



REVISTA

DE

DERECHO PRIVADO

Cuarta Época

año VI • núm. 15 • enero-julio de 2019



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Dr. Pedro Salazar

Secretaria académica

Dra. Issa Luna Pla

Secretario técnico

Lic. Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Revista de Derecho Privado, año VI, núm. 15, enero-julio de 2019, es una publicación semestral editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, alcaldía Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 5622 7474, correo electrónico: cruzabogados@att.net.mx. Editor responsable: Oscar Cruz Barney. Número de reserva de derechos: 04-2016-021710000500-203. ISSN 2448-7902. Número de certificado de licitud de título: 5792. Número de certificado de licitud de contenido: 4471.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa de la publicación.

Cuidado de la edición y formación en computadora: Cristopher Raúl Martínez Santana

Diseño de interiores: Leslie Cuevas Garibay

Apoyo editorial: Gilda Bautista Ravelo

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

DR. JORGE BARRERA GRAF (†)
Fundador

DR. OSCAR CRUZ BARNEY
Director

LIC. RAÚL MÁRQUEZ ROMERO
MTRA. WENDY VANESA ROCHA CACHO
Coordinación editorial

CONSEJO DE HONOR

Dr. Jorge Adame Goddard, Dra. Ingrid Lilian Brena Sesma y Dr. Jorge Mario Magallón Ibarra.

CONSEJO EDITORIAL

Hugo Alejandro Acciarri (UNS, Argentina), Dr. Antonio Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos (†) (UCM, España), Dr. Jorge Adame Goddard (UNAM, México), Dra. Rosa María Álvarez (UNAM, México), Lic. Javier Arce Gargollo (UNAM, México), Lic. Fernando Barrera Zamorategui (UNAM, México), Lic. José de Jesús Barroso Figueroa (UNAM, México), Dr. Rodolfo Cruz Miramontes (†) (UNAM, México), Luciano Benneti Timm (PUCRS, Brasil), Dra. Ingrid Lilian Brena Sesma (UNAM, México), Dr. Miguel Ángel Borja Tovar (UNAM, México), Lic. Carlos Loperena Ruiz (ELD, México), Alfredo Bullard González (PUCP, Perú), Dra. Elva Leonor Cárdenas Miranda (UNAM, México), Dr. Alfonso Jesús Casados Borde (UNAM, México), Lic. Emilio González de Castilla del Valle (ELD, México), Mtro. Fernando Estavillo Castro (UIA, México), Dr. Nader Hakim (U. de Bordeaux, Francia), Fernando Castillo Cadena (PUJ, Colombia), Dr. Andrés Cruz Mejía (UNAM, México), Dr. Juan Javier del Granado (UNAM, México), Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez (UNAM, México), David Enríquez Rosas (ITAM, México), Dra. Elvia Lucía Flores Ávalos (UNAM, México), Dr. Imer Flores Mendoza (UNAM, México), Dr. Flavio Galván Rivera (UNAM, México), Lic. Eduardo García Villegas (UNAM, México), Dr. Francisco González de Cossío (UIA, México), Dra. Nuria González Martín (UNAM, México), Dr. Enrique Guadarrama López (UNAM, México), Dr. Julián Güitrón Fuentevilla (UNAM, México), Félix Huanca Ayaviri (UMSA, Bolivia), Mónica Infante Henríquez (PUCMM, República Dominicana), Dr. Pedro Alfonso Labariega Villanueva (UNAM, México), Lic. Andrés Linares Carranza (UNAM, México), Juan Carlos Marín (ITAM, México), Dr. Fernando Medina González (UNAM, México), Bruno Meyerhof Salama (FGV, Brasil), Dra. Gloria Moreno Navarro (UNAM, México), Enrique Pasquel (PUCP, Perú), Carlos

Patrón (PUCP, Perú), Dra. Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña (UNAM, México), Dr. Othón Pérez Fernández del Castillo (UNAM, México), Lic. Bernardo Pérez Fernández del Castillo (UNAM, México), Francisco Reyes Villamizar (ISU, EUA), Dr. Jorge Eduardo Magallón Ibarra (UNAM, México), Dr. Jorge Antonio Sánchez Cordero Dávila (UNAM, México), Mtro. Guillermo Solórzano Leiro (UNAM, México), Dr. Javier Tapia Ramírez (UNAM, México), Dr. Óscar Vásquez del Mercado (UNAM, México) y Dr. Jorge Alberto Witker Velásquez (UNAM, México).

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Horacio Heredia Vázquez (†) (UNAM, México), Dr. Jaime Olaiz González (UP, México), Dr. Eduardo Montoya López (UNAM, México), Lic. Alfonso Pérez-Cuéllar Martínez (UIA, México), Lic. Miguel Ángel Hernández-Romo Valencia (ELD, México), Lic. Consuelo Visoso Lomelín (ITAM, México), Dra. Carmen Quijano Decanini (UIA, México), Mtro. Fernando Marcín Balsa (UIA, México), Mtra. Carlota Peón Guerrero (UIA, México), Mtra. Maggie Hambleton (UP, México), Lic. Arturo Pueblita Fernández (UIA, México), Dra. Karla Roel de Hoffmann (UP, México), Dra. Laura Velázquez Arroyo (UNAM, México) y Lic. Sofia Gómez Ruano (UP, México).

Asistente: Marion de Regules Rivollier.

Revista de Derecho Privado por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una Licencia *Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Derivados 4.0 Internacional* (CC BY-NC-ND 4.0).

Primera edición: 31 de agosto de 2020

Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISSN 2448-7902

CONTENIDO

Presentación • VII

Doctrina nacional

Tres incapacidades para contraer matrimonio canónico

Juan Pablo Alcocer • 3

La intervención eficaz del Estado, en la restitución internacional de menores

Adolfo Eduardo Cuitláhuac Montoya López • 43

Impromptu: sobre el artículo 60 de la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México. Breves notas

Horacio Heredia Vázquez • 69

Doctrina internacional

Charles Demolombe y la invención jurídica de la naturaleza

Nader Hakim • 89

Estudio sobre la indemnización por daños desde la perspectiva del derecho comparado bajo el contexto de la modernización del derecho contractual

Yun Li • 109

Presentación

RDP

Con este número inicia nuestra Dirección de la muy prestigiada *Revista de Derecho Privado*, fundada por el Dr. Jorge Barrera Graf (†) y a quien, en su momento, tuvimos el honor de apoyar en la promoción de la misma, junto con el Dr. Rodolfo Cruz Miramontes.* Se trata de una revista que está abierta a la publicación de artículos, colaboraciones y reseñas tanto de derecho privado como de derecho romano, en sus idiomas originales.

Agradecemos al Dr. Pedro Salazar Ugarte y a la comunidad del Instituto de Investigaciones Jurídicas por la confianza depositada en nosotros para esta Dirección.

El Consejo de Honor se integra por los ex directores de la Revista y se mantienen un Consejo Editorial y un Comité Editorial. Hemos invitado a diversos juristas a integrarse a ambos consejos, a quienes les agradecemos su aceptación. Uno de ellos (Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos) tristemente falleció en enero de 2020, constituyendo una pérdida irreparable para su familia y sus amigos, así como para el mundo del derecho y la filosofía del derecho.

Muchas personas han dedicado su tiempo y sus esfuerzos para que esta Revista alcanzara el prestigio y la difusión que hoy tiene. ¡A todas ellas, nuestro más profundo reconocimiento y agradecimiento!

Se incorporan o reincorporan al Consejo Editorial el Dr. Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos (†), el Dr. Rodolfo Cruz Miramontes (†) (UNAM, México), el Lic. Carlos Loperena Ruiz (ELD, México), el Lic. Emi-

* Anteriormente dirigimos por ocho años (2011-2019) la *Revista de Historia del Derecho* de este Instituto.

PRESENTACIÓN

lio González de Castilla del Valle (ELD, México), el Mtro. Fernando Estavillo Castro (UIA, México) y el Dr. Nader Hakim (U. de Bordeaux, Francia).

Al Comité Editorial se incorporan el Dr. Horacio Heredia Vázquez (†) (UNAM, México), el Dr. Jaime Olaiz González (UP, México), el Dr. Eduardo Montoya López (UNAM, México), el Lic. Alfonso Pérez-Cuéllar Martínez (UIA, México), el Lic. Miguel Ángel Hernández-Romo Valencia (ELD, México), la Lic. Consuelo Visoso Lomelín (ITAM, México), la Dra. Carmen Quijano Decanini (UIA, México), el Mtro. Fernando Marcín Balsa (UIA, México), la Mtra. Carlota Peón Guerrero (UIA, México), la Mtra. Maggie Hambleton (UP, México), el Lic. Arturo Pueblita Fernández (UIA, México), la Dra. Carla Roel de Hoffmann (UP, México) y la Dra. Laura Velázquez Arroyo (UNAM, México).

Funge como asistente de la Revista Marion de Regules Rivollier.

Presentamos así estos primeros números y esperamos mantener e incrementar, con la ayuda de todos ustedes, el prestigio y la presencia de nuestra *Revista de Derecho Privado*.

Oscar Cruz Barney



**DOCTRINA
NACIONAL**

Tres incapacidades para contraer matrimonio canónico

Three incapacities to contract canonical marriage

Juan Pablo Alcocer*

RDP

RESUMEN

El presente artículo trata sobre tres incapacidades psíquicas para matrimoniarse, derivadas del párrafo tercero del canon 1095 del actual Código de Derecho Canónico. La primera de ellas, los canonistas la han bautizado como “la carencia de suficiente capacidad psíquica para las nupcias canónicas”; la segunda se denomina “incapacidad para cumplir obligaciones matrimoniales desde el inicio del matrimonio eclesiástico”, y la tercera se llama “incapacidad para la comunidad de vida y amor para el matrimonio”. El documento estudia las principales líneas canónicas sobre las cuales trabajan estas incapacidades en sede de tribunales eclesiásticos. Cada incapacidad tiene sus características y su naturaleza propia. Se incluyen —en el ámbito procesal canónico— las preguntas que el juez de la Iglesia debe someter al actor y/o a la convenida, convocada o demandado(a). El texto está enriquecido con la más avanzada doctrina autorizada por el magisterio en esta delicada y trascendental materia. Los cuestionamientos tienen puntos finos que hacen la diferencia entre el interrogatorio para el actor(a) y para los tes-

* Doctor en Filosofía del Derecho; abogado litigante matrimonialista canónico; catedrático de Derecho Civil y Derecho Canónico; miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I.

JUAN PABLO ALCOCER

tigos de la causa. La jurisprudencia romana también toma su sitio y la bibliografía extranjera es especializada.

PALABRAS CLAVE: incapacidades, derecho canónico, código civil.

ABSTRACT

The present article deals with three psychic disabilities, derived from the third paragraph of canon 1095 of the current Code of Canon Law. The first of these, the canonists have baptized it as “The lack of sufficient psychic capacity for the canonical nuptials”; the second is called “inability to fulfil marital obligations since the beginning of ecclesiastical marriage”, and the third is called “inability for the community of life and love for marriage”. The document studies the main canonical lines on which these disabilities work in ecclesiastical courts. Each disability has its own characteristics and specific nature. They include—in canonical procedural scope—the questions that the judge of the church must subject the actor and/or the agreed, summoned or defendant. The text is enriched with the most advanced doctrine authorized by the magisterium in this delicate and transcendent matter. The questions have fine points that make the difference between interrogation for the actor and for the witnesses of the cause. The roman jurisprudence also takes its place and the foreign bibliography is specialized.

KEY WORDS: incapacities, canon law, civil codes.

Sumario:

1. Introducción.
2. Carencia de suficiente capacidad psíquica para contraer matrimonio.
 - A. Procreación y comunidad de vida.
 - B. Tres características.
 - C. Lo mismo hacia los hijo.
 - D. Antecedente y perpetua.
 - E. Tarea del juez.
 - F. Interrogatorio: carencia de la debida discreción.
 - G. Interrogatorio: incapacidad para la comunidad de vida.
 - H. Reflexiones canónicas.
3. Incapacidad para cumplir obligaciones matrimoniales desde el inicio de las nupcias canónicas.
 - A. Amistad y caridad.
 - B. Impedimento constitucional.

TRES INCAPACIDADES PARA CONTRAER MATRIMONIO CANÓNICO

- C. Motivos psíquicos.
- D. Tarea del juez.
- E. Interrogatorio: incapacidad para cumplir los deberes conyugales.
- F. Interrogatorio: carencia de la debida discreción.
- 4. Incapacidad para la comunidad de vida y amor y para el matrimonio.
 - A. Derecho a la comunidad de vida.
 - B. Derecho aun sin comunidad.
 - C. *Coram Faggiolo*.
 - D. Cinco elementos.
 - E. Tres pasos prácticos.
 - F. *Coram Serrano*: considerar al “otro”.
 - G. Tarea del juez.
 - H. Interrogatorio: incapacidad para la comunión de vida.
 - I. Interrogatorio: incapacidad para la comunión de vida.
- 5. Conclusiones.
- 6. Bibliografía.

Buscad vuestra fuerza en el Señor y en su invencible poder. Poneos las armas que Dios da para poder resistir a las estratagemas del diablo.

San Pablo
Ef. 6, 10-11

Sufran una derrota ignominiosa,
los que me persiguen a muerte,
vuelvan la espalda afrentados
los que traman mi daño;
sean paja frente al viento,
cuando el ángel del Señor los desbarate;
sea su camino oscuro y resbaladizo,
cuando el ángel del Señor los persiga.

Salmo 34

1. Introducción

Las incapacidades psíquicas para contraer “válidamente” matrimonio canónico por la Iglesia católica de rito latino han venido perfilándose con

JUAN PABLO ALCOCER

mucha pulcritud en el Magisterio Ordinario de la Iglesia; el Código de Derecho Canónico actual, promulgado por San Juan Pablo II en 1983; la Instrucción *Dignitas Connubii*, también promulgada por el romano pontífice aquí aludido en enero de 2005, y la Carta Apostólica del sumo pontífice Jorge Mario Bergoglio (papa Francisco) en forma de *Motu Proprio, Mitis Iudex Dominus Iesus*, de diciembre de 2015.

Finas y conoedoras plumas han escrito acerca de este toral tema, que incapacita desde el inicio (*ab initio*) a las personas heterosexuales que encarnan en sus personalidades los “variopintos efectos” que las enfermedades mentales causan en sus existencias para matrimoniarse. El problema va en aumento de manera muy notable y geométrica. Los tribunales diocesanos, interdiocesanos, metropolitanos y el Tribunal Apostólico de la Sagrada Rota Romana en materia de apelación así lo confirman: la incapacidad psíquica es una causal de nulidad matrimonial muy socorrida por los fieles del pueblo de Dios (como los llama el *Codex* en todo el mundo católico). Esta limitación al *ius connubii* que tiene el fiel a contraer nupcias canónicas ha puesto a prueba al derecho canónico, al derecho canónico matrimonial, a la antropología filosófica (filosofía perenne), a la teología natural, a la sobrenatural y a la psiquiatría y psicología clínica moderna.

Sin tapujos, los usos y costumbres hedonistas y los diversos relativismos, así como el mal uso de la libertad humana (en frase de San Juan Pablo II), entre otras realidades, han ocasionado que una infinidad de católicos o no sean incapaces psíquicos para contraer un matrimonio sano, válido, único, indisoluble, ordenado a la procreación y educación de la prole, a la fidelidad, entre los fines, propiedades y bienes que son indispensables en la Iglesia para casarse. La jurisprudencia de la Sagrada Rota Romana viene a confirmar lo anterior en las distintas decisiones dictadas por los auditores romanos de ese venerable tribunal apostólico.

La sociedad mexicana —guste o no— carece de una cultura antropológica-jurídica para preparar, entender el signo nupcial, asumirlo y ejecutarlo. Es una vergüenza galopante que, en un país que se presenta ante sí mismo como católico y ante el mundo entero, se “ignoren” los principios básicos que estructuran el edificio matrimonial; además, existen católicos de oídas, de costumbres familiares, de consejos de

los ancestros, abuelos y padres que tampoco sabían, porque no habían leído y mucho menos estudiado el catecismo y otros importantes documentos pontificios que constituyen el bagaje del mexicano(a) del siglo XXI (2019-2020 *in fine*).

De ahí que escribo estas importantes reflexiones canónicas sobre las incapacidades psíquicas para un mejor conocimiento y entendimiento de la sociedad civil y eclesiástica de mi país.

El lector(a) encontrará tres capítulos sobre incapacidades psíquicas para el matrimonio, ya enunciados en el sumario al inicio de este trabajo. Además, podrá leer diferentes argumentos sobre la reflexión en sede canónica, que se relacionan de manera directa e inmediata con el tema, tanto desde el derecho sustantivo canónico como del derecho procesal canónico. Por ejemplo, se abordan los pensamientos doctrinales de diferentes autores y documentos que forman parte nuclear del magisterio, e incluso se analizan la “tarea del juez” y sus interrogatorios a detalle, que hoy se aplican a los interesados en obtener la declaración de nulidad matrimonial en los diferentes tribunales eclesiásticos del orbe católico de rito latino. También encontrará, con bastante agrado, dos jurisprudencias de dos auditores rotales de la Rota Romana: una *Coram Faggiolo* (delante de Faggiolo) y una *Coram Serrano* (delante de Serrano). Por cierto, esta última sentencia que hizo jurisprudencia del rotal José María Serrano Ruiz abrió paso a una serie de elementos canónicos que se deben tomar en consideración, sobre todo en la relación interpersonal entre los cónyuges. En su momento histórico-geográfico —abril de 1973— fue una decisión (sentencia rotal) de avanzada, siguiendo fielmente la antropología cristiana.

Por otro lado, la práctica forense en materia de nulidades de matrimonio ha venido en aumento, ya que el número de causas sobre esta materia, en su inmensa mayoría, hacen suya la estructura natural de la institución matrimonial y, sobre todo, la capacidad o incapacidad de la persona para contraer matrimonio.

En este aspecto hay que hacer la siguiente aclaración: las causas introducidas en los tribunales de la Iglesia por incapacidades psíquicas para contraer matrimonio no se enfocan únicamente a la cuestión técnico-formal-procesal y tampoco con los requisitos que la ley positiva

JUAN PABLO ALCOCER

de la Iglesia exige a los fieles del pueblo de Dios para proponer valores socioeclesiales, o para asegurar la publicidad y la certeza jurídica de la celebración del matrimonio. Por el contrario, estos capítulos de nulidad son una formulación jurídica de principios de derecho natural, que brotan de la naturaleza misma del matrimonio y que se construyeron con el esfuerzo y el talento de varias generaciones de canonistas, a fin de arribar a las formulaciones que aparecen en el *Codex* de 1983 en forma de cánones (*cf.* canon 1095).

Para fortuna del instituto matrimonial, las ciencias psicológicas y psiquiátricas, junto con la doctrina y la jurisprudencia matrimoniales, han brindado un gigantesco esfuerzo de nuevas aportaciones filosófico-jurídicas que, de manera directa, tienen que ver con el contenido de las causas de nulidad matrimonial por incapacidades psíquicas. En esta reflexión hay que decir que lo mencionado en el párrafo anterior no ha tenido una aceptación unánime, ya que la secularización del matrimonio que se impregna en la cultura de occidente tiene un influjo en las “actitudes” con las que los futuros esposos solicitan matrimonio. Lo anterior no puede pasar inadvertido para la jurisprudencia canónica, pues los esposos, al contraer matrimonio, deben tener y aceptar los mínimos conocimientos de la sacramentalidad del mismo, de sus propiedades esenciales, que son la unidad y la indisolubilidad, así como el conocimiento mínimo de que el matrimonio está ordenado al bien de la prole.

Frente a esta secularización del matrimonio, la Iglesia ofrece una respuesta en su doctrina y en sus aspectos canónicos y pastorales para que se haga notar en diálogo con la mejor filosofía contemporánea: cómo la verdad del matrimonio puede cobrar una plenitud extraordinaria del amor humano. Así las cosas, lo dicho en estos párrafos incluye a los matrimonios y a las familias enseñando y dando testimonio de la verdad del Evangelio.

En estos últimos decenios se han planteado cuestiones importantes en la aplicación del derecho, sobre todo en los capítulos relativos al consentimiento matrimonial. Entre las más destacadas se encuentran las que se refieren a la capacidad de la persona para contraer matrimonio, que no se puede enfocar adecuadamente si no es desde una recta antropología y de la perspectiva del derecho fundamental al ma-

trimonio; al ámbito de incidencia... de los contrayentes en su capacidad para contraer matrimonio.¹

El lector(a) “no” encontrará morbo, ignorancia o falta de tratamiento canónico en las distintas reflexiones que una inteligencia cuidadosa busque. Hay episteme, ciencia, derecho y filosofía, pero jamás *opinitis*.

2. Carencia de suficiente capacidad psíquica para contraer matrimonio

El canon 1057 § 1 establece: “El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir”.

El canon 1095 § 3 vuelve al tema del consentimiento matrimonial, afirmando lo siguiente: “Son incapaces de contraer matrimonio quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica”.

El Concilio Vaticano II define al matrimonio como “La íntima comunidad conyugal de vida y de amor”, en la cual “los esposos se dan y reciben mutuamente”.²

La Encíclica *Humanae Vitae* también establece que “al darse mutuamente a sí mismos, lo que les es propio y exclusivo, los esposos buscan la comunión personal por la cual se perfeccionan uno y otro”.³

A. Procreación y comunidad de vida

Estas afirmaciones indican que la Iglesia considera que la esencia del matrimonio no consiste sólo en el derecho a los actos corporales para la procreación, sino también en el derecho a los actos que producen

¹ Serres López de Guereñu, Roberto, *La nulidad del matrimonio canónico. Un análisis desde la jurisprudencia*, Madrid, Ediciones Universidad San Dámaso, 2017, pp. 13-15.

² *Gaudium et Spes*, núm. 48.

³ *Ibidem*, núm. 8.

JUAN PABLO ALCOCER

la comunidad de vida.⁴ Estas enseñanzas, pues, nos hacen reconocer que existe una incapacidad para el matrimonio más allá de la física o biológica, una incapacidad para intercambiar el derecho a la comunidad de vida.

Esta incapacidad invalida por su misma naturaleza al matrimonio, pues una persona afectada por ella no puede contraerlo válidamente, ya que le falta un elemento esencial del objeto del consentimiento; en efecto, quienes tienen esa incapacidad no pueden darlo, porque precisamente carecen de la capacidad de intercambiar esos derechos.

Tampoco ellos pueden contraer matrimonio debido a que no tienen capacidad para ese estado de vida, puesto que no pueden ejercitar esos actos indispensables.

B. *Tres características*

La incompetencia se puede definir como “la incapacidad antecedente y perpetua para ejercer o poner los actos de por sí aptos para producir una comunidad de vida”. Estos actos implican más que el solo compartir el lecho, la mesa y la casa, pero no tienen que extenderse necesariamente a aquellos actos que conducen a una relación muy romántica y satisfactoria. Como básicos para la capacidad de contraer matrimonio, hay que considerar los siguientes actos:

- 1) *Autorrevelación*. La persona, en primer lugar, debe tener una identidad básica de sí misma; es decir, se debe ver como alguien suficientemente consecuente, con un grado razonable de autorrespeto y capaz de darse a conocer honestamente al otro.
- 2) *Comprensión*. Ésta consiste en que alguien sepa ver al compañero(a) como una persona distinta y pueda apreciar su manera de sentir y de pensar, sin pretender la imposición de cambios a causa de sus propias actitudes, necesidades o inseguridades.

⁴ Canon 1055 § 1: “La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”.

- 3) *Interés*. Una persona con razonable madurez debe consagrarse a la otra por toda la vida, no por deseo de poseerla, sino por respeto y amor especiales hacia esa persona concreta con quien desea compartir su vida.

C. *Lo mismo hacia los hijos*

Ambos deben ser capaces de ejercitar esos mismos actos hacia los hijos que pudieran nacer del matrimonio, dado que esa comunidad de vida está esencialmente encaminada “a la procreación y educación de la prole”, como lo afirma el canon 1055 § 1. Consiguientemente, cuando una persona carece de la capacidad para realizar dichos actos, carece de la capacidad para el matrimonio, tal como lo entiende la comunidad católica y el derecho matrimonial de la Iglesia.

No es necesario para la validez del matrimonio que la persona, en ese momento, ejercite esos actos, pero sí que tenga la capacidad y que subsecuentemente intercambie, de hecho, ese derecho perpetuo.

D. *Antecedente y perpetua*

La incapacidad puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando la persona es inhábil para contraer una relación con cualquier persona; en cambio, es relativa cuando esta incapacidad se refiere a una persona en particular, aunque pudiera contraer la relación con alguna otra. Un sector de la doctrina se opone a esto. La incapacidad relativa está prácticamente eliminada del pensamiento de los canonistas actuales.

Para que se invalide el matrimonio, la incapacidad, como la impotencia, tiene que ser antecedente y perpetua al tiempo del matrimonio; entonces, no hay relativa.

Para dictaminar la antecedencia, no se necesita que esa incapacidad se haya manifestado antes del matrimonio. No se requiere que la incapacidad sea actual o dinámica, sino basta con que sea virtual y casual al tiempo de la boda. Es necesario y suficiente con que la disposición próxima a la incapacidad y la causa próxima estén presentes al momento del matrimonio.

JUAN PABLO ALCOCER

La incapacidad se considera perpetua cuando, por lo menos respecto al matrimonio en cuestión, es incurable, o sólo se puede remediar por diversos medios, tales como:

- a) Un milagro.
- b) Medios ilícitos.
- c) Peligro de la propia vida.
- d) Daño grave para la salud de uno o de los dos.
- e) Medios de éxito dudoso.

En los casos en que se alega la falta de la debida capacidad para la comunión de vida y amor, hay que hacer todo lo posible para obtener el testimonio del demandado. Las declaraciones de las partes y de los testigos son importantes, y la opinión de los peritos psiquiatras también es de gran relevancia.⁵

E. *Tarea del juez*

Para determinar si hay o no esta incapacidad, y por ende la falta de la comunidad de vida, el tribunal debe investigar la gravedad del problema, la antecedencia y la perpetuidad y el factor relatividad.⁶

F. *Interrogatorio: carencia de la debida discreción*

*Alcocer-Mendoza
Mexicana
Nulidad de Matrimonio
Interrogatorio que presenta el Juez para la parte actora
o convenida en la Causa*

Después del juramento de decir verdad, pregunte el Sr. Juez lo siguiente:

⁵ Solórzano, Roberto, *Manual de derecho y jurisprudencia matrimonial*, Tribunal Metropolitano de los Ángeles, California, corregido y aumentado por el Tribunal Eclesiástico Metropolitano de México, México, Tribunal Eclesiástico Metropolitano de México, 1995.

⁶ Alcocer Mendoza, Juan Pablo, *Derecho matrimonial canónico*, México, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 101-110.

TRES INCAPACIDADES PARA CONTRAER MATRIMONIO CANÓNICO

1. Sea Ud. tan amable de darnos sus generales y de describirnos brevemente a sus respectivas familias.

2. ¿Cumple Ud. con sus derechos religiosos? ¿Hay algún sacerdote que pueda dar referencias de Ud.?

3. ¿Confirma Ud. en todas sus partes el libelo que presentó a este Tribunal el día? (¿Qué opinión tiene Ud. del libelo que presentó la parte actora? ¿O de la demanda misma?).

4. ¿Considera Ud. que su cónyuge es de toda honorabilidad y fidedignidad? ¿Piensa que sería capaz de mentir bajo juramento?

El Sr. Juez podría aquí explorar la personalidad y madurez de los contrayentes para comprobar si, al momento del matrimonio, habían logrado o no la necesaria integración de los aspectos a) Psicológicos, b) Afectivos, c) Sexuales, y d) Psicosociales valiéndose de algunos de los siguientes criterios, y teniendo en cuenta que en una verdadera madurez debe la persona ser moral y estable, con un normal dominio de sí misma, tener capacidad de amar, aceptando y respetando al otro, tal como éste es en su afectividad y sexualidad; saber compartir cargas y responsabilidades en la vida social, laboral y familiar, especialmente en lo referente a los niños: 1) Ver si no había demasiada dependencia de los padres. 2) Si la persona era capaz de tomar y mantener sus propias decisiones. 3) Si eligieron el matrimonio porque sus padres se oponían. 4) Si la persona era consecuente consigo misma. 5) Si la persona no estaba llena de dudas sobre sí y sobre el futuro. 6) Si la persona actuaba impulsivamente o por afán de nuevas experiencias. 7) Si la persona era dada a la bebida, a las drogas, si estaba o no en estado de abstinencia. 8) Si la persona no era dada a tener relaciones prematrimoniales que le impidieran tener madurez en la esfera de lo sexual y de dar y recibir verdadero amor. 9) Si tomó la decisión de casarse por razones ajenas al matrimonio.

6. ¿Cómo y cuándo se conocieron? ¿Cuánto duró el noviazgo y cómo se desarrolló? ¿Llegaron a conocerse a fondo? ¿También las familias entre sí? ¿Llegó a haber entre ustedes verdadero amor?

7. ¿Cuándo y cómo llegaron a la decisión del matrimonio? ¿Qué opinaron las familias? ¿Consultaron con alguna persona su decisión?

8. ¿Considera Ud. que, al momento del matrimonio, tenían ambos, sólo uno, o ninguno, la suficiente madurez de juicio para entender y evaluar un contrato que suponía entregarse el uno al otro, durante la vida entera? En otras palabras: ¿Considera Ud. que su decisión tuvo

JUAN PABLO ALCOCER

al menos cierta prudencia fundamental, que incluyese una buena información, discernimiento, sentido de la situación, deliberación, previsión, circunspección, cabal juicio y claro razonamiento que permitieran a Ud. saber bien lo que estaban haciendo y a lo que se estaban comprometiendo?

Más específicamente, ¿Fueron Uds. capaces de hacer una evaluación, al menos básica pero realista y objetiva, de sí mismos, y decidir libremente si de veras deseaban y eran capaces de establecer una comunidad de vida exclusiva y perpetua, una comunidad que implicaría toda una vida de interés por el otro y de comunión con él?

¿Considera Ud. que ambos, sólo uno, o ninguno era capaz, en ese momento, de asumir esa profunda comunidad de vida y de amor, que suponía un buen conocimiento, aceptación y respeto de sí mismos y del otro, con capacidad de darse a conocer honestamente? ¿Considera que tenía capacidad de comprensión, es decir, de saberse ver el uno al otro como personas distintas, apreciar su manera de sentir de pensar, sin pretender imponer cambios a causa de sus propias actitudes, necesidades o inseguridades? ¿El interés del uno por el otro era el de consagrarse por toda la vida, no por deseo de poseerlo, sino por respeto y amor especiales hacia esa persona concreta con quien desea compartir su vida? ¿Eso mismo podría afirmarse de su interés por los hijos? ¿Por qué, o por qué no lo considera Ud. así?

En caso de que Ud. juzgue que no tuvieran esa capacidad, ¿Considera Ud. que su incapacidad era absoluta, es decir, que le hubiera sido imposible tenerla con cualquier mujer (hombre), o relativa a solo su cónyuge? ¿Esa incapacidad surgió por la conflictiva de Ud., o venía de atrás? ¿Hubiera sido fácil, difícil o imposible de curar si se hubieran puesto los medios? ¿Cuáles medios considera Ud. que hubieran podido ser eficaces?

9. ¿Considera Ud., además, que tuvieron esa misma capacidad de razonar y juzgar en grado suficiente para entender la verdadera realidad del matrimonio que pretendían realizar concretamente entre ustedes dos, habida cuenta de sus condiciones y problemáticas personales? ¿Por qué lo considera Ud. así? ¿Podría proporcionarnos ejemplos ilustrativos?

10. ¿Hubo algo de particular durante los trámites o la celebración de la boda? ¿Durante el viaje de bodas? ¿Se consumó normalmente el matrimonio?

TRES INCAPACIDADES PARA CONTRAER MATRIMONIO CANÓNICO

11. ¿La convivencia conyugal les ayudó a madurar, o más bien agravó el problema? ¿Por qué lo considera Ud. así? ¿Podría proporcionarnos ejemplos concretos?

12. ¿Cuánto duró la convivencia conyugal? ¿Qué dificultades tuvieron? ¿Consultaron con alguien sus problemas? ¿Qué consejos recibieron y cómo los aplicaron?

13. ¿Cuándo fue la separación definitiva y el divorcio? ¿Cómo reaccionaron ellos entonces y posteriormente?

14. ¿Cómo considera Ud. que están ahora? ¿Considera que han superado todos esos problemas? ¿Que ya podrían contraer verdadera y sanamente un matrimonio por la Iglesia?

15. ¿Tiene Ud. algún otro dato que considere oportuno aportar para la causa?

16. Lo hasta aquí redactado, ¿corresponde fielmente a su declaración? ¿Desea Ud. corregir, suprimir o añadir algo?⁷

G. *Interrogatorio: incapacidad para la comunidad de vida*

*Alcocer-Mendoza
Mexicana
Nulidad de Matrimonio
Interrogatorio que presenta el Juez
para los Testigos en la Causa*

Después del juramento de decir verdad, pregunte el Sr. Juez lo siguiente:

1. Sea Ud. tan amable de darnos sus generales.

2. ¿Cumple Ud. con sus deberes religiosos? ¿Hay algún sacerdote que pueda dar referencias de Ud.?

3. ¿Desde cuándo y por qué motivo conoce a los Sres. y? Por favor proporciónenos algunos datos de sus respectivas familias.

4. ¿Qué puede Ud. decirnos del temperamento, carácter, honorabilidad, religiosidad y credibilidad de la parte demandada?

El Sr. Juez podría aquí explorar la personalidad y madurez de los contrayentes para comprobar si, al momento del matrimonio, habían logrado o no la necesaria integración de los aspectos a) Psicológicos, b) Afectivos, c) Sexuales y d) Psicosociales valiéndose de algunos de

⁷ Solórzano, Roberto, *op. cit.*, pp. 40-50.

JUAN PABLO ALCOCER

los siguientes criterios, y teniendo en cuenta que en una verdadera madurez debe la persona ser moral y estable, con un normal dominio de sí misma, tiene capacidad de amar, aceptando y respetando al otro, tal como éste es en su afectividad y sexualidad; saber compartir cargas y responsabilidades en la vida social, laboral y familiar, especialmente en lo referente a los niños: 1) Ver si no había demasiada dependencia de los padres. 2) Si la persona era capaz de tomar y mantener sus propias decisiones. 3) Si eligieron el matrimonio porque sus padres se oponían. 4) Si la persona era consecuente consigo misma. 5) Si la persona no estaba llena de dudas sobre sí y sobre el futuro. 6) Si la persona actuaba impulsivamente o por afán de nuevas experiencias. 7) Si la persona era dada a la bebida, a las drogas, si estaba o no en estado de abstinencia. 8) Si la persona no era dada a tener relaciones prematrimoniales que le impidieran tener madurez en la esfera de lo sexual y de dar y recibir verdadero amor. 9) Si tomó la decisión de casarse por razones ajenas al matrimonio.

5. Ítem, de la parte actora.

6. ¿Cómo y cuándo se conocieron? ¿Cuánto duro el noviazgo y cómo se desarrolló? ¿Llegaron a conocerse a fondo? ¿También las familias entre sí? ¿Llegó a haber entre ellos verdadero amor?

7. ¿Cuándo y cómo llegaron a la decisión del matrimonio? ¿Qué opinaron las familias? ¿Consultaron con alguna persona su decisión?

8. ¿Considera Ud. que, al momento del matrimonio, tenían ambos, sólo uno, o ninguno, la suficiente madurez de juicio para entender y evaluar un contrato que suponía entregarse el uno al otro durante la vida entera? En otras palabras: ¿Considera Ud. que su decisión tuvo al menos cierta prudencia fundamental, que incluyese una buena información, discernimiento, sentido de la situación, de liberación, previsión, circunspección, cabal juicio y claro razonamiento que les permitieran saber bien lo que estaban haciendo y a lo que se estaban comprometiendo?

Más específicamente, ¿Considera Ud. que fueron capaces de hacer una evaluación, al menos básica pero realista y objetiva, de sí mismos, y decidir libremente si de veras deseaban y eran capaces de establecer una comunidad de vida exclusiva y perpetua, una comunidad que implicaría toda una vida de interés por el otro y de comunión con él? ¿Por qué lo considera Ud. así? ¿Considera Ud. que tenían al momento del matrimonio, un desarrollo suficiente de su capacidad de razonar

y juzgar como para entender la verdadera naturaleza del matrimonio, con sus obligaciones y derechos? ¿Por qué lo considera Ud. así?

¿Considera Ud. que ambos, sólo uno, o ninguno era capaz, en ese momento, de asumir esa profunda comunidad de vida y de amor, que suponía un buen conocimiento, aceptación y respeto de sí mismos y del otro, con capacidad de darse a conocer honestamente? ¿Considera que tenían capacidad de comprensión, es decir, de saberse ver el uno al otro como personas distintas, apreciar a su manera de sentir y de pensar, sin pretender imponer cambios a causa de sus propias actitudes, necesidades o inseguridades? ¿El interés del uno por el otro era el de consagrarse por toda la vida, no por deseo de poseerlo, sino por respeto y amor especiales hacia esa persona concreta con quien desea compartir su vida? ¿Eso mismo podría afirmarse de su interés por los hijos? ¿Por qué, o por qué no lo considera Ud. así?

En caso de que Ud. juzgue que no tuvieron esa capacidad, ¿Considera Ud. que su incapacidad era absoluta, es decir, que le hubiera sido imposible tenerla con cualquier mujer (hombre), o relativa a sólo su cónyuge? ¿Esa incapacidad surgió por la conflictiva de ellos, o venía de atrás? ¿Hubiese sido fácil, difícil o imposible de curar, si se hubieran puesto los medios? ¿Cuáles medios considera Ud. que hubieran podido ser eficaces?

9. ¿Considera Ud., además, que tuvieron esa misma capacidad de razonar y juzgar en grado suficiente para entender la verdadera realidad del matrimonio que pretendían en concreto realizar entre ellos dos, habida cuenta de sus condiciones y problemáticas individuales? ¿Por qué lo considera Ud. así? ¿Podría proporcionarnos ejemplos concretos?

10. ¿Hubo algo de particular durante los trámites o la celebración de la boda? ¿Durante el viaje de bodas?

11. ¿La convivencia conyugal les ayudó a madurar o más bien agravó el problema? ¿Por qué lo considera Ud. así? ¿Podría proporcionarnos ejemplos concretos?

12. ¿Cuánto duró la convivencia conyugal? ¿Qué dificultades tuvieron? ¿Consultaron con alguien sus problemas? ¿Qué consejos recibieron y cómo los aplicaron?

13. ¿Cuándo fue la separación definitiva y el divorcio? ¿Cómo reaccionaron ellos entonces y posteriormente?

14. ¿Cómo les ve Ud. ahora? ¿Considera que han superado todos esos problemas? ¿Que ya podrían contraer verdadera y sanamente un matrimonio por la Iglesia?

JUAN PABLO ALCOCER

15. ¿Tiene Ud. algún otro dato que considere oportuno aportar para la causa?

16. Lo hasta aquí redactado, ¿Corresponde fielmente a su declaración? ¿Desea Ud. corregir, suprimir o añadir algo?

H. *Reflexiones canónicas*

Para la discreción del juicio por parte de la voluntad, se requiere que el contrayente pueda determinarse libremente desde el interior, teniendo en cuenta los motivos que impelen al matrimonio o que le apartan de él, sin que le impidan tomar su decisión los impulsos del instinto o de la afectividad.

Es menester que aquél posea tanto la libertad de ejercicio (de contraer o no) como de especificación (de elegir una cosa en vez de otra). Esta libertad no implica la falta de impulsos en contra de la voluntad, sino que exige más bien que tales impulsos no sean tan graves que le fuercen a obrar en la dirección de los mismos.

Hasta hace poco, tanto la doctrina como la jurisprudencia canónica han sostenido que no existen enfermedades que afecten sólo a la voluntad, permaneciendo íntegra la inteligencia, fundados en el principio de la unidad psíquica de la persona humana, que está reflejado en el aforismo: “Donde quiera que hay entendimiento, allí también hay libre arbitrio”.⁸

Sin embargo, en estos últimos años viene reconociendo la Rota Romana, de acuerdo con la psicología y la psiquiatría modernas, que existen determinadas enfermedades, como la psicastenia, la neurosis obsesiva, la inmadurez afectiva, etcétera, aparte de las aberraciones psicosexuales (ninfomanía, satiriasis, entre otras), que atacan de manera directa a la voluntad “sin lesionar ostensiblemente la inteligencia”. Todas estas enfermedades, al disminuir gravemente o suprimir la libertad, impiden que se dé la suficiente discreción de juicio para contraer matrimonio de forma válida.

En la incapacidad de asumir y cumplir los deberes esenciales del matrimonio puede haber más que una obnubilación mental, también un defecto del objeto del matrimonio mismo, cuya fuerza invalidante radica

⁸ S. Tomás 19, 59-3.

en el principio de derecho natural ya reconocido en el derecho romano y en la regla VI de los Decretales de Bonifacio VIII: *Ad impossibilia nemo tenetur; Impossibilium nulla est obligatio*.

Antiguamente, la jurisprudencia rotal limitaba esta incapacidad a las anomalías sexuales (ninfomanía, satiriasis, homosexualidad, sadismo, etcétera), considerándolas en un principio ya sea bajo el aspecto de exclusión de la fidelidad como de impotencia psíquica o moral. Después del Vaticano II, una corriente de la jurisprudencia comenzó a fundar tal incapacidad, no en la amencia parcial ni la simulación ni en la impotencia moral, sino en la falta de objeto, puesto que al contrayente aquejado de tales anomalías no le era posible guardar la fidelidad, compartir una vida sexual digna y humana, ni instaurar el consorcio o comunión de vida y amor.

En la actualidad, la jurisprudencia canónica tiende a ampliar dicha incapacidad, comprendiendo en ella no sólo a las anomalías sexuales, sino también a todas las de carácter psíquico que hacen imposible el consorcio de la vida conyugal.

Es evidente que la imposibilidad de cumplir conlleva la de asumir, pues nadie puede obligarse a un contrato imposible. En efecto, no basta con tener uso de razón para que una persona pueda ser considerada capaz del consentimiento matrimonial, ya que la naturaleza de este contrato exige un grado de aptitud psicológica proporcional a su valor humano, que es el máximo. La jurisprudencia rotal ha ido desarrollando y profundizando este concepto, y llama a esta disposición psicológica como “discreción de juicio” o “madurez personal”. Aunque ésta puede referirse tanto al plano del entendimiento como al plano de la voluntad, el CIC actual lo refiere a la esfera valorativo-práctica de la voluntad.

La discreción de juicio o madurez personal supone en la persona la existencia del sentido crítico o consciencia moral de los valores del matrimonio, el conocimiento estimativo y valorativo de las funciones y deberes conyugales. El defecto del consentimiento tiene lugar en la esfera de la voluntad, no en el de la inteligencia: “Lo que importa no es el conocimiento o la percepción de orden intelectual, sino el defecto de la discreción de juicio acerca de los derechos y deberes que mutuamente se han de entregar y recibir”.⁹

⁹ *Communicationes*, núm. 9, 1977, pp. 369 y 370.

JUAN PABLO ALCOCER

En segundo lugar, la falta de discreción de juicio debe ser grave. Expresamente se rechazó la expresión “debida” y se sustituyó por “grave” para no inducir al laxismo en este material y para indicar que debe ser profunda y severa la carencia de esta cualidad.

Finalmente, se dejó sin especificar el origen de la anomalía productora de este defecto, ya que no se consideró necesario. Los deberes y derechos han de entenderse a la luz de los cánones 1055 y 1056.

El concepto “grave defecto de discreción de juicio” es un concepto jurídico, no médico. Es decir, no es la gravedad de la anomalía psíquica, sino la gravedad del defecto de discreción lo que causa la incapacidad consensual y, por ello, la nulidad del matrimonio, que ha de padecerse al menos en el momento de prestar el consentimiento. Su apreciación es de competencia jurídica.¹⁰

3. Incapacidad para cumplir obligaciones matrimoniales desde el inicio de las nupcias canónicas

El defecto del consentimiento debido a la deficiencia mental conduce a la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio. Antes del Concilio casi no había lugar para estas causales, puesto que el énfasis se ponía en la disposición de la persona al momento del matrimonio. Ahora, sin embargo, habiéndose definido al matrimonio como una alianza de vida y de amor, debemos tener en cuenta también el elemento de un compromiso a largo plazo. Así pues, el canon 1095 § 3 señala: “(Son incapaces de contraer) quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica”.

A. Amistad y caridad

Los elementos que se deben considerar en casos de esta naturaleza son las obligaciones del amor conyugal en el sentido de amistad heterosexual y caridad, que es también el orden sobrenatural, y los consiguientes derechos y deberes, a saber: el derecho a las relaciones sexuales,

¹⁰ Bañares, Juan Ignacio y Bosch, Jordi, *Consentimiento matrimonial e inmadurez afectiva*, Pamplona, Eunsa, 2005, pp. 70 y ss.

que son la total y última expresión del amor, y el derecho a la comunidad de vida, que es algo demostrable y perceptible y, por consiguiente, comprobable por el tribunal o por el psiquiatra. Esta doctrina es sencillamente un desarrollo lógico de la valiosa enseñanza de la *Humanae Vitae*, en la cual el papa Paulo VI estableció las características del verdadero matrimonio cristiano, como humano, moral, total y fructífero.

B. *Impedimento constitucional*

A fin de evitar que se concedan sentencias de nulidad cuando no hay fundamentos ni médicos ni psicológicos para hacerlo, es ya una práctica aceptada en muchos tribunales que se debe tratar de un problema constitucional, específicamente reconocido por la ciencia médica como enfermedad caracterizada, y que impide que una persona mejore la situación, pese a su muy buena voluntad y gran esfuerzo. Debe ser también un problema fácil que se desarrolle connaturalmente e impida la comunidad de vida conyugal. Por consiguiente, nos hallamos ante una grave incapacidad que destruiría cualquier posible vida conyugal. No estamos refiriéndonos aquí a la incompatibilidad de caracteres, sino a la incompatibilidad de personalidades. Una comprensión de esto proporcionará frecuentemente soluciones a casos difíciles que conllevan implicaciones de largo alcance.

C. *Motivos psíquicos*

Las razones patológicas que dan origen a causales de invalidez deben ser o una seria desviación o perversión del instinto sexual, un desorden anormal y paranoico del afecto, o un debilitamiento de sus facultades psíquicas. Entre los motivos psíquicos que frecuentemente dan origen a estas causas de invalidez, podríamos mencionar a los siguientes:

- 1) *Personalidad antisocial*. Es la persona que no puede aprender de la experiencia.
- 2) *Personalidad ciclotímica*. Constituye una psicosis maniacodepresiva, por lo general, leve.

JUAN PABLO ALCOCER

- 3) *Hiperestesia o hipersexualidad*. La persona víctima de este desorden no tiene verdadera capacidad de elección.
- 4) *Personalidad inadecuada*. Se genera cuando las respuestas no llegan a corresponder a los estímulos.
- 5) *Personalidad paranoide*. Se presenta como una perturbación mental que consiste en la fijación de ideas con una lógica perfecta y sin menoscabo intelectual.
- 6) *Impotencia psíquica*. Se origina cuando una persona posee los elementos biológicos, pero carece del poder de síntesis u organización, o cuando se sufre de incapacidad para conceder el *ius in corpus*.
- 7) *Psicopatía*. Se presenta cuando una persona carece de sentido moral.

D. *Tarea del juez*

Cabe señalar que estas diversas enfermedades psíquicas que afectan la incapacidad de la persona para tener responsabilidad humana pueden ocurrir bajo dos o más aspectos, por ejemplo, homosexualidad, alcoholismo crónico, etcétera. Se pueden agregar a las otras causas arriba mencionadas. Al juez no se le pide que señale el diagnóstico exacto, sino que esté seguro de los afectos incapacitantes de los diversos problemas.¹¹

E. *Interrogatorio: incapacidad para cumplir los deberes conyugales*

Alcocer-Mendoza

Mexicana

Nulidad de Matrimonio

*Interrogatorio que presenta el Juez para la parte actora
o convenida en la Causa*

Después del juramento de decir verdad, pregunte el Sr. Juez lo siguiente:

¹¹ Morrisey, Francis G., "The Incapacity of Entering into Marriage", *Studia Canonica*, vol. 8, 1974, pp. 18-20.

1. Sea Ud. tan amable de darnos sus generales y de describirnos brevemente a sus respectivas familias.

2. ¿Cumple Ud. con sus deberes religiosos? ¿Hay algún sacerdote que pueda dar referencias de Ud.?

3. ¿Confirma Ud. en todas sus partes el libelo que presentó a este Tribunal el día.....? (¿Qué opinión tiene Ud. del libelo que presentó la parte actora? ¿O de la demanda misma?).

4. ¿Considera Ud. que su cónyuge es de toda honorabilidad y fide dignidad? ¿Piensa que sería capaz de mentir bajo juramento?

El Sr. Juez podría aquí explorar la personalidad y madurez de los contrayentes para comprobar si, al momento del matrimonio, habían logrado o no la necesaria integración de los aspectos a) Psicológicos, b) Afectivos, c) Sexuales, y d) Psicosociales valiéndose de algunos de los siguientes criterios, y teniendo en cuenta que en una verdadera madurez debe la persona ser moral y estable, con un normal dominio de sí misma, tener capacidad de amar, aceptando y respetando al otro, tal como éste es en su afectividad y sexualidad; saber compartir cargas y responsabilidades en la vida social, laboral y familiar, especialmente en lo referente a los niños: 1) Ver si no había demasiada dependencia de los padres. 2) Si la persona era capaz de tomar y mantener sus propias decisiones. 3) Si eligieron el matrimonio porque sus padres se oponían. 4) Si la persona era consecuente consigo misma. 5) Si la persona no estaba llena de dudas sobre sí y sobre el futuro. 6) Si la persona actuaba impulsivamente o por afán de nuevas experiencias. 7) Si la persona era dada a la bebida, a las drogas, si estaba o no en estado de abstinencia. 8) Si la persona no era dada a tener relaciones prematrimoniales que le impidieran tener madurez en la esfera de lo sexual y de dar y recibir verdadero amor. 9) Si tomó la decisión de casarse por razones ajenas al matrimonio.

6. ¿Cómo y cuándo se conocieron? ¿Cuánto duró el noviazgo y cómo se desarrolló? ¿Llegaron a conocerse a fondo? ¿También las familias entre sí? ¿Llegó a haber entre ustedes verdadero amor?

7. ¿Cuándo y cómo llegaron a la decisión del matrimonio? ¿Qué opinaron las familias? ¿Consultaron con alguna persona su decisión?

8. ¿Considera Ud. que, al momento del matrimonio, tenían ambos, sólo uno, o ninguno, la suficiente madurez de juicio para entender y evaluar un contrato que suponía entregarse el uno al otro, durante la vida entera? En otras palabras: ¿Considera Ud. que su decisión tuvo al menos cierta prudencia fundamental, que incluyese una buena in-

JUAN PABLO ALCOCER

formación, discernimiento, sentido de la situación, deliberación, previsión, circunspección, cabal juicio y claro razonamiento que permitieran a Ud. saber bien lo que estaban haciendo y a lo que se estaban comprometiendo?

Más específicamente, ¿Fueron Uds. capaces de hacer una evaluación, al menos básica pero realista y objetiva, de sí mismos, y decidir libremente si de veras deseaban y eran capaces de establecer una comunidad de vida exclusiva y perpetua, una comunidad que implicaría toda una vida de interés por el otro y de comunión con él? ¿Por qué lo considera Ud. así?

¿Considera Ud. que ambos, o alguno de los dos al momento del matrimonio tenía una tan seria deficiencia psicológica que le imposibilitara para asumir y cumplir los deberes esenciales del matrimonio, como Personalidad antisocial, es decir, la persona que no puede aprender de la experiencia, Personalidad ciclotímica (maniaco-depresiva), Hiperestesia o hipersexualidad, donde la persona, víctima de este desorden, no tiene verdadera capacidad de elección, Personalidad inadecuada, en que las respuestas no llegan a corresponder a los estímulos, Personalidad paranoide, Impotencia psíquica, cuando una persona posee los elementos biológicos, pero carece del poder de síntesis u organización, o cuando sufre de incapacidad para conceder el *ius in corpus*, Psicopatía, cuando una persona carece de sentido moral, u otras causas similares?

¿Considera Ud. que esa perturbación era grave, que existía ya desde antes? ¿Hubiera sido curable poniendo los medios adecuados? ¿Cuáles considera Ud. que hubieran podido ser éstos? ¿Los pusieron o pensaron en ponerlos?

9. ¿Considera Ud., además, que tuvieron esa misma capacidad de razonar y juzgar en grado suficiente para entender la verdadera realidad del matrimonio que pretendían realizar concretamente entre ustedes dos, habida cuenta de sus condiciones y problemáticas personales? ¿Por qué lo considera Ud. así? ¿Podría proporcionarnos ejemplos ilustrativos?

10. ¿Hubo algo de particular durante los trámites o la celebración de la boda? ¿Durante el viaje de bodas? ¿Se consumó normalmente el matrimonio?

11. ¿La convivencia conyugal les ayudó a madurar, o más bien agravó el problema? ¿Por qué lo considera Ud. así? ¿Podría proporcionarnos ejemplos concretos?

TRES INCAPACIDADES PARA CONTRAER MATRIMONIO CANÓNICO

12. ¿Cuánto duró la convivencia conyugal? ¿Qué dificultades tuvieron? ¿Consultaron con alguien sus problemas? ¿Qué consejos recibieron y cómo los aplicaron?

13. ¿Cuándo fue la separación definitiva y el divorcio? ¿Cómo reaccionaron ellos entonces y posteriormente?

14. ¿Cómo considera Ud. que están ahora? ¿Considera que han superado todos esos problemas? ¿Que ya podrían contraer verdadera y sanamente un matrimonio por la Iglesia?

15. ¿Tiene Ud. algún otro dato que considere oportuno aportar para la causa?

16. Lo hasta aquí redactado, ¿corresponde fielmente a su declaración? ¿Desea Ud. corregir, suprimir o añadir algo?

F. Interrogatorio: carencia de la debida discreción

Alcocer-Mendoza

Mexicana

Nulidad de Matrimonio

*Interrogatorio que presenta el Juez
para los Testigos en la Causa*

Después del juramento de decir verdad, pregunte el Sr. Juez lo siguiente:

1. Sea Ud. tan amable de darnos sus generales y de describirnos brevemente a sus respectivas familias.

2. ¿Cumple Ud. con sus deberes religiosos? ¿Hay algún sacerdote que pueda dar referencias de Ud.?

3. ¿Desde cuándo y por qué motivo conoce a los Sres. y? Por favor proporciónenos algunos datos de sus respectivas familias.

4. ¿Qué puede Ud. decirnos del temperamento, carácter, honorabilidad, religiosidad y credibilidad de la parte demandada?

El Sr. Juez podría aquí explorar la personalidad y madurez de los contrayentes para comprobar si, al momento del matrimonio, habían logrado o no la necesaria integración de los aspectos a) Psicológicos, b) Afectivos, c) Sexuales, y d) Psicosociales valiéndose de algunos de los siguientes criterios, y teniendo en cuenta que en una verdadera madurez debe la persona ser moral y estable, con un normal dominio de sí misma, tener capacidad de amar, aceptando y respetando al

JUAN PABLO ALCOCER

otro, tal como éste es en su afectividad y sexualidad; saber compartir cargas y responsabilidades en la vida social, laboral y familiar, especialmente en lo referente a los niños: 1) Ver si no había demasiada dependencia de los padres. 2) Si la persona era capaz de tomar y mantener sus propias decisiones. 3) Si eligieron el matrimonio porque sus padres se oponían. 4) Si la persona era consecuente consigo misma. 5) Si la persona no estaba llena de dudas sobre sí y sobre el futuro. 6) Si la persona actuaba impulsivamente o por afán de nuevas experiencias. 7) Si la persona era dada a la bebida, a las drogas, si estaba o no en estado de abstinencia. 8) Si la persona no era dada a tener relaciones prematrimoniales que le impidieran tener madurez en la esfera de lo sexual y de dar y recibir verdadero amor. 9) Si tomó la decisión de casarse por razones ajenas al matrimonio.

5. Ítem, de la parte actora.

6. ¿Cómo y cuándo se conocieron? ¿Cuánto duró el noviazgo y cómo se desarrolló? ¿Llegaron a conocerse a fondo? ¿También las familias entre sí? ¿Llegó a haber entre ustedes verdadero amor?

7. ¿Cuándo y cómo llegaron a la decisión del matrimonio? ¿Qué opinaron las familias? ¿Consultaron con alguna persona su decisión?

8. ¿Considera Ud. que, al momento del matrimonio, tenían ambos, sólo uno, o ninguno, la suficiente madurez de juicio para entender y evaluar un contrato que suponía entregarse el uno al otro, durante la vida entera? En otras palabras: ¿Considera Ud. que su decisión tuvo al menos cierta prudencia fundamental, que incluyese una buena información, discernimiento, sentido de la situación, deliberación, previsión, circunspección, cabal juicio y claro razonamiento que permitieran a Ud. saber bien lo que estaban haciendo y a lo que se estaban comprometiendo?

Más específicamente, ¿Considera Ud. que fueron capaces de hacer una evaluación, al menos básica pero realista y objetiva, de sí mismos, y decidir libremente si de veras deseaban y eran capaces de establecer una comunidad de vida exclusiva y perpetua, una comunidad que implicaría toda una vida de interés por el otro y de comunión con él? ¿Por qué lo considera Ud. así?

¿Considera Ud. que tenían al momento del matrimonio un desarrollo suficiente de su capacidad de razonar y juzgar como para entender la verdadera naturaleza del matrimonio, con sus obligaciones y derechos? ¿Por qué lo considera Ud. así?

¿Considera Ud. que ambos o alguno de los dos al momento del matrimonio tenía una tan seria deficiencia psicológica que le imposibilitara para asumir y cumplir los deberes esenciales del matrimonio, como Personalidad antisocial, es decir, la persona que no puede aprender de la experiencia, Personalidad ciclotímica (maniaco-depresiva), Hiperestesia o hipersexualidad, donde la persona, víctima de este desorden, no tiene verdadera capacidad de elección, Personalidad inadecuada, en que las respuestas no llegan a corresponder a los estímulos, Personalidad paranoide, Impotencia psíquica, cuando una persona posee los elementos biológicos, pero carece del poder de síntesis u organización, o cuando sufre de incapacidad para conceder el *ius in corpus*, Psicopatía, cuando una persona carece de sentido moral, u otras causas similares?

¿Considera Ud. que esa perturbación era grave, que existía ya desde antes? ¿Hubiera sido curable poniendo los medios adecuados? ¿Cuáles considera Ud. que hubieran podido ser éstos? ¿Los pusieron o pensaron en ponerlos?

9. ¿Considera Ud., además, que tuvieron esa misma capacidad de razonar y juzgar en grado suficiente para entender la verdadera realidad del matrimonio que pretendían realizar concretamente entre ustedes dos, habida cuenta de sus condiciones y problemáticas personales? ¿Por qué lo considera Ud. así? ¿Podría proporcionarnos ejemplos concretos?

10. ¿Hubo algo de particular durante los trámites o la celebración de la boda? ¿Durante el viaje de bodas?

11. ¿La convivencia conyugal les ayudó a madurar, o más bien agravó el problema? ¿Por qué lo considera Ud. así? ¿Podría proporcionarnos ejemplos concretos?

12. ¿Cuánto duró la convivencia conyugal? ¿Qué dificultades tuvieron? ¿Consultaron con alguien sus problemas? ¿Qué consejos recibieron y cómo los aplicaron?

13. ¿Cuándo fue la separación definitiva y el divorcio? ¿Cómo reaccionaron ellos entonces y posteriormente?

14. ¿Cómo les ve usted ahora? ¿Considera que han superado todos esos problemas? ¿Que ya podrían contraer verdadera y sanamente un matrimonio por la Iglesia?

15. ¿Tiene Ud. algún otro dato que considere oportuno aportar para la causa?

JUAN PABLO ALCOCER

16. Lo hasta aquí redactado, ¿corresponde fielmente a su declaración? ¿Desea Ud. corregir, suprimir o añadir algo?

4. Incapacidad para la comunidad de vida y amor y para el matrimonio

El canon 1095 § 3 señala: “[Son incapaces de contraer] quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica”. Una de estas obligaciones esenciales es formar una comunidad de vida en dicho matrimonio.

A. Derecho a la comunidad de vida

El canon 1057 § 2, expresando sólo lo que es verdaderamente específico del matrimonio y, por consiguiente, no necesariamente abarcando el objeto total, sustancial y formal del matrimonio *in fieri* (como contrato), declara: “El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio”.

El Vaticano II, tratando del acto por el cual se realiza el matrimonio, claramente enseña:

Fundada por el Creador y en posesión de sus propias leyes, la íntima comunidad de vida y amor conyugal está establecida sobre la alianza de los cónyuges, es decir, sobre su consentimiento personal e irrevocable. Así, del acto humano por el cual los esposos se dan y se reciben mutuamente, nace, ante la sociedad, una institución confirmada por la ley divina.¹²

Esta posición del Vaticano II tiene un sentido jurídico, pues no se refiere al mero hecho de establecer una comunidad de vida, sino al derecho y obligación de esta íntima comunidad de vida, que tiene como verdadero elemento específico esta íntima unión de personas, por la que un hombre y una mujer llegan a ser una carne, a la cual esta comunidad de

¹² *Gaudium et Spes*, núm. 48.

vida tiende como a su cumbre o culminación. Esto designa al matrimonio como una relación muy personal y, a su vez, al consentimiento matrimonial como un acto de la voluntad por el cual los esposos “se entregan y aceptan mutuamente”; es decir, “relativamente a determinar acciones o garantías (prestaciones), que no impiden a estas acciones o garantías ser específicamente vitales, y, en cierta manera, influenciando a toda persona humana”.¹³

B. Derecho aun sin comunidad

Efectivamente, en el matrimonio *in facto esse* (como un estado), la comunidad de vida puede faltar, pero nunca el derecho a la comunidad de vida. En este contexto puede notarse que el canon 1101 § 2 afirma: “Pero si uno de los contrayentes, o ambos, excluye con un acto positivo de la voluntad al matrimonio mismo o a un elemento esencial del matrimonio, o una propiedad esencial, contrae inválidamente”.

El *consortium vitae* de la vida conyugal consiste en que los esposos “se ayudan y se sostienen mutuamente, adquieren conciencia de su unidad y la logran cada vez más plenamente por la íntima unión de sus personas y actividades”.¹⁴

Las condiciones concretas del *consortium vitae* o la inteligente y libre comunidad de los esposos, que pertenece a la validez del matrimonio, son de orden mental. Éstas pueden ser estudiadas científicamente y a fondo por psiquiatras, que tienen la función de juzgar su valor como un sustrato indispensable de la vida moral y del orden canónico.

La jurisprudencia de la Rota Romana ha especificado posteriormente esta doctrina oficial del Concilio. En una decisión *Coram Anne* del 25 de febrero de 1969 no sólo se insiste en que la persona debe ser capaz de asumir las obligaciones del contrato matrimonial para poder contraerlo, sino que el objeto formal de dicho contrato está expresado en términos tomados de la Constitución Pastoral arriba citada. Puesto que el matrimonio comprende una obligación y un derecho por parte de los

¹³ Navarrete, U., *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II*, Roma, 1969, p. 75.

¹⁴ *Gaudium et Spes*, núm. 48.

JUAN PABLO ALCOCER

esposos para iniciar el *consortium vitae*, el consentimiento matrimonial se define como el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se donan recíprocamente la comunidad de vida y amor. En otras palabras, es el comienzo del proceso por el cual la pareja se constituye en una comunidad de vida y de amor, de la que deben ser capaces para ser considerados como ingresados al estado marital.

Mientras Anne admite que es difícil definir los elementos esenciales de una *communio vitae* cuando se considera *a priori*, es al menos posible determinar que nos los había al examinar el matrimonio *post factum*.

C. Coram Faggiolo¹⁵

Para comprender qué debemos entender por este *post factum*, puede ayudarnos una decisión *Coram Faggiolo* del 30 de octubre de 1970. Él hace la afirmación, un tanto atrevida, de que el mismo amor conyugal es la causa eficiente del matrimonio y su verdadera esencia.

Para determinar el significado de “amor conyugal” en un determinado caso, es conveniente tener en cuenta las distinciones que Anne hace de los elementos de la ley natural, cultura y aspiraciones personales de las personas que abrazan la *communio vitae*. Esto es, si no hay una relación interpersonal (el aspecto de la ley natural), tal y como normalmente se espera y se expresa a este nivel cultural, de acuerdo con las legítimas aspiraciones de dos personas que intentan casarse, entonces el matrimonio mismo no existe.

D. Cinco elementos

El célebre canonista canadiense Germain Lesage ha distinguido cinco elementos básicos de la *communio vitae* que emplea como prueba para determinar si se ha establecido en el matrimonio una genuina relación interpersonal:

¹⁵ Rotal del Tribunal Apostólico de la Rota Romana. La palabra latina *coram* significa “delante de”; es decir, es una sentencia dictada por el prelado de la Rota Romana de apellido Faggiolo (delante de Faggiolo).

- 1) *Equilibrio personal*. El balance y madurez requeridos para una forma de conducta verdaderamente humana.
- 2) *Comunidad de vida y de amor*. Una relación de amistad interpersonal y heterosexual.
- 3) *Intercambio y diálogo como comunidad*. Aptitud para cooperar suficientemente en la asistencia conyugal.
- 4) *Seguridad*. Equilibrio mental y sentido de responsabilidad requeridos para el bienestar material de hogar.
- 5) *Aptitud psíquica*. La aptitud de ambos esposos para participar a su manera normal y contribuir en la educación y bienestar de los niños.¹⁶

E. Tres pasos prácticos

Las pruebas enunciadas por Lesage pueden aun ser perfeccionadas siguiendo estos pasos prácticos:

- a) *Poner en claro las personalidades de los individuos comprometidos*. Esto aclarará si cada uno de ellos poseía el suficiente autocontrol personal que lo habilitaba para darse a sí mismo una relación interpersonal; es decir, el equilibrio personal necesario para establecer la comunidad y comprometerse al intercambio y diálogo que constituye la seguridad interpersonal.
- b) *¿Cómo reacciona la pareja en la primera crisis seria del matrimonio?* Ésta es “la prueba de fuego” que deben pasar si su relación es probada y hallada genuina. Si están incapacitados para subsanar su primera gran crisis, la capacidad de asumir responsabilidades a largo plazo, como es el matrimonio, es muy probable que no exista.
- c) *¿Cómo comparan los cónyuges hoy su estado personal de madurez y su capacidad para darse con cómo se veían a sí mismos al tiempo del matrimonio?*

Ciertamente, estos últimos criterios pueden ser muy importantes. Las dos personas que pretenden contraer matrimonio son los únicos verda-

¹⁶ Lesage, Germain, *Le divorce*, Montreal, Fides, 1973.

JUAN PABLO ALCOCER

deros “expertos” de su estado psíquico íntimo en su relación interpersonal, y de sus verdaderos problemas y de la intensidad con que los afligen en sus relaciones. Así como ellos son los únicos que pueden manifestar categóricamente cuáles eran sus expectativas al momento de contraer el matrimonio, también son los únicos capaces de indicar *post factum* si la realidad que probaron como relación interpersonal del matrimonio es en verdad la misma que hoy experimentan en su vida, o si existe una marcada diferencia.

Si después de la experiencia han ganado madurez, pueden ya dar un testimonio definitivo de la profundidad y extensión de la inmadurez que los afectó previamente y proporcionar una prueba importante de si como pareja podían considerarse realmente capaces de asumir y cumplir las responsabilidades de un consorcio permanente antes de haberlo contraído.

F. Coram Serrano: *considerar al “otro”*

Otro punto muy importante que hay que tomar en cuenta es que la capacidad para casarse, en un caso concreto, no puede probarse simplemente demostrando la ausencia de una seria enfermedad mental o una falta de libertad, sin ninguna consideración al “otro” con quien se debe hacer el contrato matrimonial. Esta consideración fluye naturalmente del hecho de que el matrimonio es un contrato en el que se dan y reciben mutuamente dos personas, es decir, de una persona determinada a otra en específico, con la debida consideración de las cualidades, los defectos y aun los problemas emocionales de estas personas concretas, consideradas en sí mismas y en sus mutuas relaciones.

En una decisión de la Rota, José María Serrano describe el carácter interpersonal del matrimonio como algo que es absolutamente concreto y prácticamente único: “Debemos considerar cada matrimonio como realizado entre dos personas determinadas, que se dan y se aceptan mutuamente de por vida, es decir, exactamente como son”.¹⁷

¹⁷ *Coram Serrano*, 5 de abril de 1973. Esta sentencia abrió camino a otras en materia de incapacidades psíquicas por el contenido antropológico-jurídico de su argumentación.

Esto no quiere decir que, cuando un matrimonio, al cabo de un tiempo, se hunde por falta de la así llamada “compatibilidad”, debe uno concluir de inmediato que aquél fue nulo e inválido desde un principio. Cuando juzgamos la capacidad o incapacidad de contraer matrimonio, no debemos pretender perfección de cualquiera de las partes. Tal actitud desprendería la santidad del matrimonio y también excluiría a muchos de contraer matrimonio válido. La perfección no se requiere ni es posible en este mundo; no obstante, si uno encuentra que una o ambas partes padecen desórdenes emocionales que inhiben aun el mínimo de la verdadera capacidad para compartir juntos la vida en común, hay que consultar a un psicólogo perito para determinar si el matrimonio fue válido o no.¹⁸

G. Tarea del juez

Además, según afirma Serrano, esta falta de capacidad se puede encontrar en las personas que no son psicópatas en el verdadero sentido.¹⁹ Él también nota que, para llegar a una conclusión en tales casos difíciles, el juez debe estudiar los sucesos que han acontecido últimamente en el matrimonio. Esto no quiere decir que de éstos pueda sacarse una prueba plena de capacidad o incapacidad, pero ciertamente pueden ser valiosos como ilustraciones de la personalidad de las partes implicadas en el caso. Este punto es materia de jurisprudencia común en la Rota y en todos los tribunales matrimoniales.

En resumen: si alguno de los esposos, pese a su buena voluntad, está radicalmente incapacitado para satisfacer suficientemente las exigencias de una vida en común y priva al compañero de un derecho esencial del matrimonio cristiano, tal persona es incapaz de cumplir el objeto de su promesa y, por consiguiente, contrae inválidamente.

¹⁸ Llobell, Joaquín, *Los procesos matrimoniales en la Iglesia*, Madrid, Rialp, 2014, pp. 10 y ss. También véase Ferrer Ortiz, Javier, “La capacidad para el consentimiento válido y su defecto (can. 1095)”, en Viladrich, Pedro-Juan (coord.), *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio: X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, Eunsa, 2000.

¹⁹ *Coram Serrano*, 5 de abril de 1973.

JUAN PABLO ALCOCER

H. Interrogatorio: incapacidad para la comunión de vida

Alcocer-Mendoza

Mexicana

Nulidad de Matrimonio

*Interrogatorio que presenta el Juez para la parte actora
o convenida en la Causa*

Después del juramento de decir verdad, pregunte el Sr. Juez lo siguiente:

1. Sea Ud. tan amable de darnos sus generales y de describirnos brevemente a sus respectivas familias.

2. ¿Cumple Ud. con sus deberes religiosos? ¿Hay algún sacerdote que pueda dar referencias de Ud.?

3. ¿Confirma Ud. en todas sus partes el libelo que presentó a este Tribunal el día? (¿Qué opinión tiene Ud. del libelo que presentó la parte actora? ¿O de la demanda misma?).

4. ¿Considera Ud. que su cónyuge es de toda honorabilidad y fidedignidad? ¿Piensa que sería capaz de mentir bajo juramento?

El Sr. Juez podría aquí explorar la personalidad y madurez de los contrayentes para comprobar si, al momento del matrimonio, habían logrado o no la necesaria integración de los aspectos a) Psicológicos, b) Afectivos, c) Sexuales, y d) Psicosociales valiéndose de algunos de los siguientes criterios, y teniendo en cuenta que en una verdadera madurez debe la persona ser moral y estable, con un normal dominio de sí misma, tener capacidad de amar, aceptando y respetando al otro, tal como éste es en su afectividad y sexualidad; saber compartir cargas y responsabilidades en la vida social, laboral y familiar, especialmente en lo referente a los niños: 1) Ver si no había demasiada dependencia de los padres. 2) Si la persona era capaz de tomar y mantener sus propias decisiones. 3) Si eligieron el matrimonio porque sus padres se oponían. 4) Si la persona era consecuente consigo misma. 5) Si la persona no estaba llena de dudas sobre sí y sobre el futuro. 6) Si la persona actuaba impulsivamente o por afán de nuevas experiencias. 7) Si la persona era dada a la bebida, a las drogas, si estaba o no en estado de abstinencia. 8) Si la persona no era dada a tener relaciones prematrimoniales que le impidieran tener madurez en la esfera de lo sexual y de dar y recibir verdadero amor. 9) Si tomó la decisión de casarse por razones ajenas al matrimonio.

6. ¿Cómo y cuándo se conocieron? ¿Cuánto duró el noviazgo y cómo se desarrolló? ¿Llegaron a conocerse a fondo? ¿También las familias entre sí? ¿Llegó a haber entre ustedes verdadero amor?

7. ¿Cuándo y cómo llegaron a la decisión del matrimonio? ¿Qué opinaron las familias? ¿Consultaron con alguna persona su decisión?

8. ¿Considera Ud. que, al momento del matrimonio, tenían ambos, sólo uno, o ninguno, la suficiente madurez de juicio para entender y evaluar un contrato que suponía entregarse el uno al otro, durante la vida entera? En otras palabras: ¿Considera Ud. que su decisión tuvo al menos cierta prudencia fundamental, que incluyese una buena información, discernimiento, sentido de la situación, deliberación, previsión, circunspección, cabal juicio y claro razonamiento que permitieran a Uds. saber bien lo que estaban haciendo y a lo que se estaban comprometiendo?

Más específicamente, ¿Fueron Uds. capaces de hacer una evaluación, al menos básica pero realista y objetiva, de sí mismos, y decidir libremente si de veras deseaban y eran capaces de establecer una comunidad de vida exclusiva y perpetua, una comunidad que implicaría toda una vida de interés por el otro y de comunión con él? ¿Por qué lo considera Ud. así?

¿Considera Ud. que tenían en ese momento, un verdadero equilibrio personal, es decir, el balance y madurez requeridos para una forma de conducta verdaderamente humana, de tal forma que pudieran brindarse y establecer entre Uds. una comunidad de vida y de amor, una relación de amistad íntima interpersonal y heterosexual, en la que hubiese un intercambio y diálogo como comunidad? ¿Que estaban Uds. aptos para cooperar suficientemente en la asistencia mutua conyugal, por un correcto sentido de responsabilidad en lo que respecta al bienestar material de hogar? ¿Para participar y contribuir, cada uno a su manera, como hombre y mujer y como individuos concretos, en la educación y bienestar de los hijos?

9. ¿Considera Ud., además, que tuvieron esa misma capacidad de razonar y juzgar en grado suficiente para entender la verdadera realidad del matrimonio que pretendían realizar concretamente entre ustedes dos, habida cuenta de sus condiciones y problemáticas personales? ¿Por qué lo considera Ud. así? ¿Podría proporcionarnos ejemplos ilustrativos?

JUAN PABLO ALCOCER

10. ¿Hubo algo de particular durante los trámites o la celebración de la boda? ¿Durante el viaje de bodas? ¿Se consumó normalmente el matrimonio?

11. ¿La convivencia conyugal les ayudó a madurar, o más bien agravó el problema? ¿Por qué lo considera Ud. así? ¿Podría proporcionarnos ejemplos concretos?

12. ¿Cuánto duró la convivencia conyugal? ¿Qué dificultades tuvieron? ¿Cuál fue su primera gran crisis? ¿Cómo reaccionaron ante ella? ¿Por qué cree Ud. que no la pudieron superar? ¿Cree Ud. que hoy sí hubieran podido? ¿Cómo compara su estado actual al que tenían entonces? ¿Cree que entonces no tuvieron ni la mínima capacidad para compartir sus vidas en verdadero amor? ¿Consultaron con alguien sus problemas? ¿Qué consejos recibieron y cómo los aplicaron?

13. ¿Cuándo fue la separación definitiva y el divorcio? ¿Cómo reaccionaron ellos entonces y posteriormente?

14. ¿Cómo considera Ud. que están ahora? ¿Considera que han superado todos esos problemas? ¿Que ya podrían contraer verdadera y sanamente un matrimonio por la Iglesia?

15. ¿Tiene Ud. algún otro dato que considere oportuno aportar para la causa?

16. Lo hasta aquí redactado, ¿corresponde fielmente a su declaración? ¿Desea Ud. corregir, suprimir o añadir algo?

I. Interrogatorio: incapacidad para la comunión de vida

*Alcocer-Mendoza
Mexicana
Nulidad de Matrimonio
Interrogatorio que presenta el Juez
para los Testigos en la Causa*

Después del juramento de decir verdad, pregunte el Sr. Juez lo siguiente:

1. Sea Ud. tan amable de darnos sus generales.
2. ¿Cumple Ud. con sus deberes religiosos? ¿Hay algún sacerdote que pueda dar referencias de Ud.?
3. ¿Desde cuándo y por qué motivo conoce a los Sres.
y? Por favor proporciónenos algunos datos de sus respectivas familias.

4. ¿Qué puede Ud. decirnos del temperamento, carácter, honorabilidad, religiosidad y credibilidad de la parte demandada?

El Sr. Juez podría aquí explorar la personalidad y madurez de los contrayentes para comprobar si, al momento del matrimonio, habían logrado o no la necesaria integración de los aspectos a) Psicológicos, b) Afectivos, c) Sexuales, y d) Psicosociales valiéndose de algunos de los siguientes criterios, y teniendo en cuenta que en una verdadera madurez debe la persona ser moral y estable, con un normal dominio de sí misma, tener capacidad de amar, aceptando y respetando al otro, tal como éste es en su afectividad y sexualidad; saber compartir cargas y responsabilidades en la vida social, laboral y familiar, especialmente en lo referente a los niños: 1) Ver si no había demasiada dependencia de los padres. 2) Si la persona era capaz de tomar y mantener sus propias decisiones. 3) Si eligieron el matrimonio porque sus padres se oponían. 4) Si la persona era consecuente consigo misma. 5) Si la persona no estaba llena de dudas sobre sí y sobre el futuro. 6) Si la persona actuaba impulsivamente o por afán de nuevas experiencias. 7) Si la persona era dada a la bebida, a las drogas, si estaba o no en estado de abstinencia. 8) Si la persona no era dada a tener relaciones prematrimoniales que le impidieran tener madurez en la esfera de lo sexual y de dar y recibir verdadero amor. 9) Si tomó la decisión de casarse por razones ajenas al matrimonio.

5. Ítem, de la parte actora.

6. ¿Cómo y cuándo se conocieron? ¿Cuánto duró el noviazgo y cómo se desarrolló? ¿Llegaron a conocerse a fondo? ¿También las familias entre sí? ¿Llegó a haber entre ustedes verdadero amor?

7. ¿Cuándo y cómo llegaron a la decisión del matrimonio? ¿Qué opinaron las familias? ¿Consultaron con alguna persona su decisión?

8. ¿Considera Ud. que, al momento del matrimonio, tenían ambos, sólo uno, o ninguno, la suficiente madurez de juicio para entender y evaluar un contrato que suponía entregarse el uno al otro, durante la vida entera? En otras palabras: ¿Considera Ud. que su decisión tuvo al menos cierta prudencia fundamental, que incluyese una buena información, discernimiento, sentido de la situación, deliberación, previsión, circunspección, cabal juicio y claro razonamiento que les permitieran saber bien lo que estaban haciendo y a lo que se estaban comprometiendo?

Más específicamente, ¿Considera Ud. que fueron capaces de hacer una evaluación, al menos básica pero realista y objetiva, de sí mis-

JUAN PABLO ALCOCER

mos, y decidir libremente si de veras deseaban y eran capaces de establecer una comunidad de vida exclusiva y perpetua, una comunidad que implicaría toda una vida de interés por el otro y de comunión con él? ¿Por qué lo considera Ud. así?

¿Considera Ud. que tenían al momento del matrimonio, un desarrollo suficiente de su capacidad de razonar y juzgar como para entender la verdadera naturaleza del matrimonio, con sus obligaciones y derechos? ¿Por qué lo considera Ud. así?

¿Considera Ud. que tenían en ese momento, un verdadero equilibrio personal, es decir, el balance y madurez requeridos para una forma de conducta verdaderamente humana, de tal forma que pudieran brindarse y establecer entre Uds. una comunidad de vida y de amor, una relación de amistad íntima interpersonal y heterosexual, en la que hubiese un intercambio y diálogo como comunidad? ¿Que estaban Uds. aptos para cooperar suficientemente en la asistencia mutua conyugal, por un correcto sentido de responsabilidad en lo que respecta al bienestar material de hogar? ¿Para participar y contribuir, cada uno a su manera, como hombre y mujer y como individuos concretos, en la educación y bienestar de los hijos?

9. ¿Considera Ud., además, que tuvieron esa misma capacidad de razonar y juzgar en grado suficiente para entender la verdadera realidad del matrimonio que pretendían en concreto realizar entre ellos dos, habida cuenta de sus condiciones y problemáticas individuales? ¿Por qué lo considera Ud. así? ¿Podría proporcionarnos ejemplos concretos?

10. ¿Hubo algo de particular durante los trámites o la celebración de la boda? ¿Durante el viaje de bodas?

11. ¿La convivencia conyugal les ayudó a madurar, o más bien agravó el problema? ¿Por qué lo considera Ud. así? ¿Podría proporcionarnos ejemplos concretos?

12. ¿Cuánto duró la convivencia conyugal? ¿Qué dificultades tuvieron? ¿Cuál fue su primera gran crisis? ¿Cómo reaccionaron ante ella? ¿Por qué cree Ud. que no la pudieron superar? ¿Cree Ud. que hoy sí hubieran podido? ¿Cómo compara su estado actual al que tenían entonces? ¿Cree que entonces no tuvieron ni la mínima capacidad para compartir sus vidas en verdadero amor? ¿Consultaron con alguien sus problemas? ¿Qué consejos recibieron y cómo los aplicaron?

13. ¿Cuándo fue la separación definitiva y el divorcio? ¿Cómo reaccionaron ellos entonces y posteriormente?

14. ¿Cómo les ve Ud. ahora? ¿Considera que han superado todos esos problemas? ¿Que ya podrían contraer verdadera y sanamente un matrimonio por la Iglesia?

15. ¿Tiene Ud. algún otro dato que considere oportuno aportar para la causa?

16. Lo hasta aquí redactado, ¿corresponde fielmente a su declaración? ¿Desea Ud. corregir, suprimir o añadir algo?²⁰

5. Conclusiones

La inteligencia, la voluntad y el libre albedrío de los lectores(as) encontraron tres abigarrados y nutridos capítulos sobre incapacidades psíquicas y, si fueron asistidos por el Paráclito, aprendieron novedades y realidades aplicables a los que pretendan contraer matrimonio católico o los que ya viven el matrimonio *in facto esse* (matrimonio diario, cotidiano o sociedad conyugal canónica única e indisoluble).²¹

Entendieron que “casarse” bajo este credo implica una serie de derechos y obligaciones a asumir y ejecutar todos los días en su vida de casados, por ejemplo, la llamada “comunidad de vida y amor”, de la que habló y enseñó el último concilio que vivió la humanidad: el Vaticano II.

Observaron que para “dominar” esta materia se necesitan conocimientos y experiencias en el foro canónico, que implican saber a profundidad disciplinas como derecho canónico, derecho matrimonial canónico, filosofía perenne, teología natural y sobrenatural, psiquiatría y psicología con antropología cristiana. Lo demás es vanidad, “humo de humos”, “vanidad de vanidades”, tal y como recita el salmista.

Aprendieron notables enseñanzas de una Iglesia de la que se dicen fieles y creyentes. Ahí radicó el reto. Vieron la ciencia y filosofía canónica en su vertiente matrimonial de incapacidades, con una mirada que

²⁰ Viladrich, Pedro-Juan, *El consentimiento matrimonial. Técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad (cc. 1095 a 1107 CIC)*, Pamplona, Eunsa, 1998; Viladrich, Pedro-Juan, *Comentario al canon 1095 del Código de Derecho Canónico*, Pamplona, Eunsa, 1997.

²¹ Aquino, Tomás de, *Suma teológica*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1963.

JUAN PABLO ALCOCER

asombra y descubre, desnuda e interroga. Espero que sea útil y para el bien de las sociedades civiles y eclesiásticas.

6. Bibliografía

- ALCOCER MENDOZA, Juan Pablo, *Derecho matrimonial canónico*, México, Tirant lo Blanch, 2016.
- ALCOCER MENDOZA, Juan Pablo (coord.), *Temas actuales de derecho canónico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- AQUINO, Tomás de, *Suma teológica*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1963.
- BAÑARES, Juan Ignacio y BOSCH, Jordi, *Consentimiento matrimonial e inmadurez afectiva*, Pamplona, Eunsa, 2005.
- Communicationes*, núm. 9, 1977.
- FERRER ORTIZ, Javier, “La capacidad para el consentimiento válido y su defecto (can. 1095)”, en VILADRICH, Pedro-Juan (coord.), *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio: X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- IGLESIAS ALTUNA, José María, *Procesos matrimoniales canónicos*, Madrid, Civitas, 1991.
- LESAGE, Germain, *Le divorce*, Montreal, Fides, 1973.
- LLOBELL, Joaquín, *Los procesos matrimoniales en la Iglesia*, Madrid, Rialp, 2014.
- MORÁN BUSTOS, Carlos M. y PEÑA GARCÍA, Carmen, *Nulidad de matrimonio y proceso canónico*, Madrid, Dykinson, 2007.
- MORRISEY, Francis G., “The Incapacity of Entering into Marriage”, *Studia Canonica*, vol. 8, 1974.
- NAVARRETE, U., *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II*, Roma, 1969.
- SERRES LÓPEZ DE GUEREÑU, Roberto, *La nulidad del matrimonio canónico. Un análisis desde la jurisprudencia*, Madrid, Ediciones Universidad San Dámaso, 2017.
- SOLÓRZANO, Roberto, *Manual de derecho y jurisprudencia matrimonial, Tribunal Metropolitano de los Ángeles, California*, corregido y aumen-

TRES INCAPACIDADES PARA CONTRAER MATRIMONIO CANÓNICO

- tado por el Tribunal Eclesiástico Metropolitano de México, México, Tribunal Eclesiástico Metropolitano de México, 1995.
- VILADRICH, Pedro-Juan, *Comentario al canon 1095 del Código de Derecho Canónico*, Pamplona, Eunsa, 1997.
- VILADRICH, Pedro-Juan, *El consentimiento matrimonial. Técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad (cc. 1095 a 1107 CIC)*, Pamplona, Eunsa, 1998.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VI, núm. 15, enero-julio de 2019

La intervención eficaz del Estado, en la restitución internacional de menores

*The effective intervention of the State,
in the international restitution of minors*

Adolfo Eduardo Cuitláhuac Montoya López*

RDP

RESUMEN

El presente artículo explica de manera clara y sucinta el procedimiento que mencionan tanto la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores como la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. De igual manera, se tratan los antecedentes de la sustracción internacional de menores y sus conceptos básicos, a fin de que se pueda comprender en qué consiste una restitución internacional, así como los casos en los que se puede dar de manera genérica. Asimismo, se ejemplifican el número de casos que se han venido generado en nuestro país, el trato que se les ha dado y en dónde se han iniciado los mismos, pudiendo con ello el lector comprender que el fenómeno de la sustracción de menores no se trata propiamente de un aspecto particular de nuestro país, sino que, por el contrario, es una situación que, debido a la globalización, cada día es más común, por lo cual los Estados tienen la obligación de brindar las medidas necesarias para evitar que se dé el mismo y, en todo caso, si ya se dio, se proporcione un procedimiento justo y acorde a las necesidades de los menores.

* Doctor en Derecho por la UNAM.

ADOLFO EDUARDO CUITLÁHUAC MONTOYA LÓPEZ

PALABRAS CLAVE: sustracción; menores; restitución internacional; procedimiento; Convención de La Haya; Convención Interamericana; protección; retención ilegal; autoridad central.

ABSTRACT

This article explains clearly and succinctly the procedure mentioned in both The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Inter-American Convention on the International Return of Children. In the same way, the antecedents of the international abduction of minors and their basic concepts are treated, so, with this, we can understand in what constitutes an international restitution, and the cases in which they can be given in a generic way. Likewise, the number of cases that have been generated in our country, the treatment that has been given to them and where they have been initiated are exemplified, with this, reader can understand that the phenomenon of the abduction of minors is not a particular aspect of our country, it is a situation that, due to globalization, is becoming more common every day, for which States have the obligation to provide the necessary measures to prevent give the same and, in any case, if it was given, provide a fair procedure and according to the needs of the children.

KEY WORDS: abduction; minors; international restitution; process; Hague Convention; Inter-American Convention; protection; illegal retention; central authority.

Sumario:

1. Introducción.
2. Antecedentes.
 - Conceptos generales.
3. Procedimiento de restitución.
 - A. Etapas de la restitución.
 - B. Plazos.
4. Análisis estadístico de casos de restitución internacional en México.
 - A. Casos relacionados con Estados Unidos de América.
 - B. Formas de conclusión anticipada.
5. Conclusión.
6. Bibliografía.

1. Introducción

Durante los procesos de separación entre dos progenitores, que ponen fin al matrimonio o a la relación de hecho que los vinculaba, se suscitan diversas disputas por la custodia de los hijos, el régimen de visitas, el pago de alimentos, entre otras. En este sentido, los conflictos generalmente suelen resolverse a través de convenios o por resolución judicial de la autoridad competente; sin embargo, en ocasiones, alguno de los padres viola los derechos de custodia o visitas del otro progenitor, transgrediendo, además, de forma grave los derechos del menor. Algunos de estos derechos que se vulneran se encuentran protegidos por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; por ejemplo, el derecho a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos (con algunas excepciones) y el derecho a no ser traslado o retenido de forma ilícita en el extranjero.¹

Con el propósito de regular y proteger estos derechos a favor de todos los niños y niñas de México, el 13 de diciembre de 1990 se firmó el Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de enero de 1991, mediante el cual México firmó su adhesión a la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, suscrita el 25 de octubre de 1980, cuya finalidad es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante, así como proteger los derechos de custodia y visitas vigentes en cada uno de ellos, para que sean respetados en los demás Estados parte.²

Del mismo modo, en el continente americano se llevó a cabo un proceso normativo por parte de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, bajo los auspicios de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que dio origen a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores,³ aprobada en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989. Esta Convención fue aprobada el 22 de junio de 1994 por la Cámara de Senadores del Con-

¹ Artículos 9o. y 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

² Artículo 1o. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

³ Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>.

ADOLFO EDUARDO CUITLÁHUAC MONTOYA LÓPEZ

greso de la Unión, según el Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de julio del mismo año.

De esta forma, una consecuencia natural al producirse la sustracción o retención ilegal de un menor en el extranjero consiste en que el progenitor que ve afectados sus derechos de custodia o visitas acuda ante las autoridades del país donde residía habitualmente el menor para solicitar su intervención.

Así las cosas, en el presente artículo se analizará si la intervención del Estado mexicano en los casos de restitución internacional de menores es realmente eficaz, o bien se encuentra limitada o rebasada por los estándares internacionales actuales; asimismo, se analizarán el número de casos resueltos en nuestro país y el sentido de las resoluciones emitidas.

2. Antecedentes

Las desavenencias entre progenitores suelen derivar en conductas perjudiciales para los propios hijos de la pareja, quienes, además de ser ajenos completamente a tal situación, llegan a ser tratados como meros objetos.

Dentro de la amplia gama de conductas que en muchos casos asumen los progenitores, se encuentra, cada vez con mayor frecuencia, aquella que consiste en desplazar ilícitamente al menor desde el Estado donde éste tiene su residencia habitual a un país distinto, o bien retenerlo ilegalmente en este último.

Tal fenómeno ha aumentado considerablemente diversos aspectos, como puede ser la dispersión internacional de la familia, la multiplicación de matrimonios y parejas interculturales, el incremento de las comunicaciones, la celeridad de los medios de transporte modernos, las migraciones laborales internacionales y, en general, el debilitamiento de la flexibilidad de las fronteras del Estado posmoderno. Todo ello, en el marco e, incluso, motivado por la globalización, en general, y por los procesos de integración regional, en particular.⁴

⁴ Scotti, Luciana Beatriz, "Bases legislativas para el trámite urgente de los pedidos de restitución internacional de menores", p. 1, disponible en: <http://www.uba.ar/download/investigacion/resumenscottii.pdf> (fecha de consulta: 11 de octubre de 2017).

Con la intención de combatir este problema, la comunidad internacional, el 25 de octubre de 1980, suscribió la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la cual pretende restituir al menor al Estado de su residencia habitual, a fin de garantizar sus derechos a permanecer con sus padres y a no ser trasladado o retenido de manera ilícita en un país diverso del de su residencia habitual.

De acuerdo con lo expuesto durante la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (Hague Conference on Private International Law),⁵ este tratado multilateral, que hoy cuenta con 96 Estados parte, no pretende involucrarse en cuestiones de custodia, sino que hace efectivo el principio de que todo niño que ha sido sustraído debe ser reintegrado inmediatamente al Estado de su residencia habitual. Una vez que el niño es restituido, las autoridades locales deberán determinar dónde y con quién vivirá el menor.

Debemos precisar que, mientras existe la sustracción, salvo ciertas limitantes, tal y como más adelante veremos, el Convenio de La Haya de 1980 también ha sido diseñado para asegurar la protección de los derechos de visita.

La creación de este Convenio atiende de manera especial al incremento de matrimonios y relaciones de hecho binacionales, donde alguno de los progenitores o familiares considera tener un mejor derecho respecto del otro progenitor para ejercer la guardia y custodia de su hijo, limitando de forma grave el derecho del menor a convivir con ambos padres.

Es de resaltar que, actualmente, los Estados latinoamericanos poseen dos instrumentos multilaterales que abordan específicamente la temática de la sustracción internacional de niños: el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Hoy en día, diecisiete Estados latinoamericanos son parte del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, en tanto que la Convención Interamericana se encuentra en vigor en catorce Estados americanos (incluyendo Bolivia y Antigua

⁵ “Miembros de la HCCH”, Hague Conference on Private International Law (HCCH), disponible en: <https://www.hcch.net/es/states/hcch-members> (fecha de consulta: 4 de octubre de 2017).

ADOLFO EDUARDO CUITLÁHUAC MONTOYA LÓPEZ

y Barbuda, que aún no son parte del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores).⁶

De esta manera, y toda vez que en México existe un claro interés de proteger y garantizar los derechos de todas las niñas y niños de nuestro país, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 4o., párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece la obligación de que en todas las decisiones y actuaciones del Estado debe velarse y cumplir con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos, el 13 de diciembre de 1990 y el 22 de junio de 1994, respectivamente, ambos instrumentos internacionales fueron aprobados por la Cámara de Senadores de nuestro país con el ánimo de combatir el traslado o retención ilegal de niños y niñas mexicanos en el extranjero, y de manera recíproca con otros Estados para iguales efectos.

Conceptos generales

Con el propósito de lograr una mejor comprensión del tema que se analiza, a continuación, se explican algunos de los conceptos más importantes de la restitución internacional de menores:

- a) *Sustracción o secuestro internacional de menores*. “Es el fenómeno que se produce cuando un sujeto traslada a un menor de un país a otro con infracción de las disposiciones legales”.⁷
- b) *Retención ilegal de menores en el extranjero*. Para Santaniello, mencionado por Arias Gómez, “[l]a retención en el extranjero es cuando el niño no es devuelto por uno de los padres a su país

⁶ “Sección Latinoamérica y el Caribe”, Hague Conference on Private International Law (HCCH), disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction/latin-america#interamerican> (fecha de consulta: 6 de octubre de 2017).

⁷ Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier, “Sustracción internacional de menores: una visión general”, en Gamarra Chopo, Yolanda (coord.), *El discurso civilizador en derecho internacional. Cinco estudios y tres comentarios*, Zaragoza, Institución “Fernando el Católico”, 2011, p. 115, disponible en: <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf> (fecha de consulta: 4 de octubre de 2017).

de origen o de residencia habitual, después de un período de estancia en un país extranjero, al que el otro padre había dado su consentimiento”.⁸

- c) *Traslado o retención ilícitos*. Ocurre cuando el traslado o retención se realiza en contravención de un derecho de custodia efectivamente ejercido, ya sea éste exclusivo o compartido, que es atribuido por el derecho de la residencia habitual del menor inmediatamente antes del traslado o retención, ya sea de pleno derecho, por una decisión jurisdiccional o administrativa o por el acuerdo de las partes.
- d) *Restitución internacional de menores*. Es un mecanismo o procedimiento autónomo que impone la cooperación mutua entre los Estados, a fin de efectivizar el pronto retorno del menor al Estado de su residencia habitual, cuando aquél fue trasladado o retenido ilícitamente, es decir, conculcando un derecho de custodia atribuido de conformidad con la ley de residencia habitual del menor, y ejercido de forma efectiva al momento del traslado o retención.
- e) *Derecho de custodia*. Este derecho comprende la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del menor y, por lo tanto, del traslado del menor. En este sentido, la jurisprudencia internacional ha sostenido de forma reiterada que se habilitará la vía de los convenios cuando cualquier persona física, tribunal, institución u órgano, que tenga un derecho a objetar el traslado del menor fuera de la jurisdicción, no sea consultada de manera previa al traslado o se niegue a él. Por lo tanto, es suficiente la existencia de la facultad de decidir acerca de la radicación del menor en el extranjero para que se configure la noción de custodia prevista en los convenios.
- f) *Residencia habitual*. Es la situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y se refiere al centro de gravedad de la vida

⁸ Arias Gómez, Ma. de Lourdes, “El retorno del niño sustraído a su residencia habitual: objetivo de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, marzo de 2013, disponible en: www.eumed.net/rev/cccss/23/restitucion-internacional-menores.html (fecha de consulta: 16 de noviembre de 2017).

ADOLFO EDUARDO CUITLÁHUAC MONTOYA LÓPEZ

del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores.

- g) *Menor*. Se considera como “menor” a los niños y adolescentes de hasta 16 años, de acuerdo con la calificación del Convenio de La Haya y de la Convención Interamericana.⁹

Es importante señalar que cada uno de los conceptos descritos anteriormente son aplicables dentro del contexto de la restitución internacional de menores, por lo que su aplicación en la regulación interna de cada uno de los países miembros de las convenciones puede variar.

Hecho lo anterior, a continuación, se realizará un análisis del procedimiento de restitución a la luz de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

3. Procedimiento de restitución

En términos generales, señalamos que tanto la Convención de La Haya de 1980 como la Convención Interamericana de 1989 regulan los aspectos civiles de la restitución de menores que son trasladados ilegalmente desde cualquiera de los Estados contratantes, o que, habiendo sido trasladados legalmente, hayan sido retenidos sin autorización de cualquiera de los progenitores o persona que ostente la custodia del niño o niña, violentando los derechos de guarda y custodia o visitas, según corresponda, previamente otorgados por la autoridad competente del país de residencia habitual del menor.

Para el establecimiento del procedimiento de restitución internacional, se nombró una autoridad central en cada uno de los países miembros de la Convención de La Haya, atendiendo a lo dispuesto por los artículos 6o. y 7o. de la misma;¹⁰ dicha autoridad es quien se encarga del cumplimiento de las obligaciones que le impone la Convención a cada uno de los Estados parte.

⁹ Scotti, Luciana Beatriz, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰ Artículos 6o. y 7o. de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Asimismo, debemos aclarar que los Estados federales, los Estados en que estén vigentes más de un sistema jurídico o los Estados que cuenten con organizaciones territoriales autónomas tienen la libertad para designar más de una autoridad central y para especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas autoridades. De esta manera, el Estado que haga uso de esta facultad deberá designar la autoridad central a la que puedan dirigirse las solicitudes, con el fin de que las transmita a la autoridad central competente en dicho Estado.

Así las cosas, las autoridades centrales tienen la obligación de colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados; lo anterior, con la finalidad de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos de la Convención.

A. Etapas de la restitución

Ahora bien, el procedimiento de restitución está integrado por dos etapas: una administrativa y/o una judicial. Conforme a lo dispuesto en los artículos 8o. de la Convención de La Haya y 9o. de la Convención Interamericana,¹¹ el procedimiento se inicia mediante la presentación de una solicitud de restitución ante la autoridad central del país de residencia habitual del menor o de cualquier otro Estado contratante.

Dicha solicitud deberá contener, por lo menos, la información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor; la fecha de nacimiento del menor; los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución de éste, y toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor.

En nuestro país se nombró a la Secretaría de Relaciones Exteriores, a través de la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior y la Dirección de Derecho de Familia, como autoridad central.¹² En gene-

¹¹ Artículos 8o. de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y 9o. de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

¹² Información disponible en: https://www.hcch.net/es/states/authorities/details3/?a_id=107.

ADOLFO EDUARDO CUITLÁHUAC MONTOYA LÓPEZ

ral, su función se circunscribe a la entrega de información a la autoridad competente (en nuestro caso generalmente es la judicial), ya sea en nuestro país o en el extranjero. Sin embargo, su papel no sólo se limita a la entrega de información, sino que, por el contrario, también realiza funciones de mediación, a fin de garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable entre las personas que ejercen la custodia o régimen de visitas sobre el menor; en caso de no lograrlo, procederá a incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo.¹³

Una vez que la autoridad central recibe una solicitud de restitución de un menor, y tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante, debe transmitir la solicitud directamente y sin demora a la autoridad central de éste, e informar, además, a la autoridad central requirente.¹⁴ De esta forma, la autoridad central del Estado donde se encuentre el menor tiene la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor.¹⁵

Asimismo, las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes deben actuar con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores, por lo que, si la autoridad judicial o administrativa competente no llega a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante de la restitución o la autoridad central del Estado requerido, por su propio derecho o instancia de la autoridad central del Estado requirente, tiene derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora. En caso de que la autoridad central del Estado requerido recibiera una respuesta, debe transmitirla inmediatamente a la autoridad central del Estado solicitante.¹⁶

¹³ Artículo 7o. de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

¹⁴ Artículo 9o. de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

¹⁵ Artículo 10 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

¹⁶ Artículo 11 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

B. Plazos

Ahora bien, el plazo para realizar la solicitud de restitución de un menor y que se ordene la restitución inmediata a su país de residencia es de un año, contado a partir de que se realizó la sustracción ilegal; es decir, si en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halla el menor “hubiera transcurrido un periodo inferior a un año” desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, “la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor”, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención de La Haya. No obstante, dicho numeral prevé, asimismo, los casos en que el procedimiento de restitución se haya iniciado después de expirado el término de un año, donde se procederá también a la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.¹⁷

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, en su artículo 14, señala que los procedimientos de restitución deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario, contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente.

Con respecto a los menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados.

Por excepción, el vencimiento del plazo de un año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si, a criterio de la autoridad requerida, lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demuestre que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.¹⁸

Por otra parte, los artículos 13 de la Convención de La Haya y 11 de la Convención Interamericana prevén tres supuestos en donde la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor:

¹⁷ Artículo 12 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

¹⁸ Artículo 14 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

ADOLFO EDUARDO CUITLÁHUAC MONTOYA LÓPEZ

- 1) El primer supuesto ocurre cuando la persona, institución u organismo que se hizo cargo del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido, o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.
- 2) El segundo supuesto se presenta cuando existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico, o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.
- 3) El tercer supuesto se refiere a la posibilidad de que se compruebe que el propio menor se opone a su restitución, cuando éste haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.¹⁹

Adicionalmente a lo señalado en el párrafo anterior, es importante señalar que ambos instrumentos internacionales dejan de surtir efectos cuando el menor ha cumplido 16 años,²⁰ supuesto en el que será necesario tomar en consideración la opinión del menor.

Sobre las hipótesis a las que nos hemos referido y que se prevén en los artículos 13 de la Convención de La Haya y 11 de la Convención Interamericana, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación²¹ se ha pronunciado al respecto, señalando que la restitución inmediata de un menor constituye la regla general para la protección de los menores sustraídos, por lo que se advierte que todo el sistema previsto por el Convenio de La Haya tiene como eje rector el principio del interés

¹⁹ Artículo 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

²⁰ Artículos 4o. de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y 2o. de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

²¹ Tesis 1a. XXXVII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 15, t. II, febrero de 2015, p. 1420, bajo el rubro “SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LAS EXCEPCIONES A LA RESTITUCIÓN INMEDIATA PREVISTAS EN EL CONVENIO DE LA HAYA DEBEN SER INTERPRETADAS DE MANERA ESTRICTA Y APLICADAS DE FORMA EXTRAORDINARIA”, disponible en: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=2008419&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2008419&Hit=1&IDs=2008419&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema (fecha de consulta: 25 de octubre de 2017).

superior del menor y, por ende, resulta necesario admitir que el traslado de un niño puede en ocasiones estar justificado por razones objetivas relacionadas con su persona o con el entorno que le era más próximo. Por lo tanto, el propio Convenio reconoce ciertas excepciones extraordinarias a la obligación general asumida por los Estados contratantes de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita.

Sin embargo, el margen de discrecionalidad, que corresponde a la autoridad competente del Estado receptor, para resolver la solicitud de restitución debe quedar reducido a su mínima expresión, debido a la obligación que sobre ella recae en la labor de determinación del interés superior del menor. Por ello, se ha señalado que el interés superior del menor debe girar, en principio, en torno a su inmediata restitución, a menos que quede plenamente demostrada alguna de las excepciones extraordinarias que se señalan en el propio Convenio, las cuales deben ser interpretadas por los operadores jurídicos de la forma más restringida para garantizar su correcta aplicación y no hacer nugatorios los objetivos del Convenio.

Por lo tanto, una vez resuelta la solicitud de restitución de un menor, y en caso de que se haya determinado su procedencia, la autoridad competente del país que realizó la solicitud resolverá lo conducente en relación con el ejercicio de la custodia del menor.

Finalmente, por lo que se refiere a las solicitudes que tienen como finalidad garantizar el ejercicio efectivo del derecho de visita, pueden presentarse ante las autoridades centrales de los Estados contratantes de la misma forma que la solicitud para la restitución del menor. Las autoridades centrales están sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en los artículos 7o. de la Convención de La Haya y 7o. de la Convención Interamericana, con el fin de asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho; por tal motivo, deberán adoptar las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.²²

²² Artículos 7o. y 21 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, y artículo 7o. de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

ADOLFO EDUARDO CUITLÁHUAC MONTOYA LÓPEZ

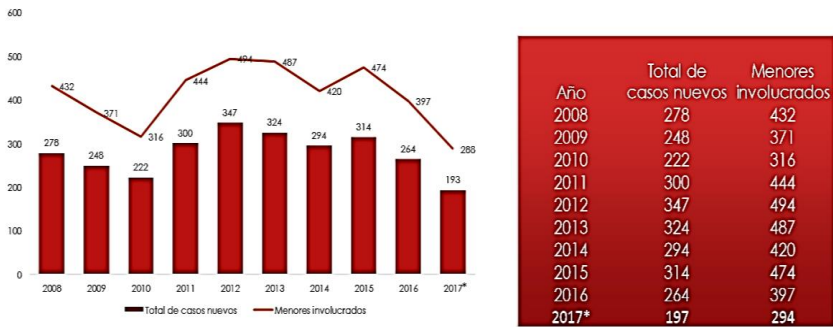
Es importante resaltar que los efectos que produce la restitución internacional de menores, con relación al derecho de custodia o de visitas del padre o madre sustractor, de ninguna manera se ven afectados, tal y como lo señaló la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la Tesis 1a. CCLIII/2016 (10a.),²³ al mencionar que el otorgamiento de la restitución no implica la permisión de que el menor y el progenitor que lo sustrajo o retuvo ilegalmente sean separados indefinidamente, suprimiendo sus derechos a la convivencia, pues, por el contrario, considerando que el menor tiene derecho a convivir con ambos progenitores, cuando se ordena la restitución de un menor, éste generalmente se reintegra con el padre del cual fue separado; asimismo, si bien la restitución necesariamente trae como consecuencia que sea separado del progenitor que lo sustrajo o retuvo ilegalmente, a fin de que sea devuelto al Estado que lo reclama, lo cierto es que esa separación no es definitiva, ya que los progenitores tienen derecho de comparecer ante las autoridades competentes en ese Estado, a fin de que se decida en definitiva quién de ellos debe ejercer la guarda y custodia, así como quién debe, en su caso, sujetarse a un régimen de visitas o convivencias, máxime que el artículo 19 de la Convención en comento es terminante en señalar que la decisión adoptada en virtud de ella sobre la restitución del menor no afectará la decisión de fondo del derecho de custodia; además, en términos de los artículos 1o., inciso a, y 5o., inciso b, de la propia Convención, los Estados parte están obligados a velar por que los derechos de custodia y visita se respeten, considerando que el derecho de visita comprende el de llevar al menor por un tiempo limitado a otro lugar diferente de aquel en que tiene su residencia habitual; en consecuencia, la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores no suprime el derecho de convivencia entre el menor y el progenitor sustractor o retenedor.

²³ Tesis 1a. CCLIII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 36, t. II, noviembre de 2016, p. 893, bajo el rubro “CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. NO SUPRIME EL DERECHO DE CONVIVENCIA ENTRE EL MENOR Y EL PROGENITOR SUSTRACTOR O RETENEDOR”, disponible en: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralIV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apndice=1000000000000&Expresion=2013135&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2013135&Hit=1&IDs=2013135&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema (fecha de consulta: 25 de octubre de 2017).

4. Análisis estadístico de casos de restitución internacional en México

A continuación, se realizará un análisis de las estadísticas publicadas por la Dirección General Adjunta de Derecho de Familia, de la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior, de la Secretaría de Relaciones Exteriores, al 30 de septiembre de 2017,²⁴ donde se señala que en nuestro país, de 2008 al 30 de septiembre de 2017, se presentaron 2,788 solicitudes de restitución, en las que estuvieron involucrados 4,129 menores. Vale la pena precisar que, si bien es cierto que los datos de la presente estadística no son actuales, también lo es que se trata de la única estadística con la que se cuenta de manera objetiva y oficial (véase figura 1).

FIGURA 1



* Datos al 30 de septiembre de 2017

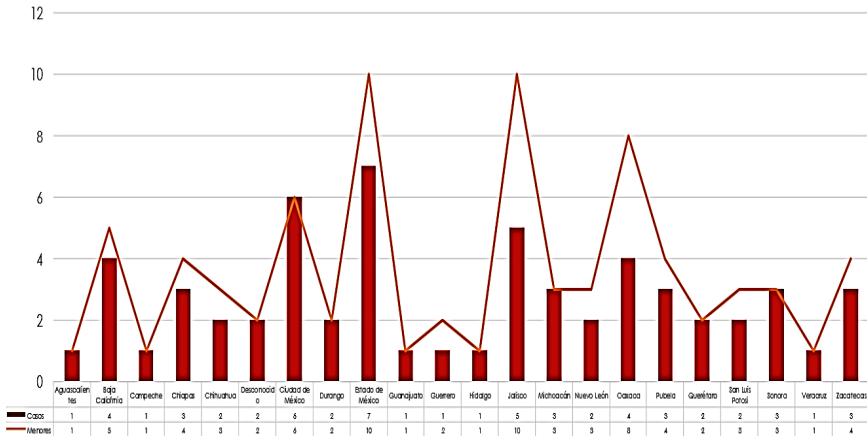
De acuerdo con la información proporcionada por la Secretaría de Relaciones Exteriores, el número de solicitudes realizadas incluye a todos los casos donde México participó como país requirente y requerido; es decir, en lo que iba de 2017 México realizó 138 solicitudes de restitución internacional, donde intervinieron 215 menores, y recibió 59 solicitudes del extranjero, relacionadas con 79 menores.

²⁴ Información disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/265679/Estad_sticas_sustracci_n_y_retenci_n_2016-2017.pdf (fecha de consulta: 24 de octubre de 2018).

ADOLFO EDUARDO CUITLÁHUAC MONTOYA LÓPEZ

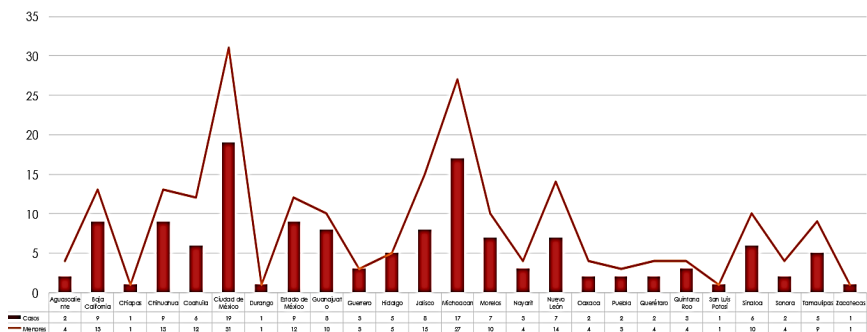
De las solicitudes recibidas por nuestro país, en sólo seis casos los menores fueron requeridos a las autoridades de la Ciudad de México; por su parte, los demás se encuentran distribuidos de la siguiente manera:

FIGURA 2



Entrantes: Aquellos casos en los que México ha recibido una petición del extranjero * Datos al 30 de septiembre de 2017

FIGURA 3

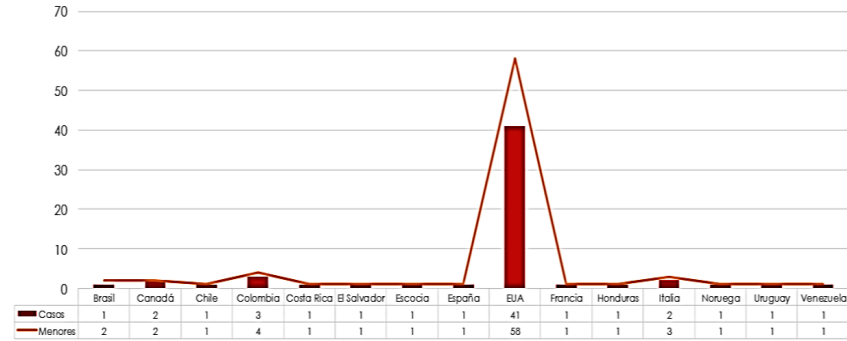


Salientes: Aquellos casos en los que México es el peticionario de la restitución * Datos al 30 de septiembre de 2017

En las gráficas que se presentan a continuación, se observa el número de casos en los que México ha recibido solicitudes de restitución del extranjero, así como el número de solicitudes hechas por México a otros Estados contratantes hasta 2017; asimismo, se observa el país del que proviene o se dirige dicha petición.

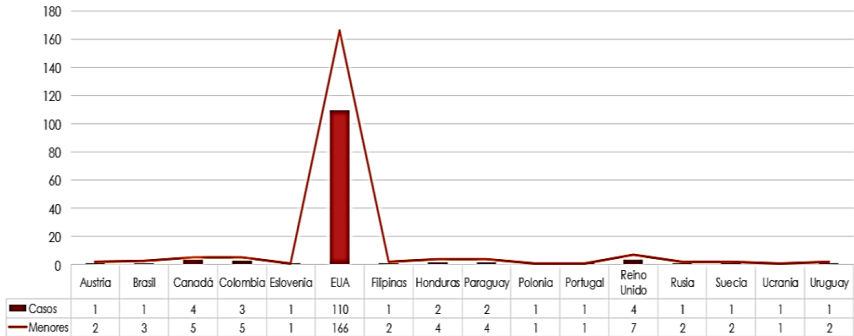
LA INTERVENCIÓN EFICAZ DEL ESTADO, EN LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

FIGURA 4



Entrantes: Aquellos casos en los que México ha recibido una petición del extranjero * Datos al 30 de septiembre de 2017

FIGURA 5

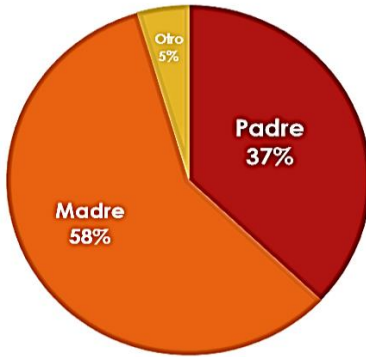


Salientes: Aquellos casos en los que México es el peticionario de la restitución * Datos al 30 de septiembre de 2017

Del número de casos de restitución internacional que se han presentado en nuestro país en 2017, ya sea como país requirente o requerido, el 58% de las sustracciones se realizaron por la madre del menor; el 37%, por el padre, y el 5% restante, por algún otro miembro de la familia (véase figura 6).

ADOLFO EDUARDO CUITLÁHUAC MONTOYA LÓPEZ

FIGURA 6



* Datos al 30 de septiembre de 2017

La gráfica anterior muestra que el mayor número de casos de sustracción internacional de menores es realizado por las madres. Una posible explicación a este fenómeno podría ser la situación conyugal de las mujeres en nuestro país; en efecto, de acuerdo con datos de la Encuesta Intercensal 2015, realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), el 27.8% de las mujeres de 12 y más años con al menos un hijo nacido vivo ejercen su maternidad sin pareja; el 21.3% están separadas, divorciadas o viudas, y el 6.5% son madres solteras. De esta forma, del total de madres con pareja, el 19.5% están en unión libre y el 52.7% se encuentran casadas. Entre estas últimas destaca que en 3.5% y 4.9% de los casos, respectivamente, su cónyuge o pareja reside en otra vivienda.²⁵

Asimismo, de acuerdo con las estadísticas realizadas por el INEGI, el número de divorcios tramitados ante autoridad judicial durante 2015 y 2016 fue de 110,865 y 126,168, respectivamente.²⁶ De estas cifras, en 2015 fueron 56,714 casos en los que la madre fue quien obtuvo la guarda y custodia de los hijos, mientras que en 2016 fueron 62,388 casos donde la madre obtuvo la custodia (véase figura 7).

²⁵ Información disponible en: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2017/madre2017_Nal.pdf.

²⁶ Información disponible en: http://www.inegi.org.mx/lib/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?#Regreso&c.

LA INTERVENCIÓN EFICAZ DEL ESTADO, EN LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Con respecto a los casos de separación, podemos mencionar la siguiente estadística en cuanto a divorcios y quiénes son las personas que inician el trámite mencionado:

FIGURA 7

<i>Divorcios</i>			<i>Divorcios</i>		
<i>Persona custodia hijos: primer divorciante</i>			<i>Persona custodia hijos: segundo divorciante</i>		
<i>Sexo primer divorciante: mujer</i>			<i>Sexo primer divorciante: hombre</i>		
<i>Año de registro</i>	<i>2015</i>	<i>2016</i>	<i>Año de registro</i>	<i>2015</i>	<i>2016</i>
<i>Total</i>	13,454	16,682	<i>Total</i>	43,260	45,706
<i>Judicial</i>	13,454	16,682	<i>Judicial</i>	43,260	45,706

NOTA: El primer divorciante es aquel que presenta la demanda de divorcio.
 FUENTE: INEGI, “Estadísticas de nupcialidad”.²⁷

De la información presentada anteriormente, se desprende que, de 110,865 casos de divorcio durante 2015, donde además se resolvieron cuestiones sobre guarda y custodia de los hijos, en 56,714 de ellos la madre obtuvo la custodia de los hijos, es decir, sólo en 54,151 casos el padre consiguió la custodia de los menores; por otro lado, en 2016, de los 126,168 casos de divorcio, en 62,388 de ellos la madre obtuvo la custodia y en 63,780 casos fue el padre quien la consiguió.

Si bien es cierto que existe una diferencia marcada entre el número de casos donde la madre obtiene la custodia de los hijos y el número de casos en los que el padre la consigue, también lo es que el número de casos donde la madre lleva a cabo la sustracción o retención internacional de menores es proporcional a los casos donde ella ejerce la guarda y custodia de los mismos, por lo que dicha circunstancia puede atender al “acceso” diario e irrestricto que tiene a sus hijos, o bien que se sienta amenazada por el padre al intentar obtener la custodia de los niños. Esto mismo ocurre en los casos donde es el padre quien realiza la sustracción.

²⁷ *Idem.*

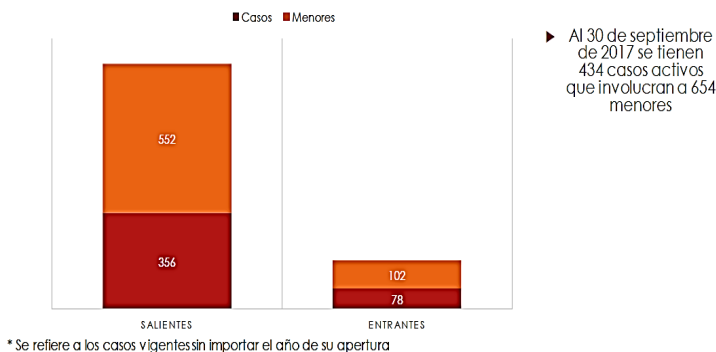
ADOLFO EDUARDO CUITLÁHUAC MONTOYA LÓPEZ

No hay que perder de vista que la sustracción o retención ilegal de un menor en el extranjero se puede suscitar no sólo en los casos donde existe una relación conyugal, derivada del matrimonio o concubinato entre los progenitores del niño o niña de que se trate, sino que también existen numerosos casos donde la sustracción se realiza por el padre o la madre de un menor que procrearon en común, al haber sostenido una relación de noviazgo o simplemente al haber mantenido relaciones sexuales sin ningún tipo de compromiso formal, lo que implica que ambos tengan el derecho de patria potestad y la guarda y custodia sobre el menor, siempre y cuando esta última no le haya sido otorgada de manera exclusiva a alguno de ellos por una autoridad judicial competente.

Es importante recordar que la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores busca proteger el derecho de custodia, por lo que dispone que el derecho de guarda y custodia comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia.²⁸

Por otro lado, de acuerdo con la información proporcionada por la Secretaría de Relaciones Exteriores, hasta el 30 de septiembre de 2017 se tenían 434 casos activos, donde se involucraron a 654 menores, de los cuales 344 casos se encontraban en trámite con Estados Unidos de América e involucraron a 526 menores.²⁹

FIGURA 8



²⁸ Artículo 3o. de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

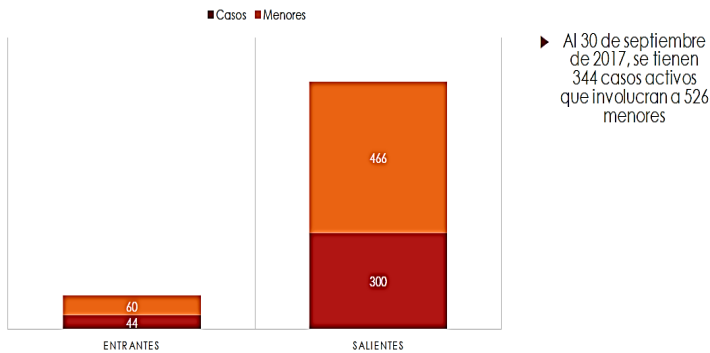
²⁹ Información disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/265679/Estad_sticas_sustracci_n_y_retenci_n_2016-2017.pdf.

LA INTERVENCIÓN EFICAZ DEL ESTADO, EN LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

La estadística antes referida es ejemplificativa, ya que, por la ubicación de nuestro país y la estrecha relación con el país del norte, los casos de sustracción que se dan son obviamente más comunes que con otros países.

A. Casos relacionados con Estados Unidos de América

FIGURA 9

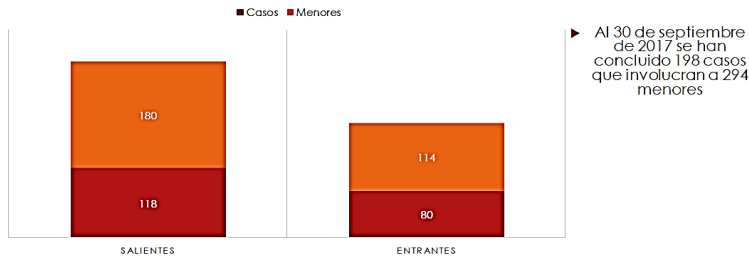


▶ Al 30 de septiembre de 2017, se tienen 344 casos activos que involucran a 526 menores

* Se refiere a casos vigentes sin importar el año de su apertura

Ahora bien, hasta la misma fecha se concluyeron 198 casos, relacionados con 294 menores; todos ellos, tomando en cuenta las solicitudes realizadas por nuestro país al extranjero, así como las recibidas por México.³⁰

FIGURA 10



▶ Al 30 de septiembre de 2017 se han concluido 198 casos que involucran a 294 menores

Salientes: Aquellos casos en los que México es el peticionario de la restitución
Entrantes: Aquellos casos en los que México ha recibido una petición del extranjero * Datos al 30 de septiembre de 2017

³⁰ *Idem.*

ADOLFO EDUARDO CUITLÁHUAC MONTOYA LÓPEZ

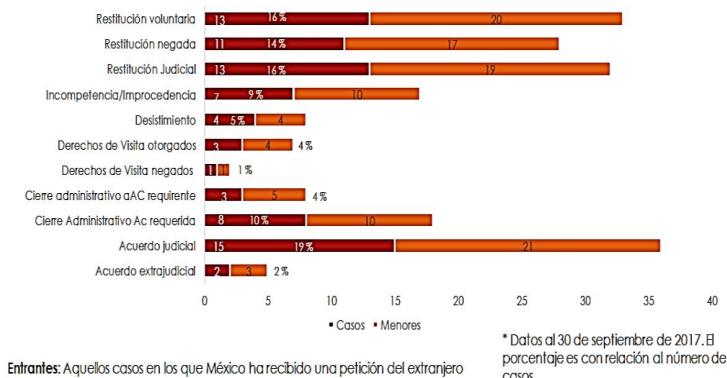
B. Formas de conclusión anticipada

Finalmente, la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores prevén la posibilidad de que el procedimiento de restitución internacional pueda concluirse anticipadamente, siempre y cuando se presente alguno de los siguientes supuestos:

- a) Restitución voluntaria.
- b) Restitución judicial.
- c) Negativa de la restitución, realizada por la autoridad competente.
- d) Incompetencia o improcedencia de la petición.
- e) Desistimiento de la solicitud de restitución.
- f) Cuando los derechos de visita son otorgados o negados por la autoridad competente.
- g) Cierre administrativo de la solicitud, realizado por el país requiriente o requerido.
- h) Por acuerdo judicial.
- i) Por acuerdo extrajudicial.

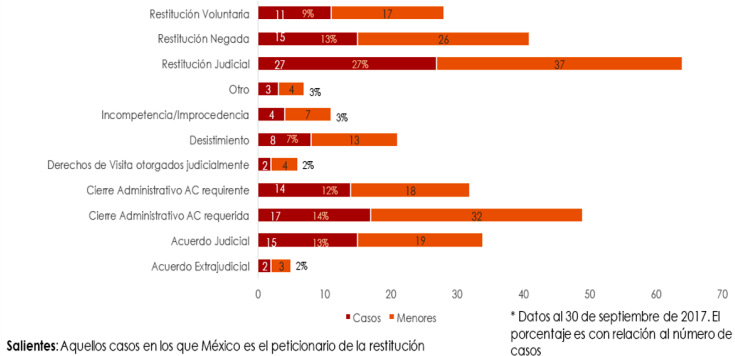
De conformidad con los supuestos antes señalados, a continuación, se muestra el número de casos concluidos en nuestro país, atendiendo a cada una de las hipótesis señaladas.

FIGURA 11



LA INTERVENCIÓN EFICAZ DEL ESTADO, EN LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

FIGURA 12



5. Conclusión

Durante las últimas décadas, uno de los fenómenos más frecuentes en todo el mundo es la sustracción o retención ilegal de menores en un país distinto a su domicilio habitual, por lo que su reiterada ejecución ha llevado a la comunidad internacional a regular dicho fenómeno a través de la emisión de instrumentos internacionales, como son, en el caso de nuestro país, la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, documentos que reflejan el interés de los países miembros por proteger los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes del mundo, así como los derechos de custodia y visita otorgados a sus padres.

Se debe aclarar y resaltar que la eficacia de ambos instrumentos internacionales depende de la aplicación y el correcto cumplimiento que realicen los miembros de dichas convenciones, ya que es muy importante el respaldo que se otorgue a los mismos al interior de cada Estado parte a través de la adecuación de la legislación interna, por lo cual, aun cuando existan mecanismos internacionales que fijen las reglas para establecerse las restituciones internacionales, siempre dependerán de la normatividad interna de cada Estado contratante, lo cual en muchos casos puede llegar a complicar el fin, existiendo lagunas legales que retarden o alarguen el procedimiento.

ADOLFO EDUARDO CUITLÁHUAC MONTOYA LÓPEZ

En este sentido, aun cuando a nivel internacional nuestro país ha intervenido eficazmente en el combate contra la sustracción o retención ilegal de menores en el extranjero, ya que, como se expuso, la Cámara de Senadores de nuestro país, el 13 de diciembre de 1990, según el Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de enero de 1991, aprobó la Convención de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y, el 22 de junio de 1994, conforme al Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de julio del mismo año, aprobó la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, con el ánimo de combatir el traslado o retención ilegal de niños y niñas mexicanos en el extranjero, resulta más que claro que siempre habrá supuestos por mejorar, siendo uno de ellos que se respeten los términos o plazos señalados en los instrumentos internacionales ya referidos.

En este mismo tenor, podemos mencionar que en nuestro país, del 2008 al 30 de septiembre de 2017, se presentaron 2,788 solicitudes de restitución, donde estuvieron involucrados 4,129 menores, siendo el caso que sólo durante 2017 el número de solicitudes realizadas ascendió a 197, incluyendo todos los casos donde México participó como país requirente o requerido, de las cuales en 138 casos nuestro país fungió como país requirente e intervinieron 215 menores, mientras que en 59 casos nuestro país fue el país requerido por otras naciones, donde estuvieron relacionados 79 menores.

Ahora bien, del total de número de casos de restitución (se incluyen solicitudes realizada y recibidas por México), actualmente existen 434 casos activos,³¹ que se relacionan con 654 menores. Asimismo, hasta el 30 de septiembre de 2017 se han concluido 198 casos, que involucraban a 294 menores.

Finalmente, los datos descritos en párrafos anteriores nos permiten concluir que México ha intervenido eficazmente en el desarrollo de los procedimientos de restitución, ya que entre 2008 y 2017 el promedio de casos presentados por año ha disminuido en gran medida, lo que implica que un gran número de casos son resueltos a través de la mediación y que, además, concluyen mediante la restitución voluntaria.

³¹ Nota oficial al 10 de diciembre de 2017.

Sin embargo, existe la necesidad de generar mayor difusión de los temas de sustracción y retención ilegal de menores en el extranjero, así como del proceso de restitución internacional, pues actualmente siguen siendo temas desconocidos para la sociedad mexicana, quien tiene la obligación y el derecho de conocer los alcances que tiene sustraer o retener a un menor ilegalmente en el extranjero, sin importar que sea el padre o la madre quien lo realice.

6. Bibliografía

- ARIAS GÓMEZ, Ma. de Lourdes, “El retorno del niño sustraído a su residencia habitual: objetivo de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, marzo de 2013, disponible en: www.eumed.net/rev/cccss/23/restitucion-internacional-menores.html.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Sustracción internacional de menores: una visión general”, en GAMARRA CHOPPO, Yolanda (coord.), *El discurso civilizador en derecho internacional. Cinco estudios y tres comentarios*, Zaragoza, Institución “Fernando el Católico”, 2011, disponible en: <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf>.
- SCOTTI, Luciana Beatriz, “Bases legislativas para el trámite urgente de los pedidos de restitución internacional de menores”, disponible en: <http://www.uba.ar/download/investigacion/resumenscotti.pdf>.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VI, núm. 15, enero-julio de 2019

Impromptu: sobre el artículo 60 de la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México. Breves notas

*Impromptu: on article 60 of the Constitutional
Law of Human Rights and its Guarantees
of Mexico City. Brief notes*

Horacio Heredia Vázquez (†)*

RDP

RESUMEN

El texto del artículo 60 de la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México requiere una interpretación que ajuste su contenido armónicamente no sólo a los derechos y necesidades de los desalojados, sino también de los titulares del derecho sobre el inmueble reclamado. En este trabajo se hace una lectura puntual de la primera sección de este artículo y se demuestra que en el texto se ocupa indebidamente el término “lanzamiento”, que requiere de una interpretación restrictiva.

PALABRAS CLAVE: lanzamiento, desalojo, desalojo forzoso.

ABSTRACT

The text of the article 60 of the Constitutional Law of Human Rights and its Guarantees of Mexico City requires an interpretation that harmonically adjusts its content not only to the rights and needs of the evic-

* Investigador titular “A” de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Máster di II Livello en la Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Doctorado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

HORACIO HEREDIA VÁZQUEZ

ted, but also of the right holders on the claimed property. In this work a punctual reading of the first section of this article is made and it is demonstrated that the term “launch” is unduly used in the text, which requires a restrictive interpretation.

KEY WORDS: launch, eviction, forced eviction.

Sumario:

1. El texto.
2. Lectura y perplejidades.
 - A. Desalojos forzosos.
 - B. Medios de defensa adecuados.
 - C. Desalojos forzosos y lanzamiento no son sinónimos.
 - D. Excepcionales.
 - E. ...las personas que serán desalojadas tienen el derecho a...
3. Conclusiones.

1. El texto

Publicada el 8 de febrero de 2019, pero que en su artículo primero transitorio señala su entrada en vigor desde el 1o. de febrero de 2019, la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México da mucho a qué pensar.

Me interesa detenerme ahora en una sección, sólo una, que es la primera mitad (104 palabras) del artículo 60:

Artículo 60. Para evitar que los desalojos forzosos o lanzamientos, violen, entre otros derechos, el derecho a una vivienda adecuada, podrán llevarse a cabo sólo en casos excepcionales. Antes de realizarse, las personas que serán desalojadas tienen el derecho a: no ser discriminadas, que se estudien todas las demás posibilidades que permitan evitar o minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza; la debida indemnización en caso de ser privados de bienes o sufrir pérdidas inmatrimoniales; y contar con las debidas garantías procesales, lo que incluye la obligación del juez de dar audiencia a las personas que puedan ser objeto de un lanzamiento de su domicilio...

No deja de tener importancia, desde luego, la segunda mitad.¹ Pero por ahora se verá sólo marginalmente, en buena medida porque, a poco de su publicación, ya fue reformada, y el texto parece, por las críticas, aún inestable.²

Conviene anotar aquí que la promulgación de esta Ley se mencionó discretamente en los medios. No obstante, es en últimos días que comienza a resonar más y más.³

Antes de comenzar propiamente, vale la pena indicar que, si bien esta Ley es de observancia general, tal y como lo manifiesta su artículo 1o., en buena medida las obligaciones ahí previstas suelen ser a cargo del Estado.

2. Lectura y perplejidades

A. Desalojos forzosos

Volvamos al texto, que ya desde su apertura anticipa parte de su contenido: “Para evitar que los desalojos forzosos o lanzamientos, violen, en-

¹ Esta segunda mitad señala: “Las autoridades competentes deben garantizar el adecuado realojamiento, de las personas sin recursos desalojadas, en un radio no mayor a 15 kilómetros tomando como centro el lugar de origen. Las autoridades y poderes públicos de la Ciudad pondrán a disposición la información pública necesaria para conocer el número de personas desalojadas de las viviendas en las cuales tenían su domicilio, el lugar y las causas de los desalojos. El Gobierno de la Ciudad de México, con base en el Plan General de Desarrollo y en el Programa de Ordenamiento Territorial, diseñará, ejecutará y regulará la política habitacional que garantice el pleno cumplimiento de lo establecido en los párrafos anteriores. Esta política contará con la participación de los sectores público, privado, social, y académico”.

² Clemente, Anabel, “Impulsores de ley de para impedir desalojos en la CDMX critican modificaciones”, *El Financiero*, 9 de mayo de 2019, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/impulsores-de-ley-de-para-impedir-desalojos-en-la-cdmx-critican-modificaciones>.

³ Clemente, Anabel, “Por ley, frenan en CDMX los desalojos con violencia”, *El Financiero*, 9 de mayo de 2019, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/por-ley-frenan-en-cdmx-los-desalojos-con-violencia>; “Conferencia: con nueva ley, ponen fin los desalojos arbitrarios y a desplazamientos forzosos en CDMX”, *Cencos*, 18 de febrero de 2019, disponible en: <http://cencos.com.mx/2019/02/conferencia-con-nueva-ley-ponen-fin-los-desalojos-arbitrarios-y-a-desplazamientos-forzosos-en-cdmx/>; Rosas, Edgar, “Buscan mediar desalojos forzosos en CDMX”, *Centro Urbano*, 15 de febrero de 2019, disponible en: <https://centrourbano.com/2019/02/15/buscan-mediador-desalojos-forzosos-cdmx/>.

HORACIO HEREDIA VÁZQUEZ

tre otros derechos, el derecho a una vivienda adecuada, podrán llevarse a cabo sólo en casos excepcionales”.

Omitiré comentarios sobre la redacción densa, abigarrada y confusa. En primer lugar, llama la atención la disyuntiva “los desalojos forzosos o lanzamientos”. Esto puede significar dos cosas: o bien que para el legislador ambos son lo mismo, o bien que son actos distintos, dos especies subsumidas a un mismo tratamiento.

En segundo lugar, conviene ver qué se entiende por “desalojos forzosos” y “lanzamientos”. Los códigos Civil y de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México (CDMX) no se refieren específicamente a estos vocablos, pero tanto “desalojo” como “lanzamiento” son términos técnicos y de uso foral corriente.⁴ La legislación local habla más bien de “desocupación”⁵ en términos generales o cuando el inquilino deja voluntariamente el inmueble, o trata directamente de la restitución del inmueble.⁶ A mayor abundamiento, aunque estos términos no están

⁴ Sólo a guisa de ejemplos, véanse Tesis XXII.10.5 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 17, t. II, abril de 2015, p. 1742; Tesis 3a./J. 10/92, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, núm. 56, agosto de 1992, p. 21.

⁵ Cfr. artículo 114 del CPCDF: “Será notificado personalmente en el domicilio señalado por los litigantes... VI. La sentencia dictada por el juez o la Sala del Tribunal que condene al arrendatario de casa habitación a desocuparla, así como el auto de su ejecución”; artículo 517 del CPCDF: “Si la sentencia condena a hacer alguna cosa, el juez señalará al que fue condenado... En el caso que el arrendatario, en la contestación de la demanda, confiese o se allane a la misma, siempre y cuando esté y se mantenga al corriente en el pago de las rentas, el juez concederá un plazo de seis meses para la desocupación del inmueble. Cuando la demanda se funde exclusivamente en el pago de rentas este beneficio será de seis meses, siempre y cuando exhiba las rentas adeudadas y se mantenga al corriente en el pago de las mismas”; artículo 590 del CPCDF: “Otorgada la escritura se darán al comprador los títulos de propiedad, apremiando, en su caso, al deudor para que los entregue, y se pondrán los bienes a disposición del mismo comprador, dándose para ello las órdenes necesarias, aun las de desocupación de fincas habitadas por el deudor o terceros que no tuvieren contrato para acreditar el uso, en los términos que fija el Código Civil. Se le dará a conocer como dueño a las personas que él mismo designe”.

⁶ Cfr. artículo 7o. del CPCDF: “Pueden ser demandados en reivindicación, aunque no posean la cosa, el poseedor que para evitar los efectos de la acción reivindicatoria dejó de poseer y el que está obligado a restituir la cosa o su estimación si la sentencia fuera condenatoria. El demandado que paga la estimación de la cosa puede ejercitar a su vez la reivindicación”; artículo 9o. del CPCDF: “Al adquirente con justo título y de buena fe le compete la acción para que, aun cuando no haya prescrito, le restituya la cosa con sus frutos y accesiones en los términos del artículo 4o., el poseedor de mala fe, o el que te-

presentes en la legislación específica local vigente de la CDMX, sí figuran en los códigos de otros estados de la República, junto con “desahucio”.⁷ Los términos, si bien comparten un campo semántico, no son sinónimos exactos⁸ y presentan diferencias en cuanto a la vía y al momento procesal: juicio de desocupación, incidente de lanzamiento, diligencia de lanzamiento, etcétera; pero siempre se refieren al acto de la autoridad que ordena o ejecuta, dentro de un procedimiento, que los tenedores de un inmueble salgan o sean expulsados de él.

“Desalojo forzoso” es, en cambio, un término usado principalmente en el derecho internacional de los derechos humanos. Que esta institución sea el objetivo del artículo citado de la Ley se deduce de su corres-

niendo título de igual calidad ha poseído por menos tiempo que el actor. No procede esta acción en los casos en que ambas posesiones fuesen dudosas o el demandado tuviere su título registrado y el actor no, así como contra el legítimo dueño”; artículo 17 del CPCDF: “El que es despojado de la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble, debe ser ante todo restituido y le compete la acción de recobrar contra el despojador, contra el que ha mandado el despojo, contra el que a sabiendas y directamente se aprovecha del despojo y contra el sucesor del despojante. Tiene por objeto reponer al despojado en la posesión, indemnizarlo de los daños y perjuicios, obtener del demandado que afiance su abstención y a la vez conminarlo con multa y arresto para el caso de reincidencia”.

⁷ Cfr., por ejemplo, artículo 2.310 del CPCEM: “Podrá reclamarse el pago de las rentas vencidas y las que se sigan venciendo hasta que tenga verificativo el lanzamiento”; artículo 2.312 del CPCEM: “...apercibido de lanzamiento a su costa si no lo efectúa”; artículo 2.318 del CPCEM: “Si la exhibición del importe de las pensiones se hace fuera del plazo señalado para el desahucio, también se dará por concluida la providencia de lanzamiento...”.

⁸ Por ejemplo, la Academia Mexicana de la Lengua señala las siguientes diferencias: “Desocupar y desalojar. ¿Cuál es la diferencia entre *desocupar* y *desalojar*? Si bien *desocupado* y *desalojado* implican la idea de vaciar un espacio, el verbo *desalojar* expresa casi siempre un matiz de obligatoriedad; generalmente la acción es ejecutada por el propietario de un inmueble (*El dueño del departamento donde vivo intentó desalojarme antes de que terminara mi contrato*) o bien por el desalojado pero orillado por las circunstancias y no de manera voluntaria (*Tuvimos que desalojar el edificio porque presentaba daño estructural irreparable; Debido a una fuga de gas, desalojamos la oficina inmediatamente*). Por su parte, *desocupar* se refiere a un hecho voluntario ejecutado principalmente por el inquilino: *Desocuparé el departamento porque quiero irme a vivir con mi pareja, Aún tengo tiempo de desocupar el edificio pues mi contrato termina en abril de 2018*. A pesar de las diferencias semánticas enunciadas, frecuentemente no se hace esta distinción en la legislación mexicana, pues la acción legal mediante la que se promueve la desocupación o el desalojo de un inmueble se conoce como *desahuciar*. Consiste en demandar la desocupación de un espacio y, si el juez dicta la sentencia en sentido favorable, se traduce en el acto de *lanzar* o *desalojar* a una persona física o moral de ese espacio. Con un sentido más coloquial, suele emplearse la voz *expulsar*”. Disponible en: <http://www.academia.org.mx/esp/respuestas/item/desocupar-y-desalojar>. Las cursivas son del texto original.

HORACIO HEREDIA VÁZQUEZ

pondencia con el uso del término “derecho a una vivienda adecuada”,⁹ y no el establecido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que es “derecho a una vivienda digna y decorosa”.

Si los términos usados en la legislación mexicana son coincidentes con el proveniente del derecho internacional de los derechos humanos, y en qué medida lo son, se advierte al ver el folleto de ONU-Hábitat, intitulado *Desalojos forzosos*, que ejemplifica situaciones generales de lo que se considera “desalojo forzoso”.¹⁰ El documento no es particularmente claro, porque plantea “situacionalmente” los tipos de desalojos

⁹ Cfr. Comisión de Derechos Humanos, Resolución 1993/77. Así, el mencionado derecho a la vivienda se encuentra directa o implícitamente contemplado en diversos instrumentos, como es, “sin pretensiones exhaustivas, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUniversal DH, artículo 25.1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DAmericana DDH, artículo XI; véase artículo XXIII), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CAmericana DH, artículo 26)”. Gialdino, Rolando E., “El carácter adecuado de la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos”, p. 44, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31646.pdf>.

¹⁰ Al parecer de manera ejemplificativa y no taxativa, el documento enuncia algunas situaciones que pueden conducir a desalojos, a saber: “Proyectos urbanos y rurales de desarrollo, como presas o carreteras; Minería, actividades extractivas y otras actividades industriales; Embellecimiento de ciudades, renovación/transformación urbana, incluida la prevención de desastres; Zonificación, planificación urbana y espacial; Megacontencimientos, como los grandes acontecimientos internacionales y deportivos; Adquisiciones y arrendamientos de tierras a gran escala; Privatización y/o especulación en los sectores de la vivienda y la tierra; Falta de seguridad jurídica de la tenencia, legislación protectora o implementación; Cambios relacionados con la vivienda y la tierra en los países en transición hacia una economía de mercado; No expedición o no reconocimiento de los títulos de propiedad de la tierra y la vivienda, incluidas las reclamaciones de tierras sin resolver; Eliminación de los tugurios y criminalización de la pobreza; Corrupción y colusión entre los intereses públicos y privados; Actividades del sector inmobiliario y las empresas privadas, incluidos el acoso inmobiliario y los préstamos fraudulentos; Acaparamiento de tierras, en particular por grupos armados y paramilitares; Leyes y prácticas discriminatorias, en particular en relación con la herencia; Establecimiento en asentamientos informales debido a la pobreza o el desplazamiento por causas naturales o humanas, la migración del campo a las ciudades u otras causas; Falta de asequibilidad y gentrificación; Impago del alquiler o el préstamo hipotecario/ejecuciones hipotecarias; Violencia doméstica o malos tratos; Tenencia de la vivienda vinculada a los permisos de trabajo (por ejemplo, en el caso de los trabajadores domésticos o estacionales); Conflictos políticos y étnicos que utilizan el desalojo, la demolición de viviendas y el desplazamiento como arma de guerra, con fines de limpieza étnica y desplazamientos de población; Conflictos armados internacionales y no internacionales y establecimiento de hogares de civiles como objetivos, en particular como forma de castigo colectivo; Las denominadas medidas de lucha contra el terrorismo; Actividades de mantenimiento del orden público punitivas y de represalia”. ONU-Hábitat,

forzosos y se mencionan muchos que valdría considerar bajo ópticas distintas; además, es marcadamente generalizante. Importa, en todo caso, que sí trata algunas materias contempladas dentro de las hipótesis habituales de “lanzamiento”, significativamente la hipótesis “Impago del alquiler o el préstamo hipotecario/ejecuciones hipotecarias”.¹¹

Sin embargo, un punto fundamental para considerar la coincidencia está en la definición que da el propio documento de ONU-Hábitat al término en cuestión:

El desalojo forzoso¹² es “el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 7 (1997), sobre el derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos).¹³

Así, en la definición emanada del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), un elemento fundamental que caracteriza este desalojo forzoso es que no se cuenten con “medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos”.

Desalojos forzosos, Nueva York-Ginebra, Naciones Unidas, 2014, Folleto informativo, núm. 25/Rev.1, pp. 3 y 4.

¹¹ Sin embargo, en el “Informe del relator especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sr. Miloon Kothari”, no se menciona el supuesto análogo con “lanzamiento”, sino principalmente aquellos “desalojos forzosos” referidos a desplazamientos de grupos de población por causa de proyectos de desarrollo.

¹² Sobre la misma designación de desalojo forzoso, el CDESC señala: “El empleo de la expresión «desalojos forzosos» es en cierto modo problemático. Esta expresión pretende transmitir el sentido de arbitrariedad e ilegalidad. Sin embargo, para muchos observadores la referencia a los «desalojos forzosos» es una tautología, en tanto que otros critican la expresión «desalojos ilegales» por cuanto que supone que la legislación pertinente brinda una protección adecuada y se ajusta al Pacto, cosa que no siempre es así en absoluto. Asimismo, se ha señalado que el término «desalojos injustos» es aún más subjetivo dado que no se refiere a ningún marco jurídico. La comunidad internacional, especialmente en el contexto de la Comisión de Derechos Humanos, ha optado por la expresión «desalojos forzosos» sobre todo teniendo en cuenta que todas las alternativas propuestas adolecían también de muchos de esos defectos”.

¹³ ONU-Hábitat, *op. cit.*, p. 3.

HORACIO HEREDIA VÁZQUEZ

Esta definición es interpretada en el folleto *Derechos humanos, proyectos de desarrollo y desalojos. Una guía práctica*:

Según la OG núm. 7 al PIDESC el desalojo forzoso se da cuando personas, familias o comunidades enteras son obligadas a salir de sus hogares o de las tierras que ocupan sin que el Estado les ofrezca medios de protección (como es la posibilidad de defenderse en los tribunales) contra los desalojos.¹⁴

Resulta, pues, claro que la *ratio iuris* que subyace es el considerar que los desalojos, sobre todo, por obras de desarrollo e infraestructura,¹⁵ sin que existan garantías jurídicas que les permitan a los desalojados defender su posesión o su mera tenencia, no sólo son violaciones en sí del derecho humano a la vivienda, sino que también pueden volverse detonadores de la violación de otros derechos. No obstante, conviene destacar que el folleto ONU-Hábitat en ningún momento menciona el término “lanzamiento”.¹⁶

B. Medios de defensa adecuados

Complementariamente, para entender el sentido y alcance de la valoración de los medios legales a disposición de los desalojados como “adecuados”, conviene detenerse en las provisiones establecidas por la misma ONU. En rigor, mediante la expresión “desalojos forzosos”, el

¹⁴ Emanuelli, María Silvia y Gómez, Omar, *Derechos humanos, proyectos de desarrollo y desalojos. Una guía práctica*, México, RLS, 2009, p. 15.

¹⁵ Que sea la visión que prima se advierte en el propio folleto mencionado en la nota inmediata precedente, en el documento “Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo” (Anexo I del “Informe del relator especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado”, A/HRC/4/18).

¹⁶ Sí menciona “desahucio” en E/CN.4/2004/48, p. 6: “En la resolución 1991/12 de la Subcomisión figuran directrices para establecer las responsabilidades jurídicas de aquellos que efectúan el *desahucio* y se establece que los desalojos forzosos pueden ser realizados, sancionados, solicitados, propuestos, iniciados o tolerados por diversas entidades, entre ellas, pero no exclusivamente, las autoridades de ocupación, los gobiernos nacionales, los gobiernos locales, las empresas urbanizadoras, los planificadores, los propietarios de viviendas, los especuladores inmobiliarios y las instituciones financieras y organismos de ayuda bilaterales e internacionales”.

CDESC señaló no sólo la problematicidad del término, sino también el componente inherentemente ilícito e injusto de dicho desalojo.¹⁷

El folleto *Desalojos forzosos* de ONU-Hábitat también trata este tema, y en la parte relativa señala cómo debe considerarse que sea el medio de defensa a efecto de que se estime como “adecuado”:

Todas las personas amenazadas u objeto de desalojo forzoso tienen derecho a acceder a un recurso oportuno, que incluya una audiencia imparcial, el acceso a la asistencia letrada y asistencia jurídica (gratuita, en caso necesario). Además, se pueden establecer procedimientos de queja o conciliación dirigidos por un órgano independiente. Se debe suspender cualquier desalojo mientras el caso esté pendiente ante cualquiera de esos órganos.¹⁸

El OG7 dispone, además, en su § 16 lo siguiente:

El Comité considera que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas, con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo;¹⁹ f) no efectuar desalojos cuando haga mal

¹⁷ Véase *supra* nota 12.

¹⁸ ONU-Hábitat, *op. cit.*, p. 35. Cfr. con lo señalado en A/HRC/4/18 citado en la nota 15, que establece en su § 59: “Todas las personas que estén amenazadas o sean objeto de desalojos forzosos tienen el derecho de acceder oportunamente a un recurso. Entre las medidas apropiadas figuran una audiencia imparcial, acceso a la asistencia letrada, asistencia jurídica, retorno, restitución, reasentamiento, rehabilitación e indemnización y éstas deben ajustarse, según se aplique, a los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”.

¹⁹ Este punto, que habría sido tratado en el artículo 60 de la Ley original, fue reformado el 7 de mayo de 2019, sin que al momento me haya sido posible apreciar en qué medida. Cfr. nota 2.

HORACIO HEREDIA VÁZQUEZ

tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales.

C. *Desalojos forzosos y lanzamiento no son sinónimos*

Dado que los “lanzamientos” se encuentran regulados en el orden jurídico mexicano y cuentan con los medios de defensa ordinarios y extraordinarios del propio orden jurídico, parece inviable hacer una equiparación del término “lanzamiento” con el de “desalojo forzoso”.

De las características antes señaladas, cuyo cumplimiento es necesario a efecto de que el “lanzamiento” no constituya un acto de “desalojo forzoso”, cabe estimar lo siguiente: a) el que sufre una amenaza de lanzamiento cuenta en el orden jurídico mexicano con un recurso jurídico, debiendo seguirse un procedimiento en donde se realiza la cognición por parte del juez de la causa;²⁰ b) en el juicio se llevan a cabo audiencias donde ambas partes expresan lo que a su derecho conviene; c) ambas partes pueden ser asistidas por abogados; d) el gobierno de la CDMX brinda asesoría legal gratuita a través del servicio Locatel, y e) el juicio se lleva ante el Poder Judicial, y la fuerza pública, en caso de requerirse, no depende del propio poder. Respecto a que la ejecución del desalojo se suspenda mientras el caso esté pendiente, conviene tener en cuenta, con relación a los juicios de arrendamiento inmobiliario, el contenido del artículo 966 del CPCDF:

Artículo 966. En los procedimientos de arrendamiento las apelaciones sólo serán admitidas en el efecto devolutivo de tramitación conjunta con la sentencia definitiva, tratándose de las resoluciones dictadas antes de la sentencia definitiva y se substanciarán en los términos previstos por el artículo 692 Quáter.

La apelación que se interponga en contra de la sentencia definitiva procederá en efecto devolutivo de tramitación inmediata.

Tratándose de resoluciones dictadas con posterioridad a la sentencia definitiva procede la apelación en el efecto devolutivo de trami-

²⁰ Si bien en el Estado de México tiene un carácter que prácticamente acerca el juicio de desahucio a un juicio ejecutivo, no es el caso en la CDMX.

tación inmediata, salvo los casos de excepción previstos en la parte general de juicio ordinario civil.

En consecuencia, se establece que, en caso de existir apelación de la sentencia, ésta será con efecto devolutivo, no interrumpiendo el curso del juicio y, por ello, de la vía de apremio. Sin embargo, en la práctica, el plazo que se concede para la ejecución se fija una vez que la sentencia causa estado y, en consecuencia, se espera al resultado de la apelación, en buena medida porque, si se realizaran las diligencias de lanzamiento y en la apelación cambiara el sentido de la sentencia de la primera instancia, sobrevendrían complicaciones mayores.

¿Por qué entonces equiparar “desalojo forzoso” con “lanzamiento”? La confusión, en rigor, deriva de incluir bajo la misma categoría “desalojo forzoso” (término claro en derecho internacional de los derechos humanos) con “lanzamiento” (término habitual en el foro, en la legislación local previa y en la de otros estados) debido a la coincidencia de una o algunas hipótesis (desocupación por impago del alquiler, no cumplimiento de las cuotas hipotecarias, etcétera), sin tomar en cuenta que el orden jurídico mexicano ya prevé los medios de defensa adecuados, y más bien considerando que de suyo el lanzamiento o desalojo viola derechos humanos. En otras palabras, un lanzamiento lícitamente ejecutado no incurriría en la hipótesis peculiar prevista de “lanzamiento como desalojo forzoso”, pues el orden jurídico mexicano pone a disposición medios de defensa adecuados, en los cuales se cumplen, formal o materialmente (en referencia al efecto devolutivo del artículo 966 del CPCDF), los requisitos señalados en el documento de la ONU.

No se comprende, entonces, la valoración que hace la Ley en su artículo 60: en tanto que señala el riesgo de que en la realización de desalojos forzosos y lanzamientos se “violen, entre otros derechos, el derecho a una vivienda adecuada”, determina que “podrán llevarse a cabo sólo en casos excepcionales”.

Es un peligro que en la interpretación de este artículo se proceda a rajatabla,²¹ y no se tengan en consideración las diferencias sustanciales entre ambos tipos de desalojo. Por ello, el propio documento del

²¹ Quizá la preocupación por ello motiva que en la Oficina del Alto Comisionado se dedique una sección especial al tratamiento de los medios de defensa.

HORACIO HEREDIA VÁZQUEZ

OG7 (1997) del CDESC, que —como vimos— establece la definición de desalojo forzoso, hace una aclaración importante: “Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos”.

En consecuencia, no se pueden establecer como sinónimos los términos “lanzamiento” y “desalojo forzoso”, y tampoco subyace en ellos la misma *ratio iuris*, por lo que no cabe su tratamiento bajo el mismo esquema.

D. *Excepcionales*

Se entiende, a la luz de los documentos interpretativos de los tratados y convenciones, que en ciertas ocasiones el Estado, que debe garantizar una vivienda adecuada, excepcionalmente puede (y debe) desalojar a las personas de sus lugares de residencia; por ejemplo, cuando las condiciones mismas previstas para el ejercicio del derecho no pueden garantizarse: tal es el caso de las normas de protección civil, en el caso de quienes habitan en un inmueble dañado durante una catástrofe, o deben ser sacados de sus viviendas por razones de seguridad en caso de contaminación, exposición a explosivos, incendios o razones análogas. En tal sentido, el mencionado folleto de ONU-Hábitat señala:

No todos los desalojos están prohibidos en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. La prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos llevados a cabo tanto de conformidad con la ley como con las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el desplazamiento de personas de tierras expuestas a riesgos puede ser necesario para proteger la vida. Sin embargo, incluso en estas circunstancias, los desalojos deben estar en consonancia con la legislación nacional y las normas internacionales pertinentes, incluidas las debidas garantías procesales.

Considero, pues, que estos casos son los que deben ser considerados “excepcionales” al tenor de la Ley que aquí se comenta, y no, en cambio, los lanzamientos llevados con apego al orden jurídico y con-

formas a las normativas de derechos humanos. Por ello, distinguiendo precisamente, el folleto de ONU-Hábitat establece que

Una resolución administrativa o judicial por sí sola no se traduce necesariamente en un desalojo legal o justificado... la situación todavía puede constituir un desalojo forzoso si no cumple con las normas internacionales de derechos humanos y las obligaciones del Estado al respecto.

Si se interpreta de manera distinta, o sea, que los lanzamientos son desalojos forzosos, en rigor el dispositivo (artículo 60) parecería descalificar *in toto* el procedimiento según el orden jurídico mexicano (y sólo así se comprendería que no provee “medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos”) y establecería que, en tanto que las normas existentes podrían violar derechos, la posibilidad de realizar un lanzamiento sería sólo excepcional.

En otras palabras, el lanzamiento como forma de ejecución forzosa, de interpretarse de manera equivocada esta Ley, daría pie a que se estime que en su ejecución se viola el derecho a la vivienda adecuada, y al hacerlo se privaría al propietario que reclama su propiedad de sus derechos, a saber: el derecho de acceso a la justicia, que contempla el de ejecutabilidad de la sentencia contenido en el artículo 17 constitucional; el derecho que tiene a recuperar y disfrutar de su propiedad; el derecho a una justicia pronta y expedita, entre otros.²²

Además, en buena medida por la falta de claridad que distinga una casuística adecuada y los sujetos obligados, provocaría una situación anómala, pues el Estado convertiría al propietario de un inmueble en su “corresponsable” del derecho a la vivienda de quien sin derecho (por ejemplo, en el entendido de que un tribunal se haya pronunciado en contra) se niega a abandonar el inmueble; esto es, que a costa del propietario, el Estado satisface el derecho a la vivienda del inquilino o deudor hipotecario al que no se puede lanzar.²³

²² Tesis I.3o.C.71 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 18, t. III, mayo de 2015, p. 2157; Tesis 1a./J. 42/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 124.

²³ Esto no sería del todo inusitado, pues ya el Tribunal de Sudáfrica falló en contra del desalojo de una comunidad.

HORACIO HEREDIA VÁZQUEZ

Adicionalmente, existe el riesgo, sujeto a una interpretación inadecuada, de que sea la parte que solicita el lanzamiento la que deba probar que se encuentra en tal situación de excepcionalidad, lo cual tendría por fuerza que considerarse una carga excesiva de la prueba.

E. ...*las personas que serán desalojadas tienen el derecho a...*

Pero el artículo aquí en lectura fija una normativa y enuncia derechos. Conviene, pues, determinar si tales derechos surgen *ex novo* y, por lo tanto, se desean implantar, o bien si tales derechos ya se encontraban en textos previos y sólo se les reconoce.

Primero, el texto del artículo 60 aclara que no debe discriminarse. No hay nada nuevo aquí, sino quizá el deseo de conformarse con los textos de Naciones Unidas que recalcan este punto.²⁴

No obstante, eso es sólo el inicio. El artículo 60 indica, además, otros derechos, por lo cual se estudian otras posibilidades para “evitar o minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza”. Hace falta saber qué quiere decir con “todas las posibilidades” (¿de acuerdo con qué se determinan “todas” las posibilidades?) y cuándo puede establecerse que fueron todas, efectivamente. En tal sentido, el folleto de ONU-Hábitat tiene una sección particular, bajo el rubro “Obligaciones antes de cualquier desalojo. En primer lugar, se deben estudiar todas las alternativas al desalojo”, que establece directrices que pueden servir para interpretar este punto:

Aunque puede haber circunstancias excepcionales en determinados casos, el desalojo no siempre es la única manera de abordarlas... Muchas alternativas a los desalojos han resultado satisfactorias. Por ejemplo, el fomento de la seguridad de la tenencia en los asentamientos informales, su legalización o su mejora puede generar inversión en vivienda; la mejora puede ser una solución para condiciones de vida peligrosas o insalubres; y los planes de distribución de la tierra pueden resolver los litigios de tierras entre los pobres urbanos y los propietarios de tierras que deseen construir en ellas. Del mismo modo,

²⁴ ONU-Hábitat, *op. cit.*, p. 8.

el diseño de proyectos de manera diferente puede reducir el número de personas afectadas negativamente por el desalojo o mitigar de otra manera el efecto negativo de los proyectos.

En buena medida, se aprecia que el fondo no se refiere a los lanzamientos ordenados conforme a derecho al interno de un proceso, sino fundamentalmente a los desplazamientos de personas y grupos por desastres, obras de desarrollo e infraestructura, refugiados, etcétera. Ciertamente, se trata de un deber “ante cualquier desalojo”, pero las garantías que otorga el mismo proceso cubren adecuadamente la exploración de alternativas, la presencia de agentes gubernamentales (los actuarios) y demás requisitos que se abordan en el referido folleto.

No creo, en consecuencia, que esta obligación debiera sobrecargar el proceso, abriendo incidentes o solicitando peritajes. No son obligaciones previstas en rigor para el lanzamiento, sino, como se ha dicho, para los desplazamientos y otros desalojos forzosos. Por ello, estas “alternativas” no se exploran en la parte especial dedicada.

Otros derechos manifestados en el texto suponen “la debida indemnización en caso de ser privados de bienes o sufrir pérdidas inmateriales”. En este punto, también ONU-Hábitat contempla el tema de la indemnización; sin embargo, no es tan claro como se desearía:

La indemnización por la vivienda, la tierra y los bienes se debe proporcionar antes del desalojo. Se puede sumar a otras medidas, incluida la reubicación... Tampoco incluye los años de ahorros ni la inversión dedicados a la vivienda u otros aspectos no materiales. La indemnización justa y equitativa de todas las pérdidas debe incluir las pérdidas de bienes personales, inmobiliarios o de otro tipo, en particular los derechos o los intereses relacionados con la propiedad y las pérdidas. Debe proporcionarse indemnización por cualquier daño económicamente evaluable, según corresponda y de forma proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, como, por ejemplo: pérdida de vida o miembros; daños físicos o mentales; oportunidades perdidas, en particular de empleo, educación y prestaciones sociales; daños materiales y pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; daños morales; y gastos necesarios para la asistencia letrada o de expertos, medicamentos y servicios médicos, y servicios psicológicos y sociales.

HORACIO HEREDIA VÁZQUEZ

Es fundamental que se ubique el contexto correcto en el que la indemnización deba ocurrir. Considero que puede incidir en distintas hipótesis de las contempladas como desalojo forzoso; por ejemplo, cuando se desplaza a personas por obras de desarrollo, por megaeventos, entre otros. No estimo que el lanzamiento debidamente ejecutado, en tanto que es el ejercicio de un derecho, conlleve necesariamente indemnización, y menos que ésta corra a cargo del propietario.

La interpretación inadecuada de la Ley conllevaría una seria problemática de interpretación: qué significa “ser privados”. ¿Que los bienes fueron robados? ¿Que simplemente se perdieron? ¿Es una desposesión? ¿Comprende bienes embargados? Si es el caso de robo, parece redundante y fuera de lugar. Si se trata de bienes embargados, nuevamente parece que se priva a la parte que pide el desalojo de un derecho. Si se asumiera que los bienes dentro de la vivienda son garantía del pago de rentas o de los posibles daños ocasionados en la vivienda, el tema a lo mejor tendría que pensarse en términos de conservación y compensación. Pero nuevamente no es lo que dice el texto. En realidad, los usos de vocablos imprecisos nos tendrían que llevar a ampliar el ámbito de reflexión: ¿se trataría de bienes incorporados en el inmueble...?, ¿o bien dañados durante el desalojo?, ¿incluye, además, por ejemplo, sembradíos o de edificaciones realizadas clandestinamente en terreno ajeno? No debería, en tanto que forman ya una sola cosa con el inmueble, pero no parece que las reglas del derecho civil o procesal entren aquí en consideración. Dado que la Ley no establece la distinción entre si el poseedor era de buena o mala fe, pareciera entonces que la disciplina no contempla dicha distinción, y tampoco si se trata de bienes que conservan el inmueble, que lo mejoran o que son de mero lujo. En realidad, estamos en tierra ignota.

Pero la indemnización es prevista también para las “pérdidas inmateriales”. ¿Se refiere el legislador local a lo que en teoría se conoce como el daño meramente patrimonial, esto es, las lesiones patrimoniales en las que no hay una afectación material de ninguna cosa? ¿Es el daño moral? ¿Se considera el daño punitivo, que en la interpretación de la Corte constituye un capítulo del daño moral? ¿Se incluirá la indemnización por la inconveniencia en el transporte, en la zona, en el mismo desalojo? ¿A cargo de quién corre dicha indemnización?

3. Conclusión

Una interpretación correcta y sistemática del artículo 60 de la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México, que tome en consideración los principios establecidos en la misma CPEUM, y en concreto el de interdependencia de los derechos humanos, y los documentos interpretativos auténticos de los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, conduce ciertamente a descartar que el lanzamiento ejecutado conforme a derecho en la CDMX pueda ser equiparable al desalojo forzoso tal como es previsto en la mencionada Ley y en los tratados y convenciones que indirectamente lo contemplan al tratar el derecho a la vivienda. Interpretarlo de otra manera supone violentar la esfera jurídica de los propietarios o poseedores con derecho de un bien inmueble y, a su vez, violaciones a los derechos humanos de éstos.

Dado que un lanzamiento ejecutado con apego a la norma excluye los presupuestos que determinan la violación de derechos humanos, su aparición al interno de la Ley Constitucional no debe interpretarse en su sentido técnico foral, bajo el riesgo de violentar los derechos humanos de la contraparte.

Al parecer, la manera excesivamente amplia en que se estudia el derecho a la vivienda adecuada por parte de los organismos encargados de brindar una interpretación y adecuación de las normas contenidas en los tratados y convenciones ha propiciado una regulación también generalizante, donde es importante que los legisladores que implementan la normativa, y los jueces y autoridades que la aplican, hagan un correcto deslinde de los requisitos y casos, así como de las obligaciones concretas, a efecto de brindar certidumbre jurídica.

Corresponde a los intérpretes de esta Ley, como en otras ocasiones, evitar los riesgos inherentes a la invasión conceptual de inspiración constitucional sobre el derecho privado. En rigor, la falta de técnica civilística que use los conceptos adecuados resulta en deformaciones conceptuales y confusiones, y provoca un acentuamiento de la crisis en que se encuentran la materia y la impartición de justicia. Si bien los principios constitucionales deben regir y modelar en lo general la orien-

HORACIO HEREDIA VÁZQUEZ

tación del derecho civil, a fin de integrarlo en un orden jurídico armónico, conforme la referida invasión abarca más asuntos concretos y de detalle, provoca la erosión interna de las instituciones, lo cual resulta también en un déficit de certeza jurídica y de solidez del marco jurídico ya establecido.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VI, núm. 15, enero-julio de 2019



**DOCTRINA
INTERNACIONAL**

Charles Demolombe y la invención jurídica de la naturaleza*

Charles Demolombe and the legal invention of nature

Nader Hakim**

RDP

RESUMEN

El objetivo de esta contribución es releer algunos pasajes del *Cours de Code Napoléon* de Charles Demolombe relativos al derecho de los bienes,¹ interrogándonos sobre lo que “naturaleza” quiere decir bajo la pluma del civilista de Caen. En el proceso, esta excursión en la doctrina jurídica del siglo XIX nos permite plantear la cuestión de la invención por los juristas de la “naturaleza” en el discurso jurídico.

PALABRAS CLAVE: Antiguo régimen, doctrina, naturaleza.

* Es un texto traducido del francés por Juan Fernando Arguijo Hoyo (Doctorando, Universidad de Burdeos).

** Profesor en la Universidad de Burdeos.

¹ Véase *Cours de Code Napoléon*, ts. IX y X: *Traité de la distinction des biens; de la propriété; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 2a. ed., A. Durand y L. Hachette y Cie., 1861. Movilizaremos también algunos otros volúmenes: t. I: *De la publication, des effets et de l'application des lois en général; de la jouissance et de la privation des droits civils; des actes de l'état civil; du domicile*, 2a. ed., 1860; t. III: *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. 1o., 2a. ed., 1860; t. V: *Traité de la paternité et de la filiation*, 2a. ed., 1860 (todos serán citados a partir de ahora con sus tomos, seguidos por el número del párrafo correspondiente), así como el *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, A. Durand y L. Hachette y Cie., 1855 (de ahora en adelante se citará como *Servitudes*, seguido del número del párrafo).

NADER HAKIM

ABSTRACT

The objective of this contribution is to re-read some passages of the *Cours de Code Napoléon* by Charles Demolombe concerning the law of property by questioning us about what “nature” means under the vision of the jurist of Caen. In the process, this excursion in the legal doctrine of the 19th century allows us to raise the question of the invention by jurists of the “nature” in the legal discourse.

KEY WORDS: Ancient regime, doctrine, nature.

Sumario:

1. Introducción.
2. Los mundos “naturales” de un discurso jurídico.
3. El entrelazo de los mundos o la naturalidad del derecho.

1. Introducción

Charles Demolombe es un autor central y bien conocido más allá de las fronteras francesas. Nació con el Código Civil, el 22 de julio de 1804. No comenzó, sin embargo, a escribir hasta la fase transitoria de 1804-1830, durante la cual los autores de la doctrina fueron formados bajo el Antiguo régimen y el Código aclimatado a la sociedad proveniente de la Revolución y, posteriormente, del Consulado y del Imperio.

Después de sus estudios de letras clásicas en el Liceo Louis-le-Grand, hijo de notario de la región parisiense, Demolombe frecuentó lógicamente la Facultad de Derecho de París. Esta última conoce, entonces, la efervescencia de la Restauración y sus maestros parisienses no dejaron, en cierta forma, de enseñarle un derecho nuevo fuertemente asociado al antiguo, y parece más que evidente que el ambiente político fue propicio para el establecimiento de fuertes lazos con el Antiguo régimen, aun cuando la inmensa tarea era comentar los cinco códigos.²

² Este dato histórico no debe ser ciertamente descuidado. Frédéric Audren y Jean-Louis Halpérin, si bien muestran la “estrechez del espíritu” y la debilidad de la cultura jurídica en el seno de las escuelas después de las facultades de derecho, notan: “Por el estudio

Desde 1827, después de un examen, se vuelve profesor sustituto en Caen, Normandía, a la edad récord de 22 años. De salud frágil, y después de una enfermedad grave, Demolombe logró, no obstante, obtener en 1831, dentro de la misma Facultad, la cátedra de Código Civil, que ocupó hasta el 21 de febrero de 1887, fecha de su fallecimiento. Muy activo entre 1830 y el final de los años de 1870, este soltero endurecido rechazó las ofertas y honores parisinos, sobre todo la función de procurador general de la Corte de Casación. Aunque su salud no le permitía velar la noche, esto no impidió que acumulara durante largos años las funciones de decano de su Facultad, de presidente del Colegio de Abogados de Caen y de consultor reconocido.³ Además, Demolom-

del derecho, los juristas obtienen en su juventud una base cultural juzgada legítima en materia de referencias, de creencias, de lecturas” (*La culture juridique française. Entre mythes et réalités (XIXe-XXe siècles)*, París, CNRS Editions, 2013, sobre todo p. 9). Sobre las facultades de derecho durante esa época, véanse Ventre-Denis, Madeleine, “Sciences sociales et université au XIXe siècle. Une tentative d’enseignement de l’économie politique à Paris sous la Restauration”, *Revue historique*, núm. 520, 1976, pp. 322-338; “La première chaire d’histoire du droit à la Faculté de droit de Paris (1819-1822)”, *Revue historique du droit français et étranger*, 1975, pp. 596-622; *Les sciences sociales et la Faculté de droit de Paris sous la Restauration. Un texte précurseur: l’ordonnance du 24 mars 1819*, París, 1985; “La Faculté de droit de Paris et la vie sous la Restauration. L’affaire Bavoux”, *Revue d’histoire des facultés de droit*, núm. 5, 1987, pp. 33-64. Véanse también Legendre, Pierre, *Trésor historique de l’État en France. L’administration classique*, Fayard, 1992, pp. 30 y 38; Halpérin, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Quadrige, 2001, núms. 37 y ss., pp. 70 y ss.; Halpérin, Jean-Louis, *Paris, capitale juridique (1804-1950). Etude de socio-histoire sur la Faculté de droit de Paris*, París, Ed. Rue d’Ulm, 2011; Audren, Frédéric y Halpérin, Jean-Louis, *op. cit.*, pp. 22-45.

³ Sobre Demolombe, véanse Jouen, M. *Demolombe et ses Œuvres. Discours prononcé à la Séance de rentrée des Facultés de l’Académie de Caen le 3 novembre 1887*, Caen, H. Delesques, 1888; Greard, M., “Notice sur la vie et les travaux de Demolombe”, *Revue de l’Académie des Sciences morales et politiques*, t. 129, 1888, pp. 111-115; Bonnecase, Julien, *Les destinées de l’œuvre de Demolombe au temps présent*, Burdeos, Delmas, 1929; Bonnecase, Julien, *La pensée juridique française, de 1804 à l’heure présente. Les variations et ses traits essentiels*, Burdeos, Delmas, 1933, 2 ts., núms. 162-164, pp. 317-333; Arnaud, André-Jean, *Les juristes face à la société, du XIXe siècle à nos jours*, París, PUF, 1975, p. 63; Jamin, Christophe, “Julien Bonnecase et Charles Demolombe”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, pp. 856 y 857; Jamin, Christophe, “Relire Labbé et ses lecteurs”, *Archives de philosophie du droit*, t. 37, 1992, en especial p. 264; Musset, Jacqueline, “Un célèbre jurisconsulte caennais du XIXe siècle: Demolombe”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, pp. 85-91; Jamin, Christophe y Jestaz, Philippe, *La doctrine*, París, Dalloz, 2004, sobre todo pp. 79 y 80; Halpérin, Jean-Louis, “Demolombe Charles”, en Cayla, O. y Halpérin, Jean-Louis (coords.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, pp. 123-126; Strickler, Yves, “De l’interprétation ou de l’actualité de la pensée de Demo-

NADER HAKIM

be contribuyó a fundar la *Revue critique de la jurisprudence* en 1851; pero publicó particularmente a partir de 1845 su famoso *Cours de Code Napoléon* en 31 volúmenes in-4o., inconcluso y continuado por Louis Guillaouard. Demolombe dejó de escribir, en efecto, en 1882, a la edad de 78 años.

La carrera de profesor y de jurista-escritor de Demolombe empieza, entonces, alrededor de 1830, mientras que comienza una fase central de la historia doctrinal del siglo XIX, que es seguramente la más “clásica” y significativa del momento exegético.⁴ Si bien no hubo escuela de la exégesis, si Demolombe no pudo ser el líder y si las divergencias entre los autores no deben subestimarse, este último domina muy amplia-

lombe”, *De code en code. Mélanges en l’honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, pp. 809-821; Musset, Jacqueline, “Demolombe”, en Arabeyre, P. et al. (coords.), *Dictionnaire historique des juristes français Xlle-XXe siècle*, PUF, 2015, pp. 324 y 325; Thireau, Jean-Louis, *Introduction historique au droit*, 3a. ed., París, Flammarion, 2009, pp. 347 y 348; Hakim, Nader, “Continuità o rottura nella storia del pensiero giuridico? Esegisi, transtestualità e positivismo legalistico del *Cours de Code Napoléon* di Charles Demolombe”, *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell’età medievale e moderna*, núm. 12, diciembre de 2017, disponible en: www.historiaetius.eu (versión italiana de un artículo por publicar en francés: Hakim, Nader, “Continuité ou rupture dans l’histoire de la pensée juridique? Exégèse, transtextualité et positivisme du *Cours de Code Napoléon* de Charles Demolombe”, en Dobigny-Reverso, Anne et al. (coords.), *Mélanges en l’honneur de Jean-Louis Thireau*, Société pour l’histoire des facultés de droit et de la culture juridique, 2019).

⁴ Sobre la exégesis, véanse Husson, Léon, “Analyse critique de la méthode de l’exégèse”, *Archives de philosophie du droit*, t. 17: *L’interprétation dans le droit*, 1972, pp. 115-133; Husson, Léon, “Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l’exégèse”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1976, pp. 431-454; Rémy, Philippe, “Éloge de l’Exégèse”, *Droits. Revue française de théorie juridique*, núm. 1: *Destins du droit de propriété*, 1985, pp. 115-123 (artículo también publicado en la *Revue de la recherche juridique-Droit prospectif*, núm. 2, 1982, pp. 254-262); Rémy, Philippe, “Le rôle de l’Exégèse dans l’enseignement du Droit au XIXe siècle”, *Annales d’Histoire des Facultés de Droit*, núm. 2, 1985, pp. 91-105; Thireau, Jean-Louis, “Le jurisconsulte”, *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, núm. 20, 1994, pp. 29 y 30; Hakim, Nader, “Julien Bonnecase: historien de la science juridique?”, *Histoire de l’histoire du droit, Actes des Journées internationales de la Société d’Histoire du Droit (Toulouse, 1-4 juin 2005)*, textos reunidos por Jacques Poumarède, *Études d’histoire du droit et des idées politiques*, núm. 10, 2006, pp. 291-302; Petronio, Ugo, “L’Ecole de l’Exégèse, entre Lumières et positivisme scientifique”, en Ophèle, Cl. y Rémy, P. (coords.), *Traditions savantes et codifications*, París, LGDJ, 2007, pp. 29-47; Halpérin, Jean-Louis, “Ecole de l’Exégèse”, *Encyclopædia Universalis*, disponible en: <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/ecole-de-l-exegese>; Halpérin, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français...*, cit., núms. 21-45, pp. 37-75; Frydman, Benoît, *Le sens des lois. Histoire de l’interprétation et de la raison juridique*, 3a. ed., 2011.

mente la doctrina de su tiempo⁵ y “aparece como la figura emblemática de la doctrina civilista del siglo 19, que llevó a su apogeo pero de la cual fue también el último gran representante”.⁶ Sus títulos, que sean elogiosos —“Pothier de los tiempos modernos”, el “primer jurisconsulta de nuestro tiempo”— o burlones —“príncipe de la exégesis”—, son bien conocidos y muestran una posición central en el campo doctrinal de cierto competidor y animado, aunque restringido en cuanto al número de sus actores. Si bien se puede ciertamente subrayar con Jean-Louis Halpérin que “la originalidad de Demolombe se debe más a su estilo argumentativo —muy influenciado por la elocuencia del colegio de abogados— que a la profundidad de sus análisis” y aun cuando su obra diverge profundamente con la de sus dos más grandes competidores, que fueron Aubry y Rau,⁷ eso no impide que el decano de Caen sea de hecho representativo de su tiempo. Con Aubry y Rau, y más que Troplong o Marcadé, es sin duda uno de los mayores autores de su periodo.⁸ Si bien no es posible considerar que es representativo de una problemática escuela de exégesis y *a fortiori* de la doctrina de su época, es factible poner a prueba nuestra comprensión histórica de la referencia a la “naturaleza”, tal como fue entendida por un autor en un momento dado.

Ahora bien, la cuestión de la naturaleza y del recurso a la “naturaleza de las cosas” nos conduce a una pista compleja en la intersección del lenguaje jurídico, de la metodología jurídica, de la teoría del derecho y,

⁵ Entre otras fuentes, podemos en este caso fiarnos del juicio de Julien Bonnecase, que es poco sospechoso de favoritismo hacia Demolombe: “Demolombe fue en vida y, al día después de su muerte, considerado en Francia como el más grande jurisconsulto francés de su tiempo” (*La pensée juridique française, de 1804 à l'heure présente. Les variations et ses traits essentiels*, Burdeos, Bière, 1933, t. 1, núm. 163, p. 319).

⁶ Thireau, Jean-Louis, *Introduction historique au droit*, cit., p. 347.

⁷ Sobre éstos, véanse, principalmente, Gaudemet, Eugène, “Aubry et Rau”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1923, pp. 65-100; Seve, René, “Détermination philosophique d'une théorie juridique: «la théorie du patrimoine» d'Aubry et Rau”, *Archives de philosophie du droit*, t. 24: *Les biens et les choses*, 1979, pp. 247-257; Poughon, Jean-Michel (coord.), *Aubry et Rau. Leurs œuvres, leurs enseignements*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2006; Deroussin, David, “Se survivre à soi-même. Le Cours de droit civil d'Aubry et Rau”, en Chambost, A.-S. (coord.), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, París, LGDJ, Contextes Culture du Droit, 2014, pp. 67-92.

⁸ Sobre la doctrina civilista francesa del siglo XIX, véase Hakim, Nader, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXe siècle*, LGDJ, 2002, 481 pp.

NADER HAKIM

por supuesto, de la filosofía. Notemos simplemente a título liminar que, en la época durante la cual Demolombe escribió su *Cours*, aun cuando el positivismo legalista había hecho notables progresos,⁹ el derecho natural formaba todavía ampliamente parte del arsenal conceptual y argumentativo de los juristas, especialmente en el derecho civil. La referencia a la naturaleza está entonces en el presente caso sobredeterminado por las opciones metodológicas y teóricas de los autores, y conviene tomar algunas precauciones antes de explorar algunos extractos de la obra. También se puede recordar brevemente que Demolombe defiende antes que nada una forma de positivismo legalista, que le debe más al legalismo que al positivismo. Su filosofía y su moral, por otra parte, lo conducen a optar por una definición relativamente estricta del derecho y una concepción negativa del derecho natural.

Para él, en efecto, el derecho no puede ser el resultado de reglas establecidas por la ley. Como escribe al principio de su obra:

...la verdadera ley y propiamente dicha, la ley que es el objeto de nuestros estudios como jurisprudencias, es entonces una regla sancionada por el poder público, una regla civilmente y jurídicamente obligatoria. El derecho es el resultado, o bien entonces el conjunto y la colección de esas reglas (I, 2).

No se interesa entonces *a priori* que por el derecho positivo planteado por la autoridad competente. En contraste, el derecho natural está, por lo tanto, excluido del campo jurídico:

La religión, la moral, la filosofía... no son *leyes*, no son *derecho*, siguiendo la acepción técnica y jurídica de esas palabras... Es fácil ver que esas máximas generales, así formuladas, constituyen preceptos de *moral*, pero no reglas de *derecho*, es decir reglas legalmente y jurídicamente obligatorias (I, 3).

Demolombe continúa más adelante en estos términos: “A parte y más allá de esos límites, los preceptos de la moral ya no son leyes, no forman

⁹ Sobre esta cuestión, además de las obras citadas en la nota precedente, véase Bloquet, Sylvain, “Quand la science du droit s’est convertie au positivisme”, *Revue trimestrielle de droit civil*, núm. 1, 2015, pp. 59-84.

parte del derecho y no pueden exactamente recibir esas denominaciones en las obras de jurisprudencia” (I, 4). Si bien Demolombe no niega la existencia de un derecho natural, este último no podría constituir una fuente de derecho y puede solamente, con múltiples precauciones, ser movilizado por los juristas en la fase de la interpretación y de la aplicación de las reglas del derecho positivo (I, 8). El objeto parece, por tanto, entendido y opone rasgo por rasgo el derecho natural —preexistente y obligatorio, universal e inmutable— y el derecho positivo, que deriva, por su parte, de la voluntad del legislador humano, esencialmente local, particular y variable (I, 6).

Todo parece a primera vista muy simple y se espera ver al autor moverse en un mundo exclusivamente jurídico y positivo. Declarando no conocer más que el Código de Napoleón y no querer hacer la menor incursión fuera de éste, Demolombe plantea claramente el marco. Falta entonces tomarle al pie de la letra y poner a prueba sus tomas de posiciones en lo que concierne a sus usos de esa “naturaleza” de las cosas y de una “naturaleza” que le falta poner en escena en el cuadro del derecho de los bienes. Ahora bien, en este caso, parece que, fiel a sus declaraciones de principio, Demolombe se desplaza en mundos que distingue con precaución. Haciendo hábilmente cohabitar el mundo jurídico con el mundo físico-químico, él logra elaborar el cuadro de un derecho que domina la naturaleza concebida como una tela de fondo compuesta por cosas circundantes sometidas al hombre, por leyes de la física o de la biología. La composición de su discurso es, por tanto, armoniosa y coherente. Naturaleza jurídica de los bienes y naturaleza físico-química de las cosas cohabitan rigurosamente. Sin embargo, el lector no puede dejar de interrogarse sobre el significado de conjunto de una representación de la realidad dentro de la cual esos mundos terminan por entrelazarse, por extinguirse, a tal punto que el derecho, *a priori* puro arteficio o por lo menos artefacto, termina por ser naturalizado. Ésa es toda la ambivalencia de esta naturaleza de las cosas que intentaremos analizar.

2. Los mundos “naturales” de un discurso jurídico

Si la palabra “naturaleza” remite la mayoría de las veces al lenguaje común queriendo decir que se trata de un argumento evidente, falta que el

NADER HAKIM

adjetivo “natural” —entendido como lo que es conforme a la realidad— no puede de ninguna manera resolver nuestro problema. Este adjetivo no podría, en efecto, significar una evidencia intangible o común y que se impone por sí misma. La realidad a la cual se somete al lector no puede valer fuera del discurso producido por el autor y, más allá, de su cultura de referencia.¹⁰ La palabra “naturaleza” puede hacer referencia tanto al mundo del derecho como al mundo físico-químico o, incluso, al mundo de las esencias y de los valores. También es necesario adentrarse más allá en la trama del discurso para intentar arrojar algunas luces.

Sin sorpresa, Demolombe comienza sus dos volúmenes consagrados a los bienes distinguiendo claramente el mundo del derecho y el mundo natural.¹¹ Para definir las cosas y los bienes, él separa lo que releva del derecho (construcción humana y social) y lo que depende de un medio terrestre en el sentido de mundo físico-químico. Además, Demolombe propone entender las cosas como lo que “comprende todo lo que existe, no solamente los objetos que pueden volverse la propiedad del hombre, pero también todo lo que, en la naturaleza, escapa a esta apropiación exclusiva” (IX, 9). La naturaleza es así opuesta a la actividad del hombre: forma el cuadro de las acciones o el paisaje dentro del cual el derecho actúa. Los bienes, por su parte, son justamente las cosas “susceptibles de procurar al hombre una utilidad exclusiva y de volverse el objeto de un derecho de propiedad” (IX, 8). Dicho de otra forma, son consideradas como bienes las cosas aprehendidas por el derecho. Los bienes son realidades del mundo jurídico, mientras que

¹⁰ Véanse Audren, Frédéric y Halpérin, Jean-Louis, *La culture juridique française...*, cit., pp. 59-110; Ferrand, Jérôme, “La science du droit à l’épreuve du spiritualisme éclectique dans le premier XIXe siècle. Enquête sur les soubassements de la culture juridique contemporaine”, *Clio@Themis, Revue électronique d’histoire du droit*, núm. 9, 2015, disponible en: <http://www.cliothemis.com/Clio-Themis-numero-9>.

¹¹ Para un ejemplo significativo relativo a los aluviones: “¡Como si los ríos y arroyos tuvieran necesidad del permiso del legislador, para fluir sus aguas a la conveniencia de los misteriosos e irresistibles movimientos que los arrastran! Como si ese imperio, o como decimos todavía, ese absolutismo de las aguas no fuera la obra de la naturaleza misma, imperio inevitable, que el legislador buscaría en vano a desposeer, y cuya única pretensión tal vez de regular lo más equitativamente posible las consecuencias. Se debe entonces reconocer que hay ahí una fuerza mayor, una fuerza a menudo caprichosa y ciega sin duda, cuyas leyes no pueden siempre rectificar las injusticias” (X, 5).

las cosas emanan del mundo físico-químico. La distinción es clásica y ampliamente admitida. Así, *a priori*, la “naturaleza de las cosas” remite entonces al mundo físico o químico. Así, la división entre bienes corporales y derechos, aunque confusa y errónea para Demolombe, es “conforme a la naturaleza misma de las cosas” (IX, 33), y la división “de las cosas que tienen una base fija y las que no tienen” está también fundada sobre “la naturaleza misma de las cosas” (IX, 59). Es globalmente lo mismo con los elementos de los edificios puestos a *perpétuelle demeure*,¹² cuya naturaleza —jurídica— de inmueble es “tomada de la naturaleza misma de las cosas y la verdad de los hechos” (IX, 196).

Más adelante, Demolombe precisa su argumentación jerarquizando esos dos mundos. En cuanto a determinar el “carácter jurídico de los bienes, y sus diferentes especies” (IX, 2), él estima lógicamente que el análisis jurídico toma más en cuenta la utilidad y los usos de los bienes que “sus elementos materiales y físicos”; sin embargo, precisa de inmediato que subsiste una relación entre la naturaleza físico-química de las cosas y sus cualidades jurídicas de los bienes:

Todos esos usos tan variados y tan numerosos hacia los cuales los bienes son empleados, todas esas funciones tan variadas que éstos llenan en nuestros hábitos sociales, dependen seguramente mucho de su substancia propia, de la substancia constitutiva y elemental; y bajo esa relación, es imposible, en efecto, que la ciencia del derecho no tenga ella misma en cuenta la composición física de los cuerpos (IX, 19).

Sigue una lista de características físicas y químicas que el derecho toma en cuenta para clasificar los bienes, a saber: la movilidad, la consumibilidad y hasta el valor determinado por “la diferente composición de los cuerpos, preciosa en una y común en la otra”. Así, los “elementos constitutivos de la cosa y de sus propiedades físicas «son importantes» cuando se trata de apreciar y de calificar jurídicamente un *bien*” (IX, 18), aunque *in fine* sea

¹² “Sujeción perpetua de un mueble a un inmueble, lo que conlleva su conversión en bien mueble dado su destino”. Voz “Perpétuel, uelle”, en Merlin Walch, Olivier, *Dictionnaire juridique. Français/Espagnol. Español/Francés*, 6a. ed., LGDJ, 2012 (nota del traductor).

NADER HAKIM

...la forma exterior de la cosa, su forma distintiva y organizadora, su forma característica que la diferencia esencialmente de las otras cosas, que la vuelve especialmente propia a un cierto uso, a exclusión de las otras cosas diferentemente conformadas, a darnos determinadamente un cierto tipo de servicio, a procurarnos un cierto tipo de utilidad (IX, 19).

Demolombe distingue así claramente la substancia jurídica de la cosa, “que constituye un cierto ser, designado bajo un cierto nombre, revestido de una cierta forma, especialmente propia a cumplir tal o tal destino” (IX, 19); por ejemplo, “la piedra, el fierro, la madera” que componen materialmente una casa.¹³

Tendrán entonces una función la materia, la naturaleza físico-química, los elementos materiales de la cosa; pero el motivo principal será la “substancia jurídica”, que califica también de “naturaleza jurídica” de las cosas. Serán, por tanto, principalmente determinantes la “forma exterior de las cosas”, sus usos, los servicios que se esperan de ellas; en resumen, su utilidad en el comercio jurídico y en la organización de la sociedad. Por ello, tenemos un derecho de los bienes que toma en cuenta la realidad física y sería difícil considerar otra opción, a menos que se separe el derecho de toda base y de toda relación con la realidad física. Dos mundos van entonces a cohabitar, con la predominancia lógica del primero sobre el segundo: el mundo jurídico (prioritario) y el mundo físico-químico. En su oposición a la naturaleza, el derecho es

¹³ Por otra parte, Demolombe escribe: “Ya hemos dicho que esa palabra: substancia, siempre metafísica y oscura por otra parte, donde sea que la encontremos, tiene para nosotros, en la lengua del derecho, un significado especial. En filosofía, en física, se entiende por substancia la esencia desconocida, oculta bajo las cualidades, bajo las modas... Para nosotros, en efecto, juriscultas, la substancia, es el conjunto de las cualidades esencialmente constitutivas de los cuerpos, de las cualidades, que hacen que las cosas tengan una cierta forma y un cierto nombre” (X, 222). Christophe Grzegorzcyk nota en cuanto a él: “El derecho, llamando las realidades del mundo natural por nociones jurídicas, transforma sus realidades en fenómenos jurídicos, les atribuye un significado jurídico que no tenían antes de esa operación. Dicho de otra forma, el derecho, a partir de los objetos del mundo real, crea las cosas, las personas o las relaciones jurídicas (dotadas de un significado). Grzegorzcyk, Christophe, “Le concept de bien juridique: l'impossible définition?”, *Archives de philosophie du droit*, t. 24, 1979, p. 269; voz “Bien(s) juridiques(s)”, en Arnaud, A.-J. (coord.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2a. ed., LGDJ, 1993.

efectivamente artefacto, producto del hombre, acción del hombre, conformación jurídica de las cosas circundantes, teniendo por objeto las cosas que considera como bienes.

Demolombe va todavía más lejos y opone dos naturalezas. Sin que se trate de un abuso de lenguaje, sino todo lo contrario, pone en escena dos tipos de cualidades intrínsecas de cosas y de bienes, dos categorías de formas y de elementos constitutivos. A la naturaleza físico-química se le añade la naturaleza jurídica. Un pasaje es aquí iluminador:

Los bienes son de varias especies; y las diferencias que existen entre ellos bajo esa relación, resultan de los elementos físicos y de sus cualidades naturales, o de sus cualidades legales y de su naturaleza jurídica, es decir distinciones que la ley ha establecido en el interés de las relaciones sociales y para la más grande satisfacción de las necesidades del hombre (IX, 27).

Es aquí que progresivamente un mundo reemplaza al otro. La expresión “naturaleza de las cosas” en esta parte del *Cours*, en cuanto a los bienes muebles e inmuebles, se encuentra utilizada en lo que concierne a esta división en dos categorías. Distinguimos así muebles e inmuebles a la vez en función de la “naturaleza misma de las cosas” y de sus disposiciones del Código de Napoleón (IX, 28). El mundo natural impone en cierta forma un principio único: la movilidad, que forma una “idea madre” que deriva de la “naturaleza misma” de los bienes (IX, 90). A partir de este primer dato, la ley distingue y toma sus distancias con los elementos físico-químicos o, incluso, biológicos para conformar jurídicamente el mundo de las naturalezas jurídicas y de los objetos manipulados en el mundo social. Se empieza entonces una operación jurídica clásica desde Roma, en la cual las ficciones pueden sustituir una naturaleza por otra. Así: “...los fondos de la tierra son... los únicos bienes verdaderamente inmuebles por su naturaleza original y permanente, por sus elementos propios y constitutivos, los únicos finalmente que sean el producto de la naturaleza” (IX, 97).

Sin embargo, más allá de eso, nos alejamos poco a poco de la realidad física, porque Demolombe afirma con fuerza que “para apreciar la naturaleza de un derecho, se debe buscar cuál es su objeto; el derecho

NADER HAKIM

en efecto por sí mismo no es más que una abstracción, que no tiene y que no podría tener otra cualidad más que el objeto mismo, en el cual se realiza” (IX, 156).

El mundo del derecho, nominalista, forja su propio lenguaje y sus representaciones, y es muy lógico pensar que los caballos “pueden volverse inmuebles por destinación en un establecimiento industrial” (IX, 268), así como pueden ser inmovilizadas las palomas de los palomares, los conejos de las conejeras y los peces de los estanques (IX, 275 y ss.). De igual manera, el edificio compuesto de cosas muebles se vuelve un inmueble:

...el mueble, que se vuelve así inmueble por su naturaleza, cambia de naturaleza... ¡eso es evidente! ¡Es decir que, en esta transformación, pierde su individualidad propia, su propia substancia, y hasta su nombre! La inmovilidad por naturaleza lo altera, o más bien lo extingue, lo aniquila... ¡El fierro, es la *cerradura!*... Cada uno de los materiales, considerado en su propia substancia, ha desaparecido; se han vuelto todos *el edificio* (IX, 291).

La llave forma parte de la cerradura; La cerradura forma parte de la puerta; La puerta forma parte de la casa; Concluyan, y encontrarán, en efecto, en la llave misma una porción integrante del edificio, y por consiguiente un bien inmueble por su naturaleza (IX, 295).

El mundo natural está en cierta forma borrado o absorbido en una “substancia jurídica”, que hace, según los términos de Demolombe, perecer “jurídicamente” su materialidad y sus características físicas,¹⁴ y, en esto, su positivismo legalista está confirmado. Aquí el derecho decide que “la adhesión física, inmediata o mediata”, modifica la naturaleza jurídica de los bienes (IX, 102); por ejemplo, las tuberías que sirven a la conducción de las aguas en las cosas y las herencias son inmuebles “por naturaleza” (IX, 149). Y es todavía el derecho quien acepta o no tomar en cuenta la naturaleza física, como para la noción de bienes corporales que “caen bajo nuestros sentidos” (IX, 31), donde los frutos y los árboles pueden ser inmuebles o muebles según las necesidades de las operaciones jurídicas. Del mismo modo, la distinción de las cosas

¹⁴ Podemos citar también el ejemplo clásico de la filiación natural. Véanse particularmente III, 18; V, 338.

fungibles o no fungibles, no obstante “natural” y relacionada a la “naturaleza misma de las cosas”,

...no resulta necesariamente y exclusivamente de sus propiedades naturales y constitutivas, pero que deriva antes que nada de la intención de las partes, de la relación por la cual las cosas fueron consideradas por ellas, y del objetivo que se propusieron; distinción, en consecuencia, que no tiene nada de esencial ni de absoluta, pero que es, al contrario, muy accidental y relativa (IX, 47).

En fin, mientras que la movilidad de las cosas es ampliamente utilizada en materia de inmuebles por naturaleza, desde que pasamos a los bienes muebles:

Esa diferencia natural, que existe entre los muebles, de la cual unos pueden cambiar de lugar por una fuerza que les es propia, y de la cual los otros no pueden ser transportados de un lugar a un otro que, por la impulsión de una fuerza extranjera, esa diferencia natural, decimos nosotros, no es en derecho, de ninguna importancia, y no es producto de hecho, entre unos y otros, de diferencias legales (IX, 393).

Todo parece entonces en lugar para que nos movamos en un mundo de derecho que conforme la naturaleza “jurídica” según su voluntad, creando una realidad abstracta capaz de relegar el mundo físico a un segundo plano. Demolombe no deja, a pesar de todo, de retornar a la referencia de la realidad material y de la “naturaleza de las cosas”, a relacionar los dos mundos a tal punto que se vuelven inextricablemente entremezclados.

3. El entrelazo de los mundos o la naturalidad del derecho

Perseguir la lectura del *Cours de Code Napoléon* conduce, en efecto, a dudar de esa estricta dicotomía y de la claridad de la división de los mundos naturales entre realidades física y jurídica. La cuestión no es realmente la de los usos contradictorios del mundo físico-químico o de

NADER HAKIM

las leyes de la biología. No es, en efecto, incoherente movilizar este último en el discurso jurídico, y las referencias externas al derecho no podrían ser indicios de una evidente confusión.

Es, sin embargo, más perturbante que Demolombe no deje de justificar y de fundar el mundo del derecho por el mundo natural y que el lector comience a dudar de la autonomía de la naturaleza jurídica. Asimismo, la hipótesis que podemos hacer aquí es que, buscando legitimar el derecho, el jurisconsulto de Caen recurre a una naturaleza confusa y totalizadora; incluso, crea una especie de universo en el cual el derecho toma parte en una relación con las cosas, inscrito en una verdad no solamente jurídica, sino también natural. Dicho de otra manera, su positivismo legalista no le impide recurrir a otras verdades que las que están planteadas por la ley positiva.

Para tomar algunos ejemplos, Demolombe moviliza la biología¹⁵ para justificar la naturaleza inmueble de los árboles y de las plantas. En este caso, la química orgánica justifica la regla de derecho, mientras que el mundo jurídico habría podido muy bien quedarse sin tal explicación, con la cual confía completamente, por otra parte. En un caso, leemos que el sol alimenta árboles y plantas y Demolombe explica la calificación “natural” de inmueble (IX, 136), para más adelante aprender que el embargo permite tratar esos mismos bienes como muebles (IX, 151) y que los árboles de los viveros son, en cuanto a ellos, bienes igualmente muebles, sin que se trate todavía de una cuestión de biología. El argumento de inmovilidad, tradicional en la doctrina jurídica, afecta así la regla jurídica de una cualidad, de una certitud, natural que el razonamiento promueve sin que sea necesario.

Aún mejor, las leyes de la física están convocadas para establecer la verdad de una regla, como en materia de servidumbres: “Es la naturaleza ella misma que, trazando a los terrenos su pendiente, ha sometido los fondos inferiores para recibir las aguas que provienen de los fondos más elevados” (*Servitudes*, 16). En este último caso, el legislador parece desposeído de su poder normativo y no hace más que “constatar la situación natural de los lugares” (*Servitudes*, 16).

¹⁵ Para un ejemplo estrictamente biológico, en cuanto a la paternidad y la concepción del niño: “son dos hechos cuya naturaleza ha guardado el secreto a todas nuestras investigaciones”.

La cuestión no es, sin embargo, verificar la coherencia de un discurso, sino entender lo que ese mismo discurso produce gracias al recurso de la naturaleza. Un ejemplo es aquí significativo en materia de servidumbres. Se trata de la distinción entre los “días” (aperturas destinadas al alumbrado) y las “vistas” (ventanas). Ahora bien, para Demolombe, esta distinción “es muy antigua, y resulta de la naturaleza misma de las cosas” (*Servitudes*, 528). Aquí entendemos bien que no hay una diferencia material entre los “días” y las “ventanas”; no es menos cierto que la finalidad y el uso social dominan el análisis e implican una diferencia de trato jurídico. El argumento no es decisivo, pero la claridad inicial se oscurece notablemente, como cuando evoca la “naturaleza misma de las cosas” en materia de nomenclatura de los derechos reales divididos en *usus*, *fructus* y *abusus* (IX, 475).

Esa duda está agravada porque la naturaleza se ve a veces dotada de nuevos significados y remite a otras formas de verdad, a otros mundos naturales, que intervienen aún más con el mundo del derecho. Así, la palabra “naturaleza” significa a veces el orden necesario del mundo o la finalidad de ese mundo, como en el extracto siguiente en cuanto a las cosas “que nadie posee y nadie puede poseer”: son las cosas “que la naturaleza afectó al uso común de todos, y que, debido a su inmensa extensión y de su fecundidad inagotable” (IX, 461).

Se trata a veces, incluso, de la naturaleza humana o del “instinto del hombre” (X, 147), es decir, de un principio normativo derivado de la esencia humana o al menos de los caracteres que definen al hombre. Insatisfecho de traer una excepción o una contradicción a sus afirmaciones precedentes, Demolombe invoca aun el derecho natural, sin otra precisión, como motivo para enfrentarse al torrente accidental: “caso de fuerza mayor, que cada quien tiene, por su parte, el derecho de buscar a garantizar; como podemos, por el derecho natural, garantizarnos... incursiones por el enemigo” (*Servitudes*, 30). De la misma manera, para la presunción divisoria “tan natural que los hombres hacen, por lo general, lo que su propio interés les aconseja, está fundada sobre la observación y la experiencia” (*Servitudes*, 314).

Cuando pasamos a la cuestión de la propiedad, la perplejidad se acentúa todavía. En efecto, el derecho de propiedad, “estándar de todos los derechos naturales”, corazón palpitante del Código Civil, es presen-

NADER HAKIM

tado como natural, en la medida en que no es originario de un sistema filosófico, sino de la voluntad de Dios mismo. Esta “verdad moral” es presentada en estos términos:

Dios, quien creó al hombre social, le ha dado al mismo tiempo el medio de cumplir su destino; y es así Dios mismo, quien instituyó el derecho de propiedad, el de todos los derechos tal vez el que se revela lo más intensamente por el único instinto de la conciencia, el de todos, cuyo asentimiento universal y el libre respeto de los pueblos proclaman, con la mayor energía, la inviolabilidad independientemente de las leyes positivas, en todas partes donde las funestas doctrinas y detestables excitaciones de los partidos no han perdido su buen sentido y su buena fe (IX, 334).

Se podría objetar aquí que no es cuestión directamente de naturaleza. Sería, sin embargo, olvidar que, en todos los demás lugares, Dios es efectivamente el autor de esa naturaleza. Esto lo muestra, por ejemplo, la distinción entre servidumbres naturales y legales:

La verdad es que las servidumbres que derivan de la situación de los lugares, tienen, antes que nada, por causa la disposición de los terrenos, la conformidad de las propiedades, y que están escritas, por así decirlo, bajo el sol, tal que Dios mismo lo ha hecho: como, por ejemplo, la carga para el fondo inferior de recibir las aguas que provienen del fondo superior. Esas servidumbres, la ley no las establece; existen naturalmente, por la fuerza misma de las cosas, con un carácter de perpetuidad y de universalidad, que hace que encontremos las mismas en todas las épocas y en todos los países. En la ausencia misma de todo reglamento por parte del legislador, habría sido necesario siempre admitirlas; las leyes positivas que se ocupan de eso, las reconocen en vez de imponerlas; y no hacen, en general, más que consagrar, en ese sentido, las reglas, en cierta forma, preexistentes, de necesidad y de buen sentido (*Servitudes*, 7).

No parece entonces muy audaz pensar que la propiedad esté efectivamente en la naturaleza de las cosas, al mismo título que la fuerza hidráulica o que la movilidad de los seres inanimados. No se trata, empero, realmente de una pura repetición de conclusiones del derecho

natural moderno. Demolombe es aquí como precedentemente muy explícito, tal y como lo demuestra su nuevo extracto:

Es situarse en una abstracción totalmente quimérica, suponer que *un derecho natural*, según el cual cada propietario tendría la libertad absoluta de hacer de su herencia todo lo que quisiera, sin ningún perjuicio que podría resultar para las herencias vecinas. Esta libertad, no sería otra cosa más que la barbarie y la guerra... Dios, quien ha creado el derecho de propiedad como una de las bases más esenciales de las sociedades humanas, no ha querido sin duda hacer un derecho asociado y salvaje; y cuando el legislador interviene, árbitro supremo, para marcar a cada quien su límite, y para determinar las condiciones generales, comunes y recíprocas, de la disposición de los bienes, toma los ángulos de la Providencia; no esclaviza entonces la propiedad; ¡todo lo contrario! la disciplina, la civiliza, y defendiéndola contra sus propios excesos, garantiza la plena y apacible libertad (*Servitudes*, 8).

La propiedad no es entonces una abstracción del espíritu humano, sino una realidad natural, una verdad inscrita en la naturaleza. El derecho está así estrechamente imbricado en una naturaleza que no es el simple escenario del teatro jurídico o una materialidad a veces obligatoria, sino más bien un cuadro de referencia que impone obligaciones y sobre todo que justifica la verdad del derecho. En efecto, esta última está inscrita en la naturaleza a pesar de su artificialidad. El hecho de pasar sin cesar de un registro a otro, o de entrelazar los mundos del derecho y de la naturaleza físico-química y divina, presenta una ambigüedad fundamental que se forma en el corazón del razonamiento jurídico mismo.

Demolombe nos dice no conocer más que los textos del Código Civil, separar el mundo del derecho de cualquier otro y negar claramente el derecho natural moderno. Él cree, no obstante, resolver la ecuación de la legitimidad del Código Civil, teniendo un discurso que, en una misma mano, tiene la positividad de la ley y la naturalidad del derecho. Plantado por el hombre, el derecho civil respeta las leyes de la naturaleza. Esta obra artificial se inscribe en el mundo físico, que es por sí mismo la obra de un creador omnipresente, que deja la puerta abierta a la arbitrariedad y a lo contingente. Tal vez tomista aquí, Demolombe intenta

NADER HAKIM

conciliar un orden natural con los principios políticos, económicos y sociales de su época.

Esto quizá permite entender mejor su apego a la sabiduría y a las verdades de los juristas romanos, que son sus verdaderos modelos. Tal vez diferente para ellos, el mundo de las ficciones jurídicas no es verdaderamente autónomo y aquí la influencia del cristianismo es decisiva.¹⁶ El presente derecho positivo, sobre todo después del Código de Napoleón, el cual Demolombe celebra casi en cada página, está así arraigado no en la tradición y el movimiento histórico, sino en una relación estrecha con la verdad. Mundo físico y mundo biológico son invocados al mismo título que Dios mismo, autor de esta naturaleza, no para fijar las barreras que no podrían ser fácilmente recibidas en el mundo jurídico positivo, sino para formar evidencias y naturalizar lo que puede ser. Aquí es efectivamente el discurso de los juristas, que entremezcla los mundos para convencer y llenar las representaciones de lugares comunes.

Que el positivismo de Demolombe sea impuro no sorprende en lo absoluto, que el derecho haga referencia a elementos externos tampoco, y no podríamos estar todavía más sorprendidos de encontrar a Dios, la biología vegetal, los imperativos del comercio y de la industria o hasta la física hidráulica a la mitad de una argumentación que sabe, no obstante, desdeñar toda realidad física cuando le conviene. Lo que debe llamarnos la atención es más bien la imbricación de los mundos, la polisemia crónica de la palabra “naturaleza” y la construcción de una argumentación que es fundamentalmente concebida como apolítica. Demolombe es un literato muy fino para bajar su guardia y, sin embargo, su discurso oscila, en efecto, entre los mundos como para disimular mejor la evidencia que no es más que la omnipresencia de la política.

¹⁶ Sobre esta cuestión, véase Thomas, Yan, *Les opérations du droit*, EHESS-Gallimard-Seuil, 2011. Este último nota particularmente: “Esta naturaleza, forjada y manipulada por los juristas de Roma, pudo ser fácilmente cristianizada. Lo fue según la fórmula, repartida como lo sabemos desde los primeros glosadores, de una equiparación con Dios, *natura id est Deus*. Faltaba, sin embargo, una vez naturalizada la *natura* romana, por naturalizar también el derecho que la había muy seguido reducido a un instrumento al servicio del artificio: que la había institucionalizado. Faltaba por naturalizar esa extraña antropología jurídica romana, una antropología que ha escapado en gran parte a los romanistas y que continúa escapando, asimismo, a los historiadores del pensamiento jurídico y a los filósofos del derecho” (p. 156). Para el derecho romano, véase Schiavone, Aldo, *Ius. L'invention du droit en Occident*, París, Belin, 2008, pp. 211-217.

Es, hablando como Kelsen, el espantoso rostro del poder y de la arbitrariedad de la opción que se esconden en el fundamento jurídico y que desaparece por la magia de la palabra.

En la relación entre natural y artificial, juego que se trama en cada página, la antítesis está frustrada e, incluso, regresada a su oposición: lo natural volviéndose derecho, y el derecho volviéndose natural. ¿Tal vez se trata de híbridos,¹⁷ de un entre-dos-mundos a medio camino de lo social y de la naturaleza físico-química? En todo caso, uno tiende a volverse el otro y los dos se superponen sin coincidir; en efecto, pueden avanzar lado a lado hasta que las necesidades de la causa conduzcan a hacer triunfar el mundo social y la gramática jurídica. En este sentido, podemos decir que Demolombe inventa la naturaleza descubriéndola y haciéndola surgir en el mundo del derecho. Como buen jurista, él mete al día no solamente la naturaleza jurídica de las cosas, sino que también llena el universo de los juristas de cosas tan evidentes las unas como las otras. El poder del lenguaje crea esencias que no pueden ser rechazadas sin tomar el riesgo de arruinar el edificio dogmático.

Es toda la fuerza de esa “naturaleza de las cosas”, locución que remite evidentemente a un lugar común admitido, repetido y planteado como fundación común del lenguaje. Su fuerza es, además, fortalecida por Demolombe a través del rechazo de los sistemas filosóficos. Situándose por debajo de esos sistemas, oscilando entre los mundos naturales y jurídicos, el derecho no siendo nunca un simple reflejo de la naturaleza, solidifica la naturalidad del derecho y hace olvidar su vínculo demasiado evidente con la Revolución y la codificación napoleónica. Nada es más político, todo se vuelve natural en el sentido de conformidad a la realidad y las necesidades económicas y sociales. Esta naturaleza totalmente social, y totalmente artificial, le permite jugar a través de varios registros y defender sus valores, cuya contingencia es de esa forma borrada.

Entendemos mejor la ambivalencia de su presentación general al principio del primer tomo de su *Cours*, cuando escribe después de haber profesado su legalismo:

¹⁷ Sobre este punto, véase Latour, Bruno, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, París, La Découverte, 2006.

NADER HAKIM

Hay un gran número de grandes principios y de verdades fundamentales, bajo los cuales reposa la legislación entera (I, 1).

Entre esas leyes, es cierto, unas, las más numerosas, las más esenciales, no son más que la consagración de esas grandes reglas de humanidad, de sociabilidad que Dios gravó en todos los corazones, y que son las condiciones comunes de la existencia y del desarrollo de todas las asociaciones, de todas las relaciones humanas: como las leyes sobre los matrimonios, sobre la familia, sobre la propiedad, sobre la mayoría de las convenciones, etcétera. Las otras, más accidentales, más especiales, son, por eso mismo, la obra más arbitraria, la creación más inmediata del legislador humano (I, 8).

Esos principios y esas verdades están inscritos en los textos del Código, y el jurista puede satisfacerse de conocer este último. En su discurso, sin embargo, esos principios, esos lugares comunes, toman frecuentemente el nombre de “naturaleza” como para implicar que no es necesario un sistema o una historia para decir la verdad. El derecho, siempre positivo, pero habiendo obtenido una naturalidad por una especie de accesión, adquiere una realidad física y ontológica. No podemos entonces dudar más de la regla de derecho que del flujo de las aguas sobre un terreno en pendiente. No podríamos tampoco negar la potencia de esa tecnología jurídica para explotar el medio terrestre y de la justicia de tal ocupación del mundo.¹⁸ Como Jano, el derecho se vuelve a la vez artificial y natural, dos fases de una misma realidad, sin embargo, abstracta que sólo puede ser conforme a la “naturaleza de las cosas”.¹⁹

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VI, núm. 15, enero-julio de 2019

¹⁸ Piron, Sylvain, *L'occupation du monde*, Zones sensibles, 2018.

¹⁹ Aquí las observaciones de Yan Thomas son iluminadoras: “La tradición no dudaría en apoyar ese conocimiento primero sobre una «naturaleza de las cosas»... No debe haber ningún conservatismo metodológico, pero más bien una necesidad propia a la epistemología del derecho. Constructivistas por profesión, los juristas tienen necesidad, para apoyar sus construcciones, de la hipótesis según la cual los datos sobre los cuales operan son necesariamente primeros en lo que los concierne. En realidad, el derecho no obedece más a la naturaleza que lo que la crea. No produce más que una racionalidad social, a la cual confiere de manera ficticia la necesidad que la mayoría de las culturas, comenzando por la nuestra, atribuyen al orden de la naturaleza. Los objetos del derecho no son más que objetos sociales”. Thomas, Yan, “Présentation”, *Enquête*, núm. 7, 1999, disponible en: <http://journals.openedition.org/enquete/1543>.

Estudio sobre la indemnización por daños desde la perspectiva del derecho comparado bajo el contexto de la modernización del derecho contractual

Study on compensation for damages from the perspective of comparative law in the context of the modernization of contractual law

Yun Li

RDP

RESUMEN

Una de las tareas más urgentes para aquellos que se dedican académicamente al derecho privado en China es la elaboración del Borrador del Código de Derecho Civil (BCDC), entre el cual las teorías del contrato, del régimen jurídico contractual y de la responsabilidad contractual son los trabajos más importantes. En este trabajo se presentan algunas consideraciones preliminares sobre los remedios indemnizatorios y la responsabilidad contractual, enfatizando en una visión de derecho comparado. El incumplimiento significa “cualquier falta de realización, realización irregular, defectuosa o incompleta de las conductas (prestaciones, si se prefiere) asumidas contractualmente”. Pantaleón Prieto lo define, en definitiva, como “cualquier desviación del programa contractual”. En relación con el remedio indemnizatorio, conviven dos posibles sistemas en el derecho de la contratación: por un lado, están los sistemas de corte subjetivo, que requieren un cierto grado de culpa del deudor, cuanto menos, para imputarle responsabilidad. En esta línea se encuentran los ordenamientos de la familia del derecho civil continental europeo, si bien se aprecian movimientos evolutivos en algunos de ellos, como veremos a continuación. Por otro lado, tenemos a los sistemas de corte objetivo, que permiten imputar responsabilidad al deudor en caso de incumplimiento, con independencia de la culpa, si bien

YUN LI

puede quedar exonerado en caso de fuerza mayor o cuando quede fuera de su esfera de control el evitar el resultado dañoso. La responsabilidad objetiva, también llamada “responsabilidad estricta” (*strict liability*), es una noción proveniente del *Common Law*.

PALABRAS CLAVE: derecho contractual, incumplimiento del contrato, indemnización por daños, remedio indemnizatorio, responsabilidad contractual, responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva, derecho comparado.

ABSTRACT

One of the most urgent tasks for those who are academically dedicated to private law in China is the development of the Draft Civil Law Code (DCLC), among which the theories of the contract, the contractual legal regime and contractual liability are the most important undertaken jobs. In this paper some preliminary considerations on compensation remedies and contractual liability are presented, emphasizing a comparative law vision. Non-compliance means “any lack of performance, irregular, defective or incomplete performance of the conduct (benefits, if you prefer) contractually assumed”. Pantaleón Prieto defines it, in short, as “any deviation from the contractual program”. In relation to the indemnification remedy, two possible systems coexist in contract law: on the one hand, there are subjective court systems, which require a certain degree of fault from the debtor, at least, to impute responsibility. Along these lines are the codes of the European continental civil law family, although evolutionary movements can be seen in some of them, as we will see below. On the other hand, we have objective-type systems, which allow the debtor to be held liable in the event of non-compliance, regardless of fault, although it may be exonerated in the event of force majeure or when it is outside its sphere of control to avoid the harmful result. Strict liability as such is a common law notion.

KEY WORDS: contract law, breach of contract, compensation for damages, indemnification remedy, contractual liability, strict liability, subjective liability, comparative law.

Sumario:

1. Introducción.
2. La responsabilidad objetiva (*strict liability*) del *Common Law*.

3. La responsabilidad contractual en el derecho civil continental.
4. Criterios de imputación de responsabilidad en la CISG.
5. Criterios de imputación de responsabilidad en los PECL/DCFR.
6. La objetivación de la responsabilidad contractual en la Ley china de Contratos de 1999.
7. Posibilidades en el Código Civil español y la PMCC.
8. La responsabilidad contractual en el derecho de contratos en los países latinoamericanos.
9. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: objetivación de la responsabilidad.
10. Conclusión.
11. Bibliografía.

1. Introducción

Con respecto al remedio indemnizatorio, conviven dos posibles sistemas en el derecho de la contratación: por un lado, tenemos a los sistemas de corte subjetivo, que requieren un cierto grado de culpa del deudor, cuanto menos, para imputarle responsabilidad. En esta línea se encuentran los ordenamientos de la familia del derecho civil continental europeo, aunque se aprecian movimientos evolutivos en algunos de ellos, como veremos más adelante. Por otro lado, están los sistemas de corte objetivo, que permiten imputar responsabilidad al deudor en caso de incumplimiento, con independencia de la culpa, aunque puede quedar exonerado en caso de fuerza mayor o cuando quede fuera de su esfera de control el evitar el resultado dañoso. La responsabilidad objetiva, también conocida como “responsabilidad estricta” (*strict liability*), es una noción que proviene del *Common Law*.

El jurista uruguayo Andrés Mariño López ha explicado bien esta diferencia. A continuación, me referiré a algunos de sus párrafos más significativos, a fin de penetrar en la visión de la materia que pueda tenerse en Latinoamérica:

La responsabilidad contractual —explica— se edifica sobre la base de fundamentos subjetivos u objetivos, según se tome en consideración, o no, la conducta exigible al deudor para la asignación de la obligación indemnizatoria. La opción por unos u otros es de suma relevan-

YUN LI

cia, pues determina, en definitiva, a qué están obligados los sujetos de la relación obligacional.¹

En cuanto a los “elementos y proceso de asignación de la responsabilidad contractual”, el autor sigue explicando:

El daño a un sujeto de derecho es el elemento básico de la responsabilidad contractual, en particular, y del derecho de daños, en general. En la responsabilidad contractual, si no existe un daño sufrido por una de las partes contratantes, no existe obligación indemnizatoria a cargo de la parte incumplidora.

Ese daño debe conectarse, por medio del nexo causal o relación de causalidad, con el incumplimiento material de la obligación, esto es, la no-ejecución del programa contractual: la cosa no se entrega, lo que se debía hacer no se hace, lo que debía no hacer se hace. Se trata de la denominada imputación objetiva.

A su vez, constatada la conexión causal entre el daño y el incumplimiento material de la obligación, es necesaria la atribución de ese incumplimiento material al deudor (relación de atribución). Esa imputación denominada subjetiva se realiza por medio de los factores de atribución o criterios para la imputación. En consecuencia, el daño se conecta por medio del nexo causal con el incumplimiento material y éste con el deudor por medio del factor de atribución.

La asignación de la obligación indemnizatoria al deudor se realiza por un proceso que se conforma en etapas sucesivas y concatenadas, construido sobre la base de la sistematización de los diversos elementos de la responsabilidad contractual (daño, relación de causalidad, incumplimiento material, relación de atribución, sujeto dañante y sujeto dañado).²

Al abordar las “bases subjetivas y objetivas de la responsabilidad contractual”, el autor explica que

¹ Mariño López, Andrés, “El factor de atribución y la causa eximente en la responsabilidad contractual. Nuevas perspectivas a partir de los proyectos de armonización y modernización del derecho de los contratos”, *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, Bogotá, núm. 1, 2011, p. 81.

² *Ibidem*, p. 83.

La objetividad o subjetividad de la responsabilidad contractual se concreta en dos puntos de esa red: (i) el factor de atribución del incumplimiento material al deudor y (ii) el evento que interrumpe (a) el nexo causal entre daño e incumplimiento material, o (b) la relación de atribución entre el incumplimiento material y el deudor. Este evento eximente de responsabilidad es denominado de diferentes formas... De acuerdo con la construcción conceptual que se realice del factor de atribución y la causa extraña no imputable, la responsabilidad será más o menos objetiva o subjetiva.

¿Cuándo la responsabilidad contractual es subjetiva? Cuando la determinación del factor de atribución y de la causa extraña no imputable se realiza tomando en consideración la conducta que debe desarrollar el deudor para dar cumplimiento a la obligación a su cargo.

En cambio, la responsabilidad es objetiva cuando no se toma en cuenta la acción exigible al deudor para determinar el factor de atribución y la causa eximente de responsabilidad. Basta que el incumplimiento material se haya producido para que el deudor deba resarcir los daños independientemente de su conducta. No es suficiente acreditar que se han desarrollado todas las conductas que el sujeto contratante puede realizar para que se considere fracturado el nexo causal o la relación de atribución.³

2. La responsabilidad objetiva (*strict liability*) del *Common Law*

Luis Díez-Picazo, Encarna Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno han explicado que, en el derecho anglosajón, “la construcción del contrato... no se basa en la idea de deber o de obligación, sino en la de garantía de un resultado a cargo del deudor”.⁴ Siendo así, ellos señalan que

...la responsabilidad contractual se construye al margen de la culpa del deudor, en la medida en que el contratante no se vincula en torno

³ *Ibidem*, pp. 83 y 84.

⁴ Díez-Picazo, Luis *et al.*, *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2002, p. 319.

YUN LI

a la promesa de su conducta futura, sino en torno a un resultado: garantiza la consecución del resultado previsto en el contrato; es la misma idea con la que se construye en los ordenamientos continentales la responsabilidad del vendedor en los saneamientos. La responsabilidad contractual construida en torno a esa idea admite límites; pero éstos no son la consecuencia de que el deudor haya incumplido sin culpa, sino de la existencia de hechos y circunstancias que obstaculizan el cumplimiento del contrato que no deben quedar cubiertos por la garantía del deudor.⁵

El *Common Law* define a la responsabilidad contractual como la responsabilidad estricta (*strict liability*) u objetiva. La responsabilidad estricta significa que, cuando ocurre el incumplimiento contractual, para determinar la responsabilidad de la parte incumplidora, debe tenerse en cuenta especialmente si la conducta de esta parte incumplidora ha llevado al resultado del incumplimiento, con independencia de la intención o la negligencia de dicha parte. Es decir, podemos emplear la expresión de la profesora Esther Gómez Calle al referirse al concepto de incumplimiento que maneja la “Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de España” (2009), la cual se corresponde y es la misma definición de la responsabilidad estricta del derecho de contratos del *Common Law*:

...hay incumplimiento cuando no se realiza la prestación conforme al contrato, no importa cuál sea la causa de ello... el incumplimiento tampoco presupone la culpa del deudor o su carácter inexcusable (en este sentido, podemos decir que estamos ante un concepto neutro u objetivo de incumplimiento).⁶

Podemos concluir que, si el deudor incumple una obligación contractual objetivamente, con independencia de cuál haya sido su conducta subjetiva, debe responder del incumplimiento del contrato.

⁵ *Ibidem*, pp. 319 y 320.

⁶ Gómez Calle, Esther, “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXV, 2012, p. 37.

Por supuesto, la responsabilidad objetiva no significa ignorar absolutamente la culpa de la parte incumplidora, sino que, al determinar su responsabilidad, la principal consideración es la conexión o relación entre la conducta de la parte incumplidora y el resultado, en lugar de considerar su intención y negligencia.

El propósito de la responsabilidad objetiva es la compensación razonable por la pérdida de los acreedores, en lugar de castigar las infracciones de la parte incumplidora (propósito asociado a los sistemas de responsabilidad por culpa).

Como expresa el jurista chileno Álvaro Vidal Olivares, en los sistemas de responsabilidad objetiva u objetivada, “el incumplimiento se concibe como un hecho objetivo que comprende cualquier desviación del programa de prestación y que produce sus efectos con independencia a si el deudor invoca y acredita una causa de exoneración”.⁷

3. La responsabilidad contractual en el derecho civil continental

A diferencia del sistema anglosajón, según Luis Díez-Picazo, Encarna Roca Trias y Antonio Manuel Morales Moreno, en el derecho civil continental:

...el contrato (obligacional) se concibe como un vínculo jurídico que genera deberes... Este punto de partida determina que la responsabilidad contractual tienda a construirse con cierto subjetivismo, bajo el presupuesto del incumplimiento de deberes nacidos del contrato y el del reproche a la conducta del deudor (culpabilidad). Y, consecuentemente, la responsabilidad contractual basada en el incumplimiento de deberes contractuales, no ha de ser capaz de integrar y tratar unitariamente todas aquellas causas de insatisfacción del interés del acreedor que propiamente no constituyan incumplimiento de deberes contractuales.

⁷ Vidal Olivares, Álvaro, *La protección del comprador, régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2006, p. 171.

YUN LI

Concretamente, queda fuera de la responsabilidad contractual, la responsabilidad basada en el incumplimiento de deberes de conducta precontractuales, aun cuando el efecto de ese incumplimiento sea el de que el acreedor no vea satisfecho su interés (culpa *in contrahendo*, dolo). Quedan también fuera de la responsabilidad contractual los supuestos de error que, por afectar a las cualidades del objeto, implique insatisfacción del acreedor. A todo esto, se añade la fragmentación que supone el separar las normas generales de responsabilidad por incumplimiento de las especiales contenidas en la regulación de los saneamientos.

Podemos concluir afirmando que es un rasgo propio de los sistemas continentales la construcción desmembrada o desarticulada del sistema de remedios a través de los cuales se da satisfacción al interés del acreedor.⁸

4. Criterios de imputación de responsabilidad en la CISG

De acuerdo con el profesor Antonio Manuel Morales Moreno, “en la CISG todos ellos [todos los remedios] funcionan sin tomar en cuenta la culpa del deudor, lo que implica un sistema de responsabilidad objetiva”.⁹

Tomando como referencia el derecho anglosajón, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG, por sus siglas en inglés) establece la responsabilidad objetiva. El primer párrafo del artículo 45 de la CISG dispone que el comprador podrá solicitar los remedios frente al incumplimiento si el vendedor no cumple las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención.¹⁰ Por tanto, el vendedor tiene que asumir la responsabilidad por el incumplimiento del contrato, con independencia de si tuvo la culpa o no.

⁸ Díez-Picazo, Luis et al., *Los principios del derecho...*, cit., pp. 318 y 319.

⁹ Morales Moreno, Antonio Manuel, *La modernización del derecho de obligaciones*, Navarra, Aranzadi (Thomson-Civitas), 2006, p. 214.

¹⁰ La traducción al chino de esta norma es la siguiente: “第三节 卖方违反合同的补救办法. 第四十五条. (1)如果卖方不履行他在合同和本公约中的任何义务, 买方可以: (a)行使第四十六条至第五十二条所规定的权利; (b)按照第七十四条至第七十七条的规定, 要求损害赔偿”.

En sentido semejante, el primer párrafo del artículo 61 de la CISG dispone que, si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la Convención, el vendedor tiene derecho a solicitar los remedios frente al incumplimiento.¹¹

No obstante, si analizamos estas dos disposiciones junto con el artículo 79 de la CISG, comprobamos que existe para el deudor la posibilidad de quedar exonerado de responsabilidad cuando el resultado (incumplimiento) se deba a un hecho que queda fuera de su esfera de control (fuerza mayor). El deudor deberá asumir, en este caso, la carga de la prueba de la fuerza mayor.

En relación con la indemnización por daños, como remedio en la CISG, desde la perspectiva de la doctrina asiática, los juristas chinos tienen las siguientes opiniones. En primer lugar, se hace referencia a los artículos 45 y 61 de la CISG, que aluden, respectivamente, a la obligación de indemnizar que corresponde al incumplidor, ya sea el vendedor (artículo 45) o el comprador (artículo 61).

En este sentido, el artículo 45.1 de la CISG dispone: “Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la Convención, el comprador podrá exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77 de la Convención”.

Por otra parte, el artículo 61.1 de la CISG señala: “Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la Convención, el vendedor podrá exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77 de la Convención”.

El derecho para exigir la indemnización de los daños y perjuicios, establecido en el artículo 45.1.b de la CISG, se basa en el principio de que el vendedor garantiza el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Esta responsabilidad no se basa en la culpa ni en la existencia de circunstancias específicas que estuvieran bajo el control del vendedor y tampoco en la existencia de garantías especiales contractuales sobre el

¹¹ En chino: “公约第61条第1款规定: 如果买方不履行其在合同和本公约规定的任何义务, 卖方有权利寻求救济”.

YUN LI

cumplimiento, sino que se deriva de la falta de conformidad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Si la falta de cumplimiento o la no prestación se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviera en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, no se produce la responsabilidad de la indemnización por daños y perjuicios.

Conforme al párrafo primero del artículo 61 de la CISG, el incumplimiento de contrato no tiene que ser por culpa del comprador, aunque debe tenerse en cuenta la posibilidad de exoneración conforme a los artículos 79 y 80.

5. Criterios de imputación de responsabilidad en los PECL/DCFR

En la obra *Los principios del derecho europeo de contratos* se afirma que “el sistema de responsabilidad contractual de los PECL está inspirado directamente en el de la CISG de 1980”.¹² En efecto:

...el sistema de responsabilidad contractual de los PECL podemos también caracterizarlo como un sistema objetivo, basado en el incumplimiento. Es cierto que admite en relación con algunos remedios (no todos) ciertas causas de exoneración previstas en el artículo 8.108. Pero dichas causas no autorizan a construir el sistema de responsabilidad sobre el presupuesto de la culpa, ni ellas mismas pueden ser entendidas como casos de ausencia de culpabilidad del deudor incumplidor.¹³

6. La objetivación de la responsabilidad contractual en la Ley china de Contratos de 1999

En la Ley de Contratos de 1999, China ha definido la responsabilidad contractual como responsabilidad objetiva, si bien la adopción de este criterio no estuvo exenta de polémica, como veremos a continuación.

¹² Díez-Picazo, Luis et al., *Los principios del derecho...*, cit., p. 318.

¹³ *Ibidem*, pp. 317 y 318.

El artículo 107 de la Ley de Contratos de China dispone lo siguiente:

Si la parte no cumple alguna de las obligaciones del contrato o la prestación no es conforme al contrato, tiene que asumir la responsabilidad por incumplimiento, que abarca tanto la acción de cumplimiento, como las medidas correctoras, o la indemnización por daños y perjuicios, etcétera.¹⁴

A diferencia de las disposiciones existentes en las leyes previas a Ley de Contratos de China, en este artículo no aparece el término “culpa”. La doctrina china ha considerado que éste es un avance muy importante y subraya la notable diferencia con el sistema anterior.¹⁵

El jurista chino Xia Yuanlin explica que se dieron dos pasos en la fase preparatoria de la Ley de Contratos de China respecto a la responsabilidad por incumplimiento: En primer lugar, la Propuesta de legislación de la Ley de Contratos de China y el Anteproyecto de la Ley de Contratos definían a la responsabilidad por incumplimiento como una responsabilidad basada en la culpa del deudor, que se presumía, salvo prueba en contrario. Esta presunción de culpa ya era un primer paso hacia la objetivación. Pero los juristas participantes en el proceso legislativo propusieron dar un paso más y definirla como responsabilidad objetiva. Finalmente, fue aprobada la definición última.¹⁶

Durante el periodo de preparación de la Ley de Contratos de China de 1999, hubo mucha controversia respecto de la responsabilidad por incumplimiento del contrato. El jurista chino Wang Liming afirma lo siguiente (ofrezco a continuación la traducción técnica al castellano):

En cuestión de definición de la responsabilidad establecida en la Ley de Contrato de China, durante el proceso legislativo, hubo dos puntos de vista diferentes: unos proponían la responsabilidad subjetiva

¹⁴ El texto original en mandarín es el siguiente: “第一百零七条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的, 应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任”.

¹⁵ Yuanlin, Xia, “Cuestiones sobre la aplicación de la responsabilidad estricta a la Ley de Contratos” (对“合同法”中适用严格责任违约归责的质疑), *Journal of Guizhou Political-Legal Cadre College* (贵州省政法管理干部学院学报), octubre de 1999, p. 9.

¹⁶ *Idem*.

YUN LI

o por culpa, mientras otros eran partidarios de establecer la responsabilidad objetiva.

En las disposiciones generales de la Ley de Contratos de China se tomó finalmente como referencia la Convención de Viena, adoptando y estableciendo la responsabilidad objetiva como criterio general, si bien en otras secciones hay muchas disposiciones que siguen adoptando la responsabilidad por culpa, como el cuidado inapropiado en el contrato de depósito, etcétera.

Algunos juristas chinos opinan que la responsabilidad objetiva puede ser apropiada para el comercio internacional, porque el comercio transfronterizo necesita la concepción más estricta; pero es cuestionable para el entorno interno, para el que quizá la responsabilidad objetiva no es apropiada.¹⁷

En sentido semejante, el jurista chino Xia Yuanlin explica que la Convención de Viena es especial para la compraventa de mercancías y se limita a ese único tipo de contrato, mientras que la legislación de la Ley de Contratos es una ley general para todo tipo de contrato. Por tanto, a su juicio, no es lógico aplicar la ley de un contrato singular a la ley universal y de carácter general.¹⁸

Asimismo, la Convención de Viena es específica de la compraventa internacional de mercaderías, además de que sus sujetos son comerciantes, los cuales tienen un considerable poder o capacidad de negociación y a quienes les interesa la maximización de las ganancias, en lugar del castigo de la culpa. A los comerciantes, en efecto, les interesa la seguridad, la rapidez de la transacción, así como la agilidad en la solución de disputas. Esto es diferente a la preocupación de la gente común; por ello, en los contratos celebrados por éstos, hemos de considerar especialmente que son sujetos de derechos civiles, por lo que, si se toman las normas de la Convención de Viena para exigir a los trabajadores (en el sentido de gente común) y a los consumidores

¹⁷ El jurista chino Wang Liming (王利明) expresó esto en un discurso titulado “La modificación de la CISG y la Ley de Contratos de China” (公约的修改与中国合同法), en la Universidad Renmin de China, 15 de marzo de 2013, disponible en: <http://www.civillaw.com.cn/qqf/weizhang.asp?id=57419>.

¹⁸ Yuanlin, Xia, *op. cit.*, p. 10.

lo mismo que a los comerciantes o empresarios, se producirán resultados injustos.¹⁹

Esta misma cuestión se la ha planteado el profesor Antonio Manuel Morales Moreno en el derecho español y merece la pena exponer aquí sus reflexiones:

La generalización del modelo de responsabilidad de la CISG a ventas distintas de las reguladas por ella plantea —dice— una importante cuestión. El modelo estricto de responsabilidad por falta de conformidad ¿debe extenderse a todas las ventas, con independencia de los sujetos que intervengan en ellas?.²⁰

A juicio del profesor Antonio Manuel Morales Moreno, la respuesta es negativa, al menos en cuanto a la posibilidad de admitir flexibilidad y convivencia de criterios. “La característica del nuevo modelo es utilizar un concepto unitario de incumplimiento y un sistema articulado de remedios, pero admite cierta flexibilidad en la configuración del supuesto de cada remedio. Las causas de exoneración del deber de indemnizar pueden ser diferentes”.²¹ El profesor ha comparado tres tipos de ventas: a) entre empresarios; b) entre empresarios y consumidores, y c) entre particulares.²²

El redactor principal de la Ley de Contratos de China, el jurista chino Liang Huixing, explicó los motivos por los que habían aceptado la responsabilidad objetiva general, que son los siguientes:

En primer lugar, a su juicio, los Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular de China (GPCL, por sus siglas en inglés), la Ley Económica de Contratación Extranjera y la Ley de Contratos de Tecnología, que, como vimos en su momento, son los precedentes de la Ley de Contratos de 1999, habían definido la responsabilidad del incumplimiento contractual como responsabilidad objetiva. Por lo tanto, es lógico definirla de igual manera en la Ley de Contratos de China. Sin embargo,

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Morales Moreno, Antonio Manuel, “Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXV, 2012, pp. 24 y 25.

²¹ *Ibidem*, p. 25.

²² *Ibidem*, pp. 25 y ss.

YUN LI

como veremos después, otros juristas chinos consideran que en esta objetivación se advierte la influencia clara de la CISG (me refiero a los comentarios de Han Shiyuan, que expongo tras concluir la explicación de Liang Huixing).

En segundo lugar —afirma Liang Huixing—, es una tendencia mundial definir la responsabilidad del incumplimiento contractual como responsabilidad objetiva en la legislación de la Ley de Contratos y así puede comprobarse contrastando otros sistemas jurídicos.

En tercer lugar —insiste Liang Huixing—, la responsabilidad objetiva tiene las “siguientes ventajas”: a) facilitará el juicio; b) favorecerá al coste más económico del litigio; c) fortalecerá la responsabilidad cívica del ciudadano, y d) fortalecerá el conocimiento jurídico del ciudadano.

En cuarto y último lugar —apunta Liang Huixing—, la responsabilidad del incumplimiento contractual tiene su origen en el acuerdo de las partes. La responsabilidad objetiva es más acorde con la naturaleza del principio según el cual cada uno responde por sus propios actos.²³

Si contrastamos el remedio indemnizatorio en la Ley de Contratos china de 1999 con la CISG, de cuya influencia da buena cuenta, sacamos las siguientes conclusiones:

Según la CISG, para la producción de las responsabilidades de indemnización de los daños y perjuicios por incumplimiento del contrato, la culpa no es un elemento necesario, si bien existe la posibilidad de exoneración de la responsabilidad. Esta disposición se denomina “responsabilidad objetiva” en China y se considera como la tendencia de desarrollo del derecho de contratos, lo que afecta a la redacción de la Ley de Contratos de China.²⁴

En este sentido, aunque algunos juristas chinos plantearon objeciones desde el punto de vista de la política legislativa y mostraron sus discrepancias, el artículo 107 de la Ley de Contratos de China no establece la “culpa” como el elemento constitutivo y necesario de la responsabilidad por incumplimiento de contrato ni de la responsabilidad de indem-

²³ Yuanlin, Xia, *op. cit.*, p. 9.

²⁴ Shiyuan, Han, “Ley de Contratos de China y CISG” (中国合同法与CISG), *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, núm. 2, 2011, p. 11, disponible en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

nización de los daños y perjuicios. En este punto, se debe admitir que la Ley de Contratos de China está influida por la CISG.²⁵

El artículo 74 de la Convención señala la norma de previsibilidad (*foreseeability*) para determinar el rango de la indemnización de daños y perjuicios. Esta disposición se absorbe completamente por el apartado 1o. del artículo 113 de la Ley de Contratos de China.²⁶

El modo del cálculo de indemnización de daños y perjuicios, en los supuestos en que el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor procede a una venta de reemplazo (artículo 75 de la Convención), y el modo del cálculo de indemnización, en los casos en que no se ha procedido a una compra de reemplazo o a una venta de reemplazo (artículo 76 de la Convención), aunque no están claramente definidos en la Ley de Contratos de China, coinciden más o menos con lo que constituye la práctica en China. El artículo 77 de la Convención (contribución del acreedor a la minoración del daño) es casi igual que el artículo 119 de la Ley de Contratos de China.

El artículo 79 de la Convención señala que es causa de exoneración de responsabilidad todo impedimento ajeno a la voluntad del deudor o fuera de su esfera de control (*impediment beyond his control*), mientras que la causa establecida en la Ley de Contratos de China es la fuerza mayor.

Esta última se define como “condiciones objetivas imprevisibles, inevitables e insalvables” (artículo 117, párrafo 2), mientras que la Convención no emplea el término “y”, sino el término “o”. Por lo tanto, podemos decir —afirma Han Shiyuan— que las condiciones de exoneración en la Ley de Contratos de China son más estrictas que la Convención. A mi juicio, en definitiva, ambos sistemas están muy próximos, ya que sólo queda fuera de la esfera de control del deudor aquello que es imprevisible, inevitable o insalvable.

No obstante, el párrafo 5 del artículo 79 de la Convención establece que “Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la Convención”. Aquí

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

YUN LI

se incluye el derecho a declarar la ineficacia del contrato. El párrafo 1 del artículo 94 de la Ley de Contratos de China señala que las partes podrán resolver el contrato si por la fuerza mayor no se puede realizar el objeto del contrato; por lo tanto, la Ley de Contratos de China y la Convención coinciden en este punto.

7. Posibilidades en el Código Civil español y la PMCC

De acuerdo con el Código Civil español (CC), como ha explicado Antonio Manuel Morales Moreno, “las acciones reparatorias de los daños causados como consecuencia del incumplimiento están previstas en línea de principio en el artículo 1.101”.

Como consecuencia del modo tradicional de entender la responsabilidad contractual, circunscrita al remedio indemnizatorio y, a lo más, a la pretensión de cumplimiento —sigue explicando el autor—, la culpabilidad se ha considerado como un elemento del supuesto del incumplimiento, aunque no haya sido necesario al acreedor probar la culpa, porque se ha presumido.²⁷

Antonio Manuel Morales Moreno explica que la introducción de la culpa en la noción de incumplimiento, como elemento de la misma, es la consecuencia de una construcción de la responsabilidad contractual circunscrita al remedio indemnizatorio,²⁸ y cita en este sentido a Luis Díez-Picazo,²⁹ Pablo Beltrán de Heredia y Castán Tobeñas.³⁰

En efecto, en el CC encontramos un sistema de responsabilidad contractual basado en la culpa (artículos 1101-1104 del CC), si bien es posible afirmar que, como en la CISG, quedará exonerado el deudor

²⁷ Morales Moreno, Antonio Manuel, *La modernización del derecho...*, cit., p. 32.

²⁸ *Ibidem*, p. 39.

²⁹ *Ibidem*, p. 39, nota 56: “Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Relaciones Obligatorias*, Madrid, 1996, p. 568”.

³⁰ *Ibidem*, p. 39, nota 57: “El incumplimiento (propio o impropio) dependiente de la voluntad del deudor, sujeta a éste a las consecuencias y a la responsabilidad derivadas de aquél. Por el contrario, el incumplimiento dependiente de circunstancias ajenas a su voluntad no lleva consigo responsabilidad. Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, Madrid, 1958, p. 148”.

cuando pruebe que el incumplimiento se debe a un acontecimiento que quedó absolutamente fuera de su esfera de control (exoneración de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, artículo 1105 del CC).

A partir de este último punto de coincidencia con la CISG (que, como antes se indicó, parte de un concepto objetivo de la responsabilidad contractual), el jurista español Fernando Pantaleón comenzó a explicar la vía para una posible objetivación del sistema de responsabilidad contractual, siendo el jurista más citado en la materia. A su juicio, el artículo 1105 del CC podría interpretarse conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de la CISG, elevando el nivel de diligencia exigible al deudor hasta ese parámetro (es decir, el deudor responde de todo lo que esté bajo su esfera de control y sólo queda exonerado de lo que quede fuera de ella).³¹ El Tribunal Supremo puede así objetivar en ocasiones el sistema de responsabilidad, en el que la culpa del deudor, además, se presume por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 1183 del CC.³²

Apostando por la objetivación de la responsabilidad contractual, la Propuesta de Modernización del Código Civil español de 2009 (PMCC) se ha sumado a las iniciativas legislativas de objetivación del sistema de responsabilidad contractual (artículos 1190, 1205 y 1208). El artículo 1208 expresamente señala que el deudor responderá

...de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato.

Este artículo queda remachado por el siguiente (artículo 1209), que dispone supuestos de exoneración de responsabilidad (fuerza mayor y no obligatoriedad conforme al contrato de evitar el daño).

³¹ Pantaleón Prieto, A. F., "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 4, 1993, pp. 1719-1746; Pantaleón Prieto, A. F., "El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, núm. 3, 1991, pp. 1019-1092.

³² Díez-Picazo, Luis, *Sistema de derecho civil*, vol. II: *El contrato en general*, 6a. ed., Tecnos, 1989, p. 216.

YUN LI

Como ha explicado Esther Gómez Calle, en la PMCC no se configura la culpa del deudor como presupuesto de su deber de indemnizar. Se trata de un sistema objetivo de responsabilidad contractual. En la PMCC, el deudor no se exonera demostrando que no ha sido culpable, sino probando que concurren las circunstancias previstas al efecto por el artículo 1209.I de la PMCC (en el que encontramos las resonancias del artículo 79 de la CISG), según el cual

No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes: 1. Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control; 2. Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias.³³

8. La responsabilidad contractual en el derecho de contratos en los países latinoamericanos

En cuanto a “la construcción del factor de atribución en la responsabilidad contractual”,³⁴ el jurista uruguayo Andrés Mariño López ha resumido que en la doctrina del derecho de los países latinoamericanos han sucedido tres etapas: 1) “la doctrina clásica subjetiva”; 2) “la objetivación de la responsabilidad contractual: teoría de las obligaciones de medios y de resultado” y sus críticas, y 3) “la flexibilización de la responsabilidad contractual”.³⁵

³³ Gómez Calle, Esther, *op. cit.*, p. 81.

³⁴ Mariño López, Andrés, *op. cit.*, p. 84.

³⁵ *Ibidem*, pp. 84-89. La doctrina clásica subjetiva de los “países integrantes del movimiento de la Codificación... se ha pronunciado por un factor de atribución subjetivo sobre la base de la diligencia desplegada por el deudor en el desarrollo de la conducta debida. En efecto, los autores que conforman esta corriente en tierras orientales (Amézcaga, Peirano Facio, Sánchez Fontans) sostienen que la obligación se incumple cuando el deudor no actúa con la diligencia debida... Producido un daño, que se conecta causalmente con el incumplimiento material, se atribuye éste al deudor por medio de la culpa. Si actuó con culpa incumple la obligación y responderá de los daños y perjuicios. En esta concepción, se asimila a la causa extraña no imputable con la ausencia de culpa.

En la obra colectiva coordinada por Carlos Pizarro Wilson, se pregunta a juristas de diversos países latinoamericanos si la culpa o dolo del deudor (que este autor identifica como la imputabilidad del deudor, si bien esto sería matizable desde la óptica que venimos tratando) constituye un requisito del incumplimiento contractual.³⁶

Tras la lectura y análisis comparativo de los diversos informes, puedo afirmar que el derecho de los países latinoamericanos muestra una diversidad grande en esta materia. Con todo, la mayoría de los países latinoamericanos adopta un sistema mixto, distinguiendo entre las obligaciones de medios y de resultado. La responsabilidad sería objetiva en el primer caso y subjetiva en el segundo. En este sentido, cabe citar a Argentina,³⁷ Colombia³⁸ y Uruguay.³⁹

La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, tan marcada a estos efectos (definir criterios de imputabilidad) en Latinoamérica, procede —a mi juicio— del derecho francés.

Como expresa el jurista Francisco Jordano Fraga:

En particular, como ha señalado Mengoni, la distinción se instaura, a partir de la inclusión o no en la prestación del deudor, del logro o

Hay causas cuando no hay culpa. Si el deudor prueba que no actuó con culpa, sino con la diligencia debida, se exonera de responsabilidad. La rigidez de la uniformidad de un único criterio de atribución se flexibiliza por medio de una presunción de culpa: cuando el incumplimiento material se produce, se presume la culpa, pues si hubiera actuado con la diligencia del buen padre de familia no se habría producido la no-ejecución del programa contractual. Esta posición también es defendida en España sobre la base de una norma específica en sede de extinción de las obligaciones de las obligaciones de dar (art. 1182 CC español), y en Italia y Francia sobre desarrollos conceptuales doctrinarios y jurisprudenciales. Otra forma de flexibilización de esta doctrina se encuentra en la consideración de que, en la obligación de género, la causa extraña no imputable no exonera de responsabilidad, por aplicación de la regla *genus non perit* (art. 1362 CC uruguayo). De este modo, en las obligaciones de dar cosa genérica, basta el incumplimiento material para que se atribuya la responsabilidad al deudor”.

³⁶ Ésta es una de las preguntas propuestas a contestar en el libro de Pizarro Wilson, Carlos (coord.), *El derecho de los contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de derecho de los contratos*, Santiago de Chile, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2012, pp. 620 y ss.

³⁷ *Ibidem*, p. 81.

³⁸ *Ibidem*, pp. 269 y 270.

³⁹ *Ibidem*, pp. 533 y 534.

YUN LI

realización de aquel *interés primario* del acreedor que subyace en la constitución del vínculo obligatorio. Cuando se incluye, nos hallamos ante una prestación de resultado, cuando no, ante una de medios o de simple actividad. En el primer caso —obligación de resultado— el deudor no se obliga solamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado resultado, sino que es precisamente el logro de este concreto resultado (*opus*: una determinada alteración de la realidad física o jurídica preexistente a la constitución del vínculo obligatorio) el que se constituye en contenido de la prestación del deudor, en lo debido por éste. En cambio, cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios, el contenido de la prestación del deudor del *facere*, se agota en el simple despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente —diligencia que puede ser técnico-profesional o común—, sin que se integre en el contenido de la prestación del deudor —en lo debido por éste— el logro o consecución del fin o resultado al que tal actividad o conducta está, desde luego, teleológicamente enderezada... La distinción obligaciones de medios, de resultado, tal y como sucintamente se acaba de exponer, ha sido objeto de diversas críticas. Pero éstas afectan, en realidad, sólo a la forma de la distinción —a la mayor o menor corrección de la terminología empleada para expresarla— y no al dato sustancial que permite establecerla.

En este primer grupo de países —que distingue obligaciones de medios y de resultado para acudir a un criterio subjetivo u objetivo de responsabilidad, respectivamente— estaría, por tanto, Colombia. Veamos brevemente algunas de las conclusiones del informe de este país en la obra citada:

En el Derecho colombiano, en materia contractual, desde la primera mitad del siglo XX, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha servido de la clasificación de las obligaciones en *de medios* y *de resultado*. Su finalidad: precisar los regímenes objetivos y subjetivos de reparación de daños por incumplimientos de obligaciones convencionales. Dentro de esta óptica, el incumplimiento de una obligación de medios da lugar a un régimen subjetivo de responsabilidad que puede ser con culpa probada —la carga de la prueba se encuentra en cabeza del demandante— o con culpa presunta —es al demandado a quien

le compete probar en contrario—... El incumplimiento de una obligación de resultado conlleva un régimen objetivo de responsabilidad.⁴⁰

Junto a Colombia, también Argentina se encontraría en ese primer grupo, que distingue entre obligaciones de medios y de resultado. El informe citado (en la obra coordinada por Carlos Pizarro) indica que

...la mayoría de la doctrina argentina, y la casi totalidad de la jurisprudencia, adoptan el distingo entre las obligaciones de medios y de resultados. Se afirma, en consecuencia, que en las obligaciones de medios el incumplimiento equivale a la culpa del deudor, porque estando precisado de prestar una conducta diligente, la inejecución de la obligación consistirá en actuar de manera culpable. En los deberes de fines, en cambio, resultará indiferente la existencia de culpa por parte del deudor, pues para cumplir requerirá alcanzar el resultado comprometido. Así las cosas, la sola falta de consecución de este resultado configura el incumplimiento del *solvens*, sin necesidad de acreditar su culpa (o, a *fortiori*, su dolo).⁴¹

Más adelante, el informe citado menciona lo siguiente:

Cabe señalar, asimismo, que sin negar que en muchos supuestos el incumplimiento se configura de manera objetiva, un sector doctrinal entiende que la clasificación binaria (obligación de medios/obligaciones de resultado) no resulta suficientemente elástica para abarcar todos los matices que la práctica presenta, y que van desde aquellas situaciones en las cuales ni siquiera el *casus* libera de responsabilidad (como ocurre en las obligaciones dinerarias), hasta aquellas otras en las que resulta necesario acreditar la culpa del obligado, pasando por supuestos en que es preciso probar una eximente calificada para lograr la exoneración (por ejemplo, la culpa de la víctima), o en que la culpa se presume y debe ser desvirtuada mediante la prueba en contrario. Surgen así, pretendiendo abarcar estos múltiples supuestos, las categorías adicionales de las obligaciones de resultado atenuadas o aligeradas, y de medios reforzadas. Por último, llevando aún más

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 268 (cita 192) y 269.

⁴¹ *Ibidem*, p. 81.

YUN LI

lejos la objetivación del incumplimiento, una postura minoritaria sostiene que, incluso, en los deberes de medios, la diligencia prestable es el cumplimiento exacto (pues es sólo cuando se cumple la conducta debida que debe hacérselo de manera diligente), y que en el resto de las hipótesis de incumplimiento (mora, cumplimiento parcial, incumplimiento absoluto) la diligencia prestable no es relevante, pues el deudor debe desplegar su conducta para llegar a un fin, por lo que se aplican los mismos principios que en las obligaciones de resultado (es decir, el incumplimiento se produce sin culpa del deudor).⁴²

Junto al sistema mixto, que distingue entre obligaciones de medios y de resultado para operar con un concepto subjetivo u objetivo de responsabilidad, encontramos en Latinoamérica países que siguen, como el Código Civil español, un criterio subjetivo de imputación de responsabilidad en general. Puede decirse que en Latinoamérica está extendido también el sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa. En este sentido, cabe citar a Chile, Paraguay y Uruguay.

El jurista uruguayo Andrés Mariño López, citado anteriormente, explica que la doctrina clásica subjetiva en Uruguay, igual que en otros países del movimiento codificador, “se ha pronunciado por un factor de atribución subjetivo sobre la base de la diligencia desplegada por el deudor en el desarrollo de la conducta debida”.⁴³ Además, en el Código Civil uruguayo, el artículo 1.344 dispone que “la diligencia del buen padre de familia, graduada según la naturaleza del contrato o las circunstancias del caso”.⁴⁴

También en este segundo grupo de países (responsabilidad subjetiva) estaría —como antes decía— el derecho chileno. Conforme al informe citado (si bien algunos juristas chilenos —en otras obras— se muestran partidarios de distinguir entre obligaciones de medios y de resultado en este contexto): “En el Derecho chileno, la doctrina mayoritaria considera que el elemento de imputación subjetivo es requisito necesario para configurar el incumplimiento contractual”.⁴⁵

⁴² *Ibidem*, pp. 81 y 82.

⁴³ Mariño López, Andrés, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Pizarro Wilson, Carlos (coord.), *op. cit.*, p. 349.

Es más, en cuanto a la relación entre la facultad resolutoria y la culpa del deudor, es decir, “si la facultad resolutoria considera la culpa del deudor en su supuesto específico”,⁴⁶ Álvaro Vidal explica que “para la doctrina nacional este punto no ha dado lugar a dudas, puesto que la idea de la culpa es indisoluble al incumplimiento o, en otros términos, incumplimiento y culpa son una sola cosa no susceptible de separación”.⁴⁷

Por último, a mi juicio, Venezuela pudiera decirse que tiene un sistema de responsabilidad objetiva.

9. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: objetivación de la responsabilidad

En cuanto a los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC), el borrador establece que “en todos los casos en que el incumplimiento cause daños, y siempre que no concurra causa de exoneración, el acreedor insatisfecho podrá pedir su indemnización. Son causas de exoneración las circunstancias que constituyen caso fortuito, cuyos efectos sean permanentes o temporales”. Los PLDC, por consiguiente, atienden a un criterio objetivo de responsabilidad contractual, siguiendo el modelo anglosajón del derecho contractual globalizado, internacional y uniforme.

10. Conclusión

A pesar de la común influencia del derecho europeo, en los sistemas chino y latinoamericanos existen diferencias en la regulación de los remedios frente al incumplimiento contractual (o medidas de protección del acreedor frente al deudor que no ha satisfecho plenamente su interés contractual). Estas diferencias han sido analizadas aquí en relación con tres remedios:

⁴⁶ Vidal Olivares, Álvaro, “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado”, en Pizarro Wilson, Carlos y Vidal Olivares, Álvaro (coords.), *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, p. 189.

⁴⁷ *Idem*.

YUN LI

En primer lugar, en cuanto a la suspensión de la ejecución de la prestación o *exceptio non adimpleti contractus*, propia del Código Civil francés y sistemas afrancesados, como el español (aunque no aparece en el texto codificado, sino en la jurisprudencia) o los latinoamericanos, encontramos diferencias con figuras semejantes presentes en el derecho chino y en el derecho alemán (concretamente la excepción por inseguridad), o bien en el derecho anglosajón (*anticipatory breach*). Esto demuestra la diversidad entre los sistemas y la necesidad de aproximarlos o ser al menos conscientes de las diferencias pese a las afinidades entre ellos.

En segundo lugar, en relación con la resolución por incumplimiento contractual, encontramos también diferencias, ya que los sistemas afrancesados contemplan la figura normalmente como fruto de una condición resolutoria implícita en el contrato (como el artículo 1124 del Código Civil español), mientras que en el derecho anglosajón es un remedio contractual del que dispone el acreedor en los casos de incumplimiento esencial del deudor. Existen diferencias, por otra parte, en cuanto a la definición de la esencialidad del incumplimiento que da lugar a la resolución. La esencialidad del incumplimiento resolutorio entra con fuerza en los sistemas nacionales a partir de la CISG, de modo que no sólo el incumplimiento de la obligación principal puede dar lugar a la resolución del contrato, sino también el incumplimiento de otra obligación que frustre la finalidad del contrato. Ésta es la solución expresamente plasmada en la Ley china de Contratos de 1999, que no aparece tan clara en otros sistemas.

Por último, con relación al remedio indemnizatorio, cabe destacar que, junto al modelo de imputación subjetiva o por culpa propio de los sistemas afrancesados, existe en el derecho anglosajón un modelo de responsabilidad objetiva, que permite imputar al deudor el coste del incumplimiento, salvo cuando éste se deba a causas que quedan fuera de su esfera de control. Este último es el modelo seguido por la CISG y sirve como referencia para la modernización del derecho de contratos en los países miembros, en distinta medida.

La diversidad de los remedios observada a través de estos tres ejemplos confirma la hipótesis de la necesidad de conocimiento mutuo y la

conveniencia de armonización de los sistemas con vistas a mejorar la seguridad jurídica, favoreciendo así la eficacia del mercado.

11. Bibliografía

- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de derecho civil*, vol. II: *El contrato en general*, 6a. ed., Tecnos, 1989.
- DÍEZ-PICAZO, Luis et al., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2002.
- GÓMEZ CALLE, Esther, “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXV, 2012.
- MARIÑO LÓPEZ, Andrés, “El factor de atribución y la causa eximente en la responsabilidad contractual. Nuevas perspectivas a partir de los proyectos de armonización y modernización del derecho de los contratos”, *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, Bogotá, núm. 1, 2011.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del derecho de obligaciones*, Navarra, Aranzadi (Thomson-Civitas), 2006.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, “Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXV, 2012.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F., “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, núm. 3, 1991.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 4, 1993.
- PIZARRO WILSON, Carlos (coord.), *El derecho de los contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de derecho de los contratos*, Santiago de Chile, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2012.
- SHIYUAN, Han, “Ley de Contratos de China y CISG” (中国合同法与CISG), *Jinan Journal (Philosophy & Social Science Edition)*, núm. 2, 2011, disponible en: <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=54915>.

YUN LI

VIDAL OLIVARES, Álvaro, “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado”, en PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro (coords.), *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010.

VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La protección del comprador, régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2006.

YUANLIN, Xia, “Cuestiones sobre la aplicación de la responsabilidad estricta a la Ley de Contratos” (对“合同法”中适用严格责任违约归责的质疑), *Journal of Guizhou Political-Legal Cadre College* (贵州省政法管理干部学院学报), octubre de 1999.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VI, núm. 15, enero-julio de 2019