

# Revista de Derecho Privado

*Nueva época*

vol. 12 • núm. 25 • enero-junio de 2024

<https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2024.25>



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

*Directora*

Dra. Mónica González Contró

*Secretario académico*

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

*Coordinación de Revistas*

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

*Revista de Derecho Privado*, nueva época, vol. 12, núm. 25, enero-junio de 2024, es una publicación semestral editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, 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: [rdp.ijj@unam.mx](mailto:rdp.ijj@unam.mx). Editora responsable: Laura Mercedes Velázquez Arroyo. Número de reserva de derechos: 04-2016-021710000500-203. ISSN (versión electrónica) 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: Celia Carreón Trujillo, Enrique Rodríguez Trujano, Ricardo Hernández Montes de Oca

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

# REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Dra. Laura Mercedes Velázquez Arroyo

*Directora*

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

*Coordinación editorial*

## CONSEJO DE HONOR

Dr. Jorge Adame Goddard, Dra. Ingrid Lilian Brena Sesma.

## CONSEJO EDITORIAL

Hugo Alejandro Acciarri (UNS, Argentina), 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), 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 Fuentesvilla (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), Christoph Paulus, (Humboldt-Universität zu Berlin, Alemania), 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 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), Dr. Jorge Alberto Witker Velásquez (UNAM, México).

## COMITÉ EDITORIAL

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), Lic. Sofia Gómez Ruano (UP, México), Mtra. María Audry Luer (Humboldt-Universität zu Berlin, Alemania).

## CONSEJO DICTAMINADOR

Dr. Jorge Adame Goddard; Dra. Georgina Alicia Flores Madrigal; Dra. Sandra Liliana Serrano García; Mtra. Claudia Guadalupe Zuloaga Thomassiny; Dra. María Teresa Lozano O'Reilly; Dr. Jorge Ulises Carmona Tinoco; Mtro. Eduardo Daniel Hernández Ríos; Dra. Elva Leonor Cárdenas Miranda; Dra. Irene López Faugier; Dra. María de Montserrat Pérez Contreras; Dr. Adolfo Eduardo Cuitlahuac Montoya Lopez; Dra. Raquel Sandra Contreras López; Dra. Soyla H. León Tovar; Dra. Elvia Lucía Flores Ávalos; Dr. Ricardo Francisco Gallart de la Torre; Dra. Jazmín Maribel Vargas Rodríguez; Mtro. Fernando Marcín Balsa; Dra. Carla Roel Olvera; Mtra. María Audry Luer

**Asistente:** Rebeca E. González Ortiz

*Revista de Derecho Privado* por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional* (CC BY-NC 4.0).

Primera edición: 27 de enero de 2025

2025. 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, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN (versión electrónica): 2448-7902

## Contenido

### Artículos

Los perjuicios inmatrimiales como consecuencia del incumplimiento contractual: estudio del caso colombiano . . . . .	3
Diego Alexander Berbessi Fernández Jonathan David Marín Jiménez	
Tipos de testamentos en el Código Civil del Distrito Federal aplicable a la Ciudad de México y el principio <i>nemo pro parte...</i> del derecho romano. Análisis y propuesta . . . . .	43
Eduardo Daniel Hernández Ríos	
La capacidad jurídica de las personas en estado de interdicción. . . . .	61
Jesús Leyva Sánchez	
Las anomías en el régimen contractual mexicano respecto de las tecnologías de la información y la comunicación. . .	79
Víctor Amaury Simental Franco Carlos Ortega Laurel	
La nueva capacidad jurídica y su compatibilidad con el derecho de obligaciones. . . . .	101
Fernando Zepeda Estrada	



# Artículos





# Los perjuicios inmateriales como consecuencia del incumplimiento contractual: estudio del caso colombiano

## *Immaterial damages as consequence of contractual breach: Colombian case study*

Diego Alexander Berbessi Fernández

 <https://orcid.org/0009-0008-2580-7878>

Universidad Externado de Colombia. Colombia

Correo electrónico: diego.berbessi@est.uexternado.edu.co

Jonathan David Marín Jiménez

 <https://orcid.org/0009-0001-1924-0990>

Universidad Externado de Colombia. Colombia

Correo electrónico: jonathan.marin@est.uexternado.edu.co

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487902e.2024.25.18873>

Recepción: 1 de febrero de 2024

Aceptación: 18 de septiembre de 2024

**Resumen:** Los perjuicios inmateriales derivados del incumplimiento contractual son una materia, que por la renuencia histórica que hubo para abrir paso a su reconocimiento y la excepcionalidad de casos en los que se pretendían, no ha tenido un gran desarrollo doctrinal ni jurisprudencial. Este estudio, con el objetivo de aportar a un mejor entendimiento de este tema que cada vez toma más protagonismo en la práctica jurídica, hace un análisis histórico de los denominados perjuicios inmateriales contractuales, así como aporta una visión actualizada de los mismos bajo las categorías de perjuicios inmateriales reconocidas por la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado colombianos. De la misma manera, hace un estudio del comportamiento de estos a partir de las diferentes vicisitudes que se pueden presentar en la práctica contractual privada y estatal.

**Palabras clave:** perjuicios inmateriales; daño moral; responsabilidad contractual; contratación privada, contratación estatal.

**Abstract:** Immaterial damages derived from contractual breach are a matter that, due to the historical reluctance that existed to make way for their recog-

nition and the exceptional nature of cases in which they were sought, has not had great doctrinal or jurisprudential development. This study, with the objective of contributing to a better understanding of this topic that is increasingly taking center stage in legal practice, makes a historical analysis of the so-called contractual immaterial damages, as well as provides an updated vision of them under the categories of immaterial damages recognized by the current jurisprudence of the Colombian Supreme Court of Justice and the Council of State. In the same way, it makes a study of their behavior based on the different vicissitudes that can arise in private and state contractual practice.

**Keywords:** immaterial damages; moral damage; contractual liability; private contracting; state contracting.

**Sumario:** I. *Aclaraciones terminológicas previas.* II. *Introducción.* III. *El reconocimiento de los perjuicios inmateriales contractuales en la contratación privada.* IV. *Los perjuicios inmateriales contractuales en la contratación estatal.* V. *Conclusión.* VI. *Referencias.*

## I. Aclaraciones terminológicas previas

Inicialmente, con el propósito de tratar el tema bajo estudio en el presente artículo, hay que hacer referencia someramente a una serie de discusiones doctrinales, que según la posición que se tome, tiene importantes efectos, de cara a entender todo texto que pretenda hablar de responsabilidad civil, sea esta contractual o extracontractual.

Primeramente, se hará referencia a la discusión que se presenta sobre la validez de la distinción entre el daño patrimonial y extrapatrimonial. Sobre el particular, existen dos posiciones doctrinales que se oponen. Por una parte, se encuentran autores como Tamayo (2020), quien afirma que el daño se clasifica en patrimonial o extrapatrimonial, pues, además de que el daño puede recaer en bienes que no necesariamente están en el patrimonio, de esta manera ha sido la construcción histórica que se ha hecho sobre la materia. Por el contrario, autores como Henao (1998), consideran que la clasificación debería ser entre daños materiales e inmateriales, ya que, en últimas, el daño puede recaer únicamente sobre haberes de tipo patrimonial.

Si bien, teóricamente, se estima correcta la segunda de las posiciones (Ospina, 2005)<sup>1</sup> lo cierto es que la importancia de tal discusión

---

<sup>1</sup> En efecto, todo daño deberá ser patrimonial. Tal como lo anota Andrés Ospina, el carácter personal del daño se condiciona a la existencia de una víctima, o, en otras

es prácticamente nula, en cuanto al estudio del daño y su indemnización, y crea más confusiones que certezas. Es por lo anterior que, para efectos del presente estudio, se usarán los términos indistintamente, es decir, se usarán los términos de daño (extra)patrimonial-(in)material como sinónimos, tal y como se hace en la práctica. Esto, con el fin de facilitar la comprensión del lector.

En segundo lugar, consideramos importante poner de presente, la diferenciación que existe entre los términos “daño” y “perjuicio”. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado colombianos se han inclinado de antaño por decir que ambas palabras son sinónimas (Consejo de Estado, 1958) y, aunque en la actualidad no haya una posición clara que defina si se trata de conceptos similares o disímiles (Rueda Prada, 2014), se pone de presente al lector tal distinción, al menos de manera doctrinal, pues, lo cierto es que la utilidad práctica de esta diferenciación, a día de hoy, es también inane de cara a analizar el daño y su respectiva indemnización (Tenera Barrios).

Sobre el particular, Henao (1998) señala que el daño es la causa de la reparación, por lo que, de esta manera, “se plantea con claridad una relación de causalidad entre el daño —como hecho, como atentado material sobre una cosa, como lesión— y el perjuicio-menoscabo patrimonial que resulta del daño, consecuencia del daño sobre la víctima”. Es decir, el perjuicio se muestra como la consecuencia del daño, de tal manera que, de un daño se pueden causar perjuicios materiales y/o perjuicios inmateriales que deben ser reparados.

Tal distinción teórica permite afirmar que existen perjuicios patrimoniales o materiales y extrapatrimoniales o inmateriales: los primeros, aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mensurables en dinero, y lo segundos, aquellos que no tienen naturaleza económica, pues no se les puede medir en dinero (Henao, 1998). A estos últimos se hará referencia en el presente estudio.

Sin embargo, como se advirtió, lo cierto es que la distinción se queda también en el plano teórico. Tan es así, que las altas cortes usan dichos términos indistintamente cuando se refieren a las diferentes categorías de daños/perjuicios inmateriales. Véase el siguiente ejemplo: las altas cortes en Colombia, reconocen como una tipología de daño/

---

palabras, de un patrimonio; en consecuencia, si el daño es extrapatrimonial, simplemente no habrá daño porque no habrá un patrimonio lesionado.)

perjuicio inmaterial el denominado “daño moral”. Nótese que se le da la denominación de “daño”, cuando en realidad el daño moral no es otra cosa que la consecuencia que se deriva de la realización de este, es decir, un perjuicio.

Por lo anterior, para efectos del presente trabajo, los términos de daño y perjuicio serán usados de manera indistinta; de la misma manera, se preferirá el término de (in)material por encima del término (extra)patrimonial de cara a referirse a los perjuicios, por ser la terminología imperante la jurisprudencia colombiana.

Finalmente, es muy común confundir la expresión “daño moral” con perjuicios/daños inmateriales, utilizando ambas expresiones como sinónimas. Sin embargo, lo cierto es que el denominado daño moral es apenas una de las tipologías de perjuicios inmateriales. La doctrina al respecto ha señalado: “La visión reduccionista del daño moral pertenece al pasado y debe ser superada, como ya lo ha sido en el derecho comparado. Hoy el daño extrapatrimonial protege más allá del *pretium doloris*, que es sólo una especie de este” (Barrientos Zamorano, 2008).

De las anteriores consideraciones se puede afirmar, en suma, que los perjuicios o daños inmateriales a los que se hace referencia en este estudio son un tipo de perjuicio que se puede generar a causa de un daño. Existen, a su vez, varias tipologías o categorizaciones de perjuicios inmateriales, a los cuales las altas cortes colombianas optan por darles el prefijo de “daño” a pesar de ser perjuicios en sentido estricto. Una de esas tipologías de perjuicios o daños inmateriales es el daño moral, sin embargo, existen a su vez otras tantas, a las cuales se hará referencia en líneas posteriores.

## II. Introducción

Los perjuicios inmateriales son aquellos derivados de un daño a un derecho subjetivo o interés legítimo (el cual puede o no tener contenido económico) cuya medida, para efectos de ser reparado, es imposible en términos económicos al no tener valor de mercado.

Hay que poner de presente que los perjuicios inmateriales nacieron siendo únicamente daño moral, y no fue sino con el paso del tiempo cuando se reconocieron a otras categorías. No es el objeto de la presente investigación hacer un estudio profundo en la historia de su recono-

cimiento, sin embargo, el mismo puede ser resumido en dos momentos distintos.

En un primer momento (en general, ubicado antes del Siglo xx), existía una negación generalizada a su indemnización, por la imposibilidad de determinar el *quantum* a indemnizar por concepto del daño moral, además de existir la creencia de que indemnizar el daño moral era, valga la redundancia, inmoral, pues implicaba ponerle precio al dolor; para dicha época reinaba la célebre frase del Consejo de Estado Francés “las lágrimas no se monedean” (Henaó, 1998, p. 233). El segundo momento se dio con la aceptación generalizada a su indemnización (a partir del siglo xx), con la cual se dio cuenta de que, no solamente es indemnizable el daño material, sino que el principio de reparación integral supone que la víctima del daño sea indemnizada por la afrenta sufrida en todas sus esferas, incluida la interna o sentimental; en tal caso, la indemnización otorgada no será resarcitoria, pero sí satisfactoria: “las penas con pan son menos”.

Es vasta la doctrina y la jurisprudencia escrita dedicada al tema de los perjuicios inmateriales considerados en su generalidad, no así lo es cuando estos se deriven del incumplimiento contractual. Ello, se puede explicar dado a que los casos en que se presentaba una petición de tal naturaleza no eran muy abundantes. Sin embargo, lo cierto es que la tendencia reciente en la práctica jurídica colombiana y de otros países de la región bien merecen una investigación más profunda sobre este tópico, sobre el cual aún queda un largo camino investigativo por recorrer.

Al igual que con los perjuicios inmateriales considerados en su conjunto, inicialmente la doctrina y la jurisprudencia fueron renuentes a su reconocimiento cuandoquiera que su causación se derive de la actividad contractual. Lo anterior, debido a que la posición mayoritaria se conformaba en decir que un contrato sólo podía afectar intereses de carácter pecuniario. Esta situación tiene un origen histórico que vale la pena poner de presente, el cual es expuesto por los autores Henri Mazeud y André Tunc (1977) en su *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*.

En efecto, los autores admiten que el espíritu que guió la redacción del Código Civil Francés, inspirador de los Códigos Civiles latinoamericanos, fue hostil a la reparación del perjuicio moral en materia contractual, debido a que Robert Pothier y Jean Domat, influenciadores en el trabajo redactor de aquel Código, creían que, con la negatoria al reconocimien-

to de los llamados perjuicios morales contractuales, se iba conforme a los preceptos del derecho romano, lo cual se pudo haber dado debido a una interpretación en la fórmula del jurisconsulto Paulo, según la cual “el daño y la condena se predicen tanto de la privación como de la disminución del patrimonio”.<sup>2</sup> Dando a entender, de esta manera, que el único daño relevante para el derecho es el daño patrimonial o material.

Sin embargo, lo cierto es que el derecho romano y a la postre el Código Civil Francés, no restringen en manera alguna la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento de un contrato a una tipología específica de los mismos,<sup>3</sup> por lo que se puede afirmar que la renuencia histórica al reconocimiento de los denominados perjuicios inmateriales contractuales se explica, en gran medida, a un malentendido que, en buena hora, fue corregido por la propia doctrina francesa.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Digesto, libro XXXIX, título II, ley 3a.

<sup>3</sup> En este sentido, Henri Mazeud y André Tunc (1977) ponen de presente: “En pocas palabras, la jurisprudencia romana llegó en esto a la idea de que, en la vida humana, la noción de valor no consiste solamente en dinero; sino que, al contrario, además del dinero, existen otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye un valor y que quiere ver que los proteja el derecho”. Mazeud, Henri y Tunc, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Ejea, 1977, p. 429.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 164 y 165. “Los textos del Código Civil están concebidos en términos bastante amplios para permitirlo. Así, el artículo 1142 del Código Civil Francés, dispone que «toda obligación de hacer o de no hacer se traduce en indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento de parte del deudor», sin distinguir según el incumplimiento, cause al acreedor un perjuicio pecuniario o moral. Por otra parte, artículo 1149 del mismo Código declara que «los perjuicios que deben al acreedor lo son, por lo general, a consecuencia de la pérdida que ha experimentado o de la ganancia de que se ha visto privado ¿Por qué interpretar la palabra pérdida por pérdida en dinero?

[...] La mera lectura de los antecedentes legislativos no indica la voluntad en contrario de los redactores del Código. Pero sí, tras del término empleados, se investiga el espíritu que gui[ó] a los redactores hay que convenir en que eran hostiles a la reparación del perjuicio moral en materia contractual.

Se debió esa hostilidad a que Pothier y Domat, a quienes siguieron fielmente los redactores del Código Civil Francés, rehusaron terminantemente reparar el perjuicio moral en materia contractual, en lo que creían conformarse al derecho romano. Pero sabemos que en realidad se engañaban; numerosos textos, que Pothier y Domat ignoraban, demuestran, sin discusión posible, que el derecho romano no estableció distinción alguna, por lo que respecta al perjuicio moral, entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictuosa. Ahora bien, la idea funda-

Y es que, en efecto, ya autores de inicios del siglo xx como Marcel Planiol y Georges Ripert indicaban que, si bien es raro que, producto del incumplimiento de un contrato, se encuentre un interés moral vulnerado, este puede aparecer ligado a uno de carácter pecuniario, regulado en un contrato, como cuando la cosa que debe entregarse al acreedor reporta para él, además del valor económico de la misma, un valor sentimental (Planiol y Ripert, 1945).<sup>5</sup> De esta manera, ya en tiempos modernos, existen legislaciones en el derecho comparado cuyos códigos civiles guardan silencio sobre el tema objeto de estudio,

---

mental que guió a los autores del Código Civil Francés, al redactar los textos relativos a las obligaciones, fue la de conformarse al derecho romano, como desde el comienzo de su informe lo proclama Bigot Preameneu en el sentido enfático propio de la época. Interpretemos, pues, con ayuda del derecho romano, los textos cuya redacción amplia da margen a la discusión: El derecho romano concedía reparación de perjuicio moral en materia contractual; sería desconocer la verdadera voluntad de los redactores del Código adoptar una solución contraria”.

<sup>5</sup> “[...] En materia de delitos, la jurisprudencia concede desde hace tiempo sin vacilaciones una reparación pecuniaria por el daño moral, siempre que éste sea serio y real. En materia de contratos, en cambio, la cuestión es mucho más discutida. Frecuentemente se considera que el contrato sólo afecta los intereses de carácter pecuniario; su objeto, en ese sentido, no podría consistir en un simple interés moral. Por consiguiente, los daños causados al acreedor por el incumplimiento no podrán tomarse en cuenta y dar lugar a su reparación sino en la medida en que constituyan un daño de orden pecuniario. Muchos tratadistas, conformándose a este razonamiento, estiman que el incumplimiento de una obligación contractual no da lugar al abono de los daños y perjuicios, cuando solamente resulte de él un perjuicio moral.

Esta solución debe rechazarse. Es relativamente raro, sin duda, encontrar un interés moral en materia de contratos y, sobre todo, que sea con carácter exclusivo. La mayoría de las veces se encuentra ligado a un interés pecuniario: La cosa que deberá entregarse ofrece para el acreedor, aparte su valor venal un valor moral (retratos o documentos familiares, obras de arte); el incumplimiento del hecho ofrecido puede producir repercusiones sobre la honorabilidad o el crédito del acreedor, y cuando sea un comerciante, la lesión a su honor se traducirá en una lesión más o menos inmediata a sus intereses materiales. El ataque a la vida humana va casi siempre acompañado de pérdidas materiales”.

La relación sentimental de una persona con un objeto, por lo demás, encuentra positividad en el propio Código Civil colombiano en normas sobre derecho de bienes. Se trata del artículo 729 del Código Civil, que regula la accesión de una cosa mueble a otra, el cual dispone: “Si de las dos cosas unidas, la una es de mucha más estimación que la otra, la primera se mirará como lo principal, y la segunda como lo accesorio. Se mirará como de más estimación la cosa que tuviere para su dueño un gran valor de afección”.

dando lugar a un desarrollo doctrinal y jurisprudencial en favor de la indemnización de los perjuicios inmateriales derivados del incumplimiento contractual, como es el caso de Francia, España o Chile. De la misma manera, algunos otros códigos han optado por admitir dicha indemnización en manera expresa, como son el caso de Perú o Argentina.<sup>6</sup>

Esta investigación, en aras de aportar a un mayor entendimiento de esta materia aún muy inexplorada, hace un análisis jurisprudencial del reconocimiento de los perjuicios inmateriales contractuales a partir de las decisiones en la materia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado colombianos. Para ello, se hará uso de una modalidad de investigación descriptiva y analítica, en la que, en primera medida, se expondrá el panorama general de las tipologías de perjuicios inmateriales reconocidas en ambas corporaciones judiciales, para así aterrizar posteriormente a un análisis en concreto sobre los perjuicios inmateriales derivados de la actividad contractual en cada una de ellas. De esta manera, se pretende aproximar al lector a la experiencia colombiana, tratándose de los perjuicios inmateriales contractuales, aportando una visión actualizada de estos a la luz de las categorías de daños inmateriales reconocidas, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la contencioso-administrativa, teniendo en cuenta las vicisitudes propias de uno y otro régimen de contratación.

### III. El reconocimiento de los perjuicios inmateriales contractuales en la contratación privada

#### 1. *Panorama general de los perjuicios inmateriales en la contratación privada: evolución y actual categorización*

La primera vez que se reconoció el perjuicio inmaterial en la jurisprudencia colombiana, fue en el famoso caso *Villaveces* de la Corte Suprema de Justicia del 21 de julio de 1922. Este fallo fue muy innovador por el contexto en el cual se expidió, pues Colombia vivía la época de la hegemonía conservadora luego de la expedición de la Constitución de 1886.

---

<sup>6</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *Daño moral*, Buenos Aires, Hammurabi, 1996, p. 181, *cit.*, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de agosto de 2014, rad. 11001-31-03-003-2003-00660-01, M. P: Ariel Salazar Ramírez.



No es posible hablar sobre los perjuicios inmateriales sin hacer referencia a los hechos que rodearon el caso y las consideraciones que llevaron a la Corte Suprema de Justicia al reconocimiento de esta tipología de perjuicios, pues ellas constituyen los cimientos a partir de los cuales se ha construido la doctrina que orienta todo reconocimiento de los perjuicios inmateriales tanto en la contratación privada como pública.

Los hechos del caso dan cuenta que el señor León Villaveces, demandante en el proceso, era un comerciante de buen estatus social, quien amaba profundamente a su cónyuge fallecida, mandando a traer desde Europa una lápida de mármol para decorar su sepulcro. En 1914, el accionante fue al cementerio del barrio de las Nieves en el municipio de Bogotá para visitar a su difunta esposa, sin embargo, se encontró con que los restos ya no yacían en el lugar donde estaban desde hacía más de 19 años, pues los empleados del cementerio, sin notificarle al señor Villaveces, habían profanado y extraído por error esos restos y los habían depositado en una fosa común, desocupando la bóveda para arrendar y sepultar el cadáver de otra persona, de manera que, era imposible identificar, para la época, los restos y devolvérselos al señor Villaveces. Ello llevó al demandante a reclamar judicialmente los perjuicios materiales que sufrió al perder la lápida de mármol y el valor del ataúd, además de solicitar el reconocimiento de una indemnización por el daño moral consistente en aquel dolor abismal por haber perdido los restos de su esposa y no poder evocar respeto y lamento a su compañera de vida.

En segunda instancia, el tribunal negó la pretensión de reconocer una indemnización por daño moral, toda vez que no se había probado que el perjuicio moral afectara patrimonialmente al demandante. Finalmente, cuando el proceso es estudiado por la Corte Suprema de Justicia, esta decide casar la sentencia debido a que el tribunal cometió yerro al no interpretar debidamente los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, reguladores de la responsabilidad extracontractual, puesto que estas disposiciones no limitan el reconocimiento del daño a los perjuicios materiales, sino que contempla también el interés jurídico afectivo de quebranto y profunda tristeza de la víctima.

En efecto, la Corte, en análisis del artículo 2356 del Código Civil<sup>7</sup> entiende que la norma no limita la reparación del daño a una única tipolo-

---

<sup>7</sup> Este artículo estipula: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta".

gía de perjuicios, porque los derechos de propiedad que tienen una base pecuniaria son apenas una parte de las piezas que integran al ser humano, porque así como se puede dañar a una persona degradando sus predios y cosechas, también se le puede dañar infligiendo ofensa en su honor o reputación, de manera que, con el artículo 2356 del Código Civil al referirse el legislador a “todo daño”, se introduce en el ordenamiento colombiano el daño moral como concepto indemnizable.

Otro punto interesante de la decisión se puede observar en la condena hacia el municipio de Bogotá por el pago de tres mil pesos (3.000 COP), cuantía fijada por los dos peritos designados por la corte para determinar el valor que debía tener esa dolencia y quebranto que había sufrido el señor Villaveces como consecuencia de la profanación de la tumba de su esposa.<sup>8</sup> Los peritos consideraron que la reparación al señor Villaveces debía ser una reparación de carácter simbólica debido a la imposibilidad de medir pecuniariamente el dolor del actor, tras lo cual, consideraron que el *quantum* a indemnizar debía ser el monto necesario para reconstruir el monumento. De esta manera, la Corte le reconoce al dinero su función de generar compensaciones de tipo satisfactorio cuandoquiera que no exista manera de hacer una real equivalencia del perjuicio sufrido, tal y como acontece con los perjuicios inmateriales. (Corte Suprema de Justicia, 1922).

A partir de esta sentencia, la jurisprudencia colombiana se ha encargado de crear, modificar y eliminar categorías de perjuicios inmateriales, siendo un tema que está todavía en constante evolución. No es objeto del presente estudio hacer una investigación exhaustiva sobre el recorrido histórico de las diferentes categorizaciones de los perjuicios inmateriales, sin embargo, vale la pena mencionar que la Corte Suprema de Justicia de la década de los 30 ya subdividía el daño moral en categorías que, posteriormente, la misma Corporación y el Consejo de Estado reconocieron como autónomas. (Corte Suprema de Justicia, 1937) Así, durante gran parte del siglo xx predominó la concepción según la cual el daño moral se subdividía en tres: 1) la parte afectiva del patrimonio moral —hoy conocido como daño moral—; 2) la parte social del patrimonio moral —hoy conocido como daño a la vida de relación—, y 3) el denominado “daño moral objetivado”, producido cuando

---

<sup>8</sup> Para la época, la labor de cuantificación de los perjuicios inmateriales era hecha por peritos, trabajo que hoy día se le reconoce al juez.

el daño moral se objetiva o se hace visible en el patrimonio de la víctima —hoy reconocido como daño material a modo de lucro cesante—. <sup>9</sup>

No fue sino hasta 2008 cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia comenzó a indemnizar el daño a la vida de relación como una categoría de perjuicio inmaterial autónoma (Corte Suprema de Justicia, 2008), clasificación que se mantuvo hasta 2014 cuando se expidió la sentencia del 5 de agosto (Corte Suprema de Justicia, 2014), fallo unificador que contiene la categorización de los perjuicios inmateriales hasta hoy reconocida. En efecto, allí se dijo que los perjuicios inmateriales se pueden clasificar en tres:

En primer lugar, el daño moral, el cual, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, se materializa “en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso” (Corte Suprema de Justicia, 2009). <sup>10</sup> En segundo lugar, el daño a la vida de relación, el cual puede ser definido como una tipología de daño inmaterial autónoma, que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la víctima como consecuencia del daño, sin que se pueda confundir con otras categorías de perjuicios inmateriales con contenido diferente (Corte Suprema de Justicia, 2008). Y, por último, el daño a bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional, categoría de perjuicio inmaterial reconocida por primera vez por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la precitada sentencia de 2014. La Corte, a partir de la enunciación de una serie de derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales

---

<sup>9</sup> Esta categoría de daño moral fue duramente criticada por la doctrina al tratarse por parte de la jurisprudencia de la época como si fuere perjuicio inmaterial. Así, Navia Arroyo (2000): “En realidad, así llamado daño moral objetivado es un daño patrimonial o material, por cuanto la lesión no recae sobre un bien de la personalidad. Otra cosa es su repercusión en el patrimonio de la víctima (lucro cesante) y por lo mismo susceptible de ser avaluado en dinero de manera exacta, con la colaboración de peritos, en la misma forma que cualquier otro perjuicio patrimonial”.

<sup>10</sup> En este sentido, Alessandri define el daño moral: “Son daños de esta especie el dolor o sufrimiento que experimenta un individuo con una herida lesión, cicatriz o deformidad, con su desprestigio, difamación, menosprecio, o deshonra, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto, violación, estupro o seducción, si es mujer, con la muerte de un ser querido y, en general, con cualquier hecho que le procure una molestia, dolor o sufrimiento físico o moral” (1943, p. 225).

tales como la honra, el buen nombre o la intimidad, define esta categoría como “el agravio o la lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual” (Corte Suprema de Justicia, 2014).

Ahora bien, en cuanto a la reparación de dichas tipologías de daño inmaterial, contrario a como sucede en la jurisprudencia del Consejo de Estado que se verá en líneas posteriores, la Corte Suprema de Justicia ha optado por hacer un estudio caso a caso, debiendo el juez, conforme a la equidad y las particularidades del caso en concreto fijar el monto a reparar, sin que sea procedente el establecimiento de parámetros generales que valoren el perjuicio (M’Causland Sánchez, 2015).

## ***2. Panorama específico de los perjuicios inmateriales producto del incumplimiento contractual en la contratación privada: su fundamentación, demostración, y la posibilidad de tasación anticipada***

De cara a aproximarnos de los denominados perjuicios inmateriales contractuales, hay que poner de presente que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha tenido varias dificultades a lo largo de su historia en su reconocimiento, afirmando en su momento, fiel a la tradición francesa, que estos pertenecían celosamente a la responsabilidad extracontractual o, que dicha especie de daño no estaba consagrado en nuestro ordenamiento jurídico.

En un primer momento, que se puede datar en los finales de la década de los años treinta e inicios de los cuarenta del siglo xx, la corte admitía la procedencia del daño moral en la responsabilidad contractual, pues entendió que el incumplimiento de un negocio jurídico no solamente tiene afectaciones en el patrimonio de la parte presta a cumplir el contrato, sino también, en su parte reputacional y afectiva, ya que, bien puede ocurrir, que un comerciante al encontrarse en un escenario de fracaso negocial, se le puedan causar daños en su sentimientos, lamentos por el no éxito de lo pactado, y por su puesto perjuicios en su ventas (Corte Suprema de Justicia, 1937).

Sin embargo, en los años posteriores, la jurisprudencia optó por negar de manera generalizada el reconocimiento de los perjuicios inmate-

riales contractuales (Corte Suprema de Justicia, 1944),<sup>11</sup> argumentando que únicamente hay lugar a su reconocimiento tratándose de la responsabilidad extracontractual. Dicha tesis, la estimamos incorrecta, pues tal como lo pone de presente la doctrina (Navia Arroyo, 1978, pp. 44 y 45),<sup>12</sup> el fundamento de la indemnización de los perjuicios inmateriales no solamente está contenida en artículo 2341 del Código Civil ateniendo a la responsabilidad extracontractual, pues de igual manera en el artículo 1615 del mismo estatuto,<sup>13</sup> aplicable en materia contractual, obliga a indemnizar los perjuicios *in genere*, no solamente los materiales o patrimoniales. De la misma manera, dicha argumentación equivaldría a decir que las partes que celebren un contrato son incapaces de sentir un perjuicio inmaterial ante el fracaso contractual, y por el contrario aquellos no vinculados por un negocio jurídico si tienen la capacidad de sentir dolor y lamento por la causación de un daño, posición a todas luces equivocada.

Por otra parte, para la época, decía la corte, asumiendo que los perjuicios inmateriales eran propios de la responsabilidad extracontractual y no de la contractual, que no se podían mezclar figuras propias de una

---

<sup>11</sup> Allí, se dijo: “Los perjuicios morales que cobra el demandante como consecuencias del no cumplimiento de sus obligaciones de parte de la Compañía demandada, no tiene base legal en el presente juicio. Ellos tienen su fundamento en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, y se derivan de un hecho delictuoso o culposo, que haya inferior daño a otra persona, es decir, por hechos extracontractuales, lo que equivale a lo que los expositores llaman culpa aquiliana, pero como en este litigio los perjuicios provienen del incumplimiento de un contrato, ellos se originan en una culpa contractual y no aquiliana y por consiguiente, no obro correctamente el Juez al condenar a perjuicios morales. Pero si se pudiera discutir que el incumplimiento de un contrato puede acarrear también perjuicios morales, es lo cierto que, en el asunto en estudio, no se ha comprobado ni su existencia ni su monto”.

También véase: Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, sentencia del 20 de febrero de 1945, M. P.: Hernán Salamanca.

<sup>12</sup> De igual manera, célebre es el salvamento de voto en la mencionada sentencia del 29 de julio de 1944 del magistrado Ricardo Hinestrosa Daza, quien apuntó: “No veo cómo legal y equitativamente, la sola consideración de que la culpa sea contractual para el uno y extracontractual para el otro haya de determinar en la sentencia indemnización plena para el transeúnte y exclusión para el pasajero de cuanto no sea perjuicio material”.

<sup>13</sup> Este artículo estipula: “Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”.

responsabilidad y otra, pues tal proceder daría lugar a una doble indemnización (Jaramillo y Robles, 2014). Parte de la doctrina<sup>14</sup> ha sostenido que un argumento esencial para explicar tal argumentación del alto tribunal en esta etapa tiene su origen en la mala interpretación de la patrimonialidad como requisito de la prestación contractual (Betti, 2015), razonamiento que era usado para denegar el reconocimiento de los perjuicios inmateriales contractuales. Lo anterior, toda vez que, si bien la patrimonialidad es una característica de la prestación, no lo es del interés del acreedor (Grosso, 1981), pues es claro que la obligación es susceptible de proteger tanto intereses patrimoniales como no patrimoniales (Betti, 2015).

En años posteriores, la jurisprudencia se inclinó, en general, por la negatoria al reconocimiento de los perjuicios inmateriales contractuales<sup>15</sup> y no fue sino hasta finales de los años sesenta cuando se volvió a reconocer su procedencia en el célebre fallo del 4 de abril de 1968 (Corte Suprema de Justicia, 1968), en el cual el demandante pide el reconocimiento de los perjuicios inmateriales por el incumplimiento de un contrato de transporte ante el acaecimiento de un accidente de tránsito en el que murió su hijo. En dicho fallo, de suma relevancia para el objeto de estudio del presente artículo, la Corte Suprema de Justicia reconoce expresamente al aproximarse al daño que puede ser causado producto del incumplimiento contractual a aquellos que se proyectan en los sentimientos, dando así paso al reconocimiento del daño moral contractual.

Tiempo después, la controversia de los perjuicios inmateriales contractuales se zanjó con la expedición Código de Comercio, pues tal estatuto, en su artículo 1006, reguló lo relativo a la acción de los herederos del pasajero fallecido en un contrato de transporte, estipulando expresamente la posibilidad de pedir una indemnización por daño moral en caso de incumplimiento por tal causa. Este artículo reza:

Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente

---

<sup>14</sup> *Idem.*

<sup>15</sup> Salvo una sentencia del de 6 de julio de 1955, que condenó a un mandante al pago de los perjuicios morales que ocasionó a su abogado, por haber incumplido el contrato de mandato (G. J. LXXX, p. 658).

les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente. *En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral.*

De esta manera, la norma sirvió, además de poner fin a las discusiones doctrinales sobre el cúmulo de responsabilidades, para autorizar expresamente el reconocimiento de perjuicios inmateriales tratándose de responsabilidad derivada de un contrato de transporte. A partir de tal disposición, la doctrina mayoritaria consideró que los perjuicios inmateriales son aplicables a otras tipologías contractuales por analogía *legis* (Nava Arroyo, 2000).<sup>16</sup>

Ahora bien, que el artículo únicamente haga referencia al “daño moral” no quiere decir que sea la única tipología de perjuicio inmaterial que se pueda causar como consecuencia del incumplimiento contractual, pues lo cierto es que la redacción de la norma lo único que da cuenta es que para la época de expedición del Código de Comercio (16 de junio de 1971), no se reconocía otro perjuicio inmaterial distinto al mismo. De hecho, en la sentencia del 68 atrás referenciada, a pesar de no reconocer el de daño a la vida de relación como categoría autónoma de perjuicio inmaterial para efectos de su indemnización, se dio cuenta que producto de un incumplimiento contractual no solo es posible la causación del daño moral propiamente dicho. Vale la pena anotar desde ya que esta doctrina se ha mantenido hasta nuestros días, pues el estado actual de la jurisprudencia da cuenta que producto del incumplimiento de un contrato no sólo se puede causar daño moral, sino también daño a la vida de relación (Corte Suprema de Justicia, 2008) o también daño a bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional (Corte Suprema de Justicia, 2014), pero ya reconocidos como categorías autónomas de perjuicios inmateriales para efectos de su resarcimiento.

Hay que dejar claro que la mencionada disposición del Código de Comercio fue derogada por el Código General del Proceso que entró a regir en 2012, lo cual no ha sido óbice para que la jurisprudencia la siga citando de cara a justificar el reconocimiento de los perjuicios inmateriales contractuales. Sin embargo, cierto es que, a partir de la

---

<sup>16</sup> “Disposición que por analogía *legis*, es aplicable a todos los casos en que el incumplimiento de obligación contractual lesione un bien de la personalidad con repercusiones en la vida de relación o en los sentimientos de la contraparte”.

expedición de la norma, esta no ha sido la única razón esbozada para admitirlos. Así, en la actualidad, los argumentos a favor del reconocimiento de los perjuicios inmateriales contractuales pueden ser condensados en tres: 1) el artículo 1613 del Código Civil<sup>17</sup> no tiene un alcance restrictivo en materia de indemnización de perjuicios, sino que es meramente orientador de la condena por la causación de un daño material (Corte Suprema de Justicia, 2014); 2) el artículo 1615 del Código Civil no limita la indemnización de perjuicios en materia contractual a los materiales, por el contrario, es un deber del juez ordenar la reparación plena de los mismos (Corte Suprema de Justicia, 2014), 3) No es el carácter contractual o extracontractual lo que hace posible la reparación de perjuicios inmateriales (Corte Suprema de Justicia, 2011).

De esta manera, a día de hoy, de cara a un proceso judicial, si una de las partes pretende el reconocimiento de perjuicios inmateriales contractuales, lo primero que debe probar es la acreditación de la responsabilidad contractual de su contraparte, cuyos requisitos son: 1) existencia de un contrato entre el demandante y demandado; 2) incumplimiento culposo de una obligación que por contrato o ley haga parte de dicho convenio; 3) la causación de un daño, 4) la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño causado (Corte Suprema de Justicia, 2018).

Ahora, de cara a acreditar el daño en la responsabilidad contractual, es importante hacer referencia a la prueba de este cuando se pretendan perjuicios inmateriales sufridos como consecuencia del incumplimiento del contrato, pues resulta claro que la parte actora debe dar prueba de ellos en el proceso, no siendo válido extraer tal certeza de las meras afirmaciones hechas por el demandante en cada caso (Corte Suprema de Justicia, 1968). Para tal objetivo, si bien existe libertad probatoria de las partes, se debe poner presente que para la prueba del daño moral, que como se ha dicho hasta aquí, es la tipología de perjuicio inmaterial más solicitada en la práctica, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el medio probatorio más idóneo es la presunción simple, judicial o de hombre, las cuales son inferencias lógicas que el juez extrae a partir de las reglas de la experiencia, las cuales solo requieren de prueba del hecho que les da origen (Corte Suprema de Jus-

---

<sup>17</sup> Este artículo estipula: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Excepcionalmente los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”.



ticia, 1999), siendo esta también la regla utilizada en la práctica para inferir la existencia del resto de tipologías de perjuicios inmateriales.

Es en el punto del reconocimiento de la existencia del respectivo perjuicio inmaterial producto del incumplimiento de un contrato donde, estimamos, el juzgador debe ser especialmente cuidadoso. De esta forma, puede resultar pertinente y útil acudir a los dos criterios que han venido siendo introducidos jurisprudencialmente en países como España a la hora de decidir sobre la procedencia de la indemnización del daño moral como consecuencia del incumplimiento de un contrato. Estos son: la entidad del daño y la previsibilidad.<sup>18</sup>

Respecto de la primera, se trata de no llegar al extremo de adoptar una posición demasiado liberal a la hora de dar por probado la existencia de un daño moral por la mera molestia o angustia que, como es normal, suele provocar el incumplimiento de un contrato, situación que ocurre, por ejemplo, en la experiencia chilena (Maza Gazmuri De la, 2018). Con este propósito, habría que atender en todo caso a la naturaleza de la relación jurídica que da base a las pretensiones del actor y, en específico, a los argumentos esgrimidos para justificar su existencia. Estos argumentos, deben ir encaminados a demostrar por qué el conjunto de circunstancias que rodean el caso en concreto o el tipo de incumplimiento que se hubiere presentado (Rodríguez Guitán, 2016),<sup>19</sup> justifican la indemnización del daño moral, más allá de limitarse a poner de presente la mera molestia que resulta natural a raíz de la deslealtad de las obligaciones por la contraparte de un contrato.

Respecto del criterio de la previsibilidad, tal como lo apunta Rodríguez Guitán, se debe indagar si el interés no patrimonial del acreedor que resulta del lesionado por parte del deudor se ha incorporado en el contrato de manera que el deudor asuma el riesgo de tener que reparar el interés en caso de incumplimiento por su parte (Rodríguez Guitán, 2016, p. 256). Para ello, se debe mirar no sólo los intereses extrapatri-

---

<sup>18</sup> Para un análisis detallado de la jurisprudencia española a este respecto, véase: Rutherford Parentti (2013).

<sup>19</sup> “La importancia o gravedad del daño moral para concluir su reparación ha de determinarse teniendo en cuenta, entre otros factores, o bien las circunstancias del caso o bien el tipo de incumplimiento que se haya producido, de manera que el daño moral sólo ha de indemnizarse cuando hay un incumplimiento total o gravemente defectuoso, entre otras razones, porque será difícil acreditar un daño moral ocasionado por un defecto leve”.

moniales que se previeron de manera expresa en el contrato —en caso de que se haya hecho, situación, por lo demás, muy extraña— sino aquellos cuya necesidad de tutela se encuentran incorporados implícitamente en la convención.

Ahora bien, esta exigencia encuentra sustento en el artículo 1107 del Código Civil español,<sup>20</sup> equivalente al artículo 1616 del Código Civil Colombiano,<sup>21</sup> por lo que la regla de la previsibilidad debe seguir las reglas allí establecidas. Así, si no se le puede imputar dolo, el contratante incumplido se verá obligado a resarcir perjuicios por concepto de daño moral si al tiempo de la celebración del contrato se previeron o pudieron preverse los perjuicios que a la postre se reclaman, lo cual dependerá, en últimas, de si la naturaleza de la obligación contraída o las circunstancias que rodean la celebración del contrato están vinculadas directamente con intereses extrapatrimoniales (Maza Gazmuri, De la, 2018, pp. 292 y 293). Pero, en caso de existir dolo, se verá obligado a responder “de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”. Lo anterior, eso sí, salvo que los contratantes por mutua disposición las hayan modificado.

Si bien estos criterios, como se advirtió, han sido esbozados por la jurisprudencia extranjera únicamente para determinar la procedencia de la indemnización del daño moral, estimamos que, en la experiencia colombiana, donde existen distintas tipologías de perjuicios inmateriales más allá del daño moral, bien pueden ser útiles con el resto de categorías de perjuicios inmateriales que son actualmente reconocidas, sea para el daño a la vida de relación o el daño a bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional.

---

<sup>20</sup> Este artículo estipula: “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

<sup>21</sup> Según esta disposición: “Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”.

Una vez probado el respectivo perjuicio inmaterial, cuestión distinta será su cuantificación. Respecto de esta labor, la jurisprudencia no guarda un parámetro fijo para su realización, sino que es un trabajo que debe estar guiado por los principios de reparación integral y equidad judicial acorde con los hechos de cada caso en particular (*arbitrium judicis*), tal como ha sido la doctrina de la Corte Suprema de Justicia tratándose de perjuicios inmateriales, considerados en su generalidad (Corte Suprema de Justicia, 2004, octubre 15). De esta manera, se han tomado como criterios a considerar en cada caso las condiciones personales de la víctima, la intensidad de la lesión o la duración del perjuicio, entre otras condiciones que el juez logre advertir para la determinación equitativa del monto del resarcimiento Corte Suprema de Justicia, 2014, agosto 5). Tal forma de indemnizar los perjuicios inmateriales contractuales se ha mantenido hasta nuestros días de manera pacífica, haciendo que la propia corporación, tanto en sus fallos recientes (Corte Suprema de Justicia, 2019, diciembre 11), como en documentos de compendios jurisprudenciales que sirven de guía para el operador del derecho, haya reiterado las reglas atrás mencionadas (Corte Suprema de Justicia, 2022).

Por último, podría suceder que las partes hubieren pactado una cláusula penal como estimación anticipada de los perjuicios que se puedan causar, producto del incumplimiento contractual, lo cual aparejaría la ventaja para la parte en favor de la cual se estipuló dicha cláusula de no tener que probar los perjuicios que hubiere sufrido producto del incumplimiento. En ese orden de ideas, cabría entonces preguntarse si, mediante una cláusula penal, es posible que se tasan anticipadamente tanto perjuicios materiales como inmateriales.

Para tratar el tema, inicialmente se tiene que decir que mediante la cláusula penal se pueden cubrir sea perjuicios compensatorios o sea perjuicios moratorios. Los primeros, causados por el incumplimiento contractual que activa la cláusula<sup>22</sup> (cláusula penal compensatoria) y los segundos causados en caso de mora en el cumplimiento de las obligaciones contratadas (cláusula penal moratoria). A pesar de existir posiciones doctrinales que afirman que los perjuicios compensatorios o moratorios que se tasan, mediante una cláusula penal, tienen naturaleza netamente patrimonial, descartando la tasación de perjuicios

---

<sup>22</sup> Este incumplimiento puede ser definitivo o parcial de la prestación.

inmateriales (Ramírez, 2010),<sup>23</sup> lo cierto es que, al admitirse el reconocimiento de los perjuicios inmateriales contractuales, aún en aquellos contratos en que se regulan intereses puramente patrimoniales (Corte Suprema de Justicia, 2005, mayo 25) no se ve razón alguna para limitar el espectro de utilización de la cláusula penal al campo patrimonial o material.

Así, de la misma manera que se ha reconocido la causación de los perjuicios inmateriales contractuales, debido a que el ordenamiento jurídico no limita su reconocimiento al campo patrimonial, tampoco lo hace respecto de los perjuicios que pueden ser tasados mediante una cláusula penal (Corte Suprema de Justicia, 2000, mayo 24). El hecho de que la cláusula penal en la práctica se materialice en un monto pecuniario, de ello no se sigue que los perjuicios que se resarzan mediante esa suma sean eminentemente patrimoniales, pues en la práctica, las más de las veces los perjuicios inmateriales se resarcan también mediante dinero. Llegar a otra conclusión sería desconocer la función satisfactoria del mismo debate ya superado por la jurisprudencia con el reconocimiento mismo de los perjuicios inmateriales contractuales.

En efecto, puede resultar un poco forzado imaginar el hecho de que una persona pueda anticipar los perjuicios inmateriales que sufriría, producto del incumplimiento de un contrato, sin embargo, por los argumentos atrás esbozados, no se avizora razón alguna que permita afirmar que en el valor que las partes hubieren pactado como cláusula penal no pueda entenderse incluidos perjuicios inmateriales que se pudieren causar producto de la causación de un daño de tal naturaleza.

Por ello, atendiendo las clases de perjuicios que se han puesto de presente, se concluye que, mediante la cláusula penal, sí se pueden tasar anticipadamente, tanto perjuicios compensatorios materiales y/o inmateriales, como perjuicios moratorios materiales y/o inmateriales, según se trate, y se debe entender que la cláusula penal, sea compensatoria o moratoria, puede incluir la tasación de perjuicios inmatéria-

---

<sup>23</sup> "Al presentarse y desarrollarse el concepto y los caracteres de las indemnizaciones compensatoria y moratoria, se apreciará que en una y en otra el daño que resarcan se refiere al estado en que el patrimonio del acreedor queda por efecto del incumplimiento del deudor, de lo cual se sigue que esta clasificación sólo es operante en el marco de los daños patrimoniales. No hay, pues, una reparación compensatoria o una moratoria relacionada con perjuicios extrapatrimoniales. No puede afirmarse que estas instituciones se integran al mundo de los daños extrapatrimoniales".

les, sin que se pueda cobrar a la vez la pena y los perjuicios, salvo pacto expreso en contrario (artículo 1600, Código Civil) (Contreras Calderón, 2012). De hecho, se estima que, dado que los perjuicios inmateriales, por regla general, son de difícil prueba, es conveniente para las partes pactar una cláusula penal pecuniaria como estimación anticipada de los perjuicios inmateriales que se puedan causar por el incumplimiento contractual, respetando, eso sí, los límites dispuestos en el artículo 1601 del Código Civil, referido a la cláusula penal enorme. Quedando incólume en igual forma, la facultad de reclamar los perjuicios materiales y/o inmateriales verdaderamente causados asumiendo la carga de probarlos de conformidad con el artículo 1600 (Contreras Calderón, 2012).

#### IV. Los perjuicios inmateriales contractuales en la contratación estatal

##### 1. *Panorama general de los perjuicios inmateriales en la contratación estatal: evolución y actual categorización*

El tema de los perjuicios inmateriales en el marco de la jurisdicción contenciosa-administrativa ha sido, al igual que en la jurisdicción ordinaria, un tema complejo, cambiante y en constante evolución. Su reconocimiento vino tiempo después del icónico fallo *Villaveces* de la Corte Suprema de Justicia a inicios del siglo xx (Rueda Prada, 2014), desde entonces, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido diferentes tipologías de perjuicios inmateriales, modalidades de indemnización y presunciones que han variado a lo largo del tiempo.

Como se ha dicho, no es el objeto del presente estudio hacer ahondar en los pormenores de la evolución de las categorías de perjuicios inmateriales, sin embargo, es pertinente anotar que, al igual que en la jurisdicción ordinaria, inicialmente, no existió otro perjuicio inmaterial diferente al daño moral y fue hasta 1992 cuando se reconoció otra tipología de daño distinto. En efecto, en sentencia del 3 de julio de 1992, expedida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, se reconoció por primera vez en la jurisdicción contencioso-administrativo el deno-

minado “daño fisiológico”, mejor conocido como “daño a la vida de relación”, el cual no cuenta con reconocimiento actual.<sup>24</sup>

Así pues, hoy día, tal como lo expone M’Causland (2015), el estado actual en materia de reconocimiento de perjuicios inmateriales en dicha jurisdicción, es dado por un documento expedido por el Consejo de Estado “con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados” para su reparación, ordenado mediante acta 23 del 25 de septiembre de 2013 y aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014; fecha en la cual se expidieron ocho sentencias de unificación jurisprudencial en las cuales se adoptan, en casos concretos, los criterios señalados.<sup>25</sup>

Así, en la actualidad, se reconocen como tipologías o categorías de perjuicios inmateriales (Consejo de Estado, 2011), el daño moral (Consejo de Estado, 2014),<sup>26</sup> el daño a la salud y el daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos. El primero de ellos, esto es, el daño moral, al igual que sucede en la jurisdicción ordinaria, es la categoría de daño inmaterial que más se solicita e indem-

---

<sup>24</sup> Dicha tipología de daño se definió en aquella ocasión como aquel referido a la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que, aunque no producen un rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia (Consejo de Estado, 1993, julio 10.). Posteriormente, la figura cambió de nombre a “daño a la vida de relación” y luego a “alteración grave a las condiciones de existencia”, el cual, para el Consejo de Estado, ofrecía mayor amplitud que el anterior, por tanto, no sólo abarcaba la relación de la víctima con el mundo exterior sino también “los cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona” (Consejo de Estado, 2007, octubre 18).

Finalmente, en las conocidas como “sentencias gemelas” del 14 de septiembre de 2011 (Exps. 19.031 y 38.222. C. P.: Enrique Gil Botero), se decidió excluirla como categoría de perjuicio inmaterial indemnizable, posición que fue a la postre reiterada en la unificación jurisprudencial de 2014. Es importante señalar al lector, que mucho ha discutido la doctrina reciente sobre si esta antigua tipología de perjuicio inmaterial aún se indemniza bajo el nombre de las categorías atrás descritas apelando a su contenido, sin embargo, no es el objeto del presente estudio ahondar en ello, pues, hoy en día, como ya se anotó, el Consejo de Estado optó por no incluirla en las tipologías de perjuicios inmateriales unificadas (véase al respecto: M’Causland Sánchez, 2015).

<sup>25</sup> Son las sentencias identificadas con expedientes núms. 26.251, 27.709, 28.804, 28.832, 31.170, 31.172, 32.988 y 36.149.

<sup>26</sup> Este ha sido definido por el Consejo de Estado como aquel que se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y, en general, los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, entre otros, que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

niza en la práctica y a su indemnización también se le ha reconocido una función propiamente satisfactoria y no reparadora del daño que se hubiere causado, pues las pruebas que se alleguen al proceso pueden demostrar la existencia del perjuicio, pero no su cuantía (Consejo de Estado, 2005, abril 20). El Consejo de Estado ha dicho que el mecanismo más adecuado para tasar los perjuicios morales es el arbitrio judicial, con base en criterios de equidad, justicia y reparación integral (Consejo de Estado, 2011, enero 26). No obstante lo cual, se ha tasado como tope máximo indemnizatorio la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) cuandoquiera que el juez denote a partir de las pruebas que obren, en cada caso en concreto, que el perjuicio moral se muestre en su mayor expresión (Consejo de Estado, 2013, septiembre 25).

Por su parte, el daño a la salud, entendido como una categoría autónoma del daño inmaterial, distinto al daño moral, proveniente de lesiones corporales y encaminado al resarcimiento económico de la lesión a la unidad corporal. Su reconocimiento garantiza un resarcimiento de los efectos producidos por un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona y demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima o demás perjudicados que así lo pudieren probar en un proceso (Consejo de Estado, 2015, agosto 26).<sup>27</sup> Esta jurisdicción, le ha atribuido el carácter objetivo en el sentido de fijar su indemnización dentro de los límites de 10 a 100 SMLMV, dependiendo de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica que se encuentre probada dentro del proceso, no obstante, en casos excepcionales por la mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización, que en ningún caso podrá superar los 400 SMLMV (Consejo de Estado, 2011, septiembre 14).

Por último, en cuanto al daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos, se trata de un perjuicio inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas. Sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos constitucionales y convencionales las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico.

---

<sup>27</sup> "Su reconocimiento garantiza un resarcimiento de los efectos producidos por un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona y demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima o demás perjudicados que así lo pudieren probar en un proceso".

co que puede ser temporal o definitivo (Consejo de Estado, 2014, agosto 28). Esta es una categoría de daño autónomo que no depende del reconocimiento de las categorías de daño atrás descritas y se repara, principalmente, a través de medidas reparatorias no indemnizatorias. Ahora bien, en casos excepcionales puede reconocerse una indemnización de hasta 100 SMLMV, a consideración del juez, siempre que la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento al daño a la salud, siguiendo un criterio de proporcionalidad acorde con la intensidad del daño sufrido y la naturaleza del bien o derecho afectado (Consejo de Estado, 2014, agosto 28).

## ***2. Panorama específico de los perjuicios inmateriales producto del incumplimiento contractual en la contratación estatal: su fundamentación, demostración, y la posibilidad de tasación anticipada***

A través del contrato estatal, la administración pública busca el cumplimiento de las finalidades estatales. Como contrato que es, regula o extingue una relación jurídica de contenido económico y a su vez, crea obligaciones y relaciones jurídicas en virtud de las cuales una de las partes —el deudor— debe desplegar cierto comportamiento en favor de la otra —el acreedor—; comportamiento el cual únicamente puede considerarse como pago en la medida que se ajuste plenamente a lo que las partes hubieren convenido;<sup>28</sup> *contrario sensu*, existirá un incumplimiento si la conducta desplegada no se ajusta en la forma y oportunidad debida y si esa insatisfacción es imputable al deudor (Consejo de Estado, 2013, julio 24).

Por regla general, el reconocimiento de perjuicios inmateriales, por parte del Consejo de Estado, normalmente se ha desarrollado en casos de responsabilidad extracontractual del Estado, al ser estos los que con más frecuencia se presentan en la práctica judicial. Es importante resaltar, para efectos de la presente investigación, que los procesos en los que normalmente se reconocen este tipo de perjuicios, son casos

---

<sup>28</sup> Hay que recordar que, en el marco de la contratación pública, las obligaciones de las partes no solo la componen las que se encuentren dispuestas en las cláusulas del contrato, en estricto sentido, sino también, aquellas contenidas en el pliego de condiciones, como de vieja data lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado. Sobre el particular véase: Consejo de Estado (2022).



en los cuales el Estado es el que infringe el deber objetivo de cuidado, y, por tanto, el sujeto pasivo de la pretensión de reconocimiento del perjuicio inmaterial.

En efecto, el tronco común para que opere la responsabilidad del Estado ha sido construido a partir del artículo 90 de la Constitución Política, el cual consagra una cláusula general de responsabilidad estatal, tanto en materia contractual como en materia extracontractual (Corte Constitucional, 1996), sin que se discrimine la clase de perjuicios que pueden ser causados a partir de la acreditación de uno u otro tipo de responsabilidad. Pero, los casos en los que se solicita el reconocimiento de perjuicios inmateriales, producto del incumplimiento de un contrato, son más la excepción que la regla general.

Históricamente, la doctrina del Consejo de Estado ha sido también renuente al reconocimiento de perjuicios inmateriales contractuales, lo cual se explica en la medida que en muchos casos su reconocimiento puede resultar ilusorio. Inicialmente, la denegatoria de tal reconocimiento se sustentaba afirmando que los daños morales sólo se configuraban cuando se presentaba la violación de alguno de los derechos de la personalidad del sujeto, lo cual no sucedía en las relaciones contractuales, pues los daños morales que se siguen de la lesión a los bienes de la personalidad no son susceptibles de ser objeto de obligaciones en sentido propio (Consejo de Estado, 1985, julio 25).

Aunque el primer antecedente del reconocimiento de perjuicios inmateriales, como producto de un incumplimiento contractual, data de 1977, en la que no se dejaron claras las razones que sustentaban tal pronunciamiento,<sup>29</sup> lo cierto fue que, en años posteriores, el Consejo de Estado prosiguió con su denegatoria alegando las razones atrás es-

---

<sup>29</sup> Se trata de la sentencia expedida el 5 de mayo de 1977. Si bien esta es la primera sentencia del Consejo de Estado en reconocer los perjuicios inmateriales contractuales, no se trata del primer antecedente de responsabilidad estatal en el que se haya condenado por perjuicios inmateriales producto del incumplimiento contractual. Hay que recordar que, con anterioridad a 1964, la competencia para conocer las controversias contractuales y extracontractuales del Estado estaba en cabeza de la Corte Suprema de Justicia [la competencia del Consejo de Estado para conocer de las controversias contractuales y extracontractuales fue otorgada por el Decreto 528 de 1964]. Aquella corporación, con la expedición de la sentencia del 28 de septiembre de 1937, ya mencionada en líneas pasadas, ubicó no solo el primer antecedente de reconocimiento de perjuicios inmateriales contractual en la jurisprudencia colombiana, sino también el primer antecedente de responsabilidad estatal

bozadas. No fue sino hasta diez años después, en 1987, cuando se modificó definitivamente tal posición. En aquella oportunidad se dijo:

Pero, lo poco frecuente del daño moral como resultado del incumplimiento de una obligación contractual no constituye objeción contra la procedencia de su reparación en todos aquellos el en que exista y sea demostrado. El derecho no se encuentra ya en aquel período en que solamente tenía en cuenta los valores materiales; las soluciones ofrecidas en materia extracontractual lo demuestran suficientemente. (Consejo de Estado, 1987, septiembre 24)

De esta manera, se puede ver cómo a partir de la garantía que ofrece el ordenamiento jurídico en el reconocimiento de todo perjuicio, sin discriminar que el mismo sea material o inmaterial, se dio lugar a que se cambiara la posición de la corporación frente al tema objeto de estudio.<sup>30</sup> Así, el hecho de que a una persona se le causen perjuicios inmateriales, como consecuencia del incumplimiento de un contrato, implica que se debe proceder al reconocimiento de los mismos en el marco de un proceso judicial, pues de otra manera se estaría atentando contra el principio de reparación integral que orienta el derecho de daños, según el cual, toda afectación de la persona en todas sus dimensiones (material, corporal, social y/o sentimental) impone el deber de devolver al afectado a la misma situación que se encontraba previo al suceso o compensar a la víctima mediante el equivalente pecuniario (Mazeaud y Tunc, 1977).

Ahora bien, no se puede perder de vista que, en el marco de la contratación pública, las partes, normalmente, están compuestas por personas jurídicas, a las cuales la jurisprudencia también les ha abierto la posibilidad de ser sujetos pasivos de perjuicios morales (Consejo de Estado, 1993, agosto 20). Tal como lo ha expresado el propio Consejo de Estado, si bien es claro que los mismos no pueden ser sujetos de derechos morales subjetivos, al ser incapaces de experimentar dolor o sufrimiento y menos aún de agresiones a bienes jurídicos inmateriales relacionados con la naturaleza de un individuo físico (por ejemplo, la integridad corporal), sí se les reconoce una subjetividad jurídica, en conse-

---

en que se condenó a perjuicios inmateriales contractuales. En aquella oportunidad, se demandaba al departamento de Caldas.

<sup>30</sup> Así lo reconoce la propia corporación en sentencia del 8 de febrero de 2001.

cuencia, gozan, por ejemplo, de derechos como la reputación o el buen nombre, denominado comúnmente como *good will* (Consejo de Estado, 2008, noviembre 20).<sup>31</sup> El daño a este derecho, si bien ha sido indemnizado como perjuicio material en la modalidad de lucro cesante, se ha dejado claro que su indemnización abarca, de igual manera, el perjuicio moral que se hubiere causado por su afrenta.

Lo anterior, como es natural, ha llevado a que el Consejo de Estado desde sus inicios únicamente haya desarrollado su jurisprudencia reconociendo perjuicios inmateriales, producto del incumplimiento de un contrato bajo la categoría de daño moral. Ahora bien, nada obsta para que se dé lugar al reconocimiento de un perjuicio inmaterial bajo la hoy reconocida categoría de daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, pues como se anotó, este es un daño que proviene de la afectación a derechos contenidos en fuentes diversas. Por lo que puede suceder que producto del incumplimiento de un contrato se genere un perjuicio inmaterial, *verbigracia*, por el atentado en contra del derecho a la libre competencia empresarial contenido en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia u algún otro derecho en favor de la empresa reconocido en un convenio internacional suscrito por el Estado colombiano. Otra cuestión será, eso sí, la factibilidad de prueba de ello en el marco de un proceso, aspecto que reviste dificultades evidentes por lo abstracto que, en principio, resulta dicha labor.

Por su parte, cuando quiera que el contrato estatal en cuestión sea celebrado con una persona natural,<sup>32</sup> nada obsta para que se le reconozca, si hay lugar a ello, indemnización de perjuicios inmateriales por concepto de daño a la salud. Además, claro está, de las categorías de daño moral y daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos atrás referenciadas. Del mismo modo acontecerá, cuando se contrate con un consorcio o una unión temporal, habiendo que distinguir individualmente entre sus miembros al no formar una nueva personalidad jurídica (Consejo de Estado, 2021, enero 20), y estos, a su vez, debiendo probar en su individualidad (sean personas naturales o jurídicas) los perjuicios inmateriales que producto del incumplimiento del contrato en cuestión se estimen sufridos.

---

<sup>31</sup> Ello también es reconocido en el marco del derecho ordinario. Al respecto véase: Corte Suprema de Justicia (2001, julio 27).

<sup>32</sup> Piénsese, por ejemplo, cuando se contrata bajo la modalidad de contratación directa o concurso de méritos.

Es de anotar que, a partir del mencionado artículo 90 constitucional, se han construido los elementos que son determinantes para acreditar la responsabilidad contractual del Estado, siendo estos, en esencia: 1) la existencia de un contrato, 2) la acreditación de un daño y 3) la relación de causalidad. La doctrina, igualmente, ha dicho que el daño que puede ser sufrido por el contratista, producto del incumplimiento contractual del Estado, lo reviste la lesión al derecho de crédito de este (Hernández Silva, 2008), esto es, el derecho que le corresponde a exigir de la otra el cumplimiento de la prestación objeto del contrato. Dicha lesión, se estima, no puede ser reducida únicamente a prestaciones de tipo económico, sino que, se debe ampliar a toda clase de perjuicios que se causen con el incumplimiento.<sup>33</sup>

De otra parte, es importante resaltar, como ya se hizo en líneas anteriores, que el reconocimiento de perjuicios inmateriales, normalmente, se ha dado en casos en los cuales el Estado es la parte pasiva de las pretensiones de reconocimiento de perjuicio inmaterial, sea en casos de responsabilidad extracontractual, así como contractual. Por ello, se debe recordar que el contrato estatal puede ser incumplido tanto por la administración contratante como por el contratista, y cuandoquiera que se validen todos los requisitos necesarios para acreditar la responsabilidad contractual de la parte incumplida,<sup>34</sup> será necesario proceder a la reparación de los perjuicios que se hubieren causado debido a ese incumplimiento.

---

<sup>33</sup> A pesar de ser reconocidos por el Consejo de Estado, los perjuicios inmateriales contractuales, en ocasiones algunos fallos, al establecer los requisitos de la responsabilidad civil contractual, se parece da por sentado que, producto del incumplimiento de un contrato estatal, únicamente puede ser causado por un daño emergente y lucro cesante, categorías estas reconocidas de antaño por la corporación como perjuicios materiales. Véase: Consejo de Estado (2021, diciembre 19), providencia que establece como requisitos de la responsabilidad civil contractual: "(i) La identificación de una obligación exigible y la acción u omisión con la que fue infringida (ii) El daño emergente o lucro cesante ocasionado al contratista con el incumplimiento de la obligación de su contraparte; y (iii) la relación de causa efecto entre la conducta con la que el demandado faltó a sus obligaciones y el menoscabo sufrido por el demandante".

<sup>34</sup> El incumplimiento de un contrato estatal por parte del contratista puede revestir las siguientes formas: 1) el no cumplimiento de las obligaciones; 2) la mora o falta de cumplimiento de la obligación en el plazo estipulado y 3) el cumplimiento defectuoso de la obligación. [Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, concepto 11-135. 2011].

Entonces, vale la pena preguntarse si cuando la parte incumplida es el contratista, puede el Estado, en ese sentido, perseguir el reconocimiento de perjuicios inmateriales cuandoquiera que así lo haya probado. Es importante recordar que, el contrato estatal es el vehículo a partir del cual el Estado cumple sus fines constitucionales, por lo que, en la práctica, se presenta muchas veces que es la entidad estatal contratante la que sufre un daño reputacional entre los administrados como consecuencia, precisamente, del incumplimiento del contratista. Por ello, a nuestro parecer, el interrogante antes expuesto debe ser resuelto de manera positiva, pues, como ya se anotó, el estado actual de la jurisprudencia da cuenta que una persona jurídica puede sufrir perjuicios inmateriales, lo cual, a nuestro concepto, no se puede limitar de ninguna manera a la persona jurídica que funge como contratista. Así las cosas, nada obsta para que en caso de que en la entidad estatal se vea afectada en su daño reputacional, persiga el reconocimiento de dichos perjuicios por medio de una acción de controversias contractuales siempre que así lo demuestre.

Interesante es el caso —y además muy frecuente— en que el contratista sea representado por un consorcio o una unión temporal. Como se anotó en líneas anteriores, la jurisprudencia ha reiterado en varias oportunidades que la creación de estas figuras no da lugar al surgimiento de una persona jurídica distinta a quienes lo componen, conservando sus miembros plena individualidad jurídica. Es igualmente reiterado que la distinción entre un consorcio y una unión temporal es que, en el primero, todos los miembros responden solidariamente ante el incumplimiento y, en el segundo, sólo el miembro incumplido responderá (Consejo de Estado, 2019, octubre 25). Entonces, en caso de presentarse un incumplimiento contractual cuando la contraparte sea una unión temporal, es claro que la entidad estatal podrá perseguir individualmente al miembro incumplido por su reconocimiento.

Actualmente, si bien se puede afirmar que el Consejo de Estado ha sido reacio al reconocimiento de perjuicios inmateriales cuando los mismos se deriven del incumplimiento de un contrato, supedita su reconocimiento a que los perjuicios se encuentran acreditados en cada caso en concreto y que se demuestre la relación causal entre la afectación inmaterial y el acto en concreto derivado del contrato estatal que hubiere causado el perjuicio, tal y como puede ser la declaratoria de caducidad del contrato por parte de la administración sin que se ha-

yan cumplido los requisitos de ley (Consejo de Estado, 2020, septiembre 10). De ahí que valga la pena referirse, para finalizar, al aspecto probatorio, el cual es un tópico bastante complicado y complejo para la parte demandante.

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado, es suficientemente conocido la existencia de algunas presunciones de origen jurisprudencial en lo atinente a la existencia del daño moral y su monto a indemnizar, por ejemplo, en casos de reparación en caso de muerte, lesiones personales o privación injusta de la libertad (Consejo de Estado, 2014, agosto 28). Por el contrario, en el campo contractual el panorama cambia sustancialmente, pues tal estimación sería imposible de realizar teniendo en cuenta que el reconocimiento de los perjuicios dependerá del contrato en que se hubiere celebrado en cada caso específico, sin que sea dable afirmar que del sólo incumplimiento obligacional o de la actividad contractual considerada en su generalidad, exista presunción de existencia de algún perjuicio inmaterial (Consejo de Estado, 1997, marzo 6).

Así pues, todo se resumirá en el trabajo probatorio que se realice en cada caso en particular, de manera que, con las pruebas aportadas, se lleve al juez del contrato a un convencimiento objetivo de que internamente se ha causado un daño producto de la actividad contractual, aspecto el cual, por su naturaleza, reviste de gran dificultad<sup>35</sup> y que ha llevado al fracaso a las pretensiones de las partes en ese sentido en la *praxis*. Sobre este punto, resultan igualmente aplicables las consideraciones ya hechas en líneas pasadas acerca de la utilidad de los criterios de la entidad del daño y la previsibilidad utilizados por la jurisprudencia española para determinar la procedencia de la indemnización del daño moral por el incumplimiento de un contrato.<sup>36</sup> Aspectos como la naturaleza de la relación jurídica que da base a las pretensiones, los hechos que rodean el caso en concreto y la armonización fáctica y jurídica que es imperativa hacer por parte del actor con las categorías de daños inmateriales que son reconocidas en materia contencioso-administrativa conservan toda su vigencia.

Por su parte, aunque la jurisprudencia guarde silencio sobre el particular,<sup>37</sup> la cuantificación de los perjuicios inmateriales dependerá

---

<sup>35</sup> En este sentido, véase Reinero Rodríguez (2005).

<sup>36</sup> Véase al respecto Rodríguez Guitán (2016).

<sup>37</sup> Ello, debido a que la parametrización de las cuantías de los perjuicios inmaterial-

además del esfuerzo probatorio, de los parámetros cuantitativos que el propio Consejo de Estado ha fijado para la indemnización de cada tipología de perjuicio inmaterial.

En último lugar, hay que poner de presente que puede suceder, al igual que en un contrato regido por el derecho común, que las partes decidan pactar una cláusula penal como estimación anticipada de los perjuicios que se pudieren causar producto del incumplimiento contractual, pacto que, como se anotó, cuenta con evidentes bondades dado a la dificultad probatoria a la que se acaba de hacer referencia, pues su pacto exime a la parte en favor de la cual se pactó de demostrar los perjuicios causados (Consejo de Estado, 2005, octubre 19). Quedando a salvo, eso sí, la posibilidad de que la parte afectada considere que el valor pactado no cubra los perjuicios efectivamente causados, caso en el cual, conserva la posibilidad de perseguir la indemnización de estos asumiendo la carga de demostrarlos.

Ahora bien, como se ha insistido a lo largo de este escrito, lo cierto es que las más de las veces los casos en los que se pretende perjuicios inmateriales como consecuencia del incumplimiento de un contrato estatal son casos de responsabilidad contractual del Estado, es decir, el Estado siendo la parte pasiva de las pretensiones. Paradójicamente, el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la figura de la cláusula penal en el Consejo de Estado como instrumento contractual por antonomasia utilizado por las partes para anticipar los perjuicios que se pudieren causar producto del incumplimiento de un contrato, ha sido estando la misma pactada, precisamente, en favor de la entidad estatal contratante, al ser la que cuenta con el poder unilateral de hacerla valer directamente en virtud de la expresa autorización del artículo 17 de Ley 1150 de 2007.

De esta manera, cabría entonces preguntarse si también es válida una cláusula penal pactada en contrato estatal en favor del contratista. Se adelanta que el anterior cuestionamiento debe ser respondido en forma positiva, pues de otra manera las bondades probatorias que representa el pacto de una cláusula penal carecerían de utilidad práctica tratándose de la estimación anticipada de los perjuicios inmateriales producto del incumplimiento contractual.

---

les ha sido fijada en casos de responsabilidad extracontractual.

Aunque la jurisprudencia del Consejo de Estado guarde silencio sobre el particular, vale la pena citar una decisión reciente del Tribunal Administrativo de Boyacá, en la cual, al decidir un caso en el que el demandante, contratista de un contrato de consultoría, pretende la extensión en su favor de la cláusula penal pactada en favor de la entidad estatal. Pues bien, en aquella decisión, si bien el tribunal niega lo peticionado por no ajustarse a lo convenido, deja la puerta abierta a esa posibilidad, afirmando que la imposición de la cláusula en favor del contratista pende, en el últimas, de que las partes lo hubieren pactado ese sentido (Tribunal Administrativo de Boyacá, 2021, marzo 10).

Ahora bien, diferente sería si se pactara también la facultad del contratista para hacer valer directamente la cláusula penal, esto es, sin necesidad de acudir al juez del contrato. Ello, se estima, no es posible por dos razones esenciales que se exponen a continuación.

La primera, porque de antaño el Consejo de Estado (Consejo de Estado, 2005, octubre 20), ha establecido que todo poder unilateral en cabeza de la administración, como es la habilitación para declarar el incumplimiento con miras a imponer multas y para hacer efectiva la cláusula penal necesita de una habilitación legal expresa para su ejercicio. Así pues, si tal limitación es impuesta por el ordenamiento jurídico a la parte fuerte de la relación contractual, aún más resulta aplicable en tratándose del contratista, respecto del cual el ordenamiento jurídico no le concede tal autorización.

La segunda, debido a que, en el marco de la contratación pública, al principio de autonomía de la voluntad se le debe fijar un límite que va en dos sentidos: El primero, para racionalizar la posición dominante de la administración y, segundo, en aras de preservar dicha posición dominante con la que necesariamente debe contar; pues no se puede perder de vista que, a diferencia del contrato regido por derecho privado, el contrato estatal busca el cumplimiento de las finalidades estatales. Por ello, dado el rompimiento de la simetría contractual que apareja el ejercicio de esta facultad, se debería prohibir su pacto en favor del contratista como si del ejercicio de una cláusula excepcional se tratara.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Para el Consejo de Estado, las cláusulas excepcionales son las mencionadas en el artículo 14 de Ley 80 de 1993, respecto de las cuales se ha prohibido su pacto en favor del contratista. Véase Consejo de Estado (2013, septiembre 9).



En conclusión, se estima perfectamente posible el pacto de una cláusula penal en favor del contratista en el marco de un contrato estatal en ejercicio del principio de autonomía de voluntad de las partes y del principio de reciprocidad inherente al mismo (Corte Constitucional, 2001), sin que se distinga si se trata de un contrato regido por las normas del derecho privado o por las normas que siguen la normatividad del Estatuto General de Contratación Pública, pues el solo pacto de la cláusula no apareja, en manera alguna, el rompimiento de la simetría contractual, como sí lo hace la facultad para su imposición unilateral. Ahora bien, otra cuestión será, eso sí, la factibilidad práctica de que tal pacto se dé, lo cual se muestra francamente difícil en el devenir negocial de la contratación estatal.

## V. Conclusión

La responsabilidad civil o derecho de daños es una materia compleja que ha venido evolucionando con el tiempo en manera simultánea con las nuevas realidades sociales. A lo largo de este escrito se ha visto cómo los denominados perjuicios inmateriales contractuales no han sido la excepción, pues la *praxis* del derecho ha obligado a la doctrina y la jurisprudencia a ocuparse del tema de una manera cada vez más detenida.

Esta clase de perjuicios, al ser un tema necesariamente desarrollado entre la responsabilidad civil y el derecho contractual, hace que sea imperativo armonizarlos con las instituciones propias de una y otra área del derecho de cara a entender de una manera omnicomprensiva todas las vicisitudes que surgen o pueden surgir a partir de los distintos avances que la jurisprudencia y la doctrina hagan en ambas materias. En este estudio, a partir de una visión actualizada de los perjuicios inmateriales en el derecho colombiano en la contratación privada y estatal, se hizo un esfuerzo en ese sentido, sin que se hayan abordado o pretendido abordar todas las situaciones y problemáticas que el tema objeto de estudio merece.

En todo caso, se dio cuenta como la realidad del ordenamiento jurídico colombiano demuestra que aún existen muchos vacíos en diversas situaciones que rodean los perjuicios inmateriales contractuales tanto en la contratación privada como pública, tal como en los aspectos rela-

cionados a su armonización con las distintas categorías de perjuicios inmateriales, su demostración, su cuantificación o su tasación anticipada, a lo cual se le debe adicionar el análisis de las particularidades propias del caso en concreto.

En lo sucesivo, la sociedad y el derecho seguirán avanzando y con ellos, los perjuicios inmateriales contractuales, siendo imperativo que el operador del derecho se ocupe cada vez más de este tema en las diferentes aristas que seguramente se suscitarán.

## VI. Referencias

- Alessandri Rodríguez, A. (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Título 35 del libro IV del Código Civil*. Editorial Imprenta Universitaria.
- Barrientos Zamorano, M. (2008). Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*. *Revista Chilena de Derecho*, 35(1). <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014517004>
- Betti, E. (2015). *La estructura de la obligación romana y el problema de su génesis* (J. F. Chamié, Trad.). Universidad Externado de Colombia.
- Consejo de Estado, sección tercera (1958, julio 31). Sentencia, sin expediente, C. P.: Ricardo Bonilla Gutiérrez. *Anales del Consejo de Estado*, t. LV.
- Consejo de Estado, sección tercera (2011, septiembre 14). Sentencia, expediente 19.031, C. P.: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, sección tercera (2011, septiembre 14). Sentencia, expediente 38.222, C. P.: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección tercera (2014, agosto 24). Sentencia, expediente 32.988, C. P.: Ramiro Pazos Guerrero.
- Consejo de Estado, sección tercera (2005, abril 20). Sentencia, expediente 15.247, C. P.: Ruth Stella Correa.
- Consejo de Estado, sección tercera (2011, enero 26). Sentencia, expediente 18.715, C. P.: Gladys Agudelo Ordóñez.
- Consejo de Estado, sección tercera (2013, septiembre 25). Sentencia, expediente 36.460, C. P.: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, sección tercera (2015, agosto 26). Sentencia, expediente 33.302, C. P.: Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado, sección tercera (2014, agosto 28). Sentencia, expediente 32.988, C. P.: Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado, sección tercera (1993, julio 1). Sentencia, expediente 7772, C. P.: Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, sección tercera (2007, octubre 18). Sentencia 2001-00029-01, C. P.: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, sección tercera (2022, diciembre 12). Sentencia, expediente 51.755, C. P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, sección tercera (2013, julio 24). Sentencia, expediente 25.131, C. P.: Jaime Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, sección tercera (1985, julio 25). Sentencia, expediente 2.963, C. P.: Julio César Uribe.

Consejo de Estado, sección tercera (1977, mayo 5). Sentencia, expediente 1320, C. P.: Jorge Valencia Arango.

Consejo de Estado, sección tercera (1987, septiembre 24). Sentencia, expediente 4039, C.P.: Jorge Valencia Arango.

Consejo de Estado, sección tercera (2001, febrero 8). Sentencia, expediente 12.848, C. P.: María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, sección tercera (1993, agosto 20). Sentencia, expediente 7881, C. P.: Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, sección tercera (2008, noviembre 20). Sentencia, expediente 17.031, C. P.: Ruth Stella Correa.

Consejo de Estado, sección tercera (2021, enero 20). Sentencia, expediente 64.073, C. P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, sección tercera (2021, diciembre 10). Sentencia, expediente 54.140, C. P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

Consejo de Estado, sección tercera (2019, octubre 25). Sentencia, expediente 61.324, C. P.: Marta Nubia Velásquez.

Consejo de Estado, sección tercera (2020, septiembre 10). Sentencia, expediente 44.804, C. P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, sección tercera (2014, agosto 28). Sentencia, expediente 26.251, C. P.: Jaime Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, sección tercera (1997, marzo 6). Sentencia, expediente 10.038, C. P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, sección tercera (2005, octubre 19). Sentencia, expediente 15.011, C. P.: Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, sección tercera (2005, octubre 20). Sentencia, expediente 14.579, C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

- Consejo de Estado, sección tercera (2013, septiembre 9). Sentencia, expediente 25.681, C. P. Jaime Santofimio Gamboa.
- Contreras Calderón, J. A. (2012). La tasación de perjuicios mediante cláusula penal en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 48, 1-28. <https://repositorio.uniandes.edu.co/items/90020gee-8884-4404-baf7-3aebbec1996f>
- Corte Constitucional (1996). Sentencia C-333 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional (2001). Sentencia C-892 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1922, julio 21). Sentencia de 21 de julio de 1922, M. P. Tancredo Nanneti.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1937, septiembre 28). Sentencia del 28 de septiembre de 1937. G. J. T. XLV, Núm. 1929, pp. 758-763, M. P. Juan Francisco Mujica.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2014, agosto 5). Sentencia del 5 de agosto de 2014, rad. 11001-31-03-003-2003-00660-01, M. P. Ariel Salazar Ramírez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2009, septiembre 18). Sentencia del 18 de septiembre de 2009, rad. 2005-406-01, M. P. William Namén Vargas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2008, mayo 13). Sentencia del 13 de mayo de 2008, rad. 006-1997-09327-01, M. P. Cesar Julio Valencia Copete.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1941, abril 23). Sentencia del 23 de abril de 1941, M. P. Aníbal Cardoso.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1944, julio 29). Sentencia del 29 de julio de 1944, M. P. José Miguel Arango.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1945, febrero 20). Sentencia del 20 de febrero de 1945, M. P. Hernán Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2011, noviembre 17). Sentencia del 17 de noviembre de 2011, rad. 1999-053-01, M. P. William Namén Vargas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2018, febrero 22). Sentencia del 22 de febrero de 2018, rad. 2005-00368-01. M. P. Aroldo Wilson Quiroz.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1999, mayo 5). Sentencia del 5 de mayo de 1999, expediente 4978, M. P. Jorge Castillo Rugeles.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2004, octubre 15). Sentencia del 15 de octubre de 2004, expediente 6199, M. P. César Julio Valencia Copete.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2019, diciembre 11). Sentencia STC16743-2019, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2005, mayo 25). Sentencia del 25 de mayo de 2005, expediente 1469, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2000, mayo 24). Sentencia del 24 de mayo del 2000, expediente 5439, M. P. Manuel Ardi-la Velásquez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2022). *El daño extrapatrimonial y su cuantificación. Algunos estudios contemporáneos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.*
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2001, julio 27). Sentencia del 27 de julio de 2001, expediente 5860, M. P. Jorge Castillo Rugeles.
- Grosso, G. (1981). *Las obligaciones: contenido y requisitos de la prestación* (F. Hinestrosa, Trad.). Universidad Externado de Colombia.
- Henaó Pérez, J. C. (1998). *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés.* Universidad Externado de Colombia.
- Hernández Silva, A. P. (2008). La responsabilidad contractual del Estado: ¿una responsabilidad sin imputación? *Revista de Derecho Privado*, (14), 171-192. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/554>
- Jaramillo, C. y Robles, P. (2014). La reparación del daño extrapatrimonial a la persona por incumplimiento contractual: la experiencia colombiana. *Revista de Derecho Privado*, (26), 499-527. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3809>
- Maza Gazmuri De la, I. de la (2018). El daño moral en material contractual: la mirada de la Corte Suprema. *Revista Chilena de Derecho*, 45(2), 275-309. <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v45n2/0718-3437-rchilder-45-02-00275.pdf>

- Mazeud, H. y Tunc, A. (1977). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (tomo I). Ejea.
- M'Caussland Sánchez, M. C. (2015). *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*. Universidad Externado de Colombia.
- Navia Arroyo, F. (1978). *Estudio sobre el daño moral*. Biblioteca ANIF de Economía.
- Navia Arroyo, F. (2000). *Del daño moral al daño fisiológico: ¿una evolución real?* Universidad Externado de Colombia.
- Ospina Garzón, A. F. (2005). *El daño moral: El valor de la vida. La pérdida de la vida ¿un daño indemnizable?* (Tesis de pregrado). Universidad Externado de Colombia.
- Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado (2011). *Concepto 11-135*.
- Planiol, M. y Ripert, G. (1945). *Tratado práctico de derecho civil francés. Tomo VII: Las obligaciones* (M. Díaz Cruz, Trad.). Ejea.
- Rodríguez Corria, R. (2005). La transmisión y prueba del derecho a la indemnización por daño moral. *Revista Universitas*, (109), 239-259. <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510907.pdf>
- Rodríguez Guitán, A. M. (2016). La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (15), 239-263. <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v40n2/art12.pdf>
- Rueda Prada, D. (2014). *La indemnización de perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia* (Tesis de maestría). Universidad del Rosario, Bogotá. <https://repository.urosario.edu.co/items/971f3d8c-6b52-48ba-a63a-747f78ab1ebc>
- Rutherford Parentti, R. G. (2013). La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española. *Revista Chilena de Derecho*, 40(2), 669-689. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0121-86972008000200006](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000200006)
- Saavedra Becerra, R. (2011). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Tamayo Jaramillo, F. J. (2020). El daño civil y su reparación. Primera parte. *Revista de La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (62), 31-70. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho>

Tenera Barrios, L. F. y Tenera Barrios, F. (2008). Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. *Opinión Jurídica*, 7(13), 99-112. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/100>

Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión Núm. 2. (2021). Sentencia del 10 de marzo de 2021, rad. 2015-00161-01. M. P. Luis Ernesto Arciniegas.

### *Cómo citar*

#### IJ-UNAM

Berbessi Fernández, Diego Alexander y Marín Jiménez, Jonathan David, "Los perjuicios inmateriales como consecuencia del incumplimiento contractual: estudio del caso colombiano", *Revista de Derecho Privado*, México, vol. 12, núm. 25, 2024, pp. 3-41. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2024.25.18873>

#### APA

Berbessi Fernández, D. A., y Marín Jiménez, J. D. (2024). Los perjuicios inmateriales como consecuencia del incumplimiento contractual: estudio del caso colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 12(25), 3-41. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2024.25.18873>





# Tipos de testamentos en el Código Civil del Distrito Federal aplicable a la Ciudad de México y el principio *nemo pro parte...* del derecho romano. Análisis y propuesta

*Types of wills in the Civil Code of the Federal District applicable to Mexico City and the nemo pro parte... principle of roman law. Analysis and proposal*

Eduardo Daniel Hernández Ríos

 <https://orcid.org/0000-0001-8416-8430>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: eduardosolid@hotmail.com

Recepción: 18 de junio de 2024

Aceptación: 8 de octubre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2024.25.19642>

**Resumen:** En el presente artículo se explora la problemática de la cultura testamentaria en la Ciudad de México, evidenciada por la alarmante estadística de que solo el 9 % de los ciudadanos aptos para testar contaba con un testamento en 2005. Se analizan las iniciativas del gobierno local para fomentar esta cultura, incluyendo reformas al Código Civil que limitan los tipos de testamentos a uno solo, el público abierto, y las implicaciones de esta restricción. A través de un análisis crítico y una comparación con principios del derecho romano, se propone una reflexión sobre la efectividad de las reformas y la necesidad de un enfoque más integral en la materia de sucesiones, invitando a los lectores a profundizar en un tema que afecta directamente la seguridad jurídica de los ciudadanos.

**Palabras clave:** sucesión testamentaria; sucesión intestamentaria; sucesión mixta; testamentos ordinarios; testamentos especiales.

**Abstract:** This article explores the problem of the testamentary culture in Mexico City, as evidenced by the alarming statistic that only 9 % of citizens who are able to testament had a will in 2005. It analyzes the initiatives of the local government to promote this culture, including reforms to the Civil Code that limit the types of wills to only one, the open public will, and the implications of this restriction. Through a critical analysis and a comparison with principles of Roman law, a reflection on the effectiveness of the reforms and the need for a more compre-

hensive approach to inheritance matters is proposed, inviting readers to delve deeper into an issue that directly affects the legal security of citizens.

**Keywords:** testamentary succession; intestate succession; mixed succession; ordinary wills; special wills.

**Sumario:** I. *Planteamiento del problema*. II. *Tipos de testamento en el Código Civil para el distrito y territorios federales de 1928*. III. *Estudio sobre la exposición de motivos de la reforma a las formas del testamento al Código Civil del Distrito Federal del 23 julio de 2012*. IV. *Estudio y crítica a los tipos de testamentos en el Código Civil para el Distrito Federal aplicable para la Ciudad de México a partir de la reforma del 23 julio de 2012*. V. *La sucesión testamentaria, intestamentaria y mixta*. VI. *El principio nemo pro parte... del derecho romano, análisis, comparación y posible utilidad en el sistema civil vigente*. VII. *La problemática del testamento y las emergencias sanitarias*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Referencias*.

## I. Planteamiento del problema<sup>1</sup>

Según una encuesta que presenta ISA (Investigaciones Sociales Avanzadas), en 2005, de un universo de 100 %, solo el 9 % de los ciudadanos aptos para testar contaban con testamento, lo que equivale a que aproximadamente solo 9 de cada 100 ciudadanos lo tenían.<sup>2</sup>

El gobierno de la Ciudad de México ha intentado incentivar la cultura testamentaria, por lo que ha implementado algunas como son la campaña del mes del testamento que se celebra en septiembre de cada año con la instalación de módulos informativos y ofreciendo descuentos a los testadores al acudir ante un notario público al realizar este trámite.<sup>3</sup>

En cuanto a la actividad legislativa, en la Ciudad de México, se han reformado diversos artículos del Código Civil que regulaban diferentes tipos de testamentos (*Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 2012), para establecer que en la ciudad únicamente se puede testar mediante el testamento público abierto, y se considerará como válido el hecho en el

---

<sup>1</sup> Se incluyen algunos datos empíricos, no obstante, solo se limitan a dar un contexto, pues la presente investigación es de carácter dogmática, descriptiva y brevemente prescriptiva.

<sup>2</sup> 5a. encuesta de servicios notariales en la Ciudad de México. <https://invesoc.com/contenido/CNDF2013.pdf> (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2024).

<sup>3</sup> Septiembre mes del testamento. <https://colegiodenotarios.org.mx/septiembre-mes-testamento> (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2024).

extranjero cuando haya sido formulado de acuerdo con las leyes del país en que se otorgó.

Esta reforma se efectuó con la finalidad de dar mayor certidumbre al propio testamento, incentivar la cultura testamentaria, suprimir los tipos de testamentos que realizan los particulares de forma personal, pues estos, comúnmente, no eran elaborados conforme a derecho, o bien, su redacción era deficiente, trayendo problemáticas en su interpretación y ejecución; por último, se eliminaron tipos de testamentos que habían caído en desuso o eran considerados como anacrónicos.<sup>4</sup>

Las intenciones de la citada reforma se asentaban en consideraciones relacionadas a los principios de legalidad y seguridad jurídica, pues se buscaba que el testamento fuera elaborado exclusivamente por una persona experta en la materia; el notario público, quien confeccionará el testamento orientando y respetando la voluntad del testador, con base en un lenguaje claro, debidamente establecido dentro del marco legal aplicable.

Sin embargo, al realizar estos cambios, la materia de sucesiones no fue reformada de forma integral, por lo que se mantuvieron supuestos que, como se expondrá, no son compatibles con la intención reformadora de tener una única forma para testar.

Por ejemplo, la legislación civil vigente comprende la denominada "sucesión mixta", la cual surge cuando, en ciertos casos, en una misma sucesión, se da apertura a la vía testamentaria, así como a la intestamentaria.

En contraste, dentro del sistema sucesorio romano, era improcedente que, en una misma sucesión, se compaginara el proceso intestamentario y testamentario, esto por el principio "*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*" (nadie puede morir en parte testado y en parte intestado), el cual se analizará más adelante en el presente artículo.

Sumando a esto, al solo disponer que el testamento se pueda confeccionar ante un notario público se establece un cierto "monopolio" sobre su elaboración, pues se restringe este derecho a una única vía, la cual requiere, de manera forzosa, que el testador se presente físicamente ante un notario.

---

<sup>4</sup> Cfr. Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman los artículos 1515, 1520 y 1593. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-cdccb9d5496852720bac904847b-c8f.pdf> (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2024).

Al restringir a una sola vía para testar, no se contemplan escenarios como los sucedidos por la contingencia sanitaria a causa del COVID-19, que cual provocó el cierre intempestivo de diversas actividades consideradas como no esenciales, entre ellas, la notarial, por lo que muchos ciudadanos, ante un riesgo probable de morir se vieron impedidos de realizar su testamento.

Para dar una posible solución a estas problemáticas, es necesario realizar un estudio breve sobre los tipos de testamentos en el Código Civil aplicable a la Ciudad de México antes de la reforma, se realizará un análisis crítico de esta y, por último, se compararán principios del derecho romano que pueden resolver ciertas problemáticas dogmáticas.

## II. Tipos de testamento en el Código Civil para el distrito y territorios federales de 1928

La doctrina coincide en proponer la siguiente clasificación sobre los tipos de testamentos que se establecían en el Código Civil Federal de 1928, sistematizándolos como: A) ordinarios y B) especiales. Los ordinarios se dividen en: a) público abierto; b) público cerrado, y c) ológrafo. Los testamentos especiales se dividen en: a) privado; b) militar; c) marítimo, y d) hecho en el país extranjero (Ibarrola, 1977, p. 659).

### 1. *Testamentos ordinarios*

#### A. *Testamento público abierto*

Como señala Antonio de Ibarrola (1977, p. 669), se llama público porque la declaración de última voluntad se realiza en un instrumento público, y es abierto porque tanto como el notario como los testigos conocen el contenido del testamento. Este testamento se realiza ante notario público y tres testigos (México, 1928).

#### B. *Testamento público cerrado*

El testamento público cerrado es aquel que realiza el testador de propia mano en papel común, debidamente sellado y rubricado, el cual tendrá que entregar al notario público acompañado de tres testigos, ante quie-

nes declarará que allí se encuentra su declaración de última voluntad para que esta sea sellada y resguardada por el propio notario (México, 1928, artículos 1521 y 1524).

### *C. Testamento ológrafo*

El testamento ológrafo es aquel que el testador elabora de su puño y letra por duplicado, entregando el original en sobre cerrado ante la sección correspondiente del Registro Público de la Propiedad y de Comercio (México, 1928, artículo 1550).

## **2. Testamentos especiales**

### *A. Testamento privado*

El testamento privado es aquel que se realiza de forma oral ante la presencia de cinco testigos, y uno de estos, tendrá que redactar por escrito la voluntad del testador (México, 1928, artículo 1567). Este tipo de testamento únicamente puede realizarse en los siguientes supuestos: 1) cuando el testador tenga una enfermedad violenta y grave que provoque la imposibilidad de que el notario acuda para realizar la toma de la declaración testamentaria; 2) cuando en el lugar en que esté el testador no haya notario ni juez ante el cual pueda realizar su testamento; o cuando habiendo notario o juez, sea muy difícil que acudan al otorgamiento del testamento, y 3) cuando los militares se encuentren en campaña o sean prisioneros de guerra (México, 1928, artículo 1563).

### *B. Testamento militar*

Es aquel que realiza el militar al entrar en batalla, o bien, estando herido en el campo de batalla, el cual lo podrá hacer de forma oral ante dos testigos o por escrito debidamente firmado y cerrado (México, 1928, artículo 1579).

### *C. Testamento marítimo*

El testamento marítimo es aquel que realiza una persona que se encuentra en alta mar en navíos de la Marina Nacional, bien sea de gue-

rra o mercante (México, 1928, artículo 1583). Esta disposición se hará por escrito ante la fe de dos testigos y delante del capitán del barco (México, 1928, artículo 1584).

#### *D. Testamento hecho en país extranjero*

Por último, el testamento en país extranjero es aquel que se realiza de conformidad con las leyes del país extranjero en donde se elabore, o bien, cuando el testador se encuentre en el extranjero y se efectúa ante la autoridad de delegación, consular o viceconsular (México, 1928, artículos 1593 y 1594).

### **III. Estudio sobre la exposición de motivos de la reforma a las formas del testamento al Código Civil del Distrito Federal del 23 julio de 2012**

El legislador consideró la necesidad de adecuar a nuestros tiempos los tipos de testamentos, por lo que implementó algunas modificaciones en esta materia que derogaron y reformaron diversas disposiciones legales.

Dentro de la exposición de motivos de la citada reforma, se argumentó que los testamentos especiales (excepto el hecho en país extranjero), eran obsoletos e inoperantes en nuestra realidad, mientras que los ordinarios (exceptuando el testamento público abierto), imponían restricciones y solemnidades que van en contra de la libertad testamentaria, además de ser poco prácticos para nuestra sociedad actual, por lo que se procedería a derogar los artículos que los regulaban (Asamblea legislativa).

Por otro lado, en esta exposición se realiza un especial énfasis en la actividad notarial, a la cual, en materia testamentaria, le otorga mayor certeza al contenido y efectos jurídicos del testamento, pues, al ser realizados por medio de un experto, el testamento se confeccionará respetando la voluntad del testador acompañada de la adecuada pertinencia legal.

Se puede establecer que la intención del legislador fue modernizar la forma de los testamentos, eliminando aquellos que consideró anacrónicos o poco prácticos para nuestros tiempos. Luego, mediante la figura

del notario, se orientó a otorgar al testamento una mayor certeza y apego a las normas jurídicas aplicables.

#### IV. Estudio y crítica a los tipos de testamentos en el Código Civil para el Distrito Federal aplicable para la Ciudad de México a partir de la reforma de 23 julio de 2012

Al analizar la reforma, nos encontramos con una decisión categórica, ya que, a partir de este cambio en la legislación, solo se puede realizar testamento ante un notario público. Al respecto transcribo la opinión del notario Ángel Adame:

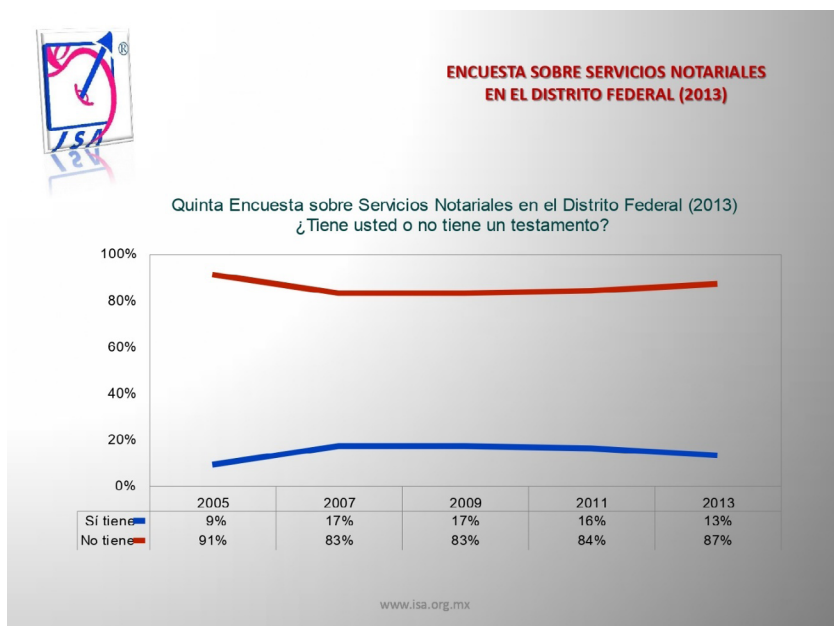
La reforma de 23 de julio de 2012 es loable en muchos sentidos, ya que estoy cierto que desde hace mucho tiempo era indispensable hacer modificaciones en esta materia; no podemos perder de vista que la sociedad cambia y, en este caso, la pluralidad de opciones nunca fue incentivo para testar y sí fue caldo de cultivo para abogados sin escrúpulos que alargaban juicios sucesorios para sus particulares fines. (Adame López, 2014, p. 9)

Es apropiado buscar que, a través del notario, se le otorgue una mayor certeza al testamento, tanto en lo legal, como en el lenguaje utilizado, sin embargo, al contemplar en la ley un solo medio para poder testar, limita el ejercicio de este mismo derecho, y promueve un “monopolio” en su manufactura.

El expresidente del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, el doctor Edgar Elías Azar, presentó en ese momento un Proyecto de Iniciativa de Decreto de Reformas y adiciones al Código Civil, en materia de testamentos, buscando mantener los testamentos hechos exclusivamente por los particulares, pues, argumentaba, que al suprimir las demás formas de los testamentos se dejaba a un gran cúmulo de ciudadanos sin la oportunidad de elaborar su testamento, ya que había un gran número de personas que carecían de los recursos para costear el trámite, además de que se privilegiaba el ejercicio monopolístico de los notarios (Adame López, 2014, p. 7).

En cuanto al impacto sobre la cultura testamentaria que buscaba la reforma, ISA (Investigaciones Sociales Avanzadas), nos otorga la siguiente estadística (Invesoc, 2013).

## Estadística 1. Encuesta sobre servicios notariales en el Distrito Federal (2013)



Fuente: elaboración propia.

Como se observa de la gráfica presentada, en el periodo de la reforma el porcentaje de personas con testamento se redujo aproximadamente en un 3%, pasando de un 16% a un 13%. Posteriormente, en 2023, de un universo de 100%, el 23% de la población apta para testar cuenta con él (Invesoc, 2023). Se puede concluir que a partir de la citada reforma se ha incrementado aproximadamente entre un 7% a 10% de la población que cuenta con testamento.

En cuanto al impacto de la reforma, dentro de la actividad judicial, para concluir si la elaboración de los testamentos mediante un notario público ha producido un menor número de impugnaciones y ha reducido el tiempo de los procesos sucesorios testamentarios, es necesaria la captación de datos estadísticos por parte de los juzgados familiares de la Ciudad de México, a partir de julio de 2012, hasta la fecha, por lo que en este aspecto no me es posible pronunciarme, pues carezco de los datos empíricos pertinentes.



Ahora se realizará el estudio dogmático a algunos artículos aplicables a la materia sucesoria no contempladas en la reforma, pero que se compaginan con la intención señalada en la exposición de motivos. El artículo 1283 del Código Civil establece lo siguiente: “El testador puede disponer del todo o de parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima” (México, 1928, artículo 1283).<sup>5</sup>

Del anterior precepto se interpreta que, cuando un testador omita disponer una parte de sus bienes, esta parte se sucederá conforme a los preceptos aplicables a la sucesión legítima. Establecido lo anterior, entonces, si únicamente se pueden elaborar testamentos mediante un experto en la materia como lo es el notario, entonces este debería prever en la redacción que nada quedara fuera del testamento. Esto, sin considerar que el notario debe considerar a la masa hereditaria como derecho de carácter universal, que *prima facie*, debe comprender la totalidad de bienes del testador.

Si la intención de la reforma era elaborar un testamento que diera certeza jurídica, entonces también se debió reformar el artículo señalado, estableciendo que nada puede quedar fuera del testamento, y que se contemplaría dentro de este conforme a las cuotas establecidas por el testador.

## V. La sucesión testamentaria, intestamentaria y mixta

Señalada la anterior problemática, es conveniente examinar las formas sucesorias.

El Código Civil para el Distrito Federal aplicable para la Ciudad de México establece una división sobre los tipos de sucesión que existen, siendo estas la testamentaria y la legítima (intestamentaria), así lo dispone el artículo 1282 del Código Civil: “La herencia se defiere por la

---

<sup>5</sup> Este artículo proviene del artículo 3229 del Código Civil de 1884, el cual fue tomado del artículo 3365 del Código de 1870, el cual a su vez fue copiado del artículo 533 del Proyecto de Código García Goyena, artículo comentado por su autor, quien señala que la primera parte de este se encuentra conforme con los “Códigos antiguos y nuevos”, y la segunda parte va en contra de los principios establecidos del derecho romano, pues fue reformado desde la época de las Siete Partidas. *Cfr.* García Goyena (1982).

voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima”.<sup>6</sup>

La sucesión testamentaria se da cuando una persona elabora un testamento en el cual dispone su voluntad sobre sus derechos, bienes y obligaciones transmitibles *mortis causa*. La sucesión intestamentaria se da cuando una persona fallece sin dejar testamento (o bien, dejándolo por alguna causa no puede surtir sus efectos), entonces la ley dispone quienes serán llamados a ser herederos y en qué parte, como lo señala Antonio de Ibarrola (1977, p. 852) “la Ley ejerce una función supletiva de la voluntad del *de cuius*”.

En cuanto a la sucesión mixta, surge en la hipótesis establecida en el artículo 1284 del Código Civil: “El testador puede disponer del todo o de parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima” (México, 1928).

Entonces, la sucesión mixta se presenta cuando una persona, al realizar su testamento, omite disponer de una parte de sus bienes, por lo que la parte omitida se dirimirá mediante el proceso intestamentario. Al converger en una misma sucesión el proceso testamentario con el legítimo es que se le denomina sucesión mixta. Como se puede observar, en este caso el *de cuius* muere en parte testado y en parte intestado.

## VI. El principio *nemo pro parte...* del derecho romano, análisis, comparación y posible utilidad en el sistema civil vigente

El principio “*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*” (nadie puede morir en parte testado y en parte intestado) no se encuentra de forma literal, sino que es una construcción que se realiza a partir de diferentes fragmentos de las fuentes del derecho romano (D’Ors, 1977, p. 314).

El citado principio se deduce en el siguiente texto, que pertenece a las instituciones de Justiniano:

---

<sup>6</sup> Este artículo procede del artículo 3228 del Código de 1884, cuyo contenido es similar al que aquí se transcribe, con la excepción de que en el Código actual se cambió el vocablo de “hombre” por el de “testador”, artículo que a su vez procede del 554 del proyecto de Código Sierra. Cfr. Magallón Gómez (2015).

Hereditas plerumque divitur in duodecim uncias, quae assis appellatione continentur. Habent autem hae partes propria nomina ab uncia usque ad assem, ut puta haec: sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as. Non autem utique duodecim uncias esse oportet: nam tot unciae assem efficiunt, quot testator voluerit, et si unum tantum qui ex semisse erit; neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur. Et contrario potest quis in quantascunque voluerit plurimas uncias suam hereditatem dividere” (Inst. 2, 14, 5). (La herencia se divide de ordinario en doce onzas, que se contienen en la denominación de as. Tienen, sin embargo, estas partes nombres propios desde la onza hasta el as, a saber, *sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as*. Mas no es necesario que haya siempre doce onzas: pues forman el as tantas onzas cuantas hubiere querido el testador, y si alguien hubiere instituido a un solo heredero, verbigracia, por seis onzas, todo el as estará en la seis; pues una misma persona no puede morir parte testada y parte intestada, como no sea militar, a cuya sola voluntad se atiende al hacer testamento. Y, por el contrario, cada cual puede dividir su herencia en tantas onzas como hubiere querido).

Además de este fragmento, el principio *nemo pro parte...* aparece también en el siguiente pasaje del Digesto:

lus nostrum non patitur eundem in paganis et testato, et intestato decessisse; earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus.<sup>7</sup> (Nuestro derecho no consiente que entre los paisanos haya fallecido uno mismo testado e intestado; y por naturaleza hay pugna entre estas cosas, morir testado e intestado).

La regla general en el proceso sucesorio romano es que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado.<sup>8</sup> Este principio encuentra sustento en la voluntad del testador, por lo que, si un testador deseaba dejar como heredero a una o varias personas determinadas, es su deseo

---

<sup>7</sup> Pomponio, Libro III a Sabino, en D. 50, 17, 7.

<sup>8</sup> Los militares están exentos de esta obligación, ellos pueden elaborar su testamento en la forma en que puedan, por ejemplo: en sus escudos con la sangre pérdida en la batalla, escrita en la arena, dicha a un amigo etcétera. C. 6, 21, 15. El Código Civil de 1929 contemplaba el testamento militar, el cual también podía hacerse de cualquier modo.

que solo estos nombrados puedan adquirir algún bien mediante la sucesión, por ende, excluye a cualquier otra persona no contemplada.

Si habiendo dos o más herederos, y uno de ellos no quiere o no puede adquirir el bien, esta cuota acrece a la de los demás herederos que, si aceptaban la herencia, a esto se le denominó como *ius adcrecendi* (Padilla Sahagún, 2009) por lo que no se daba apertura por esta cuota a la sucesión *ab intestato*.

La *institutio ex re certa*, surgía cuando el testador asignaba un bien en particular al heredero nombrado en su testamento, la jurisprudencia interpretó que dicha declaración del testador se tendría como no puesta, realizando en su lugar una ficción, en la que se simulaba que el heredero había sido nombrado heredero único sobre la totalidad de la masa hereditaria de conformidad con el principio *nemo pro parte testatus pro parte...* (Padilla Sahagún, 2009).

A pesar de la importancia del principio *nemo pro parte...*, en las fuentes no es común su expresión, hipotetizo que esto se puede deber a que se trata de una regla dogmática ya asimilada por la jurisprudencia, los juristas elaboraban sus respuestas con base en un mínimo de conocimiento establecido.

Como se observa, este principio era relevante dentro del sistema jurídico romano, sin embargo ¿entonces, por qué no fue contemplado en nuestro Código Civil?, para dar respuesta a esta pregunta se presente un breve estudio exegético.

Nuestro código civil vigente aplicable en la ciudad, toma como el Código Civil de 1884, el cual a su vez tomó como fundamento el Proyecto de Código Civil Español García Goyena, (García Goyena, 1852 y Batiza, Rodolfo, 1982), el cual, a su vez se basó en gran medida en lo establecido en los libros 50, 16 y 50, 17 del Digesto del emperador Justiniano, libros que recaban diversos principios y significados de palabras empleadas en el ámbito jurídico romano, sin embargo, en estos libros no se encuentra el principio *nemo pro parte...*

Como se desprende del comentario al artículo 533 del Proyecto de Código Civil Español, el principio *nemo pro parte...* no fue incluido en las Siete Partidas, lo cual se aprecia en la 6a. partida, Ley 1, título 4, libro 5, parte de la legislación que aborda la materia de las sucesiones (Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, 2016, p. 328)

Dado que gran parte de nuestro código se fundamentó en estas fuentes históricas, y éstas, por diversos motivos no incluyeron este prin-

cipio, este podría ser uno de los porqués este principio no fue recogido en nuestra legislación.

La implementación de esta regla puede resultar útil para evitar la procedencia de la sucesión mixta, pues la parte de los bienes que no hayan sido contemplados en un testamento, pueden acrecer a las cuotas de los nombrados como herederos, esto en vez de que se dé apertura a la sucesión legítima como sucede actualmente.

Lo anterior ofrece algunas ventajas, la primera sería en el tiempo y practicidad, pues toda sucesión solo se llevaría en una única vía; la testamentaria o intestamentaria. Por otro lado, se respetaría en lo más posible la voluntad del *de cuius*, dado que, si un testador ha decidido nombrar como herederos a ciertas personas, y, por ende, desheredar a otras al no contemplarlas en su testamento, entonces, de darse el caso de que una parte de los bienes no sea contemplada, esta parte acrecerá a los herederos testamentarios, excluyendo a cualquier otra persona no nombrada en el testamento.

## VII. La problemática del testamento y las emergencias sanitarias

Con la declaración de emergencia sanitaria a causa del SARS-CoV-2, tanto el Gobierno Federal como el de la Ciudad de México, emitieron la orden de suspender actividades consideradas como no esenciales. De entre las actividades consideradas como no esenciales estaba la actividad notarial, por lo que las notarías no prestaron sus servicios durante el tiempo que duró la declaratoria de contingencia sanitaria.

Como se ha establecido, en la Ciudad de México únicamente se puede realizar el testamento ante un notario público, sin embargo, al quedar suspendida esta actividad a causa de una emergencia sanitaria, es imposible testar conforme a derecho, aunque por esta situación, muchas personas deseen testar pues podrían estar en un riesgo inminente de morir.

Con el afán de dar respuesta a esta problemática, en la gaceta de la Ciudad de México del 4 de agosto de 2021, se publicaron diversas adiciones a algunos artículos del Código Civil y la Ley del Notariado, a efecto de regular el llamado “testamento electrónico”, el cual es un testamento público abierto llevado ante notario público, pero que puede otorgarse por medios digitales de comunicación, siempre y cuando se cumplan ciertos supuestos, así lo señala el artículo 1520 bis:

El testamento público abierto también podrá realizarse por medios electrónicos, siempre que el testador cuente con la posibilidad de comunicarse con el notario a través de un dispositivo electrónico y el notario pueda ver y oír al testador, así como hablar con él de manera directa, simultánea y en tiempo real durante todo el acto del otorgamiento. Lo anterior se actualizará cuando el testador se encuentre en alguno de los siguientes supuestos:

- I. Ante peligro inminente de muerte;
- II. Sufra al momento una enfermedad grave o contagiosa;
- III. Haya sufrido lesiones que pongan en riesgo su vida; o
- IV. Se encuentre en un lugar al que, por una situación excepcional, no se pueda acceder en persona. En caso de que el testador se encuentre en alguno de los supuestos a que se refieren los artículos 1515, 1516 o 1517, no podrá llevarse a cabo esta modalidad del testamento público abierto. (Gaceta de la Ciudad de México, 2021)

*Prima facie* se podría pensar que esta reforma resuelve la problemática de los testamentos y las emergencias sanitarias, sin embargo, existen elementos fácticos que no han sido contemplados. Por ejemplo, se presupone que en casos de emergencia se siguen contando con medios de comunicación digital, internet, computadoras, luz, firmas electrónicas, etcétera.

Dicha adición sigue forzando el testar ante notario, aunque esta sea por medios de comunicación digitales, no obstante, no se han contemplado otro tipo de emergencias en las cuales se imposibilitaría acudir ante aquel por este canal, por ejemplo; en inundaciones, temblores, accidentes automovilísticos, accidentes laborales, invasiones armadas, ataques terroristas, etcétera. En estos casos urgentes debe permitirse que los particulares puedan elaborar un testamento que se considere como válido, cuando el riesgo de muerte sea inminente y no se pueda acudir ante un notario.

## VIII. Conclusiones

La población de la Ciudad de México tiene un bajo número de personas que cuentan con testamento, lo que permite deducir que existe una fallida cultura testamentaria.

A partir de la reforma del 23 de julio de 2012 solo se puede testar mediante el testamento público abierto, el cual es elaborado mediante la figura del notario.

Existe un monopolio en la elaboración de los testamentos por parte de la actividad notarial.

La reforma sobre la forma de los testamentos de 2012 se realizó con la intención de dar mayor certeza y seguridad jurídica a los testamentos, sin embargo, se omitió realizar una reforma integral a la materia de sucesiones.

A partir de la reforma del 12 de julio de 2012, en la Ciudad de México, se ha incrementado aproximadamente entre un 7% a un 10% el número de ciudadanos que cuentan con testamento.

El legislador no realizó una reforma sistemática en la materia de testamentos, por lo tanto, la codificación civil aún mantiene la sucesión mixta, situación que soslaya la intención de la reforma sostenida en la exposición de motivos.

El principio *nemo pro parte...* del derecho romano impide la sucesión mixta, por lo que si una parte de la masa hereditaria no era contemplada por el testador, esta parte acrece a la cuota de los nombrados como herederos en el testamento.

Este principio del derecho romano probablemente no fue considerado por no ser contemplado en diferentes fuentes históricas que sirvieron como base al Código Civil Vigente.

El testamento público abierto tomado por medios digitales, resuelven ciertos casos de emergencias, pero no todos los casos que podrían considerarse como urgentes, en los cuales no se cuenten con los medios necesarios para testar.

La ley debe prever que en ciertos casos urgentes, se deben permitir que los particulares elaboren un testamento de carácter privado.

## IX. Referencias

Adame López, Á. G. (2014). Las reformas en materia sucesoria en la capital: El inicio del camino hacia un único testamento a nivel nacional. En J. A. Domínguez Martínez y J. A. Sánchez Barroso (Coords.), *Homenaje al Maestro José Barroso Figueroa por el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho-UNAM*. Universidad Nacional Autónoma de México.

- Alfonso X el Sabio (2016). *Las Siete Partidas*. Luarna.
- Asamblea Legislativa del Distrito Federal (s. f.). *Archivo digital de la ALDF*. Recuperado de <http://www.aldf.gob.mx/archivo-dccbbb-gd5496852720bac904847bc8f.pdf>
- Batiza, R. Los orígenes de la codificación civil de México. *Revista de la Facultad de Derecho*.
- Colegio de Notarios (s. f.). *Septiembre, mes del testamento*. Recuperado de <https://colegiodenotarios.org.mx/septiembre-mes-testamento>
- D'Ors, Á. (1997). *Derecho privado romano* (8a. ed.). Ediciones Universidad de Navarra.
- D'Ors, Á. et al. (1968-1975). *El Digesto de Justiniano* (Vols. 1-3). Aranzadi.
- Ibarrola De, A. (1977). *Cosas y sucesiones* (6a. ed.). Porrúa.
- García del Corral, I. (1889). *Cuerpo del derecho civil romano* (Ed. bilingüe, Vol. I: Instituciones y Digesto). Lex Nova.
- García del Corral, I. (1889). *Cuerpo del derecho civil romano* (Ed. bilingüe, Vols. II y III: Codex). Lex Nova.
- García Goyena, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial.
- García Goyena, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español* (Tomo II). Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial.
- Gobierno de la Ciudad de México (s. f.). *Documentos jurídicos*. [www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Distrito%20Federal/w072467.pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Distrito%20Federal/w072467.pdf)
- Instituciones de Justiniano (Trad. J. Hernández-Tejero). (1998). Comares.
- Instituciones de Justiniano (Ed. bilingüe, Trad. F. Pérez de Anaya). (1976). Heliasta.
- Invesoc (2013). *5a. encuesta de servicios notariales en la Ciudad de México*. <https://invesoc.com/contenido/CNDF2013.pdf>
- Invesoc (2023). *9a. encuesta de servicios notariales en la Ciudad de México*. <https://colegiodenotarios.org.mx/gna-encuesta-servicios-notariales>
- Krüger, P. (1973). *Corpus Iuris Civilis*, Vol. I: Instituciones (22a. ed.). Weidmann.
- Krüger, P. (1973). *Corpus Iuris Civilis*, Vol. II: Codex (22a. ed.). Weidmann.
- Magallón Gómez, M. (Coord.) (2015). *Código Civil Federal comentado: Libro tercero, de las sucesiones*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- México (1928). *Diario Oficial de la Federación* [26 de mayo de 1928].



México (2021). *Gaceta de la Ciudad de México* [4 de agosto de 2021].  
Mommsen, T. (1973). *Corpus Iuris Civilis, Digesta* (22a. ed.). Weidmann.  
Padilla Sahagún, G. (2009). *Derecho romano* (4a. ed.). McGraw-Hill.  
Suprema Corte de Justicia de la Nación (1918). *Tesis aislada* [*Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. II, febrero].  
Suprema Corte de Justicia de la Nación (1920). *Tesis aislada civil* [*Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, 342 de 366, Pleno, t. II, agosto].  
Suprema Corte de Justicia de la Nación (1930). *Tesis aislada* [*Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, 364204, 329 de 366, Segunda Sala, t. XXX, diciembre].

### Cómo citar

#### IJJ-UNAM

Hernández Ríos, Eduardo Daniel, "Tipos de testamentos en el Código Civil del Distrito Federal aplicable a la Ciudad de México y el principio *nemo pro parte...* del derecho romano. Análisis y propuesta", *Revista de Derecho Privado*, México, vol. 12, núm. 25, 2024, pp. 43-59. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2024.25.19642>

#### APA

Hernández Ríos, E. D. (2024). Tipos de testamentos en el Código Civil del Distrito Federal aplicable a la Ciudad de México y el principio *nemo pro parte...* del derecho romano. Análisis y propuesta. *Revista de Derecho Privado*, 12(25), 43-59. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2024.25.19642>



# La capacidad jurídica de las personas en estado de interdicción

## *The legal capacity of persons in a state of interdiction*

Jesús Leyva Sánchez

 <https://orcid.org/0009-0009-8926-2894>

Universidad Tecnológica de México. México

Correo electrónico: leyva\_sj@yahoo.com.mx

Recepción: 23 de agosto de 2024

Aceptación: 30 de noviembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2024.25.19775>

El único Estado estable es aquel en que  
todos los ciudadanos son iguales ante la ley.

Aristóteles (384 AC-322 AC)

**Resumen:** De acuerdo con el contenido del Código Civil para la Ciudad de México, una persona con discapacidad puede ser declarada en estado de interdicción, provocando que su capacidad jurídica se vea limitada o restringida; ya que no podrá tomar decisiones más que a través de un tercero (llamado tutor), lo que se traduce en discriminación, pues se violentan sus derechos establecidos en la propia Constitución y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los cuales establecen que todas las personas deben ser tratadas por igual.

**Palabras clave:** capacidad jurídica; interdicción; voluntad; personalidad jurídica; asistencia; protección.

**Abstract:** In Accordance with the Mexico City Civil Code, a person with a disability could be declared in a state of interdiction, causing that his or her legal capacity to be limited or restricted, because the individual will not be able to make decisions except through a tutor, which translates into discrimination. The reason: their rights are violated. Constitution and The Rights of Persons with Disabilities Convention establish that everybody must be treated equally.

**Keywords:** legal capacity; interdiction; will; legal personality; assistance; protection.

## I. Introducción

La capacidad jurídica de las personas está debidamente reconocida en la Constitución de la Ciudad de México (CCDMX) y en el Código Civil para la Ciudad de México (CCCDMX), la cual se traduce en la facultad que tenemos para ejercer nuestros derechos y contraer obligaciones. No obstante, cuando un individuo es declarado en estado de interdicción, su capacidad jurídica sufre una transformación importante; pues ahora sus derechos se ejercerán a través de un representante llamado tutor o tutora, quien, de acuerdo con nuestra legislación, decidirá en nombre del interdicto.

Lo anterior plantea la cuestión de si este proceso de interdicción limita parcial o totalmente la capacidad de ejercicio de las personas en estado de interdicción cuando la manifestación de su voluntad no es tomada en cuenta al ser suplida por el criterio de un tutor.

Con el estado de interdicción los incapaces podrán ejercer sus derechos y/o contraer obligaciones únicamente a través de sus representantes, suprimiéndose de esta manera su capacidad jurídica; lo que se contrapone no solo con el artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que prohíbe toda discriminación motivada por las discapacidades y que tengan por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas; sino también con el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad que señala que estas personas tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

Asimismo, el estado de interdicción determina que este acto jurídico deberá ser personalísimo determinándose con ello la extensión y límite de la tutela a la que estará sujeto el interdicto; sin embargo, no existen en la práctica parámetros que establezcan criterios de asistencia al individuo en estado de interdicción, quien puede ser capaz de manifestar claramente su voluntad en situaciones personales que le competen, independientemente de su grado de discapacidad.

Por tal motivo, la declaratoria de interdicción debe ir más allá de distinguir quién es o no interdicto, y determinar los parámetros, niveles

o escalas que permitan distinguir cuáles son las diferentes capacidades de cada una de las personas involucradas en este proceso, pues los casos de discapacidad son diferentes y cada uno puede manifestar necesidades particulares.

Con el análisis y revaloración del proceso de interdicción se pueden establecer los medios para asistir y apoyar a un individuo con discapacidad, garantizando el ejercicio de sus derechos y su voluntad.

## II. Concepto

Recordemos que la capacidad jurídica es parte de los atributos de las personas y, por lo tanto, un elemento de la personalidad jurídica, la cual está reconocida por la ley y se puede definir como aquella que nos permite hacer valer nuestros derechos y obligaciones reconocidos por las leyes, facultándonos para poder expresar nuestra voluntad y decidir qué hacer con esos derechos, cómo llevarlos a cabo o hacerlos valer, y cuáles son las obligaciones que adquirimos en el ejercicio de nuestros actos jurídicos.

“La capacidad Jurídica es un atributo universal inherente de todas las personas solo por su condición humana y no existe ninguna circunstancia que permita privar a una persona de ese derecho” (Tesis Registro Digital 2019961).

En Roma existían personas que, por razón de enfermedad mental, “se les privaban o limitaban de su capacidad de actuar; es decir, a pesar de que tienen la capacidad de goce, estaban impedidas de la capacidad de ejercicio” (Bialostosky, 2009, p. 63), por lo que la restricción en la ejecución de los derechos ya estaba presente en tiempos pasados. Es importante señalar que, en la antigua Roma, se observaba un modelo de prescindencia, que considera a las personas con alguna discapacidad no ser necesarias dentro de la sociedad, lo que no sucede ahora con la aplicación de modelo social.

Si bien la tutela tiene como “finalidad la representación jurídica, protección de la persona y administración de los bienes” (Muñoz, 2015, p. 357), esto no significa que deba de perder su capacidad y derecho de expresar su voluntad y deseos la persona que este bajo la misma, por el contrario, ahora debe de convertirse en el elemento que le ayude a llevar a cabo esos derechos.

### III. Desarrollo y planteamiento del problema

El artículo 22 del CCCDMX señala que la capacidad jurídica de las personas físicas se pierde con la muerte y, en el artículo 20. del mismo ordenamiento indica que, la capacidad jurídica es igual para todos (hombre y mujer) y que, a ninguna persona por carácter físico, discapacidad o estado de salud se le podrá restringir el ejercicio de sus derechos; con esto, se reconoce la capacidad jurídica sin distinción, ni restricción.

Por otro lado, el artículo 23 del CCCDMX señala cuáles son las restricciones de la capacidad jurídica.

Del artículo citado podemos tomar en cuenta los puntos siguientes:

- 1) Que la interdicción e incapacidades (señalando este último punto de manera general) son restricciones a la capacidad jurídica.
- 2) Para hacer valer sus derechos una persona en estado de interdicción se puede hacer por medio de sus representantes.

No obstante, el artículo 23 del CCCDMX ordena que, los incapaces ejercerán sus derechos y llevarán a cabo obligaciones contraídas solo por conducto de sus representantes, siendo esto una restricción a su capacidad jurídica y suprimiéndose, además, su libertad para tomar decisiones, ya que estas estarán supeditadas siempre al criterio de su tutor o tutora, quien puede o no tomar en cuenta la opinión o voluntad del interdicto.

Es evidente que eso demuestra discriminación, entendida como cualquier forma de distinción, de restricción que vulnera la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, cuyo propósito o efecto es obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones. Así lo señala en su artículo 20. la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Ahora bien, el artículo 450, fracción II del CCCDMX señala que hay incapacidad natural y legal para aquellas personas mayores de edad que, por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismos o por algún medio que la supla, lo que conduce a establecer el estado de interdicción.

Esta figura del estado de interdicción implica que la persona declarada como tal, no tiene capacidad jurídica; es decir, no puede gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí misma, lo que restringe, de manera franca, el derecho al reconocimiento de la capacidad de ejercicio, y evidencia que el estado de interdicción, como actualmente está regulado en el Código Civil de la Ciudad de México, segrega el derecho a la personalidad y de la capacidad jurídica, ante el hecho de que las personas con discapacidad las exceptúa para hacer valer sus derechos.

Los numerales señalados, entonces, se contraponen con el artículo 1 de la CPEUM, que, entre otras cosas, señala lo siguiente:

- 1) Prohíbe toda discriminación generada por discapacidades y que menoscabe los derechos y libertades de las personas, pues, no se pueden restringir los derechos reconocidos por la Constitución y tratados internacionales.
- 2) Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y tratados internacionales, procurando dar la más amplia protección a las personas.
- 3) Todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, y este derecho no podrá restringirse, situación que no se respeta en los numerales indicados en párrafos anteriores.

Con motivo de lo anterior, se afecta también el artículo 40. de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, cuyo texto señala que: "Las personas con discapacidad gozarán de todos los derechos que establece el orden jurídico mexicano", esta ley reglamenta el artículo 1 de la Constitución respecto del ejercicio de los derechos humanos y libertad fundamental de las personas con discapacidad. El 13 de diciembre de 2006 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la CDPD, México firmó el 30 de marzo de 2007 y ratificó su protocolo, esta convención entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

Dicha convención tiene como propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así lo señala su artículo 1, además de lo anterior, obliga a los Estados que lo firmaron a asumir políticas de no discriminación, ade-

cuar sus leyes con la finalidad de reconocer los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de circunstancias.

Así como el artículo anterior, también se violenta, el artículo 12 de la CDPD sobre los derechos de las personas con discapacidad, pues dicho precepto determina, entre otras cosas, los puntos siguientes:

- 1) Los Estados que firmaron dicho Convenio deben de reconocer que las personas con discapacidad tienen personalidad y capacidad jurídica en igualdad de condiciones y en todos los aspectos de la vida.
- 2) Asimismo, deben establecer las salvaguardias efectivas y necesarias para garantizar el derecho de las personas con discapacidad y el respeto de su voluntad.
- 3) Se debe de garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás.

De lo anterior se puede observar que los artículos 23 y 450, fracción II, del CCCDMX, restringen la capacidad de ejercicio y no se garantiza la igualdad de condiciones para las personas declaradas en estado de interdicción, pues su voluntad es limitada y sustituida por la del tutor, el modelo que utiliza esta legislación es el denominado médico rehabilitador; el cual se basa en que "las personas con discapacidad pueden tener algo que aportar a la comunidad, pero sólo en la medida en que sean rehabilitadas o normalizadas, y logren asimilarse a las demás personas (válidas y capaces) en la mayor medida posible. Con lo cual, entran en un "proceso de normalización" a fin de poder obtener por parte de la sociedad un valor como personas y como ciudadanos" (Toboso y Arnau, 2008, p. 3).

No obstante, la convención se basa en el modelo social, reconociendo la capacidad de las personas con discapacidad, y determina que son ellos los que deben de manifestar su voluntad para hacer valer sus derechos. Este modelo social busca quitar las barreras que la propia sociedad tiene y que impide que las personas con alguna discapacidad puedan desenvolverse dentro de la misma.

En ese orden de ideas, el CCCDMX toma al estado de interdicción como un modelo médico o rehabilitador; y, de la lectura de los artículos señalados, se puede determinar que limitan la capacidad de ejercicio, imponiendo a los interdictos un tutor o tutora, sujeto que va a sustituir



su voluntad, ya que es por medio de este último, que se van a ejercitar sus derechos, no haciéndolos valer de manera directa, sino por interpósita persona y sin que se tome en cuenta su voluntad; situación que no garantiza que se cuiden los intereses del discapacitado.

La distinción de las personas que tienen una discapacidad implica que se está haciendo una discriminación y al mismo tiempo, se le están anulando determinados derechos, no reconociéndose así, la igualdad de condiciones en relación con las demás personas.

En este punto, es importante distinguir, que la capacidad jurídica y la capacidad mental, si bien están vinculadas, significan dos cosas diferentes. La propia Suprema Corte de Justicia ha señalado que

La capacidad jurídica consiste tanto en la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce) como en la capacidad de ejercer esos derechos y obligaciones (capacidad de ejercicio); y por otro lado, la capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones que, naturalmente, varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, como pueden ser ambientales y sociales. (Amparo en revisión 1368/2015 resuelto por la Primera Sala)

Asimismo, es preciso enfatizar que al poseer las personas diversas aptitudes, la capacidad mental en cada individuo es diferente; no obstante, todos cuentan con los mismos derechos, lo cuales deben ser garantizados por el Estado. La Convención Americana sobre los Derechos Humanos apoya lo anterior en sus artículos 30. y 24, que marcan el reconocimiento de la personalidad jurídica y la igualdad de todas las personas ante la ley. Y hay que recalcar que los tratados internacionales de los cuales México es parte son considerados como obligatorios, tal como se indica en los artículos 10. y 133 de la Constitución.

Por lo tanto, previo a la declaratoria de un estado de interdicción y nombramiento de tutor, es importante que el juzgador tome en cuenta que todos los asuntos, personas y capacidades mentales son diferentes; y al emitir sentencia, señalará el grado de capacidad de la persona, especificando los actos personalísimos que podrá realizar por sí mismo; esto con la finalidad de poner límites a la tutela, como lo indican los artículos 462 y 904 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México (CPCCDMX).

En ese sentido, la sentencia que se emite debe ser muy precisa, determinando los actos que en su caso puede llevar a cabo el interdicto sin el apoyo del tutor designado, así como aquellos, en los cuales necesitará asistencia; de esta manera, se garantiza que se respete su voluntad y se regule de manera adecuada el funcionamiento de la tutela.

Para tal efecto, se vuelve imperante entrevistar a la persona que se somete a este proceso cuando la propia discapacidad lo permita, y así conocer sus necesidades; en otras palabras, que sea él o ella quien exprese qué necesita; esto por supuesto, no se contrapone con los exámenes y peritajes de los alienistas, médicos, terapeutas y demás especialistas que se requieran para determinar el tipo de discapacidad que tiene, tratamiento y necesidades.

El examen personal y directo por el juez, así como posibilitar su participación en cualquier proceso judicial en el que se vea involucrada una persona con discapacidad debe considerarse parte esencial del mismo, que tiene como fundamento el igual reconocimiento como persona ante la ley y el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, a que se refieren los artículos 12 y 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (Tesis con registro digital 2018765)

El derecho a una vida independiente está vinculado al reconocimiento y al ejercicio de la capacidad jurídica, pues una de las barreras para ejercer este derecho consiste en la negación de la capacidad jurídica, preceptuado en la tesis con registro digital 2019958.

No todas las discapacidades son iguales y por lógica sus consecuencias y tratamiento son diferentes, como es el caso de las personas que padecen Asperger, siendo este “un trastorno generalizado de desarrollo” (Naranjo, 2014), en donde los síntomas que pueden presentar, está la ansiedad, limitaciones motoras, inmadurez emocional, estrés, problemas para trabajar en equipo y en varios casos perfeccionismo para hacer sus tareas, solo por mencionar alguno de ellos.

Por otro lado, los síndromes que pudiera tener una persona que presente una esquizofrenia catatónica, son “síntomas psicomotores, a menudo acompañados por alteraciones cognitivas, de conciencia y de la percepción la presencia de catalepsia o imposibilidad de movimiento debido al estado de rigidez muscular” (Castillero, p. 3).

Si analizamos la sintomatología de las enfermedades señaladas en los párrafos anteriores, es claro que son diferentes, y, por lo tanto,

las consecuencias, tratamiento —y lo más importante— las limitantes que presenta cada persona son disimiles. Siguiendo esa lógica, el tipo de asistencia que necesita un discapacitado no es la misma, pues su grado de incapacidad será diferente al de otro caso; por lo tanto, el juez, en la resolución correspondiente, debe determinar con base en las necesidades de cada uno; es decir, qué actos pueden realizar por sí solos y en cuáles necesitará apoyo o asistencia del tutor y de esta forma se garantizará que su capacidad de ejercicio no sea vulnerada, o por lo menos presente las menos limitantes posibles, respetando y salvaguardando al mismo tiempo, la integridad física y patrimonial del individuo en cada caso, situación que si bien es compleja, no es imposible, no obstante, para poder lograrlo es fundamental el análisis exhaustivo y preciso por parte del juez, quien debe de valerse de todos los elementos necesarios para lograr dicho fin.

Lo anterior es señalado por la Primera Sala en la tesis con registro digital: 2005122, cuyo texto afirma que: el juez establecerá en qué tipo de actos la persona con discapacidad goza de plena autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica y en qué otros deberá de intervenir el tutor para otorgarle asistencia, para propiciar que las restricciones sean las menos posibles, y aquellas que se implementen, sean las estrictamente indispensables para la integridad física y mental de la persona.

Para efectuar lo antes mencionado, el juez tomará en cuenta ciertos ámbitos:

- 1) Patrimonial, esto es, a la posible independencia socioeconómica; por lo que se debe determinar qué decisiones puede tomar respecto de sus bienes, dinero y objetos de valor.
- 2) Adaptativa e interpersonal, relativa a la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria; como puede ser la interacción con las personas, el poder estudiar y pertenecer algún grupo social.
- 3) Personal, en torno a la posibilidad de mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas — como alimentación, higiene y autocuidado—.

Sin embargo, y pese a lo estipulado, la ley es omisa en determinar qué puntos o qué aspectos se deben de tomar en cuenta para determinar los límites de la tutela del interdicto. El artículo 904, que regula el procedimiento, no prevé algún medio, mecanismo o posibilidad

de que el presunto incapaz pueda ser oído, o pueda defenderse por sí mismo, pues sólo se permite la intervención del solicitante, del tutor interino y del Ministerio Público, no respetándose la garantía de audiencia de dicha persona, como ya lo ha señalado en la tesis aislada con registro digital: 165233.

La Primera Sala señaló, en el amparo la revisión 1368/2015, que las decisiones que toman las personas:

abarcan todos los aspectos del sistema de vida de la persona (como pueden ser sus horarios, rutinas, modo y estilo de vida, tanto en la esfera privada como en la pública y tanto en lo cotidiano como a largo plazo). Estas elecciones no las posibilita el régimen de interdicción, sino todo lo contrario, pues se basa en un modelo de sustitución de voluntad en el que el tutor es quien decide todas estas cuestiones.

Lo que va en paralelo con lo ya explicado.

En el Estado de Yucatán, por ejemplo, ya se han realizado modificaciones en su código familiar; y, al momento de hacer la declaratoria del estado de interdicción, es pertinente basarse en determinados principios para no discriminar a los involucrados y sobre todo, buscar que se respete en todo momento, la voluntad del interdicto; esto con la finalidad de que él pueda expresar sus deseos al momento de tomar una decisión, para lo cual se deben allegar de los elementos, pruebas médicas y multidisciplinarias que le permiten al juez, llegar a una sentencia lo menos restrictiva en relación a la capacidad jurídica.

A continuación, se expone el texto del artículo 426 donde se observa cómo está regulado actualmente en dicho estado.

Artículo 426. Deben ser declaradas en estado de interdicción por autoridad judicial, al cumplir la mayoría de edad, las personas que:

I. Que por causa de enfermedad reversible o irreversible o por condición de discapacidad intelectual, psicosocial o mental, aun cuando tengan intervalos lúcidos; necesiten de apoyos para proteger a la persona o sus bienes;

II. Sean sordomudas que no sepan leer ni escribir, o

III. Sean ebrios consuetudinarios o adictos a drogas prohibidas por la Ley. Para efectos de este Código, el estado de interdicción es una restricción excepcional a la capacidad impuesta por el juez a una persona mayor de edad, a causa de una discapacidad intelectual, mental o psicosocial

por la cual queda privada de su capacidad de ejercicio para realizar actos jurídicos.

El juez al declarar el estado de interdicción deberá guiarse por los siguientes principios.

- 1) El respeto de la dignidad de la persona.
- 2) La igualdad y la no discriminación.
- 3) La autonomía y autodeterminación de la persona, así como la toma de decisiones en nombre propio.
- 4) El respeto a los deseos, preferencias y voluntad de la persona.

El estado de interdicción sólo cesa por la muerte del pupilo, o por sentencia dictada por el juez

En el artículo 537 del CCCDMX, que regula las obligaciones que tiene el tutor o tutora, menciona, entre sus deberes, asistir al interdicto para que tome sus decisiones, pero no podrá sustituir su voluntad, esto es fundamental para respetar el ejercicio de su capacidad jurídica.

De la voluntad de una persona con discapacidad que se encuentre en estado de interdicción, la fracción IV del artículo 537, señala que el tutor administrará los bienes del pupilo, mismo que deberá ser consultado para actos importantes de administración cuando sea capaz de discernimiento.

Empero, para la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esto no resulta eficaz para que las decisiones de la persona con discapacidad se respeten y garanticen, toda vez que tal voluntad se encuentra restringida a "importantes actos de la administración de los bienes", y esto se complica porque la persona bajo la cual queda supeditada decidir qué actos son los importantes, es precisamente el tutor, situación que no asegura que sea lo más apropiado para el interdicto, quien podría sufrir afectación de sus intereses.

Dicho precepto legal no es afín a los artículos ya señalados de la CDPD y la propia Constitución, esto a pesar de que se decreta la limitación a la capacidad jurídica de una persona que tenga algún tipo de discapacidad, ésta siempre dispondrá de su derecho manifestar su voluntad, la cual deberá ser respetada.

Al respecto, el tutor tendrá como función asistirle en la toma de las decisiones correspondientes, dando su opinión, pero respetando su voluntad; de esta forma el tutor se convierte solo en su asesor.

El estado de interdicción de las personas con discapacidad transgrede y quebranta su derecho a una vida independiente y de ser considerados parte de la sociedad y de su propia colectividad como personas sin limitantes en sus derechos, lo anterior regulado por el artículo 19 de la CDPD, pues el estado de interdicción se sustenta en un modelo de sustitución de voluntad, en el que el tutor o tutora es quien toma las decisiones en sustitución de la persona declara en estado de interdicción, lo cual se contrapone al nuevo modelo social.

La independencia de una persona con discapacidad implica que no sea despojada o limitada para poder elegir y tomar decisiones y debe de incluir todos los aspectos que se presenten en su vida cotidiana, en virtud de lo anterior tener una vida independiente asegura el ejercicio de la capacidad jurídica, pues es evidente que las barreras para ejercer este derecho se da por la limitación de dicha capacidad, siendo esta indispensable para que las personas con alguna discapacidad puedan desenvolverse dentro la sociedad o comunidad.

Es importante mencionar que ya se han presentado propuestas de reformas relacionadas con el tema de la capacidad jurídica de las personas interdictos o discapacitadas, como el propuesto por el diputado Temístocles Villanueva Ramos al Congreso de la Ciudad de México en el mes de abril del 2019, en el cual propone hacer una modificación a los artículos 23 y 450 del CCCDMX y la derogación de los artículos 904 y 905 de CPCDDMX, con la finalidad de que se garantice la capacidad de ejercicio para las personas con discapacidad.

La diputada Laura Patricia Ávalos Magaña, presentó a la Cámara de Diputados, el 15 de septiembre del 2020, una propuesta para modificar los artículos 23 y 450 del Código Civil Federal, con la finalidad de reconocer con igualdad de circunstancias la capacidad jurídica de las personas que presenten alguna discapacidad y la derogación de la fracción II del artículo 450 del mismo ordenamiento.

Con estas propuestas se busca lograr el reconocimiento e igualdad de la capacidad para todas las personas sin distinción de alguna discapacidad, sólo deben ser complementadas con la modificación de otros artículos que están relacionados con el tema, pues la reforma necesita ser integral.

No obstante, hasta el momento no se han realizado las modificaciones o reformas necesarias en la legislación Civil de la Ciudad de México,

para tener la certeza de que nuestra legislación respete la capacidad de las personas declaradas en estado de interdicción.

Las propuestas antes señaladas son interesantes y deberían impulsarse para iniciar los cambios en la legislación civil; pero cabe aclarar que solo sería el inicio de todo el proceso de transformación; pues si revisamos en el CCCDMX, podemos encontrar más limitantes para la capacidad de ejercicio que afectan o restringen a las personas con discapacidad, como es el caso del artículo 156 en su fracción X, el que determina como un impedimento para contraer matrimonio, padecer algún estado de incapacidad de los que están señalados en el artículo 450 de la misma la ley, situación que es preciso valorar en atención al tipo de discapacidad que presente cada persona, como se ha indicado en párrafos anteriores.

Se ha demostrado que se pueden presentar casos en los cuales las personas declaradas en estado de interdicción, por alguna discapacidad, estén lúcidas y puedan manifestar su voluntad para poder tomar una decisión, como la de contraer matrimonio; por lo tanto, si adminiculamos este numeral con el artículo 235 del CCCDMX, que habla de las causales de nulidad de matrimonio, sería necesario reformar ambos preceptos legales, pues la relación entre ambos, es estrecha, y es aquí donde nuevamente se requiere que la sentencia que se emita con motivo de la declaratoria del estado de interdicción, sea precisa, señalando en qué momento el interdicto puede decidir sin la necesidad de ayuda por parte de su tutor.

Situación similar se presenta en la enajenación de bienes de incapacitados, en el artículo 915 del CCCDMX, que reza lo siguiente:

Artículo 915. Será necesaria licencia judicial para la venta de los bienes que pertenezcan exclusivamente a menores o incapacitados y correspondan a las clases siguientes:

- a. Bienes raíces;
- b. Derechos reales sobre inmuebles;
- c. Alhajas y muebles preciosos,
- d. Acciones de compañías industriales y mercantiles, cuyo valor exceda de cinco mil pesos.

Se puede observar que, para la venta de los objetos señalados, se necesita entonces la autorización del juez; y aquí cabe preguntarnos qué pasa con los deseos y voluntad del interdicto; es evidente que no

importan, pues no hay un señalamiento que indique que se le tenga que preguntar si está de acuerdo o no, o si es su deseo llevar a cabo la venta. Sabemos que existirán situaciones en las que los interdictos no podrán manifestar su voluntad por un grado de discapacidad totalmente limitante; pero mientras exista lucidez en este, debe preservarse su capacidad de ejercicio, y esta no se respeta en el precepto invocado, y si revisamos el artículo 916 de la ley señalada en su párrafo tercero, solo se apunta que para la solicitud de venta se substanciará con el curador y el ministerio público, dejando fuera al interdicto, lo que robustece la restricción de la capacidad jurídica.

Los fundamentos antes señalados son una muestra de las distintas violaciones que se presentan para al ejercicio de la capacidad jurídica, lo que demuestra que no basta con solo modificar o derogar algunos artículos, es necesaria una reforma integral, en la que se analicen en su conjunto todas las normas relacionadas con el tema de la capacidad y realizar las modificaciones que garanticen el respeto de la personalidad y capacidad jurídica para todas las personas de manera igualitaria.

Es necesario que el estado haga los “ajustes razonables”, entendiendo por estos de acuerdo a la CDPD: “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio en igualdad de condiciones”, y al momento de emitir una sentencia, se deben buscar los mayores beneficios para la persona (*pro persona*), garantizar sus derechos con el fin de que pueda desenvolverse en sociedad como cualquiera otra persona.

Cabe recalcar que esta problemática no solo se presenta en el CCCD-MX, sino que, también se muestra en las demás legislaciones civiles de las diversas entidades federativas, y podemos tomar como ejemplo el Código Familiar del Estado de Sinaloa, el cual señala en su artículo 12: “La minoría de edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica, que no significan menoscabo a la dignidad de la persona; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes, con las condiciones de ley”.

Y el Código Civil para el Estado de Oaxaca, regula en el artículo 22:

La minoría de edad, el estado de Interdicción y demás incapacidades establecidas por la Ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la inte-



gridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

En el caso del Código Civil para el Estado de Chiapas regula en su artículo 445 lo siguiente:

Tienen Incapacidad natural y legal:

- I. Las niñas, niños y adolescentes;
- II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que, por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental, o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla;
- III. Los sordomudos que no saben leer ni escribir,
- IV. Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

Situación similar se presenta en el Código Civil Federal, en cuyo artículo 23 restringe la personalidad jurídica de los interdictos; el artículo 450, fracción II, señala que tiene la incapacidad legal para las personas disminuidas o perturbadas en su inteligencia, aunque llegaran a presentar intervalos lucidos, es evidente que la problemática está a nivel federal.

Estos preceptos legales son solo algunas de las tantas regulaciones que existen a lo largo del territorio nacional y que violentan y restringen la capacidad de ejercicio de las personas en estado de interdicción o con alguna discapacidad, esto implica que estamos frente a una problemática a nivel nacional que es importante atender y solucionar, y por lo tanto resulta imperante tomar las medidas necesarias y suficientes que pongan orden y garanticen la igualdad para hacer valer los derechos de todas las personas sin distinción por las diversas capacidades mentales que se puedan presentar.

Con base en lo anterior se evidencia la necesidad, a nivel local y federal, de revisar la legislación civil para hacer los cambios necesarios que garanticen la personalidad y capacidad jurídica de las personas en estado de interdicción, además de la conjunción de las leyes para que estén acordes a los nuevos modelos internacionales y erradicar las restricciones que afectan el sistema jurídico con el único fin de lograr la verdadera igualdad de las personas en el ejercicio de su capacidad.

## IV. Conclusiones

Realizado el análisis de los distintos fundamentos legales, en comparación con lo señalado en la CPEUM, la CDPD y los distintos criterios de las tesis nombradas y demás leyes invocadas, se puede concluir lo siguiente:

1. El estado de interdicción vulnera y restringe la capacidad jurídica de las personas sujetas a ese proceso, el cual no es armonizable con la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, pues se limita o restringe su voluntad y afecta la personalidad jurídica.

2. Es necesario respetar la capacidad jurídica de las personas en estado de interdicción, proporcionando la asistencia necesaria para la toma de sus decisiones y que estas no sean sustituidas por el tutor o tutora que se les asigna.

3. En el proceso de la declaratoria del estado de interdicción, es preciso adoptar el sistema del modelo social, el cual reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, permitiéndoles manifestar su voluntad para hacer valer sus derechos y hacer los cambios para lograr que cualquier situación que obstaculice el desenvolvimiento de las personas con discapacidad sea eliminada.

4. Al ser diferentes la capacidad mental y la jurídica, no se pueden juzgar los asuntos por igual, pues la capacidad mental de cada individuo varía en cada persona, pero su capacidad jurídica siempre debe ejercerse en un plano de igualdad.

5. Ligado a lo anterior, en el proceso para declarar el estado de interdicción se deben tomar en cuenta parámetros o puntos que determinen específicamente en la sentencia qué actos puede realizar el interdicto, sin ayuda, y en cuáles necesitará asistencia para llevarlos a cabo, analizando cada discapacidad en particular y estudiando los síntomas para entender y atender las necesidades específicas de cada interdicto.

6. El estado de interdicción necesita realizar los ajustes razonables que permitan garantizar la personalidad y capacidad jurídica sin distinción, asimismo debe identificarse como una institución en la cual el tutor no sustituya la voluntad de la persona con discapacidad, sino que, la asista o asesore para que tome sus propias decisiones y asuma las consecuencias de estas; con el único fin de asegurar la autonomía de la persona.

7. Es preciso hacer las modificaciones en la legislación civil de la Ciudad de México, pero de manera integral, para abordar todos los artículos vinculados con el tema y de los cuales se pueda dar una restricción a la personalidad y capacidad jurídica de las personas con alguna discapacidad.

8. La problemática aquí planteada no es exclusiva de la legislación en la Ciudad de México, las limitantes se presentan a nivel federal y en diversas entidades del país, por lo cual es importante estudiar cada ley y realizar las modificaciones adecuadas.

## V. Referencias

- Bialostosky, S. (2009). *Panorama del derecho romano*. Porrúa.
- Castillero, O. (s. f.). Catatonia: causas, síntomas y tratamiento de este síndrome. *Psicología y mente*. <https://psicologiaymente.com/clinica/catatonia>
- Código Federal de Procedimientos Civiles (1943). [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf\\_mov/Codigo\\_Federal\\_de\\_Procedimientos\\_Civiles.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Codigo_Federal_de_Procedimientos_Civiles.pdf)
- Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México (2020). ISEF.
- Código Civil del Estado de Chiapas (1938). [https://leyes-mx.com/codigo\\_civil\\_chiapas.html](https://leyes-mx.com/codigo_civil_chiapas.html)
- Código Familiar del Estado de Sinaloa (2013). <https://www.congresosinaloa.gob.mx/leyes-estatales/>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2018). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo* (2a. ed.). <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Discapacidad-Protocolo-Facultativo%5B1%5D.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2021). Última reforma publicada *DOF* 28/05/2021. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_280521.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_280521.pdf)
- Muñoz, C. (2015). *Derecho familiar*. Oxford.
- Naranjo, R. (2024). Avances y perspectivas en síndrome de Asperger [artículo en revisión]. <http://www.scielo.org.co/pdf/nova/v12n21/v12n21a07.pdf>

- Organización de los Estados Americanos (s. f.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-americana-derechos-humanos.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2019). Tesis 1a. XL/2019 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 66, mayo de 2019, t. II, p. 1261.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018). Tesis 1a. CXLVII/2018 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 61, diciembre de 2018, t. I, p. 387.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2019). Tesis 1a. XLVII/2019 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 66, mayo de 2019, t. II, p. 1259.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2013). Tesis 1a. CCCXLIII/2013 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 1, diciembre de 2013, t. I, p. 518.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2010). Tesis: I.4o.C.228 C. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2866.
- Toboso, M., y Arnau, S. (2008). La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 10(20). <https://www.fuhem.es/wpcontent/uploads/2019/08/DiscapacidadenfoqueAmartyaSen.pdf>

### Cómo citar

#### IIJ-UNAM

Leyva Sánchez, Jesús, "La capacidad jurídica de las personas en estado de interdicción", *Revista de Derecho Privado*, México, vol. 12, núm. 25, 2024, pp. 61-78. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2024.25.19775>

#### APA

Leyva Sánchez, J. (2024). La capacidad jurídica de las personas en estado de interdicción. *Revista de Derecho Privado*, 12(25), 61-78. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2024.25.19775>

# Las anomías en el régimen contractual mexicano respecto de las tecnologías de la información y la comunicación

## *Anomies in the mexican contractual regime with respect to information and communication technologies*

Víctor Amaury Simental Franco

 <https://orcid.org/0000-0001-8720-9787>

Universidad del Valle de México. México

Correo electrónico: simental\_franco@yahoo.com.mx

Carlos Ortega Laurel

 <https://orcid.org/0000-0001-6072-8480>

Universidad Autónoma Metropolitana. México

Correo electrónico: c.ortega@correo.ler.uam.mx

Recepción: 8 de marzo de 2024

Aceptación: 12 de septiembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2024.25.19647>

**Resumen:** Es llevado a cabo un estudio pormenorizado del régimen contractual mexicano en materia del consentimiento manifestado a través de las llamadas "TIC" (tecnologías de la información y comunicación), describiendo las deficiencias normativas, tanto por falta de norma, como por falta de supuestos que regular.

**Palabras clave:** tecnologías de la información; régimen contractual; marco normativo; seguridad jurídica; validez contractual.

**Abstract:** A detailed study of the Mexican contractual regime is carried out regarding consent expressed through the so-called "ICT" (information and communication technologies), describing the regulatory deficiencies, both due to lack of standards and lack of assumptions to regulate.

**Keywords:** information technologies; contractual regime; regulatory framework; legal certainty; contractual validity.

**Sumario:** I. *Introducción.* II. *Planteamiento del problema.* III. *Régimen jurídico contractual vigente.* IV. *Situación del marco jurídico.* V. *Anomía legal en la materia contractual y las TIC.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias.*

## I. Introducción

Las anomías en el régimen contractual mexicano respecto de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) se refieren a las deficiencias, vacíos o incoherencias normativas que pueden surgir debido a la rápida evolución de tales tecnologías y la falta de adaptación del marco legal existente. Estas anomías pueden generar incertidumbre jurídica y afectar la eficacia y la seguridad de las relaciones contractuales en el ámbito digital. Según Manuel Castells (2000), la velocidad del cambio tecnológico puede superar la capacidad del marco regulatorio para adaptarse, creando así un vacío normativo.

En este contexto, es relevante enlistar algunos aspectos específicos en los que pueden surgir anomías:

- 1) **Legislación obsoleta o incompleta:** las leyes y regulaciones pueden no haber evolucionado al mismo ritmo que las TIC, lo que deja lagunas legales. Por ejemplo, la legislación sobre contratos electrónicos puede no abordar adecuadamente temas como la firma digital, la validez de los acuerdos electrónicos o la protección de los datos personales. Lawrence Lessig (1999) enfatiza que la ley debe adaptarse para enfrentar los desafíos de la era digital, de lo contrario, se quedará atrás frente a los rápidos avances tecnológicos.
- 2) **Falta de normas claras sobre contratos electrónicos:** aunque existen leyes como el Código de Comercio y la Ley de Firma Electrónica Avanzada que regulan los contratos electrónicos, puede haber ambigüedades sobre la interpretación y aplicación de estas normativas. Esto puede afectar la validez y el reconocimiento de estos contratos en disputas legales. Según David R. Johnson y David Post (1996), el ciberespacio plantea desafíos únicos que requieren claridad en la normativa para evitar conflictos de interpretación.
- 3) **Protección de datos personales:** la gestión de datos personales, en contratos que involucran TIC, puede ser problemática, si no se cumplen estrictamente las normas de protección de datos, como las establecidas en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. La falta de claridad sobre cómo deben manejarse y protegerse estos datos puede llevar a abusos y vulneraciones de la privacidad. Solove (2006) argumenta, que un enfoque robusto para la protección de datos es esencial

- en la era digital para prevenir la explotación y el abuso de la información personal.
- 4) Jurisdicción y competencia: las transacciones electrónicas a menudo involucran partes en diferentes jurisdicciones, lo que puede complicar la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente, en caso de disputas contractuales. La falta de normas claras y coherentes, en este aspecto, puede generar inseguridad jurídica. Según Susskind (2008), la justicia en la era digital requiere un marco legal que abarque la naturaleza transfronteriza de las transacciones en línea.
  - 5) Ciberseguridad y responsabilidad: la responsabilidad en caso de fallos de seguridad, ciberataques o pérdida de información no siempre está claramente definida. Las empresas y los individuos pueden no tener claro quién es responsable de proteger los datos y cómo deben actuar, en caso de una brecha de seguridad. Bruce Schneier (2000) sostiene, que la seguridad en el ámbito digital debe ser una responsabilidad compartida, con un marco legal que defina claramente las obligaciones de cada parte.
  - 6) Derechos del consumidor: En contratos celebrados a través de plataformas digitales, puede haber ambigüedades sobre los derechos del consumidor, como el derecho a la información, el derecho a retracto y las garantías aplicables a productos y servicios digitales. Shapiro y Varian (1999) subrayan la importancia de la claridad en los derechos del consumidor para fomentar la confianza en el comercio digital.
  - 7) Evidencia y prueba en juicio: la admisibilidad de pruebas electrónicas en procedimientos judiciales puede ser un área de incertidumbre. La autenticidad, integridad y validez de documentos electrónicos y comunicaciones digitales pueden ser cuestionadas, si no hay normas claras que regulen su presentación y aceptación en los tribunales. Richard Susskind (2008) destaca, que la regulación de la evidencia digital es crucial para garantizar la justicia en la era de la información.
  - 8) Para abordar estas anomalías, es fundamental que el marco legal y regulatorio en México se adapte y evolucione continuamente para reflejar los cambios y desafíos que presentan las TIC. Esto puede incluir la actualización de leyes existentes, la creación de nuevas normativas específicas para el entorno digital y la capacitación

de profesionales del derecho y del ámbito tecnológico para asegurar una correcta interpretación y aplicación de estas normas. Además, es esencial fomentar la colaboración internacional para armonizar las normativas y facilitar las transacciones transfronterizas en el ámbito digital.

## II. Planteamiento del problema

De lo introducido, está claro, que la revolución científico-tecnológica que vivimos ha generado un desajuste significativo en muchas normas vigentes, las cuales han quedado desfasadas frente a la nueva realidad social. Manuel Castells (2010) señala, que el Internet es una de las invenciones más influyentes en la socialización contemporánea, transformando casi todos los aspectos de la vida cotidiana. Esta transformación no ha dejado indemne al campo del derecho, que ha debido adaptarse a las múltiples implicaciones del uso del Internet.

Así, como ejemplo, circunstancias en donde se presentan los enlistados aspectos específicos en los que pueden surgir anomias, se tiene a los siguientes.

En el ámbito del derecho penal, han surgido nuevos tipos de delitos informáticos y delitos cometidos a través de Internet, como el fraude electrónico, la piratería y el ciberacoso (Wall, 2007).

En el derecho constitucional, se ha reconocido el derecho humano al acceso a Internet, reflejando su importancia en la vida moderna (Vogelsang, 2010).

El derecho administrativo también ha evolucionado, integrando la firma electrónica y validando trámites gubernamentales realizados a través de Internet, lo que ha simplificado y agilizado muchos procedimientos (Svantesson, 2013).

Asimismo, el derecho procesal ha experimentado cambios significativos, incorporando la presentación de pruebas electrónicas, la celebración de audiencias virtuales y la implementación de notificaciones digitales (Goodman, 2013).

Tanto el derecho mercantil como el derecho civil han sido profundamente afectados, especialmente en lo que respecta a la celebración de contratos. Según Mann y Siebens (2001), los contratos realizados vía Internet se integraron en la vida cotidiana antes de ser legislados



adecuadamente, lo que provocó litigios que debieron resolverse sin normas expresas que los regularan.

Esta situación no ha sido exclusiva de México. A nivel internacional, organismos como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) han trabajado para proporcionar un marco legal adecuado. Su Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996) y el artículo 5o. bis, aprobado en 1998, son ejemplos de esfuerzos por regular adecuadamente el comercio electrónico a nivel global (UNCITRAL, 1996).

En resumen, la llegada del Internet ha requerido que el ámbito legal global y, en particular, el mexicano, se adapten para considerar el Internet como un medio legítimo para la formalización de contratos. Esta adaptación es crucial para asegurar la validez y la seguridad jurídica en las transacciones digitales, reflejando la necesidad de una constante evolución normativa en respuesta a los avances tecnológicos.

### III. Régimen jurídico contractual vigente

El régimen contractual mexicano vigente, en relación con las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), representa un entramado normativo que aborda aspectos cruciales, particularmente de la contratación digital en el país. Este marco jurídico se encuentra influenciado por diversas fuentes y figuras legales reconocidas, que entre las relevantes están:

- Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP): esta legislación es fundamental para la protección de la privacidad en el ámbito digital. Autores como Solove (2006) han abordado la importancia de un enfoque integral para la protección de datos personales en la era digital.
- Ley de Firma Electrónica Avanzada (LFEA): la validez y eficacia de las firmas electrónicas son temas abordados por autores como Johnson y Post (1996) en cuya obra exploran los desafíos únicos que presenta el ciberespacio para la interpretación y aplicación de normativas sobre firma electrónica.
- Código de Comercio: autores como Lawrence Lessig (1999) han discutido la necesidad de adaptar la legislación a los rápidos avances

tecnológicos, resaltando que la ley debe evolucionar para abordar adecuadamente los desafíos de la era digital.

- Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA): la protección de los derechos de autor, en el entorno digital, es un tema relevante tratado por autores como Lawrence Lessig (2004), quien examina el equilibrio entre el acceso a la información y la protección de la propiedad intelectual.
- Ley de Protección al Consumidor: la defensa de los derechos del consumidor en transacciones digitales ha sido abordada por autores como Shapiro y Varían (1999), quienes resaltan la importancia de la claridad en los derechos del consumidor para fortalecer la confianza en el comercio digital.

Estas fuentes y figuras legales reconocidas influyen en la configuración del régimen contractual, sin ser la excepción el régimen mexicano vigente, en relación con las TIC, proporcionando un marco jurídico que busca promover la seguridad, la protección de datos, la validez de los contratos electrónicos y el desarrollo del comercio digital en México.

Con todo el contexto enunciado, es de suma relevancia llevar a cabo un estudio pormenorizado del régimen contractual mexicano en materia del consentimiento manifestado a través de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), que es justo lo que se presenta en este trabajo.

Este análisis detallado es esencial para identificar y abordar las deficiencias normativas existentes, tanto por la ausencia de normas específicas como por la falta de supuestos que estas deberían regular.

La creciente dependencia de las TIC en la formalización de contratos y acuerdos requiere un marco normativo robusto que garantice la validez y seguridad jurídica del consentimiento digital. Sin embargo, actualmente, se observan varias deficiencias, entre las que se destacan las siguientes:

- Ausencia de normativa específica: la legislación mexicana carece de normas detalladas que regulen, de manera específica, el consentimiento otorgado a través de medios digitales, lo que genera incertidumbre jurídica.

- Falta de supuestos regulatorios: no se contemplan suficientemente los distintos escenarios y modalidades en que el consentimiento puede ser manifestado digitalmente, lo cual deja vacíos legales importantes.

Para abordar estas carencias, se realiza el presente estudio exhaustivo que:

- Analiza el marco legal vigente, en relación con el uso de TIC, para la manifestación del consentimiento.
- Identifica las lagunas y ambigüedades normativas.
- Propone reformas y la creación de normativas específicas que aborden las diversas formas en que el consentimiento puede ser otorgado digitalmente.
- Establece un protocolo claro para la validación y autenticación del consentimiento digital.

#### IV. Situación del marco jurídico

El Poder Legislativo de la federación asumió, en primer término, la responsabilidad de legislar en la materia, así el 23 y 29 de mayo de 2000, entraron en vigor reformas a los códigos de comercio, civil y de procedimientos civiles federales, respectivamente, que contemplaron las transacciones hechas vía Internet y posibles mecanismos jurídicos que contribuyesen a solucionar hipotéticas controversias judiciales; a fin de proveer de mejores mecanismos legales, el Código de Comercio, nuevamente fue reformado y adicionado el 29 de agosto de 2003, en materia de firma electrónica.

Los cuerpos normativos que sufrieron modificaciones al respecto fueron los siguientes:

- 1) El Código Civil Federal (29 de mayo de 2000 fue separado el Código Civil Federal del Código Civil para el Distrito Federal).
- 2) El Código Federal de Procedimientos Civiles.
- 3) El Código de Comercio.
- 4) La Ley Federal de Protección al Consumidor.

Previo a continuar con el análisis específico contractual (por medios electrónicos) es menester describir las normas constitucionales que rigen la distribución de competencias del Estado mexicano.

## 1. Ámbito constitucional

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en los artículos 124 y 133 indica lo siguiente: "Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados".

El artículo anterior es muy importante para nuestro estudio, ya que dispone la regla de la distribución de competencias, entre el ámbito federal y el estatal, lo cual, para el caso de estudio es esencial, ya que, en conjunto con el resto de las disposiciones constitucionales, se desprende que la materia civil, hasta el momento, es del fuero común.

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

Conforme a los anteriores artículos, administrados con lo dispuesto por el 115 constitucional, tenemos que, en nuestro país existe una división de atribución de facultades delimitadas para los ámbitos federal, estatal y municipal. Y, por otra parte, no solamente existe legislación interna con respecto a las transacciones hechas vía Internet, sino que, también existe normatividad internacional que abordan el tema, tal como: el Tratado entre México, Estados y Canadá (T-MEC), anteriormente el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLC).

El T-MEC incluye un capítulo específico para esta materia: capítulo 19. Comercio digital. Mismo que es desarrollado en 18 artículos, más un anexo; es notoria la profundidad de la regulación con la lectura de los títulos que lleva cada artículo, mismo que enseguida se transcriben.

Artículo 19.1: Definiciones

Artículo 19.2: Ámbito de aplicación y disposiciones generales

- Artículo 19.3: Aranceles aduaneros
- Artículo 19.4: Trato no discriminatorio de productos digitales
- Artículo 19.5: Marco nacional de las transacciones electrónicas<sup>1</sup>
- Artículo 19.6: Autenticación electrónica y firmas electrónicas
- Artículo 19.7: Protección al consumidor en línea
- Artículo 19.8: Protección de la información personal
- Artículo 19.9: Comercio sin papeles
- Artículo 19.10: Principios sobre el acceso y el uso del internet para el comercio digital
- Artículo 19.11: Transferencia transfronteriza de información por medios electrónicos
- Artículo 19.12: Ubicación de las instalaciones informáticas
- Artículo 19.13: Comunicaciones electrónicas comerciales no solicitadas
- Artículo 19.14: Cooperación
- Artículo 19.15: Ciberseguridad
- Artículo 19.16: Código fuente
- Artículo 19.17: Servicios informáticos interactivos
- Artículo 19.18: Datos abiertos gubernamentales

Por otra parte, las reformas publicadas el 29 de mayo del 2000, relativas a las transacciones realizadas vía Internet, tuvieron como marco de referencia a la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, siendo en algunos de los artículos reformados, no sólo una guía, sino una copia exacta, lo cual no es incorrecto, ya que la finalidad de la citada ley, es lograr una cierta homologación en las distintas legislaciones internas, debido a la naturaleza del medio, que no respeta fronteras, regímenes, ni idiomas.

---

<sup>1</sup> Al tener este artículo una referencia tan cercana a nuestra materia de investigación se considera pertinente su transcripción:

“1. Cada parte mantendrá un marco legal que rija las transacciones electrónicas y que sea compatible con los principios de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico 1996.

2. Cada Parte procurará:

- (a) evitar carga regulatoria innecesaria en las transacciones electrónicas; y
- (b) facilitar las opiniones de las personas interesadas en el desarrollo de su marco legal para las transacciones electrónicas”.

Razones por las cuales, se justifica que los distintos Estados de la comunidad internacional, aprueben una legislación interna que sea en la medida de lo posible lo más similar posible, para evitar fraudes a la ley, y también para darle mayor certeza a los usuarios de estos sistemas de comunicación cuando los utilicen como medios para la celebración de contratos.

Hay que reconocer que la reforma a los distintos ordenamientos legales que a continuación se indican, fue un buen trabajo legislativo; no se dejó pasar mucho tiempo para dar respuesta y solución jurídica a una problemática relativamente reciente, razón para aplaudir al Poder Legislativo federal; se escucharon las sugerencias de los asesores especialistas en la materia, situación que se deja sentir en la terminología utilizada, que evita errores y malas interpretaciones; sin embargo, la reforma es perfectible en muchos aspectos Simental (2013).

## 2. *Ámbito legal*

### A. *Código de Comercio*

Actualmente el Código de Comercio, regula en el título segundo del libro segundo lo relativo al comercio electrónico. Debe tenerse presente que en México el derecho mercantil es del fuero federal, por mandato constitucional, tal como lo dispone el artículo 73, fracción 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

[...]

X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123; [...]

El contenido de la legislación mercantil supera, con mucho, la correlativa civil, en lo concerniente a las TIC; y la institución contractual, no solamente contempló el pleno reconocimiento del consentimiento a través de estas nuevas tecnologías, sino que, ha integrado los instrumentos para tutelar la seguridad jurídica de las partes, por medio del auxilio de la firma electrónica avanzada y de los fedatarios públicos respectivos.

## B. Código Civil Federal

Los artículos 1803, 1805, 1811 y 1834 bis<sup>2</sup> fueron reformados para regular las convenciones realizadas a través de las TIC.

Artículo 1803. El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

I. Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y

II. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

En específico este artículo está reconociendo que el consentimiento (como elemento de existencia de los contratos), puede perfeccionarse por *medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología*. Lo cual se entiende como referencia clara a las TIC.

Artículo 1805. Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata.

En consonancia con el artículo 1803, se reforma el 1805, lo cual es correcto, lo malo es que se parte de un supuesto incompleto (o falso): que siempre habrá inmediatez cuando se utilizan las TIC.

Artículo 1811. La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos.

---

<sup>2</sup> Este artículo fue adicionado, *Diario Oficial de la Federación* del 29 de mayo de 2000.

Tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos.

Se opta por una regla para darle viabilidad al uso de las TIC, como medio para la celebración de los contratos.

Artículo 1834 bis. Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.

### *C. Código Federal de Procedimientos Civiles*

El artículo 210-A, que regula las pruebas y la valoración de estas, en materia de las nuevas tecnologías, actualmente dispone lo siguiente.

Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.

Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.

Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que tal información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra



e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta.

#### *D. Ley Federal de Protección al Consumidor*

La Ley Federal de Protección al Consumidor fue modificada agregándole el artículo 76 bis:

Artículo 76 bis. Las disposiciones del presente Capítulo aplican a las relaciones entre proveedores y consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. En la celebración de dichas transacciones se cumplirá con lo siguiente:

I. El proveedor utilizará la información proporcionada por el consumidor en forma confidencial por lo que no podrá difundirla o transmitirla a otros proveedores ajenos a la transacción, salvo autorización expresa del propio consumidor o por requerimiento de autoridad competente;

II. El proveedor utilizará alguno de los elementos técnicos disponibles para brindar seguridad y confidencialidad a la información proporcionada por el consumidor e informará a éste, previamente a la celebración de la transacción, de las características generales de dichos elementos;

III. El proveedor deberá proporcionar al consumidor, antes de celebrar la transacción, su domicilio físico, números telefónicos y demás medios a los que pueda acudir el propio consumidor para presentarle sus reclamaciones o solicitarle aclaraciones;

IV. El proveedor evitará las prácticas comerciales engañosas respecto de las características de los productos, por lo que deberá cumplir con las disposiciones relativas a la información y publicidad de los bienes y servicios que ofrezca, señaladas en esta Ley y demás disposiciones que se deriven de ella;

V. El consumidor tendrá derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, en su caso, formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor;

VI. El proveedor respetará la decisión del consumidor en cuanto a la cantidad y calidad de los productos que desea recibir, así como la de no recibir avisos comerciales, y

VII. El proveedor deberá abstenerse de utilizar estrategias de venta o publicitarias que no proporcionen al consumidor información clara y suficiente sobre los servicios ofrecidos, y cuidará las prácticas de mercadotecnia dirigidas a población vulnerable, como niños, ancianos

y enfermos, incorporando mecanismos que adviertan cuando la información no sea apta para esa población.

## V. Anomia legal en la materia contractual y las TIC

### 1. Regla constitucional

La CPEUM dispone en su artículo 124 que las facultades que no estén expresamente conferidas a las autoridades federales están reservadas a los Estados.

En consecuencia, siempre ha sido considerada la materia civil, el llamado derecho común, competencia de las entidades federativas. Los contratos civiles, evidentemente, siguen esta regla, y como consecuencia, son materia de regulación por las leyes locales, de hecho, así ha sido y los 32 códigos civiles que rigen en los ámbitos locales reglan la materia contractual.

En el foro legal se llega a mencionar que, mediante las reformas a la legislación secundaria, el legislativo federal convirtió a los actos convencionales celebrados por Internet, en materia federal, sin embargo, el legislativo federal no está facultado para modificar, de esta manera, el entramado legal mexicano, en todo caso, incluir esta materia en el ámbito de atribuciones federales debe pasar por el proceso de modificación constitucional respectiva, y mientras esto no suceda, la materia sigue siendo potestad del fuero común.

### 2. Anomias en la legislación federal

El tino que implica que el legislativo federal haya regulado las transacciones realizadas vía Internet, se diluye cuando se contrasta su contenido con la realidad a la cual intenta regular. En este rubro debe tenerse presente que, el único punto en el cual tiene aplicación el Código Civil Federal (CCF), es en la supletoriedad que tiene respecto de su par mercantil, tenemos que, mientras la normativa mercantil abarca 26 artículos (80 y 89 a 114), muchos de los cuales son copia textual de la Ley Modelo

de la UNCITRAL,<sup>3</sup> lo cual debe valorarse como un acierto, en tanto las reglas civiles se circunscriben a sólo cuatro artículos.

El artículo 1805, que alude a los contratos que sean celebrados utilizando las TIC, seguirán las reglas de los contratos realizados entre sujetos presentes, precisamente, demuestra el desconocimiento del funcionamiento del Internet; lo cual puede acontecer de los modos siguientes:

- 1) Contratos celebrados desde una dirección electrónica (página web).
- 2) Contratos perfeccionados mediante el empleo de chat o videoconferencia.
- 3) Contratos concluidos por medio de correo electrónico (e-mail).
- 4) Contratos realizados a través de una subasta electrónica.

Son cuatro modos diferentes, cada uno requiere de reglas específicas, dado que, no todos tienen las mismas características del teléfono o del telégrafo.

### 3. Anomias en el ámbito local

Si es objeto de crítica el legislativo federal por no haber apuntado a detalle las herramientas del Internet, que deben ser materia de regulación en el campo contractual, más lo son los congresos estatales que han omitido regular un campo de notoria vitalidad.

Por el contrario, son dignos de reconocimiento los poderes legislativos estatales que han llevado a cabo adecuaciones a su orden normativo a fin de atender la contratación a través de las TIC, algunos de los cuales han superado la normatividad civil federal, mismos que, en párrafos subsecuentes, comentaremos más a detalle.

No existe justificación alguna para la parálisis legislativa en 12 entidades federativas,<sup>4</sup> menos aún si se tiene presente que el legislativo federal desde el año 2000 propició la inicial regulación al respecto, y que con todo y los defectos apuntados constituye un primer paso con suficiente *ratio iuris*.

---

<sup>3</sup> UNCITRAL, siglas relativas a la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, CNUDMI (*UNCITRAL por sus siglas en inglés*).

<sup>4</sup> Aunque muchas de las entidades federativas que ya han legislado en este rubro, lo hacen con notorias deficiencias, tal como es el caso de la Ciudad de México.

La falta de reglas específicas en este rubro, pueden dar pie a litigios resueltos con criterios totalmente divergentes, y, sobre todo, añadir más temas en los cuales la sociedad perciba injusticias derivadas del actuar omiso del Estado.

Los estados de la República Mexicana que han reformado su legislación civil para atender la problemática aludida son los siguientes:

- Aguascalientes (artículos 1684, 1686, 1691, 1691 A, 1691 B, 1691 C, 1691 D, 1691 E, 1691 F, 1691 G, 1691 H, 1691 I, 1691 J y 1691 K);
- Baja California (artículos 1690, 1692 y 1698 y 1721);
- Baja California Sur (artículos 1710 y 1716);
- Campeche (artículos 1708, 1710, 1716 y 1738 bis);
- Chihuahua (artículos 1697, 1699, 1705 y 1728 bis);
- Ciudad de México (artículo 1803);
- Coahuila (artículos 1920 y 1926);
- Colima (artículos 1691, 1696, 1702 y 1702 A, 1702 B, 1702 C, 1702 D, 1702 E, 1702 F, 1702 G, 1702 H, 1702 I, 1702 J, 1702 K, 1702 L, 1702 M, 1702 N y 1725 bis);
- Guanajuato (artículos 1291, 1293, 1299-A y 1321 A);
- Guerrero (artículos 1603 y 1604);
- Hidalgo (artículo 1795);
- Jalisco (artículo 1273);
- México (artículos 7.45, 7.46 y 7.51);
- Michoacán (artículos 969, 971, 977 y 1001);
- Nayarit (artículos 1176, 1178 y 1184);
- Nuevo León (artículos 1700, 1702 y 1708);
- Puebla (artículo 1460);
- Tabasco (artículo 1928);
- Veracruz (artículo 1744), y
- Yucatán (artículo 1002).

Tal como se podrá apreciar en el cuadro 1, no existe una uniformidad en el contenido normativo, mientras que varios estados copiaron el texto seguido en el Código Civil Federal (CCF), otros optaron por una regulación diversa.

Cuadro 1. Entidades federativas de los Estados Unidos Mexicanos con legislación sustantiva en materia del consentimiento realizado con auxilio de las TIC

Entidad federativa	L e g i s l a c i ó n con superior tratamiento a la contenida en el CCF	Legislación idéntica a la contenida en el CCF	L e g i s l a c i ó n con inferior tratamiento a la contenida en el CCF
Aguascalientes	Artículos 1684, 1686, 1691, 1691 A, 1691 B, 1691 C, 1691 D, 1691 E, 1691 F, 1691 G, 1691 H, 1691 I, 1691 J y 1691 K.		
Baja California		Artículos 1690, 1692, 1698 y 1721.	
Baja California Sur			Artículos 1710 y 1716.
Campeche		Artículos 1708, 1710, 1716 y 1738 bis.	
Chihuahua		Artículos 1697, 1699, 1705 y 1728 bis.	
Ciudad de México			Artículo 1803.
Coahuila			Artículos 1920 y 1926.
Colima	Artículos 1691, 1696, 1702 y 1702 A, 1702 B, 1702 C, 1702 D, 1702 E, 1702 F, 1702 G, 1702 H, 1702 I, 1702 J, 1702 K, 1702 L, 1702 M, 1702 Y y 1725 BIS.		

Guanajuato		Artículos 1291, 1293, 1299-A y 1321 A.	
Guerrero			Artículos 1603 y 1604.
Hidalgo			Artículo 1795.
Jalisco			Artículo 1273.
México			Artículos 7.45, 7.46 y 7.51.
Michoacán		Artículos 969, 971, 977 y 1001.	
Nayarit			Artículos 1176, 1178 y 1184.
Nuevo León		Artículos 1700, 1702, 1708 y 1731.	
Puebla			Artículos 1460 y 1494.
Tabasco			Artículo 1928.
Veracruz			Artículo 1744.
Yucatán			Artículos 1000 y 1002.

Se indican a pie de nota varias situaciones, en específico, para algunas entidades federativas, todos los artículos aluden al Código Civil del estado de la República Mexicana que se esté indicando.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Baja California: artículo 1698. La propuesta y aceptación hechas por telégrafo, medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, sí los originales de los respectivos telegramas, o documentos digitales contienen las firmas de los contratantes y los signos electrónicos o convencionales establecidos entre ellos. El artículo equivalente en el CCF es el 1811, respecto al cual no tiene una redacción idéntica. Artículo 1721, su artículo equivalente en el CCF es el 1834 bis, en relación con el cual no tiene una redacción idéntica en su totalidad, pero sí con la misma teleología.

Ciudad de México: El artículo 1803 del Código Civil para el Distrito Federal que reconoce al consentimiento manifestado por medios electrónicos fue reformado el 9 de enero de 2020.

Nuevo León: la redacción del artículo 1708 no es la misma que la de su equivalente, el artículo 1811: artículo 1708. [...]

Se reconocerá plena validez y fuerza obligatoria a la propuesta o aceptación de la misma hechas mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o a través de cualquier otro medio tecnológico.

Artículo 1731. [...]

Como corolario, tenemos cuatro grupos entre los Estados integrantes de la República Mexicana, por una parte, aquellos que han legislado siguiendo la guía del CCF, un segundo sector que alude a la materia, pero de manera menos integral a la concebida por el CCF, un tercero que, si bien, ha legislado, lo ha hecho de un modo deficiente respecto de la guía federal, y finalmente un cuarto grupo que ha omitido legislar en la materia.

Los Estados que al momento tienen alusión normativa en la materia, deberán adecuar su legislación conforme a los patrones sugeridos para el CCF (al menos, aunque lo ideal es que siguieran el modelo de la UNCITRAL, mismo que fue copiado por el Código de Comercio mexicano).

## VI. Conclusiones

La irrupción de Internet ha desencadenado una serie de disrupciones significativas en diversos estratos sociales, permeando prácticamente todos los ámbitos de la vida contemporánea. Cuanto más sofisticada sea la comunidad en cuestión, mayor será la magnitud del impacto generado por esta omnipresente red de redes.

El ámbito jurídico no ha sido inmune a esta revolución digital, y México ha experimentado rápidamente los efectos de este nuevo paradigma en su vida cotidiana. En particular, el campo del Derecho Civil, y más específicamente el área del Derecho de las Obligaciones y los Contratos, ha sido objeto de una profunda influencia debido a las dinámicas propiciadas por Internet.

La utilización de Internet para la celebración de contratos conlleva una serie de complicaciones para la normatividad tradicional. Desde la eliminación de fronteras físicas hasta la virtualización completa de las transacciones, la inmediatez y la diversidad de modalidades para formalizar contratos en línea son apenas algunos ejemplos de la complejidad que se ha manifestado.

A nivel internacional se anticipó la necesidad de un marco legislativo que regulase la contratación electrónica, entendiendo que se trataba

---

La forma a que se refiere el primer párrafo del presente artículo podrá ser cumplida mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o a través de cualquier otro medio tecnológico, siempre que sea posible atribuirla a la persona que contrae la obligación y la información relativa sea accesible para su ulterior consulta.

de un fenómeno que excedía los límites del mero comercio. Tomando como referencia estas iniciativas internacionales, México implementó reformas legislativas a nivel federal. En el año 2000, entraron en vigor modificaciones al Código de Comercio, al Código Civil Federal, al Código Federal de Procedimientos Civiles y a la Ley Federal del Trabajo. Posteriormente, en 2003, se llevaron a cabo más reformas exclusivamente en el Código de Comercio.

Sin embargo, estas reformas, naturalmente, se limitaron al ámbito federal, mientras que los contratos civiles en México seguían estando sujetos a las leyes locales. Esto dio lugar a un vacío normativo que, gradualmente, ha sido abordado mediante reformas en diferentes estados de la República Mexicana.

No obstante, estas modificaciones legales locales no han sido uniformes en todas las entidades federativas, lo que ha generado tanto lagunas legales (anomias) como conflictos normativos (antinomias). Es imperativo para el Estado mexicano armonizar su legislación en materia de contratos realizados por Internet, ya que la incertidumbre jurídica resultante tendrá un impacto significativo. De lo contrario, junto con los efectos negativos individuales entre las partes que contratan a través de este medio, esto probablemente derivará en una disminución de la competitividad del país a nivel internacional.

## VI. Referencias

- Barquín Gómez, M. (2017). Derecho-E: comercio electrónico y contratación electrónica. Universidad de Alcalá.
- Barrios Garrido, G., Muñoz de Alba Medrano, M., y Pérez Bustillo, C. (1998). Internet y derecho en México. McGraw Hill.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación.
- Castells, M. (2000). The rise of the network society. Wiley-Blackwell.
- Castells, M. (2010). The rise of the network society: the information age: economy, society, and culture. Wiley-Blackwell.
- Congreso de la Unión (1889). Código de Comercio. Diario Oficial de la Federación.



- Congreso de la Unión (1928). Código Civil Federal. Diario Oficial de la Federación.
- Congreso de la Unión (1943). Código Federal de Procedimientos Civiles. Diario Oficial de la Federación. Última reforma publicada el 5 de diciembre de 2022.
- Congreso de la Unión (1976). Ley Federal de Protección al Consumidor. Diario Oficial de la Federación.
- Diario Oficial de la Federación (29 de mayo de 2000).
- García Barragán, M. (s. f.). Contratación electrónica. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3833/6.pdf>
- Gobierno de México (2020). Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC). <https://www.gob.mx/t-mec>
- Gobierno de México (s. f.). Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC). <https://www.gob.mx/t-mec>
- Goodman, M. D. (2013). Cyber crime and digital evidence: materials and cases. LexisNexis.
- Johnson, D. R., and Post, D. (1996). Law and borders-The rise of law in cyberspace. *Stanford Law Review*, 48(5), 1367-1402.
- Lessig, L. (1999). Code and other laws of cyberspace. Basic books.
- Lessig, L. (2004). Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. Penguin Books.
- Mann, J., and Siebens, S. (2001). Electronic commerce: a managerial perspective. Prentice Hall.
- Ovidio Salgueiro, J. (2002). Contratación electrónica, (44). <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110288.pdf>
- Schneier, B. (2000). Secrets and lies: digital security in a networked world. John Wiley and Sons.
- Secretaría de Gobernación (s. f.). Diario Oficial de la Federación. <https://www.dof.gob.mx/>
- Secretaría de Gobernación (s. f.). Orden jurídico nacional. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/#gsc.tab=0>
- Shapiro, C., y Varian, H. R. (1999). Information rules: a strategic guide to the network economy. Harvard Business Review Press.
- Simental Franco, V. A. (2013). El impacto de las tecnologías de la información y la comunicación en el régimen contractual mexicano. *Revista de Derecho Privado*, (3), 275-288. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2013.3.9013>

- Simental Franco, V. A. (2017). *Obligaciones y contratación actuales*. Tirant lo Blanch.
- Solove, D. J. (2006). *The digital person: technology and privacy in the information age*. NYU Press.
- Susskind, R. (2008). *The end of lawyers? Rethinking the nature of legal services*. Oxford University Press.
- Svantesson, D. J. B. (2013). *Internationalisation of law in the digital information society*. Oxford University Press.
- UNCITRAL (1996). *UNCITRAL Model law on electronic commerce with Guide to Enactment 1996 with Additional Article 5 bis as Aadopted in 1998*. United Nations.
- UNCITRAL (1996). *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998*. [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453\\_s\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453_s_ebook.pdf)
- Vogelsang, I. (2010). *The impact of Internet on our life*. Cambridge University Press.
- Wall, D. S. (2007). *Cybercrime: the transformation of crime in the information age*. Polity Press.

### *Cómo citar*

#### IJ-UNAM

Simental Franco, Víctor Amaury y Ortega Laurel, Carlos, "Las anomías en el régimen contractual mexicano respecto de las tecnologías de la información y la comunicación", *Revista de Derecho Privado*, México, vol. 12, núm. 25, 2024, pp. 79-100. <https://doi.org/10.22201/ij.24487902e.2024.25.19647>

#### APA

Simental Franco, V. A. y Ortega Laurel, C. (2024). Las anomías en el régimen contractual mexicano respecto de las tecnologías de la información y la comunicación. *Revista de Derecho Privado*, 12(25), 79-100. <https://doi.org/10.22201/ij.24487902e.2024.25.19647>

# La nueva capacidad jurídica y su compatibilidad con el derecho de obligaciones

## *The new legal capacity and its compatibility with the law of obligations*

Fernando Zepeda Estrada

 <https://orcid.org/0009-0001-2435-2305>

Universidad Panamericana. México

Correo electrónico: [fzepeda@up.edu.mx](mailto:fzepeda@up.edu.mx)

Recepción: 20 de agosto de 2024

Aceptación: 17 de septiembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2024.25.19780>

**Resumen:** Este artículo explora la evolución y transformación de la capacidad jurídica y su integración con el derecho de obligaciones, bajo el enfoque de los derechos humanos. A lo largo de la historia, el concepto de capacidad ha variado notablemente; desde el derecho romano, donde la personalidad y la capacidad de obrar eran distintas, hasta el enfoque proteccionista y de “sustitución de voluntad” que prevaleció en códigos civiles europeos y latinoamericanos. Sin embargo, hoy en día se aboga por un modelo de “asistencia en la toma de decisiones” que permita a las personas con discapacidades mentales e intelectuales ejercer plenamente sus derechos con apoyos adecuados, en lugar de una restricción total. En México, este cambio ha sido lento y complejo. Aunque algunos estados han empezado a adaptar sus normativas civiles, muchas aún regulan la capacidad con el modelo de sustitución de voluntad, limitando la autonomía de personas con discapacidad, se requiere de ajustes normativos y un cambio de paradigma en el sistema jurídico para adaptarse plenamente a la visión de derechos humanos y no discriminación.

**Palabras clave:** capacidad jurídica; voluntad; autonomía; fe pública; obligaciones.

**Abstract:** This article explores the evolution and transformation of legal capacity and its integration with the law of obligations, under a human rights approach. Throughout history, the concept of capacity has varied considerably; from Roman law, where personality and capacity to act were distinct, to the protectionist and “will substitution” approach that prevailed in European and Latin American civil codes. Today, however, a model of “assistance in decision making” is advo-

cated that allows people with mental and intellectual disabilities to fully exercise their rights with adequate supports, instead of total restriction. In Mexico, this change has been slow and complex. Although some states have begun to adapt their civil regulations, many still regulate capacity with the will substitution model, limiting the autonomy of persons with disabilities, regulatory adjustments and a paradigm shift in the legal system are required to fully adapt to the vision of human rights and non-discrimination.

**Keywords:** legal capacity; will; autonomy; public faith; obligations.

**Sumario:** I. *Introducción*. II. *Evolución histórica de la idea sobre la capacidad de las personas*. III. *Nuevo paradigma sobre la capacidad de las personas*. IV. *El régimen de la nueva capacidad y el derecho de obligaciones*. V. *¿Ausencia completa de voluntad es armonizable?* VI. *La nueva capacidad jurídica y la fe pública*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Referencias*.

## I. Introducción

La capacidad de las personas ha sido una cuestión que ha suscitado reflexión jurídica desde tiempos antiguos y continúa siendo objeto de análisis en la actualidad. Las preguntas acerca de a *qué* sujetos el derecho debe reconocer la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones, y acerca *cuándo* los sujetos pueden asumir dichas obligaciones y ejercer tales derechos por sí mismos, son muy remotas, quizá tanto como el derecho positivo mismo. Sin embargo, esas preguntas permanecen vigentes, pues el entendimiento de la capacidad de las personas se encuentra ineludiblemente vinculado a la concepción que en un lugar y momento determinado se tiene sobre la persona misma. Y, debido a que en la época contemporánea el entendimiento de la persona se ha desarrollado bajo la conceptualización de un sujeto con mayor amplitud, en cuanto a sus derechos y posibilidades sociales, la idea de la capacidad, como elemento de validez de los actos jurídicos, ha evolucionado de manera paralela hasta el día de hoy, transformándose en un concepto totalmente distinto, dotando de capacidad jurídica a las personas que viven una discapacidad mental o intelectual, lo cual nos exige atender a las circunstancias y condiciones particulares de cada caso para el establecimiento de apoyos y salvaguardias.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Como más adelante se precisará, el modelo actual sobre la capacidad, denominado modelo de “asistencia en la toma de decisiones”, ya no permite el considerar la discapacidad mental o intelectual como causa de una incapacidad jurídica abso-

El problema se presenta cuando el nuevo entendimiento de la capacidad de las personas y, desde luego, sus posibles limitaciones, se enfrentan con un sistema de obligaciones civiles estructurado bajo la idea del modelo tradicional de sustitución de la capacidad y la idea arraigada de manifestación de la voluntad de los "incapaces" a través de un representante. La expresión de la voluntad de una persona en estado vegetativo, el juicio de capacidad que realiza un fedatario público, entre otros, nos obliga a cuestionarnos acerca de la compatibilidad del nuevo modelo de la capacidad jurídica y el sistema de derecho de obligaciones con el que contamos al día de hoy.

Nuestra hipótesis sobre la cual construimos este breve trabajo parte de que el nuevo modelo sobre la capacidad jurídica sí es compatible, sin embargo, requiere de ciertos ajustes razonables y ruptura de paradigmas que tenemos fuertemente arraigados en el entendimiento de los requisitos esenciales y de validez de los actos jurídicos.

Este nuevo paradigma sobre la capacidad de las personas no cambiará en los próximos años, por ello, consideramos necesario proponer un adecuado entendimiento sobre su implementación en el sistema jurídico mexicano, a la luz de los recientes criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la naturaleza misma de este nuevo modelo.

## II. Evolución histórica de la idea sobre la capacidad de las personas

En el derecho romano no existía un equivalente jurídico a la palabra moderna "capacidad", ni para "incapacidad" (D'Ors, 2004, p. 285). La personalidad era, entonces, un concepto más cercano a lo que hoy entendemos por capacidad de goce; mientras que la capacidad

---

luta, sino que gozan de capacidad jurídica, y exige que se determine por un juez en sentencia, en qué tipo de actos la persona con discapacidad goza de plena autonomía y en qué otros deberá contar con asistencia. El nuevo modelo tuvo vigencia en el derecho mexicano, primeramente, a través de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, ratificada por México el 17 de enero de 2008. Posteriormente, a partir de 2012, a través de precedentes emitidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (amparos en revisión 410/2012, 159/2013 y 28/2014).

de obrar o de ejercicio, descansaba en la capacidad intelectual del sujeto. Una cosa no suponía la otra, pues, mientras, podía existir un sujeto con personalidad, pero sin capacidad de ejercicio (como lo es un recién nacido huérfano de padre), podía presentarse un caso de algún sujeto con capacidad de obrar, pero sin personalidad (como los esclavos) (Rico Álvarez y Garza Bandala, 2013, p. 100).

Vale la pena hacer una reflexión en este instante. Desde el derecho romano y hasta el día de hoy, la regulación sobre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio o de obrar ha tenido una motivación normativa distinta. La capacidad de goce siempre ha tenido una finalidad de organización social del Estado, es decir, responde a la pregunta de a *quién* (o a *qué* en el caso de personas jurídicas) va a reconocer el Estado como sujeto de derechos y obligaciones. Por su parte, la capacidad de ejercicio, en su aspecto negativo de incapacidad, tiene una finalidad protectorista de una persona o grupo de personas.

Esto se puede advertir desde el mismo tratamiento que en el derecho romano se dio a la capacidad de obrar o de ejercicio, la cual se alcanzaba con la pubertad, pero, a partir de la *Lex Laetoria* de 200 a. C., sancionando a quienes sorprendieran a menores de veinticinco años y obtuvieran provechos indebidos. Además, en el derecho romano podía obstaculizarse la capacidad de obrar por alguna cuestión psíquica, como locura permanente, aun gozando de intervalos lúcidos, al igual que en el caso de los pródigos (Rico Álvarez y Garza Bandala, 2013, p. 100). Resulta ilustrativo de esto la siguiente regla establecida en el Digesto 50.17.40: *Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas (es nula la voluntad del loco y de aquellos cuyos bienes han recaído en interdicción)*.

Desde sus orígenes, la idea de la capacidad de obrar o de ejercicio adoptó un modelo de "sustitución de la voluntad". Sin duda, la causa de este modelo fue el enfoque protector del sujeto, a quien se consideraba en una situación vulnerable, en el contexto del devenir de la vida social, durante la celebración de actos jurídicos.

Este modelo fue adoptado en el Código Civil francés (1804), en cuyos artículos 1123 y 1124 se reguló la capacidad de ejercicio como regla, y la incapacidad en los menores de edad, en los interdictos, en las mujeres casadas, en los casos previstos en la ley, y en general, a quienes

se les prohibiera por ley la celebración de ciertos contratos (Domínguez Martínez, 2020, p. 33).<sup>2</sup>

El Código Civil Federal mexicano de 1884, influenciado por el Código Civil francés, adoptó también, como regla, la capacidad de ejercicio para todas las personas no exceptuadas por la ley, considerando como incapaces a los menores de edad, los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no saben leer ni escribir (Borja Soriano, 2012, p. 240).

Se presenta un cambio significativo en el modelo de entendimiento sobre la capacidad, precisamente con el Código Civil de Alemania de 1900 (conocido por sus siglas BGB, denominado *Bürgerliches Gesetzbuch*). Este código, establece la capacidad como regla en la celebración de negocios jurídicos, pero introduce una nueva reflexión, que en la época contemporánea es quizás el primer indicio del nuevo modelo de “asistencia en la toma de decisiones”, aunque hacia los mayores de siete años. En su parágrafo 104, el Código Civil de Alemania, estableció lo que al día de hoy continúa diciendo:

#### § 104 Incapacidad jurídica

Es incapaz de hacer negocios:

1. El que no haya cumplido siete años,
2. El que se encuentre en estado de desorden patológico que impida la libre determinación de la voluntad, actividad mental, a menos que el estado sea de naturaleza temporal.

El mayor de siete años no es entonces incapaz, sino que tiene una capacidad limitada, que debe ser asistida en los términos que prescriben los parágrafos 107 al 113 del Código Civil de Alemania. Si bien no es la implementación del modelo de “asistencia en la toma de decisiones” que existe en el derecho mexicano actualmente, es un primer acercamiento a este, pues se privilegió, en lugar de anular, la voluntad de la persona y la finalidad proteccionista de la incapacidad se proyecta en la asistencia de la voluntad, no en el impedimento de actuación.

---

<sup>2</sup> Es interesante que, actualmente, el Código Civil francés dispone: “Artículo 1148. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, cualquier persona incapaz de contratar puede realizar los actos autorizados por la ley o por los usos, siempre y cuando se celebren en condiciones normales”.

En este caso se presenta lo que Von Tuhr denomina como *incapacidad relativa*, y conceptualiza como “la de las personas inhabilitadas o que no han alcanzado aún la capacidad plena, pero tienen ciertas facultades de discernimiento: estas personas pueden realizar actos jurídicos eficaces, pero deberán, por regla general, hallarse asistidas de sus representantes” (Von Tuhr, 1999, p. 152).<sup>3</sup>

A pesar de la influencia que el Código Civil de Alemania tuvo en el Código Civil Federal mexicano de 1928 en diversos aspectos, no alcanzó para adoptar un nuevo modelo sobre la capacidad, por lo que, inspirado más bien en el Código Civil Francés de 1804, reguló la incapacidad en los siguientes términos:

Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tenga intervalos lúcidos;<sup>4</sup>
- III. Los sordomudos que no saben leer ni escribir;<sup>5</sup>
- IV. Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.<sup>6</sup>

A pesar de los compromisos internacionales asumidos por México en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), actualmente, la mayoría de los códigos civiles de las entidades

---

<sup>3</sup> Esta forma de entendimiento de la capacidad de obrar limitada ha influenciado ordenamientos de otros países, como el Código Civil español, el cual dispone: “Artículo 1263. Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”.

<sup>4</sup> Esta fracción fue reformada el 23 de julio de 1992, estando redactada al día de hoy en los siguientes términos: Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que, debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

<sup>5</sup> Esta fracción fue derogada mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de julio de 1992.

<sup>6</sup> *Idem*.



federativas regulan la incapacidad en términos similares al Código Civil Federal, es decir, considerando con incapacidad natural y legal a los menores de edad y a los mayores de edad con alguna discapacidad mental o intelectual (en el estado de Tamaulipas, se considera incapaces a las personas con un rango por debajo de 70 puntos de coeficiente intelectual), incluso, en algunos casos, considerando incapaz al ebrio consuetudinario, al usuario habitual de drogas enervantes, a las personas con discapacidad auditiva que no sepan leer y escribir, así como a las personas con adicción compulsiva a los juegos de azar que amenace causar la ruina del jugador o de su familia.<sup>7</sup>

El estado de Coahuila de Zaragoza, tomando en consideración de los compromisos asumidos por México en la CDPD, reformó su código civil mediante publicación realizada en el periódico oficial de dicha entidad el 15 de diciembre de 2015, modificando el modelo de la capacidad de las personas, para considerar en su artículo 37 que, además de los mayores de edad no sujetos a tutela y los emancipados, los mayores de edad con ciertas discapacidades y los menores de 18 años, pero mayores de 12 años, siempre que sean asistidos.

---

<sup>7</sup> Artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal; artículo 472 del Código Civil del Estado de Aguascalientes; artículo 447 del Código Civil para el Estado de Baja California; artículo 519 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur; artículo 464 del Código Civil del Estado de Campeche; artículo 445 del Código Civil para el Estado de Chiapas; artículo 427 del Código Civil del Estado de Chihuahua; artículo 445 del Código Civil del Estado de Durango; artículo 4.230 del Código Civil del Estado de México; artículo 40 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Guerrero; artículo 249 de la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo; artículo 22 del Código Civil para el Estado de Michoacán de Ocampo; artículo del Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos; artículo 442 del Código Civil para el Estado de Nayarit; artículo 450 del Código Civil para el Estado de Nuevo León; artículo 303 del Código Familiar para el Estado de Oaxaca; artículo 42 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla; artículo 451 del Código Civil del Estado de Querétaro; artículo 529 del Código Civil para el Estado de Quintana Roo; artículo 303 del Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí; artículo 395 del Código Familiar del Estado de Sinaloa; artículo 347 del Código de Familia para el Estado de Sonora; artículo 460 del Código Civil para el Estado de Tabasco; artículo 420 del Código Civil para el Estado de Tamaulipas; artículo 293 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala; artículo 380 del Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave; artículo 410 del Código de Familiar para el Estado de Yucatán, y artículo 409 del Código Familiar del Estado de Zacatecas.

El estado de Colima también pretendió modificar su modelo de capacidad derogando mediante decreto publicado en periódico oficial "El Estado de Colima" el 17 de julio de 2021, la fracción II del artículo 450 del Código Civil para el Estado de Colima, que consideraba incapaces a los mayores de edad con algún tipo de discapacidad intelectual, sin embargo, mantuvo disposiciones relativas al estado de interdicción, sin regular realmente un nuevo modelo de capacidad.

En el caso del estado de Guanajuato, con fecha 28 de octubre de 2022, se derogó la fracción II del artículo 503 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, cuyo texto consideraba como incapaces a las personas con una discapacidad intelectual, derivado del cumplimiento de la sentencia dictada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la acción de inconstitucionalidad 90/2018, donde se consideró inconstitucional dicha disposición. La derogación aislada resultó insuficiente, pues adoleció de una regulación del nuevo modelo de capacidad.

Vale la pena señalar el intento de Jalisco para adecuar su regulación sobre la capacidad jurídica al nuevo modelo de "asistencia en la toma de decisiones". Mediante decreto publicado en el periódico oficial "El Estado de Jalisco" el 29 de noviembre de 2014, se reformaron diversos artículos del Código Civil del Estado de Jalisco, de los cuales vale la pena destacar su artículo 50, donde se estableció lo siguiente:

Artículo 50. La limitación a la capacidad de ejercicio impuesta por la interdicción será la que se señale en los términos que dicte la sentencia respectiva, en la que deberá establecerse en qué tipo de actos el incapaz goza de plena autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica y en qué otros deberá intervenir un tutor para otorgarle asistencia.

Si bien esta reforma gozó de una finalidad legítima, mantuvo la limitación a la capacidad de ejercicio en una clara contradicción con el principio reconocido, según el cual, todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica plena. Lo que el legislador debió establecer es un sistema para la determinación de apoyos y salvaguardias, atendiendo a las circunstancias del caso en particular, no un tutor permanente que asista en ciertos actos a la persona con discapacidad. Los sistemas de apoyos no deben ser impuestos, sino que, deben ser acordes a su propósito. Además, el procedimiento de declaración de interdicción al que hace referencia el artículo 50 ha sido considerado por la Primera Sala de la Su-

prema Corte de Justicia de la Nación como no armonizable con la CDPD, por fomentar estereotipos que impiden la inclusión plena de la persona en sociedad y vulnerar el derecho a una vida independiente.<sup>8</sup>

En este sentido, los ordenamientos sustantivos que regulan los elementos de validez de los actos jurídicos, realmente continúan acudiendo al régimen anterior sobre la capacidad como modelo de “sustitución de la voluntad”, por lo que las condiciones normativas sustantivas sobre la capacidad de las personas en México nos exigen atender a la CDPD (que constituye derecho interno mexicano de conformidad con los artículos 10. y 133 de la Constitución federal), así como a los diversos precedentes que se han emitido por los tribunales federales.

Si bien el nuevo paradigma sobre la capacidad jurídica no ha sido plenamente introducido en los ordenamientos sustantivos que regulan los elementos del acto jurídico, el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (CNPCyF), cuyo decreto de promulgación se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de junio de 2023, estableció en su artículo décimo noveno transitorio la derogación de todas las disposiciones que establezcan procedimientos de interdicción y reguló la designación de apoyos extraordinarios que, como veremos, es un elemento indispensable en el nuevo modelo de “asistencia en la toma de decisiones”.

Al regularse en el CNPCyF el procedimiento denominado “De la designación de apoyos extraordinarios”, el legislador contempló, en su artículo 445, que “[t]odas las personas mayores de edad tienen capacidad jurídica plena”. La intención es buena, sin duda, sin embargo, conforme con el sistema federal mexicano no es competencia de la federación, legislar en materia de capacidad jurídica de las personas, pues se trata de una cuestión sustantiva que no se encuentra dentro de las facultades concedidas al Congreso de la Unión en el artículo 73 de la Constitución federal, sino que corresponde a las entidades federativas ajustar los distintos ordenamientos civiles a la CDPD, reconociendo la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad. La regulación del procedimiento para la designación de apoyos extraordinarios, al ser una cuestión de naturaleza procesal civil y familiar, sí es competencia del Congreso de la Unión (artículo 73, fracción xxx, de la Constitución federal).

---

<sup>8</sup> Véase amparo en revisión 1368/2015 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

### III. Nuevo paradigma sobre la capacidad de las personas

La CDPD fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008, con el propósito de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, así como, para promover el respeto de su dignidad inherente (CDPD (2006), artículo 10.). México firmó dicha Convención y ratificó su Protocolo Facultativo el 30 de marzo de 2007, publicándose en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto de aprobación por la Cámara de Senadores, el 24 de octubre de 2007, y el decreto de promulgación, el 2 de mayo de 2008, con lo cual, las disposiciones de la convención se volvieron derecho interno también. Lo anterior es importante para el entendimiento de la capacidad en el sistema jurídico mexicano, pues, a partir de ese momento, surge en nuestro país un nuevo paradigma sobre la capacidad y la, hasta ese entonces, llamada incapacidad, el cual se ha denominado modelo de “asistencia en la toma de decisiones”. Como señala Robles Farías (2022) “la convención rompe con el paradigma de la incapacidad, al señalar de manera categórica que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida”.

Se abandona el modelo milenario por virtud del cual una persona tenía capacidad para obrar o no la tenía, es decir, era incapaz. Se deja atrás el modelo de “sustitución de la voluntad” de las personas incapaces, para dar lugar a un nuevo paradigma. En este nuevo modelo, ya no se hablará de incapacidad, sino de discapacidad, considerando como personas que se encuentran en esta condición a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, se impide su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (CDPD, 2006). Es decir, las condiciones de discapacidad serán determinadas por la existencia de barreras impeditivas de la actuación en igualdad de condiciones. Por tanto, una persona que padece una deficiencia física (como pudiera ser parálisis de la mitad inferior de su cuerpo por una lesión medular), no se considerará como discapacitado si no existen barreras que le impidan participar en igualdad de condiciones con los demás, como sería el caso en que todo su entorno social se encuentre adaptado para permitirle interactuar sin ninguna restricción a pe-

sar de su padecimiento. Entonces, ya no es sólo la persona sobre la cual se determina el grado de discapacidad, sino la interrelación de esta con la vida social y las barreras que existan para ello. El nuevo modelo se ve reflejado en el siguiente reconocimiento que se formuló en el preámbulo de la CDPD:

[...] la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (CDPD, 2006)

El entendimiento del nuevo modelo como una interrelación entre padecimiento y barreras, ya no sólo como una deficiencia del sujeto es piedra de toque. Se ha dejado de entender a la persona con una discapacidad (antes incapaz) como un mero sujeto de protección el cual frente a ciertas condiciones que lo colocaban en posición de desventaja en la celebración de actos jurídicos, el ordenamiento anulaba su voluntad y la sustituía por otra, con un fin únicamente proteccionista. Ahora, a la persona que vive una discapacidad se le ve como sujeto de protección,<sup>9</sup> pero, sobre todo, se le entiende como un sujeto de derecho con dignidad, valor inherente del ser humano y con plena oportunidad de participar en la vida social y contribuir al bienestar general.

El principio es que toda persona con discapacidad tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y su capacidad jurídica.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Se continúa buscando proteger a la persona con discapacidad, mediante la adopción de salvaguardias para evitar abusos, pero ya no es únicamente este el enfoque de la discapacidad. (Artículo 12, párrafo 4). Los Estados parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas).

<sup>10</sup> La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido, en el amparo en revisión 1368/2015, que la capacidad jurídica consiste tanto en la

## Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Entonces, se elimina la idea de falta de capacidad en algunas personas y se transita hacia la idea que todas las personas, sin excepción, tienen capacidad jurídica. En el devenir histórico transitamos de un momento en que existían sujetos a quienes ni siquiera se les reconocía la calidad de personas (como los esclavos en la antigüedad), hacia otro momento en que todas las personas tienen capacidad de obrar.<sup>11</sup> Se trata de una visión moderna sobre una única capacidad de obrar o de ejercicio para todas las personas. Desde luego se deben adoptar las medidas de apoyo y salvaguardias que requiera el caso en particular para el ejercicio de la capacidad jurídica (CDPD, 2006, artículo 12, pp. 3 y 4), sin embargo, ello no constituye una sustitución de voluntad, sino un apoyo en la toma de decisiones y protección para impedir abusos, y pueda expresar su voluntad y preferencias en las mismas condiciones que los demás.

## IV. El régimen de la nueva capacidad y el derecho de obligaciones

La capacidad es un elemento de validez de los actos jurídicos (Borja Soriano, 2012; Rojina Villegas, 2018 y 2012; Peza Muñoz Cano, de la, 2021; Domínguez Martínez, 2018, pp. 143 y ss.; Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel, 2013, pp. 147 y ss.; Garzón Jiménez, 2023, pp. 51 y ss.; Azúa Reyes, 2019, pp. 75 y ss.; Pasapera Mora, 2022, pp. 161 y ss.; Robles Farías, 2022, pp. 237 y ss.; Paredes Sánchez, 2022, pp. 497 y ss.).<sup>12</sup>

---

capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce), como en la de ejercerlos (capacidad de ejercicio).

<sup>11</sup> Como se señaló en líneas anteriores, se mantiene aún la incapacidad de ejercicio de menores no emancipados, aunque ya se reconoce el derecho de ser considerada su opinión. Dado que tal cuestión excede el propósito de este trabajo su análisis se dejará para otro momento.

<sup>12</sup> Conviene recordar que, por una falta de técnica legislativa, en el Código Civil Federal, fue regulada la especie (el contrato) y la regulación del género (el acto jurí-

El Código Civil Federal ha regulado dicho elemento de validez en sentido negativo, precisando que la incapacidad legal de las partes o de una de ellas es causa de invalidación del acto jurídico.

“Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado:

I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas [...]”.

Por ello, resulta natural la siguiente pregunta: si todas las personas gozan de capacidad jurídica ¿debemos continuar considerando a la capacidad de las partes como un elemento de validez de los actos jurídicos? Consideramos que sí, aunque necesariamente deben realizarse ajustes para una adecuada armonización al nuevo sistema de capacidad jurídica. Las razones de la respuesta afirmativa y las propuestas de entendimiento se precisan a continuación.

### **1. Expresión de voluntad en niñas y niños<sup>33</sup>**

Los niños y niñas no gozan de una plena capacidad jurídica, sin embargo, tampoco carecen por completo de ella, tienen derecho a expresar su opinión, siendo indispensable que esta sea tomada en consideración en atención a su edad y madurez.<sup>34</sup> La capacidad jurídica de las niñas y niños es relativa, ya que se debe atender a cada situación en particular a fin de determinar el grado de intensidad que debe tener su voluntad en la toma de decisiones que le afecten.

Para ajustar nuestro ordenamiento interno al nuevo modelo de capacidad, conviene adecuar la regulación de la capacidad de ejercicio en los niños y niñas de manera similar a la forma en cómo se ha desarrollado en Alemania y España, reconociendo la posibilidad de celebrar ciertos actos jurídicos que obedecen a los usos de la vida ordinaria.

---

dico) se realizó por remisión a las reglas del contrario (artículo 1859 del Código Civil Federal), cuando las reglas de la lógica nos indican que debería ser al revés. Por ello, cuando hablamos de los elementos de existencia y validez del acto jurídico nos referimos a la regulación existente sobre los elementos del contrato (artículos 1794 y 1795 del Código Civil Federal).

<sup>33</sup> El Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la tesis I.90.P.J/18 CS (11a.), consideró que debe abandonarse el término “menores” para referirse a niñas, niños y adolescentes, a fin de respetar el principio de su interés superior y el derecho a la igualdad y no discriminación.

<sup>34</sup> Artículos 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 70., párrafo 3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y 22 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Esta voluntad, debe ser conformada por la manifestación de su representante y la opinión de la niña o niño, so pena de no estar debidamente conformada la voluntad de las partes, a nuestro juicio, por falta de representación (Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel, 2013).<sup>15</sup> Resulta, desde luego, chocante con nuestro paradigma de derecho civil el pensar que la voluntad de una niña o niño es un elemento conformador de la capacidad para contratar como elemento de validez de acto jurídico, sin embargo, dada la necesidad de escucharlos y tomar en cuenta su opinión, es imposible negar el elemento de conformación de la voluntad de manera cooperativa entre la voluntad del representante y la voluntad de la niña o niño.

## **2. Expresión de voluntad en mayores de edad con discapacidad mental o intelectual**

Hemos ya señalado que, conforme al nuevo modelo, todas las personas mayores de edad, aun con alguna capacidad mental o intelectual, tienen capacidad jurídica (CDPD, 2006, artículo 12, p. 2), lo que les permite manifestar, de manera libre, por sí mismos, su voluntad en la celebración de los actos jurídicos. No obstante, en algunas ocasiones, para que la persona con discapacidad pueda exteriorizar su voluntad requiere de ciertos apoyos que le permitan realizarlo en igualdad de condiciones como cualquier otra persona (CDPD, 2006, artículo 12, p. 3).

La invalidez del acto jurídico por falta de capacidad no radicará en el sujeto con discapacidad, pues él tiene capacidad jurídica plena, sino en la falta del otorgamiento de un sistema de apoyos que le hayan colo-

---

<sup>15</sup> En nuestra opinión, la necesidad de escuchar la opinión de niño o niña y tomarla en cuenta en la toma de decisiones que le afecten, se explica bajo la teoría de la cooperación en la representación, ya que se requerirá de las dos voluntades, con distintos grados de intensidad para su validez. La teoría de la cooperación fue propuesta por Mitteis para explicar la representación como un fenómeno representativo en donde interviene tanto la voluntad del representante como la del representado. Señalan Rico Rico, Garza Bandala y Cohen Chicurel (2013), que dicha teoría no superó objeciones consistentes en que la voluntad del representado no puede participar en el contrato cuando carece de ella, ni siquiera a modo de cooperación. Consideramos que las críticas a la teoría de la cooperación ya no se sostendrían bajo el nuevo entendimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y la necesidad actual de tomar en cuenta la opinión de los menores. Por ello, creemos que la teoría de la cooperación es adecuada para la explicación del nuevo modelo.



cado en una situación en la que no haya podido exteriorizar su voluntad en las mismas condiciones que cualquier otra persona.

Como lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo 4/2021, los apoyos son un mecanismo que la CDPD prevé con la finalidad de facilitar que la persona con discapacidad pueda expresar su voluntad (y, en general, hacer efectivos todos sus derechos) en condiciones de igualdad con las demás personas. Debido a que, como ya hemos señalado, la discapacidad radica en las barreras que existan en un determinado contexto para conducirse en igualdad de condiciones que cualquier otra persona, los apoyos deben ser diseñados conforme a los propios requerimientos y necesidades para permitir la expresión libre y genuina de la voluntad de la persona, siempre respetando la voluntad de la persona con discapacidad.

Por tanto, la implementación de apoyos adecuados es lo que permitirá a la persona con discapacidad celebrar los actos jurídicos que desee, en igualdad de condiciones que cualquier otra persona, eliminando entonces cualquier posibilidad de invalidación del acto que tenga como sustento la falta de capacidad. Por supuesto podrán existir otras causas de ineficacia del acto, como vicios del consentimiento, falta de forma, objeto o fin ilícito, etcétera, como en cualquier acto jurídico celebrado por una persona que no se encuentra en una situación de discapacidad.

Ahora bien, cuando una persona con discapacidad celebra un acto jurídico sin contar con un sistema de apoyos adecuado, consideramos si puede ser anulable el acto, pero no por falta de capacidad jurídica, sino por falta de apoyos que permitieran exteriorizar la voluntad de igual manera que cualquier persona.

El problema se presenta cuando queremos encuadrar esta situación en alguno de los elementos esenciales o de validez del acto jurídico, pues parece no encontrarse ahí. Consideramos que una interpretación conforme con el nuevo paradigma de capacidad de las personas con discapacidad obliga a tomar como parte del requisito de capacidad el otorgamiento de apoyos, de tal manera que sea anulable el acto por no haber sido otorgados.

El nuevo modelo de las personas con discapacidad ha tornado el elemento de capacidad como un concepto con “textura abierta” que nos exige atender a las circunstancias particulares del caso para determinar si el acto jurídico es válido o no en atención al sistema de apoyos requerido y utilizado.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Para un entendimiento profundo de la textura abierta del lenguaje en el derecho, véase Hart (2012).

## V. ¿Ausencia completa de voluntad es armonizable?

La interrogante natural con el nuevo modelo de asistencia a las personas con discapacidad es ¿qué sucede cuando dada la discapacidad de la persona, es materialmente imposible conocer su voluntad por algún medio?

El CNPCyF, en su artículo 446, establece, de manera excepcional, la posibilidad de establecer apoyos necesarios para personas de quienes no se puede conocer su voluntad por ningún medio.

Artículo 446. La autoridad jurisdiccional, en casos excepcionales, puede determinar los apoyos necesarios para personas de quienes no se pueda conocer su voluntad por ningún medio y no hayan designado apoyos ni hayan previsto su designación anticipada. Esta medida únicamente procederá después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para conocer una manifestación de voluntad de la persona, y de haberle prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos.

Si se hubiere realizado una designación anticipada de apoyos, se estará a su contenido.

El procedimiento para la designación extraordinaria de apoyos se llevará a cabo ante autoridad jurisdiccional civil o familiar, en su caso, en forma sumaria en una audiencia oral en los términos de este Código Nacional.

Este sistema de apoyos constituye un carácter excepcional para la sustitución de la voluntad de la persona con una discapacidad y sólo se justifica bajo las siguientes condiciones: 1) que no se pueda conocer la voluntad de la persona por ningún medio, 2) que no haya designado apoyos de manera anticipada, y 3) que se adopten las salvaguardias necesarias para impedir los abusos en los términos del artículo 12, párrafo 4, de la CDPD.

En el Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, parece reconocer este tipo de apoyos con carácter sustitutivo de voluntad como compatible con la CDPD:

Aun cuando una persona que tenga una discapacidad necesite apoyo total, la persona o personas de apoyo deben permitir que aquella ejerza

su capacidad jurídica en la mayor medida posible, según sus deseos. Esto establece una distinción entre la toma de decisiones con apoyo y la toma de decisiones sustitutiva, como el testamento vital y los tutores/amigos, en que el custodio o tutor posee facultades autorizadas por los tribunales para tomar decisiones en nombre de la persona discapacitada sin que tenga que demostrar necesariamente que esas decisiones son en el mejor interés de aquella o de acuerdo con sus deseos. El párrafo 4 del artículo 12 pide la instauración de salvaguardias para proteger contra el abuso de esos mecanismos de apoyo. (ONU, 2007, p. 97)

Este es el único caso en donde se justificaría la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad.

## VI. La nueva capacidad jurídica y la fe pública

El elemento de la forma es relevante para entender el nuevo modelo de la capacidad jurídica, particularmente cuando se trata de actos para los cuales la ley exige la forma en instrumento ante fedatario público. En los actos jurídicos que se otorgan ante un fedatario público, este hace constar la “capacidad natural y legal” de las personas que intervienen en el instrumento notarial, certificación que se limita al acto en concreto (Pérez Fernández del Castillo, 2020, p. 335). Incluso, se ha señalado que el fedatario público de corte latino tiene como una de sus principales funciones la identificación de la capacidad de los otorgantes (Ríos Hellig y Suárez Camacho, 2023, p. 118). Es parte entonces, de la función del fedatario público certificar la capacidad de las partes que intervienen en el acto. Se trata de un juicio valorativo por medio de los sentidos, a través del cual se va a advertir si existe alguna deficiencia funcional para la celebración del acto jurídico. Entonces ¿es armonizable la realización de ese juicio valorativo con la idea que todas las personas gozan de capacidad jurídica? La respuesta es afirmativa y explicaremos el porqué.

La mayoría de las normas que regulan la actuación de los fedatarios públicos les exigen hacer constar que los otorgantes tienen capacidad jurídica, bastando que en ellos no observe manifestación de incapacidad natural y no tenga noticia de algún impedimento legal.

Es claro que la idea de incapacidad natural, como aquellas personas que no pueden gobernarse y obligarse por sí mismos, como ya hemos

visto, no supera el control de regularidad constitucional de los derechos de las personas con discapacidad, pues dista de reconocer la posibilidad de obrar por sí (capacidad jurídica) de las personas que padecen alguna discapacidad, y mantiene un mensaje estigmatizador.

El juicio valorativo que la ley exige realizar a los fedatarios públicos, denominado "juicio de capacidad" ha sido considerado inconstitucional por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entendiéndose que el no tener "noticias de algún impedimento legal", sí puede ser compatible, debido a que es dable que exista una resolución judicial y el Notario Público debería en ese caso acatar la resolución judicial, hasta en tanto no se privara de efectos.<sup>17</sup>

Debido a que este juicio valorativo realizado por el fedatario público, en los términos en cómo se encuentra regulado, sólo puede conducir al desconocimiento de la capacidad jurídica o al reconocimiento de la capacidad jurídica, se ha considerado que no es compatible con el nuevo modelo, particularmente con el artículo 12 de la CDPD, que reconoce capacidad jurídica a toda persona que padezca una discapacidad, de cualquier tipo, sea física, mental, intelectual o sensorial. Todas las personas gozan de capacidad jurídica, y por tanto, mientras existan los diversos elementos esenciales y de validez de los actos jurídicos, el otorgamiento de un instrumento público no debería ser negado.

Por supuesto que debe existir consentimiento, por lo que, mientras exista una formación de la voluntad que comprenda la concepción, la deliberación, la decisión y ejecución del acto, aunque la persona viva una discapacidad mental o intelectual, se podrá otorgar el acto jurídico. Puede darse el proceso de formación de la voluntad en una persona que padece alguna discapacidad mental o física y, de igual manera, pudiera obstaculizarse el consentimiento en ciertos casos, por ejemplo, el error, obstáculo al que Planiol y Ripert denominan "error destructor de la voluntad" (Planiol y Ripert, 1997, p. 41).

De igual forma, la voluntad también deberá presentarse de manera consciente y libre, donde estén ausentes los vicios de la voluntad, lo cual puede lograrse en el caso de una persona que vive una discapacidad. Recordemos que lo que se privilegia no es que la toma de decisiones sea la que a otra persona parece más adecuada, sino que, se pretende establecer las condiciones para que la persona con alguna discapacidad, pueda

---

<sup>17</sup> Amparo en revisión 705/2018, pp. 174 y 175.

exteriorizar su voluntad de manera libre y plena, en condiciones iguales que los demás, incluso, respecto de decisiones que la generalidad de la sociedad pudiera considerar como no acertada, pues lo que se pretende es dar primacía a la autodeterminación de la persona, fomentar una vida autónoma y desarrollar una identidad propia. Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado, en el amparo en revisión 159/2013, lo siguiente:

no debe confundirse el principio de mayor protección de la persona con discapacidad en aras de su mayor interés, con la prohibición de que la misma decida qué es lo que le beneficia, situación que redundaría de forma directa en el desarrollo libre de la personalidad, así como en el fomento de una vida autónoma y de una identidad propia, sin que deba restringirse la capacidad jurídica de una persona solamente porque la misma ha tomado una opción que la generalidad de la sociedad pudiese considerar o calificar como “no acertada”.

Los diversos elementos del acto jurídico, a saber, objeto, forma y licitud en el fin o motivo determinante de la voluntad, se presentan, de igual manera, con un otorgante con discapacidad, por lo que no precisa mayor análisis.

En este sentido, si bien el juicio valorativo del fedatario público sobre la “incapacidad natural” no es compatible con el nuevo modelo de “asistencia en la toma de decisiones” derivado de la CDPD, la Primera Sala advirtió, al resolver el amparo en revisión 702/2018, que el juicio valorativo general de la función notarial para advertir la existencia de algún vicio del consentimiento o la falta de este, desde luego es válido.

Entonces, de conformidad con la CDPD, así como el precedente derivado del amparo en revisión 702/2018 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no se deberá negar la capacidad jurídica en el ejercicio de la función del fedatario público, a una persona que presenta un padecimiento mental o intelectual, sino que se le debería permitir, como a cualquier otra persona que cumpla con los requisitos legales para tal efecto, otorgar el acto jurídico de que se trate. Sin embargo, si la conclusión se quedara aquí, es posible que la persona que vive una discapacidad no se encontrara en igualdad de circunstancias que cualquier otra persona, debido a que, posiblemente, existirían barreras que le impedirían lograr una accesibilidad para participar, de manera plena, en el otorgamiento del acto ante el fedatario público. En este momen-

to, es cuando surge la necesidad de contar con los apoyos necesarios y las salvaguardias, con la intensidad que se requiera en el caso en particular, para conocer cuál es su voluntad. Como lo señaló la Primera Sala en el amparo en revisión 702/2018: “185. Lo anterior implica que, al igual que en sede jurisdiccional, la capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe ser replanteada en la sede notarial, en acatamiento de la Convención y su paradigma social y de Derechos Humanos”.

Este nuevo paradigma supone que no se pueda negar la prestación del servicio de fe pública por la mera apreciación de alguna discapacidad, sino que, exige la necesidad de proporcionarle a la persona el apoyo que pudiera requerir para expresar su consentimiento. Esto implica realizar ajustes razonables a fin de hacer factible el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, entendiendo en la CDPD los ajustes razonables de la siguiente manera:

#### Artículo 2. Definiciones [...]

Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales [...]

Los ajustes razonables para los fedatarios públicos que consideró la Primera Sala en el amparo en revisión 702/2018, son los siguientes:

- 1) Ajustar el juicio de capacidad al entendimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en los términos de la CDPD.
- 2) Dar cabida a la integración de apoyos y salvaguardias a las personas con discapacidad, incluida la de tipo mental o intelectual, en la medida que resulte factible, conforme a la naturaleza de la función notarial, las facultades del fedatario público, así como la naturaleza, alcances e implicaciones del concreto acto jurídico en el que esté involucrada, como otorgante, una persona con discapacidad y que se le pida protocolizar.
- 3) Admitir que, la persona con discapacidad que pueda requerir de apoyos para manifestar y conocer su voluntad, cuente con ellos, ya sea que hayan sido designados por una autoridad jurisdiccional, que la persona misma los elija y los designe ante el fedatario

público, o bien, que dichos apoyos se determinen con la asesoría y gestión del mismo notario, con aceptación del otorgante, teniendo en cuenta las características de la persona y las circunstancias del caso.

- 4) Asegurarse de que, en el apoyo o sistema de apoyos empleado para la finalidad concreta de poder conocer la voluntad del otorgante, no exista algún conflicto de interés o influencia indebida.
- 5) Sólo agotados los apoyos posibles o que se estime que subsista algún conflicto de interés o influencia indebida, y el fedatario público considere que no fue posible conocer cuál es la voluntad de la persona, podrá negar la autorización del instrumento, reconduciendo a la persona con discapacidad al órgano jurisdiccional competente, para solicitar establezca el sistema de apoyos y salvaguardias necesarios para conocer su voluntad respecto del acto jurídico de que se trate.

## VII. Conclusiones

Hemos visto que la conceptualización sobre la capacidad de las personas ha cambiado paradigmáticamente. Se ha dejado atrás el binomio capaz-incapaz, y se ha apostado, a través del derecho internacional, a reconocer la capacidad jurídica a toda persona mayor de edad, con independencia de la presencia de discapacidades mentales o intelectuales, dando lugar al nuevo modelo denominado “asistencia en la toma de decisiones”. Se deja de ver a la persona con alguna discapacidad, únicamente como sujeto de protección, y se le percibe como un sujeto de derechos, con posibilidad plena de participar en la vida social, de abonar al bienestar general, y con el derecho a un libre desarrollo de la personalidad que le permita generar una identidad propia y un proyecto de vida trazado por sí mismo.

Ello nos obliga a replantear el entendimiento de la capacidad jurídica como elemento de validez de los actos jurídicos, pues deja de gozar de compatibilidad y armonía dentro de un sistema normativo que se construyó conforme al anterior modelo de sustitución de la voluntad.

El replanteamiento no sólo se dirige hacia las personas con discapacidad, sino también a las niñas y niños que ahora gozan del derecho de intervenir con opiniones que deben ser tomadas en cuenta duran-

te la celebración de actos que les perjudiquen, desde luego atendiendo al grado de madurez, situación que desde hace décadas otros países como España y Alemania han reconocido.

Los elementos de capacidad y forma —ante fedatario público— han cambiado bajo el nuevo modelo, y, a pesar de ello, son pocos los ordenamientos sustantivos que se han ajustado al mismo. Nuestro sistema federal nos exige una labor ardua para lograr que sean reconocidos en plenitud, en todas las entidades federativas, los derechos de las personas con discapacidad y, particularmente, el derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica.

### VIII. Referencias

- Azúa Reyes, S. T. (2019). *Teoría general de las obligaciones* (6a. ed.). Porrúa.
- Borja Soriano, M. (2012). *Teoría general de las obligaciones* (21a. ed.). Porrúa.
- Domínguez Martínez, J. A. (2020). *Código Napoleón. Reformas en fuentes y régimen de las obligaciones. 2016-2018. Texto y comentarios*. Procesos Editoriales Don José.
- Domínguez Martínez, J. A. (2018). *Derecho civil. Obligaciones*. Porrúa.
- D'Ors, Á. (2004). *Derecho privado romano* (10a. ed.). Ediciones Universidad de Navarra.
- Garzón Jiménez, R. (2023). *Obligaciones*. Porrúa.
- Hart, H. L. A. (2012). *The concept of law* (3a. ed.). Oxford University Press.
- Naciones Unidas (2006). *Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*, Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>
- Naciones Unidas (2007). *De la exclusión a la igualdad: hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo*. Naciones Unidas.
- Paredes Sánchez, L. E. (2022). *Teoría general de las obligaciones*. Tirant Lo Blanch.



- Pasapera Mora, A. (2022). *Obligaciones*. Porrúa.
- Pérez Fernández del Castillo, B. (2020). *Derecho notarial* (21a. ed.). Porrúa.
- Peza Muñoz Cano, J. L., de la (2021). *De las obligaciones* (7a. ed.). Porrúa.
- Planiol, M., y Ripert, G. (1997). *Derecho civil* (L. Pereznieta Castro, Trad.). Harla.
- Rico Álvarez, F. y Garza Bandala, P. (2013). *Teoría general de las obligaciones*. Porrúa.
- Rico Álvarez, F., Garza Bandala, P. y Cohen Chiculel, M. (2013). *Tratado teórico-práctico de derecho de obligaciones*. Porrúa.
- Ríos Hellig, J. (2020). *La práctica del derecho notarial* (10a. ed.). McGraw Hill.
- Ríos Hellig, J. y Suárez Camacho, M. (2023). *Diccionario Jurídico Notarial*. Tomo I. Tirant Lo Blanch; Colegio de Notarios Ciudad de México; Investigaciones Jurídicas del Notariado.
- Robles Farías, D. (2022). *Teoría general de las obligaciones*. Tirant Lo Blanch.
- Rojina Villegas, R. (2018). *Compendio de derecho civil. Tomo III. Teoría general de las obligaciones* (30a. ed.). Porrúa.
- Von Tuhr, A. (1999). *Tratado de la obligación. Tomo I*. Reus.

### Cómo citar

#### IJJ-UNAM

Zepeda Estrada, Fernando, "La nueva capacidad jurídica y su compatibilidad con el derecho de obligaciones", *Revista de Derecho Privado*, México, vol. 12, núm. 25, 2024, pp. 101-123. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2024.25.19780>

#### APA

Zepeda Estrada, F. (2024). La nueva capacidad jurídica y su compatibilidad con el derecho de obligaciones. *Revista de Derecho Privado*, 12(25), 101-123. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2024.25.19780>

