



376
200

Universidad Nacional Autónoma de México

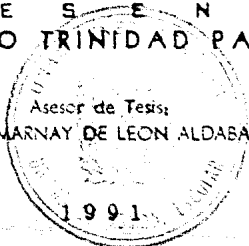
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACAPLAN"

"LA NULIDAD DE LOS
FRACCIONAMIENTOS DE
PROPIEDADES AFECTABLES
EN EL DERECHO AGRARIO"

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

TESIS CON
FALTA DE ORIGEN

Asesor de Tesis:
L.C. MARNAY DE LEON ALDABA





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO	
LA SIMULACION	
a) CONCEPTO	5
b) ELEMENTOS DE LA SIMULACION	9
c) FORMAS DE SIMULACION	22
d) DEFINICION	28
e) SIMULACION Y RESERVA MENTAL	29
f) SIMULACION Y ACTOS APARENTES	40
g) SIMULACION Y FRAUDE A LA LEY	47
h) SIMULACION Y FRAUDE A TERCEROS	59
CAPITULO SEGUNDO	
LA NULIDAD	
a) CONCEPTO	73
b) ELEMENTOS DE LA NULIDAD	74
c) FORMAS DE LA NULIDAD	92
d) DIFERENTES TEORIAS DE LA NULIDAD	111
e) DEFINICION	134
CAPITULO TERCERO	
LAS PRESUNCIONES	
a) CONCEPTO	136
b) ELEMENTOS DE LA PRESUNCION	139
c) FORMAS DE LA PRESUNCION	149

d) DIFERENTES TEORIAS QUE HABLAN DE LAS PRESUNCIONES	169
e) DEFINICION	174

CAPITULO CUARTO

LOS PROCEDIMIENTOS DE NULIDAD ESTABLECIDOS EN LA LEY FEDERAL DE REFORMA AGRARIA

a) GENERALIDADES	177
b) DESCRIPCION DE LOS PROCEDIMIENTOS	180
b.1 NULIDAD DE FRACCIONAMIENTOS DE BIENES COMUNALES	180
b.2 NULIDAD DE FRACCIONAMIENTOS EJIDALES	181
b.3 NULIDAD DE FRACCIONAMIENTOS DE PROPIEDADES AFECTABLES	184
b.4 NULIDAD DE ACTOS Y DOCUMENTOS QUE CONTRAVENGAN LAS LEYES AGRARIAS	186
b.5 NULIDAD DE CONTRATOS Y CONCESIONES	189
b.6 NULIDAD Y CANCELACION DE LOS CERTIFICADOS DE INAFECTABILIDAD	192

CAPITULO QUINTO

EL PROCEDIMIENTO DE NULIDAD DE FRACCIONAMIENTO DE PROPIEDADES AFECTABLES

a) GENERALIDADES	196
b) DESCRIPCION DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO POR LA LEY FEDERAL DE REFORMA AGRARIA	198

CAPITULO SEXTO

CONCLUSIONES

OPINION SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE NULIDAD DE FRAC CIONAMIENTO DE PROPIEDADES AFECTABLES Y PROPUESTA PARA MODIFICAR LOS ARTICULOS 404 Y 405 DE LA LEY FEDERAL DE REFORMA AGRARIA	219
--	------------

BIBLIOGRAFIA	223
---------------------------	------------

I N T R O D U C C I O N

La historia contemporanea de México es la historia de la lucha por la tierra. Largo, doloroso, a veces lento, - a veces rápido, ha sido el desarrollo histórico del Ejido, sus nuevos problemas demandan soluciones nuevas, sus añe - jos problemas demandan soluciones nuevas.

En todo caso estamos en deuda como nación con el eji - do, le debemos un amplio reconocimiento por ser factor -- principal de la paz con que hasta nuestros días vive el - país.

Los elevados propósitos de la modernización del ejido imponen como base el conocimiento de las experiencias acu - muladas, de los errores, de los éxitos y los fracasos; te - nemos que apartarnos de las improvisaciones, del inmedia - tismo, sobre todo, de las ilusiones de que las cosas serán porque sí.

Modernizar significa actualizar, poner al día, deshe - char sin mengua de lo esencial, lo que se ha adherido al - meollo de algo y después se ha convertido en inútil o es - torboso.

La legislación Agraria, en muchos aspectos, se ha quedado atrás de las relaciones sociales y económicas y aún políticas del ejido que ha acelerado su paso en los últimos años y emprendido la carrera, perseguido por la crisis de estos años. Ante este desajuste entre la realidad normativa y la realidad efectiva del ejido, se hace imprescindible modernizar la legislación agraria.

Teniendo como Ley Suprema nuestra Carta Magna, el Artículo 27 Constitucional, amalgama diversas disposiciones de orden general y particular, en materia de distribución de tierra. La misma disposición constitucional, crea la Reforma Agraria como una institución que ha tratado de destruir totalmente la caduca estructura latifundista que imperó en el país por varios siglos.

Con el objeto de lograr la afectación de aquellos predios que rebasan en mucho el límite de la Pequeña Propiedad, que se encuentran simulados, a través de fraccionamientos, que aparentan legalidad, he tratado de desarrollar el tema, de "La Nulidad de Fraccionamientos de Propiedades Afectables", haciendo alusión a las presunciones, a la simulación y a la propia acción de nulidad, con el objeto de entender, que estas

figuras jurídicas son las que deben considerarse para declarar "La Nulidad de Fraccionamientos de Propiedades Afectables".

Es necesario que este procedimiento se vuelva más -- ágil y expedito, porque ante lo tardado del mismo, crea in tranquilidad y sosobra entre los campesinos y los propietarios.

Con el desarrollo de este tema pretendemos que el procedimiento se vuelva un juicio sumario, para que se obtengan resultados a corto plazo, y proponemos la modificación de algunos artículos que reducirán las fases procedimentales, y daran amplio beneficio a la gente del campo.

CAPITULO PRIMERO

LA SIMULACION

- a) CONCEPTO
- b) ELEMENTOS
- c) FORMAS DE SIMULACION
- d) DEFINICION
- e) SIMULACION Y RESERVA MENTAL
- f) SIMULACION Y ACTOS APARENTES
- g) SIMULACION Y FRAUDE A LA LEY
- h) SIMULACION Y FRAUDE A TERCEROS

CAPITULO PRIMERO

I. LA SIMULACION

a) CONCEPTO DE SIMULACION.

Para empezar hablar de la simulación, es conveniente mencionar someramente el ACTO JURIDICO, el cual se define: Como la manifestación de la voluntad con el objeto de producir consecuencias de Derecho, teniendo el Acto Juridico como un elemento principalísimo la voluntad, porque si no hay voluntad no hay acto jurídico, es decir el acto que se realice faltando este elemento es inexistente, o mejor dicho es la nada jurídica, pero en el caso de la simulación estamos ante un acto jurídico que se realiza con curriendo todos los elementos, y en cuanto a la voluntad hay una discrepancia entre la voluntad interna y la declarada o sea que existe una oposición entre lo querido y lo declarado que puede ser:

INVOLUNTARIA: Cuando se trata de un error en la expresión del pensamiento o bien cuando se hace una exposición didáctica.

VOLUNTARIA: Cuando conscientemente se declara otra cosa diferente a la que se quiere, es decir que se simula o disimula lo querido.

En nuestra vida diaria vemos que existen diferentes formas de simular, como ejemplo tenemos el simular que nos encontramos enfermos para no prestar un servicio, o también se miente para evitar un castigo, existiendo en la mayoría de los casos la intención de engaño por parte del agente.

Simular viene del latín SIMULARE, forma verbal de SIMULIS, semejante. Pero en un sentido más amplio, simular significa representar una cosa fingiendo lo que no es. (1) y disimular es ocultar la realidad.

En ambos casos, ya se trate de una figura o de otra el agente o los agentes persiguen el engaño. En el mundo jurídico, ambos conceptos aparecen como diversos aspectos de un mismo fenómeno: la simulación, es decir, que lo que constituye el común denominador terminológico entre simular un acto o disimularlo, es lo que comunmente conocemos con el nombre de simulación: por ello, los conceptos antes expuestos, no cambian en nada su significado al pasar al campo de explicación del Derecho. Sin embargo, aún a pesar de que sabemos el contenido conceptual de la figura, y su circunscripción en el mundo jurídico, los autores no han unificado su criterio para definirla, creando con ello

(1) Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española. Editorial - Espasa-Calpe. 2a. Edición 1950. Madrid, España. Pág. 1396.

confusión y contradicciones.

Así por ejemplo: Henri León y Jean Mazeaud afirman que: "La simulación es la operación por la cual se crea una situación jurídica aparente que difiere de la situación jurídica verdadera". (2)

Gabriel Marty afirma asimismo: "Que hay simulación -- cuando las partes después de haber celebrado una convención aparente, al mismo tiempo celebran otra destinada a permanecer en secreto y que modifica o suprime los efectos de la primera". (3)

Nicolás Coviello dice: "La simulación consiste en que rer una cosa diversa de la contenida en la declaración, - conscientemente y con el consenso de la parte a que va dirigida la declaración". (4)

Planiol y Ripert expresan: "Hay simulación, cuando se hace conscientemente una declaración inexacta o cuando se cumple una convención aparente, cuyos efectos son modifi-

- (2) Mazeaud Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Editorial EJE. Traducción de la primera edición. 1960. Buenos Aires, Argentina. 2da. parte, Tomo III. Pág. 101.
- (3) Marty G. Derecho Civil. Obligaciones. Editorial Cajica. 1952. Puebla, México. Tomo I. Pág. 192.
- (4) Coviello Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. Editorial Uteha. Traducción de la 4a. edición. Italiana. 1949. México, -- Pág. 412.

cados, suprimidos o descartados por otra contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta". (5)

Héctor Cámara ha manifestado que: "El acto simulado - consiste en el acuerdo de partes, de dar una declaración de voluntad a designio divergente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar innocuamente, o en perjuicio de la Ley o de terceros". (6)

Borja Soriano y Gutiérrez y González aceptan el concepto que proporciona Ferrara: "Acto simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad o porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece"(7).

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales establece un concepto de simulación en su artículo 2180 y dice: "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 ellos".

De las definiciones expuestas, podemos ver que unas pecan según la crítica, por defecto y otras por exceso, o

- (5) Plainol y Ripert. Droit. Civil Francais. Tomo 6, Núm. 33.- Citado por Cámara Héctor, Ob. Cit. Pág. 27.
 (6) Cámara Héctor. Simulación de los Actos Jurídicos. Editorial Roque de Palma. 2a. Edición 1958. Buenos Aires, Argentina. Pág. 28
 (7) Ferrara. La simulación de los Negocios Jurídicos. Núm. 2. Pág.60 Citado de Borja Soriano M. Ob. Cit. Tomo II. Pág. 202. Núm. 1169 Gutiérrez y González E. Ob. Cit. Pág. 574. Núm. 823.

imprecisión, (8), pero en gran parte es debido a que es analizada la figura desde diferentes puntos de vista y atendiendo a varias circunstancias. Sin embargo, como creemos que lo que se persigue es exponer con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferentes de la figura jurídica de la simulación, es obvio que tengamos que referirnos a lo que generalmente se simula, el acto jurídico. De esta suerte: Acto simulado es el acuerdo de partes para manifestar una voluntad con apariencia contraria a la realidad, celebrándose así un acto que no existe o que es distinto de como parece, y con el cual se pretende engañar en perjuicio de la ley o de terceros, llamándose simulación, al vicio que afecta a ese acto.

b) ELEMENTOS DE LA SIMULACION.

De acuerdo con la definición que se dió sobre lo que es el acto simulado, (consiste en el acuerdo de partes para manifestar una voluntad con apariencia contraria a la realidad, celebrándose así, un acto que no existe o que es distinto de como parece, con el cual se pretende engañar en perjuicio de la ley o de terceros). Examinemos sus elementos para poder conocer mejor su estructura jurídica.

(8) Cámara Héctor. Ob. Cit. Pág. 27

La mayoría de los autores están de acuerdo siguiendo a Francisco Ferrara, en los elementos que conforman al acto simulado, y se dice: "En la simulación, pues, los contratantes están de acuerdo sobre la apariencia del acto que no llevan a cabo realmente, o bien en aquella forma visible de que se sirven como instrumento para engañar a los terceros. Los requisitos del negocio simulado son por tanto, los tres siguientes:

- 1º. Una declaración deliberadamente disconforme con la intención;
- 2º. Concertada de acuerdo entre las partes;
- 3º. Para engañar a terceras personas". (9)

Nosotros estamos de acuerdo con los elementos que antes se señalan, pero creemos que su estudio debe hacerse en forma diferente de la apuntada, y por ello, vemos en primer término el acuerdo entre las partes; en seguida, el propósito de engañar en perjuicio de la ley o de terceros, finalmente la disconformidad consciente entre la voluntad y la declaración.

El acuerdo entre las partes. Como en todo acto jurídico re-

(9) Ferrara Francisco. La Simulación de los negocios jurídicos. Traducción de Rafael Atrád y Juan A. de la Puente. Madrid 1916.- Págs. 61 y 62. Citado por Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Editorial Robredo. Primera Edición 1962. México. Tomo III. Pág. 438. Núm. 2.

quiere de manera imprescindible el acuerdo de partes para la formación del acto mismo, pero tratándose de la simulación, es necesario la conformidad de todas las partes contratantes, sin importar si el acto es unilateral o plurilateral con referencia a los sujetos que intervienen, y no basta que alguna de las partes manifieste la declaración en desacuerdo con su ser interno, sino que es necesario que el otro contratante formule la suya también en igual sentido. Por lo anterior es fácil inferir que la ficción supone una relación bilateral entre los que efectúan el acto, los que cooperan juntos en la creación de un acto aparente, en la producción de una figura falsa que constituye el acto simulado.

Este acuerdo simulatorio está reconocido plenamente por el Código Civil de 1928 para el Distrito y Territorios Federales, pues en su artículo 2180 dice: Es simulado el acto en que las partes ... agregando en el 2181 que: La simulación es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter. Lo anterior nos indica de manera innegable la existencia de un convenio entre los contratantes para producir la apariencia, y diremos con Héctor Cámara que la simulación siempre es el resultado de una entente, de una convención. (10)

El requisito sujeto a análisis, contribución de todos los participantes del acto, nos obliga a ver figuras con las cuales se confunde; así se le ha confundido con la reserva mental y para el caso estamos a lo dicho por Ferrara: "En la simulación, las partes, de una manera consciente, ocultan en el acto ostensible su verdadero propósito, reservándose para el secreto, la declaración verdadera de los efectos jurídicos que realmente se propongan llevar a cabo. En cambio, en la reserva mental, sólo una de las partes, cuando los actos son plurilaterales, o el autor de los mismos en los unilaterales, oculta el significado íntegro de su declaración de voluntad, con el fin de provocar alguna duda o ambigüedad en la interpretación del acto jurídico, para aprovechar dolosamente esa circunstancia en un momento posterior". (11).

También se le ha confundido con el dolo, pero basta con ver que este es: "El conjunto de maquinaciones empleadas para inducir a error, y que determinan a la persona para dar su voluntad o para darla en situación desventajosa, en la celebración de un acto jurídico". (12). Y de inmediato podrá percatarse que este es obra de uno solo de los parti

(11) Ferrara Francisco. Ob. Cit. Pág. 79. Citado por Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. compendio Pág. 439. Núm. 3

(12) Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las obligaciones. Editorial Cajica 3a. edición 1968. Puebla México Pág. 266. Núm. -- 342.2

cipantes en la celebración del acto, y la simulación requiere del concierto de las partes.

En la doctrina extranjera se le ha querido confundir a la simulación con los actos en los que se adquiere un bien a nombre de otro, y se dan cuando algún individuo declara obrar en nombre y por cuenta de otro, siendo en verdad que su voluntad es adquirir para sí y con dinero propio, aunque siempre hace constar expresamente como si el precio fué abonado con dinero del supuesto comprador. (13). Más en esta situación no es posible se confunda con la simulación pues el transmitente no se encuentra en entendimiento con quien compra, no existe el acuerdo de partes para celebrar el acto.

El error en los actos jurídicos implica también como la simulación y la reserva mental, una disconformidad entre lo declarado y lo querido; pero a diferencia de estas últimas, esa disconformidad se produce de manera inconsciente. (14). Por lo que vemos que el tener un falso concepto de la realidad, es lo que impide que el autor de un acto se percate de lo que hubiese manifestado si hubiéra conocido la realidad en forma correcta.

(13) Cámara Héctor. Ob. Cit. Pág. 32. Núm. 26

(14) Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Compendio Pág. 439. Núm. 4

Intención de engañar. Es la siguiente condición que se requiera para la existencia del vicio que denominamos simulación, intención que debe ser con el propósito de engañar en perjuicio de la Ley o de terceros.

Al acordar cumplir lo pactado, las partes celebrantes de un acto jurídico simulado, le dan apariencia de vida a lo que no tiene realidad alguna o tiene otra diferente, se actúa por parte de los protagonistas celebrantes con el deliberado propósito de engañar al público en general, quien tiene por real dicha apariencia, y ésta característica es la que da su razón de ser a la simulación.

Así, conforme a lo manifestado, resulta evidente que el producto de la disconformidad engañosa, no sólo debe distinguirse del negocio normal, sino también de que los individuos regularmente pueden comprender.

Así, siguiendo el pensamiento de Cámara, decimos que "la finalidad de engañar, debe mirar hacia los terceros y no el otro contratante, pues cuando existe ocultamiento de la verdad al copartícipe del negocio, el acto estará viciado por dolo y no por simulación, la característica de la simulación consiste, no propiamente en que se tenga por mi

ra causar engaño una de las partes a la otra, sino que más bien, ambas están de acuerdo en que la declaración de vo - luntad no debe valer, produciéndose para conseguir otra fi - nalidad, la cual comúnmente consiste en engañar a un terce - ro". (15).

Es factible pensar que si existe el ánimo de engañar, estemos en presencia de una conducta fraudulenta, más es prudente no confundir la intención de engañar con la volun - tad de dañar, ya que el fraude es de la naturaleza de la simulación, pero no de su esencia. "Por tanto, deben - - hacerse algunas distinciones: entre los engaños jurídicos, hay unos que son condenables, hasta criminales; otros, penetran en la categoría de pecados veniales, en tanto que - otros más son indiferentes a la moral y algunos proceden - de una delicadeza refinada o de un escrúpulo de concién - cia". (16)

Creemos que la separación del fraude de la simulación es indispensable, pues son dos figuras diferentes que tie - nen características propias y que cumplen funciones diferentes, así vemos que el fraude puede ser en perjuicio de terceros o de la ley; en el primero de los casos vemos que

(15) Cámara Héctor. Ob. Cit. Pág. 35. Núm. 27

(16) Josserand L. Los Móviles en los Actos Jurídicos. Editorial Caja ca. 1946. Puebla, México. Pág. 208. Núm. 193

la víctima de un hecho ilícito, (entendido éste como la transgresión culpable de un deber jurídico que causa daño a tercera persona y que responsabiliza civilmente), se encuentra en la imposibilidad de hacer cumplir a su cocelebrante en un acto jurídico de la obligación que le corresponda, ya que enajenó sus bienes real y verdaderamente, a efecto de constituirse en estado de insolvencia, realizando lo que en la doctrina denominamos fraude de pauliano o fraude en perjuicio de acreedores.

Aquí vemos con claridad la diferencia que existe entre el fraude pauliano y la simulación, pues en el primero se realizan actos verdaderos, que originan la insolvencia del deudor, y la acción que por ello se concede sólo se otorga a acreedores anteriores a la existencia del acto real; en cambio en la simulación el acto celebrado es ficticio absoluta o relativamente, y la acción que por ello surge se concede haya o no insolvencia por parte del simulador.

La contraposición de la simulación con el fraude a la ley se ha prestado a mayores confusiones, que la anterior especie de fraude, el de acreedores o pauliano, y se dice que este fraude a la ley está comprendido en el concepto de simulación en su sentido más amplio, pero para poder anali-

zar ambos conceptos y anotar sus diferencias, trataremos de fijar el concepto de fraude a la ley.

El fraude, dice L. Josserand, pertenece a la numerosa familia de aquellas naciones cuya realidad e importancia son reconocidas por todos, pero cuyo significado y alcance permanecen en la penumbra; sin que, por otra parte, se hayan intentado muchos esfuerzos para hacerlas salir de ella; se entiende que el fraude es la negación misma del derecho, que pone en peligro todas las reglas jurídicas, aún las más necesarias "Fraus omnia corrumpit", pero cuando se quiere fijar los rasgos de esta corrupción, contra cuyas fechorías se levanta la sabiduría de las naciones, nos encontramos confundidos y la evidencia cede su lugar a la duda". (17).

En la mayoría de los casos el autor de un fraude sólo pretende salvaguardar sus intereses personales, quiere obtener un beneficio ilícito, escapar al cumplimiento de una obligación que normalmente le incumbe; él, también supone de manera indubitable consciencia de la situación, no es posible la inconsciencia, pero lo principal es la voluntad de eludir la ley, y de esta suerte el acto fraudulento es el que tiende, en el pensamiento de su autor, a eludir la ley, a sustraer de su aplicación un hecho, un contrato o una si-

(17) Josserand L. Ob. Cit. Pág. 186. Núm. 171.

tuación que debería estar absolutamente sometido a ella.

Más también debemos distinguir el acto contrario a la ley, del fraude a la misma, pues mientras en el primero la transgresión es brutal, torpe, ya que el acto choca directamente con la norma positiva; ejemplo de ello es la compra que haga el tutor de los bienes del incapacitado para sí o sus ascendientes o descendientes, parientes por consanguinidad o afinidad contraviniendo lo establecido por la norma; artículo 659 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales; en el segundo, la violación a la ley es violada, de una manera encubierta, en donde se aparenta conformidad con el texto de la ley violada, pero se infringe su contenido.

El primer caso de fraude a la ley que relatan los juristas al decir de Héctor Cámara, es del año 367 antes de Cristo, tratando de burlar la Ley Licinia Sextia, "de modo agri etpecoris", la cual ordena que nadie podía poseer más de quinientos iugeri del agro público. Uno de sus autores, para violarla, emancipó uno de sus hijos, de manera que éste pudiera poseer también quinientos iugeri. Acusado el acto, el infractor fue condenado a abonar la multa y a que el hijo conviviese con el padre. (18). Pero la noción

no se precisa con claridad, surgiendo las doctrinas subjetivistas y las objetivistas.

La primera de ellas afirma que su elemento específico es el propósito de violar la ley, la consciencia de que se ejecuta un acto prohibido, bastando sólo el ánimo doloso - para dar por cometido el fraude a la ley; en la segunda -- doctrina, la noción radica principalmente en burlar el espíritu de la ley, no interesando la intención de las partes, y así siempre que al realizarse un acto se burla el -- sentido de la ley, existe violación, sin considerar la -- consciencia o voluntad de los agentes. Creemos que ambas tienen fallas y pueden ser atacadas, pero nos adherimos a la segunda, a la objetiva, pues cuando se dé el fraude, no debemos atender más que al hecho de que el cumplimiento de la ley está siendo eludido.

Así, por todo lo antes expuesto, nos damos cuenta de - que un rasgo distintivo del fraude a la ley es que se burla a esta última, pero de una manera oblicua, velada, y -- así cuando un sujeto realiza maniobras tendientes a colo - carse voluntariamente dentro de los requisitos formales y preceptuales de una norma, para eludir el cumplimiento -

de otra que generalmente es imperativa, está cometiendo el fraude a la ley.

Fijado el concepto procederemos a establecer las diferencias del fraus legis con la simulación: en primer término, en los actos absolutamente simulados, la diferencia es marcada, pues no hay entre ellos relación alguna, ya que - en la simulación absoluta, la ficción es realizada para engañar a terceros con el fantasma de un acto tras el cual nada existe, y en el fraude a la ley el acto es querido, - efectivo, hay violación a la ley en forma encubierta; así el acto absolutamente simulado es la nada mientras que el acto cometido en fraude a la ley es real.

El acto relativamente simulado tiene cierta vinculación con los actos cometidos en fraus legis; el fraude a la ley es siempre de simulación relativa, puesto que encubre un acto real, tratándose de obtener un fin verdadero - por el derecho, sin embargo, siguiendo el pensamiento de - Francisco Ferrara, sostenemos la diferencia de ambos conceptos; pues el negocio simulado quiere producir una apariencia; el negocio fraudulento una realidad; los negocios simulados son ficticios, no queridos: los negocios in fraudem son serios, reales y realizados en tal forma por las -

partes, para conseguir un resultado prohibido: la simulación nunca es un medio para eludir la ley, sino para ocultar su violación. La transgresión del contenido verbal e inmediato de la norma se encubre bajo el manto de un negocio lícito, lo cual no altera el carácter del contra legemagere. Tan verdad es, que si se ha redactado una escritura que documenta y declara la verdadera naturaleza del negocio realizado, no queda más que aplicar pura y simplemente la prohibición. También el fraude quiere perjudicar la Ley, pero emplea para ello medios diversos y sigue distintos caminos. No oculta el acto exterior, sino que lo deja claro y visible, tratando de huír sesgadamente de la aplicación de la ley merced a una artística y sabia combinación de varios medios jurídicos no reprobados. (19).

Con ésto dejamos analizado el segundo elemento del acto simulado.

Disconformidad intencional. La simulación supone invariablemente la disconformidad intencional entre las partes celebrantes del acto jurídico simulado, es decir, que la disconformidad es voluntad, querida por los celebrantes, y si las partes están de acuerdo en celebrar un acto, este es consecuencia de un proceso en donde los autores con ple

(19) Ferrara Francisco. Ob. Cit. Citado por Cámara Héctor. Ob. Cit. Pág. 51. Núm. 37.

no conocimiento de lo querido, deliberan para ver la manera de ocultar un acto, colocándose así en oposición consciente, lo interno, lo querido, con lo externo, lo declarado.

c) FORMAS DE SIMULACION.

La simulación presenta variadas formas, y pueden ser - sus especies tan numerosas como fecunda es la imaginación humana, enumerando nuestro Legislador Civil de 1928 los casos que se señalan en el artículo 2181 que dice: La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de -- real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter. Este - precepto es concordante con el artículo 956 del Código Civil Argentino de 1969, afirmación que hace Borja Soriano, y cuyos antecedentes fueron tomados por Vélez Sarsfield de los artículos 521 y 522 del proyecto de Freitas, citándose como antecedentes la partida 5, título II, letra 40, y la parte relativa a la interposición de personas, falsedad de fechas u ocultación del verdadero carácter del acto, de la obra de Chardon, Du dol et de la fraude. (20).

La clasificación hecha por el legislador civil, atien-

(20) Borja Soriano Manuel. Ob. Cit. II. Pág. Núm. 1664. y Cámara Héctor. Ob. Cit. Pag. 85. Núm. 57

de a la naturaleza de la simulación y puede ser absoluta o relativa, encontrándonos con que en el acto absolutamente simulado, se está en presencia de un fantasma y en el relativamente de una máscara. Algunos autores denominan simulación a lo que nuestro legislador considera como absoluta, y disimulación o la que se considera como relativa; por nuestra parte adoptaremos la terminología usual en la doctrina, legislación y jurisprudencia nacionales, y hablaremos de simulación absoluta y relativa.

. La simulación absoluta se presenta cuando las partes no desean concluir ningún acto, y el acto que declararon celebrar nada tiene de real. El contrato para que tenga existencia y sea además válido, debe reunir todos y cada uno de los requisitos que se señalan en la ley, pero también y de manera más palpable, que el acto sea querido, y si un acto en un momento es querido y no querido, diremos en buena substancia que no se quiere nada, y un acto así, no puede ser saneado por ningún acto confirmativo.

Los objetivos de los celebrantes de un acto simulado son variados, aunque generalmente ilícitos, pues se busca aparentar que se carece de un patriotismo que garantice a los acreedores el cobro de sus créditos, y con ello se pier

de por el acreedor toda garantía, esto lo logra el deudor o el que quiere evadir lo mandado por la disposición legal - produciendo en su patrimonio un aumento de pasivo o una disminución del activo.

Entre los ardides más usuales para aumentar el pasivo, encontramos la confesión de deudas simulada, con el resultado de aparentar una insolvencia, también se señala el otorgamiento de títulos de crédito antedatados para producir un crecimiento ficticio en el pasivo, resultando muy difícil - la prueba del engaño.

Para disminuir el activo, también encontramos una serie de artimañas entre las que se señalan como más usuales la - venta simulada de inmuebles, pues estos bienes son los más expuestos para un deudor moroso y para aquel que quiere evadir lo preceptuado por la norma, ya que en cualquier momento se puede secuestrar dicho bien para garantizar los créditos, también se hacen daciones en pago ficticias, para deudas que no existen y se constituyen derechos reales para garantizar créditos ficticios, lográndose con ello sustraer - del activo bienes que pueden servir de garantía para el pago de créditos.

La simulación relativa se presenta cuando las partes acuerdan frente al acto ficticio, aparente, concluir otro diverso; aquí vemos que existen dos actos a diferencia de la simulación absoluta, uno aparente que sirve de capa al otro, real, efectivo. El acto aparente carece de fuerza obligatoria, en cambio el convenio oculto tiene plena eficacia, siempre y cuando no se afecten los derechos de terceros y no se infrinjan disposiciones legales, pues pueden existir motivos muy legítimos para ocultar a la luz pública el fondo del acto que se celebra, más esto creemos es la excepción, pues en la generalidad de los casos se tienen intenciones ilícitas.

Ahora bien, este tipo de simulación se puede clasificar en tres categorías, para poder estudiar con mejor método los casos que se pueden presentar, y tenemos así una primer categoría, que atiende a la naturaleza del acto, - desde este punto de vista, generalmente se encubre el carácter de un acto con la apariencia de otro; esta forma de simulación es muy rica en variedades y generalmente persigue fines ilícitos, pues se quiere fines ilícitos, - pues se quiere eludir algún impedimento legal o evitar el pago de impuesto, o bien una libertad.

Una segunda categoría atiende al contenido del acto; y aquí se puede simular el objeto, haciéndose aparecer uno - distinto del que los celebrantes desearon, por ejemplo, -- una permuta en la que uno de los celebrantes recibe una bi coca, en esta segunda categoría también se puede simular el precio, las fechas, las cláusulas accesorias, etc.

Dentro de la tercer categoría de simulación relativa, nos encontramos que atiende a la persona de los celebrantes del acto, que indudablemente es la más interesante, -- pues vemos que admite una subcategoría, bien sea tratándose de simulación en los sujetos o bien interposición de -- personas; en el primer caso vemos que en múltiples ocasiones una persona no desea figurar en la realización del o -- los actos jurídicos que afectan sus intereses, y entonces celebra con un tercero un contrato de mandato en donde se pacta que el mandatario actuará sin mencionar para nada el mandante, es decir, que el mandante otorgó un mandato sin representación, así el mandatario puede adquirir un bien -- para su mandante, simulando que lo hace a nombre propio, -- pero lo más significativo es que en esta figura no existe el ánimo de engañar a terceros para defraudarlos.

En el segundo caso de interposición de personas, tenemos el muy conocido de los testafierros o prestanombres, es

la verdadera simulación relativa subjetiva; el testafierro es la persona que celebra un acto por otra persona, ya que generalmente ésta no puede hacerlo para sí, en virtud de tener alguna incapacidad legal que le afecta, esto generalmente no se hace en fraude de acreedores, pero sí se trata de cometer un ilícito, pues el sujeto interesado realiza manobras tendientes a colocarse voluntariamente dentro de los requisitos formales y preceptuales de una norma a través de una persona, para eludir el cumplimiento de otra norma, generalmente este tipo de relaciones subyacentes escapan del campo de aplicación del Derecho Civil, y caen en la esfera de aplicación de Derecho Público.

En este tipo de simulación encontramos que hay una o más personas interesadas en realizar un acto, que uno o todos no pueden realizarlo directamente, que exista un intermediario por medio de quien se practique y finalmente que el intermediario no tenga interés propio en la realización del acto. Este intermediario es un títere inanimado que sólo presta su nombre para cometer un acto ilícito.

Finalmente la simulación se puede clasificar de acuerdo con los móviles que guían a las partes para realizar los actos; y así pueden ser: lícitos o ilícitos, en los primeros

no hay intención de defraudar a los acreedores o a la ley, y si se realiza alguna simulación, es atendiendo a razones de tipo moral. En los segundos se tiene por objeto lesionar derechos de terceros, perjudicando a los acreedores, o bien a la ley y son generalmente estos móviles los que inspiran a las gentes para cometer algún acto simulado.

d) DEFINICION.

Simular significa "hacer aparecer lo que no es, mostrar una cosa que realmente no existe". El que acude a la simulación quiere crear una apariencia falsa para engañar al público, induciendo a la opinión errónea de la verdad del hecho alegado. Desde el campo de lo material, la palabra pasa y se aplica a la esfera moral, a los movimientos del ánimo y así se habla de amistad, generosidad, virtud, simulada. Se provoca una creencia falsa de un estado no-real, se tiende a una ilusión externa, ya que el fin de la conducta del individuo es de engaño, carácter fundamental de las varias formas simuladas; en la simulación se engaña sobre el ser de una situación no verdadera.

La simulación no es realidad sino ficción de realidad, desde el punto de vista subjetivo simular significa "darse

falsamente por", denota una simple reticencia, una ocultación real.

En todas las aplicaciones sin embargo se trata de una mentira consistente para engendrar en los demás una ilusión falaz; de un disfraz que tiene distinta importancia. (21)

e) SIMULACION Y RESERVA MENTAL.

Un punto común a las dos instituciones es que en ambas se declara una cosa que no se quiere, con propósito de engañar. Pero la una se distingue de la otra en que la reserva se desenvuelve en el retiro secreto de la mente de uno de los contratantes, mientras que la simulación es la obra de más de uno, resulta del concierto de todas las partes. Por eso Schlossmann dice que la reserva es una simulación unilateral. Además, en la reserva mental, el engaño es el otro contratante, aquel a quien se dirige la declaración: en la simulación el engaño es el público.

A la esencia de la reserva mental pertenece el secreto esto es, que el pensamiento que contradice la declaración emitida no se haya manifestado contractualmente: si el otro

(21) Ferrara Francisco. Ob. Cit. Pág. 42.

contratante sabe o descubre el engaño pretendido, la declaración no obliga. Pero no importa que el que hace la reserva mental la confie a un tercero, porque ésto es lo mismo que si escribiese su voluntad mental en un cuaderno guardado en su cartera.

Así, pues, en su contenido, la reserva mental no se distingue esencialmente de la simulación; y sus efectos distintos se explican porque no se colocan en la debida opción las personas que deben sufrir las consecuencias de una y otra.

Contra la identidad de la naturaleza de las dos figuras jurídicas se pronuncia Kohler. Es inexacta — dice — la opinión que, a partir de Savigny, quiere ver una cierta semejanza entre simulación y reserva: estas figuras no tienen nada de común.

Pues, mientras la simulación se explica por una neutralización que se realiza entre dos declaraciones opuestas de voluntad, contenidas en el mismo negocio, la reserva mental es ineficaz, como ilógica y absurda. Es imposible que una acción de voluntad se contraiga conscientemente, que exprese una declaración sin voluntad, como es imposi-

ble que el asesino hiera y no hiera al mismo tiempo. La reserva mental es una quimera, un nada, un fantasma vacío. Pero Windscheid le contesta de este modo: La cuestión es la de si en la reserva mental existe una acción de voluntad dirigida a producir consecuencias jurídicas, puesto que el reservante ha querido, sí, la declaración, pero no sus efectos. Y con más energía, dice Zitelmann: El error fundamental de la teoría de Kohler está en confundir la voluntad de declarar con la voluntad del contenido de la declaración. Se puede querer la declaración sin querer sus efectos, como el homicida que dió el golpe pudo no querer causar la herida.

El mismo Kohler se impresiona ante estas objeciones, y, más tarde, aunque mantiene aparentemente la teoría, la atenua y aún la abandona en el fondo, porque supone indiscutible el principio de que el que quiera la declaración no puede oponer que no quiso lo declarado.

Recientemente, Von Pestalozza ha propuesto una nueva teoría. También el combate que la reserva mental sea un no querer conciente, de lo declarado; y cree que su esencia consiste en no querer el vínculo jurídico, las consecuencias jurídicas de lo que se declaró. O, lo que es - -

igual, que el que reserva mentalmente trata de reservarse un como derecho de no querer más tarde lo que dijo querer. Pero no me parece tampoco que esta concepción res- - ponda a la realidad de las cosas. La reserva no puede - - construirse como una conservación de la libertad para re- - tractarse, de la posibilidad de revocar unilateralmente, porque desde un principio el que se reserva no quiere lo que dice querer, y sus palabras, pronunciadas con un pro- - pósito de engaño, suenan de distinta manera que su inten- - ción real.

Así, pues, debe aceptarse la teoría dominante que ve en la reserva una divergencia intencional entre voluntad y declaración.

En el Derecho romano no se encuentra texto alguno que se refiera con seguridad a esta figura jurídica, que, en cambio adquiere una gran importancia en el Derecho canóni- - co. Existe una célebre controversia sobre si el derecho eclesiástico atribuye eficacia a la reserva mental. El - - texto en que se apoya Savigny para sostener la afirmación es la c. 26 de sponsal., IV, 1 de Inocencio III. El caso decidido en esa constitución es el siguiente: Un indivi- - duo, para inducir a una mujer a cópula carnal, declara -

que la toma por esposa, y fingiendo llamarse Juan, dice: The Johannes desponsat. Se presenta la cuestión de si el matrimonio es válido, cuando se prueba que el hombre nec proposuit nec consentit illan ducere uxorem. Inocencio - III decide que no hay matrimonio: quoniam ex altera parte dolus solummodo adfuit et defuit omnino consensus. Sobre este pasaje se funda la opinión, dominante ya, que reconoce que, por lo menos en materia matrimonial, el Derecho canónico da importancia a la reserva secreta y anula, por efecto de ella, la declaración emitida. Scheiff, en cambio, sostiene que en esta constitución no se contempla el caso de la reserva mental, sino el de simulación unilateral, el de dolo. También Kohler niega que se trate de un caso de reserva. Scheurl emite una opinión original. Dice que el concepto actual de la reserva como mantenimiento de una voluntad secreta, contraria a la declarada, es inadmisibles y no corresponde al carácter originario de la Institución. El concepto primitivo de la reserva era el siguiente: dar a la declaración una envoltura, un giro de tal naturaleza que pudiéra atribuírsele un sentido distinto del que realmente se quiso. Medios de ella son la redacción equívoca, el huír de la declaración explícita y clara con el objeto de hacer que nazcan dobles sentidos, callida arte verborum. Y como ejemplo de ello tene-

mos precisamente la c. x de spons., que no contiene, sin embargo, un caso de reserva mental en el sentido que atribuyen a ésta los juristas de nuestros días.

Pero, en verdad, no puede negarse que la Constitución Pontificia citada se da valor a una voluntad interna en oposición a la voluntad declarada, aunque lo haya sido con el fin de engañar, y se trata, por tanto, de una forma dolosa de la reserva mental.

Por mejor camino discurren los que tratan de explicar esta singularidad por la naturaleza sacramental del matrimonio. Son muy dignas de tenerse en cuenta en este respecto las conclusiones de Hinschius. La razón de que un matrimonio deba considerarse nulo, cuando una parte, por reserva mental, no ha declarado su consentimiento, está en que el matrimonio es un sacramento y para la validez de éste se necesita la intentio faciendi id quod facit Ecclesia. El Derecho canónico exige esencialmente en los esposos un consensus verus, que falta en el caso de reserva. Pero precisamente por eso mismo -exclama Hinschius-, la c. 26 no tiene importancia general para la doctrina de la reserva mental, y el principio no puede transportarse al campo del Derecho civil, donde se trata de negocios ju

rídicos y no de sacramentos. Por otra parte es cosa sabida que el Derecho canónico declara ineficaz la reserva en otras materias, y aún la prohíbe expresamente respecto - del juramento (Decr. Grat., capítulo XXII, quaest. 5).

En la doctrina jesuítica, sin embargo, la reserva se reconoce como lícita, admitiendo que se pueda mentir exteriormente, con tal que se complete con la mente la declaración hecha según la verdad. Es muy típica la figura de la restricción mental de los teólogos jesuítas, que es - una especie de reserva consistente en la *rettentis sensus verborum vel eius determinatio mente facta*.

Y aquí, frente a los propósitos de Scheiff -que quiere separar la simulación unilateral de la reserva- y de - Scheurl -que reivindica el concepto genuino de la reserva como restricción mental-, es oportuno observar que todas esas variedades y subespecies no pueden escindirse y considerarse en sí mismas, sino que todas ellas entran en el concepto amplio de reserva mental. La reserva mental es la declaración de un contenido volitivo que no corresponde a la intención del declarante. Y ésto puede suceder - de varias maneras:

1º. Truncando o amputando la declaración de voluntad en aquellos extremos o determinaciones accesorias que, - complementándola, la hubieran restringido o modificado - (reserva en sentido estricto); ejemplo: si declaro que - rerme obligar, pero callo que mi voluntad es hacerlo bajo condiciones o mediante ciertas cláusulas;

2º. Atribuyendo mentalmente un sentido convencional, opuesto a la declaración hecha (restricción mental); ejemplo: juro que algo no es verdadero, pero mentalmente - pienso jurar que no es falso;

3º. Declarando por completo un hecho no querido en - absoluto (simulación unilateral).

La divergencia en estos casos resulta, o porque no es completa la declaración o por un desfiguramiento interno y doloso, o por un contraste evidente; pero eso no impide que en todos estos diversos aspectos se trate siempre de reserva mental.

La reserva mental es ineficaz, y esta ineficacia tiene una doble significación, en cuanto, por una parte, no vale la intención interna del declarante, y, por otra, va

le lo declarado exteriormente y no querido.

Windscheid, antes que nadie, sostuvo que la reserva es ineficaz porque como estado interior del ánimo no puede probarse. Pero contra esta imposibilidad de prueba suscita Rover una polémica, observando, con razón, que no sólo son susceptibles de prueba los hechos de naturaleza sensible, sino también los de la vida espiritual e intelectual, como la culpa, la intención benévola, etcétera, etc. Por otra parte —dice— nadie duda de que sobre el hecho de que alguien ha tenido una intención o menos intención, cabe obtener una confesión extrajudicial, o puede haberse de ferido un juramento decisorio. Enmeccerus refiere un caso típico de reserva mental en que el reservante se había precavido, consignando en un instrumento público su falta de voluntad de consentir el acto y hartmann recuerda la hipótesis, bastante frecuente, de una proposición de contrato en el que el proponente ha dicho delante de testigos que la declaración enviada al destinatario carece de intención seria. Por eso aquella justificación de la ineficacia parece inadmisibles, hasta tal punto, que el mismo Windscheid ha acabado por rechazarla.

Ahora, en cambio, invoca otro principio para justificar la nulidad, o sea que la reserva contiene una mentira,

y nadie puede fundarse sobre su propio dolo. El mismo punto de vista toman Waechter, Schliemann y Mommsen. La reserva mental envuelve una inmoralidad, y ésta no puede obtener la protección del orden jurídico.

Pero se ha observado, con agudeza, que si la reserva mental hubiera de rechazarse solamente por motivos éticos, habría que admitir su eficacia allí donde estos motivos no existen o tienen escaso valor. Así en el caso de violencia, donde es lícito el engaño como legítima defensa contra el autor de aquélla, como reacción autorizada por derecho contra el ataque ilegítimo a la decisión espontánea del individuo. Y esta razón me parece perentoria, tanto más si se piensa cuán falsa es la opinión de que la reserva choque siempre contra las buenas costumbres, cuando en realidad puede existir por motivos lícitos y justificables. Por otra parte, Pernice ha observado que, aún adhiriéndose a dicho concepto, sólo se justificaría la obligación de resarcir el daño, no la de hacer valer en contra de sí mismo lo que no es verdad; y por eso este autor sostiene que el motivo de la invalidez hay que buscarlo más bien en un desenvolverse el procedimiento depende siempre de los principios del derecho material.

Otro grupo de autores invoca las exigencias del comercio, la necesidad de buena fe y confianza en las relaciones sociales. Así, Savigny, Dernburg y Czylarz. El mismo Hasenohrl escribe: El verdadero motivo para que no se tomen en cuenta las reservas secretas sólo puede encontrarse en que de otro modo se acabaría la buena fe y el contrato dejaría de ser un medio al servicio del comercio jurídico. Si nadie pudiera nunca estar seguro de que una declaración externa era válida, a causa de la posible existencia de una reserva secreta, toda declaración contractual sería efímera, por cuanto su cumplimiento dependería del capricho del declarante. Los mismos motivos del Código alemán invocan razones de utilidad: La eficacia de la reserva interior no es compatible ni con la conciencia jurídica en general ni con un comercio ordenado".

Y ésta es la razón que me parece más correcta y que responde sustancialmente a la realidad. Francisco Ferrara en su obra de la Simulación de los Negocios Jurídicos manifiesta que: La reserva es nula, porque el orden jurídico solo protege aquellas determinaciones de voluntad que se manifiestan como medios para satisfacer intereses serios y reales, que corresponden al desenvolvimiento de una activi

dad económica lícita, no los medios de la mala fe y del engaño. (22).

f) SIMULACION Y ACTOS APARENTES.

La simulación nunca es un medio para eludir la ley, si no para ocultar su violación. La transgresión del contenido verbal e inmediato de la norma se encubre bajo el manto de un negocio lícito, lo cual no altera el carácter del contra legem agere. Tan verdad es, que si se ha redactado una contraescritura que documenta y declara la verdadera naturaleza del negocio realizado, no queda más que aplicar pura y simplemente la prohibición.

También el fraude quiere perjudicar la ley, pero emplea para ello medios diversos y sigue distintos caminos. No oculta el acto exterior, sino que lo deja claro y visible, tratando de hufr sesgadamente de la aplicación de la ley merced a una artística y sabia combinación de varios medios jurídicos no reprobados.

Finalmente, debemos parangonar los actos simulados con los actos aparentes.

(22) Ferrara, Francisco. Ob. Cit. Pág. 64.

En todas las legislaciones primitivas no evolucionadas, al formalismo rígido del derecho y a las restricciones de -- los medios jurídicos acompañan los actos aparentes, que -- por el empleo, con fines distintos, de los suyos propios, de las pocas formas típicas reconocidas por la ley, o por la combinación de las mismas, tratan de dar un desahogo a las nuevas necesidades y de rodear de protección las nuevas relaciones de la vida jurídica.

A medida que un pueblo se desarrolle y sus relaciones se hacen más extensas y complicadas, el derecho, que permanece fijo e inmóvil, resulta pronto inadecuado para regular aquel conjunto de relaciones variadas. Se nota como un apartamiento entre el derecho y la vida, y mientras -- aquél opera con símbolos y formas solemnes, ésta se desenvuelve en la realidad y necesita una regulación jurídica más adecuada. Pero no se llega fácilmente a derribar el derecho antiguo, sostenido por lo imponente de su antigüedad y rodeado de un cierto velo religioso que aleja -- cualquier ensayo innovador y le hace resistir los embates del tiempo. Así, entre la fuerza de inercia de la legislación antigua y la necesidad de una legislación nueva -- surgen los recursos jurídicos, los expedientes de derecho, los actos aparentes o imaginarios, con los cuales, aún --

respetando formalmente la dicción de las leyes antiguas, - se llega en verdad a resultados nuevos, a crear instituciones adaptadas a la satisfacción de las nuevas exigencias. De este modo, los actos aparentes vienen a ser un medio de evolución del derecho.

Uhersing dice: Los negocios aparentes y los simulados tienen alguna afinidad: en ambos, el acto realizado es un puro acto ficticio, al cual no corresponde la intención del agente; pero, mientras los actos aparentes son formas jurídicas, los actos simulados son actividades de las partes: aquéllos pertenecen al derecho, y tienen una existencia abstracta; éstos a la vida, y tienen una existencia concreta. En los negocios aparentes no se quiere producir un engaño, porque todos saben lo que el acto significa. Sin embargo, desde el punto de vista histórico, el acto aparente se deriva muchas veces de un contrato simulado que se generalizó por la costumbre y se toleró por la jurisprudencia.

Sechmann tiene también el mismo punto de vista: No puede establecerse una antítesis absoluta entre negocio simulado y negocio aparente, pero es indudable que pueda encontrarse formas históricas del tránsito del uno al otro. El

negocio abstracto aparente puede haber sido creado por la jurisprudencia, pero es igualmente posible que no sea otra cosa que el reconocimiento jurídico de actos simulados subjetivos, que llegan a ser usuales y comunes.

Voigt opina: Aunque en el transcurso del tiempo la mayor parte de estas figuras jurídicas hayan perdido completamente, por su común aplicación en el comercio, el carácter de negocios aparentes, llegando a tener el de formas genuinas, su punto de partida es otro y se encuentra en la simulación. Antes de que el derecho consuetudinario hubiere transformado el negocio solemne en una pura forma contractual, aquellos negocios fueron realmente actos simulados, cuya validez jurídica reposaba simplemente en el principio del rigor.

Koler sigue el mismo concepto. Los negocios aparentes se distinguen de los simulados sólo por la aprobación y firmeza que dió a aquellos la costumbre, pero este resultado probablemente no se hubiera conseguido nunca si antes y con repetición no se hubiera empleado el rito simuladamente.

Los negocios típicos aparentes no son originariamente negocios simulados, sino negocios reales concluídos en aque

lla forma por las partes para conseguir el resultado jurídico apetecido.

Los contratantes, frente a la insuficiencia de la ley, tratan de ensanchar ésta y de llenar sus lagunas para satisfacer sus fines económicos, y empleando una forma jurídica para una función distinta de la que le corresponde, y combinado juntas varias formas jurídicas para obtener así efectos nuevos. Es el mismo procedimiento que se emplea en el negocio fiduciario e in fraudem. Las partes se sirven de una forma jurídica más enérgica para conseguir un fin práctico más restringido: a tal categoría pertenecen indudablemente las formas de la mancipatio utilizadas para fines de garantía, depósito o institución de heredero. O bien las partes utilizan la forma jurídica en una función distinta de la que corresponde a su naturaleza, como en el caso de mancipatio usada como forma de matrimonio y de adopción, o de in iure cessio, usada como forma de manumisión, y en todos los casos de proceso aparente. O, por último, los contratantes usan una mezcla de actos jurídicos para llegar con esta combinación a un resultado nuevo, como por ejemplo, en el origen de la emancipación romana.

En todos estos casos se habla inexactamente de simula-

ción, puesto que los contratantes no fingen jurídicamente el acto que realizan, sino que recurren realmente a aquella forma jurídica o a aquel compuesto de formas jurídicas para sacar ulteriores consecuencias. Aquí se incurre en el mismo equívoco que ha hecho decir a no pocos autores que los actos in fraudem legis son simulados; cosa que, si puede afirmarse en sentido económico, no puede sostenerse en sentido jurídico.

Cuando por primera vez el ciudadano romano que necesitaba obligarse se vendió a sí mismo al acreedor bajo la forma del nexum, no quiso fingir, sino que, impulsado por su necesidad, recurrió voluntariamente a aquel medio jurídico, tan duro, que lograr su fin. ¿Y cómo podríamos considerar ficción un acto por efecto del cual el acreedor podía hacerse dueño del deudor insolvente, encarcelarlo, pegarle, venderlo como esclavo?. Las formas jurídicas no fingen; dicen la verdad. Cuando el testador germano, careciendo de la forma del testamento para disponer de su patrimonio, recurría al artificio de adoptar al heredero, escogía y quería realmente el acto de la adopción con todas sus consecuencias jurídicas, de las cuales precisamente pretendía servirse para alcanzar el fin ulterior de la institución. Hablar de negocios fingidos en todos los casos,

es decir, como lo hace Classon que existen simulaciones legales, carece de sentido. Podrán existir negocios indirectos lícitos o negocios in fraudem, contra los cuales el derecho no reobra o ha dejado de reobrar, porque la prohibición no corresponde ya a la evolución de la conciencia jurídica; pero serán siempre negocios serios, reales, queridos. Esto lo reconocen en parte, los escritores contrarios.

Así, Jhering confiesa que no pocos de los negocios aparentes del derecho antiguo contenían un fraude a las disposiciones legales, y en otro lugar dice que el mismo arte que en manos de la jurisprudencia servía para desenvolver y perfeccionar el derecho, servía para eludirlo en manos de los contratantes. Se reconoce, pues, por ciertas consideraciones, la identidad de procedimiento y mecanismo entre actos típicos y actos fraudulentos, y si se parte de la idea de que estos últimos son reales, debe seguirse la misma opinión respecto de los primeros.

Francisco Ferrara en su obra la Simulación de los Negocios Jurídicos manifiesta que de acuerdo con Kohler y Jhering en que los actos aparentes no surgen como descubrimientos ingeniosos del cerebro de los juristas, sino que

vienen de la práctica y del mercado y, generalizándose y haciéndose usuales, son tolerados y aceptados por la jurisprudencia; pero refuto enérgicamente que se trata de negocios fingidos; son actos empleados artificialmente y fraudulentamente y combinados de ese modo para obtener un resultado jurídico nuevo y distinto.

Así se ve más clara la antitesis entre actos simulados y actos aparentes: éstos no son formas históricas de simulación, no derivan su genealogía del contrato simulado, sino que siempre quedan en el campo de la realidad, realidad lícita o fraudulenta, según los casos. Por otra parte, todas estas formas, que parecen distintas y aisladas, tienen entre sí demasiadas semejanzas y analogías para no despertar la sospecha o la curiosidad del jurista. (23)

g) SIMULACION Y FRAUDE A LA LEY.

El fraude constituye una violación indirecta de la ley, no según su contenido literal, sino según su espíritu, El que defrauda no contradice las palabras de la ley; al contrario, se atiende respetuosamente a su letra, pero en realidad, va contra el sentido de la disposición, viene a frustrar el fin a que tendía el principio jurídico: "Tantum

sententiam offendit et verba reservat". Junto a la transgresión brutal de la ley está el eludirla inteligentemente y refinadamente, para conseguir el fin prohibido por una vía indirecta.

Este pensamiento, por otra parte, corresponde a la célebre definición de Paulo (29 D, 1, 3): "Contra legem facit, qui id facit quo lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit". Sucede, pues, que se elude la ley en vez de atacarla de frente, - que se trata de hufr la aplicación de la misma dando una larga vuelta alrededor de ella para evitar toda sospecha.

Heff notó ya que el circumvenire legem es una imagen tomada de los asuntos de la guerra: así como al envolver a un enemigo no se le ataca de frente, sino por el flanco o retaguardia, es decir, por su parte débil, y de modo oculto para que no se perciba el ataque, así también la ley se ataca y viola con un golpe en los flancos, oculto y desapercibido; es decir, en el contenido, que es el lado más fácil, por cuanto no lo palabra alguna.

Dice Kohler con su vivacidad habitual: El negocio fraudulento se parece a las operaciones de la tropa, la cual

evita el punto defendido sólidamente y trata de acercarse al enemigo por caminos ocultos, mientras que el negocio simulado es como una maniobra fingida con la cual se trata de distraer el adversario para llegar al ataque sin un cho que previo. En el fraude se dan vueltas alrededor de la carretera, legalmente prohibida, con una combinación tendenciosa de cambios laterales, para desembocar en el terreno por un lugar indefenso y no vigilado.

Estas figuras imaginativas dan una idea bastante exacta del fraude: los contratantes se proponen huir de la aplicación de una norma jurídica, conformando su conducta de tal modo que no pueda reprobarse directamente y que, con el conjunto de los medios oblicuos empleados, venga a conseguirse el resultado que la ley quería impedir. Es, pues, un elemento de la conducta fraudulenta la intención de las partes de substraerse a la fuerza coactiva del derecho, pero no esencial la conciencia de que se persigue un fin prohibido. Veamos ahora cómo actúa el fraude; la forma de su procedimiento.

El fraude muda el estado de hecho regulado por la ley, en forma tal que ésta resulta inaplicable. Todo principio jurídico hace depender su aplicación de la existencia -

de un hecho determinado, el cual, a su vez, resulta de una serie de elementos. Por eso, las consecuencias jurídicas se producen tan sólo cuando se presenta el hecho indicado. Y el que defrauda la ley no hace más que evitar la comprobación de este hecho jurídico, privándole de uno de los elementos que lo constituyen y haciendo con ello inaplicable el principio que lo regula.

Esta modificación del estado de hecho puede ocurrir empleando otra forma jurídica o varias formas combinadas, variando las condiciones en que el hecho se produce, o interponiendo personas distintas de los verdaderos contratantes. Podemos, pues, resumir en tres tipos de métodos usados para eludir la ley, sin negar que puedan existir otros, pero que caerían, como aquéllos, dentro de la categoría general:

1º Empleo de un negocio distinto de una combinación de actos jurídicos.

Así en el Derecho Romano, para eludir el S.C. Velejano, que prohibía la fianza de la mujer, se hacía que la mujer, en vez de garantía, tomase sobre sí la obligación; y para eludir el S.C. Marcedoniano, que prohibía dar en mutuo a los hijos de familia, se hacía al hijo una venta a crédito,

seguida inmediatamente de la reventa de los objetos al --
acrededor mediante dinero contante. La lex Furia testamenta
ria, que limitaba hasta una cierta suma la facultad de dis
poner por legado, para poner un freno a las disposiciones
inmoderadas del patrimonio por el camino de las liberalida
des enormes, se defraudaba dividiendo el patrimonio en un
gran número de legados aún a favor de la misma persona.

2ª Modificación de las condiciones de hecho.

Aquí puede citarse el caso recordado por las Fuentes
(64 D. 24, o), de dos esposos que, para eludir la prohibi
ción de donaciones entre cónyuges, disuelven el matrimonio
y, durante la separación, llevan a cabo la liberalidad, --
volviendo luego a casarse. Nótese que en el fragmento se
habla de nuntii imaginarii, pero inexactamente, porque la
separación se lleva a cabo con toda realidad para conse --
guir el efecto prohibido.

3ª Interposición.

Aquí siempre con relación al Derecho Romano, se agru
pan los fraudes siguientes: el de la prohibición de don
aciones entre cónyuges, el de la prohibición de compras a
los Administradores de las provincias, el de la lex Anas
tasiana, etc.; en los cuales rige el principio general: -

"Quod quis suo exercere prohibetur, id nec per subiectam personam agere debet". Debemos advertir aquí también que la persona interpuesta es un contratante real, que adquiere derechos contractuales, aunque esté personalmente obligado a dar cuenta o a restituir a otros el contenido útil de sus actos de disposición.

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

Por lo que se refiere a la falsa interpretación verbal, ésta es común a todas las especies de fraude, y en ello es justa la crítica que Pfaff ha hecho de esta teoría, ya que dicha interpretación más bien es la base sobre la cual reposa el procedimiento fraudulento que una forma del mismo.

Más interesante es para nosotros la segunda categoría: he aceptado ya, como puede verse, la desfiguración del estado de hecho, pero niego decididamente que la ocultación sea un medio de fraude. La cuestión es importante porque se enlaza con la materia de la simulación y de ella depende el que la ficción, o la ocultación, de un negocio puede emplearse para defraudar la ley. Así lo creen Thol,

Unger, Wette y otros.

Dos cónyuges quieren donarse recíprocamente y simulan una venta; y porque la venta no es sincera, habiéndose, en cambio, querido y realizado una verdadera liberalidad, tenemos una transgresión directa de la ley prohibitiva, una infracción directa del principio jurídico, no un fraude. - Aquí no es que se elude la ley, observando formalmente su tenor y violando su espíritu, sino que se ofende el tenor mismo, la letra de la ley, que prohíbe donar: quitada la apariencia, se comprueba la violación pura y simple de la regla prohibitiva. Existirá una ilicitud oculta, no una manera de eludir la ley.

Si yo extiendo un velo sobre un hecho realizado; si cubro con un disfraz una transgresión real, no por eso la transgresión deja de serlo: estará cubierta, escondida, enmascarada, pero será siempre una transgresión, un choque contra el contenido verbal de la norma jurídica.

Por eso se habla inexactamente de simulación en fraude de la ley: debería decirse simulación ilícita, a no ser -- que el término fraude se quiera emplear en el sentido más amplio del daño que contiene en sí.

Dice Koler, las partes son libres de realizar un fin económico de la manera que más les guste. Pero hay leyes que no se limitan a la forma jurídica específica, sino -- que elevan a contenido de su propia norma el resultado -- económico y prohíben o conceden bajo algunas condiciones la obtención de un cierto efecto. Aquí la disposición va principalmente contra el fin, dondequiera que se encuentre, sea cualquiera la forma jurídica bajo la que se oculte y el conjunto de actos jurídicos entre los cuales trate de esconderse. De aquí la nulidad o, mejor, la aplicación de aquella sanción, una u otra, que la ley imponga al negocio substituido por caminos indirectos; de donde surge la cuestión de si para combatir el fraude se necesita un remedio especial del orden jurídico, como quieren Bahr y Leist, o basta para este objeto una interpretación racional de la prohibición, si se entiende que el juez que ha de aplicar la ley, no a la letra, sino según su contenido espiritual, debe negar eficacia a aquellos negocios que, si bien no prohibidos directamente, producen bajo otra forma los mismos resultados. Esta es la opinión que parece más acertada y debe, por tanto, admitirse.

Se comprende, sin embargo, que con decir esto no quedan eliminadas todas las dudas, y surge, en cambio, para la

práctica una misión difícil, cual es buscar el fin de la ley en todas las direcciones posibles, dando lugar a graves y delicados problemas de interpretación. En este examen, el juez ha de proceder con cautela, no tanto haciendo investigaciones psicológicas, cuanto examinando objetivamente si el resultado perseguido por medios indirectos coincide con el resultado prohibido.

Dado el concepto teórico de la institución, debemos ocuparnos ahora de un objeto más útil, cual es la crítica de la jurisprudencia vigente que por medio de diversas formas contractuales abre un camino falso a la doctrina. Una cuestión muy discutida en el Derecho alemán, es la de si podrá considerarse lícita la transmisión de la propiedad de cosas muebles con el fin de garantía, si bien conservando el transmitente su posesión per const. poss. El deudor, queriendo dar una seguridad real sobre objetos muebles de que no quiere privarse, los vende al acreedor con pacto de rescate y por un precio correspondiente al importe de la deuda, y los recibe en locación con un alquiler correspondiente a los intereses del capital. La jurisprudencia, al tratar de este punto, hablaba de simulación, no de la realidad de la operación llevada a cabo, que es una prenda disfrazada.

La jurisprudencia dice también que hay una simulación de un fideicomiso en la disposición con la cual se instituye heredera a la mujer para el caso de premorir los hijos y los autores de derecho de sucesión se entregan al examen de las múltiples formas empleadas para realizar este propósito. Pero aquí no hay ni siquiera la sombra de una simulación, pues se trata, o de una forma verdadera, aunque ilícita, o de una configuración ingeniosa del negocio para defraudar la prohibición de la ley: el juez, por tanto, habrá de interpretar exactamente la relación, no levantar el velo de la apariencia.

Y, también inoportunamente, se saca a relucir la figura de la simulación en el caso de la obligación asumida por la mujer en nombre propio, en vez de garantizar la deuda del marido, para eludir la necesidad de la autorización de los Tribunales por opción de intereses. Se actúa falsamente con el concepto de la simulación, diciendo que la mujer figura obligada cuando, en realidad, no hace más que salir garante, y que se disfruta una fideiussio o un aval bajo la forma de una deuda no accesoria.

Pero, no. La mujer, realmente, asume la obligación y se convierte en deudora aunque su acción tienda a eludir la --

norma tutelar de la autorización judicial. No tiene importancia el que por ella sea eliminada o quede en un lugar subordinado o secundario la obligación del marido, porque, en todo caso, el acto de la mujer fue realmente querido en la forma en que aparece, si bien para el fin, más restringido, de la caución.

Finalmente, se hace un verdadero abuso de la institución de que nos ocupamos con motivo de los fraudes piadosos. Laurent, habla de simulación al tratar de aquellas revueltas y medios empleados por las corporaciones suprimidas, para recibir liberalidades y obtener una cierta personalidad y vida jurídica frente a la ley. Y aquí, no hay simulación, ni siquiera fraude, pues las leyes desamortizadoras quisieron suprimir la mano muerta, pero no sacrificar en daño de una clase de persona los derechos de libertad y de asociación. Nada prohíbe que varias personas religiosas se asocien para conseguir un fin piadoso, como varios artistas pueden asociarse para estudiar pintura, o varios eruditos para descifrar códigos. El contacto de asociación es válido y el patrimonio acumulado no puede despertar los temores del legislador, porque carece del carácter de patrimonio a perpetuidad. Cada miembro es propietario de una cuota y puede disponer libremente de ella, del

mismo modo que puede pedir la disolución de la sociedad.

Por último, debe recordarse cuan inexactamente se utiliza el concepto de simulación en materia de interposición fraudulenta. Si la persona interpuesta adquiere realmente derechos con la simple obligación de hacerlos llegar a la persona incapaz; si no es más que un fiduciario encargado de hacer de los bienes un uso determinado, estamos en el terreno del fraude y no en el de la simulación. Aquí se quiere efectivamente la transmisión de los bienes a la persona interpuesta, si bien ésta económicamente, según la intención de las partes, debe servir de mero vehículo. Pero esta intención económica no influye sobre la naturaleza jurídica de la relación establecida.

La simulación nunca es un medio para eludir la ley, si no para ocultar su violación. La transgresión del contenido verbal e inmediato de la norma se encubre bajo el manto de un negocio lícito, lo cual no altera el carácter del -- contra legem agere. Tan verdad es, que si se ha redactado una contraescritura que documenta y declara la verdadera naturaleza del negocio realizado, no queda más que aplicar pura y simplemente la prohibición.

También el fraude quiere perjudicar la ley, pero emplea para ello medios diversos y sigue distintos caminos. No -- oculta el acto exterior, sino que lo deja claro y visible, tratando de huír sesgadamente de la aplicación de la ley -- merced a una artística y sabia combinación de varios medios jurídicos no reprobados. (24)

h) SIMULACION Y FRAUDE A TERCEROS.

Debemos pasar de la consideración objetiva del acto simulado al exámen íntimo de su estructura, para comprender -- mejor su naturaleza jurídica.

Dos contratantes, para sus fines particulares, se proponen engañar a los terceros haciéndoles creer que realizan -- un acto que realmente no quieren efectuar. Para ejecutar su acuerdo llevan, pues, a cabo, exteriormente, el acto ficticio, es decir, declaran querer cuando, en realidad, no -- quieren; y esta declaración, deliberadamente disconforme -- con su secreta intención, va dirigida a engendrar en los demás una falsa representación de su querer. En efecto los terceros que ignoran el concierto secreto de los contratantes y no pueden penetrar sus intenciones, creen la verdad -- del acto realizado; entienden, y tienen motivo para enten --

(24) Ferrara, Francisco. Ob. Cit. Pág. 89

der, que aquellas declaraciones contractuales son serias y han producido una transformación real de las relaciones jurídicas de las partes. Así se consigue el fin de los que simularon; si lo que se fingió fue una enajenación o una obligación, han hecho creer al público, o en una transferencia de propiedad que no existe, porque la cosa aparentemente enajenada sigue en el patrimonio del enajenante, o en la constitución de una deuda puramente imaginaria, porque el deudor aparente no queda obligado. Lo mismo sucede en el caso de que se disimule un negocio bajo las apariencias de otro. Los contratantes han declarado vender cuando, en realidad, han querido donar. Los terceros se engañan prestando fe a las formas mentidas del negocio.

En la simulación, pues, los contratantes están de acuerdo sobre la apariencia del acto, que no llevan a cabo realmente o no en aquella forma visible de que se sirven como instrumento para engañar a los terceros.

Los requisitos del negocio simulado son, por tanto, -- los tres siguientes:

- 1º Una declaración deliberadamente disconforme con la intención.
- 2º Concertada de acuerdo entre las partes.

3º Para engañar a terceras personas.

Lo más característico en el negocio simulado es la divergencia intencional entre voluntad y declaración. Lo interno, lo querido, y lo externo, lo declarado, están en oposición consciente. En efecto, las partes no quieren el negocio; quieren solamente hacerlo parecer, y por eso emiten una declaración disconforme con su voluntad, que predetermina la nulidad del acto jurídico y, al mismo tiempo, sirve para provocar una ilusión falaz en su existencia. Los que simulan, pretenden que a los ojos de los terceros aparezca formada una relación que, en realidad, no debe existir, pero de la cual se quiere mostrar una exterioridad engañadora mediante una declaración que carece de contenido volitivo. Se trata, pues, de una declaración effmera, vacía, ficticia, que no representa una voluntad real y es, por lo mismo, nula, destinada únicamente a deslumbrar al público.

La voluntariedad de la divergencia distingue el caso de simulación del caso de error, en el cual existe también una contradicción entre lo querido y lo declarado, pero involuntaria, casual. El que yerra dice lo que no quiere, sin aperebirse de ello y sin la intención de producir en

otro una falsa representación de su querer; el que simula, dice deliberadamente lo que no quiere, con la consciencia de lo que hace y la intención de engañar a los demás.

Esta disconformidad entre lo querido y lo declarado es común a ambas partes y concertada entre ellas. Existe un acuerdo para emitir la declaración deliberadamente divergente. La simulación supone un concierto, una inteligencia entre las partes; éstas cooperan juntas en la creación del acto aparente, en la producción del fantasma jurídico que constituye el acto simulado. Sin el concurso de todos, la simulación no es posible; no basta con el propósito de uno solo, pues con ello se tendría una reserva mental, no una simulación. El acto será válido entre los contratantes y ninguno de ellos podrá creerse no obligado por su intención unilateral de obrar en apariencia.

Finalmente, como elemento integrante del negocio simulado debe concurrir el fin de engañar que anima a sus autores. Esto es lo que principalmente da a su color y su razón de ser a la simulación, puesto que las partes recurren a ese artificio para hacer creer en la existencia de un acto no real o en la naturaleza distinta de un acto --realizado seriamente. Pero no debe confundirse la inten-

ción de engañar con la intención de dañar, porque la simulación puede tener una finalidad lícita, como por ejemplo: -- sustraer a la curiosidad e indiscreciones de los demás la naturaleza de un acto jurídico: si bien debe reconocerse -- que, en la mayoría de los casos, la simulación se dirige a defraudar a los terceros o a ocultar una violación legal.

No hay una simulación en sentido lato y otra simulación en sentido estricto, sino una sola y única simulación, la que se manifiesta como declaración deliberada y acorde, de voluntad, divergente, para engañar a los terceros.

La simulación, como hemos advertido ya, presenta distintas formas: o se simula la existencia del negocio, o su naturaleza, o las personas de los contratantes.

1ª Las partes se proponen producir la apariencia del acto que no quieren realmente. El acto es inexistente, ficción, ilusorio.

Se tiene sólo una mera apariencia, una vana sombra, un cuerpo sin alma, según la expresión de Baldo (simulación absoluta).

- 2º Las partes realizan un acto real, aunque distinto de - aquel que aparece exteriormente. El acto está escondido, celado, velado. Existe una ocultación de un negocio verdadero bajo una forma mentida (simulación relativa).
- 3º Las partes realizan un acto real y ponen de manifiesto su naturaleza: sólo quieren engañar acerca de la - persona del verdadero contratante. En el negocio figura un sujeto distinto del interesado, un titular fingido, un testaferra (interposición).

El procedimiento simulatorio se agota en la realización del negocio simulado.

Messina ha sostenido que el negocio simulado no perfecciona la simulación, pues constituye sólo un grado de la misma. Si la simulación, observa dicho autor, tiene siempre por fin el engaño fraudulento de los terceros, su constitución no puede estimarse realizada con la estipulación del negocio simulado. Este negocio no es aún toda la simulación porque los que simulan pueden abandonar el propósito inicial y renunciar al plan simulatorio. La simulación por el contrario, se integra con la oposición del negocio simulado a los terceros, o sea con la declaración que afir

ma la titularidad de uno y la respectiva carencia de derecho en el otro, hecha por los simuladores sobre la base del negocio simulado. Esa declaración consume el engaño y perfecciona la simulación.

La génesis ideológica de esta concepción se encuentra en una confusión entre la simulación y el fraude. Considerado el fraude como un elemento constitutivo, indefectible de la simulación, se imponía lógicamente la necesidad de que coincidiera el procedimiento simulado con el procedimiento fraudulento, y de aquí que se dijera que sólo podía considerarse perfecta la simulación cuando el fraude se consumaba. Pero vimos que la simulación no siempre es fraudulenta y existe, en sus elementos constitutivos, con independencia de propósito, de consumir una lesión en daño de los terceros. Esto basta para demostrar que el proceso simulatorio puede considerarse cumplido antes de la consumación de un fraude y sin necesidad de él.

La simulación queda perfecta en el momento mismo de la celebración del contrato simulado, que produce la situación jurídica ilusoria — no se exige más — : todo lo que pueda suceder después es un post factum que no interesa para integrar la simulación, sino que debe examinarse entre los

efectos de la misma. Messina confunde la simulación con las consecuencias que pueden derivarse de ella: la consumación del engaño es un efecto de la simulación y un efecto no necesario. El engaño se produce ya con el negocio simulado. La trampa está preparada: ésto basta para que exista simulación. El saber si ha habido contratantes que cayeran en las insidias que se les tendieron o que la maquinación resultó inocua, es un hecho sucesivo, accidental, que no puede introducirse entre los elementos que originan la existencia de la simulación.

Pero tampoco es exacto que la consumación del engaño se produzca mediante la oposición del negocio simulado hecha por los simuladores. La oposición no integra la simulación: antes al contrario se funda en ella para perjudicar al derecho de otro. La simulación está perfecta desde antes, y es la base el título que se invoca para esa oposición. Por otra parte es decisiva la consideración de que la oposición hecha por los simuladores puede faltar y, sin embargo, existir simulación fraudulenta, como en el caso en que la simulación sea opuesta por terceros, sin que lo sepan los autores del negocio fingido y aún contra su propia voluntad.

Establecida en sus líneas fundamentales la idea general de la simulación, debemos indagar con más detenimiento su esencia jurídica. La construcción teórica de la institución se concibe de distinta manera por los varios autores, según que pertenezcan a uno u otro de los sistemas antes expuestos en cuanto al problema fundamental de la voluntad en los actos jurídicos.

Los partidarios de la teoría de la declaración deberían, procediendo con lógica, borrar de su sistema la figura que examinamos. En efecto, admitiendo que lo que obliga es tan sólo la declaración externa y objetiva y que no debe ascenderse al elemento psicológico del querer, la simulación, que tiene su origen en una divergencia deliberada y secreta en el ánimo de los contratantes, no debe tener importancia. La declaración simulada debe ser jurídicamente obligatoria aún para los mismos contratantes, puesto que el derecho atiende a las acciones externas de la voluntad y no a las fluctuaciones internas del querer.

Pero este resultado paradójico, que con una lógica estricta procedía según las premisas establecidas, no ha sido aceptado por los secuaces de la teoría de la declaración, los cuales, por el contrario, se ingenian para mantener es-

ta figura jurídica ofreciendo una singular construcción de la misma.

Rover escribe: "Simular tanto quiere decir como emitir una declaración que tiene como dos partes, de las cuales -- la una dice que la otra no es un negocio jurídico y debe -- solamente producir la apariencia de éste. A la persona -- con respecto la cual se aspira a producir la falsa apariencia, no se le participa toda la declaración, sino tan sólo una parte. La otra parte, la que dice que la declaración manifiesta no debe tener efecto alguno, queda escondida. -- La nulidad se explica por la consideración de que la ley -- no puede atribuir efecto jurídico alguno a una declaración que dice, por sí misma, que no quiere tenerlo".

Schlossmann observa: "En la simulación no hay contradicción, sino tan sólo un fraccionamiento arbitrario de una -- única declaración que carece de solución de continuidad".

Kohler nos da más luz sobre esta teoría. La simulación no contiene ninguna disconformidad entre la acción y la -- evolución de voluntad: descansa más bien sobre la consideración de que la acción de voluntad es en su totalidad distinta de una parte de ella que se separa arbitrariamente y

se da a conocer a los terceros. El que suscribe un documento obligatorio y declara simultáneamente que lo hace sólo en apariencia, no manifiesta una voluntad seria de obligarse.

El actor, que en la escena promete una cosa; el maestro, que con un fin de enseñanza se obliga a pagar ciento, no dejan lugar a duda de que no tienen seria voluntad de obligarse. Sólo fraccionando la declaración o tomando una parte de ella — es decir, perdiendo de vista la persona — del pedagogo o del actor, los bastidores o los bancos de la escuela — ; o si se considera un simple fragmento del aparato volitivo, separado de la conexión con la declaración total, puede encontrarse una contradicción... El que simula divide su declaración y no deja llegar a conocimiento de los terceros más que una parte de ella.

La simulación ofrece el espectáculo de que las partes emiten una declaración y una contradecación dentro del mismo negocio, de suerte que ambas se neutralizan recíprocamente. No debe creerse que existan dos negocios que se excluyen sucesivamente: en el elemento de la declaración está contenida también la contradecación — aunque se fije posteriormente por escrito — y la una se neutraliza --

por la otra; de modo que el negocio en conjunto conduce a un efecto nulo, puesto que lleva al resultado dinámico que se deriva de la totalidad de las declaraciones que comprende.

Empezaré observando que aun para entender como declaración la conducta de conjunto del agente, que expresa o de la cual se induce un determinado contenido de voluntad, es necesario establecer límites, fijar confines, a fin de que pueda decirse en algún momento que la declaración está completa y nada le falta. Si así no fuera, todo contrato podría destruirse con el pretexto de que el contratante no había terminado aún su declaración y tenía que añadir alguna cláusula o tal vez una negativa que destruyera la voluntad manifestada. En mi sentir, la declaración debe considerarse realizada cuando expresa enteramente la voluntad de una determinada dirección.

En la simulación, a una declaración preventiva, que permanece oculta y establece que no se quiere el negocio de que se trata, sigue una declaración pública de que se quiere el negocio. Estas dos declaraciones, separadas y autónomas, tienen también en la mente de los contratantes una función diversa: la primera sirve para regular sus re

cíprocas relaciones, y en ésto se agotan sus efectos; la segunda, para producir la apariencia ante los terceros con propósito de engaño. Aquí hay un acuerdo sobre la no realidad del negocio y la voluntad de producir la ficción; pero este acuerdo resulta ya de la sola declaración de contratar aparentemente (de la contra o anti-declaración); y, por su parte, la declaración pública, con la cual viene a ejecutarse dicho acuerdo y que tiende a producir la ilusión en el público, está en sí misma con un contenido y un fin determinado. Y no es una parte de la primera.

La simulación entraña una contradicción deliberada y consciente entre lo querido y lo declarado, realizada con el fin de producir una apariencia que engañe a los terceros. (25)

CAPITULO SEGUNDO

LA NULIDAD

- a) CONCEPTO
- b) ELEMENTOS DE LA NULIDAD
- c) FORMAS DE LA NULIDAD
- d) DIFERENTES TEORIAS DE LA NULIDAD
- e) DEFINICION

CAPITULO SEGUNDO

I.- LA NULIDAD

a) CONCEPTOS DE NULIDAD.

La Nulidad surge cuando el acto jurídico se encuentra viciado en alguno de sus elementos de validez, el acto jurídico tiene sus elementos esenciales como son la volun - tad, el objeto y la forma, y sus elementos de validez que son la capacidad, la forma, la ausencia de vicios internos de la voluntad (error, dolo, violencia y lesión) y el fin, objeto, motivo y condición lícitos, cuando al acto jurídico concurren todos estos elementos, es un acto que produce todos sus efectos jurídicos, o sea que se da la manifestación de la voluntad, con el objeto de producir consecuen - cias de Derecho, así pues, nos encontramos ante un acto - existente y válido, por lo tanto si alguno de sus elemen - tos de validez adolece de un vicio; se dice que el acto ju - rídico está afectado de invalidez o de nulidad por lo tanto el acto jurídico existe, pero tiene una existencia im - perfecta, podríamos decir que el acto ha nacido defectuo - so, porque el motivo o fin del acto es ilícito o porque la voluntad del autor del acto no se ha formado libre y con - cientemente por incapacidad o por vicios de la voluntad o

porque la voluntad no ha sido expresada de acuerdo con determinada formalidad por lo que encontrándose al acto jurídico viciado, la Ley no permite que surta sus efectos plenos.

La Nulidad puede ser Absoluta o Relativa según sea el caso que se encuentre afectado el acto jurídico en sus elementos de validez por un vicio interno, entonces se originaría la Nulidad Relativa o externa motivando así la Nulidad Absoluta.

Cuando el acto jurídico existe pero se encuentra afectado de nulidad, puede surtir efectos provisionales, porque hemos dicho que el acto jurídico existe pero su existencia es imperfecta, como consecuencia los efectos que existan serán destruidos por la sentencia de Nulidad, porque la Nulidad debe ser declarada por una Autoridad Judicial.

De todo lo anterior se ve que la nulidad es la existencia imperfecta del acto jurídico. (26)

b) ELEMENTOS DE LA NULIDAD.

Los elementos de invalidez o que dan origen a la Nulid

(26) Rafael Rojina Villegas. Compendio Derecho Civil. Introducción. Personas y Familias. Quinta Edición. México 1970. Pág. 127.

dad del Acto Jurídico, son 4 que son:

1. LA INCAPACIDAD.
2. INOBSERVANCIA DE LA FORMA.
3. VICIOS DE LA VOLUNTAD.
4. ILICITUD.

Siendo éstos los elementos que dan causa a la nulidad, desarrollaremos cada uno:

1.- LA INCAPACIDAD.

La incapacidad y la capacidad pueden ser de goce o de ejercicio. La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. La incapacidad de goce es la falta de aptitud para ser titular de derechos o para contraer obligaciones. Toda persona por el hecho de serlo tiene siempre capacidad de goce. Puede haber una capacidad parcial o total. Pero por el hecho de ser persona el sujeto, tendrá capacidad total o por lo menos capacidad parcial.

La capacidad de ejercicio consiste en la aptitud que tiene un sujeto para hacer valer directamente sus derechos, o cumplir sus obligaciones, para celebrar actos ju-

rídicos o comparecer en juicio como actor o demandado, por su propio derecho. La capacidad de ejercicio supone la de goce. Si no hay capacidad de goce no puede haber de ejercicio relativamente a los derechos y obligaciones; en donde no existe la capacidad de goce menos puede ejercerse un derecho, porque la ley lo impide. Quien no pueda contraer una obligación es lógico que no tendrá capacidad para cumplirla. La incapacidad de ejercicio consistirá, por lo tanto, en la falta de aptitud para hacer valer directamente los derechos o las obligaciones. Tienen incapacidad de ejercicio los menores de edad, los privados de inteligencia por idiotismo o imbecilidad y aquellos que padecen perturbaciones en sus facultades mentales por locura, embriaguez consuetudinaria o uso constante de drogas enervantes; también los sordomudos que no sepan leer o escribir.

La incapacidad de goce impide totalmente que el sujeto pueda celebrar el acto jurídico, debido a que una norma de derecho vendrá a constituir un obstáculo insuperable para su realización y, por lo tanto el acto se propondría un objeto directo jurídicamente imposible, pues el objeto imposible, equivale a la falta de objeto en el acto jurídico. En cambio, como en la incapacidad de ejercicio la Ley reconoce en el sujeto que hay capacidad de goce, puede ser

titular de derechos o de obligaciones: puede adquirirlos, solo que no de manera directa, sino por conducto de un representante: el menor por medio del que ejerza la patria potestad o del tutor; el mayor de edad que padezca perturbaciones mentales, por conducto de su tutor. Como no hay una prohibición para llegar a adquirir el derecho si el incapaz celebra el acto jurídico, este acto no va en contra de una norma; pero sí está viciado, padece de una irregularidad. Desde este punto de vista decimos que el acto está afectado de nulidad relativa. Es decir, la incapacidad debe ser determinada en la Ley. La regla general es la capacidad tanto de goce como de ejercicio. Por esto en principio todo sujeto es capaz. Para que podamos hablar de una incapacidad de goce o de ejercicio, la ley debe consagrarla. "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes". En esta expresión "dispone libremente de su persona y de sus bienes" está reconocida la capacidad de ejercicio, es decir, la aptitud para que primero el mayor de edad tenga derechos y bienes, y, por consiguiente, para que pueda disponer de ellos libremente. El capítulo consagrado al estado de interdicción por incapacidad de ejercicio, justamente va regulando la nulidad, que es relativa, para los actos que ejecuta el incapaz.

2. INOBSERVANCIA DE LA FORMA.

La forma.- Actos consensuales, formales y solemnes.-
Trataremos ahora de la segunda causa que origina la nul-
dad en los actos jurídicos. Esta causa consiste en la -
inobservancia de las formalidades legales. Desde este pun-
to de vista los actos jurídicos se clasifican en consensua-
les, formales y solemnes. Son actos consensuales aquellos
para cuya validez no se requiere ninguna formalidad; por -
lo tanto, toda manifestación de voluntad es válida, ya se
haga verbalmente, por escrito o por señas, o se desprenda
de actos que hagan presumir la voluntad. Cuando un contra-
to o acto jurídico se califica de consensual por la ley, -
se puede exteriorizar la voluntad de cualquier manera; pe-
ro sí se requiere que exista dicha exteriorización. Habrá
un problema de prueba cuando se discute en que términos se
exteriorizó la voluntad, si no hay documento en que conste
por escrito; es decir, la expresión escrita solo servirá -
como prueba, pero no como elemento de validez en el acto.
Puede no haber expresión escrita y demostrarse con testi-
gos en que términos se exteriorizó la voluntad. En ocasio-
nes, ni siquiera se necesita la expresión escrita o verbal
de la voluntad, basta la manifestación por señas o por ac-
tos; por ejemplo, la compraventa de cosas por medio de apa-

ratos automáticos. Por el solo hecho de depositar el precio del objeto, obtendremos la cosa a través del aparato. La voluntad, por consiguiente, puede manifestarse de manera expresa o tácita. Existe manifestación expresa cuando se requiere la expresión escrita, el lenguaje oral o el mímico; existe manifestación tácita cuando la voluntad se exterioriza a través de actos que la hagan suponer, es decir, de los cuales podamos inferir lógicamente su existencia como en el ejemplo propuesto.

La segunda categoría de actos se denominan formales. En éstos es necesario que la voluntad se exprese por escrito para que tenga validez; por lo tanto, solo se acepta el consentimiento expreso y por escrito. La voluntad expresada a través del lenguaje oral o del mímico no es bastante para los actos formales. El acto, se considera afectado de nulidad, si no se observa la forma escrita. Dentro de la expresión escrita caben dos formas: el documento público y el privado. Se llama documento público aquel que se otorga ante un funcionario que tiene fe pública, por ejemplo, ante un notario, un secretario de un juzgado, un funcionario administrativo que conforme a la ley este dotado de fe pública, etc. En ciertos casos la ley requiere que la voluntad se exteriorice en documento público. Se llama

escritura pública cuando la voluntad se otorga ante notario. En esta clase de actos se presenta el problema de nulidad cuando la voluntad no se exterioriza a través de un documento privado o público, según lo prevenga la Ley.

Por último, los actos pueden ser solemnes. Son aquellos actos en los que debe observarse una formalidad especial y por escrito, otorgándose ante funcionarios determinado, bajo la sanción de inexistencia si no se cumple. Se distingue el acto solemne del formal en que en el solemne habrá inexistencia si no se observa la formalidad; en cambio, en el formal, habrá simplemente nulidad. Por ejemplo, el matrimonio es un acto solemne. Si éste no se otorga ante el Oficial del Registro Civil, registrándose el acto en el libro que determina la Ley (libro de matrimonios), no hay matrimonio.

No hay contratos solemnes en nuestra legislación civil, es decir, cuando la ley requiere una forma para cierto contrato, se exige simplemente como elemento de validez: si no se observa, habrá nulidad nunca inexistencia.

3. VICIOS DE LA VOLUNTAD.

Error. Este es una creencia contraria a la realidad; es decir, un estado subjetivo que está en desacuerdo con la exactitud que nos aporta el conocimiento científico. En el derecho, el error en la manifestación de la voluntad vicia a ésta o al consentimiento, por cuanto que el sujeto se obliga partiendo de una creencia falsa, o bien, pretende crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones.

No todo error en la manifestación de la voluntad vicia a ésta o al consentimiento, originando la nulidad del acto.

Además del error, la ignorancia, que consiste en la carencia de conocimiento respecto de alguna materia, se toma en cuenta en el derecho, para atribuirle los mismos efectos que al error. Por consiguiente desde un punto de vista jurídico, el error y la ignorancia, cuando son los motivos únicos y determinantes de la voluntad del acto jurídico. En cuanto al error, se hace una distinción entre error de hecho, de derecho y de aritmética.

a). El error de hecho es el que tiene mayor importancia y vamos a hacer su estudio detenidamente. El error de derecho, que implica el desconocimiento o falsa interpretación de una regla jurídica. Por último, el error de aritmética solo da lugar a la reparación o rectificación del cálculo hecho, sin tener mayores consecuencias jurídicas.

b). Grados del error.- Se distinguen tres grados:

1º. Error destructivo de la voluntad, que origina la inexistencia del contrato o del negocio jurídico, denominado en la doctrina "error-obstáculo"; 2º. Error que simplemente vicia la voluntad y que motiva la nulidad del acto o contrato; 3º. Error indiferencia para la validez del acto jurídico.

c). Error destructivo de la voluntad.- También se denomina error obstáculo, y por virtud del mismo se impide la formación del consentimiento o concurso de voluntades, debido a que las partes no se ponen de acuerdo respecto a la naturaleza del contrato o a la identidad del objeto, de tal manera que hacen sus respectivas manifestaciones de voluntad pensando que celebran contratos diferentes, o bien que se refieren a cosas distintas y esto impide que se forme el consentimiento, pues no existe la misma manifesta-

ción de voluntad para celebrar determinado acto jurídico, o para la transferencia del mismo objeto que deba ser materia del contrato.

Este error destructivo de la voluntad es un obstáculo para la formación del consentimiento y, por consiguiente, del contrato, originando la inexistencia del acto jurídico, con todas las características que hemos señalado para esta forma de ineficacia.

Error que vicia la voluntad y que motiva la nulidad. Este tiene mayor interés, porque es el que generalmente ocurre y se invoca como motivo de nulidad. Se presenta cuando la voluntad si llega a manifestarse, de tal manera que el acto existe, pero su autor o uno de los contratantes sufre un error de tal naturaleza que de haber sido conocido, no se hubiera celebrado el acto. En atención a esta circunstancia, se considera que el consentimiento se formó, pero que hay un vicio de tal magnitud, que impide que el acto o contrato surtan sus efectos, porque la manifestación de voluntad no es cierta.

Error indiferente. Por último, el tercer grado en el error que es llamado indiferente no recae sobre el mo-

tivo determinante de la voluntad; no afecta, por consiguiente, ni las cualidades substanciales del objeto, ni se refiere a la persona, si se trata de un contrato gratuito o hecho en consideración a las aptitudes o capacidades del contratante. Simplemente en el error indiferente se tiene una noción falsa respecto de ciertas circunstancias accidentales del acto jurídico, o de la cosa objeto del mismo, que no viene a nulificar la operación. Supongamos un error respecto al lugar de pago en el contrato de compraventa, de tal manera que el comprador pensara que debe cubrir el precio en el lugar de celebración del contrato, y en rigor se hubiera estipulado que ese precio deberá cubrirse en el lugar del domicilio del vendedor. Este se refiere a circunstancias accidentales que seguramente no hubieran impedido al comprador llevar a cabo la operación.

Error de derecho. Además de error de hecho, existe el de derecho. Hay error de derecho cuando la causa determinante de la voluntad del autor o autores del acto, se funda en una creencia falsa respecto a la existencia o a la interpretación de una norma jurídica, de tal manera que por esa creencia falsa respecto a los términos de la norma o a su interpretación jurídica, se celebró el acto.

Si hubiese conocido el sujeto la verdadera interpretación de la Ley o el texto de la misma, o bien si hubiese sabido que la norma que él creía existente en realidad no existía, no hubiera celebrado el acto jurídico.

El dolo no es en sí un vicio del consentimiento Vi -
cia la voluntad solo en tanto que induzca a error, y que éste sea, además, el motivo determinante de la misma. Es decir, el error puede tener dos causas: ser un error que se llama fortuito, que no supone dolo en los contratantes o en un tercero; o bien, ser un error que tiene como causa al dolo (error doloso) que supone que uno de los con -
tratantes o un tercero han ejecutado un conjunto de maqui -
naciones o artificios precisamente para inducir a error a la otra parte.

Cuando el dolo no origina error, es decir cuando las maquinaciones o artificios fracasan. De tal suerte que -
el contratante no es víctima de aquellos, no existe vicio de la voluntad, y a pesar de la actitud ilícita de la -
otra parte, o de un tercero, el contrato es válido, por -
que la voluntad se manifestó sin el error que se quiso -
provocar.

Se entiende por dolo en los contratos, toda maquinación o artificio que se emplee para inducir a error. Así lo define la Ley, pero debemos agregar: Siempre y cuando este error sea determinante de la voluntad, porque si no lo es, aún cuando haya maquinaciones o artificios habrá un dolo en términos generales, pero no un dolo en los contratos que motive la nulidad de los mismos.

Además del error existe la mala fe, que en el dere-cho se equipara al dolo. Esta es la disimulación de error por parte de un contratante una vez conocido, para que el otro se obligue, bajo esa falsa creencia; es decir, en la mala fe no se provoca el error, simplemente el contratante se aprovecha del que advierte en la otra parte, y esta actitud pasiva para aprovecharse del error de la otra parte y obtener ventajas indebidas, se equipara al dolo, por cuanto que también origina la nulidad del con-trato, siempre y cuando el error en que incurrió voluntariamente la parte contratante, sea determinante de la voluntad. Es decir, el dolo es activo; implica maquinaciones o artificios para inducir a error. La mala fe es pasiva; simplemente se aprovecha un contratante del error en que la otra parte está incurriendo, y no le advierte esa circunstancia, con la dañada intención de aprovechar-

se de ella.

En cuanto a la mala fe, no obstante que se equipara al dolo, no puede existir de parte de terceras personas. Como supone una actitud pasiva en que una parte se aprovecha del error en que ha caído la otra, sólo cuando es el contratante el que conoce ese error y se aprovecha de él, puede considerarse que hay mala fe; si es un tercero, se requeriría además que aquel tuviera conocimiento y, por lo tanto, ya la mala fe sería suya.

Dolo principal incidental. El dolo principal o determinante es el que motiva la nulidad del acto, porque engendra un error que es a su vez la causa única por la cual se celebró. El dolo incidental origina un error de importancia secundaria, que a pesar de conocerse se hubiera celebrado la operación. El dolo incidental, por consiguiente, no nulifica el acto jurídico.

Violencia. La violencia puede ser física o moral. Existe violencia física cuando por medio del dolor, de la fuerza física o de la privación de la libertad, se coacciona la voluntad a efecto de que se exteriorice en la celebración de un acto jurídico. También existirá cuando por

la fuerza se priva a otro de sus bienes, o se les hace daño, para lograr el mismo objeto; o bien, cuando merced a la misma fuerza se pone en peligro la vida, la honra, la libertad o una parte considerable de los bienes de la víctima. La violencia moral existe cuando se hacen amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o el patrimonio del autor del acto jurídico, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el segundo grado.

Propiamente en la violencia física el vicio existe - cuando por el dolor o la fuerza se coacciona la voluntad a fin de que se celebre un acto jurídico.

La ley ha limitado las personas sobre las que se puede ejercer violencia. Es así que no se considera, para los efectos de la Ley, que ha sufrido violencia aquel que por una amenaza sobre algún amigo o algún pariente colateral después del segundo grado, se ve obligado a otorgar - un acto jurídico, no obstante que desde el punto de vista psíquico la intimidación ejercida sea de la misma intensidad que pudiera presentarse tratándose de los parientes - que comprende la Ley. (27)

(27) Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 147.

4. LA ILICITUD.

La ilicitud, existe cuando el acto va en contra de - las leyes del orden público o de las buenas costumbres. - El artículo 1830 del Código Civil, así define la ilicitud en los actos jurídicos. Dice este precepto textualmente: Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

En el hecho jurídico la ilicitud se presenta cuando se procede con dolo o culpa, que en el derecho significa - esta última proceder con negligencia, descuido, falta de - previsión o de cuidado hay, por consiguiente, hechos ilícitos dolosos y hechos ilícitos culposos.

En el hecho ilícito doloso la intención de dañar es la que caracteriza la ilicitud; en el hecho ilícito culposo, la negligencia, falta de previsión o de cuidado es la que le da carácter ilícito. En cambio, en el acto jurídico ilícito el autor del acto debe proponerse un objeto o - fin contrarios a las leyes del orden público o a las buenas costumbres.

En el artículo 1331 se dispone: "El fin o motivo de

terminante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres", precepto que también aplicamos a los actos jurídicos.

El artículo 1359 indica que "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos". Sólo habrá que investigar en cada caso concreto si la naturaleza del acto se opone a que se apliquen las reglas de los contratos. La ley no puede proteger los actos que vayan en contra de las leyes de orden público o de las buenas costumbres. El mismo artículo 8² consagra con otras palabras esta misma idea: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario". También el artículo 2225 completa la idea al prescribir: La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto, produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la Ley". (28)

Cuando alguna de las causas anteriormente citadas, -

(28) Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 132.

se manifiesta en el acto jurídico, surge la nulidad, ya absoluta, ya relativa según sea el caso, cuando el acto tenga un motivo o fin ilícito generalmente será una nulidad absoluta la que se manifiesta pero no siempre, porque también podrá ser una nulidad relativa pero generalmente es contra los actos ilícitos contra los que opera la nulidad absoluta, porque un acto ilícito no puede considerarse por Ratificación o Reconocimiento del autor por que la Ley desconoce los actos ilícitos o sencillamente no los protege, entonces aunque el acto lo reconociera o ratificara no surte efectos seguiría siendo un acto jurídico afectado de Nulidad Absoluta.

Tampoco la prescripción operaría en un acto ilícito, es decir el simple transcurso del tiempo no purga el acto ilícito ni lo convalida.

Puede ser invocado por todo perjudicado directa o indirectamente.

Entonces la Nulidad Absoluta generalmente se da cuando el acto jurídico es ilícito en su condición, motivo o fin.

La Nulidad Relativa se da cuando concurre cualquiera de los tres elementos, que son la Incapacidad, la Ausencia de vicios internos en la voluntad (error, dolo, violencia y lesión) e inobservancia de la forma.

Cuando aparece cualquiera de estas causas en el acto jurídico, la Nulidad, es Relativa, porque cualquiera de estas causas puede confirmarse o ratificarse, la prescripción también puede convalidar el acto jurídico y aquí únicamente la hace valer el interesado directamente.

Aunque como ha quedado asentado inicialmente la Nulidad debe ser declarada por sentencia judicial.

c) FORMAS DE LA NULIDAD.

La nulidad o es absoluta o es relativa según sea el caso, son dos las formas de Nulidad que existen, y se dan cuando el acto Jurídico se encuentra viciado en alguno de sus elementos de validez, ya sea ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto el cual produce la Nulidad ya absoluta ya relativa según lo disponga la Ley, no siempre es el acto ilícito, la causa de la Nulidad Absoluta; hay ocasiones en que el acto ilícito origina la -

Nulidad Relativa, la Nulidad nunca opera de pleno Derecho en virtud de la Ley, ni aún cuando el texto lo califique - de Nulidad de Derecho o Nulidad de Pleno Derecho, siempre deberá ser decretada por sentencia judicial, entonces como es de verse el vicio externo es la causa de la Nulidad Absoluta, los vicios internos son la causa de la Nulidad Relativa.

a).- NULIDAD ABSOLUTA. La Nulidad Absoluta, es - - aquella sanción que se estatuye en contra de los Actos Jurídicos Ilícitos para privarlos de efectos por Sentencia Judicial, esta Nulidad se caracteriza:

1º. Porque todo aquel que resulte perjudicado directa o indirectamente, puede pedir que se declare.

2º. Es imprescriptible, es decir en todo tiempo puede pedirse, se llaman nulidades prescriptibles aquellas - que deben intentarse ante el Juez en determinados plazos; fuera de éstos se pierde el Derecho para pedir la Nulidad y el Acto que en principio es nulo se vuelve válido por el simple transcurso del tiempo. En las Nulidades Absolutas el tiempo no puede convalidar el Acto, este sigue Nulo y - la razón es evidente. Lo Ilícito jamás puede convertirse

en lícito por el transcurso del tiempo. El vicio de origen es de tal naturaleza que persiste e impide que el Acto llegue a tener validez a pesar de que no se pida la nulidad en determinados plazos.

3º. Es Inconfirmable, es decir, la ratificación expresa o tácita del autor o autores de un Acto ilícito no puede darle validez, por el contrario, sería ratificar lo ilícito, reincidir en la Ilícitud; por ejemplo, un contrato que tenga por objeto un juego prohibido, está afectado de Nulidad Absoluta por ser ilícito, si se ratifica, - se sigue ratificando lo ilícito, no podría producir efectos jurídicos en la Nulidad Relativa, los vicios si permiten la Ratificación.

En la Nulidad Absoluta, para los Actos Jurídicos - Ilícitos la ratificación sólo vendrá a confirmar la Ilícitud, de aquí que la Ley no pueda convalidar el Acto por - la Ratificación Tácita o Expresa del Autor o Autores del mismo.

La Nulidad Absoluta tiene como otra característica en nuestro derecho, la de que produce por regla general - efectos provisionales que quedaran destruidos por senten-

cia cuando se declare la Nulidad. Esta es la Regla General que tiene excepciones en la propia Ley.

Los Actos Jurídicos Ilícitos que están afectados de Nulidad Absoluta por regla general producen efectos provisionales, se necesita de una sentencia que declare la Nulidad; pronunciada ésta, el Acto Jurídico puede ya seguir produciendo efectos y los que produjo se destruyen, es decir la Nulidad opera retroactivamente para que aquéllos efectos de carácter provisional queden sin valor alguno.

Cuando la Ley categóricamente priva de efectos al Acto, como en el juego prohibido, no se necesita sentencia; es el legislador el que ha declarado la nulidad de pleno Derecho; es decir por Ministerio de Ley. Pero como el legislador, generalmente, por no decir que casi en la totalidad de los casos, se abstiene de dar esta regla de que el acto no producirá efectos como en el juego prohibido, será necesario seguir un juicio para que se nulifique el Acto Ilícito afectado de Nulidad Absoluta, estos caracteres deberán presentarse necesariamente si no estará afectado de nulidad relativa por falta de alguno de los caracteres descritos y a pesar de que el Acto sea ilícito, la Nulidad será Relativa.

En un determinado caso la Ley puede decir: La --
Acción que se concede por el Acto ilícito es prescripti -
ble, basta con esto para que la Nulidad no sea Absoluta,
no importa que el Acto sea Inconfirmable y que cualquier
interesado pueda pedir la Nulidad, es decir que concurren
los otros dos caracteres. Por esto en nuestro derecho -
las Nulidades Absolutas son Rígidas, no admiten una sola
excepción a esta regla fundamental. (29)

b).- NULIDAD RELATIVA. Nulidad Relativa, los ele-
mentos de validez del Acto Jurídico, son la capacidad, la
forma y la ausencia de vicios en la voluntad. Y por lo -
tanto, son elementos de Invalidez que nulifican el Acto -
Jurídico; La Incapacidad y la Inobservancia de la forma,
cuando la Ley requiere que la voluntad se manifieste de -
manera determinada, y la existencia de vicios en la volun-
tad; Error, Dolo, o Violencia, en estos tres casos, se -
origina la Nulidad Relativa.

Además existen características en la Nulidad Relati-
va que son diametralmente opuestas a las que tiene la Nu-
lidad Absoluta.

Estas características son:

- a). La Nulidad Relativa es prescriptible.
- b). Desaparece por la confirmación tácita o expresa.
- c). Y sólo puede intentarse por el perjudicado que debe ser una de las partes en el Acto Jurídico cuando este es Plurilateral o bien por su Au - tor cuando es Unilateral.

Sólo en la Nulidad Relativa por Inobservación de la forma todas las partes puedan invocarla porque les afecta por igual. (30)

INCAPACIDAD. Primera causa de nulidad relativa. - La incapacidad puede ser de goce o de ejercicio.

La Incapacidad de Goce es la falta de aptitud para ser Titular de Derechos o para contraer obligaciones, toda persona por el hecho de serlo siempre tiene capacidad de goce, puede haber una capacidad total o parcial, pero por el hecho de ser persona, el sujeto tendrá capacidad total o por lo menos capacidad parcial.

(30). *Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 135.*

Quien no pueda contraer una obligación es lógico - que no tendrá capacidad para cumplirla, la Incapacidad de Ejercicio consistirá, por lo tanto en la falta de aptitud para hacer valer directamente los derechos o las obligaciones: Tienen Incapacidad de Ejercicio los menores de edad, los privados de Inteligencia por idiotismo o imbecilidad y aquéllos que padecen perturbaciones en sus facultades mentales por locura, embriaguez consuetudinaria o uso constante de drogas enervantes; también los sordomudos que no sepan leer o escribir.

Es a esta Incapacidad a la que la Ley se refiere como causa de Nulidad Relativa o sea a la Capacidad de Ejercicio.

La Forma. Actos consensuales, formales y solemnes trataremos ahora de la Segunda causa que origina la Nulidad Relativa en los Actos Jurídicos.

Son Actos Consensuales aquellos para cuya validez - no se requiere ninguna formalidad; por lo tanto, toda manifestación de voluntad es válida, ya se haga verbalmente, - por escrito o por señas, o se desprende de Actos que hagan presumir la Voluntad.

Los Actos Jurídicos Consensuales pueden por consiguiente celebrarse por voluntad expresa o tácita; en ellos no tenemos problemas de nulidad en cuanto a la forma, dado que la Ley no requiere ninguna forma especial.

Actos Jurídicos Formales. En estos Actos es necesario que la Voluntad se exprese por escrito para que tenga validez; por lo tanto solo se acepta el consentimiento expresado y por escrito, la Voluntad expresada a través del lenguaje oral o del mímico no es bastante para los Actos Formales, el Acto se considera afectado de Nulidad Relativa, si no se observa la forma escrita, dentro de la expresión escrita caben dos formas: El Documento Público y el Privado; Documento Público es aquel que se otorga ante el funcionario que tiene fe pública.

Los Actos pueden ser Solemnes. Son tres aquellos Actos en los que debe observarse una formalidad especial y por escrito, otorgándose ante funcionarios determinado, bajo la sanción de inexistencia si no se cumple, se distingue el Acto Solemne del formal, en que en el Solemne habrá inexistencia sino se observa la formalidad, en cambio en el formal habrá simplemente Nulidad Relativa.

LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD. Este viene a ser el tercer elemento que también da origen a la Nulidad Relativa, la Voluntad como elemento esencial del acto jurídico, debe formarse de manera conciente y libre.

Cuando la Voluntad del sujeto, se ha formado sin que este tenga conciencia y libertad, se dice que la voluntad está viciada y a las circunstancias que desvían esa voluntad formada de manera no conciente o libre, se les denomina vicios de la voluntad. La Voluntad así formada, ha nacido, ciertamente, pero de un modo diferente a como hubiera nacido, exenta de vicios.

Propiamente la voluntad viciada, no es la verdadera voluntad del sujeto, por lo tanto existe una voluntad que se ha formado, aunque desviada frente a otra que no ha podido formarse, en virtud de esas circunstancias que la vician.

La voluntad no es conciente cuando el sujeto padece error; no es libre cuando se emite bajo coacción. El error puede ser involuntario o provocado. En el primer caso se habla simplemente de error, en el segundo caso se alude a dolo. Cuando la voluntad del sujeto es arrancada

por medio de amenazas o intimidaciones, no se puede hablar de una voluntad libremente formada; en ese caso el vicio de la voluntad se le llama violencia o intimidación.

Además del error, del dolo y de la violencia, el Código Civil considera que la lesión vicia la voluntad, cuando se produce un menoscabo considerable en el patrimonio de una de las partes y en beneficio de la otra.

La Voluntad viciada en cualquiera de los casos que se han mencionado, produce el efecto de invalidar el acto jurídico; privándolo de efectos, y así estamos ante la Nulidad Relativa.

El Error. El error es el falso conocimiento de una cosa (error propiamente dicho) o el total desconocimiento (ignorancia) de ella, y que determina al sujeto en la formación de su voluntad, en un sentido distinto a aquel que se hubiera formado sin la existencia de esa circunstancia.

Distingamos el error vicio o error nulidad llamado también error dirimente, del error obstativo, error radical. En ambos casos existe discrepancia entre una voluntad que no llegó a formarse y la voluntad desviada a causa

del error.

En el error obstativo, el error incide sobre la declaración de voluntad, y no sobre la formación de la voluntad. La discrepancia existe entre la voluntad y la voluntad interna.

En el error, vicio, la declaración concuerda puntualmente con la voluntad interna; pero ésta, la voluntad interna, se ha desviado en su formación. En el error obstativo en cambio, la declaración no concuerda con la voluntad interna, que se ha formado sin vicio alguno, pero no ha sido manifestado, tal como es.

El error esta en la declaración.

Es necesario distinguir varios tipos de error de la voluntad, según su naturaleza y su gravedad.

El error puede ser de hecho o de derecho, según que recaiga sobre las condiciones materiales del negocio o que signifique un parcial o total desconocimiento de una norma jurídica. Uno y otro, producen igualmente la invalidez del acto jurídico.

El error es esencial o determinante y por lo tanto, invalida el acto e influye sobre la voluntad, impidiendo - que se forme o desviándola, en los siguientes casos:

a) Cuando es radical y recae sobre la naturaleza - misma del negocio (error in negotio). Queriendo yo dar en préstamo, mi contraparte recibe el dinero, pensando erró - neamente que se trata de una donación.

b) Cuando recae sobre la identidad del objeto e in - fluye radicalmente en la voluntad de modo que ésta no ha - llgado a formarse (error in corpore). Quiero comprar un - caballo y señalo al que tengo ante mí, confundiéndolo con el que realmente quiero comprar.

c) Cuando incide sobre las cualidades esenciales - que determinan la función del objeto materia del acto (e - rror in substantia). No es un error radical sino de grave - dad media, que no impide la formación de la voluntad, sim - plemente la de forma. Compro una joya creyendo que es de oro y en realidad es de cobre.

d) Cuando el error recae sobre las cualidades per - sonales del sujeto (error in persona). Es un error de gra

vedad media y como el error in substantia, vicia la voluntad sin destruirla. Encargó la confección de una pintura a una persona creyendo que se trata de un pintor famoso, cuando éste es un aprendiz de pintor.

Frente a estos tipos de error esencial que vician el acto, tenemos una especie de error que no vicia la voluntad: El error accidental que se clasifica en dos: el error in quantitate (error de cálculo o error aritmético) que se refiere únicamente a la cantidad de cosas que constituye el objeto contrato y sólo da lugar a su rectificación y el error in qualitate que recae sobre las cualidades secundarias (no substanciales) del objeto o del sujeto que interviene en el acto, por cualquiera de estas circunstancias que concurren al acto jurídico también está ante una Nulidad Relativa.

El Dolo. Está constituido por los artificios engañosos o maquinaciones fraudulentas, por medio de las cuales una persona es inducida por otra a otorgar un acto jurídico, que de otro modo no habría consentido o lo habrían celebrado de otra manera, bajo diferente estipulación.

El Dolo puede ser positivo o negativo. En el pri -

mer caso, consiste en las sugerencias o artificios que ejecuta una de las partes para inducir o mantener en error a la otra (dolo propiamente dicho). La simple disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido constituye la mala fe.

El Dolo, como vicio de la voluntad, ha de ser determinante; quiere decirse que a causa de él, el negocio ha podido realizarse (dolus causam dans). El dolo llamado incidental (dolus incidens), que recae sobre circunstancias accidentales del negocio, no influye en la validez de éste, sólo da lugar a la rectificación de las estipulaciones, para hacerlas menos onerosas, en favor de quien lo padece.

El Dolo, como los otros vicios de la voluntad, influye en la determinación de ésta. Propiamente el motivo que vicia la voluntad es el error provocado por las maniobras, que hacen que la víctima incurra o permanezca en el error. Que el dolo sea determinante de la voluntad del sujeto, significa que sea causa jurídicamente relevante, para decidir a quien lo sufre al celebrar el acto.

La parte que invoque el dolo, debe probar el nexo de casualidad entre la maniobra encaminada a producir el -

error y el mismo. Debe ofrecer la comprobación de que fue inducido a celebrar el acto, por medio de las maniobras do losas.

La Violencia. Se llama violencia o intimidación, a toda coacción ejercida sobre la voluntad de una persona, - sea por la fuerza material o por medio de amenazas, para - determinarla a consentir en un acto jurídico.

La violencia consiste en las amenazas que ejercidas contra el autor del acto, producen en él temor (metus) bajo cuya acción celebra el negocio jurídico.

Propiamente, el vicio de la voluntad consiste en el temor que se hace sentir a la víctima, por medio de las - amenazas. Estas, que son actos exteriores, son el medio - de que se vale el autor de la violencia, para intimidar al sujeto.

Es indiferente que la violencia o intimidación pro - venga de alguna de las partes del acto o de un tercero. - El efecto de la violencia es el mismo: lo que da origen a una Nulidad Relativa.

Distingamos la violencia o intimidación (vis compulsiva) que no destruye enteramente la voluntad del sujeto - porque puede elegir entre sufrir el mal o celebrar el acto, de aquel caso en que de una manera física se ejerce la fuerza sobre el cuerpo del sujeto para llevarlo materialmente a ejecutar el acto, prescindiendo enteramente de su voluntad (vis absoluta). En este segundo caso, la libertad del autor del acto se ve afectada de una manera tan radical, que no ha podido siquiera nacer.

Por ejemplo: El estado de hipnosis.

En la vis compulsiva, la amenaza que se ejerce sobre el ánimo del autor del acto en aparente libertad entre decidir la declaración del acto o ser víctima del mal con que se le amenaza. Su voluntad sin embargo se forma bajo el influjo de la coacción y decide celebrar el acto. Su decisión de celebrarlo proviene de su propia voluntad, pero en realidad la persona amenazada, no ha podido decidir libremente.

La amenaza ha de ser seria; es decir, debe existir - la posibilidad de que el mal se realice.

Ha de ser también grave, de modo que la ejecución de la amenaza, importe un mal mayor que el que resulte de la celebración del acto.

La violencia ha de ser injusta; es decir, que no entorpezca el ejercicio de un derecho legítimo en contra del sujeto.

El temor reverencial, esto es, el temor de desagradar a las personas a quienes se debe respeto o consideración, no basta para viciar la voluntad.

La Lesión. La lesión consiste en una notoria desproporción entre lo que se da y lo que se recibe a cambio. La Lesión, no puede presentarse en los actos a título gratuito, ni en los contratos unilaterales. Tiene lugar, en los contratos bilaterales.

La Lesión, como la nulidad tiene su origen en la *res titutio in integrum*, que era una acción que se daba a favor de los menores de edad, para recobrar lo que habían dado con lesión de sus intereses. Pero la Lesión, no es una acción de nulidad, sino de rescisión, de igual forma cuando concurre algún vicio de los anteriormente descritos en

la voluntad del sujeto que pretende crear su acto jurídico, el acto se encuentra afectado de una Nulidad Relativa, la cual puede prescribirse, confirmarse, y ser interpuesta directamente por el interesado a quien Jurídicamente afectó. (31)

En la nulidad relativa el acto jurídico siempre produce efectos provisionales; en cambio, en la nulidad absoluta por regla general se producen efectos provisionales, pero hay casos en que la ley de pleno derecho priva al acto de todo efecto. En ambas clases de nulidades se destruyen los efectos provisionales por medio de la sentencia que declara la nulidad, es decir, siempre será menester intentar en un juicio la acción u oponer la excepción de nulidad, para que haya sentencia que declare que el acto es nulo y por virtud de ella se destruyan los efectos provisionales que se hubieren realizado.

La razón de estas características de la nulidad relativa, como opuestas a las de la nulidad absoluta, es la siguiente: Toda nulidad relativa parte de un vicio o de una irregularidad que sólo afecta al autor o autores del acto jurídico, no hay un interés general lesionado, como

(31) Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 147

en la nulidad absoluta. Será el perjudicado el único que podrá intentar la acción de nulidad. La ley previene que si el perjudicado no pide la nulidad, se presume que renuncia a ella: por esto es prescriptible. En cambio, la nulidad absoluta es imprescriptible, porque al violarse intereses generales no sería conveniente que este acto, a través del tiempo, llegase a producir efectos jurídicos. La ilicitud continuará en todo tiempo.

La nulidad relativa es susceptible de confirmación expresa o tácita, justamente por la misma razón, es decir, porque afectando intereses determinados, incumbe sólo al perjudicado decidir si cumple el acto jurídico o no lo cumple; si lo otorga nuevamente con las formalidades legales y sin incurrir en otro vicio, o no lo otorga; pero al hacerlo de una manera o de otra, desaparece la nulidad que sólo a él perjudicaba.

Existe un caso mixto que se clasifica como de nulidad relativa; aquel en el que concurren tanto caracteres de la nulidad absoluta como de la relativa. Este caso se discutió en cuanto a su clasificación en la doctrina, porque algunos autores lo consideraban como de nulidad absoluta y otros de relativa. Bonnacase propuso que la nuli-

dad absoluta tenga caracteres rígidos de manera que deben presentarse todos y cada uno de los que hemos enumerado, y que cuando no se presenten todos, basta que falte uno de ellos, para que se clasifique la nulidad como relativa; criterio que fue aceptado directamente por nuestra legislación de 1928, en el artículo 2227, que dice: "La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos". O sea, cuando no llena los caracteres de la nulidad absoluta que ya conocemos.

d) DIFERENTES TEORIAS DE LA NULIDAD.

Analizaremos tres teorías que son las que más hablan de la Nulidad siendo la primera la teoría de Julián Bonnecase, el cuál nos habla sobre la inexistencia y la nulidad del acto jurídico.

La teoría clásica de la inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa ha sido en la actualidad modificada por Bonnecase en un aspecto muy interesante.

Este sigue siendo partidario de la escuela clásica

en cuanto a la necesidad de establecer una clasificación para diferenciar en forma radical la inexistencia de la nulidad y en este sentido contesta Bonnacase a todas aquellas críticas que se han dirigido a dicha escuela, de que es demasiado rigorista, de que ha formado clasificaciones cerradas de inexistencia y de nulidad que están en muchos casos desvirtuadas por la realidad o desconocidas por el derecho positivo, críticas que primero hizo Saleilles y después desarrollan Japiot y Piedelievre; ante estas críticas Bonnacase, por el contrario, considera que el principio científico es el que ha sostenido la escuela clásica, al establecer una clasificación lo más cerrada posible, para fijar características definidas a la inexistencia y a la nulidad; sólo que no acepta el criterio de la escuela clásica respecto a una teoría tripartita de inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

Dice Bonnacase que la diferencia esencial es entre inexistencia y nulidad; que propiamente ésta es la clasificación que debe hacerse que en cuanto a la nulidad, es cierto que hay características distintas en la relativa y en la absoluta, pero que no son las que la escuela clásica ha fijado en una forma de oposición, de tal manera que la nulidad relativa deba tener las características contra

rias a la absoluta; que la nulidad relativa tiene un contenido más amplio, porque se presentan casos mixtos que no tienen todas las de la relativa en la forma que se ha definido por la escuela clásica, y que no pueden clasificarse, dado su criterio estrecho y rígido de oponer una nulidad a otra; pero que deben considerarse como casos de nulidad relativa, porque la absoluta sí tiene las características que hemos establecido de ser el acto inconfirmable, la acción imprescriptible y de que pueda intentarse por quien tenga interés jurídico, ya que derivan de la naturaleza del acto ilícito. Pero cuando no se presentan estas características, sino sólo dos o una de ellas (la nulidad es susceptible de invocarse por todo interesado y la acción es imprescriptible, pero el acto jurídico sí puede ratificarse), entonces opina Bonnacase que debe clasificarse a esta nulidad como relativa.

Quando se presentan todas las características clásicas de la nulidad relativa no hay problema; pero la nulidad absoluta es de tal manera rígida en cuanto a su naturaleza, que si no se cumple con todas las características, podríamos decir que el legislador no ha considerado que la ilicitud sea de tal importancia que lesione intereses generales, sino que más bien ha aceptado que se trata de

una lesión de intereses particulares y que, por lo tanto, debe clasificarse como relativa.

Fuera de esta modificación que propone Bonnecase a la escuela clásica, considera que el criterio está bien fundado para oponer la inexistencia a la nulidad; que debe abandonarse definitivamente lo que se ha llamado punto de vista histórico, para substituirlo por el orgánico, como lo denomina el autor citado.

Bonnecase dice que debe en este caso prescindirse de la tradición, porque ésta nos da un criterio arbitrario, irregular y, sobre todo, contrario a la naturaleza de las cosas, que es preferible el punto de vista orgánico que atiende a los elementos consecutivos del acto jurídico, a los elementos que él llama "orgánicos" del mismo.

Si falta algún elemento orgánico, el acto es inexistente, no importa que la tradición lo haya llamado "nulo", y estos elementos orgánicos son: manifestación de voluntad, objeto y solemnidad. Hay solemnidad cuando la técnica jurídica eleva la forma a la categoría de elemento esencial, no obstante que es de validez, ya que hay actos jurídicos solemnes en los que, si no se cumplen las forma

lidades, no existen.

Dice Bonnacase que podemos eludir todas las críticas que se han hecho a la escuela clásica, en cuestión de terminología o de clasificación. Será fácil reconocer la inexistencia y oponerla a la nulidad.

En cuanto a los efectos, dice Bonnacase que también se ha criticado a la escuela clásica porque se presentan ejemplos de actos inexistentes que tienen consecuencias jurídicas, para deducir de aquí la tesis de que el acto ja más es inexistente en forma absoluta porque tiene consecuencias jurídicas; que no pueden hablarse de la nada, como pretendió la escuela clásica. Es aquí donde Bonnacase demuestra que el acto jurídico, como tal no existe, cuando le falta algún elemento orgánico, y que como acto no produce efectos; que el derecho no le reconoce ningún efecto - atendiendo a su carácter de acto jurídico; pero sí toma en cuenta que aunque sea inexistente, se pueden sin embargo - lesionar intereses de terceros, porque bajo la apariencia de un acto jurídico se han puesto en juego diversos intereses que el derecho no puede dejar sin protección jurídica, sobre todo si se trata de terceros que de buena fe tomaron en cuenta la existencia de un acto que en rigor no existe;

o bien el acto jurídico, aunque es inexistente puede producir consecuencias por realizarse un delito o un hecho ilícito; pero entonces el acto ilícito o el delito son hechos y no actos jurídicos. (32)

TEORIA DE JAPIOT

Se trata de una corriente moderna que ha criticado a la tesis clásica, para destruir el criterio cerrado de las categorías inflexible de inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

En Japiot encontramos las siguientes partes en las que divide su estudio (Des nullités en matiere d'actes juridiques Essai d'une théorie nouvelle, Paris, Arthur Rousseau, Edit., 1909) para fundar su crítica y proponer un sistema totalmente distinto al clásico:

- 1º. La que él domina prefacio;
- 2º. El estudio del fin en la nulidad;
- 3º. El análisis del medio;
- 4º. Las causas de la nulidad;
- 5º. La naturaleza de la nulidad, y
- 6º. Conclusión.

(32) Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo V. Obligaciones. Vo. I. Segunda edición. México 1960. Pág. 170

a). Prefacio. En su primera parte, que denomina - prefacio Japiot considera que el sistema clásico de formar bloques o clasificaciones cerradas de actos inexistentes, nulos de pleno derecho y anulables, está contrariado por la realidad y por el derecho positivo.

Dice este autor que la escuela clásica, al hacer estas clasificaciones, desconoce la complejidad enorme tanto de la vida social como de las consecuencias jurídicas que se originan en algunos casos, en que hay actos inexistentes o nulos; que el derecho positivo no nos presenta, en la infinidad de soluciones que para cada problema se propone, esas formas tan simplistas de la escuela clásica. Propiamente esta escuela ha entresacado de las soluciones que el derecho positivo estatuye, sólo aquellas que tienen cierta uniformidad para crear tipos de inexistencia, de nulidad absoluta y de nulidad relativa; pero dice Japiot que además de esos "tipos", existe una gran variedad de matices que no es posible agrupar con las características clásicas de la inexistencia, nulidad absoluta o relativa.

No comprende este autor por que han de ser solidarias las características de la nulidad absoluta; es de -

cir, que si consideramos que un acto está afectado de nulidad imprescriptible, por esa sola razón necesariamente vayamos a concluir que es inconfirmable que puede invocarse por todo interesado jurídicamente hablando, y que no producirá efectos; dice que la práctica nos demuestra en las soluciones que presenta la jurisprudencia, que estas cuestiones pueden divorciarse, y de hecho se divorcian según cada problema jurídico; que en ocasiones la acción sería realmente imprescriptible, pero el acto susceptible de confirmación, o bien, piensa que las soluciones clásicas son en realidad creaciones apartadas de la realidad; que los especialistas nos dan soluciones distintas de aquellas que la escuela clásica quiere fijar de una manera estricta y predeterminada.

Por esto, Japiot propone no formular una teoría de conjunto, sino el estudio de los distintos casos para ir proponiendo soluciones especiales.

Animado por esa idea, considera que es necesario estudiar: 1º. La naturaleza del fin en la nulidad; 2º. El medio en que la nulidad se realiza; 3º. Las causas de la nulidad, para determinar cuál es la naturaleza jurídica de los actos nulos.

b). Fin en la Nulidad. Por lo que toca a ésta, dice Japiot que toda nulidad es una sanción. El fin de que se propone el legislador es sancionar un acto suprimiéndole efectos en aquellos casos en que se incurra en determinado vicio o se otorgue en forma irregular. Como es acto irregular, el legislador tiene que tomar en cuenta esa irregularidad para darle mayor o menor número de efectos, y esta sanción la va aplicando según la naturaleza de las normas que han sido violadas. En todo caso de nulidad se violan ciertas normas jurídicas; la violación de esas normas debe ser sancionada, pero la sanción no puede ser uniforme, porque las normas jurídicas tienen diferente importancia, amparan intereses jurídicos distintos y, por lo tanto, imponen una sanción uniforme, sería desconocer el fin que se propone el legislador en cada una de esas normas.

Se trata, por consiguiente, dice Japiot, de ir graduando en cada caso esta sanción, para obtener el fin que el legislador se propone. En algunos casos la violación será contra normas de interés público, en los que la sanción es radical, se priva al acto de todo efecto, y es necesario estudiar entonces la naturaleza de la norma violada, la lesión a los intereses sociales y el grado de inten

sidad de esa lesión, para formular una jerarquía en las nulidades.

Dice Japiot, que la nulidad, en realidad, es un remedio que el legislador aplica para aquellos casos en que se lesionan los intereses protegidos en la norma, y que debe administrarse en función del mal causado; por esto es preciso estudiar el mal y sus causas, para ir aplicando en cada caso una mayor o menor sanción. La escuela clásica ha formado grupos de normas y de plano considera que sólo hay dos categorías: o normas en que hay un interés público, un interés social, que son aquellas que se enuncian en forma imperativa o prohibitiva, y cuya violación debe sancionarse con la nulidad absoluta; o bien, normas que sólo protegen un interés particular de alguno de los autores del acto jurídico y cuya violación debe sancionarse con la nulidad relativa. Pues bien, esto es desconocer la complejidad enorme de la vida jurídica en la que hay un conjunto de intereses en tal forma ligados, que no es posible en ocasiones separar el interés público del particular; que de antemano resolver este problema tan complejo hablando de dos clases de nulidad y de dos clases de normas jurídicas, es dejar fuera de la reglamentación la parte más rica, más variada, más numerosa de ac

tos nulos que se presentan en el derecho.

c). El medio. Además, considera que no basta con estudiar el fin, que nos da un criterio exclusivamente teórico, para resolver el problema; que es necesario atender a una cuestión práctica de gran importancia que consiste en el medio en que la nulidad se presenta. Los actos nulos no siempre se realizan en el mismo medio. La misma categoría de actos nulos en ocasiones, al realizarse, afectan a personas determinadas; en otras ligan a un conjunto de personas, porque el acto tiene una repercusión directa o indirecta con ellas, y éste es el medio en que la nulidad se realiza, y para atender en cada caso de nulidad a la sanción que deba imponerse, habra que tomar en cuenta el conjunto de intereses en presencia, del conflicto de esos intereses y el daño que se cause a las partes y a los terceros, para resolver según la realidad misma o medio en el que cada caso de nulidad se va desarrollando; de esta suerte podrá decidirse hasta que grado la acción de nulidad se podrá conferir sólo a las partes o a los terceros; si es prescriptible o imprescriptible; si el acto deba producir todos sus efectos o sólo parte, o si deba quedar privado de ellos.

Dice Japiot que no es posible desconocer desde el punto de vista práctico, las repercusiones de los actos nulos; que aparentemente un acto es válido porque se ha expresado una voluntad, se ha recurrido a la forma legal, y este acto, que puede padecer un vicio interno, es desconocido por los terceros interesados jurídicamente en ella quedarán desarmados por cuanto que la acción sólo compete a alguna de las partes en el acto jurídico. Por esto dice Japiot, que lo mejor es tratar de armonizar el conjunto de intereses en conflicto y el legislador no va a imponer una sanción atendiendo simplemente a que la causa de nulidad sea un vicio de la voluntad, un defecto en la forma o una violación de normas prohibitivas, sino que debe tomar en cuenta, independientemente de la causa, todo el conjunto de complicaciones que ha originado un acto, para buscar un equilibrio de los intereses en presencia y conceder la acción a las personas realmente afectadas, y además graduar la sanción según la naturaleza de la norma violada y la lesión causada a esos intereses.

d). Causas de la nulidad. En seguida estudia Japiot las causas de la nulidad. Considera que la escuela clásica nos habla de inexistencia, nulidad absoluta y relativa, y que estas causas son distintas: En la inexistencia

tencia es la falta de un elemento esencial; en la nulidad: - absoluta la violación de una norma de interés público; en la relativa, la incapacidad, los vicios de la voluntad o - la falta de forma.

Dice Japiot que en rigor no existe una razón para separar las causas de la nulidad absoluta de las de la relativa; que la cuestión de determinar si en un momento dado se trata de una violación de normas de interés de los problemas más difíciles del derecho, porque si analizamos algún caso, se enunciará bajo la forma prohibitiva o imperativa en ocasiones la protección de un interés particular, y entonces tendríamos que la violación sería de normas de interés público, por ser prohibitivas o imperativas; pero que por su contenido se trataría de intereses particulares; y que en ocasiones ciertos intereses de carácter público no están protegidas a través de normas prohibitivas o imperativas.

En el Código Civil encontramos un conjunto de reglas enunciadas en forma prohibitiva, que no por ser de este carácter necesariamente protegen intereses de orden público. Por ejemplo, se dice que no puede haber transacción sobre una herencia antes de abierto el testamento; la norma es -

prohibitiva y, en realidad sólo se trata de proteger los intereses particulares de los herederos. O bien se dice que el copropietario no puede vender su derecho del tanto; nuevamente la norma es prohibitiva y no se protege ningún interés general, sino sólo el interés de los demás copropietarios que deben ser preferidos en la adquisición del derecho del copropietario que vende.

Según la escuela clásica, aquí nos encontramos con graves problemas, porque tenemos un conjunto de normas prohibitivas cuya violación debería ser sancionada con la nulidad absoluta, y la acción podría invocarse por todo interesado jurídicamente, y a pesar de que las partes afectadas ratificaran el acto, la nulidad, por ser absoluta, subsistiría, ya que el acto no sería susceptible de convalidarse por ratificación. No se explica porqué, si el copropietario ratifica la venta que hizo el otro copropietario violando el derecho del tanto, a pesar de ello la nulidad subsiste, ya que el único interés violado es el del copropietario.

Por este motivo, dice Japiot que no es posible formular este criterio tan simplista de la nulidad, atendiendo a sus causas; que éstas, en cuanto a la nulidad que se ha

llamado absoluta, no deben determinarse exclusivamente por que la violación sea de una norma prohibitiva o imperativa, ni tampoco debe atenderse exclusivamente al contenido de la norma, porque habrá ocasiones en que la violación de intereses privados se sancione con las características de la nulidad absoluta, y en otras, la violación de intereses públicos no se sancione con todas las características de la nulidad absoluta.

Por esto propone Japiot que se abandone el criterio de clasificar las nulidades en atención a sus causas. Hasta ahora la escuela clásica había procedido en esta forma; primero, estudiar las causas de la nulidad; después, aplicar las características, una vez hecha la clasificación de nulidad absoluta o relativa. Japiot propone el siguiente criterio: prescindir de las causas por el momento, y cada caso estudiado en la ley; ver lo que ha dicho el legislador respecto a que la acción sea imprescriptible o prescriptible; que el acto sea o no confirmable; atender a las características sin importar la causa y una vez fijadas establecer no una nulidad absoluta o relativa, sino una simple ineficacia, mayor o menor, según el legislador lo haya determinado.

e). Naturaleza de la nulidad. Japiot considera que hasta ahora la doctrina clásica ha hablado de la nulidad - como un estado del acto; es decir, que hay actos nulos como hay actos solemnes, formales o de última voluntad. Se piensa en la nulidad como si fuera un estado permanente de ciertos actos, y Japiot dice que propiamente no es que haya nulidad del acto; que hay actos nulos que producen determinados efectos, o que no producen ningún efecto, o que producen casi todos los efectos de los actos válidos y por tanto, no puede hablarse de un estado de nulidad perfectamente determinado, como podemos hablar de actos solemnes o de última voluntad, que sí presentan características permanentes y uniformes, y así podemos distinguir el testamento como acto que solo producirá efectos hasta la muerte del testador, del contrato, que surtirá sus efectos durante la vida de los contratantes.

En cambio, si hablamos de actos nulos, pensamos inmediatamente en que es un estado perfectamente definido del acto jurídico; que ese estado lo podemos diferenciar de los actos válidos que forman otra situación jurídica permanente, con características propias; pero esto en rigor no se presenta así en la experiencia jurídica, pues lo que ocurre es que el acto existe con mayor o menor número de -

efectos, es decir, con una mayor eficacia o ineficacia; - que debe substituirse la "nulidad" por la "ineficacia", - porque ésta puede ser total, parcial o mínima. Propone Japiot, por consiguiente, que la nulidad se conciba como un derecho de crítica sobre los efectos del acto; que se piense en la nulidad simplemente como una situación jurídica - en la que se van a valorizar, criticar y regular un mayor o menor número de efectos en un acto jurídico; que, por lo tanto, de antemano se rechace la idea de que al pensar en el acto nulo se definía como un "acto privado de efectos", porque esto no es exacto, ya que el acto nulo tiene en ocasiones gran número de consecuencias jurídicas.

Dice Japiot que lo principal es la ejecución del acto nulo. Generalmente los actos nulos, al ser ejecutados, producen una serie de consecuencias que el derecho tiene - que reconocer; que no se resuelve el problema de la nulidad atendiendo sólo al momento en que el acto se celebra, sino que debe resolverse tomando en cuenta que el acto generalmente se ejecuta a pesar de ser nulo: se otorga una compra-venta nula, por un incapaz, o por falta de forma o porque se violó una disposición de orden público, y se entrega la cosa por el vendedor al comprador; éste la consume o la transforma o la vende a un tercero, o bien la demeri-

ta; el derecho no puede desconocer este problema ya ejecutado. ¿Qué hacer en la compra-venta cuando la cosa se ha demeritado?. Decir que las cosas se restituyan a su estado anterior y se devuelva la cosa y el precio, es desconocer las consecuencias de hecho cuando la cosa se ha demeritado, transformado o vendido a un tercero.

La escuela clásica nos da una solución muy simple al decir que deben restituirse las cosas a su estado primitivo, pues no es posible que las cosas regresen a su situación anterior. Ha habido en esta compra-venta nula, pero ejecutada una serie de efectos de hecho que deben reglamentarse, y entonces propone Japiot que haya una ineficacia mayor cuando el acto no se ha ejecutado; menor cuando el acto se ejecuta, y que se vayan graduando los efectos de la ineficacia según las complicaciones de la vida real, conforme al conjunto de intereses que se han ligado.

Armoniza esta naturaleza de la nulidad con el medio y con el fin, de tal manera que quedará sobre todo al arbitrio judicial, según estas reglas que fija el legislador, el administrar la ineficacia en mayor o menor grado, para ir resolviendo todo ese conjunto de problemas que se presentan cuando los actos nulos han tenido una ejecución y -

se han presentado como actos válidos. ¿Qué hacer cuando una sociedad es nula, si gran número de personas han contratado con la sociedad? ¿Si existen terceros han adquirido bienes, derechos y obligaciones con esa sociedad?.

Resolver este caso de nulidad, diciendo que todos los actos ejecutados por la sociedad son nulos y no producen efectos y que deben restituirse las cosas a su estado primitivo, es violar gran número de intereses en juego. Aquí la ineficacia tendrá que ser muy reducida para respetar la situación de hecho que se ha presentado con respecto a los terceros, y considerar que la sociedad es nula para los socios, pero no para esos terceros; que con respecto a los mismos socios, subsistirán las obligaciones y responsabilidades como si la sociedad fuera válida, y que sólo se aplicará la sanción para privar a los socios de derechos o de utilidades en una sociedad constituida con violación de las normas legales, pero no para perjudicar a los terceros que de buena fe han contratado.

f). Conclusión. Japiot formula la siguiente conclusión. Todo concurre, por lo tanto, a descartar el procedimiento de soluciones de block practicado por la doctrina clásica; todo concurre a recomendar una teoría más especia

lizada: esta especialidad, aunque a primera vista parezca paradójica, es en cierta manera el rescate de la generalidad de nuestra teoría por que ella se impone por la extensión misma de los intereses que queremos tener en cuenta; para establecer esta teoría más especificada, un solo procedimiento es posible: el de las soluciones distintas para cada cuestión". (33)

TESIS DE PIEDELIEVRE

Tesis de Piedelievre (citado por Borja Soriano, t.I, Pág. 144 de la primera edición de su Teoría General de las Obligaciones). En relación con la tesis de Japiot, otro autor francés, Piedelievre ha hecho un estudio de la nulidad animado con el mismo espíritu crítico respecto a la escuela clásica, para proponer soluciones que estén de acuerdo con las complicaciones que nos presenta la vida jurídica, según se desprende de la monografía que ha denominado: Des effets produits par les actes nules. Essai d'une théorie d'ensemble.

Este autor empieza por hacer un estudio del principio romano de que lo que es nulo es un principio que no produ-

(33) Rojina Villegas Rafael. Ob. cit. Pág. 200

ce nunca efectos, y demuestra que este principio, que se ha hecho clásico, no es exacto; que lo que es nulo en un principio, produce ciertos efectos en determinados casos.

Presenta ejemplos muy conocidos tanto en el derecho civil como en el mercantil.

En el derecho civil, cita el caso del matrimonio putativo, es decir, nulo, pero contraído de buena fe. En el matrimonio putativo se reconocen en el derecho efectos y obligaciones, respecto a los hijos; éstos quedan en una situación de hijos legítimos, con todos los derechos de tales, y respecto a los consortes se decreta la nulidad, pero no con las características que afectan a los matrimonios nulos por otras causas. Aquí los principios de la buena fe y de la equidad demuestran que el matrimonio putativo, no obstante ser nulo, produce gran número de consecuencias. Japiot diría que no hay nulidad, sino simplemente una menor ineficacia, una eficacia mínima. En cambio, habría ineficacia máxima en el caso de bigamia, cuando el matrimonio se contrae a sabiendas de que vive el otro consorte.

Además presenta Piedelievre el caso de la sociedad

de hecho para demostrar que no obstante que en el derecho se considera como una sociedad nula, produce, con respecto a terceros consecuencias jurídicas.

Los citados ejemplos le sirven de base para estudiar todo un conjunto de circunstancias que son un medio favorable para que los actos nulos produzcan la mayor parte de sus efectos.

Dice Piedelievre que debe estudiarse este medio en que el acto nulo opera o se realiza, porque hay circunstancias muy favorables para ir reduciendo cada vez más el efecto destructivo de la nulidad, y que podrá ser un medio de cultivo para que el acto nulo produzca efectos como si fuera válido, siendo las siguientes: la buena fe, la protección a los terceros, al crédito, a la propiedad y a la posesión y, en general el principio de seguridad que pugna por mantener siempre las situaciones ya adquiridas, que se han presentado como permanentes, para no destruirlas.

La buena fe es un dato que tiene gran interés para graduar los efectos del acto nulo, porque siempre que hay buena fe, el derecho no lo sanciona con la nulidad plena, como ocurre en el matrimonio putativo.

El conjunto de intereses de terceros es otro factor que constantemente el derecho toma en cuenta, y tan es así que en la sociedad de hecho es donde mejor advertimos la necesidad de que se armonicen y se respeten los intereses de terceros. El principio de seguridad es indispensable para no traer perturbaciones en el crédito, en las propiedades y en la posesión. Dice Piedelievre que hay un interés social de gran importancia para proteger situaciones jurídicas ya realizadas, muy superior al que persigue el legislador en ciertos casos de nulidad, pues así como la prescripción se funda en estos principios de estabilidad y de protección para las situaciones y derechos adquiridos, así también el legislador debe tomar en cuenta que una vez que el acto nulo se ejecuta, engendra una situación permanente y derechos adquiridos por las partes o por los terceros, cuya destrucción originaría grandes complicaciones en la propiedad y en la posesión; que por ello el legislador deberá darle mayor importancia a este principio de seguridad que al de privar, en ciertos casos, de efectos al acto jurídico nulo. (34)

(34) Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 202

e) DEFINICION DE NULIDAD.

Tenemos pues, para que el acto jurídico tenga una existencia perfecta, debe contar con los elementos esenciales y de validez, y a falta o en ausencia de alguno de los elementos de validez el acto existe pero de una manera imperfecta considerando así, que el acto jurídico es nulo, de tal manera que el acto jurídico, existe pero en alguno de los elementos de validez, como son la licitud, la formalidad, la ausencia de vicios en la voluntad y la capacidad, existe un vicio, en consecuencia, la nulidad se define:

"Como la existencia imperfecta del Acto Jurídico por padecer este de algún vicio en su formación".

Se ha manifestado que la nulidad es la enfermedad del acto jurídico y toda enfermedad supone la existencia del ser, así pues vemos que la nulidad impide que el acto jurídico nazca con una existencia perfecta y por lo tanto este vicio impedirá de plano que haya efectos, legales o traerá como consecuencia que sólo existan efectos provisionales que serán destruidos hasta que se pronuncie la sentencia de nulidad.

CAPITULO TERCERO

LAS PRESUNCIONES

- a) CONCEPTO
- b) ELEMENTOS DE PRESUNCION
- c) FORMAS DE PRESUNCION
- d) DIFERENTES TEORIAS QUE HABLAN DE LAS PRESUNCIONES
- e) DEFINICION

CAPITULO TERCERO

I.- LAS PRESUNCIONES

a) CONCEPTO.

Las presunciones se reducen a raciocinios y a deducciones que parten de hechos conocidos para llegar al conocimiento de hechos desconocidos; no se trata, pues, sino de medios inductivos y deductivos regidos por las leyes de la lógica.

En derecho civil hay razones para hacer de ellas una categoría propia, pues que esta materia o prueba está regulada por restricciones y normas propias, siendo pues la conclusión de un razonamiento, que puede partir de un indicio, pero que con más frecuencia parte de una premisa sugerida por la experiencia de lo que las más de las veces ocurre en el curso natural de las cosas, teniendo un presupuesto abstracto y se refiere siempre o muy a menudo a algo general. Como la presunción tiene un contenido de índole general, puede referirse también a conceptos puramente abstractos. (35)

(35) Eugenio Florian. -"De las Pruebas Penales"- Tomo I -Edit. Temis 1968. Página 81

Es factible que el indicio nos conduzca al conocimiento de lo que pretendemos, pero esto implica un procedimiento (el raciocinio) del cual se obtiene un resultado (presunción); por ende, no deben confundirse los elementos con el procedimiento y el resultado.

Todos los medios de prueba pueden hacer surgir la presunción; entre otros autores, Chiovenda y Carnelutti sostienen que las presunciones legales no son auténticos medios de prueba, porque "la carga de la prueba" libera al sujeto normalmente obligado a probar, imponiéndole tal obligación a la otra parte.

El criterio señalado no es aceptable en su totalidad, pues al abordar la teoría general de la prueba, lo inaceptable dentro del procedimiento de la llamada "carga de la prueba" es que la presunción no es un medio probatorio, por que se trata propiamente del resultado de la apreciación realizada por el órgano jurisdiccional sobre los hechos, interpretandolos y razonándolos en conjunto.

Esta actividad implica la inducción lógica del hecho conocido para llegar al desconocido, de manera que por las probanzas acumuladas durante la investigación, para cuyos

efectos procedimentales se relacionan unas con otras, razón por la cual al analizarlas se llega a la certeza, a la duda o a la presunción. (36)

"La palabra presunción, por sus raíces, se compone de la preposición *prae* y el verbo *sunco*, que significan tomar anticipadamente, porque por las presunciones se deduce un juicio u opinión de las cosas y de los hechos, antes que éstos se nos demuestren o aparezcan por si mismos"

Con el nombre de presunción la ley y la doctrina comprenden entidades jurídicas de naturaleza diversa, que en estricta lógica no pertenecen a un mismo género. De esto se infiere que la palabra presunción no es unívoca sino multívoca. Para convencerse de ello, bastarán algunos ejemplos: del hecho de que una persona vista elegantemente, use alhajas de alto precio, tenga un automóvil, se presume que posee cuantiosa fortuna. El que posee un terreno tiene a su favor la presunción legal de ser propietario del mismo, presunción que puede ser destruida por prueba en contrario. Lo resuelto por sentencia ejecutoria constituye una presunción legal que no admite prueba en contrario.

La Ley define a la presunción como la consecuencia - que la propia ley o el juez sacan de un hecho conocido para comprobar la existencia de otro desconocido. El término se aplica igualmente al hecho que sirve de base a la inferencia como a esta misma.

Manuel de la Plaza dice que "la presunción es el resultado del proceso lógico que consiste en pasar de un hecho conocido a otro desconocido; indicio es el hecho conocido de que se parte para establecer la presunción; y la conjetura arguye una vacilación en la exactitud del hecho inicial, que puede trascender a la formación legítima de la presunción"..

Las leyes de Partida llamaban a las presunciones "la gran sospecha", subrayando así el carácter meramente probable del hecho que se trata de demostrar con la presunción. (37)

b) ELEMENTOS DE LA PRESUNCION.

La presunción no es una prueba especial como vulgarmente se cree, es única y exclusivamente una forma de apre

(37) Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal.- 7a. Edición. Editorial Porrúa.- México 1973. Pág. 613

ciación de los hechos conocidos. Por esta razón las presunciones no se pueden llevar como pruebas al proceso, sino se ofrecen en los datos que los otros medios probatorios han aportado.

Así tenemos que la presunción es la interpretación de los hechos con las leyes de la razón; es el sacar de lo conocido lo que la razón indica que eso conocido entraña.

Por lo tanto la prueba presuncional es como se ha indicado, la interpretación de los hechos, de acuerdo con las leyes de la razón, o sea conforme al enlace natural de los mismos, con lo cual tiene forzosamente que ocupar un lugar privilegiado en el concierto de los medios probatorios.

Con la presunción se pregona una interpretación racional de la vida por ser la única que puede entregar la verdad real, en cuanto que toda la historia, como pensaba Hegel, es racional.

Así pues tenemos que las presunciones cuentan con 3 elementos a saber que son:

- a) Un hecho conocido;
- b) Un hecho desconocido y

c) Un enlace necesario entre el hecho conocido y el desconocido.

a) El hecho conocido se llama indicio. Y por indicio te nemos que es: La acción o señal que da a conocer lo oculto. Significa también lo mismo que leve presunción. Puede tomarse en dos sentidos; o bien como el hecho o la cosa que sirve de base a la presunción o como la presunción misma. Escriche lo define como "la conjetura producida por las circunstancias de un hecho". En la Enciclopedia Espasa se dan de él las siguientes definiciones: "Mittermaier afirma que es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un juez llega hasta el otro, por medio de una conclusión muy natural". Aplicado al proceso criminal, sigue diciendo, "es el hecho o circunstancia accesorios, que se refieren al crimen principal y que por lo mismo da motivo para concluir, ya que se ha cometido el crimen, ya que se ha tomado parte en el mismo un individuo determinado, o bien que existe un crimen y ha sido perpetrado en determinada forma". Bentham, en su Tratado sobre las pruebas jurídicas, llama indirectas a aquellas que recaen sobre un hecho del que se deduce el principal, y más o menos rebatibles por otras pruebas, según el carácter de las presunciones o la inmediatez de los indicios. Estos, por tanto, jurídicamen-

te, son aquellos que mueven, de tal manera a creer en la existencia de un hecho, y en la participación en el mismo de determinadas personas, que ellos solos equivalen a probanza semiplena ... Es doctrina admitida por algunos autores, que las expresiones indicio, conjetura o presunción, son equivalentes. El indicio, sostiene, procede de *indiciu*, es la presunción que indica medios de prueba, o aclara y precisa los resultados de los medios de prueba, y la conjetura ofrece la idea de conexión entre dos hechos tan íntimos que permiten argumentar o fundar en ella la existencia de uno de dichos hechos por el otro". (38)

Lessona es de la misma opinión. Dice: "Así, pues, - resumiendo:

- 1o. El indicio es sinónimo de presunción, cuando sobre su base se ha completado con éxito positivo, el trabajo lógico que conduce de lo conocido a lo desconocido;
- 2o. El indicio es prueba fallida cuando dicho trabajo lógico acaba con éxito negativo; y
- 3o. El indicio es prueba en gérmen, antes que aquel trabajo lógico se haya iniciado.

Con estas aclaraciones nosotros aceptamos pues que el

(38) Rivera Silva, Manuel.- El Procedimiento Penal.- 7a. Edición.- Editorial Porrúa.- México 1975.- Pág. 274.

indicio que hace prueba es una presunción. "En la página 6 del primer tomo de su tan conocida obra, es todavía más explícito: "Las palabras presunción, indicio, conjetura, signo, sospecha, adminículo, se considera como equivalentes. Sin embargo, algunos de estos términos tienen un valor particular, pero puramente extrínsecos. Así, indicio o aclaración es la presunción que indica medios de prueba, o aclara y precisa los resultados de los medios de prueba... Así también el signo es el indicio material y podrían llamarse signos las pruebas resultantes de las lápidas, escudos, árboles genealógicos y otros semejantes".

Los jurisconsultos clásicos admitían diversas clases de indicios y los clasificaban en grupos numerosos tales como los próximos o remotos, los leves o graves, los vehementes o violentos, los equivocados o medianos, los claros o indubitables, los oscuros o dudosos, etc. Cada uno de estos términos de la clasificación expresa el grado de certidumbre producido por el indicio o bien la relación más o menos estrecha entre el indicio y el hecho que con él se requiere probar. Por ejemplo: el indicio próximo es aquel que tiene una relación más o menos inmediata con el hecho que ha de probarse, sucediendo lo contrario con el remoto; el leve es el que inclina muy poco el ánimo del juez a tener por --

probado el hecho en litigio; el grave es su contrario, y el vehemente el que obliga el ánimo de manera violenta, y así sucesivamente. La citada Enciclopedia dice a este respecto: "...Pero los indicios se dividen generalmente en tres clases: vehementes, probables o medianos y leves, según el mayor o menor grado de probabilidades que ofrecen. El hallazgo de un hombre muerto o herido es una cosa, se tiene por indicio de los más vehementes contra el morador de ella, -- cuando no se sabe quien fué el agresor, y la ley 16, Tit. 21 del lib. 12 de la Novísima Recopilación le hace responsable, dejando a salvo su derecho para defenderse, si pudiera". -- Después de citar a Escriche que opina en el sentido de que es imposible formar con los indicios una escala de certeza judicial, a efecto de apreciar el valor real de los indicios, agrega la Enciclopedia: "una división bastante cómoda en la práctica para establecer de algún modo la cronología de la acusación, clasifica los indicios en antecedentes, -- concomitantes y subsiguientes. Son indicios antecedentes -- los actos preparatorios, las amenazas, etc. Los indicios concomitantes, se toman de las circunstancias que acompañan al delito, del hecho, por ejemplo, de haberse encontrado un arma perteneciente al acusado cerca de la víctima. La fuga, las tentativas de soborno de los testigos, etc., son indicios subsiguientes".

Desde el derecho romano, los indicios constituyeron un medio de prueba, pero los jurisconsultos de esa legislación no pretendieron formar con ellos una escala de certidumbre judicial, lo que fué obra de los canonistas. En la Edad Media los indicios tuvieron mucha importancia, porque a falta de otros medios de prueba, eran bastantes para sujetar al reo al tormento judicial, a efecto de obtener de él una confesión plena.

En la actualidad, ha caído en desuso la clasificación supradicha y los indicios se equiparan a las presunciones, cuya eficacia probatoria queda sujeta al prudente arbitrio del juez.

Indicio también significa, ora la cosa material, ora las circunstancias de hecho, que dan nacimiento a la presunción. (39)

b) El hecho desconocido es la presunción, y como ya dijimos la presunción es la inferencia que la ley o el juez hacen de un hecho conocido y probado para probar otro litigioso y desconocido, así pues tenemos que de las presunciones solo deriva una inferencia de probabilidad, constituyendo una inferencia, no hay trámites ni tiempo preciso para su producción, pueden alegarse en cualquier estado de

(39) Pallares, Eduardo- Ob. Cit. Pág. 410.

juicio hasta antes del fallo, las presunciones se apoyan - tanto en hechos positivos como negativos, la presunción no es forzosamente una deducción, puede también ser una inducción.

Con el nombre de presunción la ley y la doctrina han comprendido entidades jurídicas de naturaleza diversa que en estricta lógica no pertenecen a un mismo género, de esto se infiere que la palabra presunción no es unívoca sino multívoca.

c) El tercer elemento de la presunción, o sea el - enlace necesario entre el hecho conocido y el desconocido es de vital importancia, pues sin él nunca podrá realizarse la inducción reconstructiva:

El tener por existente un hecho desconocido infiriendo de un conocido. Por necesario (nota del enlace) se - debe entender la calidad consistente en que forzosamente - debe suceder así. En otras palabras que el enlace entre - el hecho conocido y el desconocido se haga a que no puede suceder de otra manera, por estar lo desconocido empotrado en lo conocido de acuerdo con las normas de la razón. (40)

(40) Rivera Silva, Manuel.- Ob. Cit. -Pág. 274.

Así pues tenemos que el artículo 423 del Código de -- Procedimientos Civiles dice "que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir, haya un enlace preciso más o menos necesario, este enlace debe ser preciso y deberá estar bien determinado para ser percibido claramente, por lo tanto tenemos que las presunciones son precisas cuando son inequívocas, es decir cuando de ellas no se puede deducir -- más que determinadas consecuencias. (41)

Los tres elementos que hemos señalado son aceptados -- por la Suprema Corte y la doctrina en general. Respecto de la jurisprudencia nos encontramos la siguiente manifiesta -- ción: "Los tribunales, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace más o menos necesario que existe entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán -- en conciencia el valor de las presunciones..." (Tomo XXV, -- pág. 1514). Como se ve, la ejecutoria también alude a una verdad conocida y a otra desconocida y al "enlace más o menos necesario". En el terreno de la lógica, Lalande, al re -- ferirse al punto que tratamos, define la inducción recons -- tructiva como aquella que va "e los indicios percibidos, a una realidad desconocida revelada por ellos". En esta defi -- nición también encontramos una verdad conocida, una verdad y un enlace necesario entre ellas, que el filósofo citado -- encierra en las palabras "revelada por ellos".

(41) Pallares, Eduardo.- Ob. Cit. Pág. 415.

Del hecho de que la presunción emana necesariamente - del indicio, se sacan tres corolarios:

a) Que la presunción es objetiva y no creada por el juez: éste la descubre, no la forma. El pensamiento anterior ha sido sostenido por la Suprema Corte de Justicia, -- cuando manifiesta "que el enlace que ha de buscarse entre - la verdad conocida y el hecho que se averigua ha de ser objetivo y no puramente subjetivo" (Tomo XXXIV, pág. 1205). - En tanto que la presunción se encuentra fuera del juez, las estimaciones presuntivas en este último pueden ser revisadas por el Tribunal Superior de Justicia o por la Suprema - Corte, sin que pueda alegarse que la estimación es subjetiva y se encuentra, por tanto, liberada de las apreciaciones de otras personas. El juez, con la "prueba presuncional" no valora, según su estimativa peculiar, descubre nexos, atendiendo a necesidades de carácter objetivo. La revisión del superior se debe ceñir al estudio del descubrimiento hecho por el juez, en otras palabras, a determinar si el enlace - establecido verdaderamente existe.

b) Que la presunción no es una suposición, pues el suponer invita a pensar en algo subjetivo y ya hemos visto que la presunción es de carácter objetivo. Las suposiciones sobre una misma cosa pueden ser múltiples, y la presun-

ción siempre es singular. No otra cosa expresa la Suprema Corte cuando manifiesta: "La ley quiere que las presunciones sean tales que obedezcan forzosamente a una sola conclusión". (Tomo XIX, Pág. 1107).

c) El descubrimiento de la presunción está sujeto a las leyes lógicas, en cuanto es de estimarse que el desarrollo de los hechos siempre se ajusta, como ya lo indicamos, a una razón suficiente.

En resumen: la presunción debe gozar de las características de objetividad, singularidad y racionalidad. (42)

c) FORMAS DE LA PRESUNCION.

Formas de la Presunción. Las Presunciones se clasifican en:

- a) Legales, que son las que la Ley establece.
- b) Humanas, las que formula el juez fundándose en hechos probados en el juicio.
- c) Las legales que se subdividen, a su vez, en absolutas, también llamadas *juris et de jure* o sea de Derecho y por derecho; y las relativas, o *juris tantum*. Las primeras no admiten prueba en contrario y las segundas sí.

No pocos jurisconsultos sostienen que las presuncio-

nes no constituyen verdaderos medios de prueba, sino un expediente que el legislador pone en juego para exonerar a una de las partes de la carga de la prueba e imponersela a la otra. Por ejemplo: al establecer el Código Civil que se presume propietario al poseedor, lo exonera de la carga de la prueba del derecho de propiedad, y sólo le exige la prueba de la posesión.

Para que la presunción actúe, es indispensable que se pruebe plenamente el hecho sobre el cual descansa. Así lo exige el artículo 381 que establece: "El que tiene a su favor una presunción legal, sólo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción".

Hay presunciones legales implícitas y explícitas. Las primeras están formuladas expresamente por la ley; las segundas se infieren de ella inmediata y directamente.

Las presunciones legales son juris et de jure, cuando la ley prohíbe expresamente la prueba en contrario; y "cuando el efecto de la presunción es anular un acto o negar una acción salvo el caso en que la ley haya reservado el derecho de probar". (43)

La presunción es jure et de jure, o sea cuando no ad

(43) Pallares, Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil. 7a. Edición.- Editorial Porrúa.- México 1973. Pág. 613

mite prueba en contrario, en los siguientes casos:

a) Lógicamente si la ley prohíbe de una manera expresa pero no implícita, la admisión de la prueba en contrario;

b) Cuando el efecto de la presunción es nulificar un acto.

Algunos jurisconsultos ponen como ejemplo de este caso la nulidad del matrimonio celebrado por la mujer raptada mientras ésta no recobra su libertad porque en tal supuesto el legislador presume que el consentimiento dado por ella para contraer matrimonio ha sido hecho mediante la violencia material o moral;

c) Cuando el efecto de la presunción es negar el ejercicio de una acción. Tal sucede en el caso de los difuntos llamados comurientes o sean los que mueren en un mismo accidente o suceso, tales como un incendio, un temblor de tierra, un naufragio, etc. En estas situaciones y otras análogas, no es factible probar cual de ellos murió primeramente, circunstancia ésta que tiene importancia para saber qué personas deben heredarlos. Por tal razón la ley niega en el caso de los comurientes la acción a los parientes de uno de ellos para representar al otro en la sucesión hereditaria. (44)

(44) Eduardo Pallares.- Derecho Procesal Civil.- 5a. Edición.- Editorial Porrúa.- México 1974.- Página 417.

Algunas legislaciones sólo admiten la prueba presuncional en los casos en que sea admisible la testimonial.

Las presunciones absolutas forman parte del Derecho-substancial y no del procesal, porque consisten en verdaderas normas jurídicas, mediante las cuales el legislador -- atribuye a determinados hechos o actos, ciertas consecuencias legales. Su función no es probatoria sino de índole substantiva.

La ley exige para que las presunciones humanas produzcan prueba plena, "que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir, haya un enlace preciso, más o menos necesario". Dicho enlace puede ser de naturaleza lógica o de índole ontológica. En este último caso, la inferencia en la que consiste la presunción, se funda en los datos que suministra la observación y la experiencia.

Muchos juriconsultos opinan que las presunciones legales son de estricto derecho y que no pueden ser establecidas por el juez por vía de analogía, pero como hemos visto en otro lugar Geny opina en sentido contrario.

Planiol y Ripert admiten que las presunciones legales no -

son sino una generalización y sistematización de las presun-
ciones de hecho o de las reglas de la experiencia.

Las presunciones *juris tantum* pueden combatirse con -
toda clase de pruebas e incluso con otras presunciones que
tengan por efecto contrabalancear sus resultados.

Parece ser que todas las pruebas substancialmente con-
sideradas, son presunciones. Se entiende por prueba, en --
una de sus acepciones, el hecho conocido por el cual se lle-
ga mediante una inferencia, a demostrar al juez la existen-
cia del hecho que se trata de probar. Las declaraciones de
los testigos; hechos conocidos, sirven de base para que el juez
tenga la certidumbre de la existencia del hecho controverti-
do; la escritura pública, hecho igualmente conocido, condu-
ce a probar el hecho controvertido; y así sucesivamente.

La mayor parte de los jurisconsultos, sostienen: que
si bien es cierto que todos los medios de prueba, aún los
más directos, sirven de base a la inferencia que hace el -
juez para tener por probado, mediante ello el hecho contro-
vertido, y que por esta circunstancia pudiera considerarse
como presunciones, hay sin embargo una diferencia subs-
tancial entre estas últimas y aquéllas.

Consiste en que los demás medios de prueba producen certidumbre, mientras que las presunciones sólo engendran - una simple probabilidad respecto a la existencia del hecho que se trata de probar.

Carnelutti rechaza este punto de vista y construye -- una doctrina sistemática sobre las presunciones, cuyos puntos principales, son los siguientes:

a) Las presunciones, en sí mismas consideradas, no han sido hechas para constituir medios de prueba mientras -- que las otras pruebas sí se producen con ese fin. Sucede a veces que una presunción nace contra la voluntad misma de -- la persona que es agente productor de ella. Cuando el homi cida deja en su víctima la impresión de su huella digital, -- crea sin su voluntad una presunción en contra de él. No su cede así con los demás medios de prueba que siempre se cons tituyen para servir como tales en el juicio;

b) Las presunciones se distinguen también de todas las pruebas indirectas, en que carecen de función represen tativa, y toda su eficacia estriba en la indiferencia deriva del hecho que constituye la presunción. Este hecho no provoca en la mente del hombre la representación más o me nos fiel de la cosa que se trata de probar. Lo contrario -- sucede con los demás medios de prueba que siempre dan naci

miento a la representación mental del hecho por probar.

c) Sostiene Carnelutti, que no puede afirmarse que la diferencia de las presunciones y otros medios de prueba, estriba en que aquellas solo producen probabilidad y las otras certeza, porque según él aún tratándose de una prueba tan directa como es la de reconocimiento e inspección judicial, sólo dá nacimiento a una simple probabilidad de la existencia del hecho por probar. Pone como ejemplo el siguiente: si un hombre ve en su espejo la imagen de otro, no puede inferir con absoluta certeza la existencia de -- aquel. No estoy de acuerdo con este punto de vista en el cual se confunde, la certeza legal con la certeza ontológica o metafísica. Mediante las sensaciones no tenemos un conocimiento cierto o indubitable de los objetos o cosas -- de que aquellas procedan, porque las percepciones se fundan en inferencias y asociaciones de ideas, que pueden inducirnos a error con demasiada frecuencia. A pesar de ello no es posible afirmar legalmente que las percepciones unicamente producen la probabilidad de la existencia del hecho percibido y no la certeza sobre el mismo. Es indudable que hay una honda diferencia entre un conocimiento cierto y -- otro simplemente probable, aunque la certeza del primero no sea absoluta y considerada ontológicamente, se convierta en

una simple probabilidad. Por lo demás cuando la ley atribuye prueba plena a determinados medios probatorios, como por ejemplo, a una escritura pública, no ordena que se tenga como simplemente probable la existencia del hecho declarado en la escritura, sino como positivamente cierto, lo que subraya la diferencia substancial entre las presunciones que solo engendran probabilidades y las otras pruebas que dan nacimiento a certidumbres legales.

Carnelutti pretende que la diferencia de que se trata consiste en los siguientes: en las pruebas directas representativas, el hecho que se trata de probar se representa de inmediato en la mente y la inferencia respecto a su existencia es posterior a dicha representación. En las presunciones sucede lo contrario: la presunción no produce inmediatamente la representación del hecho por probar a la que solo se llega mediante la inferencia, en que consiste la presunción;

d) Define las presunciones, de la siguiente manera: "Consecuencias deducidas de un hecho conocido no destinado a hacer funciones de prueba, para llegar a un hecho desconocido";

e) Las presunciones humanas son casi siempre prin-

cipios de prueba, y solo actúan en conjunto para engendrar una prueba completa. Sin embargo, hay casos en que la ley admite como prueba completa a una sola presunción:

f) Las presunciones son un ejemplo de la fungibilidad e equivalencia procesal; que consiste en que la ley -- atribuye a determinada cosa los mismos efectos jurídicos -- que a otra diversa. La Primera equivale a la segunda o si las dos son fungibles, pueden substituirse recíprocamente. Cuando la ley dice que la posesión vale título, le atribuye las mismas consecuencias legales que las que dimanán de un título traslativo de propiedad. Ya en ese terreno, Carnelutti sostiene que la legitimidad del hijo, consiste en ser concebido durante el matrimonio, y que las pruebas que la ley admite contra la presunción que deriva de dicha concepción deben interpretarse, no como contrapruebas de la presunción sino como causas que excluyen la aplicación del -- principio de que la legitimidad consiste en ser concebido durante el matrimonio. No es posible admitir este criterio. Lo mismo que el legislador que para el hombre vulgar, la legitimidad del hijo consiste no sólo en ser concebido durante el matrimonio, sino en ser engendrado por el esposo. No es posible suponer la tesis contraria en los autores del Código Civil. Por lo tanto, cuando dicha ley preceptúa que --

se suponen legítimos los hijos concebidos durante el matrimonio, establece una presunción legal y no una definición de legalidad contraria al sentido común a los fines del matrimonio;

g) En las presunciones relativas que admiten prueba en contrario, es fácil percibir la equivalencia legal entre el hecho que se trata de probar y el hecho en el que se funda la presunción. Al percibir la equivalencia se distinguen claramente como diversos, los dos hechos.

En cambio, en las presunciones absolutas, que no admiten prueba en contrario, la equivalencia es tan completa que casi raya en la identidad. Sin embargo, no es posible identificar el hecho por probar con el hecho en que se funda la presunción, porque a ello se opone la naturaleza intrínseca de los mismos;

h) Las verdaderas presunciones son las humanas y las legales relativas aunque de estas no todas. Las legales que las determinan constituyen normas de derecho sustancial mediante las cuales se realiza el sistema de equivalencia o fungibilidad procesal de que se ha hecho mérito. Acontece frecuentemente que una presunción relativa, no es

sino la degeneración de una norma de Derecho material, o - por lo contrario, una norma de esta naturaleza, es la intensificación de una presunción.

Tan es cierto que las presunciones absolutas que no admiten prueba en contrario, no constituyen verdaderas pruebas, es que muchas veces dan nacimiento a ficciones jurídicas o sea a inferencias legales del todo contrarias a la realidad de los hechos. Por ejemplo: el legislador presume que los habitantes de la República conocen las leyes que rigen en ella, lo cual es el colmo de la ficción. Las verdaderas presunciones, las humanas y las legales que admiten prueba en contrario, lejos de ir contra la realidad de los hechos, se fundan en las reglas de la experiencia. Si el legislador presume que el poseedor es propietario, lo hace porque casi siempre la posesión va aparejada a la propiedad;

i) Las presunciones pertenecen a la zona frontera entre el derecho procesal y el sustantivo. Las normas correspondientes a ella, participan al mismo tiempo de la naturaleza del derecho adjetivo y del sustantivo.

El valor probatorio de las presunciones lo establece la ley en los siguientes términos:

Artículo 421: Las presunciones legales hacen prueba plena.

El artículo 422 se refiere a la presunción que dimana de la cosa juzgada de la cual trata el capítulo consagrado a dicha cosa.

El artículo 423 dice: Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medios de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir, haya un enlace preciso, más o menos necesario. Los jueces apreciarán en justicia el valor de las presunciones humanas.

De lo anterior se infiere que el valor probatorio de las presunciones humanas está al requisito de que haya un enlace preciso, más o menos necesario, entre el hecho en -- que se funda la presunción y la inferencia en que consiste la propia presunción. Cumplido este requisito, el juez goza de un arbitrio justo para apreciar el valor de las presunciones.

Los jurisconsultos clásicos elaboraron una doctrina sistemática tanto respecto de la admisibilidad de la prueba

de presunciones como de su eficacia probatoria. Como por ejemplo de esta doctrina, podemos poner el de Lessona, que en su tratado sobre las pruebas, libro VII, pág. 404, dice: - "El juez, se dice, no debe admitir más que presunciones graves, precisas y concordantes; y de aquí se deriva la pregunta de si una sola presunción grave y precisa puede ser admitida, o si, por el contrario, para admitir la prueba presuncional, necesariamente debe existir mas de una. En contestación a dicha pregunta, no dudamos en afirmar que es admisible la prueba resultante de una sola presunción grave y precisa".

"Lo demuestra el principio de que la prueba, por medio del convencimiento racional, es la regla dominante en el Derecho vigente. Lo confirma además el hecho de que la necesidad de más de una presunción está sostenida por los autores que consideran viva la máxima tesis unus testis -- nullus, máxima que se puede decir es desechada unánimemente, y, por tanto, el paralelismo entre la prueba testifical y la prueba por presunciones induce a concluir que así como es admitida la deposición de un solo testigo, del mismo modo también debe admitirse la presunción única, grave y precisa. Está pues, claro, que la ley indicó la concordancia refiriéndose a la hipótesis normal, que es la del concurso

de varias presunciones. Y sería ridículo constreñir al juez que estuviese convencido por una sola presunción grave y precisa a desenvolverla en dos presunciones, lo que, según una ingeniosa observación de Larombiere, es siempre posible, porque "una sola presunción produce, en realidad, varias, según los diversos aspectos bajo los que se la considere. No se necesita, por tanto, un grande esfuerzo de razonamiento ni una sutil fecundidad de discusión para multiplicar las presunciones que nacen de un hecho conocido, en proporción a las relaciones que la mente puede acoger entre él y el ignorado". (45)

Presunciones Legales. Francisco Geny en su clásica obra sobre la Ciencia y la Técnica en el Derecho Privado positivo, desarrolla una extensa doctrina sobre las presunciones legales, a las que asigna, entre otras, las siguientes características:

a) Las presunciones legales son uno de tantos procedimientos de la técnica jurídica, mediante los cuales se elabora el Derecho positivo y el judicial;

b) Constituye una prolongación del concepto jurídico que es, tal vez, el más importante de aquéllos procedi -

(45) Eduardo Pallares.- Ob. Cit. Pág. 616

mientos;

c) Las presunciones legales tienen su origen en verosimilitudes y no hacen "sino generalizar, con algo de temeridad" y con espíritu optimista, soluciones aisladas y -- fragmentarias mientras que las ficciones contradicen abiertamente a la naturaleza o a la que consideramos como tal;

d) Llevan a cabo "la reducción simplificadora de - los elementos substanciales del Derecho, por substitución - de lo cuantitativo por lo cualitativo, operación ésta que es una de las más importantes de la técnica jurídica";

e) Mediante la presunción legal, el jurista "tiene por cierto lo que es dudoso, por seguro lo que es simplemente probable";

f) Las presunciones legales responden a la necesidad de obtener seguridad y firmeza en el orden jurídico. Como en el fondo "la evidencia es cosa sumamente rara, si no es inaudita, en el orden de los valores que representan la realización práctica de la justicia, y que como ésta tienen al orden y no pueden proceder sino sobre bases firmes, deberá constituir las ella misma por medio de lo probable y

y de lo plausible, conque debe formarse toda conducta bien dirigida". En otras palabras, la justicia práctica hace necesario convertir lo plausible y probable en certeza legal, y tal conversión la realizan las presunciones de que se trata que actúan en el dominio de la prueba, lo hacen por medio de una inducción fundada en probabilidades que pueden llegar al extremo de excluir toda prueba en contrario;

g) Las presunciones de derecho son pruebas indirectas que autoriza el legislador en casos extremos, cuando sea imposible o muy difícil probar directamente determinados hechos. Esta tesis se percibe con claridad al analizar la presunción de los comurientes y en la relativa a la concepción del ser humano en los casos de filiación natural o legítima. Por tanto, las presunciones deben considerarse como medios jurídicos de carácter extraordinario, y por ende, las normas jurídicas que las establecen han de interpretarse restrictivamente;

h) No siempre se fundan las presunciones legales en lo que es más probable, como se comprueba con la relativa a los comurientes, pero como es forzoso establecer algo cierto y seguro sobre determinados hechos, el legisla -

dor formula respecto de ellos una presunción que no admite prueba en contrario;

i) En muchos casos, las presunciones invierten la carga de la prueba, imponiéndola al litigante que, en principio, no debiera soportarla. Por ejemplo, al artículo 1352 del Código de Napoleón, previene que la presunción legal dispensa de toda prueba a aquel a cuyo favor se establece;

j) Las presunciones absolutas son, en realidad, "reglas de Derecho que sólo por su origen se relacionan con el dominio de la prueba". Producen una notoriedad ficticia que la ley impone al juez. En algunos casos son obligatorias para todos, y en otros sólo con relación a determinadas personas. Por ejemplo: la presunción que deriva de la cosa juzgada:

k) Está justificado que el legislador establezca presunciones legales, que por su propia naturaleza, constituyen procedimientos anómalos del Derecho, contrarios muchas veces a la verdad. El legislador debe, establecer las presunciones legales, en los siguientes casos:

1o. Cuando el hecho controvertido es muy difícil o imposible de probar,

2o. Cuando se trata de hechos imposibles de aprender en su materialidad y que, sin embargo, es preciso fijar;

3o. Cuando se trata de circunstancias que carecen de precisión por su propia naturaleza, y que aún siendo -- examinadas en cada caso particular, no pueden tenerse por ciertas sino con reservas importantes: Tales las presunciones relativas a la duración del embarazo, la declaración de ausencia, etc.

4o. Cuando "es necesario hacer funcionar el sistema jurídico en su rigidez categórica" o para favorecer -- ciertas situaciones o instituciones jurídicas;

5o. Para "asegurar mejor el libre juego de la voluntad autónoma;

6o. Para evitar fraudes de fácil ocultación, como sucede en las presunciones que establece la ley respecto - de interpósitas personas;

1) Aunque en principio la presunción legal es la que dimana de la ley, de hecho la jurisprudencia establece presunciones que tienen la misma fuerza que las legales. Amplia el sentido de éstas o lo restringe, según los casos. La Tesis de que el legislador es el único que puede establecer esa clase de presunciones, no es sino una consecuencia del principio falso de que no hay más derecho que el Derecho Legal. Photier es también de opinión de que las presunciones de Derecho pueden ser establecidas por la jurisprudencia, según puede verse en su Tratado de las Obligaciones, párrafo 849. Geny va más lejos y formula un principio que nos parece inaceptable: la jurisprudencia y la costumbre, no sólo pueden establecer presunciones juris tantum, sino también presunciones absolutas;

m) Las presunciones juris et de jure pueden aplicarse retroactivamente, pero respetando siempre los derechos adquiridos;

n) No pocas de las normas jurídicas, tanto las de carácter dispositivo como las imperativas, se fundan en presunciones y en leyes de probabilidad. Geny pone muchos ejemplos que demuestran la verdad de esta tesis, y cita a propósito de ella la doctrina del jurisconsulto alemán Bur

ckhard, que distingue dos clases de presunciones, las materiales y las procesales. Las primeras fundan y justifican las normas de derecho, las segundas actúan en el terreno de las pruebas judiciales.

La doctrina ha establecido respecto de ellas los siguientes principios:

a) En casos de duda sobre el carácter de una presunción legal, ha de considerarse como presunción *juris tantum* (Mattiolo, op. cit. III, pág. 449),

b) La presunción *juris tantum* puede ser combatida, en algunos casos, con toda clase de pruebas, y en otros sólo con determinadas que la ley permita;

c) La frase "se reputa" que emplea la ley en no pocas ocasiones, no ha de entenderse siempre en el sentido de que se establezca una presunción;

e) Una sola presunción humana puede ser bastante para probar determinado hecho si a juicio del juez, racional y fundado, es bastante para producir certeza;

f) Las presunciones *juris tantum* pueden combatirse, cuando la ley no la prohíba, con otras presunciones. (46)

d) DIFERENTES TEORIAS QUE HABLAN DE LAS PRESUNCIONES.

Para efectos de tener algún concepto doctrinal de las presunciones, haremos mención de algunos autores, los cuales nos dan sus diferentes teorías ó puntos de vista, y así tenemos que:

Lessona reduce a cinco las teorías de las presunciones:

La primera; negando a la presunción el carácter de prueba se limita a declarar que tiene lugar solamente en los casos previstos en derecho y se puede substituir a la prueba en aquéllos en que la ley permite a los jueces decidir recurriendo a ella. Para esta teoría la presunción, es un substituto de la prueba; cita del canonista de Luca Mar, esta sentencia: "*Difeert praestumptio ab ipsis probationibus quia vel accedit vel succedit loco probationum*", esto es: La presunción se diferencia de las otras pruebas porque ella o antecede o sucede al lugar de las pruebas.

(46) Pallares, Eduardo.- Ob. Cit. Pág. 618.

La segunda; Que llama dominante, admite que mientras con la prueba se establece el hecho discutido entre las partes con medios de convencimiento aplicables precisamente a este hecho, por el contrario, con la presunción se establece el hecho discutido mediante inducciones y consecuencias derivadas de otro hecho ya probado.

La tercera: Que la única diferencia entre la prueba y la presunción está en que la presunción es la consecuencia aislada de un hecho que no tenía por fin especial establecer la verdad de otro hecho, como la prueba.

La cuarta dice: La prueba tiene siempre por base una declaración escrita u oral del hombre, mientras que la presunción tiene por fundamento un hecho distinto de dicha declaración.

Para la quinta: La prueba produce la certeza; la presunción, la probabilidad.

Lessona concluye diciendo que la teoría aceptable es la dominante, por ser la que inspiró también al Código Civil italiano, que tiene una definición igual al francés.

La teoría dominante queda sintetizada así: "Cuando un hecho conocido (Probatum) no demuestra de por sí un hecho ignorado (Probadum), puede, sin embargo, demostrarlo indirectamente mediante las relaciones de causalidad o de ligamen entre los dos hechos, relaciones puestas en claro por el razonamiento".

Carnelutti sostiene, por el contrario: "Nada impide llamar medio de prueba a la actividad del juez, porque ella es precisamente un medio sin el cual el conocimiento no podrá lograrse: y nada impide igualmente llamar medio de prueba al hecho, sin el cual la actividad del juez resultaría estéril; pero la exigencia del sistema prohíbe poner en el concepto y en el vocablo dos órdenes de medios, que son profundamente distintos, como el medio personal o subjetivo y el medio real u objetivo".

Finalmente, Hugo Rocco formula una teoría ecléctica "Cualquiera que sea el medio de prueba de que el juez se vale, siempre sigue el mismo proceso lógico, esto es, induce un hecho desconocido de un hecho conocido. Sin embargo, la presunción tiene frente a los otros medios de prueba cierta característica propia suya, en cuanto mientras a través de los demás medios de prueba de un hecho se deduce lógicamen-

te la presunción de la existencia de otro hecho, que debía probarse; con la presunción, en cambio, de un hecho conocido se desprende no ya la certeza de la existencia del hecho desconocido, sino tan sólo la probabilidad de que, según las reglas usuales de la vida práctica, aquel hecho -- existe". (47).

La prueba presuncional o "de presunciones", para Julio Acero, "es una serie de inferencias unidas y sumadas -- para llegar a la convicción...".

Jiménez Asenjo afirma: "las presunciones no son -- otra cosa que circunstancias o juicios lógicos, normalmente admitidos como ciertos en la cadena de la casualidad, y sobre los cuales podemos deducir racionalmente la existencia de hechos que nos son desconocidos o dudosos".

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales confunde las presunciones con los indicios, e indica: "... son las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados". (48)

(47) Becerra Bautista, José.- El Proceso Civil de México, 4a. Edición Editorial Porrúa- México 1974, Pág. 150.

(48) Colín Sánchez, Guillermo.- Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 2da. Edición. México 1970, Pág. 416.

Diferentes tratadistas han negado a las presunciones el carácter de verdadero medio de prueba. Chiovenda afirma que la idea de las presunciones legales es ajena a la prueba.

Realmente, el objeto de la prueba es el de producir la convicción del Juez acerca de la existencia de un hecho, cosa bien distinta del objeto de la presunción legal. Cuando el legislador establece una presunción legal no se propone producir en el Juez un grado más o menos elevado de convencimiento. La disposición legal no vale en este caso como prueba, sino como mandato, que el Juez ha de acatar, teniendo por verdad lo que la ley presupone. (49)

La doctrina es muy copiosa respecto de la función -- que desempeñan las presunciones legales tanto en el derecho sustantivo como en el procesal. Francisco Geny en su obra "Ciencia y Técnica en el Derecho Privado Positivo" hace un estudio analítico de ese problema, y lo desarrolla extensamente. Entre otras cosas dice que "las presunciones legales son procedimientos de la técnica jurídica con los cuales se elabora el Derecho Judicial". Constituyen una prolongación de los conceptos jurídicos; cuya importancia en la Ciencia del Derecho es evidente; substituyen lo cuanti-

(49). De Pina, Rafael y Castillo Larrañaga, José - Derecho Procesal - Civil. 8a. Edición - Editorial Porrúa - México 1969. Pág.315.

tativo por lo cualitativo, lo dudoso por lo cierto; responden a la necesidad de seguridad y firmeza en el orden jurídico; son pruebas indirectas que autoriza el legislador -- cuando no es imposible o muy difícil la prueba imponiéndola al litigante que en principio no debiera probar; admite que sólo por su origen se relaciona con la doctrina de la prueba. También es de opinión que los tribunales pueden lo mismo que el legislador, crear presunciones que tengan la misma fuerza que las legales y que puedan aplicarse retroactivamente. (50)

e) DEFINICION DE PRESUNCION.

De lo expuesto llegamos al conocimiento, que la definición de presunción es:

"La consecuencia que la Ley o el Juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido"

Como ya hemos visto a la primera se llama legal y a la segunda humana, a su vez también tenemos que Pothier define a la presunción, "como un juicio hecho por la Ley o -- por el hombre acerca de la verdad de una cosa mediante la consecuencia deducida por otra" y Domat manifiesta que, -- "las presunciones son la consecuencia que se deducen de un

(50). Pallares, Eduardo - Derecho Procesal Civil.- 5a. Edición - Editorial Porrúa.- México 1974.- Página 416.

hecho conocido para conocer la verdad de un incierto del -
que se busca la prueba".

Así pues tenemos que la presunción sentada por vía -
legal o por el raciocinio judicial, es el resultado de la
aplicación de las máximas que el legislador o el juez dedu
cen de su propia experiencia.

Las deducciones que se hacen de un hecho conocido --
proviene de la percepción o de la representación que el he
cho tenga para que con ésto se llegue al conocimiento de al
go desconocido.

C A P I T U L O C U A R T O

LOS PROCEDIMIENTOS DE NULIDAD ESTABLECIDOS EN LA LEY FEDERAL DE REFORMA AGRARIA.

- a) GENERALIDADES
- b) DESCRIPCION DE LOS PROCEDIMIENTOS
 - b.1 NULIDAD DE FRACCIONAMIENTOS DE BIENES COMUNALES
 - b.2 NULIDAD DE FRACCIONAMIENTOS EJIDALES
 - b.3 NULIDAD DE FRACCIONAMIENTOS DE PROPIEDADES AFECTABLES
 - b.4 NULIDAD DE ACTOS Y DOCUMENTOS QUE CONTRAVENGAN LAS LEYES AGRARIAS
 - b.5 NULIDAD DE CONTRATOS Y CONCESIONES
 - b.6 NULIDAD Y CANCELACION DE LOS CERTIFICADOS DE INAFECTABILIDAD

CAPITULO CUARTO

LOS PROCEDIMIENTOS DE NULIDAD ESTABLECIDOS EN LA LEY
FEDERAL DE REFORMA AGRARIA

a) GENERALIDADES

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 27 Fracciones VIII y IX establecen los actos jurídicos que deberán ser declarados nulos, con objeto de tutelar a los ejidos, a las comunidades, a los ejidatarios y a los comuneros que fueron despojados de sus tierras, bosques o aguas, por su ignorancia o por dolo de alguna de las partes que pretenden obtener beneficios en perjuicio de éstos.

Así tenemos que el Artículo 27 Fracción VIII establece "... Se declaran nulas:

a) Todas las enajenaciones de tierras, aguas y montes pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades, hechas por los jefes políticos, gobernadores de los Estados o cualquier otra autoridad local en contravención a lo dispuesto en la ley de 25 de junio de 1856 y demás leyes y disposiciones relativas.

b) Todas las concesiones, composiciones o ventas de tierra, aguas y montes, hechas por la Secretaría de Fomento, Hacienda o cualquier otra autoridad federal, desde el 1º de diciembre de 1876, hasta la fecha, con las cuales - se haya invadido y ocupado ilegalmente los ejidos, terrenos de común repartimiento o cualquier otra clase, pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades y núcleos de población.

c) Todas las diligencias de apeo o deslinde; transacciones, enajenaciones o remates practicados durante el período de tiempo a que se refiere la fracción anterior, por compañías, jueces u otras autoridades de los Estados o de la Federación, con los cuales se hayan invadido u - ocupado ilegalmente tierras, aguas y montes de los ejidos, terrenos de común repartimiento, o de cualquier otra clase, pertenecientes a núcleos de población.

Quedan exceptuadas de la nulidad anterior, únicamente las tierras que hubieren sido tituladas en los repartimientos hechos con apego a la ley de 25 de junio de 1856 y poseídas en nombre propio a título de dominio por más - de diez años, cuando su superficie no exceda de cincuenta hectáreas.

Fracción IX. La división o reparto que se hubiere hecho con apariencia de legítima entre los vecinos de algún núcleo de población y en la que haya habido error o vicio, podrá ser nulificada cuando así lo soliciten las tres cuartas partes de los vecinos que estén en posesión de una cuarta parte de los terrenos, materia de la división, o una cuarta parte de los mismos vecinos cuando estén en posesión de las tres cuartas partes de los terrenos..."

La Ley Federal de Reforma Agraria como Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional, establece cuales serán las causas y los procedimientos para declarar la nulidad de los actos que adolecen de algún vicio o error en su aplicación.

b) DESCRIPCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS**b.1 Nulidad de Fraccionamientos de Bienes Comunales.**

El Artículo 27 Constitucional en su Fracción IX establece que, la división o reparto que se hubiere hecho con apariencia de legítima entre los vecinos de algún núcleo de población y en la que haya habido error o vicio podrá ser nulificada cuando así lo soliciten las tres cuartas partes de los vecinos que están en posesión de una cuarta parte de los terrenos materia de la división, o una cuarta parte de los mismos estén en posesión de las tres cuartas partes del terreno.

Esta premisa Constitucional, establece la causa de la nulidad, cuando una comunidad ya confirmada por Resolución Presidencial confronte problemas en el reparto de la tierra, entre sus integrantes, con el objeto de evitar los acaparamientos de la tierra o que sean despojados de ésta.

La Ley Federal de Reforma Agraria, establece el procedimiento para declarar la nulidad de esta acción, de los Artículos 391 al 394 y fundamentalmente ordena: la petición de nu

lidad deberá ser por escrito ante la Comisión Agraria Mixta estableciendo los nombres de los solicitantes, la proporción del área comunal que poseen, citando el nombre de la comunidad o núcleo de población de que se trate y especificando su ubicación. A la solicitud se acompañarán los títulos correspondientes de la propiedad si estos los hubiere.

Recibida la solicitud por parte de la Comisión Agraria Mixta deberá convocar de inmediato a una junta general de adjudicatarios de los terrenos cuyo fraccionamiento pretende nulificarse, las partes dispondrán de un término de 90 días a partir de la junta que se celebre para reunir pruebas y formular los alegatos correspondientes.

Transcurrido el término de Pruebas y Alegatos, la Comisión Agraria Mixta resolverá si se declara o no la nulidad del fraccionamiento o repartimiento de que se trate y en su caso ordenará la forma en que deba hacerse el nuevo repartimiento ajustado a derecho.

b.2 Nulidad de Fraccionamientos Ejidales.

El procedimiento que la Ley Federal de Reforma Agraria establece para declarar la nulidad de fraccionamientos

ejidales, se encuentra contenido de los Artículos 395 al 398, con este procedimiento, la ley trata de proteger a los ejidatarios, que muchas veces no le adjudican la parcela que le corresponde, sino que por intereses de las Autoridades Ejidales y algunas veces coludidos con las Autoridades Agrarias no respetan la correcta adjudicación de las parcelas, cuando se dá la Ejecución de una Resolución Presidencial, que dota de terrenos parcelarios.

Por lo que los afectados pueden recurrir al procedimiento que señala la Ley, de la siguiente manera:

Cuando la asignación definitiva de las parcelas se hubiesen realizado en contravención a lo dispuesto por esta Ley él o los ejidatarios afectados podrán solicitar a la Comisión Agraria Mixta que declare la nulidad de estos actos.

La solicitud deberá presentarse por escrito ante la Comisión Agraria Mixta dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se haya verificado el fraccionamiento.

Considero que el término que aplica la ley para soli-

citar la nulidad es muy corto, ya que por las distancias y la ignorancia de los campesinos no acuden oportunamente a solicitar la nulidad, dado que la Ley establece treinta días como un término fatal, no hay oportunidad para que los afectados se defiendan, de igual manera, considero que no debe ser por escrito la petición, ya que el parcelamiento se realiza a través de las Delegaciones Agrarias o de la Dirección de Tierras y Aguas, por lo que debiera establecerse en la Ley, que desde el momento mismo en que se haga el fraccionamiento, el afectado deberá denunciar ante el propio comisionado la anomalía que se está cometiendo para que en todo caso en el Acta que se levante por parte del comisionado de la Secretaría se asiente la queja de los afectados y se le dé vista a la Comisión Agraria Mixta para que de oficio conozca de la inconformidad presentada.

La Comisión Agraria Mixta dispondrá que se practique una investigación sobre el terreno, estudiará la documentación relacionada con la posesión y el fraccionamiento y oír a las partes interesadas, el Artículo 398 establece que la Comisión Agraria Mixta realizará todas las diligencias a que se refiere el Artículo 397 de la Ley Federal de Reforma Agraria en un plazo de 90 días, transcurrido el cual emitirá su Resolución en un plazo improrrogable de 15

días y lo comunicará a las partes y a la Secretaría de la Reforma Agraria.

Es necesario que al igual que en el procedimiento de Nulidad de Fraccionamientos de Bienes Comunales la Comisión Agraria Mixta dé un término para rendir pruebas y formular alegatos, ya que según el Artículo 398 de la Ley de la materia se establece que el órgano colegiado realizará todas las diligencias que sean necesarias en un plazo de 90 días, pero con el objeto de que exista equidad y dado que estamos tratando un procedimiento con campesinos, éstos quedan en estado de indefensión al no otorgarse un plazo para pruebas y alegatos y no establecerse en la Ley precisamente por desconocimiento de los mismos dejen todo en manos de la Comisión Agraria Mixta y debemos recordar que en estos casos no opera la suplencia de la queja sino que la Comisión Agraria Mixta actúa como un tribunal de alzada para dictar una resolución.

b.3 Nulidad de Fraccionamientos de Propiedades Afectables.

Esta es una de las sanciones más interesantes que se aplica en la Ley Federal de Reforma Agraria, ya que ac -

tualmente las propiedades dejaron de ser grandes latifundios en extensión, a nombre de una sola persona y con el propósito de evadir la aplicación de las Leyes Agrarias - fraccionan las grandes propiedades, registrándolas a nombre de diversas personas, las cuales se ha comprobado que muchas de las veces son prestanombres y aunque son familiares del propietario original, no explotan en forma individual las propiedades sino que lo simulan y con apariencia de legítima, se explotan los predios que normalmente son de una sola persona, que sumadas todas las superficies rebasan en mucho el límite que les es permitido poseer como pequeña propiedad por la Constitución.

Esta es una de las artimañas más usadas actualmente para eludir la sanción de las Leyes Agrarias por parte de los terratenientes por lo que resulta sumamente difícil poder afectarlo para beneficiar a algún núcleo de población carente de tierras, ya que aún se dá el estigma de las familias de abolengo que desean seguir conservando o acaparando grandes extensiones de tierra, sin quererse sujetar el régimen de derecho que se ha establecido para la pequeña propiedad por el Artículo 27 Constitucional.

Del Procedimiento que se sigue para declarar la nul

dad del fraccionamiento de propiedades afectables hablaremos con amplitud en el siguiente capítulo, quise hacer mención de él porque es el orden con que la Ley Federal de Reforma Agraria los cita.

b.4 Nulidad de Actos y Documentos que contravengan las Leyes Agrarias.

El procedimiento para declarar la nulidad de todos aquellos actos y documentos que contravengan las Leyes Agrarias cuando no están reguladas por esta Ley en forma especial se sujetarán a las disposiciones contenidas en los Artículos 406 al 412 de la Ley Federal de Reforma Agraria.

Para dar inicio a este Procedimiento es necesario que exista un interés jurídico de algún ejidatario o del núcleo de población.

Sólo en el caso de solicitar que quede sin efectos alguna Asamblea deberán solicitarlo el Comisariado Ejidal o el Consejo de Vigilancia. En cada caso deberán ser sus tres integrantes o el 25% de los ejidatarios beneficiados, no de los que se reúnan en la Asamblea porque muchas

veces apenas si se ajusta el Quorum Legal es decir el 50% más 1 de los integrantes del ejido, por lo que deberá ser el 25% del total de los ejidatarios beneficiados por Resolución Presidencial.

Algunos casos en lo particular que se presentan son los Contratos de Aparcería de Parcelas o de usos de agostadero que en los casos en que se encuentran autorizados por la Ley no se formalizan de acuerdo a lo establecido por la misma, lo que da hincapié a dar inicio al procedimiento, de la siguiente manera:

Se iniciará de oficio o a petición de parte interesada ante la Comisión Agraria Mixta la que notificará a la contraparte por oficio en un plazo de diez días el Acuerdo de Iniciación del Procedimiento.

Pueden solicitar la nulidad únicamente las personas o los núcleos de población que tengan derecho o interés para hacerlo por el perjuicio que pueda causar el acto o documento que impugnan.

La Nulidad de las Asambleas solamente podrá ser promovida por el Comisariado Ejidal ó el Consejo de Vigilan-

cia o por el 25% de los ejidatarios o comuneros.

La Comisión Agraria Mixta ordenará una investigación exhaustiva en relación con los actos o documentos impugnados y otorgará un plazo de 30 días a partir de la notificación para que las partes aporten las pruebas conducentes.

Las Comisiones Agrarias Mixtas teniendo en cuenta la situación económica y la preparación cultural de los promoventes y testigos y la lejanía de los núcleos donde sea necesario practicar diligencias, facilitará la obtención y presentación de pruebas, enviando a un Representante - que las practique bajo su responsabilidad o encomendando a peritos o a Autoridades Municipales o Federales residentes en el mismo, la práctica de las diligencias necesarias para mejor proveer.

Transcurrido el término probatorio se hará saber mediante oficio a los interesados que disponen de 15 días hábiles a partir de la notificación para alegar lo que a sus derechos convenga.

Dentro de los diez días siguientes a aquel en que -

concluya el periodo de alegatos, la Comisión Agraria Mixta resolverá sobre la procedencia de la nulidad. Estas Resoluciones no serán recurribles.

Cuando se trate de Asambleas Ejidales o Comunales o de Actos o Documentos relacionados con las mismas, si la Comisión Agraria Mixta resuelve la Nulidad, el Delegado Agrario citará a nueva Asamblea General dentro de los quin ce días siguientes, señalando específicamente que el objeto de la misma es reparar o reponer el acto anulado.

En los demás casos, la Comisión Agraria Mixta dictará las órdenes necesarias para dejar sin efecto el acto o sin valor el documento de que se trate.

b.5 Nulidad de Contratos y Concesiones.

Para darse la Nulidad de los Contratos y Concesiones que establece la Ley Federal de Reforma Agraria de los Artículos 413 al 417 es necesario que la acción que se pre tende anular se encuentre dentro de lo previsto por la Fracción XVIII del Artículo 27 Constitucional que establece: "... Se declaran revisables todos los Contratos y Con cesiones hechos por los Gobiernos anteriores, desde el año

de 1876, que hayan traído por consecuencia el acaparamien-
to de tierras, aguas y riquezas naturales de la Nación, -
por una sola persona o sociedad y se faculta al Ejecutivo
de la Unión para declararlos nulos cuando impliquen per-
juicios graves para el interés público..."

En este caso deberán darse dos Premisas importantes
para iniciar el procedimiento de nulidad, que exista un -
acaparamiento y que se afecte el interés público, no dán-
dose ninguna de estas circunstancias aunque los contratos
y concesiones se hayan dado en 1876, serán válidos.

El procedimiento que establece la Ley Federal de Re-
forma Agraria en los casos en que se haya violado la dis-
posición contenida en la Fracción XVIII del Artículo 27 -
Constitucional es el siguiente:

Por acuerdo del Presidente de la República la Secre-
taría de la Reforma Agraria iniciará expediente para la
nulificación de los contratos y concesiones a que se re-
fiere la Fracción XVIII del párrafo séptimo del artículo
27 Constitucional.

El Acuerdo Presidencial especificará el contrato o -

concesión de que se trate y con base en esa especificación la Secretaría iniciará el procedimiento.

Con las investigaciones que se realicen se citará a los terceros poseedores de propiedades dentro del área afectada para que en un plazo de 90 días se presenten a alegar lo que a su derecho convenga.

Desde que se inicia el procedimiento hasta que la Secretaría de la Reforma Agraria declare cerrado el expediente las partes interesadas podrán presentar las clases de pruebas y alegatos que a sus intereses convenga.

Concluido el expediente el Cuerpo Consultivo Agrario formulará un Proyecto de Declaratoria de Nulidad que se someterá a la consideración del Presidente de la República.

La Declaratoria Presidencial de Nulidad contendrá:

1. El fundamento jurídico y las declaratorias de que el acaparamiento de que se trate implica perjuicios grandes para el interés público.

2. Declaratoria de que pasan las tierras reivindicadas

das a las reservas de terrenos nacionales para fines agrarios.

La Declaratoria de Nulidad se publicará en el Diario Oficial de la Federación y se inscribirá en el Registro Agrario Nacional y en el o los Registros de Propiedad de la Entidad Federativa en donde estén ubicadas las tierras de que se trate.

b.6 Nulidad y Cancelación de los Certificados de Inafectabilidad.

La Ley Federal de Reforma Agraria al establecer el procedimiento de Nulidad de los Certificados de Inafectabilidad, lo sujeta al mismo que se establece para cancelación de los Certificados de Inafectabilidad, pero son causas distintas, así pues la acción procesal se establece en el Artículo 419, más sin embargo la Ley prevee la nulidad y cancelación de los Certificados de Inafectabilidad en los Artículos 418 y 419, estableciéndose de la siguiente manera:

1. Cuando el titular de un Certificado de Inafectabi

lidad agrícola, ganadera o agropecuaria adquiera extensiones que sumadas a las que ampara el Certificado rebasen la superficie señalada como máximo inafectable.

II. Cuando el predio no se explote durante dos años consecutivos salvo que medie causas de fuerza mayor.

III. Tratándose de Inafectabilidad Ganadera o Agropecuaria dedique la propiedad a un fin distinto del señalado en el Certificado.

IV. En los demás casos que esta Ley señale.

La Secretaría de la Reforma Agraria cuando tome conocimiento de alguna o algunas de las causas señaladas anteriormente, iniciará el procedimiento de cancelación, notificando a los titulares de los Certificados de inafectabilidad que quedan sujetos al procedimiento. Dentro de los 30 días que siguen a la Notificación deberán rendir los propietarios las pruebas y expondrán lo que a su derecho convenga.

Satisfecho lo anterior, se dictará la Resolución correspondiente. Si se manda cancelar el Certificado, debe-

rá notificarse al Registro Agrario Nacional para que se -
tilde la inscripción del título cancelado.

Igual procedimiento se seguirá en los casos de Nulidad.

Los casos de Nulidad de un Certificado de Inafectabilidad únicamente se dan cuando un predio se encuentre dentro de los supuestos establecidos por el Artículo 210 de la Ley Federal de Reforma Agraria, por lo que comprobadas las causales establecidas por el Artículo anterior, se declara la Nulidad de la Legalidad con que se pretende amparar el predio y como consecuencia de esto si el predio -
contaba con Certificado de Inafectabilidad, se inicia el procedimiento para declarar la Nulidad de este último sujetándose al procedimiento descrito.

C A P I T U L O Q U I N T O

EL PROCEDIMIENTO DE NULIDAD DE FRACCIONAMIENTOS DE PROPIEDADES AFECTABLES.

a) GENERALIDADES

b) DESCRIPCION DEL PROCEDIMIENTO DE NULIDAD DE FRACCIONAMIENTOS DE PROPIEDADES AFECTABLES.
ESTABLECIDO EN LA LEY FEDERAL DE REFORMA AGRARIA

CAPITULO QUINTO

EL PROCEDIMIENTO DE NULIDAD DE FRACCIONAMIENTOS DE PROPIEDADES AFECTABLES.

a) GENERALIDADES

El Artículo 27 Constitucional y la reglamentación agraria, han tendido siempre a la protección de los intereses colectivos, para tutelar los derechos de la clase más desprotegida que es la gente del campo, en la desigualdad social que afronta ante los terratenientes que cuentan con los recursos económicos para tratar de evadir la acción agraria la cual se eleva perene para impartir justicia a la gente del campo, es necesario pensar en una adecuación de la justicia agraria de acuerdo a los tiempos que se viven para acabar de una vez por todas con los grandes latifundios simulados y fincar la afectación como una sanción agraria a aquellos propietarios que con engaños y escudándose en la buena fe del Gobierno Federal a base de artimañas han evadido la aplicación de la Ley Federal de Reforma Agraria, es necesario limitar normativamente la conducta externa de los hombres que viven en la sociedad del medio rural.

Los latifundios que existen hoy en día no son como en el pasado grandes extensiones de tierra que se podían alardear, sino que ahora los terratenientes sabedores que al poseer más de 100 hectáreas de riego o su equivalente en otro tipo de tierra se pondrían al margen de la ley y sufrirían la afectación de los excedentes, por lo que simulan sus propiedades realizando actos aparentes, en la división de los grandes predios, pero éstos los ponen a nombre de prestanombres o testaferros y siguen los propietarios originales aprovechando las grandes extensiones, en la agricultura, la ganadería y lo forestal.

Para terminar con estas artimañas la Ley Federal de Reforma Agraria a partir de su promulgación en marzo de 1971, instituyó un procedimiento para declarar la nulidad de los fraccionamientos, que se hicieran con apariencia de legítimos, ya que el Código del año de 1942, establecía la nulidad de aquéllos fraccionamientos de propiedad afectables que se hubieren hecho con apariencia de legítimos, pero no estableció un procedimiento para declarar la misma, resultando violaciones a los Artículos 14 y 16 Constitucionales y teniendo con esto la Secretaría de la Reforma Agraria serios problemas al llevar a cabo las afectaciones por esta causa.

Afortunadamente la Ley Federal de Reforma Agraria ya contempla un procedimiento para declarar la nulidad de fraccionamientos de propiedades afectables, que es el aplicable actualmente.

b) DESCRIPCION DEL PROCEDIMIENTO DE NULIDAD DE FRACCIONAMIENTOS DE PROPIEDADES AFECTABLES, ESTABLECIDO EN LA LEY FEDERAL DE REFORMA AGRARIA.

La Ley Federal de Reforma Agraria con el objeto de acabar con los latifundios aparte de establecer las causas de afectación por exceder los límites de la pequeña propiedad, por el abandono de la tierra por más de dos años sin causa justificada, y además de otras afectaciones configura la afectación de aquéllos predios que los propietarios tienen en acaparamiento, simulando grandes extensiones por lo que se estableció el procedimiento de nulidad de fraccionamientos de propiedades afectables, los cuales de conformidad con el Artículo 210 de la Ley Federal de Reforma Agraria incurrirán, en los siguientes casos:

"... Artículo 210. La división y el fraccionamiento, así como la transmisión íntegra por cualquier título de predios afectables, se sujetarán por cuanto toca a la mate

ría agraria, a las reglas siguientes:

FRAC. I. No producirán efectos los realizados con posterioridad a la fecha de la publicación de la solicitud de restitución, ampliación, dotación, ni de las relativas a nuevos centros de población en las que se señalen los predios afectables, o de la publicación del acuerdo que inicie el procedimiento de oficio, ni los que se realicen con posterioridad a la notificación a que se refiere el artículo 332.

Los propietarios de los predios señalados como afectables en las solicitudes de creación de nuevos centros de población ejidal, podrán ocurrir ante la Secretaría de la Reforma Agraria dentro de un plazo de diez días, contados a partir de la fecha en que sean notificados, a exhibir sus títulos de inafectabilidad o bien rendir las pruebas que a juicio de esta autoridad sean bastantes para desvirtuar la afectabilidad atribuida a esos predios, en cuyo caso se mandará tildar la inscripción de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 329.

FRAC. III. Se presume que hay simulación y en consecuencia el fraccionamiento no surtirá efectos en materia -

agraria, en los siguientes casos:

a) Cuando no haya deslinde o señalamiento efectivo sobre el terreno, o cuando las señales divisorias se hayan colocado después de la fecha de publicación de la solicitud de tierras.

b) Cuando haya una concentración del provecho o acumulación de beneficios provenientes de la explotación de diversas fracciones, en favor de una sola persona.

c) Cuando se realice el fraccionamiento de una propiedad afectable, sin la autorización correspondiente de la Secretaría de la Reforma Agraria; y

d) Cuando se fraccione una propiedad afectable en venta con reserva de dominio.

También se considerará simulado el fraccionamiento cuando el usufructo de dos o más fracciones se reserve para el primitivo propietario o para alguno de los adquirentes..."

Mención especial merece la Fracción III del Artículo

210 de la Ley Federal de Reforma Agraria, ya que establece con precisión cuales son las presunciones para probar la simulación de propiedades afectables.

Para probar las presunciones, se realizan trabajos de campo como es la Inspección Ocular, debiéndose levantar una Acta con la participación de los propietarios y de los grupos solicitantes en donde se asiente el nombre del propietario, el nombre del predio, la superficie de la propiedad, la calidad de las tierras, el tipo de explotación a que está sujeto el predio, si es agrícola deberá contener el tipo de cultivo, deberá de asentarse quien viene trabajando el predio y si el predio o los predios investigados tienen administrador o mayordomo y si éste se encarga de la atención de uno solo o de varios predios, las instalaciones con que cuenta el predio o los predios, como son casas, almacenes, silos, graneros, cobertizos, pozos profundos, papalotes, canales de riego, canales derivadores, bordos, represas, estanques, lagunas y se verificará si el predio o los predios investigados cuentan con señalamientos efectivos en los linderos de tal manera que se puedan identificar en cualquier momento o bien si es una sola unidad topográfica sin señalamientos o linderos perimetrales, que pueden ser mojoneras de piedra, de cal y canto, cerca-

dos de alambre, cercados de piedra, magueyeras, árboles, ríos, brechas o carreteras, caminos, también se verificará que tipo de maquinaria se maneja como son tractores, trilladoras, sembradoras, camiones, camionetas y propiedad de quien son, para con éstos elementos ir encontrando los indicios de simulación de las propiedades afectables.

Por lo que hace a los predios ganaderos, deberán además de asentarse lo anterior, poner el número de cabezas de ganado y citar el coeficiente de agostadero, si cuenta el predio o los predios investigados con baños garrapaticidas, básculas, potreros para rotación de pastos, así como verificar el fierro de herrar del ganado que se encuentra en los predios con el objeto de comprobar propiedad de quien es.

Como es de verse, cuando se prueban las presunciones se tipifica la simulación de los predios sujetos a investigación con los elementos anteriormente descritos la Secretaría de la Reforma Agraria encuadra las presunciones de la simulación de propiedades afectables porque normalmente la mayoría es de un sólo propietario, la infraestructura se encuentra en uno sólo de los predios y a veces el ganado de un propietario agosta indistintamente en los diver-

Los predios que se investigan, porque éstos aunque se encuentran registrados y con documentación a favor de varias personas uno sólo es quien explota los predios y con esta diligencia es fundamental para encontrar los indicios de la simulación, ya que se dá la acumulación de beneficios o concentración de provechos a favor de una sola persona.

Otras pruebas son los pagos de derechos de usos de agua que los hace una sola persona a nombre de varias, los contratos de crédito de avío y refaccionarios que igualmente los hace una sola persona, la tramitación de permisos de Hacienda, los nexos familiares, las unidades topográficas de diversos predios por no haber señalamientos efectivos entre cada predio y el administrador o mayordomo que es uno solo para todos los predios y pagado por solo uno de los propietarios también se verifica quienes efectúan operaciones de campo y administrativas por parte de los propietarios para en su caso configurar la simulación.

Estas son las causas más frecuentes y los elementos con los que se prueba la simulación de un fraccionamiento de propiedades afectables, por lo que un fraccionamiento deberá declararse nulo, comprobados los anteriores hechos, la Secretaría de la Reforma Agraria instaurará el procedi-

miento para llevar a cabo la declaración de la nulidad del fraccionamiento y como consecuencia de esto fincar la afectación correspondiente para otorgárselo a los núcleos agrarios carentes de tierra. Con el objeto de evitar artemañas de parte de los propietarios, la ley establece las presunciones como base para probar la simulación, en el caso de los fraccionamientos de grandes predios con apariencia de legítimos para dar inicio a una investigación exhaustiva en torno a los predios que puedan ser susceptibles de afectación por esta causa.

El procedimiento se puede iniciar oficiosamente por parte de la Secretaría, a solicitud del Ministerio Público Federal, de la Comisión Agraria Mixta o de los campesinos interesados (Art. 399).

La solicitud o el acuerdo que inicia el procedimiento, deberá publicarse en el Periódico Oficial de la Entidad donde se encuentran ubicadas las propiedades, además, la Secretaría notificará la iniciación del procedimiento a los propietarios que incurrieron en la sanción, por medio de un oficio que se dirija a las fincas (Art. 400).

La solicitud que va a dar motivo al inicio del proce

dimiento de nulidad deberá acompañarse con los documentos y testimonios en que se funda y haga presumir la violación (Art. 401).

La Secretaría de la Reforma Agraria al recibir la solicitud deberá practicar las investigaciones y diligencias necesarias para comprobar los hechos en que se funda la pretensión de nulidad del fraccionamiento (Art. 402).

Los propietarios y demás afectados podrán ocurrir por escrito ante la Secretaría dentro de los 30 días siguientes a la publicación de la solicitud, exponiendo lo que a su derecho convenga y reuniendo las pruebas y alegatos pertinentes (Art. 403), además con el objeto de que no exista desconocimiento por parte de los afectados, la Secretaría notifica personalmente a los particulares dueños de los predios, la instauración del procedimiento y les da el término legal establecido en este Artículo para que ofrezcan pruebas y alegatos dando cumplimiento a las garantías constitucionales de notificación.

Transcurrido el plazo del ofrecimiento de pruebas y alegatos, la Secretaría deberá formular un dictamen que no excederá de los 30 días y lo someterá a la Resolución

del Presidente de la República.

La Resolución Presidencial se publicará en el Diario Oficial de la Federación y en el Periódico Oficial de la Entidad donde se encuentran los predios (Art. 404).

Declarada la nulidad de un fraccionamiento, la Resolución Presidencial traerá como consecuencia la nulidad de todos los actos derivados del mismo en cumplimiento de la Resolución se procederá a cancelar las inscripciones de los actos jurídicos declarados nulos, tanto en el Registro Público de la Propiedad como en el Registro Agrario Nacional.

Los predios de que se ocupa la Resolución serán afectables para satisfacer las necesidades del núcleo agrario (Art. 405).

Por lo que hace a la reglamentación de la materia agraria en cuanto al procedimiento seguido para dictar la nulidad de los fraccionamientos simulados de propiedades afectables es necesario llevar a cabo una reducción de instancias para que por economía procesal sea más ágil y expedita la acción agraria de afectación en aquellos ca -

sos en donde los propietarios sean señalados como simuladores de sus propiedades, esto con la finalidad de que los campesinos a corto plazo logren ver la afectación de los latifundios que aún existen en nuestro país y sean beneficiados, el objetivo que he perseguido al desarrollar este tema es con el fin de hacer algunas proposiciones para modificar en parte el procedimiento que se sigue para la afectación de los fraccionamientos simulados, con lo que se trató en un principio de hacer un análisis de la simulación, la nulidad y las presunciones, esta última, como una de las pruebas para probar la simulación y dado esto último culminar con la nulidad de las propiedades afectables y satisfacer las necesidades agrarias de los campesinos.

En seguida hablaremos de lo que es el procedimiento establecido en la Ley de la materia, ampliando cada paso y que se da en la práctica.

Normalmente la investigación de las propiedades que se encuentran simuladas por sus propietarios, se encuentran aparejadas a una solicitud de tierras por algún núcleo de campesinos carentes de las mismas, ya sean Dotaciones, Ampliaciones o Creaciones de Nuevos Centros de Po

blación Ejidal, si en la integración de estos expedientes, algunas veces en la Primera Instancia (ante la Comisión Agraria Mixta) o en la Segunda Instancia (Cuerpo Consultivo Agrario) se realizan Trabajos Técnicos Informativos o Informativos Complementarios, se descubre que algún o algunos de los propietarios se encuentran al margen de la ley, simulando ser propietarios que no rebasan los límites señalados para la pequeña propiedad, pero en realidad lo que están haciendo es simulando grandes extensiones y como en los Trabajos Técnicos Informativos la finalidad es ver la extensión de las superficies, la calidad de las tierras, los tipos de explotación, es donde se empiezan a encontrar los primeros elementos para iniciar el procedimiento establecido por el Artículo 399 de la Ley Agraria.

Con el objeto de demostrar que las propiedades investigadas están simulando tanto la explotación legal como la propiedad, la Secretaría de la Reforma Agraria por conducto de la Dirección General de Procuración Social Agraria y a través de la Dirección de Investigación Agraria envía técnicos de campo especializados en la Investigación de Fraccionamientos Simulados a realizar Inspecciones Oculares en los predios en donde se presume existe un Fraccionamiento Simulado y en donde previa Notificación que se hace

a los propietarios y antes del desahogo de pruebas, estos como interesados junto con los representantes del núcleo peticionario y la Autoridad del lugar acompañan en un recorrido amplio a los técnicos de campo, para que en estas inspecciones Oculares participen declarando con amplitud lo que a los intereses de una y otra parte convenga.

Si existiera un Expediente de Tierras en trámite como normalmente lo existe pendiente de dictamen se suspende la actividad procesal del mismo a través de un Punto de Acuerdo que dicta el Cuerpo Consultivo Agrario, hasta en tanto no se elabore el Dictamen correspondiente por la Dirección encargada del desahogo del Procedimiento de Nulidad de Fraccionamientos Simulados y entonces con esta Opinión el Cuerpo Consultivo Agrario, procede a resolver el Expediente de Tierras.

Estos mismos comisionados después de realizar la Inspección Ocular que es una de las pruebas fundamentales para comprobar la simulación recabará toda la documentación que a su juicio sea necesaria para que con base en todos estos elementos pueda la Dirección correspondiente hacer un análisis.

Que contenga una revisión técnica y jurídica de los trabajos de campo, así como de la documentación recabada que pueden ser datos del Registro Público de la Propiedad, constancias de la Autoridad Municipal del lugar que contendrá la explotación de los predios, ya sea agrícola, ganadera o agropecuaria, deberá comprobarse como se encuentran sus linderos y que tipos de señalamientos físicos existen en cada uno de los predios, se verificará si cuentan con un encargado o administrador o mayordomo, el tipo de instalaciones con que cuenta cada uno de los predios, la maquinaria que se utiliza en cada uno para la explotación de los mismos, en las Inspecciones Oculares también podrán participar las organizaciones campesinas que asesoren a los grupos agrarios y los representantes legales de los particulares, así como las organizaciones agrícolas o ganaderas a las cuales estén afiliadas ya que es una diligencia pública, en estas Inspecciones Oculares se comprobará si los predios sujetos a investigación forman unidad topográfica o tienen señalamientos efectivos en sus linderos, se verá quienes efectúan operaciones de campo y administrativo por parte de los propietarios para en su caso configurar la simulación.

Los propietarios y ejidatarios que participen en las

diligencias deberán firmar el acta de Inspección Ocular y aportar todas las pruebas que consideren necesarias.

Hecha la revisión técnica y legal de todas las diligencias, la Dirección General de Procuración Social Agraria por conducto de la Dirección de Investigación Agraria elabora un Dictamen Jurídico sobre el resultado de las actuaciones de la Secretaría de la Reforma Agraria y el desahogo de las pruebas y alegatos ofrecidas por los particulares y donde se fundará que demostradas las presunciones de la simulación de un fraccionamiento de propiedades afectables es procedente declarar la nulidad del mismo o en su caso declarar la validez del fraccionamiento, considerando que se hayan observado las formalidades esenciales que para este procedimiento estipula la Ley de la materia y que no haya habido violación a los Artículos 14 y 16 establecidos en nuestra Carta Magna.

La mayoría de las veces el procedimiento de investigación de propiedades afectables de ser una acción principal se convierte en accesoria, ya que pocas de las veces casi no se dá, culminan con una Resolución Presidencial - que declare nulo un fraccionamiento simulado sino que elaborado el Dictamen de la Dirección General de Procuración

Social Agraria a través de la Dirección de Investigación Agraria, este se turna junto con todas las diligencias al Cuerpo Consultivo Agrario, para que al resolver el expediente de tierras que se encuentra pendiente y que haya señalado los predios se resuelva conjuntamente de igual manera cuando los predios sujetos a investigación por simulación cuenten con Certificado de Inafectabilidad Agrícola, Ganadera o Agropecuaria, la Dirección General de la Tenencia de la Tierra por conducto de la Dirección de Inafectabilidad Agrícola, Ganadera o Agropecuaria, iniciará el procedimiento tendiente a dejar sin efectos los Certificados de Inafectabilidad y los Acuerdos que dieron origen a éstos, instaurándose un procedimiento que notificará a las partes y se otorgará un periodo de ofrecimiento de pruebas para que al término de éste la Dirección que hemos hecho mención en este párrafo decreta la cancelación de los Certificados y la nulidad de los Acuerdos que dieron motivo a este hecho, apoyado en el Dictamen de la Dirección de Investigación Agraria que dictaminó la nulidad de fraccionamientos de propiedades afectables por actos de simulación toda la documentación se turnará al Cuerpo Consultivo Agrario el cual realiza una exhaustiva revisión de los procedimientos mencionados, los cuales si se encuentran ajustados a derecho los resuelva a través de un Dictamen o en su ca-

so ordene diligencias para allegarse los elementos necesarios y se notifiquen los Dictámenes emitidos por la Dirección General de Procuración Social Agraria y Dirección de Inafectabilidad Agrícola, Ganadera y Agropecuaria.

El Dictamen que se elabore y que resuelve la Acción de Tierras, hace mención a los procedimientos que se desahogan y se fincan las afectaciones de los predios de los cuales se haya comprobado la simulación, este Dictamen se eleva a la categoría de Resolución Presidencial.

Como podemos ver y como en la práctica se da no se cumple con lo ordenado por el Artículo 404 de la Ley de la materia que a la letra dice:

"... Artículo 404. Transcurrido el plazo a que se refiere el Artículo anterior, la Secretaría formulará su Dictamen en un término que no excederá de 30 días y lo someterá a la Resolución del Presidente de la República. La Resolución Presidencial se publicará en el Diario Oficial de la Federación y en el Periódico Oficial de la Entidad donde se encuentren ubicados los predios..."

Propongo que para dar formal cumplimiento a lo estable

cido por el Artículo citado en lugar de esperar a dictar una Resolución Presidencial que declare la nulidad de un fraccionamiento simulado sea el Secretario de la Reforma Agraria con las facultades que le confiere el Artículo 27 Constitucional y el Artículo 10 de la Ley Federal de Reforma Agraria quien dicte la Resolución inmediatamente después de elaborado el Dictamen por la Dirección General de Procuración Social Agraria en donde se declare la nulidad de un fraccionamiento de propiedades afectables por actos de simulación y así el Cuerpo Consultivo Agrario inmediatamente dictamine el expediente de tierras sin ulterior trámite, considerando el análisis del procedimiento de nulidad de propiedades afectables desahogado ante la Dirección competente, ya que con la Declaratoria que dicte el Señor Secretario no se están afectando las tierras que es facultad exclusiva del Presidente de la República sino que únicamente se dicta y resuelve sobre la Declaratoria de la Nulidad de un Fraccionamiento por Actos de Simulación.

Dado lo anterior, de igual manera deberá modificarse el Artículo 405 de la Ley Federal de Reforma Agraria que establece:

"... Artículo 405. Si se declara la nulidad de un -

fraccionamiento, la Resolución Presidencial tendrá como consecuencia la nulidad de todos los actos derivados del mismo. En cumplimiento de la Resolución decretada se procederá a cancelar las inscripciones de los actos jurídicos declarados nulos, tanto en el Registro Público de la Propiedad, como en el Registro Agrario Nacional.

Los predios de que se ocupe la Resolución serán afectables para satisfacer las necesidades de núcleos agrarios ..."

Como consecuencia de la modificación que se realice el Artículo 404 como se presupone que ya se va a dictar la declaratoria de nulidad de un fraccionamiento de propiedades afectables por actos de simulación por parte del Secretario de la Reforma Agraria y dado que la finalidad que se persigue es buscar la afectación de predios para entregarlos a los núcleos agrarios será hasta cuando se dicte la Resolución Presidencial de afectación de tierras cuando se hagan las inscripciones correspondientes tanto en el Registro Público de la propiedad como en el Registro Agrario Nacional en donde se señalará que la afectación de las propiedades fue por actos de simulación.

Normalmente este Artículo se aplica después de que es dictada la Resolución Presidencial que declare la nulidad y afecta a los predios para entregarlos a los núcleos agrarios, pero si se dicta una Resolución por parte del Señor Secretario de la Reforma Agraria, después de que la Dirección General de Procuración Social Agraria haya emitido el Dictamen que el Señor Secretario sancione, deberán hacerse las inscripciones correspondientes tanto en el Registro Público de la Propiedad como en el Registro Agrario Nacional y no esperar hasta que se dicte la Resolución de Tierras - que es uno de los problemas más frecuentes en la Secretaría y que ante lo tardado del procedimiento hace que los campesinos en su desesperación invadan las propiedades sujetas a investigación.

Al darle un verdadero sentido de Juicio Sumario al Procedimiento de Nulidad de Propiedades afectables por Actos de Simulación, se tendría más tranquilidad por parte de la gente del campo que son los campesinos que carecen de un pedazo de tierra para su sustento quienes a veces en su desesperación por la tardanza en que incurre la Secretaría de la Reforma Agraria, invade las propiedades que se estudian como manera de presión, lo que genera zozobra e intranquilidad de los auténticos propietarios poseedores -

de superficies que no rebasan los límites de la Ley y con lo cual se deja de producir en el aspecto agrícola y ganadero al no poder hacer inversiones por la inseguridad que existe en la tenencia de la tierra.

C A P I T U L O S E X T O

**OPINION SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE NULIDAD DE FRACCIONA
MIENTO DE PROPIEDADES AFECTABLES Y PROPOSICIONES PARA
LA REFORMA DE LOS ARTICULOS 404 Y 405 DE LA LEY FEDE -
RAL DE REFORMA AGRARIA.**

C A P I T U L O S E X T O

OPINION SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE NULIDAD DE FRACCIONAMIENTO DE PROPIEDADES AFECTABLES Y PROPOSICIONES PARA LA REFORMA DE LOS ARTICULOS 404 Y 405 DE LA LEY FEDERAL DE REFORMA AGRARIA.

La Reforma Agraria a pugnado siempre por el reparto de tierras, primero a los naturales de nuestro país para reconocerles las extensiones que les fueron despojadas y luego a los campesinos carentes de tierras.

Hemos visto que en el campo se da una lucha desigual del más fuerte sobre el más débil, situación que ha motivado que una serie de personajes con pasión pugnen por regular la desigualdad e injusticia que priva en el campo - la legislación agraria busca el equilibrio entre los poderosos (caciques y terratenientes) y la gente del campo que es la más de nuestra población, gente que a través de luchas históricas y patriotas ha entregado su vida por la libertad del país, dándose un gran derramamiento de sangre en estas luchas, sin que los campesinos logren ver fructificado su anhelo de tener un pedazo de tierra.

El espíritu del Constituyente del 17 fue desde la promulgación del Artículo 27 Constitucional, desaparecer los latifundios y grandes extensiones de tierras que se encuentran en manos de unos cuantos, para que sean las gentes del campo quienes tengan derecho a disfrutar un pedazo de tierra de su Patria, de su Nación, por eso el enmarañado manejo burocrático que se encarga de la aplicación de la Justicia Agraria, es la que hace tardada y obsoleta la Legislación Agraria, hemos visto que daña más a un campesino la Resolución de un Expediente de Tierras por el tiempo que se tarda, que si se resolviera en forma negativa pero pronto.

Al analizar el Procedimiento de Nulidad de Fraccionamientos de Propiedades Afectables, vemos que es un procedimiento muy tardado, que aunado al trámite que se lleva en el desahogo de un Expediente de Tierras son muchos años los que pasan, por lo que propongo que sea un verdadero Juicio Sumario y no un procedimiento aquiloso que por el tiempo que transcurre en resolverse se vuelve anacrónico y perjudicial para los campesinos y para los pequeños propietarios, dando inseguridad en la tenencia de la tierra.

Propongo la reforma del Artículo 404 de la Ley Federal de Reforma Agraria, debiendo quedar de la siguiente manera:

"ARTICULO 404.- Transcurridos los plazos a que se refieren los Artículos anteriores y desahogadas las diligencias establecidas, el Secretario de la Reforma Agraria emitirá una Resolución en un término que no excederá de 30 días en donde se declare la Nulidad de los Fraccionamientos de Propiedades afectables por Actos de Simulación.

La Resolución deberá turnarse al Cuerpo Consultivo Agrario para que resuelva el Expediente o Expedientes de Tierras que hayan señalado los predios investigados como afectables."

De igual manera propongo que al darse la reforma anterior se modifique el Artículo 405 el cual deberá quedar de la siguiente manera:

"ARTICULO 405.- Dictada la Resolución Presidencial de Afectación de Tierras con motivo de la nulidad de todos los actos derivados del mismo deberá inscribirse en -

el Registro Público de la Propiedad y en el Registro Agrario Nacional cancelando las inscripciones de los Actos Jurídicos declarados nulos."

Con estas modificaciones pretendemos que en efecto cuando menos este procedimiento agrario se convierta en un proceso ágil para la tranquilidad de la gente del campo.

B I B L I O G R A F I A

1. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
2. LEY FEDERAL DE REFORMA AGRARIA.- Editorial Porrúa, -- S.A. México, 1989.
3. BECERRA BAUTISTA JOSE.- El Proceso Civil de México.- 4a. Edición.- Editorial Porrúa.- México 1974.
4. CAMARA HECTOR.- Simulación en los Actos Jurídicos.- Editorial Roque de Palma.- 2a. Edición 1958.- Buenos Aires Argentina.
5. COLIN SANCHEZ GUILLERMO.- Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.- 2a. Edición.- 1970.
6. COVIELLO NICOLAS.- Doctrina General del Derecho Civil. Editorial UTHEA.- Traducción de la 4a. Edición.- Italiana 1949.- México.
7. CHAVEZ P. DE VELAZQUEZ MARTHA.- El Proceso Social Agrario y sus Procedimientos.- Editorial Porrúa.- México - 1971.
8. FERRARA FRANCISCO.- La simulación de los Negocios Jurídicos.- Traducción de Rafael Atrad y Juan A. de la Puente.- Madrid 1916.
9. FLORIAN EUGENIO.- De las Pruebas Penales.- Tomo I. -- Editorial Themis 1968.

10. **GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO.**- Derecho de las Obligaciones.- Editorial Cajica.- 3a. Edición 1968.- Puebla, México.
11. **MASEAUD HERRI, LEON Y JEAN.**- Lecciones de Derecho Civil.- Editorial Ejea.- Traducción de la Primera Edición 1960.- Buenos Aires, Argentina.- Segunda Parte - Tomo III.
12. **MARTY G.**- Derecho Civil.- Obligaciones.- Editorial Cajica 1952. Puebla, México.- Tomo I.
13. **MENDIETA Y NUNEZ LUCIO.**- El Sistema Agrario Constitucional 4a. Edición.- Editorial Porrúa.- México 1975.
14. **PALLARES EDUARDO.**- Derecho Procesal Civil.- 5a. Edición.- Editorial Porrúa.- Mexico 1975.
15. **PALLARES EDUARDO.**- Diccionario de Derecho Procesal.- 7a. Edición.- Editorial Porrúa.- México 1973.
16. **RIVERA SILVA MANUEL.**- El Procedimiento Penal.- 7a. Edición.- Editorial Porrúa.- México 1975.
17. **ROJINA VILLEGAS RAFAEL.**- Compendio de Derecho Civil Introducción, Personas y Familias.- Quinta Edición.- México 1970.
18. **ROJINA VILLEGAS RAFAEL.**- Derecho Civil Mexicano.- Tomo V.- Obligaciones.- Volumen I.- Segunda Edición.- México 1960.