lugar del juicio. La repudiación es un acto expreso, no puede inferirse del silencio del heredero y la razón atiende a que el supuesto normal de las sucesiones es la aceptación y por ello es conveniente tener autenticidad de la renuncia, ya que ésta interesa a los acreedores y abre la herencia a otros herederos.¹⁴⁶

No obstante la definición que hace el maestro de Ibarrola, de la repudiación como acto jurídico solemne, considero que dicha calificación no es correcta, ya que si bien la repudiación debe ser expresa y por escrito, esto obedece a que se trata de la renuncia de un derecho que a efecto de evitar fraudes y con ello los correspondientes daños y perjuicios de los herederos, el legislador quiso que la voluntad del heredero, obrara de manera fehaciente, pero sin imponer un formalismo determinado

7. ALBACEA.

La naturaleza jurídica del albacea, se encuentra controvertida entre los doctrinarios, pues bien puede considerarse una especie de tutela, postura que es controvertida al señalar que la tutela se da principalmente para el cuidado de la persona del pupilo y en ciertos casos al albacea atañe asuntos patrimoniales concretos.

Se pudiera contemplar como árbitro que zanja discusiones entre los herederos, sin embargo esa función no es esencial en el albacea

¹⁴⁵ De Pina Vara, Rafael. Op Cit. pág. 426.

¹⁴⁶ De Ibarrola, Antonio Op. Cit. pág 998.

Hay quienes al absurdo, sostienen incluso que la sucesión es una persona moral y que el albacea es su representante.

Se piensa sin sentido, que el albacea es un representante del testador en las sucesiones testamentarias, que es un mandante póstumo.

Para otros autores el albacea es un intermediario que tiene el control de los bienes en un periodo transitorio el que transcurre entre la muerte del testador y la adjudicación efectiva a cada uno de los herederos y legatarios

Toda vez que sólo las personas pueden ser sujetos de representación y que la personalidad termina con la muerte, realmente el albacea es representante de los herederos en el trámite de la sucesión.

Antonio de Ibarrola considera que el cargo de albaceazgo no requiere declaración solemne del juez para que quede discernido, ya que de acuerdo a nuestra legislación no se requiere más requisitos para que el albacea entre en funciones con todos los derechos y obligaciones inherentes a su cargo que el de su mera aceptación, de lo que se sigue que al producirse ésta, en el acto en que el juez de la sucesión le nombra albacea, *ipso iure* se produce el discernimiento de tal cargo en su favor, ya que la legislación aplicable, apartándose de fórmulas sacramentales que están reñidas con la moderna concepción del procedimiento, no estatuye que para que ese discernimiento se produzca, sea menester una declaración solemne del juez.¹⁴⁷

Ahora bien, la circunstancia de que se haya designado albacea a determinada persona, sin que exista actuación alguna en donde aparezca que haya aceptado el cargo conferido, ni que lo protestara fielmente, lleva a concluir que no existe la conformación del acto, la manifestación de voluntad por el cual se acepte desempeñar el cargo por lo cual no surtiría efectos el nombramiento de albacea. Sin embargo, el

¹⁴⁷ De Ibarrola, Antonio *Cosas y Sucesiones* Op Cit. pág. 875.

hecho de que exista aceptación y protesta del cargo y que el juez haya omitido realizar la declaración de aceptación y discernimiento del cargo de albaceazgo, no priva al albacea de la facultad de desempeñar su cargo, ni le niega tal carácter.

8. DONACIÓN.

La donación es un contrato traslativo de dominio, mediante el cual una persona llamada donante transfiere de manera gratuita la propiedad de una parte de sus bienes o la universalidad de los mismos, siempre que en este último caso se reserve lo necesario para vivir, a favor de otra persona llamada donatario

El contrato se perfecciona sólo hasta que el donatario acepta la donación y lo hace saber al donante en forma expresa y durante la vida del donante, la aceptación debe ser en forma expresa y no se perfecciona mediante el consentimiento tácito.

La forma en que se exterioriza la voluntad en este contrato puede ser verbal, escrita o mediante escritura pública; la donación será verbal únicamente cuando verse sobre bienes muebles y que éstos no excedan del valor de doscientos pesos; si el valor de los bienes es de doscientos a cinco mil pesos deberá realizarse por escrito, pero si el valor de los bienes muebles excede de cinco mil pesos, la donación exige que se realice mediante escritura pública.

Este contrato es un claro ejemplo del anacronismo de las disposiciones legales contenidas en los artículos 2343 y 2344 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que escapa al dinamismo actual y al valor monetario de los bienes, pues resulta entorpecedor y contrario a una eficaz interacción de transmisión de bienes, que por el hecho de regalar un ordenador, un automóvil o un diamante por ejemplo, tenga que ser mediante escritura pública para otorgarle plena validez al acto.

El artículo 2345, del Código Civil, exige que la donación de un bien inmueble se haga constar en escritura pública, y aún cuando tal requisito le otorga un grado superior de formalidad, no por ello lo convierte en un contrato solemne

El contrato de donación de un bien inmueble constituye un contrato formal cuyo consentimiento debe manifestarse por escrito, sin embargo, cuando no se otorga en escritura pública, en los supuestos que la ley exige para el caso de la compraventa de ese tipo de bienes, la falta de forma no implica su inexistencia ni su nulidad absoluta, porque no hay norma expresa que imponga esa consecuencia por falta de forma resultando, por ende, que ese aspecto formal sólo constituye un requisito de validez; de ahí que el pacto verbal que reúna los elementos para su configuración sí puede demostrarse en juicio, pero estará afectado de nulidad relativa, por lo que procederá la condena a su otorgamiento si queda plenamente demostrada su existencia.

9. NOVACIÓN

De acuerdo a la definición que otorga el Doctor Ernesto Gutiérrez y González de la novación, la califica de acto solemne en los siguientes términos:

“... La novación es el convenio lato sensu, solemne, celebrado entre dos o más personas que guardan entre sí el carácter previo de acreedor y deudor y en ciertos casos interviene un tercero y por el cual extinguen el derecho de crédito convencional que los liga y lo sustituyen con el ánimo de novar (*animus novandi*) por otro que difiere del extinguido en uno de sus elementos de existencia...”¹⁴⁸.

Para la configuración de la novación se requieren los siguientes elementos:

- 1.- Existencia de una obligación previa.
- 2.- Creación de una nueva obligación.

¹⁴⁸ Gutiérrez y González, Ernesto, “*Derecho de las Obligaciones*. Op. Cit pág. 1144.

3.- Extinción de la primera obligación simultáneamente a la creación de la segunda.

4.- Un elemento de esencia diferente entre la primera y la nueva obligación.

5.- Exteriorización solemne de la voluntad de las partes o "*animus novandi*".

Una obligación se altera sustancialmente en los siguientes casos:

I.- Cuando se cambia el objeto u objetos de la obligación, con el propósito de extinguirla para crear una nueva;

II.- Cuando la obligación pura y simple se convierte en condicional

III.- Cuando la obligación condicional se transforma en pura y simple;

IV.- Cuando un nuevo deudor sustituye al anterior, que quede liberado;

V. Cuando el acreedor es sustituido por otro, con quien queda obligado el deudor primitivo."

De acuerdo a la definición elaborada por el Doctor Gutiérrez y González, la voluntad de las partes que dan nacimiento al convenio novatorio, no puede ser una voluntad que se exprese de forma libre, de "la manera que mejor les acomode", pues la voluntad de los sujetos siempre debe ser expresa, no cabe la posibilidad de que la voluntad se exprese en forma tácita, siempre deben los que en este acto intervienen, decir expresamente que están conformes con que se extinga una obligación y se cree otra nueva, pues la novación nunca se presume, debe constar expresamente¹⁴⁹.

Sin embargo, el hecho de que la novación deba constar expresamente y que no pueda presumirse, no necesariamente puede tal exigencia calificarse de solemne, sino simplemente sentar el principio de que la voluntad de las partes conste de manera clara, que se manifieste en forma explícita, que no dé lugar a dudas sobre la intención de los contratantes.

¹⁴⁹ Idem. Pag. 1145.

Es cierto que conforme a nuestra legislación civil, la novación nunca se presume, sino que debe constar expresamente; pero esto no quiere decir que para que la novación se verifique, sea indispensable y necesario el requisito de que las partes hagan explícita y solemne declaración de voluntad, en el sentido de que son su deseo e intención, novar el convenio primitivo; porque no es necesaria en el actual derecho la formalidad exigida por el antiguo derecho romano, pues en la actualidad, es bastante con que el *animus novandi* aparezca claramente de los términos del nuevo contrato.

10. SUBROGACIÓN.

La subrogación, es la substitución admitida o establecida por la ley en los derechos de un acreedor, por un tercero que paga la deuda o presta al deudor fondos para pagarla; es una forma de transmisión de las obligaciones por cambio de acreedor que opera por ministerio de ley en los casos en que un tercero paga al acreedor cuando tiene interés jurídico en el cumplimiento de la deuda, o bien por convenio entre el acreedor y un tercero, aquél transmite a éste por virtud de un pago que recibe, todos los derechos que tiene contra su deudor.¹⁵⁰

La subrogación está ligada al pago, difiere del pago ordinario en que, en lugar de extinguir la deuda no hace sino cambiar la persona del acreedor: El deudor es liberado respecto de su acreedor, pero pasa a ser deudor de aquél que ha pagado la deuda por él.

Este acto jurídico presenta así una ventaja para el que paga, no hace una liberalidad al deudor al que libera por su intervención, tiene contra él una acción personal para hacerse rembolsar con todos los derechos del acreedor original.

La subrogación se aproxima a la cesión de crédito: su origen histórico es común como lo es su fin general, se trata de asegurar al que paga el beneficio de los derechos

¹⁵⁰ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Op.Cit. pág. 587.

que pertenecían al acreedor primitivo y se concebiría muy bien que lo adquiriera por medio de una verdadera cesión, sin embargo las dos operaciones se han separado y la diferenciación se ha efectuado en razón de consideraciones de orden económico. La cesión ha llegado a ser la operación de especulación, la subrogación se ha concebido como la operación de benevolencia, el servicio de amigo que no comparte para su autor el derecho de realizar una ganancia y que debe saldarse simplemente para él por la ausencia de pérdida, es decir por el reembolso de sus anticipos.

Si la subrogación siempre debiera ser libremente consentida por el acreedor, es dudoso que la necesidad de diferenciarla de la cesión se hubiese afirmado jamás, pero ha parecido bueno que el que paga pudiese ser investido de las acciones del acreedor independientemente de la voluntad de éste. La subrogación puede operar por la sola voluntad del deudor o de la ley, hay casos en que no se necesita el consentimiento del acreedor, el subrogado tiene siempre acción personal contra el deudor, no hay que observar las formas de la cesión, no se necesita notificar al deudor, no nace obligación de garantía; el subrogado no puede reclamar al deudor más de lo que ha pagado al acreedor.

La subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y le subroga en sus derechos, privilegios, acciones, o hipotecas contra el deudor. En la subrogación consentida por el deudor, debe forzosamente existir la manifestación expresa de subrogarse al acreedor, esto es: si la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare para ese objeto, solamente quedará subrogado el prestamista en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Esta subrogación debe ser expresa y hacerse al mismo tiempo que el pago. A falta de esta circunstancia el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato.

Sin duda, el derecho moderno no exige términos sacramentales pero no teniendo equivalentes las palabras subrogar o subrogación no se podría emplear en su lugar sino

una perífrasis tal como ceder o transmitir sus acciones, lo que dejaría una duda sobre la intención verdadera de las partes, pues podría preguntarse si han pretendido convenir un pago con subrogación o una cesión de derechos, convenciones que son igualmente posibles, pero cuyos efectos y condiciones de eficacia no son semejantes.

No basta la prueba del préstamo hecho por tercero para que éste quede subrogado en los derechos del acreedor, es preciso probar que el préstamo tuvo la aplicación indicada en el respectivo título, prueba que podrá ser hecha con la declaración del acreedor en el recibo o en la escritura de declaración de pago; la subrogación resulta de la declaración del préstamo en las condiciones aludidas.

Cabe hacer la distinción cuando la subrogación se verifica por ministerio de ley y sin necesidad de declaración alguna por parte de los interesados, siendo en los siguientes supuestos:

1.- Cuando el que paga tiene interés en el cumplimiento de la obligación, tiene lugar de pleno derecho en provecho de aquel que estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda tiene interés en pagarla.

2.- Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente.

3.- Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición.

4.- Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia.- Se quiere así permitir al heredero conjurar el embargo y la venta forzada.

Pues bien, éste acto jurídico no tiene a mi juicio la característica de trascendental importancia del derecho, ni afecta situaciones de orden público, por lo cual no se justifica que pueda considerarse solemne: es importante sí que como cualquier otro acto se indique de manera clara y precisa (y sólo en el caso de subrogación consentida

por el deudor) cual es el fin del préstamo que se realiza, a efecto de que no se le confunda con otra figura semejante, (por ejemplo cuando se transmite un bien debe precisarse de manera clara y precisa si es una venta o una donación), pero ello no implica que no pueda existir si faltara esa expresión, siempre que pueda comprobarse que el dinero prestado fue utilizado precisamente para pagar determinada deuda y que el prestamista quiso tener los mismos derechos y garantías que el acreedor original, lo que conlleva a que la carga de la prueba y la dificultad que ello pueda acarrear, sea a cargo del subrogado, en todo caso podría hablarse de un acto formal pero no elevado al grado de solemne.

A mayor abundamiento, si la propia ley ha suplido expresión alguna de formalidad cuando opera la subrogación por ministerio de ley, no hay motivo para imponer como solemnidad la simple expresión del motivo por el cual se presta, para que pueda existir el acto jurídico de la subrogación.

Al respecto, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, confirman que un acto de esta naturaleza, no debe ser sancionado con la nulidad ante la falta de forma señalada en la ley, sino que basta demostrar los actos en los cuales se formó la figura de la subrogación, por lo tanto se trata de una formalidad "*probationis causa*", el único fin perseguido por la ley, es acreditar la existencia del derecho, empero no existe manera de distinguir cuando debemos estar ante un acto cuya formalidad se impone para ser probado y cuando se impone la misma formalidad para que pueda existir como determinado acto.

11. EL PAGARÉ.

El pagaré es un título de crédito que contiene una promesa incondicional de pago dada por una persona llamada suscriptor a otra llamada beneficiario de pagar una suma determinada de dinero en el lugar y fecha señaladas en el documento.

De acuerdo al artículo 170 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los requisitos que debe contener el pagaré son:

- I.- La mención de ser pagaré, inserta en el texto del documento;
- II.- La promesa incondicional de pago de una suma determinada de dinero.
- III.- El nombre de la persona a quien ha de hacerse el pago.
- IV.- La época y el lugar del pago.
- V.- La fecha y el lugar en que se suscriba el documento.
- VI.- La firma del suscriptor o de la persona que firme a su ruego y nombre

Los requisitos que aluden las fracciones I, II, VI se consideran esenciales, sin los cuales, se dice no existe el acto jurídico contenido en el título de crédito, es más: se entiende que ni siquiera existiría el título de crédito, sin embargo, la interpretación de la ley que han realizado los señores Magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito, sugieren que por lo menos los requisitos marcados en las fracciones I y II, no son tan estrictos, veamos porqué:

I.- LA MENCIÓN DE SER PAGARÉ INSERTA EN EL TEXTO DEL DOCUMENTO. Se tiene como un requisito esencial, equivale a la cláusula cambiaria.

El uso de la palabra “*pagaré*” debe utilizarse como verbo, dado que con su empleo en esa forma se satisface no sólo el requisito de utilizar esa palabra sino de hacer la promesa de pago (debo y pagaré).

Se dice que ese requisito es verdaderamente elemental, de tal manera que no es posible sustituir la palabra aunque sea por otra equivalente: dado que el propósito fundamental de la mención de ser letra de cambio, cheque o pagaré es el de eliminar la posibilidad de confusión respecto a la clase de título de que se trate para hacer precisa su calidad y más segura su interpretación.

Pero la exigencia de la ley no puede llegar al extremo de requerir la inclusión de dichas palabras dentro de las fórmulas estrictamente determinadas e invariables y usadas las propias palabras en determinado sentido.

A diferencia de la expresión “letra de cambio”, la palabra “pagaré” puede usarse como sustantivo o como verbo y que como en un pagaré se consigan la promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero y esa promesa la hace el suscriptor directamente al beneficiario,

Así, se tiene un documento que consigna la leyenda siguiente

“Yo, Inés Suárez, viuda de Quiroga, como fiel cristiana, juro que le pagaré al señor Pedro de Valdivia la cantidad de cien mil pesetas, a más tardar el Domingo de Ramos del año 1500 de nuestro Señor, en nuestra madre patria. Firma ilegible.”

Resulta indudable que el documento que contuviera la anterior leyenda consignaría la promesa incondicional de pago, a favor de persona determinada y por una cantidad, cierta líquida y determinable, por lo que no habría razón para negarle el carácter de título de crédito, pero... ¿Qué sucedería si en vez de la palabra pagaré se determinara la expresión “voy a pagar” o “me obligó al pago”? ¿Se le deberá negar el atributo de un título de crédito con todas sus características? Considero que no debería negársele el mismo, pues a fin de cuentas se tiene una promesa incondicional de pago, y dado que con el uso de la palabra pagaré como verbo se satisface no sólo el requisito de utilizar esa palabra sacramental, sino el de hacer la promesa de pago a que se refiere la fracción citada.

II LA PROMESA INCONDICIONAL DE PAGAR UNA SUMA DETERMINADA DE DINERO.- Es un requisito de literalidad que distingue a éste título de crédito de otros. Debe ser la promesa pura y simple, es decir no estar sujeta ni a condición ni a contraprestación alguna.

De acuerdo a la doctrina, la promesa incondicional de pago constituye la declaración de voluntad del firmante en virtud de la cual se obliga a hacer efectiva la cantidad de dinero reseñada en el documento a la persona que figure inicialmente como tenedor, o a los sucesivos tenedores del título al vencimiento de éste. En ese sentido, el pago ha de referirse forzosamente a una cantidad determinada que no puede quedar en blanco, ello por dos razones: por un lado, porque debe cumplirse con el principio de literalidad contenido en el artículo 5o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que implica que el beneficiario de un título no puede exigir al deudor algo que no esté previsto en su texto, pues derivado de éste, el universo de obligaciones y derechos creado con la expedición de un título, no puede, ni debe tener otra interpretación que la realizada respecto de lo que esté contenido de manera escrita en el documento.

Sin embargo, en el caso ficticio que señalé en el apartado anterior, no es imprescindible que de manera expresa se mencione la palabra "promesa incondicional", si la misma se encuentra contenida tácitamente en otras expresiones que llevan a determinar la promesa de pago sin sujeción o condición alguna, máxime que no se estableció que el pago estaría supeditado a determinado evento, el no contemplar condición alguna implica que el pago es incondicional.

La carencia expresa de la palabra incondicional, no implica que falte la promesa incondicional de pago, porque para que ésta exista, es suficiente que se encuentre implícita bajo otras expresiones que conduzcan a establecer la existencia de la promesa de pago sin sujeción o condición alguna, lo que en el caso queda satisfecho, porque al señalarse de manera expresa que se pagará una cantidad liquidable al vencimiento, con ello queda patentizada la obligación lisa y llana del pago.

III.- EL NOMBRE DE LA PERSONA A QUIEN HA DE HACERSE EL PAGO.- El pagaré siempre debe expedirse a la orden de una persona determinada, salvo en los casos en que se insertan las palabras no a la orden, o no negociable.

IV.- LA ÉPOCA Y EL LUGAR DEL PAGO.- Este requisito no es imprescindible, pues ante su ausencia se entiende que el pagaré es cobrable a la vista y ante la falta del señalamiento del lugar del pago, se hará en el domicilio del deudor.

V.- LA FECHA Y EL LUGAR EN QUE SE SUSCRIBA EL DOCUMENTO. Estos requisitos si bien no son indispensables para que el acto tenga valor y existencia, son necesarios a efecto de fijar competencia y determinar prescripción y caducidad en su caso sobre las acciones que hayan de ejercitarse.

VI.- LA FIRMA DEL SUScriptor O DE LA PERSONA QUE FIRME A SU RUEGO Y NOMBRE.-Implica el acto de manifestación de voluntad de obligarse en la forma y términos que consigna el título que contendrá las características de literalidad, incorporación, obligación patrimonial, autonomía y circulación,

12. ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN.

La asociación en participación es un contrato que entraña una especie de asociación oculta que, incluso se encuentra regulada en términos de lo dispuesto por el artículo 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, a falta de estipulación expresa, se rige por las normas que regulan la sociedad en nombre colectivo; de lo anterior es dable concluir que todas las demás disposiciones de la legislación mercantil que rigen en general a las sociedades mercantiles son aplicables por remisión directa de la ley a la Sociedad en Nombre Colectivo a las asociaciones en participación, mientras no pugnen con su naturaleza o esencia, como lo es, en el caso, la prescripción de las acciones que se deriven de los derechos y obligaciones de los asociados y asociantes con motivo de las operaciones sociales realizadas.

Éste acto jurídico, de acuerdo a la Ley que lo regula, debe constar por escrito, aunque no estará sujeto a registro; la ley no impone sanción a la omisión de que el contrato no conste por escrito, no obstante si aplicamos la teoría tripartita del acto

jurídico, se podría calificar como inexistente ante la falta de la formalidad solemne exigida, impuesta por la ley.

No obstante, si se acreditara que una persona ha concedido a otras que le aportaban bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio, no habría argumento razonable para tener por demostrado la existencia del contrato de asociación en participación y solo encontraríamos el argumento dogmático de que “la Ley lo impone”.

13. ACTOS PROCESALES CIVILES.

Según Eduardo Pallares,¹⁵¹ el derecho procesal es el conjunto de verdades, principio, doctrinas, cuyo objeto es el proceso jurisdiccional y las instituciones jurídicas relacionadas directamente con él, entendiéndose por proceso jurisdiccional los juicios del orden civil, penal, administrativo o laboral.

Por proceso se entiende la serie de actos jurídicos vinculados entre sí, en tal forma que unos no pueden existir sin los anteriores que les han precedido y todos tienden a un fin determinado que tratándose del proceso jurisdiccional, el fin próximo consiste en poner término al litigio mediante una sentencia judicial y su ejecución, cuando es ejecutable, lo que no tiene lugar en sentencias meramente declarativas.

13.1. LOS PRINCIPIOS PROCESALES.

Los principios procesales que se atribuyen a la doctrina italiana, son fundamentalmente cuatro: principio lógico del proceso, principio jurídico del proceso, principio político del proceso y principio económico del proceso.

¹⁵¹ Pallares, Eduardo “*Derecho Procesal Civil*” Editorial Porrúa, S.A. México, 1998, 13 edición, págs. 9 y 24.

1.- El principio lógico: podría enunciarse bajo esta máxima “*buscar la verdad y evitar el error*”, el proceso es un método de investigación de verdades.

Muchas veces el proceso ha degenerado en una serie de procedimientos, trámites o cuestiones que han llevado a la creación, y esto es muy grave, de verdades ficticias o artificiales, que valen jurídicamente pero que a veces no corresponden a la verdadera verdad, a lo que los sociólogos modernos del proceso han llamado, sobre todo en el proceso penal y en el proceso de carácter publicista, la verdad material o histórica.

A veces el proceso, sobre todo el formal de tipo liberal del siglo XIX, no necesariamente llegaba a verdades verdaderas; llegaba a verdades ficticias creadas por las partes, sobre todo por las partes poderosas, en contra de los débiles muchas veces.

La socialización del proceso, ha traído una atenuación a esto y el principio lógico se orienta hoy en día, no solamente a la obtención de la búsqueda de una verdad formal de una sentencia, sino a ir a la verdadera verdad. El decir verdadera verdad, no suena estrictamente lógico, esto nos repugna, pues ¿qué hay varios tipos de verdades? Hablar de una verdadera verdad, está motivado porque a veces, el proceso ha creado verdades ficticias, pero obligatorias jurídicamente. En una socialización del proceso eso debe evitarse.

2.- El principio jurídico, se puede describir como la igualdad de las partes y justicia en la resolución, o sea en la sentencia.

La igualdad de las partes es muy importante, tiene que ver con la imparcialidad del juzgador, y con la situación de equilibrio de los que estén peleando en el proceso, para que tengan siempre las mismas oportunidades de exposición, de alegatos, de pruebas, de defensa; esto es también lo que se ha llamado principio de la bilateralidad de la instancia: igualdad de oportunidades e imparcialidad del juzgador.

Este principio conlleva a la justicia de la resolución, lo cual a pesar de ser un fin del mismo Derecho, es un valor subjetivo y por lo tanto a veces es muy difícil hablar de ella porque lo que es justo para mí puede no ser justo para otros; o lo que es justo en un momento histórico, no lo es en otro; por eso la justicia a veces se nos va, como el agua entre los dedos. Se dice por ello que debe imperar el valor de legalidad, no el de justicia; el valor legalidad es una cosa más concreta, es llevar la sentencia al principio de que esté apegada a derecho.

El valor legalidad, dicen los juzgadores, tiene un mayor grado de objetividad, sin embargo, considero que ello no es del todo cierto, pues existe una gran cantidad de casos que la misma ley otorga al juzgador facultades discrecionales, de acuerdo a su particular criterio podrá resolver o valorar sobre determinados asuntos, independientemente de que se obligue a expresar los motivos de su determinación. Definitivamente además de aplicar el principio de legalidad, no puede soslayarse el sentido común, la búsqueda de evitar el mayor daño, y permitir un equilibrio de intereses, ello no necesariamente puede definirse como justicia, pero indudablemente el juzgador deberá preponderar estos valores al emitir cualquier tipo de resolución

El principio político.- El proceso necesariamente entraña el choque, a veces violento, entre el individuo y la fuerza estatal a través del proceso jurisdiccional; siempre hay una relación entre sujetos individualmente considerados y el Estado a través de los órganos jurisdiccionales. Es el principio político, un principio de equilibrio para que el sujeto individualmente sea dañado lo menos posible; pero al mismo tiempo se pueda lograr un beneficio social, equilibrio pues entre intereses colectivos e intereses individuales, muy difícil de lograr en muchos casos.

Finalmente el principio económico, lo podríamos enunciar muy brevemente en dos vertientes: una de ellas es la relativa a la economía procesal en sí misma, economía de esfuerzo, ahorro en tiempo, en dinero y en esfuerzo.

Esto es la economía procesal, que los actos procesales se desarrollen con el mejor resultado posible, con rapidez y con economía de esfuerzo.

Mediante el proceso, el Estado cumple la obligación de administrar justicia, es imperativo que ese derecho tenga un sentido eminentemente funcional y que mediante él se den al Estado los procedimientos, medios y recursos prácticos para hacer pronta y eficaz justicia, de lo contrario sólo será una ciencia pedantesca

Pues bien, no obstante los anteriores principios y fines del derecho procesal, en muchas ocasiones las formalidades procesales tienen el peso avasallador de ritualismos solemnes, cuya omisión da como resultado la negación de un derecho, tales casos ocurren por ejemplo cuando se ofrece una prueba superveniente en un procedimiento del orden civil y no se realizó la manifestación “bajo protesta de decir verdad” que se trataba de un documento cuya existencia se desconocía en el momento en que se entabló la litis.

La omisión de dicha formalidad trae como consecuencia que la prueba documental superveniente no se admita.

Lo mismo acontece en cuanto al ofrecimiento de pruebas en un juicio civil o mercantil, en los que se omite señalar las razones por las cuales se estima que las pruebas ofrecidas demostrarán las afirmaciones de las partes o bien que se haya omitido relacionar la prueba con los hechos controvertidos. Esta carga pudiera justificarse en el principio de economía procesal, dado que no habría porqué admitirse pruebas que no fueran a demostrar los hechos controvertidos, no obstante debe ser el juzgador quien a fin de cuentas determine la idoneidad de la prueba para acreditar determinados hechos y finalmente valorarlas en sentencia.

Visto así la falta de la expresión de las razones por las cuales el litigante estima que se acreditarán determinados hechos con la prueba que ofrece, parece más que una formalidad, un pretexto para no realizar una verdadera valoración, pues no debemos

perder de vista que la expresión de las razones que se realice en el ofrecimiento de una prueba puede ser tan variada como subjetiva que la falta de la expresión realmente ninguna consecuencia tendría en el proceso, pero se ha convertido en una formalidad cuya omisión puede traer la pérdida de un litigio, no que el acto de ofrecimiento de pruebas no exista, pero sería ineficaz.

El proceso y las normas que lo regulan no son un fin en sí mismo considerado, sino el instrumento creado para la composición del conflicto en su aspecto sustancial y, por tanto, para la realización misma del derecho, de tal suerte que tales normas, particularmente la de que se trata, que responde sin duda al propósito de acelerar el procedimiento, no pueden constituir una barrera formal infranqueable que venga paradójicamente a impedir el cumplimiento de los fines que en último análisis se persiguen a través del proceso.

El mismo razonamiento con consecuencias más graves, se advierte ante la omisión de la expresión "*bajo protesta de decir verdad*" de los antecedentes del acto reclamado en una demanda de amparo indirecto.

Al señalar el artículo 116, fracción IV de la Ley de Amparo, como requisito en la demanda, el relativo a que el quejoso manifieste "*bajo protesta de decir verdad*" los hechos o abstenciones que le consten y que constituyen los antecedentes del acto reclamado o fundamento de los conceptos de violación, se tuvo el criterio por parte de los Jueces de Distrito no de prevenir siquiera, sino de desechar la demanda de amparo, lo cual ha sido ya modificado a través del criterio jurisprudencial que por contradicción de tesis determinaron los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (P/J 127/99), no obstante el argumento que establece no salva lo ilógico de tal formalidad, pues si el quejoso incurre en falsedades, se puede hacer acreedor a las sanciones que señala el artículo 211 de la misma Ley, además de los informes previos y el justificado, así como de las pruebas ofrecidas por las partes, el juez federal podrá advertir si existe o no si existe violación a la Constitución que a final de cuentas es el fin que persigue la

demanda de amparo y no entorpecer la impartición de justicia con formalidades que pueden ser subsanadas

13.2. VALIDEZ Y NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES.

Acto procesal válido es el que se realiza con sujeción a las normas aplicables al mismo, produce en el proceso el efecto pretendido por su autor; el que no tiene vicio alguno capaz de mermar o impedir la eficacia que la ley le atribuye.

Los actos procesales pueden estar afectados por algún vicio que los invalide. Esta invalidez puede ser más o menos rigurosa.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, comprende a todos los actos procesales defectuosos bajo la calificación común de actos nulos. No es posible sin embargo aceptar la misma calificación para todos los actos procesales afectados de invalidez, pues esta no es siempre del mismo grado ni la ley les atribuye a todos idénticos efectos aunque el legislador no se haya cuidado de señalar claramente la distinción precisa desde el punto de vista de técnica procesal.

El artículo 74 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dispone que las actuaciones serán nulas cuando falten alguna de las formalidades esenciales, de manera que queda sin defensa cualquiera de las partes y cuando la ley lo determine expresamente, sin que esta nulidad pueda ser invocada por la parte que dio lugar a ella.

La nulidad establecida en beneficio de una de las partes, según el artículo 75 del mismo Código no puede ser invocada por la otra.

Las nulidades fundadas en la falta de algún requisito esencial del acto en que se producen no son subsanables y que respecto a ellas más exactamente pueda hablarse de inexistencia

Las formalidades que se establecen en la ley para la realización de actos jurídicos procesales no son exigibles por la forma misma, ni su inobservancia acarrea necesariamente la nulidad de los actos en que ocurre, ya que la forma en los actos procesales tiene como propósito asegurar que se satisfaga el fin perseguido, principalmente dar a las partes audiencia, igualdad en el proceso, seguridad, celeridad, etc., de manera que la medida para determinar el alcance de las irregularidades que se cometan en las actuaciones, consiste en sopesar la satisfacción o insatisfacción del objeto para el que está destinada cada formalidad, y si este objetivo se cumplió, el acto no debe invalidarse.

Las formalidades llamadas "*solemnitatis causa*" no se encuentran identificadas pues no existe en la ley pronunciamiento alguno respecto a qué actos son más importantes que otros. No existe una razón sustentable para negar existencia a un acto jurídico cuando no se otorgó con las formalidades de ley.

Si no se tiene duda sobre su autenticidad, sobre su realización aun cuando adoleciera de formalidades, siempre debiera ser subsanable y convalidable.

La solemnidad no otorga seguridad jurídica, ni previene o impide litigios y fraudes por medio de pruebas formales de los actos.

CAPÍTULO V

LA SOLEMNIDAD COMO INSTRUMENTO DE PODER EN EL DERECHO.

1. RITUALES Y SOLEMNIDADES.

Dentro del desarrollo de las sociedades que permanecen homogéneas, desde la antigüedad hasta el día de hoy, se tienen rituales de varias clases y objetivos, los cuales son practicados por diversos sistemas de organización y de poder:

En la Ciudad de México encontramos costumbres a manera de rituales un tanto anticuados: las fiestas de quince años de mujeres adolescentes, en las que se pretende su presentación en sociedad, las reuniones familiares domingueras, celebraciones sociales y familiares cada fin de año calendario.

En el ámbito religioso, son indiscutibles los rituales que se practican desde los más ortodoxos en los que se reproducen sacrificios hasta los más modernos en los que se toca música rockera con alabanzas y bendiciones.

Incluso en el medio cultural, se presentan ciertos ritos y solemnidades en los ciclos de presentaciones de actividades artísticas, en la conclusión de los ciclos escolares de una persona

En el sistema jurídico y político, los rituales se manifiestan a través de la diplomacia, de las solemnidades, de las formalidades.

Resulta difícil imaginar un sistema jurídico que adolezca de solemnidades, de rituales, de formalismos que revisten (¿o debiera decir esconder?) el poder en sí mismo.

De lo que se advierte que los ritos y solemnidades son practicados socialmente en la actualidad, aunque muy distorsionados de sus objetivos y fines que en un principio

se pudieron haber perseguido; en ocasiones con completo desconocimiento de su significado, razón por la cual se pierde el efecto que se buscaba y lograba antiguamente.

Los rituales y solemnidades se generan buscando determinados objetivos, como lo pueden ser:

- Transmitir conocimiento.
- Formar al individuo.
- Crear cohesión grupal (mística propia del grupo con sus normas y políticas).
- Festejar la vida con formación cultural de respeto por los ecosistemas y la vida en sí.
- Mantener una ideología para sustentar un poder.

2. LA SOLEMNIDAD COMO LENGUAJE.

En el derecho, los ritos, las formalidades y solemnidades, persiguen en realidad este último punto: poder, a través de un sistema de lenguaje, expresiones de palabras determinadas y específicas sin las cuales nuestra voluntad no vale, lo cual somete al individuo, desarrolla ficciones y permite cohesionar la estructura en la que se mantiene, imponiendo asimismo la ideología predominante en el poder.

Puede entenderse el lenguaje en el Derecho como una estructura psicológica de poder, el lenguaje jurídico se compone de meras prescripciones, formulaciones con significado, susceptibles de ser calificadas de verdaderas o falsas; también pueden ser proposiciones imperativas, interrogativas; se dice también que el derecho como lenguaje es un sistema cerrado de comunicación, que se crea a si mismo, los límites del

derecho están en lo que puede expresar, produciéndose una constante intercomunicación entre el Derecho y el resto de los sistemas de la sociedad global.¹⁵²

No solo el Derecho tiene un lenguaje especializado, lo tienen también las ciencias llamadas duras, la Física, la Química, la Biología, por enunciar algunas; el lenguaje especializado se encuentra también en diversas disciplinas y artes, en ese sentido, sostiene el Doctor Oscar Correas, que todas las ciencias no pueden ser otra cosa que discursos, incluso los discursos científicos están contruidos de acuerdo con ciertas reglas, además de las gramaticales y que se denominan método científico.¹⁵³

El lenguaje que se debe utilizar para describir y comunicar un conocimiento debe ser preciso, claro, pero también debe ser sencillo; las tareas específicas del jurista le obligan a un uso muy cuidadoso de las palabras; a calibrar con precisión tanto lo dicho como lo no dicho, a medir la ambigüedad y la indeterminación; unas de las críticas más severas de grandes estudiosos del Derecho en México, dirigidas tanto al legislativo, como a los jueces, postulantes, maestros y doctrinarios, ha sido enfocada al mal uso del lenguaje, por utilizar palabras cuyo significado tiene una connotación precisa en el Derecho y que se utilizan por diversos juristas indiscriminadamente, o bien por atribuir significados diversos a una misma palabra, por falta de definiciones unívocas, o peor aún, por desconocer el significado de un concepto, de una definición, de una palabra.¹⁵⁴

Más grave es todavía el hecho que ni siquiera se haga un correcto uso del lenguaje, verbal ni escrito, las violaciones semánticas, ortográficas y de prosodia, son comunes y se llega a leer verdaderos fárragos, galimatías, lo anterior como resultado de dos posibles causas: la tan deficiente educación básica en nuestro país y/o el ánimo de

¹⁵² Teubner, Gunther. *El derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global*. Universidad Externado de Colombia 1ª edición Colombia 2005.

¹⁵³ Oscar Correas en su libro "*Crítica de la ideología Jurídica*" (Primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1993), sostiene que incluso la ciencia contiene un discurso ideológico y no una realidad, pues si los enunciados que va formando la ciencia dependen de experiencias históricas en el sentido de que son producidas en el tiempo y en el espacio, no existe la verdad, solo enunciados a los cuales a través de otros enunciados adjudicamos la verdad en forma provisional y nunca definitiva, son relativos respecto de las experiencias limitadas que los apoyan, estos enunciados frecuentemente se encuentran en competencia con otros que los contradicen, la experiencia siempre será limitada y subjetiva.

¹⁵⁴ Me refiero a la postura del Doctor en Derecho Ernesto Gutiérrez y González quien en su actuar teórico enseñaba derecho de manera ortodoxa positivista.

desvirtuar de confundir, de engañar y defraudar por quienes pretender transmitir una idea.

De aquí resalta una verdad irrefutable, y que es contemplar como un elemento sustancial del trabajo para el jurista, en cualquier ámbito, el lenguaje mismo, ya para persuadir, para convencer, para refutar, para desprestigiar y si bien puede ser usado para transmitir conocimiento, también se usa para transmitir ideologías, para manipular realidades, para dominar.

Así, han resaltado la retórica, la argumentación, la oratoria, la redacción, la interpretación no sólo para desentrañar el sentido de un texto, sino para convencer, para persuadir, para engañar, para crear un mundo ficticio, una realidad alternativa, para disfrazar intereses.

Visto así, el lenguaje es un instrumento para el derecho con diversos fines, donde se tiene el poder creador de la palabra, del impacto que produce en nuestra mente acompañada con un claro discernimiento y una objetiva observación de los hechos puede motivarnos a fines positivos,¹⁵⁵

Se podría trabajar con el lenguaje para que este fuera más acorde con la realidad¹⁵⁶, pero con un realidad actual, así que aún cuando en ocasiones sea necesario remitirnos al significado original de una palabra, conocer sus raíces y la configuración de la misma de los afijos, prefijo y sufijos, no debemos olvidar que responden a determinado contexto social, temporal y geográfico, dado que el lenguaje es un fenómeno que constantemente está en cambio, modificándose, transfigurándose,

¹⁵⁵ No me es ajeno el hecho de que en un momento dado todo lo anterior son elementos de una construcción preelaborada donde incluso ya no nos cuestionamos respecto a las premisas en las que descansan.

¹⁵⁶ Quiero hacer la distinción, en cuanto al sentido de la verificación como comprobación; que las cosas son como en la proposición se dice que son, por lo tanto comprobar su verdad, no atendiendo a una justificación formal, sino empírica, mediante aquellas proposiciones que se refieren al mundo real, que aspiran a darnos información acerca de la realidad, se han de verificar, y verificar precisamente mediante la observación empírica, mediante la percepción.

llegando a extremos que un mismo vocablo pueda ser utilizado para designar significados totalmente antagónicos¹⁵⁷

El lenguaje así es una salamandra que se metamorfosea adaptándose a cada época, región y cultura.

3. EL JUEGO DEL LENGUAJE.

Cierto es que deben seguirse ciertas reglas o que forman la base de la validez del habla: **Inteligibilidad, verdad, rectitud y veracidad**. Para Habermas, el uso primario del lenguaje sería el orientar su empleo al entendimiento. El lenguaje busca ayudarnos a comunicarnos, y para poder comunicarnos son precisos esos cuatro supuestos, y el lenguaje nos “obliga” a cumplirlos.¹⁵⁸

Tenemos que conocer las reglas de cada escenario preciso, del contexto dónde y cómo se utilizan y en efecto atender a las reglas del juego que en cada momento se nos pueden presentar.¹⁵⁹

Así, se tiene una herramienta común en todas las áreas de la vida humana para comunicarnos y en esa comunicación transmitir conocimiento, esa herramienta es el lenguaje, ahora bien, no es verdad que cada disciplina o ciencia tenga su propio lenguaje, pues de ser así sería inteligible para el resto de las personas que no participaran de esa ciencia o disciplina; se tendrán peculiaridades y se tendrán términos

¹⁵⁷ A manera de ejemplo me referiré al siguiente enunciado: “...ha llegado a su punto álgido...” en su empleo correcto, debe referirse cuando se llega un estado de enfriamiento considerable del cuerpo, que se está aterido de frío, sin embargo, se utiliza frecuentemente para designar un momento culminante o muy crítico de algunos procesos; incluso en un sentido figurativo opuesto al señalar que “los ánimos se calentaron...” también señalaré una expresión que aún cuando es muy utilizada, se califica de vulgar y procaz, así cuando se dice que una cosa o una experiencia esta de “poca madre” puede significar que la experiencia o cosa es muy placentera o muy buena, en cambio si se utiliza para calificar la conducta de una persona, el significado cambia diametralmente, pues implica denostar la conducta de quien así se califica.

¹⁵⁸ Habermas, Jürgen. “*Acción Comunicativa y Razón sin Trascendencia*”, Paidós, Barcelona, 2002.

¹⁵⁹ En las *Investigaciones*, Wittgenstein sostiene que el significado de las palabras y el sentido de las proposiciones está en su función, su uso [*Gebrauch*] en el lenguaje, vale decir, que preguntar por el significado de una palabra o por el sentido de una proposición equivale a preguntar cómo se usa. Por otra parte, puesto que dichos usos son muchos y multiformes, el criterio para determinar el uso correcto de una palabra o de una proposición estará determinado por el contexto al cual pertenezca, que siempre será un reflejo de la forma de vida de los hablantes. Dicho contexto recibe el nombre de *juego de lenguaje*.

específicos para designar fenómenos particulares de la disciplina a estudio, tecnicismos, pero no por ello se creará un lenguaje ajeno a las demás personas, ciencias, técnicas o áreas del conocimiento.

En el Derecho, ¿se debe tener un lenguaje sencillo y llano para ser comprendido por el pueblo donde se aplica o bien debe tener un lenguaje especializado y técnico para crear nuevo conocimiento, educar al pueblo y obligar a emplearlo so pena que de no actuar bajo los parámetros traducidos a formalidades se desconozca la voluntad y actuar jurídico de las personas?

El Derecho establece las reglas del lenguaje y cómo deben entenderse determinados conceptos, aplicándoles una definición particular, la cual puede excluir significados distintos en otros contextos, se entra así al juego jurídico, entendido como modos de estructurar o establecer las relaciones interpersonales y sociales por medio del derecho

4. CONVENCIÓN EN EL LENGUAJE.

Al definir un concepto, se presenta el problema de encasillar y limitar por medio de la misma definición, el objeto o sujeto a que nos referimos, sin que necesariamente sea el reflejo de la cosa que designamos, se escoge una parte de aquello que pretendemos definir, tal vez sus aspectos más sobresalientes que nuestra mente y ojo discriminatorio elige, distorsionando así parte de la realidad.

La imposibilidad de satisfacer en una sola definición la totalidad de las propiedades existentes e imaginables en todas las definiciones posibles, hace que toda definición sea distinta y parcial a las demás.

Considerando las ideas de Peter Fitzpatrick, resulta claro que la operación de definir, implica sustituir conjuntos complejos de signos lingüísticos por conjuntos más simples de la misma especie, históricamente la operación de definir se ha entendido de

diversas formas, puede entenderse como la determinación de la esencia de algo (entes), como la determinación de un concepto.¹⁶⁰

Se aduce que la realidad socio-jurídica no puede ser adecuadamente expresada mediante lenguaje ordinario, por lo que una concesión a las exigencias relacionadas con la facilidad de comprensión sería comprometer el contenido de su mensaje.

La definición se considera una operación lingüística por medio de la cual se introduce formalmente un nuevo término en algún sistema de signos y se especifica en alguna medida la significación del término introducido.

Pueden clasificarse los tipos de definiciones atendiendo al género y diferencia, atendiendo las características que distinguen una clase de otra; a la sinonimia atendiendo al mismo significado de otras palabras, a la causa que produce la realidad designada; al contexto donde se encuentra, o bien señalando la cosa designada (definición ostensiva).

A final de cuentas, el acto de definir es establecer una convención acerca del empleo de un signo lingüístico. De aquí surge una duda obligada acerca de cómo o quiénes establecen la *convención*.

Todos los lenguajes, incluso los más comunes, presuponen ciertas convenciones ontológicas, por ejemplo, en las expresiones “amanecer” “nevar”, “la liebre”, se le concede el estatuto ontológico de los entes a las liebres, al ocaso y al nevar solemos darles el de fenómenos. Así decimos “nieva” y no “lebrea”, este rasgo del lenguaje, es sin embargo, relativo pues el fenómeno de acción de nevar, puede tener como materia la misma nieve y participa entonces tanto de una función ontológica como fenomenológica.

Lo anterior se complica cuando no solo el concepto esta en duda, sino que se emplea en una frase o enunciado ya prescriptivo, ya imperativo, ya informativo, pues la

¹⁶⁰ Fitzpatrick, Peter. “El mito y la modernidad”. 9ª edición, México 2001 Editorial siglo XXI, Págs. 25 y 26.

duda estribará en cuál será el punto de acuerdo sobre el enunciado. Se puede buscar las categorías de lo verdadero o falso, pero no todos los enunciados pueden ser calificados de esta manera, luego no puede haber acuerdo sobre ello en determinados tipos de enunciados

Podríamos remitirnos entonces al plano valorativo desde el cual juzgaremos como buenos o malos, pero en el entendido de que el mundo de los valores no es deducible de los hechos materiales ni de las proposiciones que lo describen. Para valorar, se establece en la conciencia del sujeto un conjunto de asertos últimos sobre el deber ser del mundo o unos principios ideales imaginarios.

Estos asertos previos o esta conciencia previa sobre el deber ser –o los principios ideales, o la configuración querida del mundo- no son objeto de saber, sino de creencia; esto es: se hayan como programados (a manera de un ordenador) en la conciencia del sujeto, el cual les presta su adhesión o los sostiene. Los valores son subjetivos y no susceptibles de demostración.

De acuerdo con la postura sostenida por Fitzpatrick, el problema se conduce para determinar cómo nos ponemos de acuerdo para atribuir significado válido a un concepto. Si se considera al derecho como la orden de un poder soberano que por lo general es obedecida por el pueblo, el derecho da con autoridad oficial, el significado formal preestablecido.¹⁶¹

El Derecho, desde ésta óptica tiene el poder creador de la palabra, impone significados y el alcance de los mismos, inventa realidades, define conceptos, el derecho trasciende a la sociedad, (no obstante es para y de la sociedad), creando mitos similares a los religiosos, porque así puede mediar, sobrepasa límites y contradicciones insuperables, el mito establece los límites del mundo de lo que se puede significar y de lo que se puede hacer, supera esas fronteras en su relación con lo sagrado.

¹⁶¹ Idem. Pag.28.

El mito es visto como una narración sagrada, es el fundamento mismo de la vida social y de la cultura, expresa la verdad absoluta, porque narra una historia sagrada, entonces se vuelve ejemplar y respetable, sirve como modelo y por la misma razón se vuelve una justificación para todas las acciones humanas.

En el derecho, el mito confunde el ideal con lo real, se invocan rituales, identificando su presencia, y reiteración en ejercicio de su poder y de su fuerza, el mito es lenguaje, funciona en un nivel especialmente elevado donde el significado logra prácticamente despegar del terreno lingüístico sobre el que sigue rodando, impone al significado un sentido adicional que es la regularidad.

Estos ejemplos de regularidad y accesibilidad general del significado se reflejan en la calidad narrativa del mito. La forma narrativa del mito hace que el contenido del mito sea explícito y tangible.

El ritual junto con la narrativa sitúan al mito en la experiencia de hacerlo accesible, regular, utilizable. Los rituales son evocaciones y ejemplificaciones del mito, afirmaciones tangibles del orden natural, la ejecución del ritual a menudo está en manos de especialistas, el ritual conlleva una “formalización” del lenguaje, habla y canto formalizados.

El ritual es una ocasión en que la libertad sintáctica y otras libertades lingüísticas se reducen porque el ritual hace usos especiales del lenguaje: un habla y un canto que se estilizan de manera característica.

El lenguaje se vuelve distinto, limitado y sujeto para que la autoridad lo haga suyo, se vuelve una forma de poder o de coerción. Hay restricciones sobre lo que se puede y debe decir, y sobre las respuestas sobre las que pueden y deben decirse, pero no es posible que la autoridad y la restricción excluyan la participación general en el ritual.

El alcance final de la paradoja de la formalización- solemnización, consiste en crear la distancia necesaria para que el sujeto participe en el discurso e igualmente para eximir al sujeto de tener que hablar por su cuenta.

Desde la perspectiva del Doctor Correas, en su libro *Crítica de la Ideología Jurídica*,¹⁶² lo importante no son las normas, sino la ideología que las mismas reproducen, se pretende obtener un concepto de derecho aislando lo que es la ideología del derecho, de las normas que lo integran, el motivo de ésta distinción es saber cómo el discurso del derecho consigue su eficacia, cómo controla individuos, cómo se produce la regulación jurídica.

Para lo cual, procede al análisis del discurso, lo que se dice y cómo se dice, el sentido del discurso implica conocer lo que refieren las palabras, valiéndose para ello de textos entendidos como cualquier objeto en el cual se manifiesta el trabajo humano y que transmiten ideas o pensamientos o contenidos de conciencia; de ideología jurídica.

El discurso del derecho aparece sobre las bases de las palabras existentes en el lenguaje natural y con el significado que las mismas tienen en ese lenguaje. La ideología creada por el grupo en el poder desfigura las relaciones sociales enmascarándolas con el significado de las palabras que se usan cotidianamente para hacer referencia a esas relaciones, el desenmascaramiento dependerá de que se pueda justificar que el uso cotidiano de las palabras constituye un uso incorrecto; que esas palabras se refieran a ficciones y no a las relaciones sociales que pretenden referirse.

Así, el discurso es una ideología ya formalizada. Cada discurso no es otra cosa que el resultado de una definición producida por el analista. La ideología puede existir en distintos discursos y cada teoría tiene su versión sobre la verdad, toda discusión se convierte en una competencia de lanzamiento de epítetos contra los que sostienen la teoría rival.

¹⁶² Correas, Oscar. *Crítica de la Ideología Jurídica*. Primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1993, pag.12.

Los textos pueden ser coherentes desde el punto de vista de la sintaxis como desde el de la semántica, un texto es inteligible solo si lo es para otro que no sea el productor y el receptor dispone de un código para descifrar el mensaje, un texto es coherente si está organizado conforme a ciertas reglas sintácticas.

En un texto jurídico pueden contenerse sistemas significantes que portan y transmiten ideologías plausiblemente identificables que constituyen ficciones respecto de las relaciones sociales. El tema de un sistema significativo es obtenido de un sistema teórico descrito a partir de una teoría social previamente aceptada, éste modelo permitiría calificar el sector de un discurso como coincidente con el modelo y proceder a su análisis. El modelo revelará en el éxito del análisis que deberá o podrá ser contrastado u ofrecer nuevas hipótesis. La pretensión de encontrar sistematicidad en una ideología podría ser contestada por quien utilizara el termino en sentido restricto.

La transmisión de ideología se cumple por la vía de la presencia de un elemento de un sistema significativo no presente en el texto, porque el receptor identificó acertadamente usando el código del cual dispone a ese elemento como integrante del sistema ausente.

En una postura similar adoptada por Teubner, las percepciones del derecho respecto de la realidad, no se corresponden con algún tipo de realidad que esté “ahí fuera”, por el contrario es el derecho el que, como sujeto epistémico autónomo construye su propia realidad¹⁶³.

El derecho crea mitos para sostener una estructura, transmite ideologías a través de su discurso, se vale de argumentos para persuadir o convencer sobre determinados intereses.

Advierto, sin embargo, que el derecho también trata de resolver problemas con el lenguaje que le es propio y para ello recurre a ficciones a efecto de dar forma a algo que no la tiene, es un procedimiento utilizado por la técnica jurídica para justificar o

¹⁶³ Teubner, Gunther. Op. Cit.

crear determinadas disposiciones que de otra manera no sería posible establecer, así se puede fingir que un hecho no acaecido se ha realizado, pues la naturaleza humana impone una constante búsqueda por conocer la verdad y además encontrar como manifestarse para dar a conocer el contenido de lo existente en lo más profundo de su ser intelectual.

5. MODOS DE USAR EL LENGUAJE.

Algunos de los usos del lenguaje tienen lógicas internas propias, o dicho de otra manera, distintas modalidades del lenguaje tienen exigencias lógicas propias.

Cuando de una proposición cabe afirmar que es verdadera o falsa se dice que la proposición pertenece a la modalidad epistémica del lenguaje, son proposiciones usadas para informar, los enunciados deben respetar ciertas exigencias lógicas comunes.

Proposiciones que implican imperativos prohibitivos pertenecen a la modalidad deóntica o prescriptiva normativa.

La modalidad deóntica puede expresar necesidad como “todo triángulo tiene tres lados necesariamente”, “en condiciones normales de presión y temperatura el agua hierve a los cien grados centígrados”. Tales enunciados expresan necesidad. Pero tal necesidad es de distinta naturaleza en cada uno de los casos.

En el primer caso, la necesidad es de naturaleza lógica, podemos tomar por formalmente verdadera la proposición, esto es: hay sistemas formales en cuyo interior se pueden formar expresiones que son formalmente verdaderas en virtud de los axiomas del sistema o universo de discurso artificial de que se trate; en tanto que la relación que se da entre dos o más fenómenos para que se produzca una determinada consecuencia, es la necesidad empírica.

La abstracción como medio para usar el lenguaje, implica la selección de información acerca de una determinada experiencia, sólo designa algunos rasgos de la realidad

más o menos aislados o reconstruidos, se llega a hablar de entes individuales, reales de un modo artificioso.

“Cada ciencia construye uno o varios universos de discurso, integrados por entes conceptuales y analiza los objetos de ese universo y las relaciones entre ellos...varias ciencias hablarán de varios aspectos de lo real, pero los aspectos, por numerosos que sean, no son un ente individual real...un resultado paradójico y en cierto sentido peligroso...las ciencias consiguen una gran penetración en aspectos particulares de lo real a costa de no poder aferrar lo real concreto, completo, que como totalidad escapa a los saberes específicos...”¹⁶⁴

Ciertas abstracciones desempeñan funciones simbólicas prácticas muy efectivas en la vida de los seres humanos, estas abstracciones prácticas no tienen cabida en la ciencia natural; sin embargo, reconocer y explicar la particular funcionalidad simbólica de este tipo de abstracciones en la vida de los seres humanos puede ser una tarea esencial en el derecho.

La creatividad lingüística supone que: 1) Es posible expresar nuevos conocimientos a través de elementos semánticos ya existentes utilizando los procedimientos analógicos necesarios; 2) son ilimitadas las expresiones correctas distintas que pueden formarse aplicando las reglas del sistema lingüístico en cuestión; y 3) es posible modificar las reglas del sistema (semánticas, sintácticas o morfo fonémicas) por medio de una práctica desviada suficientemente prolongada.

En los inicios del raciocinio o el entendimiento, quizás por lógica se trataba de adaptar el pensamiento al entorno material, pero llegó un momento en que se requirió una forma de pensar sujeta a una disciplina mucho menos rígida que a la usual, surgiendo así como producto de la imaginación la ficción.

El Doctor Javier Álamo, analiza la ficción jurídica, entendiéndola como:

¹⁶⁴ Capella, Juan Ramón, *Elementos de Análisis Jurídico*, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 1999., pág. 24.

“...una creación del legislador, e instrumenta un valor específico para darle contenido en un precepto legal y en virtud de la cual se atribuyen ciertos supuestos de hecho, efectos jurídicos distintos a los que por su naturaleza real, le corresponden.¹⁶⁵ De esta manera el legislador alcanza los efectos jurídicos deseados, que en ausencia de la ficción no podrían lograrse frente a los hechos o realidades sociales.”¹⁶⁶

En academia, el Doctor reelaboró el concepto de ficción jurídica como sigue:

“Idea o invento de lo inexistente que como creación del legislador instrumenta y confiere un valor específico a lo que lógica, física y naturalmente es imposible, para darle contenido a un precepto legal y en virtud de la cual se atribuyen a ciertos supuestos de hecho efectos jurídicos distintos a los que por su naturaleza real le corresponden, conformando una realidad jurídica legitimada para alcanzar los efectos jurídicos deseados.”¹⁶⁷

La ficción es un procedimiento de la técnica jurídica; la técnica en sentido estricto es la aplicación adecuada de los medios para obtener el fin que se persigue, la técnica jurídica conforma una disciplina que proporciona las reglas necesarias para la realización práctica de las normas jurídicas. La técnica no examina la rectitud de las valoraciones, pues esa es tarea de la filosofía; tampoco examina el buen funcionamiento que se logre en la solución escogida, esto corresponde al arte. El Doctor Álamo sostiene que el legislador mexicano de todos los tiempos y más aún el contemporáneo, desconoce esa técnica, por lo que “siente” la necesidad de usar

¹⁶⁵ La naturaleza real de determinada figura jurídica también puede ser cuestionada si nos preguntamos ¿quién le asigna esa naturaleza “real” y no otra? Me parece que de nuevo regresamos al mito.

¹⁶⁶ Álamo Gutiérrez Javier, *Los 140 tipos de Personas Reconocidas en el Derecho Mexicano, La Sociedad Anónima Mexicana no es Anónima, La Sociedad de Gestión Colectiva, es Representativa Simple* Editorial Porrúa México, 2000, págs 75 y 77.

¹⁶⁷ Álamo Gutiérrez Javier, expuesta en la cátedra de “Sociedades Mercantiles” en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

ficciones, pero como carece de los conocimientos técnicos, produce verdaderos mamotretos jurídicos.

El manejo de la ficción requiere un lenguaje jurídico especializado, pues es necesario que su significado sea preciso para que las valoraciones jurídicas cobren sentido.

El buen manejo del lenguaje común y más aún el jurídico, es también propio de la técnica del derecho, ya que responde a fines prácticos muy útiles, puesto que al regular la conducta del ser humano, deberá evitar confusiones, precisando ideas, distinguiendo situaciones, reconociendo bienes o cosas que muchas veces son inmateriales, incorpóreas o imposibles de apreciar por medio de los sentidos y sin embargo, a través de la técnica esa inmaterialidad se trastoca en una verdad jurídica.

Con frecuencia al momento en que se debe normar una conducta se plantea la pregunta sobre ¿cómo regir una conducta, si su regulación implicase partir de algo que no existe?, o bien ¿cómo deberá el Derecho considerar algo que no tiene existencia? Esta preguntas resultan interesantes si partimos de la idea que el derecho debe regular una realidad y no inventarla, pues si la inventa no queda más que preguntarnos ¿para qué?

De ahí se desprende la enorme importancia de que el legislador conozca y considere la realidad y las necesidades que tiene el gobernado al momento de crear las normas, lo que tiene relación con las ficciones y por tanto con la técnica jurídica para regular circunstancias distintas a la realidad.

La vida humana nos tiene inmersos en ficciones, el lenguaje crea realidades alternas a lo que podemos vivir, sin embargo poco reflexionamos sobre ello, pero gracias a su utilización el derecho se mantiene así mismo, alcanza un mayor desarrollo, pues solo así se obtienen consecuencias que de otra forma no sería posible obtenerlas, empero debemos estar alertas sobre el doble fondo, sobre lo que no se dice, se modifica o distorsiona con el lenguaje.

El impacto psicológico y emocional de los ritos, solemnidades y formalidades debiera ser tan importante en la vida de una persona que debiera persuadir a conservarlos en el ámbito jurídico pues en el rito empleándose con las solemnidades correspondientes, se trata de una experiencia que marca a quien lo experimenta de por vida.

Esto es así con el propósito de que la persona pueda tener conciencia de los actos y prácticas que se ejecutan para que realmente sean efectivas. A tal extremo, que mediante la mística que impone el rito, y la solemnidad, el individuo pueda “enorgullecerse” de haber pasado por la misma experiencia, que implica la aceptación y felicitación del resto de la comunidad por su “grandeza personal” de suerte tal que no se deje lugar a dudas de cuál es la conducta (en líneas generales) que el grupo social espera de dicho individuo en adelante, si quiere ser aceptado y respetado por los demás.

Desde la preparación psicológica emocional adecuada a la ejecución de los actos del individuo, respecto a una conducta ética y social acorde a las capacidades de cada persona que se integrará como “valioso miembro de la comunidad” reconocido como tal socialmente y supervisado por el conjunto en sí.

El lenguaje crea palabras, y en cada época de la historia algunas de ellas se cargan de un prestigio especial de forma que nadie osa ponerlas en tela de juicio.

En el lenguaje encontramos palabras cuyo impacto emocional en el interlocutor provocan reacciones de distinta índole: de enojo, de emoción, de miedo, de asombro, de confusión, de amor....

En un lenguaje jurídico, se tiene que tener cuidado más que con lo que se dice que con lo que no se dice, estamos expuestos, al engaño, a la imposición de ideologías, a la agresión, al abuso, a la manipulación.¹⁶⁸

El peso emocional e inconsciente que pueden tener palabras cargadas con un significado determinado y por supuesto manejado, pero que son incuestionables.

En el derecho, el lenguaje no podría estar exento de servir intereses mezquinos y manipuladores como de hecho ocurre tanto en los textos de las leyes, de las sentencias, de la cátedra inclusive.

El lenguaje manipulador nunca demuestra nada, da por supuesto lo que le conviene, intimida de tal suerte que el interlocutor, no ejerce su poder crítico, acepta ingenuamente lo que se le proponga.

El demagogo, el tirano, el que desea conquistar el poder por la vía rápida de la manipulación opera con extrema celeridad para no dar tiempo a pensar y someter a reflexión detenida cada uno de los temas. Para ello no se detiene nunca a matizar los conceptos y justificar lo que afirma; lo da todo por consabido y lo expone con términos ambiguos, faltos de precisión. Al no poder profundizar en una cuestión, por imponer premisas dogmáticas, el hombre está predispuesto a dejarse arrastrar a la ideología subyacente.

Ello le permite destacar en cada momento el aspecto de los conceptos que le interesa para sus fines. Cuando subraya un aspecto, lo hace como si fuera el único, como si todo el alcance de un concepto se limitara a esa vertiente.

¹⁶⁸ En el derecho, las palabras o frases de impacto que nada dicen y pueden decir y justificar todo son: **“Justicia”, “bien común”, “seguridad jurídica”, “bajo protesta de decir verdad”, “orden público”, “interés social” “en nombre del Estado los declaro marido y mujer”, “se le discierne con el cúmulo de facultades inherentes a los de su cargo”, “trabé y ejecuté formal embargo en” “ de acuerdo a las reglas de la lógica y de la experiencia” “a efecto de no vulnerar derechos de terceros” y la peor de todas: “democracia”.**

De esa forma evita que los destinatarios tengan suficientes elementos de juicio para clarificar los argumentos por sí mismos y hacerse una idea serena y bien aquilatada de las cuestiones tratadas.

Toda forma de manipulación es una especie de malabarismo intelectual. Un mago, un ilusionista hace trueques sorprendentes y al parecer “mágicos” porque realiza movimientos muy rápidos que el público no percibe.

El jurista que utiliza el lenguaje en forma demagógica o manipulatoria procede, asimismo, con meditada precipitación, a fin de que las multitudes no adviertan sus trucos intelectuales y acepten como posibles los escamoteos más inverosímiles de conceptos.

En este juego que realiza el derecho del lenguaje, podemos en consecuencia advertir una de las herramientas de mayor peso, son las formalidades, las solemnidades con las que se actúa en el escenario jurídico y dentro de este escenario hay dos grandes grupos: las autoridades y los gobernados, en el primero de los grupos puede estimarse como deseable el que se perpetúe con las formalidades y solemnidades que revisten de legitimación al poder mismo, sin embargo, para el segundo grupo, para los gobernados, se trata de hacérseles más fácil la utilización del derecho, no de complicarlas mediante la imposición de formalidades que van más allá del respeto a la voluntad de la persona, pues en nuestra sociedad actual, se ha perdido por completo el significado que en algún otro momento se podría pretender con la realización de ciertos actos a guisa de ritual para impactar en la conciencia del individuo, en la obtención de conocimiento para su vida social, en el deseable ánimo de despertar sus conductas a su responsabilidad inherente.

6. CRISIS DE LA SOLEMNIDAD, SUBSISTENCIA, ELIMINACIÓN.

Tan se ha perdido su significado que el derecho mismo no tiene ya congruencia en las razones para que subsista la realización de actos solemnes, existe confusión en cuanto a su aplicabilidad a determinados actos o no.

Y no se trata solamente de homogeneizar legislaciones, porque crear e imponer leyes es sólo una mínima parte de un cambio de mentalidad y conducta social masiva, que sin conciencia, ya ni siquiera conocimiento de la sociedad a la que va dirigida, no tiene mayor importancia que no sea el de sustentar el poder en turno.

Se trata de reencontrar una mística real y efectiva en lo masivo que, antiguamente, la imponían -y velaban porque se cumplieran- los líderes tribales y religiosos que, actualmente, evidencian una notoria incapacidad para siquiera pensar en intentarlo, aún convocando para ello a legítimas autoridades de todos los ámbitos implicados.

Sería deseable que socialmente se reestructure una mística y rituales o ceremonias de verdadera formación y aceptación de los individuos que brinden conciencia y trascendencia en la ejecución de sus actos, sin embargo ello no puede ser tarea del Derecho, si no de la evolución particular de cada individuo, que cree de adentro hacia fuera, revalorizando sus actos con conocimiento y responsabilidad y no puede ser tarea del derecho porque la norma impone sin conciencia interna del individuo, proviene de fuera hacia la persona, ejerce coerción y sanciona, sin entender el actuar trascendental del hombre y de la mujer.

“Cuando despertó, el dinosaurio todavía estaba ahí”. Augusto Monterroso escribió este cuento titulado “El dinosaurio”¹⁶⁹, que consta de tan solo siete palabras; esta composición estuvo considerada como el relato más breve de la literatura universal durante muchos años hasta que apareció “El emigrante” de la autoría de Luis Felipe Lomelí (*¿Olvida usted algo? -¡Ojalá!*)¹⁷⁰. Si en este campo del uso de la lengua los literatos se han esmerado en ocupar la menor cantidad de palabras para hacer una obra que deleite los sentidos de los lectores sin sacrificar algún elemento de la técnica constructiva, morfológica, lingüística, semántica o estilística, porqué no habremos de esperar algo similar de los juristas, jurisconsultos y legisladores, hacedores de las leyes cuyo fin último es procurar justicia, de tal forma que sea asequible a todos los hombres

¹⁶⁹ Monterroso, Augusto. *El dinosaurio*. Tomado de *La oveja negra y demás fábulas*. Editorial Era, México 1969.

¹⁷⁰ Lomelí, Luis Felipe. *Ella sigue de viaje y demás cuentos*. Editorial Tusquets, México 2005

que quieran y requieran consultarla, interpretarla y ocuparla con el propósito de acercarse los elementos suficientes para lograrlo.

Sería un verdadero avance en la humanidad que todos tuvieran acceso fácil a la aplicación de la ley y a la obtención de justicia. Que la verdad nos haga libres y que la fuerza de la palabra sea el instrumento por medio del cual nuestro anhelo de libertad y justicia se cumpla por encima de la razón de la fuerza, sin falsos oropeles disfrazados de formalidades.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El derecho regula el actuar humano, tiene especial importancia la voluntad de la persona donde se involucran conceptos psicológicos de difícil constatación y alcances, tales como la intención o motivación para realizar un determinado acto, elementos que se utilizan para realizar una división entre hechos y actos jurídicos.

La intención y motivación permanecen en el pensamiento del individuo quien no siempre es conciente de su actuar y en consecuencia para asumir sus responsabilidades.

En muchas ocasiones, el actuar de una persona no siempre concurre con la intención que tenía, ya sea porque existe una motivación oculta, se pretende un fin distinto al que en apariencia se obtiene, por falta de conocimiento de las consecuencias del actuar de la persona y en muchas otras ocasiones tampoco se tiene la aceptación y responsabilidad de sus consecuencias.

Por tanto, es difícil realizar una clasificación tajante de qué actos del ser humano son intencionales, voluntarios, si se quieren o no determinadas consecuencias, porque es indagar en un plano subjetivo cuya demostración no puede ser fehaciente, por lo que las clasificaciones de hechos, actos y negocios jurídicos responden a diferencias no claramente distinguibles.

SEGUNDA.- La tradicional concepción del acto jurídico es errónea por equiparar al acto con un organismo, siendo que el acto jurídico implica acción humana, se traduce en un actuar, no en un ser, no es material, por lo que si bien tiene diversas etapas de conformación que se presentan desde la intención hasta la ejecución del acto y sus

consecuencias, el estudiar el actuar jurídico como se estudia a un ser orgánico, acarrea problemas el establecer una clara delimitación entre los elementos y requisitos que deben conformar un acto jurídico, su validez y existencia.

TERCERA.- En la evolución de la elaboración del concepto del acto jurídico, se confunde y mezcla lo que actualmente se consideran como meros requisitos del acto, con lo que son sus elementos sustanciales, de hecho los requisitos del acto son las características que deben tener los elementos del acto, por lo que si bien puede el acto estar conformado por voluntad y objeto, se dice que si una de las características que se han señalado como requisitos de validez no se cumplen, puede en ocasiones según algunos autores llevar a la inexistencia del acto.

Un acto jurídico al que se le ha imputado una declaración de inexistencia, no podrá constituirse o conformarse como hecho jurídico del ser humano, pues en éste su nota característica es la falta de intención o voluntad para producir efectos jurídicos.

CUARTA.- La teoría orgánica del acto jurídico, no puede ser aplicada estrictamente, no existe precisión absoluta en cuanto a la presencia de los elementos de existencia del acto jurídico; capacidad, libertad y forma pueden revestir la voluntad como características ineludibles para su integración, sin embargo también pueden entenderse como elementos secundarios y que su ausencia o deficiencia acarreará consecuencias menos graves en la conformación del acto jurídico.

Lo mismo acontece con el objeto del acto jurídico, ya que éste presenta tres acepciones: directo, indirecto y material, no existiendo claridad a cuál de esas acepciones se refiere la teoría orgánica que deba persistir para la conformación del acto jurídico.

No existe una directriz definida para establecer cuando se entenderá que se encuentran íntegramente reunidos los elementos del acto para producir existencia, o bien cuando la deficiencia de su conformación traerá consigo la “inexistencia” del acto.

QUINTA.- Si realmente existe una concepción orgánica del acto jurídico y ésta se basa en un modelo orgánico natural, entonces la solemnidad no puede ser considerada bajo esa estructura, es decir como un elemento natural del acto, pues la solemnidad es impuesta de manera artificial y caprichosa por el legislador, sin siquiera precisar en qué consiste la solemnidad.

SEXTA.- Si aceptamos la noción jurídica de la supremacía de la voluntad de la persona para producir consecuencias de derecho, del libre consentimiento de los contratantes, como la causa generadora del vínculo de las obligaciones convencionales externas, no podemos imponer a ellas que se externe necesariamente en una forma determinada para producir los efectos que se proponían, obligaciones, derechos, un estado de derecho.

SÉPTIMA.- Las formalidades externas con las que se manifiesta la voluntad de una persona para realizar un acto jurídico en cualquiera de sus especies, no debieran ser extremistas ni aplicadas rigurosamente sin excepción, el cumplimiento voluntario, la ratificación tácita o expresa, la caducidad, serían suficientes para cubrir su nulidad.

OCTAVA.- La teoría tripartita de las nulidades, no contempla la problemática de forma integral y satisfactoria, no puede abarcar la totalidad de situaciones desde la más sencilla a la más compleja que pretende resolver en bloque, es necesario analizar cada caso en concreto.

NOVENA.- Si la nulidad debe entenderse como una consecuencia del incumplimiento de las reglas jurídicas que regulen un acto determinado, es necesario entonces conocer el fin de esas reglas y sus razones de ser, cuál es el bien que se tutela, a qué intereses defiende, lo cual debe servir como guía para las nulidades.

DÉCIMA.- La teoría de la inexistencia de los actos jurídicos es el pináculo de las ficciones del Derecho, el acto por nulo que sea, podrá tener una existencia aparente, los signos materiales de la existencia de un acto no sólo son aquellos de su otorgamiento,

sino también de su ejecución, pudiendo tener una apariencia de eficaz y válido, lo cual se contrapone con la nada.

UNDÉCIMA.- Hay que atender al medio social en que los actos jurídicos, ya sean válidos o ineficaces se desarrollan, atendiendo a necesidades de crédito, de seguridad, de certidumbre.

Habrán ocasiones en que se tratará de imponer el peso avasallador del interés general o social, sin que realmente nadie se vea afectado por ello, salvo los que intervinieron en el acto, más aún; en actos aún más bizarros pero no por ello menos frecuentes, que ni siquiera se afecte a las personas que originariamente intervinieron en la celebración del acto y que al amparo de una inexistencia se trate de sacar provecho, en tales casos deberá atenderse del mayor beneficio que a mayor número de personas pueda producir.

DUODÉCIMA.- No necesariamente un acto jurídico afectado de nulidad traerá ineficacia, hay actos jurídicos plenamente válidos que estarán sujetos a término, a condición suspensiva o bien resolutoria donde los efectos del mismo nunca lleguen a producirse o bien cesen sus efectos. Y por el contrario existen actos jurídicos afectados de nulidad que producen todos sus efectos.

DECIMOTERCIA.- El actuar humano en el ámbito jurídico no puede ser comprendido mediante los enfoques y procedimientos adecuados para tratar con las ideas puras como las de las matemáticas, la física. Los hechos que realiza el ser humano, poseen una significación o sentido particular en cada uno aunque su especie sea la misma y se relacionan con valoraciones en cada caso concreto

En el tratamiento y en la solución de los problemas humanos calificados de jurídicos no se puede conseguir nunca una exactitud, ni una evidencia inequívoca. Esto es imposible.

DECIMOCUARTA.- La infracción a la realización de un acto jurídico que no se externe como la norma imponga, no dará lugar a una inestabilidad del orden jurídico, dará lugar en su caso a la imposición de determinada sanción, pues la desestabilización de un orden jurídico sólo tendrá lugar cuando reiteradamente se dejen de aplicar las disposiciones legales inherentes al caso concreto, por un grupo de personas con poder suficiente para pretender derrocar un sistema, o bien afectarlo, en consecuencia la alteración a la seguridad de un negocio celebrado por los contratantes, tendrá lugar cuando no puedan sustentarse en un régimen de derecho.

DECIMOQUINTA.- La solemnidad, es una forma en que se expresa la voluntad en el acto jurídico, en ocasiones se entiende como el continente del acto jurídico, en otras como un elemento extraño a él; o como un elemento inherente al acto, ya sea de existencia, de validez, y otras veces simplemente como un medio de prueba, siendo en realidad una forma específica para que se manifieste la voluntad de una persona para producir consecuencias de derecho.

DECIMOSEXTA.- A pesar de que el significado de la solemnidad ha ido evolucionando en el derecho, y que se dice no consistir en ritos ni ceremonias, sino que es la manera en que se actúa, en la exteriorización de la voluntad con un propósito determinado y los formalismos son el conjunto de esas formas o bien la exigencia de una forma única para que la ley le otorgue validez o incluso existencia a un acto, no existe un criterio uniforme respecto de cómo debe entenderse, ni que caracteriza a la solemnidad.

DECIMOSÉPTIMA.- Las formalidades estrictas no cumplen las finalidades que pretende el derecho, pues lejos de dar claridad a la celebración de un acto o negocio, confunden a las partes que intervienen en él, hacen más compleja su realización.

Se incurre en contradicción a un aparente fin de las formalidades, cuando se pretende con la formalidad dar prueba fehaciente de la existencia del acto y lograr “certeza jurídica”, cuando la deficiencia de la forma hace inexistente al acto

La formalidad por sí misma no va tutelar a las partes que intervienen en el acto para hacerlos conocedores de sus efectos. La formalidad en el acto no necesariamente traerá la publicidad del mismo frente a terceros. La publicidad tiene eficacia declarativa, no constitutiva de derechos.

Se dificulta el acceso a la impartición de justicia y conocimiento sencillo del derecho con las formalidades infranqueables o complejas

DECIMOCTAVA.- La distinción entre las formalidades *solemnitatis causa* y *probationis causa*, no es clara, porque no se señala la causa o motivo para que las formalidades sirvan solo como medio de prueba para demostrar la existencia del acto o como elemento de existencia en el acto.

El legislador no tuvo en cuenta la diferencia sustancial entre formalidades *probationis causa* y *solemnitatis causa*, confundiendo, en la rigidez dogmática de una forma, las nulidades de derecho público y las del derecho privado, sanciona de la misma manera los vicios de forma de los actos de la vida civil y aquellos cuyo carácter auténtico se desprende de su misma naturaleza.

DECIMONONA.- Se dice que un acto jurídico debe ser solemne cuando se atiende a la trascendencia, autenticidad o importancia del acto jurídico para tal distinción. Sin embargo, tampoco existe directriz alguna para determinar el motivo, ni quien califique a los actos de trascendentes, importantes, o irrelevantes, pues en todo caso la calificación de los actos con estos adjetivos la tendrían que atribuir las partes y no la ley.

VIGÉSIMA.- La falta de formalidades no debe traer consigo la inexistencia o nulidad absoluta del acto; es preferible que simplemente se vea afectada de una nulidad relativa, la premisa debiera ser que la voluntad de la persona debe cumplirse.

VIGÉSIMA PRIMERA.- No hay conciliación entre los orígenes de la teoría de la inexistencia que pretende partir de un derecho natural y la solemnidad que tiene sustento en el derecho positivo en la imposición de formalidades legales, elevados a rango de solemnidad y elemento sin el cual no pueda existir el acto.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- Los actos jurídicos solemnes han perdido terreno paulatinamente, a grado tal que hay autores que solo reconocen con este carácter al matrimonio.

VIGÉSIMA TERCERA.- En el matrimonio se está ante un régimen especial de ineficacias, en el que deben tomarse en consideración primordialmente la *ratio legis* que preside la institución del matrimonio, tutelando de manera fundamental los derechos de los cónyuges y de los hijos, en función de los fines de la organización social. Sin embargo, este contrato cada vez va teniendo menos trascendencia e importancia social.

VIGÉSIMA CUARTA.- La adopción no se consigue sino es mediante juicio previo, por lo debe considerarse un procedimiento jurisdiccional y no un solo acto jurídico, por lo tanto, no puede aceptarse que por el hecho de que deba existir un procedimiento jurisdiccional de adopción, esta figura sea solemne, se exigen si, requisitos y quedará a criterio del juez resolver si se cumplieron o no para dictar la resolución correspondiente.

VIGÉSIMA QUINTA.- Las formas que la ley dispone para que se efectúe el reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, no conforman propiamente solemnidades, pues no se precisa en qué consisten éstas, por lo que respecta a la primera y segunda forma de reconocimiento, el acudir ante un juez del registro civil para que realice el acta de reconocimiento, tiene fundamentalmente efectos de registro.

VIGÉSIMA SEXTA.- La ley no califica como solemne al testamento, sin embargo, al referirse específicamente al testamento público abierto, nuevamente incurre el

legislador en contradicciones existe una incorrecta aplicación de la palabra solemnidad, pues en realidad debió señalarse como formalidad, en las que ante la falta o deficiencia de las mismas puede reclamarse una nulidad.

VIGÉSIMA SÉPTIMA.- La repudiación de derechos hereditarios tampoco es un acto que deba ser solemne, ya que si bien la repudiación debe ser expresa y por escrito, esto obedece a que se trata de la renuncia de un derecho que a efecto de evitar fraudes y con ello los correspondientes daños y perjuicios de los herederos, el legislador quiso que la voluntad del heredero, obrara de manera fehaciente, pero sin imponer un formalismo determinado

VIGÉSIMA OCTAVA.- La aceptación del cargo de albacea, no requiere declaración solemne del juez para que quede discernido ya que de acuerdo a nuestra legislación no se requiere más requisitos para que el albacea entre en funciones con todos los derechos y obligaciones inherentes a su cargo que él exprese su mera aceptación, de lo que se sigue que al producirse ésta, en el acto en que el juez de la sucesión le reconoce como albacea, *ipso iure* se produce el discernimiento de tal cargo en su favor.

VIGÉSIMA NONA.- Tampoco la novación debe considerarse como un acto solemne; el hecho de que la novación deba constar expresamente y que no pueda presumirse, no necesariamente puede tal exigencia calificarse de solemne, sino simplemente sentar el principio de que la voluntad de las partes conste de manera clara, que se manifieste en forma explícita, que no de lugar a dudas sobre la intención de los contratantes.

Es cierto que conforme a nuestra legislación civil, la novación nunca se presume, sino que debe constar expresamente; pero esto no quiere decir que para que la novación se verifique, sea indispensable y necesario el requisito de que las partes hagan explícita y solemne declaración de voluntad, en el sentido de que son su deseo e intención, novar el convenio primitivo; por que no es necesaria en el actual derecho la

formalidad exigida por el antiguo derecho romano, pues en la actualidad, es bastante con que el *animus novandi* aparezca claramente de los términos del nuevo contrato.

TRIGÉSIMA.- La subrogación tampoco es un acto jurídico solemne. Sin duda, el derecho moderno no exige términos sacramentales pero no teniendo equivalentes las palabras subrogar o subrogación no se podría emplear en su lugar sino una perífrasis tal como ceder o transmitir sus acciones, lo que dejaría una duda sobre la intención verdadera de las partes, pues podría preguntarse si han pretendido convenir un pago con subrogación o una cesión de derechos, convenciones que son igualmente posibles, pero cuyos efectos y condiciones de eficacia no son semejantes.

No basta la prueba del préstamo hecho por tercero para que éste quede subrogado en los derechos del acreedor, es preciso probar que el préstamo tuvo la aplicación indicada en el respectivo título, prueba que podrá ser hecha con la declaración del acreedor en el recibo o en la escritura de declaración de pago; la subrogación resulta de la declaración del préstamo en las condiciones aludidas.

TRIGÉSIMA PRIMERA.- En materia procesal, la falta de formalidades es la excusa más recurrente para no realizar un pronunciamiento de fondo en las controversias, se deja de lado la verdadera impartición de justicia, por la imposición de un sistema de “legalidad”.

La fuerza y la obligatoriedad del derecho está plasmada en el viejo principio latino *dura lex, sed lex*, pero frente a esta sentencia advertimos la fuerza y contundencia del principio opuesto *summum jus, summa injuria*. La ley es dura, pero es la ley y debe cumplirse. Sólo que el derecho llevado a extremos exagerados puede llegar a constituir la máxima injusticia a verdaderos fanatismos y despotismos jurisdiccionales.

TRIGÉSIMA SEGUNDA.- Es indebido el entronizamiento de las solemnidades o formalidades del derecho cuando protege desmedidamente al Estado y al Poder bajo el

argumento de seguridad jurídica, cuando se alejan del sentido común de la búsqueda de solución de conflictos y de la justicia que aún cuando debiera ser la directriz en la aplicación del Derecho, no lo es; se le soslaya por la complejidad de encontrar definiciones de éste concepto, y cierto es que aún cuando se habla de justicia se entra al campo de lo emocional, si existe una guía: el buen sentido en el aquí y el ahora.

TRIGÉSIMA TERCERA.- Los actos solemnes, las formalidades externas tienen por fin la protección de un sistema, la imposición sutil del poder que sanciona la voluntad hasta nulificarla si no se externó como lo marca la ley.

Se deben repudiar los privilegios indebidos otorgados al Estado por leyes y por jueces que reputamos de índole fascista y somos también vehementes críticos del Estado enemigo que litiga y resiste en juicio con la conciencia de no tener razón, abusando del derecho de recurrir a formalidades y solemnidades con el objetivo de postergar la satisfacción de sus gobernados.

TRIGÉSIMA CUARTA.- Es sabido que primero son los sucesos y luego surge el Derecho que habrá de regular tales hechos; el Derecho siempre viene detrás de la conducta y de los hechos que generan consecuencias jurídicas (hecho jurídico *latu sensu*). Entonces los órganos del Estado encargados de las funciones legislativas recogen de la experiencia de los gobernados las necesidades que surgen y emiten nuevas normas. Si en el actuar, no hay solemnidades no hay motivo para que el Estado sancione con el desconocimiento de tales actos las faltas de solemnidades.

TRIGÉSIMA QUINTA.- La solemnidad no va encaminada a la protección de los fines, ni de las funciones del derecho, no busca ni la justicia, ni el orden público, ni el interés general ni particular, tampoco brinda seguridad jurídica.

Por el contrario, en la aplicación de las solemnidades y formalidades, se esconde la necesidad de subsistencia de un poder preestablecido, que imponga formalidades que se tornan incuestionables, con el pretexto de lograr una certeza jurídica, cuando el

fin que se debe de buscar es la solución de conflictos, impartición de justicia, causar el menor daño al agraviado. Se soslayan estos fines cuando no se actuó con las formalidades o solemnidades exigidas.

TRIGÉSIMA SEXTA.- Es necesario buscar el respeto a las voluntades de los individuos y no nulificarlos o de plano negar su existencia, por no ajustarse al rigorismo de las formalidades; la equidad, el buen sentido, la justicia, debe ser base esencial del derecho, preponderar sobre el inflexible texto de la ley, porque el rigorismo de la misma se basa en teorías decimonónicas.

TRIGÉSIMA SÉPTIMA.- La ley tiene que adecuarse a las necesidades de la vida civil, tiene que sobreponerse a las exigencias del derecho escrito, y como no se puede llevar la consecuencia de los dogmas jurídicos hasta la negación de esa realidad, las disposiciones del código, que califican a determinados actos jurídicos como solemnes han sido prácticamente inaplicables, porque el mismo código no ha cuidado de reglamentar, en todas sus consecuencias, el referido principio.

El exceso de normas parece paralizar en algún momento la vida diaria. El lenguaje rebuscado y artificial del Derecho crea verdaderos obstáculos para la obtención de justicia. Nos aqueja una carga tremenda de trámites que cumplir para obtener justicia y eso probablemente choque con la idea fundamental del Derecho que es precisamente obtener justicia.

PROPUESTA.

Nuestra población está sometida a una gran variedad de leyes y ordenamientos que tienen como premisa que son conocidas por las personas, gobernados y gobernantes; no obstante, aun quienes se encuentren en el medio jurídico se ven imposibilitados de conocerlas en su totalidad; ya por su materia, por su competencia, por la complejidad del sistema. En la búsqueda de un derecho asequible a todos, se impone la tarea de facilitar el acceso a una verdadera impartición de justicia, con un lenguaje preciso y sencillo, sin cargas de formalidades innecesarias e incomprensibles. Se busca el no de sostener un mundo burocrático de leyes que lo que subrepticamente persiguen es sostener una estructura para apuntalar el poder de ciertos grupos.

Ninguna teoría en la ciencia del derecho, debe aplicarse estrictamente, pues no pertenece al campo de las llamadas ciencias duras, por lo tanto, no obedece a la aplicación de silogismos o premisas cual fórmulas categóricas para lograr un fin específico, la teoría de la inexistencia del acto jurídico no tiene aplicabilidad, ni eficacia plena, pues sus postulados no se ajustan a la realidad jurídica.

Las solemnidades han perdido su función de transmitir conocimiento y respeto a lo que una población considera como valioso y trascendental; en su caso las solemnidades solo deben preservarse en el ámbito jurídico a quienes deben ejercer el derecho ya en la administración, en la creación de leyes, en su impartición, pero no debe imponerse a quienes pretendiendo que su voluntad sea cumplida, que su actuar se respete, a quienes buscan hacer exigible un derecho que les es debido, se les niegue bajo el argumento de que no respetaron las solemnidades o formalidades que la ley impone.

En la actuación del concededor del derecho, no debe revestirse de parafernalias, ni pompas que en la mayoría de los casos se traducen en despotismo que encubre ignorancia, la actuación del profesional del derecho debe ser respetuosa si, sencilla y con sensibilidad.

Debe atenuarse el rigorismo de la ley cuando este constriñe nuestro actuar a formalidades excesivas a las que se han llamado solemnidades, sin saber a ciencia cierta en que estriban las mismas, y porqué se aplican solo a determinados actos.

No se confunda con la eliminación absoluta de formalidades pues éstas estarán presentes siempre en toda manifestación de voluntad, ya que la forma preside al acto, lo que se busca es que su tratamiento sea subsanable, por el transcurso del tiempo, por ratificación del acto, por el cumplimiento del mismo, que las formalidades no sean obstáculos a la obtención de una satisfactoria resolución de conflictos.

En un afán de conciliar criterios en la legislación civil, se propone la eliminación de palabras -cual sacramentos ineludibles- impone la ley, formas estrictas y complejidades en la actuación de las personas cuando pretenden conseguir una situación de derecho.

La sustitución de las solemnidades por formalidades y la especificación de éstas para su validez en la regulación de cada acto, pueden llevar una mayor eficacia en la celebración de los actos.

Si somos coherentes en la manifestación de nuestro pensamiento, palabra y acción, con el ejemplo diario en todos los ámbitos de nuestra vida, el derecho irá eliminando poco a poco los rigorismos y formalidades carentes de significado. Busquemos la congruencia interna.

BIBLIOGRAFÍA

- **Acosta Romero, Miguel y Laura A. Martínez Arroyo.** *Teoría General del Acto Jurídico y Obligaciones.* Edit. Porrúa México 2002.
- **Álamo Gutiérrez, Javier.** *Los 140 tipos de Personas Reconocidas en el Derecho Mexicano, La Sociedad Anónima Mexicana no es Anónima, La Sociedad de Gestión Colectiva, es Representativa Simple.* Editorial Porrúa. México, 2000.
- **Aquiles Horacio, Guaglicinone.** *Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal.* Ediar S.A. editora, Buenos Aires 1995.
- **Barrera Graf, Jorge.** *Instituciones de Derecho Mercantil, 5ª.reimpresión* Editorial Porrúa, México 2003.
- **Bejarano Sánchez, Manuel.** *Obligaciones Civiles.* cuarta edición Oxford University Press Harla México, S.A de C.V.
- **Bonnecase, Julien.** *Elementos de Derecho Civil.* Traducción por José María Cajica jr. Tomo II; Cárdenas Editor y Distribuidor. 1985
- **Bosset, A. Gustavo.** *Manual de Derecho de Familia.* Editorial Astrea, Buenos Aires 1989.
- **Capella, Juan Ramón.** *Elementos de Análisis Jurídico.* Editorial Trotta, S.A., Madrid, 1999.
- **Compagnucci de Caso, Rubén H.** *El negocio jurídico.* Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, Argentina, 1992
- **Correas, Oscar.** *Crítica de la Ideología Jurídica.* Primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1993.
- **Chávez Asencio, Manuel F.** *La familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales.* Tercera Edición, Porrúa, México 1997.
- **De Castro y Bravo, Federico.** *El negocio jurídico.* Editorial Civitas, S.A Madrid 1991.

- **De Ibarrola, Antonio.** *Cosas y Sucesiones.* 14ª edición Editorial Porrúa México 2004.
- **De Pina Vara, Rafael.** *Diccionario de Derecho.* Editorial Porrúa, Décimo sexta edición México.
- *Diccionario de la Lengua Española.* Larousse Editorial, S.A.
- **Domínguez Martínez, José Alfredo.** *Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez.* Edit. Porrúa. Sexta edición actualizada, México, 1998.
- **Fitzpatrick, Peter.** *El mito y la modernidad.* 9 edición, México 2001 Editorial Siglo XXI, 1999.
- **Galindo Garfias, Ignacio.** *Derecho Civil. Primer Curso. Parte general. Personas. Familia.* Décimo Séptima edición, Editorial Porrúa, México. 1998.
- **Gutiérrez y González, Ernesto.** *Derecho de las Obligaciones.* Editorial Porrúa, 7ª. Edición, México 1990.
- **Gutiérrez y González, Ernesto.** *Derecho Civil para la Familia,* Editorial Porrúa México 2002.
- **Gutiérrez y González, Ernesto.** *Derecho sucesorio intervivos y mortis causa.* Editorial Porrúa. México 2006.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO Editorial Porrúa S.A. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1994.
- **Iturralde Sesma, Victoria.** *Lenguaje Legal y Sistema Jurídico, Cuestiones Relativas a la aplicación de la Ley.*
- **Japiot, René.** *Des nullites en matiere d'actes Juridiques. Essai d'e une Théorie Nouvelle.* Paris 1909
- **Jurgën, Habermas.** "Acción Comunicativa y Razón sin Trascendencia", Editorial Paidós, Barcelona, 2002.
- **Kelsen, Hans** *¿Qué es la Justicia?* Distribuciones Fontamara S.A. Decimoséptima reimpresión 2005.

- **Lutzesco, Georges** *“Teoría de los actos inexistentes”* Editorial Porrúa, 10ª. Edición México, 2002.
- **Lessona, Carlos.** *“Teoría General de la Prueba en Materia Civil”*, Tomo II, Prueba Escrita, traducción española de Aguilera de Paz.
- **Lomelí, Luis Felipe.** *Ella sigue de viaje y demás cuentos.* Editorial Tusquets, México 2005.
- **López Calera, Nicolás** y otros. *El Derecho y La Justicia* Editorial Trotta. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Colaboración de Ernesto Garzón Valdez Francisco J. Laporta. Albert Calsamiglia y otros, 2ª edición Madrid, 2000
- **Magallón Ibarra, Jorge Mario.** *Instituciones de Derecho Civil.* Tomo II, Segunda edición. Editorial Porrúa, México 1998.
- **Margadant S. Floris Guillermo.** *El Derecho Privado Romano.* Vigésimo Sexta Edición. Editorial Esfinge, S. de R.L., Naucalpán, Estado de México. 2005.
- **Monterroso, Augusto.** *El dinosaurio.* Tomado de *La oveja negra y demás fábulas.* Editorial Era, México 1969
- **Pallares, Eduardo.** *Derecho Procesal Civil.* Editorial Porrúa, S.A. México, 1998.
- **Planiol, Marcel y Ripert, Jorge.** *Derecho Civil.* Traducción de Leonel Pérez Nieto Castro. Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V. 3ª edición, México 1997.
- **Platón.** *La República.* Traducción de José Manuel Pabón. Madrid, Alianza Editorial, 2003.
- **Petit, Eugene.** *Tratado Elemental de Derecho Romano.* Traducción de José Fernández González, con prologo de José María Rizzi. Editorial Porrúa 17ª. Edición. México 2001.
- **Pérez Fernández del Castillo, Bernardo.** *Derecho Notarial.* Editorial Porrúa. 3ª edición, México 1986.
- **Rawls, Jhon.** *Teoría de la Justicia.* Fondo de Cultura Económica. México 1978
- **Recanses Siches, Luis.** *Introducción al estudio del Derecho,* Décimo cuarta edición, Editorial Porrúa México 2003.

- **Rodríguez Rodríguez, Joaquín.** *Tratado de Sociedades Mercantiles*, Tomo I, México, 1965.
- **Rojina Villegas, Rafael.** *Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia*. 7ª. edición Editorial Porrúa México 1998
- **Rojina Villegas, Rafael.** *Derecho Civil Mexicano*. Tomo Quinto Obligaciones, Volumen II 7ª. edición. Editorial Porrúa México 1998.
- **Sánchez Márquez, Ricardo.** *Derecho Civil. Parte general, personas y familia*. Editorial Porrúa, México 1998.
- **Sánchez Medal, Ramón.** *De los Contratos Civiles*. Editorial Porrúa, 10 edición México 1989.
- **Teubner Gunther,** “*El derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global*”. Universidad Externado de Colombia 1ª edición Colombia 2005.
- **Ventura Silva, Sabino.** *Derecho Romano. Curso de Derecho Privado*. 2ª. Edición Edit. Porrúa. México 1966.
- **Xirau Ramón** “*Introducción a la historia de la Filosofía*”. Universidad Autónoma de México. México 2005.

LEGISLACION

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.