

El compromiso era grave y requería además de los conocimientos de la disciplina jurídica, una penetración del juicio de amparo y una voluntad y un esfuerzo no discutidos en la realización del trabajo que se me encomendaba. Tal vez hubo tropiezos y aun desalientos, pero a lo largo de seis años, en las discusiones del Pleno integrado por quienes reúnen las cualidades y las calidades de Juristas y rectos administradores de la JUSTICIA, aprendí que la Justicia más que en la Ley está en la sabiduría y en la rectitud de quienes la imparten sin otra pasión que la de dar a cada quien lo que en derecho le corresponde.

Pero aprendí algo más: amar y respetar la institución del amparo como supremo recurso con que cuentan los particulares para hacer respetar sus derechos y sus garantías individuales; igualmente aprendí, que el Poder Judicial Federal tiene encomendada la más alta de las misiones porque no sólo garantiza los derechos del individuo, sino que además, hace posible la estabilidad del Estado al hacer respetar por medio de sus sentencias, todas las instituciones que lo forman por Suprema determinación de nuestra Carta Fundamental.

Con esa formación ya no deseé separarme del Poder Judicial Federal, y cuando el mismo H. Pleno me distinguió con la designación de Magistrada de Circuito, comprendí que mi vocación era servirlo en la misma forma que lo servían quienes investidos con la dignidad de Ministros, cumplían con la más alta de las misiones: la de JUZGADORES que con sus decisiones hacen cumplir el Ordenamiento jurídico para mantener la paz social al satisfacer en derecho las demandas de quienes tienen necesidad de justicia.

Han transcurrido cerca de cuatro años desde que por primera vez supe de las responsabilidades de juzgar, y ahora, por la honrosa designación que hizo en mi favor el señor Presidente de la República LICENCIADO LUIS ECHEVERRÍA ÁLVAREZ, como Ministra de esta Suprema Corte, vengo a formar parte de este Alto Cuerpo que

ahora me recibe con la mayor benevolencia. Vengo a colaborar en una tarea común: la de aplicar el derecho juzgando conforme a él mismo, y espero, consciente de la alta responsabilidad que asumo, saber cumplir a plenitud con la misión que la vida me confiere.

Los mismos sentimientos que me animaron a lo largo de diez años en que he servido a la Suprema Corte son los que ahora me animan: servir con lealtad, honradez y rectitud desde mi puesto, a la Patria a quienes todos nos debemos.

Quiero expresar mi gratitud al Señor Presidente de la República LICENCIADO LUIS ECHEVERRÍA ÁLVAREZ por el honroso cargo que me confiere y como testimonio de esa gratitud, renovar la protesta que ya rendí, de cumplir fielmente con los principios de la justicia y del derecho.

Para terminar, mi gratitud al Señor Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por sus atenciones y consideraciones y por sus estimulantes palabras de bienvenida y al Honorable Pleno que hoy me recibe y del cual he recogido en las diversas escalas de mi carrera judicial los principios de la rectitud en el juzgar, mi emocionada gratitud.



Livier Ayala Manzo en la década de 1940



*T*ERCERA PARTE  
TEXTOS JURÍDICOS



**El artículo 13 del Código Civil como  
aprehensión de la eficacia internacional  
de los derechos adquiridos  
(versión facsimilar)**

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO  
FACULTAD NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

---

**EL ARTICULO 13 DEL CODIGO CIVIL COMO  
APREHENSION DE LA EFICACIA INTERNACIONAL  
DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS**

TESIS

que para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO

presenta la alumna

LIVIER AYALA MANZO



MEXICO, D. F.

MCMXLVIII

A MI MADRE,  
ausente inolvidable, con la devoción y  
el cariño que honran su memoria

A MI PADRE,  
con el cariño que no alcanza a com-  
pensar el que él nos ha dado

A MIS HERMANOS,  
que con su fé y su alegría, supieron  
alentarme en mi esfuerzo

Con mi admiración profunda y sincera,  
al querido Maestro Sr. Lic.  
Don ROBERTO A. ESTEVA RUIZ

A MIS AMIGOS,  
con el afecto y estimación  
que ellos merecen

A MIS MAESTROS,  
con quienes quedo en deuda por  
sus enseñanzas

## CONTENIDO

---

### CAPITULO I.—DIFERENCIA ENTRE LOS EFECTOS Y LAS CONSECUENCIAS DE LOS ACTOS JURIDICOS EN GENERAL.

Sección I.—Tema de la Tesis.

Sección II.—Actos y Hechos Jurídicos.

Sección III.—Nexo entre la Voluntad y las Consecuencias de Derecho.

Sección IV.—El efecto de la Voluntad en los Contratos Innombrados.

Sección V.—Los Actos de Toma de Posición y Aprehesión.

Sección VI.—Supuesto de Derecho y Consecuencias Jurídicas.

Sección VII.—El Contrato y el Tratado en la Doctrina de Kelsen.

### CAPITULO II.—LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.

Sección I.—Importancia del Problema en el Orden Internacional.

Sección II.—La Definición de "Derecho Adquirido".

Sección III.—La Doctrina de Savigny.

Sección IV.—El Respeto de los Derechos Adquiridos en el punto de vista del "Espacio".

### CAPITULO III.—EL ARTICULO 13 DEL CODIGO CIVIL COMO NORMA DEL RESPETO DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.

Preámbulo.

Sección I.

Sección II.

### CAPITULO IV.—CONCLUSIONES.

---

---

## CAPITULO I.

### DIFERENCIA ENTRE LOS EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LOS ACTOS JURIDICOS EN GENERAL

#### Sección I.—Tema de la Tesis

Se ha elegido como tema de este trabajo, el artículo 13 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales con objeto de estudiar los problemas del derecho internacional privado que se derivan de los contratos celebrados en países extranjeros.

El artículo 13 del Código que se ha mencionado dice:

“Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero, que deban ser ejecutados en el territorio de la República, se regirán por las disposiciones de este Código.”

Como esta disposición contenida en el artículo transcrito, se está refiriendo a los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en la República Mexicana, suscita como problemas fundamentales el de saber si la **ejecución es efecto o es consecuencia del acto o contrato** y si es lo mismo el efecto que la consecuencia jurídica.

La tarea propuesta es además de ardua, delicada; pero es necesario revisar más que los términos mismos, el contenido y alcance de lo que es el efecto y de lo que es la **consecuencia jurídica**, supuesto que de ello dependerá la ley que deba regirlos.

## Sección II.—Actos y hechos jurídicos

Es indudable que no podrá llegarse a establecer la diferencia entre los dos conceptos que se acaban de mencionar, si antes no se establece lo que entienden por acto jurídico tanto la doctrina clásica como la moderna, porque de la evolución del concepto quizá dependa la posibilidad de llegar a saber si existe o no diferencia entre los que hasta hoy han sido llamados indistintamente *efectos o consecuencias*.

Los hechos se clasifican en materiales y en jurídicos. Los hechos materiales son irrelevantes para el derecho porque al realizarse no producen consecuencia jurídica, pero los llamados jurídicos que por su naturaleza modifican la esfera jurídica del individuo, son de interés para el derecho, y por tanto, al estudio que se realiza, le es necesario para su mejor desarrollo el señalar como se produce esa modificación.

En un sentido lato, hecho jurídico es todo aquello que al realizarse produce consecuencias de derecho, bien sea por hechos del hombre o por hechos de la naturaleza. Pero como en los hechos del hombre puede intervenir su voluntad consciente, el hecho jurídico ha sido subdividido en hecho jurídico *strictu sensu* y en acto jurídico. Hechos jurídicos entonces, serán todos aquellos acontecimientos naturales y los hechos del hombre en que no interviene su voluntad, pero que al realizarse producen consecuencias de derecho; actos jurídicos serán siempre actos del hombre, pero con su voluntad consciente de producir ciertas consecuencias jurídicas.

Como este estudio está referido al acto jurídico, se da luego la definición de la doctrina de la Escuela Clásica:

“Acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de engendrar, de extinguir o modificar un derecho”. (Colín y Capitant).

### Sección III.—Nexo entre la Voluntad y la Consecuencia de Derecho

El concepto de acto jurídico dado por la doctrina clásica, hizo surgir el problema de saber qué es lo que produce la consecuencia de derecho, si la voluntad manifestada o la norma que la reconoce.

Como el acto jurídico es acto de voluntad, la doctrina clásica sostiene que la causa eficiente de las consecuencias de derecho, es la voluntad que se manifestó con intención de producirlas, y que la norma de derecho, lo único que hace es reconocer y proteger a esa voluntad.

Contra ese poder creador de consecuencias de derecho que la Escuela Clásica le atribuyó a la voluntad, surgieron las críticas más agudas, entre otras, aquellas por medio de las cuales se le demostraba que la voluntad no era ni podía ser la que creaba la consecuencia de derecho, porque había casos en que el derecho le negaba toda consecuencia jurídica a la voluntad manifestada, y otros en que le atribuía consecuencias no deseadas. Como es natural, la Escuela Clásica se defendió contra el ataque, y sin dejar de sostener la soberanía de la voluntad, admitió que tenía un límite: el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Examinando el problema en toda su intensidad se advierte que la defensa adolece de la misma falsedad que la teoría que se defiende, porque esa limitación a que se refiere la doctrina clásica, no es precisamente un límite al poder de crear las consecuencias de derecho, poder que como se verá, no se tiene, sino un límite a ejecutar actos jurídicos que sean contra el orden público, la moral o las buenas costumbres porque el derecho anticipadamente niega la consecuencia jurídica. Más que una defensa a su teoría, se advierte un reconocimiento, aunque parcial, a las objeciones que se le hicieron de que no es la voluntad la que produce la consecuencia de derecho; debilita su teoría porque si la voluntad fuera soberana, no sería la ley o el derecho el que determinara qué actos del hombre son los

que producen o no consecuencia de derecho, sino que la voluntad dentro de su expresión podría crearlas libremente, y esto es algo que no sucede como se verá por la disposición que contiene el artículo 6o. del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales que se copia a continuación:

“Artículo 6o.—La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no afecte derechos de tercero.”

La primera parte de este artículo imprime gran fuerza a lo que se ha afirmado respecto de que no es la voluntad la que crea la consecuencia de derecho; cuando dice: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla.” Establece clara y terminantemente que en cuanto existe una regla de derecho y el individuo se someta, será esa misma regla la que regule su relación jurídica, sin que su voluntad sea eficaz para alterarla o modificarla. Claro está que se habla de la voluntad jurídica, porque en cuanto a la voluntad psíquica, el hombre puede incluso, violar la ley, pero entonces habrá cualquier otra cosa, menos un acto jurídico.

Con el fin de evitar en cuanto sea posible que el comentario propuesto quede incompleto, antes de seguir exponiendo las razones por las cuales no es de admitirse que la voluntad sea la causa eficiente y única de las consecuencias de derecho, se señalarán las doctrinas de mayor importancia que en contra de la doctrina clásica surgieron.

León Duguit niega la afirmación de la doctrina clásica, respecto a que es la voluntad la causa eficiente de la consecuencia de derecho, porque para él, el sujeto lo único que hace con su voluntad expresada mediante un movimiento corporal, es poner en función a

una norma de derecho, pero sin que las consecuencias dependan de ese movimiento sino de la norma que así lo determina. Equipara el movimiento corporal del sujeto en el acto jurídico, al movimiento que se realiza en el orden físico, y en el que no siempre se logra el resultado propuesto, por la intervención de elementos naturales.

Duguit niega, pues, que sea la voluntad la causa eficiente de la consecuencia de derecho, pero su teoría, como la clásica, es también extrema, porque le atribuye a la ley el carácter que le niega a la voluntad.

Como en todos los casos de discusión en que los polemistas se colocan en posiciones extremas, surgió la teoría intermedia de Bonnercase, quien al referirse a las escuelas precedentes, abarcó tanto al hecho como al acto jurídico, y les atribuyó la función de poner en movimiento a la norma y condicionar sus efectos. A la norma jurídica le llama "situación jurídica abstracta" que en forma hipotética prevee las consecuencias de derecho, las que sólo se realizan cuando la hipótesis se cumple, ya sea a través de un hecho, un acto del hombre o de un acaecer cualquiera de la naturaleza.

De acuerdo con esta doctrina, para que las consecuencias jurídicas se produzcan, se requiere la existencia de una norma y la de un hecho o un acto.

Después de haber señalado estas dos doctrinas, se pasa a continuación a dar las razones enunciadas para no admitir la doctrina de la Escuela Clásica.

Ya se ha dicho que el hecho jurídico se divide en hecho jurídico, propiamente dicho, y en acto jurídico. Se observa sin mayor esfuerzo, que para que el llamado acto jurídico exista, se requiere del concurso de la voluntad, supuesto que es acuerdo de voluntades, pero no precisamente como causa única de la consecuencia, sino como hecho o supuesto jurídico previsto en la norma a la que nada agrega la voluntad manifestada, y nada agrega, porque supuesto y consecuencia están predeterminados. No se niega la libertad de que el hombre goza para ejecutar muchos actos en su vida, de ellos, algu-

nos aún en contra de su voluntad producirán consecuencias jurídicas porque el derecho así lo ha determinado, pero habrá otros, la mayoría, que son completamente ajenos al derecho y serán por lo tanto los llamados materiales; pero en aquellos actos de voluntad en que se busca lo jurídico, el hombre no hace alarde de su poder o de su fuerza, sino que va directamente al deber ser jurídico contenido en la norma de derecho para regular sus relaciones tanto de orden económico como político y social. Reconoce su importancia para crear la consecuencia por un acto de su voluntad, y entonces se somete al ordenamiento jurídico que contiene las disposiciones reguladoras de la conducta jurídica.

La sola clasificación de que se ha hablado sería bastante para demostrar el equívoco en que ha incurrido la teoría de la escuela clásica al considerar a la norma de derecho al servicio de la voluntad, pero el camino que se transita tiene las asperezas de viejas disputas en que los juristas de diversas escuelas se empeñaron, y aunque nada nuevo pueda aportarse, el tema sigue apasionado y exige un estudio más amplio para determinar si es la voluntad por sí misma, o la voluntad y la ley las que producen las consecuencias de derecho.

Por el título mismo de este capítulo se estaría obligado a permanecer dentro del acto jurídico en su más amplio sentido, pero es necesario facilitar la tarea y quizá una forma de lograrlo, sería el situarse en la especie de los contratos para limitar el problema y ver si es posible encontrar los elementos necesarios para demostrar que no es la voluntad la causa eficiente y única de las consecuencias jurídicas.

Nadie duda que el contrato es un acto jurídico y como especie dentro del género, participa de las características del acto jurídico. Se le denomina contrato o convenio porque para muchos autores, entre otros Colín y Capitant, el contrato tiene una función positiva que consiste en crear y transmitir obligaciones, en tanto que el convenio tiene una función negativa, extinguir o modificar los derechos

y las obligaciones. Los artículos 1792 y 1793 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, establecen la distinción referida, pero independientemente de ella el contrato se verá por ahora como acuerdo de voluntades en su más vasto sentido.

#### Sección IV.—El efecto de la voluntad en los contratos innominados

Los contratos se clasifican por la materia que rigen y son muchas las especies que tanto la doctrina como el derecho positivo registran, sin que por ello pueda afirmarse que su enumeración haya sido agotada. Por esto es conveniente adherirse a la clasificación de CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS, mas aún cuando estos últimos serán el objeto de las líneas siguientes. Por ahora sólo se dirá que contrato nominado es aquel que se encuentra reglamentado por el derecho positivo en tanto que los innominados quedan fuera de su reglamentación.

Se dijo en párrafos anteriores que para facilitar la tarea y poder llegar a establecer en forma más o menos precisa, la razón por la que no es de considerarse a la voluntad como la causa eficiente de la consecuencia de derecho, se iba a limitar el problema yendo directamente al contrato, en donde sin duda, será más fácil apreciar la impotencia de la voluntad para crear por sí misma la consecuencia jurídica. Ahora bien, dentro del propio contrato se impone elegir una figura como la del contrato innominado, que no alcanza reglamentación expresa dentro del derecho positivo.

La ausencia de una norma expresa que regule a este contrato y la forma en que surgió a la vida jurídica, hace de éste un material valioso para reforzar la opinión contraria a la que sostiene la escuela clásica respecto al poder creador de la voluntad. El origen de esta figura y el reconocimiento que de ella hace el derecho, permiten apreciar, como en ningún otro contrato, que la validez del acto jurídico no depende exclusivamente de la voluntad manifestada,

pues fue necesario que el derecho la sancionara para su obligatoriedad jurídica.

Al elegirse el contrato inominado como medio para reforzar lo que se afirma, no se desprecia el contrato nominado, porque si tal se hiciera, sería desconocer la fuente misma: es verdad que se sale de su círculo, pero se hace con objeto de eliminar la duda y la vacilación, sobre si es la ley o es la voluntad la que produce la consecuencia de derecho.

Es conveniente, antes de seguir adelante, establecer el origen del contrato inominado, sin descuidar naturalmente el contrato nominado que es su fuente. Para el logro de este propósito, es indispensable transitar por uno de los más viejos derechos, el romano, donde sin duda tiene su origen. Se admite que no será posible elaborar una reseña histórica que comprenda cronológicamente los grados de desarrollo del derecho romano, pero siguiendo a sus comentaristas, se podrá al menos señalar aquellas de sus características más sobresalientes tanto de su formación como de su desarrollo.

El derecho en la Roma antigua se inspira en la fuerza individual. El sentimiento jurídico del hombre lo lleva a conservar por la fuerza "lo que ha conquistado por la fuerza." La espada y la lanza fueron los símbolos del derecho, y dice Ihering, "Por la espada conquistaron los romanos su tierra y fundaron su mundo, no por don de los dioses, venta, engaño o transmisión. . . ." es un mundo dominado por la fuerza del individuo, pero alentado en la idea del derecho al que servía, el pueblo romano tenía "el sentimiento del derecho contra la injusticia" y para defender lo que había conquistado organizó la venganza privada que pronto desapareció para dar paso a la pena privada en la que el ofendido ya no podía hacerse justicia por propia mano; con lo cual se ha dado un paso para que el derecho que en un principio era subjetivo, se transforme en un derecho objetivo que al principio sólo regía para los ciudadanos romanos, quedando los extranjeros sin protección hasta la llegada del *ius gentium*.

Pero aquel pueblo, que se amalgamó con otras razas, no podía permanecer en los límites de un derecho primitivo y rudo; surge en la vida de un derecho objetivo con tendencias diferentes y bien delimitadas.

Von Ihering, al hablar de las tendencias fundamentales del derecho romano antiguo, señala en primer término aquella que consistió en separar la administración de la justicia, de otros ramos de la administración pública mediante los tribunales, es decir, la separación de poderes. Pero había que evitar el abuso del juez y se fijaron las reglas del procedimiento, así como también el fondo del derecho. "Espontaneidad formal y espontaneidad interna o material" dice el autor mencionado. Fue un medio de asegurar la estabilidad de su derecho y se buscó una forma más elevada en el derecho escrito, que sustituyó al consuetudinario que era inspirado por el sentimiento jurídico en el que se mezclaban los usos y la moral, con lo que resultaba un derecho incierto que recogió la Ley de las XII Tablas.

Del derecho escrito, objetivo, es sin duda de donde se desprende aquella otra tendencia que Ihering señala, el formalismo, y con sus propias palabras se dirá: "el formalismo es uno de los rasgos fundamentales del derecho antiguo, y por eso debió propender desde su origen a la formación y desarrollo en que esas formas quedaron fijadas."

Apuntadas que se dejan las dos tendencias fundamentales del derecho romano antiguo, escritura y forma, para no ensanchar demasiado este comentario e irlo reduciendo en cuanto sea permitido, se dirá antes de mencionar sus instituciones, cuál fué la causa que permitió el desarrollo del comercio jurídico de aquel pueblo.

Los romanos tuvieron un gran amor por la libertad, pero una libertad a la que no confundieron con la libertad material; fué una libertad abstracta de la que hicieron derivar el derecho privado, "conquista —dice Ihering—, que es hoy el patrimonio de todos los pueblos." Como la libertad, el derecho también fue abstracto.

Como el objeto de esta reseña es el poder llegar a los contratos INNOMINADOS, para lograrlo es indispensable un recorrido por las formas más antiguas de los contratos que el derecho ha sancionado, como único medio de establecer el origen de la figura que se menciona.

El derecho romano no admitió la soberanía de la voluntad para producir la obligación que sostenía el derecho natural. El simple pacto no bastaba para crear una obligación civil si no iba acompañada de ciertas formalidades; las formalidades se hacían consistir en palabras solemnes o en menciones escritas que venían a ser la causa por la que el derecho civil sancionaba la obligación. Los contratos pues, eran convenciones mencionadas y nombradas por el derecho. (Petit).

Por lo que se acaba de expresar es necesario indicar que existían cuatro clases de contratos, los verbis, el literis, los re y los que se formaban por el solo consensu. Aunque en forma muy breve se hará referencia a ellos.

CONTRATOS VERBIS.—La forma más antigua de esta clase de contratos parece que fué el nexum, que corresponde a la época en que los romanos no conocían la moneda acuñada. Era un préstamo de dinero en que el metal era pesado en una balanza en presencia de cinco testigos. Era un acto tal vez religioso en que el deudor se comprometía mediante aquel contrato, quedando sometido al acreedor si no pagaba para que, sin necesidad de juicio, se realizara la manus iniectio.

Después de aquella forma aparece la sponsio, por medio de la cual los romanos dieron más fuerza al acto. Su validez la hicieron depender de una pregunta y de una respuesta; es el dominio de la palabra que origina la sponsio del derecho civil y la stipulatio del derecho de gentes, que era menos rigurosa al permitir la elección de la lengua en que debía producirse la respuesta.

CONTRATOS LITERIS.—Este tipo de contratos, quizá sea una de las formas a quienes menos corresponda la denominación de

contrato, porque el asiento en el registro llamado *codex*, era mas bien un acto unilateral que ejecutaba el acreedor para hacer constar que había hecho un préstamo; sin embargo, como se requería el consentimiento del deudor y se le reconoció fuerza para crear la obligación civil, queda aquí señalado.

**CONTRATOS RE.**—Desprendiéndose de las dos figuras anteriores, aparecen y el derecho civil sanciona, las que corresponden al comodato, al mutuo, al depósito y a la prenda; en todos se requería la entrega de la cosa seguida de un pacto por el que el deudor se obligaba a devolverla. Se informa que en un principio, la entrega de la cosa no engendrabla obligación contractual y que no fue sino hasta más tarde, cuando la entrega fue causa de obligación civil.

**CONTRATOS CONSENSUALES.**—Sin precisar una fecha exacta en que el acontecimiento se realiza, el derecho sanciona un nuevo tipo de contratos, en el que no se exige como en los anteriores, una forma determinada; se formaban por el solo consensu de las partes y de allí su denominación de contratos consensuales.

Se advierte en este contrato que el rigor de la forma se disminuye. Esto se debe sin duda, a que aún cuando la forma tiene enormes ventajas, también es cierto que adolece de inconvenientes para el desarrollo de las relaciones jurídicas de aquel pueblo que va rompiendo con su tradición religiosa hasta separar su derecho, del derecho religioso.

Como no es posible contener dentro de los textos de derecho, todas aquellas figuras que pueden originarse por las relaciones económicas de aquel pueblo en desenvolvimiento, el derecho que había permitido el quebranto de la forma en los contratos consensuales, dió cabida a los llamados **PACTA ADJECTA** que más tarde se reconocieron como los contratos innominados.

Los *pacta adjecta* fueron en un principio como complemento o modificación de lo estipulado en un contrato; podía hacerse in con-

tinenti o ex intervallo pero siempre en contratos de buena fé; según lo explica Petit en su obra "Tratado Elemental de Derecho Romano" de la que se toman estos datos, cuando se celebraba seguido del contrato formaba parte de él y se tenía acción, pro no sucedía lo mismo cuando se celebraba después de cierto tiempo, porque entonces se le consideraba como pacto aislado que sólo da excepción cuando a quien beneficia tiene el carácter de demandado.

Después del reconocimiento de los *pacta adjecta*, aunque con resistencia, el derecho se vió obligado por razones de equidad, a reconocer la existencia de otros contratos que el derecho no reglamentaba y que las partes ejecutaban mediante prestaciones recíprocas que podían ser de dar o de hacer, quedando reducidas las operaciones de los contratos innominados, a *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* y *facio ut facias*.

Ahora se verá aunque brevemente, cómo se llegó al reconocimiento del contrato innominado:

Las partes saliendo de las figuras contractuales reconocidas por el derecho, celebraban operaciones en las que se estipulaban prestaciones recíprocas, que cumplidas no ofrecían dificultad alguna; pero distinta era la cuestión cuando alguien dejaba de cumplir a lo que se había obligado. El derecho tenía un problema a resolver y se buscaba la fórmula para evitar que uno se enriqueciera a costa del otro. Dos soluciones fueron propuestas: o se le reconoce fuerza obligatoria a la convención y se obliga al deudor a cumplir lo pactado, o se le niega todo efecto a la convención. El derecho romano fue esto último lo que aceptó aunque distinguiendo las prestaciones de dar y las de hacer para conceder al que había dado que la cosa le fuera restituida; pero cuando la prestación era de hacer no concedió ningún recurso.

Esta solución aunque inspirada en la equidad, no era suficiente para resolver el problema que creaban aquellas convenciones no sancionadas por el derecho y en que los particulares se obligaban a prestaciones recíprocas, que no cumplidas, provocaban el que una

de las partes quedara sin defensa. Era necesario encontrar una fórmula y los jurisconsultos romanos luchaban por ella considerando que, la ejecución voluntaria del convenio, era razón suficiente para engendrar la obligación civil; sin embargo, no se ponían de acuerdo ni en el principio que regía a los contratos innominados, ni en la acción que debía concederse al acreedor.

Fue el derecho pretoriano el que sancionó aquellas convenciones celebradas fuera de las formas previstas por el derecho, siempre y cuando fueran lícitas y sin fraude. Es decir, que el pretor para evitar el enriquecimiento ilegítimo, sujeta a la condición indicada, reconoció a esa nueva figura de contrato que ha sido acogida por todas las legislaciones modernas que han consagrado el principio de equidad a que antes se hizo referencia. Ejemplo de lo que se afirma es el artículo 20 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales que se copia:

“Artículo 20.—Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados”.

Ahora bien, cualquiera que haya sido la discusión y los puntos de contacto y de diferencia en las teorías sostenidas por los juristas romanos, hay un hecho fundamental y de gran interés para este estudio, que mientras el derecho no reconoció a esa figura del contrato innominado, la voluntad de los particulares manifestada, no fue capaz de producir ninguna consecuencia jurídica; era una obligación de hecho, mas no de derecho porque la convención por sí misma como acuerdo de voluntades, era como una realidad material a la que el derecho no atribuía ninguna eficacia jurídica.

En este tipo de contratos, debe verse con mayor claridad que en los nominados, que no es la voluntad la que crea la consecuencia

jurídica; pues aunque en ambos hay un acuerdo de voluntades, ese acuerdo es irrelevante si el derecho no lo recoge previamente como supuesto de la norma que ha de regirlo. Y no importa que se haga la observación de que el contrato innominado carece de norma expresa, porque en todo caso, la afirmación resultaría desprovista de realidad jurídica y hace posible demostrar que los contratos innominados, como sus contrarios, también están reglamentados por el derecho, y la consecuencia jurídica se produce en virtud de que la norma lo permite.

Innominado en su sentido etimológico, es aquello que no tiene nombre especial. En derecho, innominado es lo que no se encuentra expresamente reglamentado. El derecho romano antiguo estableció cuatro clases de contratos y los reglamentos; después, ante las circunstancias que se dejan apuntadas, fué sancionando otros contratos hasta llegar a la figura de los innominados; contratos en los que aparentemente y por falta de reglamentación expresa, es la voluntad de los particulares la que crea la consecuencia de derecho; pero visto el problema en su fondo mismo, no es de admitirse que la consecuencia es creada por la voluntad de las partes, porque el contrato o convenio, mientras no esté regido por la norma de derecho, será un acto cualquiera; pero de ninguna manera acto jurídico capaz de producir consecuencias de derecho.

Ahora se verá como el derecho no ha dejado a la libre voluntad del hombre, ni aún en los contratos innominados, el producir la consecuencia jurídica porque al admitir que pueden celebrarse otros contratos distintos a los que expresamente reglamenta, además de estarlos reconociendo, no ha descuidado determinar la causa por la que esa consecuencia ha de producirse.

Por lo tanto, y con el propósito de abreviar para no incurrir en en cansancio que producen los estudios comparativos cuando ello no es necesario, se irá directamente a dos de los artículos del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, que permiten ver con alguna claridad, cómo los contratos innominados no son ajenos a la

reglamentación del derecho y a la vez, demuestran cómo y por qué se produce la consecuencia de derecho cuando hay un contrato de esta naturaleza.

“Artículo 1858.—Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.”

La disposición que contiene este artículo respecto de que los contratos innominados se regirán por las reglas generales de los contratos, indica por sí misma que el derecho reconoce la existencia de este contrato, pero no una existencia libre, sino incorporada a los contratos que él reglamenta. Se hace esta afirmación en virtud de que aún cuando en el propio artículo se expresa, que se regirán también por las estipulaciones de las partes, inmediatamente después agrega: “y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.” La redacción de este artículo es confusa, y tomándola en su letra induce a pensar que, los tres elementos que rigen al contrato innominado son independientes, y que la aplicación de uno de ellos, excluye la aplicación de los otros dos; esto es muy grave, porque tal parece que las disposiciones del contrato reglamentado con que tenga más analogía, sólo serán aplicables cuando falten las estipulaciones de las partes. Es pues necesario recurrir a su interpretación y afirmar fundadamente que en la creación de la relación contractual en esta especie del contrato, se aplican tanto las reglas generales a que se ha hecho mención, como las disposiciones del contrato reglamentado con que más analogía tenga. En cuanto a las estipulaciones de las partes, no se niega que constituyen la expresión de la voluntad para fijar términos y condiciones, pero distan mucho de poder por sí mismas

y con exclusión de las reglas de derecho, crear la consecuencia jurídica.

La observación anterior tiene por objeto el hacer notar que el contrato innominado, precisamente por ser de esta especie, no tiene una reglamentación expresa, pero que a pesar de ello, no es tampoco un contrato en que la sola voluntad de las partes produzca el efecto de obligarlas. Se ha visto cómo, desde sus orígenes, se hizo necesario que el derecho reconociera que, además de las formas reglamentadas había otras convenciones en que las partes estipulaban prestaciones recíprocas que al ser incumplidas dejaban sin defensa a una de la partes, si él, el derecho, no las sancionaba. Del mismo reconocimiento surgieron incuestionablemente las normas determinantes de la consecuencia jurídica.

La contradicción en lo que se afirma, es aparente y la provoca el término mismo: *contrato innominado*, es decir, no reglamentado, pero en cuanto se acude al artículo que se comenta, es necesario concluir que el contrato innominado en cuanto a su género, está sujeto a las reglas generales de los contratos que como se verá por el artículo 1839 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, no pueden dejar de cumplirse por la voluntad de las partes; en cuanto a su especie, serán las disposiciones del contrato con el que más analogía tengan, las que se apliquen. No es en resumen, la voluntad de las partes la que determina la consecuencia, como tampoco determina la aplicación de las normas reguladoras.

Como no es posible hablar aisladamente de este artículo y se impone el relacionarlo con otro, o con otros del mismo ordenamiento, se hace especial referencia al 1839 ya citado en el párrafo anterior para demostrar en cuanto sea posible, que las disposiciones que contienen, autorizan para afirmar que la voluntad de las partes no es libre para crear la consecuencia jurídica.

“Artículo 1839.—Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes: pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.”

La disposición que este artículo contiene debe tenerse como una de las reglas generales de los contratos, regla que es aplicable a los innominados en los términos del artículo 1858 del Código Civil ya mencionado.

La redacción del artículo 1839, no es tan clara como fuera de desearse; sin embargo, se advierte que las cláusulas que los contratantes pueden poner, no serán en ningún caso contrarias a requisitos esenciales ni a las reglas que expresamente regulen al contrato, y aún en el caso de los innominados, contrarias a las disposiciones que por analogía deban regirlos.

Lo dicho respecto a los contratos innominados en general, así como sobre las disposiciones contenidas en los artículos 1839 y 1858 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, permiten afirmar una vez más, que ni aún en este caso en que se presume ausencia de normas que regulen a la figura del contrato innominado, es la voluntad la que produce la consecuencia de derecho.

#### **Sección V.—Los actos de toma de posición y de aprehensión**

Después de haber transitado por la teoría de la escuela clásica apuntando las teorías que se levantaron en su contra, sin omitir esfuerzo para demostrar por medio del contrato innominado que ni aún en ese caso, es la voluntad la que produce la consecuencia de derecho, es necesario volver al acto jurídico para continuar su estudio a través de una de las doctrinas más apasionantes, como es la

Escuela de Viena, que en su desenvolvimiento, ha provocado ataques, dudas y hasta rectificaciones de sus propios discípulos.

Nadie ignora que los juristas cuando han hablado del acto jurídico, ha sido como un acto de voluntad, fuente principal de las obligaciones; pero en realidad, el acto jurídico no ha sido estudiado por ellos con la profundidad con que lo ha hecho la Escuela de Viena y en la que ahora hay que situarse siguiendo a los exponentes más destacados de su doctrina.

Schreier, discípulo de Kelsen, en su obra "Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho", trata de resolver el problema de la esencia del derecho.

El derecho es considerado por él como una ciencia independiente, cerrada, que no admite definición en los términos de la lógica tradicional de género próximo y diferencia específica, y por tanto estudia los conceptos fundamentales que lo integran. El estudio lo realiza a través de un análisis fenomenológico y lo inicia diciendo: "que el mundo sólo, nos es dado en la conciencia" y que mundo y conciencia están íntimamente relacionados. El acto particular de conciencia tiene un objeto porque su nota característica es su "intencionalidad." El objeto y el acto se encuentran identificados "y a la peculiaridad del objeto corresponde la del acto." El objeto se representa en el acto y se le llama "constitución del objeto."

El objeto del que se tiene conciencia, siempre está referido a los objetos reales; pero dentro de lo fenomenológico se da el caso inverso porque entonces se va hacia el acto en que se encuentra "significado", es decir, el acto puro en donde el acto se convierte en objeto. Ya se verá después cómo el objeto del acto jurídico es la norma.

Para que la exposición de esta doctrina facilite el desarrollo del tema central, es necesario dejar apuntados los cuatro elementos del acto de expresión: 1º Expresión material; 2º Significación; 3º El objeto y 4º Lo percibido en la intuición sensible. Este cuarto ele-

mento es importante porque tendrá que referirse más adelante al hecho material que representa al derecho como concepto.

Lo dicho anteriormente permite entrar al estudio del acto jurídico, dando en primer término la definición de Schreier:

“Acto jurídico es aquel en que el derecho se constituye, es decir, un acto referido intencionalmente a éste.”

Esta definición distinta a todas las que hasta hoy se han dado del acto jurídico, levanta el interés por saber cómo se constituye el derecho en el acto jurídico, pero también despierta dudas muy serias sobre su factibilidad, dudas que sólo pueden aniquilarse siguiendo al autor en la exposición de su doctrina.

Adviértase desde luego, que Schreier considera que la creación del derecho no es como se ha creído, obra exclusiva del legislador o del juez, sino que en el sentido que él le otorga al término, el derecho puede ser creado “por cualquier sujeto que dirija su mirada hacia el mismo.” “Precisamente porque la creación del derecho no es una creación determinada por la voluntad, sino por una norma que es el objeto del acto.

En todo acto de creación jurídica, hay dos actos que por su naturaleza misma no se dan separados. Schreier les llama “toma de posición” y “aprehensión”. Sus notas distintivas pueden hacerse consistir en que el primero es acto complejo y dependiente, en tanto que el segundo, es simple e independiente; se caracterizan también porque el acto de toma de posición no puede existir por sí mismo sino que requiere de otro en el cual se apoya, y anticipando lo que más adelante se dirá, ese otro acto es el de aprehensión, que como juicio simple no requiere de complementación y constituye, con las palabras del autor, “la infraestructura de todos los actos fundados, los de toma de posición.”

El acto de toma de posición es un acto voluntario que carece de fuerza propia para crear el derecho y necesita unirse al acto de aprehensión. Es necesaria la fusión y el derecho no se constituye en

esa virtud, en el acto de toma posición sino en la aprehensión donde se encuentra contenido el derecho del que el sujeto tiene conocimiento. Por ello puede decirse que el objeto del acto jurídico en el sentido fenomenológico a que ya se ha hecho mención, es la norma en la cual se encuentra significado el acto.

Sin pretender alterar la esencia de estos dos actos, se recurre al ejemplo como medio de explicación.

En la mayoría de los casos el hombre tiene libertad para celebrar o dejar de celebrar un acto jurídico y nadie podría obligarlo a lo contrario, salvo el derecho mismo en determinadas circunstancias. Hay que suponer que el sujeto tiene voluntad de celebrar un acto jurídico para crear un derecho; lo primero que hará será "tomar una posición" que puede ser la de comprador o vendedor, si es que el contrato es de compra-venta. Como no basta el que haya tomado su posición, inmediatamente después piensa en las normas jurídicas que regulan a ese contrato, pues sabe que hay que llenar ciertas condiciones y requisitos que en ellas se encuentran contenidos y ejecuta el acto de "aprehensión" en el que el efecto se produce. Así es como su acto de conciencia con intuición sensible, es decir, con un objeto real, encuadra en un objeto irreal como es la norma, para que el efecto se produzca. El acto de aprehensión pues, es indispensable para que el de toma de posición adquiera fuerza jurídica. Ahora bien, ampliando el ejemplo, puede decirse que la toma de posición, como acto voluntario, puede repetirse dentro de ese mismo contrato, pero tantas cuantas veces se repita, requerirá del acto de aprehensión, o dicho de otra manera, cada vez que el sujeto haga uso de su libertad para tomar una posición, tendrá necesidad de ejecutar el otro acto en el cual se apoya, como se verá en la ampliación del ejemplo. Dentro del contrato, las partes pueden señalar cláusulas en uso de la facultad que el derecho les otorga, toman desde luego esa posición, pero las cláusulas deben ser ajustadas a algo que no se encuentra dentro de la conciencia misma del sujeto, por ello, como en el acto primario, tendrá que aprehen-

der la norma o normas que regulen la posición. Con lo cual se está en aptitud de comprobar que la creación del derecho, no es originaria porque no es el acto voluntario el que la determina, sino la norma a la cual se aprehende.

Se dijo que el acto de toma de posición es un acto voluntario en el cual el sujeto goza de libertad para hacer o dejar de hacer, pero se indicó la salvedad de aquellos casos en que la ley lo obliga a tomar una posición. Se dará por tanto, un ejemplo concreto para justificar la afirmación.

La ley Federal del Trabajo, establece que el patrón o empresario, está obligado a celebrar contrato colectivo de trabajo con sus trabajadores. La libertad del patrón no se quebranta, y como en el ejemplo anterior, puede también celebrar o dejar de celebrar ese contrato, pero en este último caso se produce algo, lo inusitado tal vez, porque el patrón en contra de su voluntad y por un procedimiento especial, es obligado por la misma ley a tomar una posición que no desea, y además a ejecutar el otro acto, el de aprehensión, para que el derecho se constituya. Como éste, podrían darse otros muchos ejemplos que se fundan en la protección que el derecho concede en determinados casos.

De los dos actos que son el tema de esta sección, no es posible todavía hacer conclusiones sobre el acto jurídico en la doctrina sustentada por Schreier, porque sin temor a la exageración, bien puede decirse, que apenas si nos ha colocado en el umbral de ella. Sin embargo, puede adelantarse que estos dos actos, indican inequívocamente, que la voluntad no es como tantas veces se ha dicho, la que determina el efecto o consecuencia de un acto jurídico, sino que son la voluntad expresada en la toma de posición y la norma aprehendida, las que dan origen al derecho que en el acto se crea.

Sección VI.—Supuesto de derecho y consecuencias jurídicas

En la sección V de este trabajo, se habló de los actos de toma de posición y de aprehensión que forman al acto jurídico, y se dijo respecto de ellos, que no se daban separados. Como objeto del acto jurídico se señaló a la norma de derecho, que por ocupar un lugar preeminente en la creación jurídica, exige se le dedique mayor atención.

Adviértase desde luego, que para Schreier los objetos jurídicos no son hechos de la naturaleza, "porque el derecho no es ciencia experimental y las leyes que formula no están sujetas a modificaciones, ni se destruyen por observaciones nuevas". "La causalidad —dice— nada tiene que ver con el derecho." Las normas jurídicas por tanto, son atemporales como atemporales son los conceptos.

El derecho es irreal porque como se acaba de decir, es concepto, pero los conceptos se manifiestan en el mundo objetivo, y no precisamente a través del concepto mismo, sino de hechos materiales que Schreier llama "portadores del derecho". Ahora bien, esos hechos son los jurídicamente regulados, sin que sea necesario decir lo que es la regulación jurídica porque de todos es sabido en qué consiste.

En la definición se dijo que el acto jurídico era aquel en que el derecho se constituía, y es lo que se está tratando de saber; por eso, después de dejar sentado en los párrafos anteriores que los conceptos se manifiestan en los hechos, se pasa a conocer cuál es la función de la norma en la creación jurídica.

En toda norma jurídica se encuentran contenidos siempre un supuesto y una consecuencia, ambos son conceptos relativos que requieren de un enlace para que se produzca la obligatoriedad del acto, obligatoriedad que solamente se logra por la "aprehensión de la norma jurídica como relación." Advirtiéndose que tanto los conceptos relativos como la relación se encuentran en el mismo acto, es decir,

no están separados, pues se recordará que el acto llamado "toma de posición", acto complejo y dependiente, está seguido del impulso de las partes para encontrar la norma jurídica, norma que es aprehendida y considerada como juicio independiente, y en la que se constituye el derecho propuesto, o dicho de otra manera, la obligatoriedad del acto como efecto.

Del enlace mismo de la consecuencia y el supuesto, se produce el nexo obligatorio, sin que pueda decirse que del hecho jurídico concreto se derive esa consecuencia, porque como se ha venido repitiendo, no es de su naturaleza el crearla. "Todo efecto, dice Schreier, surge de acuerdo con una ley que enlaza entre sí, como algo nuevo, el fundamento y la consecuencia."

Se ha hablado del supuesto y de la consecuencia jurídica considerados como conceptos relativos, pero téngase presente que todos los conceptos y entre ellos los relativos, tienen sus representantes en los hechos; de tal manera, que el concepto supuesto puede manifestarse en un hecho material y que en el acto jurídico puede ser la declaración de voluntad como en el testamento, o acuerdo de voluntades como el contrato. Lo mismo puede decirse de la consecuencia como concepto, pues en cuanto se realiza el supuesto, se traduce en un hecho material de obligatoriedad.

Schreier dice que hecho jurídico y supuesto jurídico, los considera como sinónimos, con lo cual se advierte que cuando se habla de hecho jurídico, se hace referencia al supuesto contenido en la norma. Agrega después las definiciones dadas por Eltzbacher y Thur que en su orden dicen: "El hecho jurídico es la faceta condicionante en el precepto de derecho". "Suele darse el nombre de hecho jurídico a la totalidad de acontecimientos que, al realizarse, deben producir la consecuencia de derecho".

Establece como principio una ley de causalidad jurídica: "No hay consecuencia de derecho sin supuesto jurídico". "Ninguna modificación de la consecuencia jurídica sin la correspondiente modificación del supuesto jurídico."

De todo lo dicho se puede llegar a la conclusión de que efectivamente el acto jurídico es un acto en que el derecho se constituye, porque el objeto de ese acto es la norma que con todos sus elementos, permite que el derecho o efecto se produzcan en ese acto en que el derecho es dado. Las partes lo único que hacen es ajustarse al contenido de la norma jurídica para que el nexo de obligatoriedad surja del enlace entre el supuesto y la consecuencia. Toma de posesión y acto de aprehensión forman el acto jurídico, y no es necesario repetir ahora lo que sobre ellos ya se dijo en otra parte de este trabajo.

#### Sección VII.—El Contrato y el Tratado en la Doctrina de Hans Kelsen

Antes de llegar al final de este capítulo en que ha de intentarse la distinción entre el efecto y la consecuencia de derecho, es indispensable hacer referencia a uno de los exponentes más distinguidos de la doctrina de la Escuela de Viena, Hans Kelsen que en su obra que sirve de título a esta Sección, orienta hacia esa distinción que se considera necesaria para evitar los conflictos que provoca la redacción del artículo 13 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

El título mismo de la obra que se ha citado, indica que Hans Kelsen no se refiere al género acto jurídico, sino a una de sus especies: el contrato.

Hace una crítica en torno de la definición tradicional sobre la convención, que dice: "Convención es la concordancia de voluntades de dos o varios sujetos, tendiente a producir un efecto jurídico, es decir, a crear o extinguir una obligación y el derecho subjetivo correspondiente", con lo cual está considerando a la convención como acto voluntario en el que solamente se aplica el derecho, y le desconoce su función tan importante como es la de crear el derecho.

Aquí se vuelve a encontrar una creación de derecho como en