

301909

19
201



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

**PLANTEL SAN RAFAEL
ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**LA NULIDAD DE JUICIOS CONCLUIDOS
POR PROCESO FRAUDULENTO EN
MATERIA MERCANTIL**

T E S I S

**Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a**

HOMERO FABRISIO BONILLA HERNANDEZ

**Primera Revisión Segunda Revisión
Lic. Leticia Araiza Méndez Lic. Martín Martínez Vargas**

**México, D. F. TESIS CON 1993
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCION.	1
CAPITULO UNO	
LA MODIFICACION DE LAS RESOLUCIONES FIRMES.	
I.- LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 94 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.	8
1.- El juicio de alimentos.	11
2.- La patria potestad.	13
2.1.- Terminación de la patria potestad.	14
2.2.- Pérdida de la patria potestad.	15
2.3.- Suspensión de la patria potestad.	17
3.- La incapacidad jurídica de la persona (interdicción).	19
4.- La jurisdicción voluntaria.	20
5.- El fundamento general de la modificación de las resoluciones firmes.	22
II.-LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 531 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.	23

CAPITULO DOS

LA SUPREMACIA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

I.- LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 133 CONSTITUCIONAL.	28
1.- La doctrina francesa.	32
2.- La doctrina norteamericana.	36
3.- La opinión de Hans Kelsen.	39
3.1.- El orden jurídico y su graduación.	39
3.2.- El orden jurídico como serie de actos creadores.	40
3.3.- El significado de la norma fundamental.	42
3.4.- La Constitución y la graduación del orden jurídico.	43
3.5.- La jurisdicción.	44
3.6.- La voluntad de las partes como negocio jurídico y acto de ejecución.	45
3.7.- El conflicto entre normas jurídicas.	46

CAPITULO TRES

LA TEORIA DE LA IMPREVISION COMO DERECHO POSITIVO

I.- LA EVOLUCION DE LA CLAUSULA "REBUS SIC STANTIBUS".	50
1.- Antecedentes históricos.	50
2.- La buena fe.	52
3.- La equidad.	56
4.- La doctrina y la legislación.	59

II.- LA CLAUSULA "REBUS SIC STANTIBUS" EN EL ORDEN INTERNACIONAL.	64
---	----

III.-LA CLAUSULA "REBUS SIC STANTIBUS" EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE.	68
--	----

CAPITULO CUATRO

EL PROCESO FRAUDULENTO

I.- LA NULIDAD DE LOS JUICIOS CONCLUIDOS.	72
---	----

1.- El desvío del proceso, unilateral y bilateral.	75
--	----

2.- Titulares de la acción de nulidad.	78
--	----

2.1.- La opinión de Francesco Carnelutti y su crítica.	82
--	----

2.2.- La responsabilidad de la forma ilícita.	87
---	----

3.- La opinión de José Luis Estevez.	89
--------------------------------------	----

4.- El fraude a la ley.	92
-------------------------	----

III.- LA APELACION EXTRAORDINARIA.	97
------------------------------------	----

1.- El plazo para el ejercicio de la acción.	97
--	----

III.- EL JUICIO CONCLUIDO EN MATERIA MERCANTIL.	100
---	-----

1.- Naturaleza de las obligaciones mercantiles.	100
---	-----

2.- El principio de conservación de las empresas.	106
---	-----

CONCLUSIONES.	108
---------------	-----

BIBLIOGRAFIA.	113
---------------	-----

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

Es labor del jurista indagar sobre la regla de derecho vigente relativa al caso que se propone estudiar. Una vez hallada la norma aplicable, debe el jurista entenderla cabalmente, interpretar lo que dice y las consecuencias implícitas que ella contiene.

Acontece que la norma hallada no constituye algo suelto o inconexo, antes bien se halla estrechamente integrada con otras, que forman la estructura de lo que se llama una institución jurídica. Por eso, para calibrar correctamente el sentido y el alcance de la norma encontrada, precisa articularla con otra serie de preceptos, cuyo conjunto organizado constituye el cuadro completo de una institución. De ahí que el jurista tenga también que proceder a lo que se denomina construcción de la institución.

Pero además ocurre que aún cuando una institución tiene, dentro del mundo jurídico, una cierta autonomía, no está enteramente aislada de las demás instituciones, sino que está trabada con ellas por múltiples nexos y correlaciones, y por ello, regularmente se observa que todas las instituciones de un ordenamiento jurídico, como sistema de normas jurídicas,

se entrelazan mutuamente y se supone que forman una especie de todo organizado. Por ello, sólo una visión global del conjunto, es la base para proceder a la explicación sistemática de todos los componentes del orden jurídico en vigor. En esta tarea, el jurista debe, además, zanjar las contradicciones que existen entre dos o más preceptos que tienen la pretensión de estar igualmente en vigor.

Paralelamente, las tareas encomendadas al estudioso del derecho, requieren una constante reelaboración, en la medida en que transcurre el tiempo, como consecuencia de los cambios y transformaciones que se verifican en la realidad social.

Con lo dicho hasta aquí, se resume, parcialmente, la descripción de una de las tareas más importantes encomendadas a los juristas. Pero en el caso concreto, el problema es mucho más complicado, porque no existe un precepto legal que expresamente regule la institución jurídica objeto de este trabajo, como es, la acción de nulidad de los juicios concluidos por procesos fraudulentos en la materia mercantil. Consecuentemente, hemos tenido que indagar, entre la pluralidad de normas, aquéllas cuya interpretación pueda servir de fundamento a nuestras pretenciones.

Así pues, la llamada interpretación no es algo tan relativamente simple, como se había creído durante mucho tiempo: la interpretación no consiste sólo, como ingenuamente se ha dicho tantas veces, en esclarecer el sentido de la norma, en entenderlo. Por el contrario, la interpretación comprende un enjambre de operaciones mentales recíprocamente entrelazadas de modo solidario o inescindible. No puede haber interpretación abstracta de las normas jurídicas, sino que la interpretación tiene que lograrse siempre en función con el estudio de las realidades concretas, a las cuales van a ser aplicadas las normas. Y tiene que lograrse además, en conexión con las valoraciones que inspiran el orden jurídico positivo vigente.

En esta investigación, el problema de la nulidad de los juicios concluidos, se aborda desde dos perspectivas fundamentales: la primera se refiere al cambio de las circunstancias como fundamento para poder modificar o alterar una resolución firme. Y la segunda, se enfoca sobre la violación al orden público y la colusión de los litigantes, también como base para poder modificar o alterar una sentencia ejecutoria.

En cuanto al cambio de las circunstancias, conocida en la doctrina como teoría de la imprevisión, encontramos como único fundamento jurídico, la denominada cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", contenida en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Como esta norma, inicialmente nos pareció insuficiente para comprobar que el cambio de circunstancias es fundamento para modificar una resolución firme, en nuestra búsqueda encontramos algunos preceptos legales que expresamente permiten la alteración o modificación de ese tipo de resoluciones, cuando las circunstancias cambien, y que afecten el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente, como es el caso de los artículos 64 y 531 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en vigor, supletorio del Código de Comercio, y por lo mismo, este trabajo lo iniciamos con un breve análisis de las hipótesis concretas que prevén esos numerales, y como esos supuestos normativos, guardan una íntima relación con la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", entonces, analizamos el principio de la supremacía constitucional y la interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para comprobar que la teoría de la imprevisión, forma parte no sólo del orden jurídico internacional, sino que es perfectamente aplicable a nuestro derecho positivo vigente, porque es ley suprema de toda la unión.

Al interpretar el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, supletorio del Código de Comercio, en forma muy breve, comentamos el por qué, en los negocios jurídicos relacionados con los alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria, y los demás que prevengan las leyes, se permite modificar o alterar, en función del cambio en las circunstancias imperantes, una resolución firme, pues esas materias guardan un íntimo vínculo con la transformación del ser humano y de la realidad social. Y por lo que respecta al artículo 531 del mismo ordenamiento, resaltamos el hecho de que las sentencias o convenios judiciales, aunque se encuentren firmes, también pueden ser motivo de alteración, pues son las partes quienes pueden renunciar a los derechos obtenidos en una sentencia, o bien modificarlo, por efecto de causas supervenientes, voluntarias o involuntarias.

En la interpretación del artículo 133 Constitucional, resaltamos la doctrina francesa, la norteamericana, y sobre todo la importante opinión de Hans Kelsen.

La cláusula "Rebus Sic Stantibus", a su vez, es interpretada por sus alcances, en el orden internacional, y en el derecho positivo vigente, apoyándonos en un análisis sobre la evolución histórica de esa cláusula, que hoy consideramos

será trascendental admitir en nuestro derecho, sobre todo en estos momentos en que el mundo se divide en bloques económicos, y es inminente que la actividad económica se desarrollará al amparo de tratados internacionales en materia comercial, en los que la ética y la buena fe, serán el común denominador de los negocios, y consecuentemente, de la industrialización de nuestra economía.

Finalmente, analizamos las violaciones al orden público y la nefasta colusión de los litigantes, en un proceso judicial, como base para poder modificar o alterar una resolución firme, y consideramos de gran valor rescatar la idea de que la misión del derecho es la justicia, y que la utilización anormal de los procedimientos judiciales, está terminantemente prohibida, ya sea en el orden nacional o internacional, aunque no exista precepto que expresamente lo diga, porque habrá de ser la ética, como actitud frente a la vida, la única que podrá permitir la cohabitación comercial entre extranjeros y nacionales, y por lo tanto, el único valor que permitirá que nuestra economía crezca, pues no debe olvidarse -al decir de Carnelutti- que el derecho es la ética de la economía.

CAPITULO UNO

LA MODIFICACION DE LAS RESOLUCIONES FIRMES

I.- LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 94 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

1.- El juicio de alimentos.

2.- La patria potestad.

2.1.- Terminación de la patria potestad.

2.2.- Pérdida de la patria potestad.

2.3.- Suspensión de la patria potestad.

3.- La incapacidad jurídica de la persona (interdicción).

4.- La jurisdicción voluntaria.

5.- El fundamento general de la modificación de las resoluciones firmes.

II.-LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 531 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

CAPITULO UNO

LA MODIFICACION DE LAS RESOLUCIONES FIRMES.

I.- LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 94 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

El conocimiento que los juristas tienen acerca de la inmutabilidad de las resoluciones firmes, no debe entenderse en términos absolutos, porque el orden jurídico, como sistema de normas jurídicas, ciertamente quiere tanto la validez de la norma constitucional, como la validez de la norma inconstitucional, pues sólo así se concibe que el derecho cuente con un derecho antijurídico, pues la norma inconstitucional de ningún modo ha de considerarse nula, sino que es una instancia especial la que debe declararla nula, esto es, un procedimiento regulado por la propia Constitución.

De igual manera, en el campo del derecho procesal, el sistema de normas jurídicas, busca una solución a los conflictos, que sea finita, y como consecuencia de esta búsqueda, se ha consagrado el principio conocido como "*Cosa Juzgada*", de la cual, como institución jurídica, dimanar diversos efectos de carácter trascendental. Incluso se dice que la cosa juzgada "es un título legal irrevocable, y en principio injutable,

que determina los derechos del actor y del demandado y que tiene su base en lo fallado por el juez"(1). Pero, como ya se dijo, esa institución jurídica no puede tener un carácter definitivo, porque si bien es cierto que una resolución firme pone fin a una controversia, no debe olvidarse que esa inmutabilidad de la resolución, puede ser impugnada o destruida, por las mismas partes que participaron en la contienda judicial o por terceros, y en consecuencia, los alcances de esta institución no pueden extenderse en forma indiscriminada a todas las sentencias o resoluciones que pongan fin a una controversia, por la básica consideración de que las propias partes pueden renunciar a los derechos obtenidos por una sentencia, o bien, pueden impugnar el procedimiento mediante la cual se obtuvo ésta, y por lo tanto, consideramos que la institución denominada "cosa juzgada", no tiene el alcance que la doctrina y los jueces pretenden darle.

En efecto, como se verá a lo largo de este trabajo, la validez y permanencia de las resoluciones, aunque hayan sido declaradas firmes, está condicionada a la subsistencia de las mismas circunstancias que sirvieron de base para emitirla, y tan es así, que el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece en su segundo párrafo lo siguiente:

(1) Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Edit. Porrúa, México, 1960. p. 178.

"Art. 94.-... las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse, cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente."

De la simple lectura de este precepto se desprende el mandamiento de la ley, a virtud del cual todas las sentencias, aunque tengan el carácter de firmes, esto es, que hayan causado ejecutoria, y que se hayan dictado en negocios jurídicos relacionados con alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción y jurisdicción voluntaria, pueden alterarse o modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente, y estos supuestos, lógicamente se sustentan en la naturaleza de la vida misma, su transformación y ajuste a las necesidades cambiantes del hombre, que la propia sociedad impone(2), pues debe tenerse presente que los problemas y necesidades del hombre cambian según se transforma la propia sociedad, pues ante todo, como lo decía Aristóteles, el hombre es un ser eminentemente social, y por ello; el precepto en comento, que es derecho

(2) Talcott Parsons, el más conspicuo representante de la escuela funcionalista, en su análisis sobre el "sistema social", explica que la organización social puede ser analíticamente representada y transportada en un modelo formal, conceptual y abstracto, en el que el punto de partida es la "acción", la que define como toda conducta humana, individual o colectiva, consciente o inconsciente; conducta humana que debe entenderse en su sentido más amplio, incluyendo no solamente los componentes exteriormente observables, sino por igual los pensamientos, los sentimientos, las aspiraciones, los deseos, etc., y, en opinión de Parsons, esto es así porque la conducta humana se coloca siempre y

positivo vigente, reconoce el cambio de las circunstancias o la llamada Teoría de la Imprevisión, como una de las razones y fundamentos que permiten alterar y modificar una sentencia firme.

A continuación, me permito un breve comentario, sobre cada una de esas hipótesis en particular, en las que se permite, que por razones de circunstancias cambiantes y de equidad, es posible variar el contenido de una resolución firme, para adaptarla, o mejor dicho, para readaptarla y acomodarla a las nuevas exigencias y circunstancias que imperan, por lo que debe reconocerse la aplicación en nuestro derecho positivo vigente de la cláusula conocida como "*Rebus Sic Stantibus*".

1.- El juicio de alimentos.

Es bien sabido que la obligación de dar alimentos es recíproca, pues el que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos.

Los cónyuges deben darse alimentos, la ley determina cuándo queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y en otros casos que la misma ley señala. Incluso, los

(2) el mismo tiempo en cuatro contextos: el biológico, con sus necesidades y exigencias; el psíquico que es el de la personalidad; el social, relativo a las interacciones entre los actores y los grupos; y el cultural, que es el de las normas, modelos, valores, ideologías y conocimientos, clasificación que, ciertamente, sólo en el plano analítico o teórico se puede establecer, pero no deja de ser interesante que esa interpretación funcionalista sobre el sistema social, es una de las mejores explicaciones que demuestran que la conducta del hombre está orientada por el propio sistema social al que le corresponde la función de integración. *Bottomore, T.B. "Introducción a la Sociología".

concubinos están obligados en igual forma, a darse alimentos si se satisfacen los requisitos que señala el artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal(3). De hecho los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos y a falta de éstos o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximas en grado, y a su vez los hijos están obligados a dar alimentos a los padres, y de igual manera, a falta de ellos o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado, y a falta de ellos o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre, o bien los parientes colaterales hasta dentro del cuarto grado, claro está, que la obligación de los hermanos y demás parientes colaterales mencionados, de dar alimentos a los menores, permanece hasta que éstos cumplen la mayoría de edad, y por lo que hace a los parientes dentro del grado mencionado, la obligación de dar alimentos se extiende a los parientes que fueren incapaces, lo que pone de manifiesto que por imperio de la ley, la obligación de dar alimentos se extiende en un abanico muy amplio, porque al Estado le corresponde tutelar estos derechos, para salvaguardar la propia existencia humana.

(3) Artículo 1635.- La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que procedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará)

Los alimentos comprenden, desde luego, la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en los casos de enfermedad y, respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales, por lo que en esta materia, se ha consagrado el principio de que la obligación de dar alimentos toma en cuenta la capacidad económica de quien los da y la necesidad de quien los recibe, y por ello, es lógico comprender que se admita la posibilidad de alterar o modificar la sentencia definitiva que hubiere resuelto un problema de alimentos, porque las circunstancias cambian, es decir, la necesidades de recibir alimentos y la capacidad económica de quien los da, necesariamente varían en el tiempo, de tal suerte que si una resolución definitiva, que ha causado ejecutoria, condenó al deudor alimentario al pago de una cantidad determinada, sería injusto e inequitativo, que prevalecieran los efectos de la excepción de cosa juzgada, cuando las necesidades del acreedor alimentario hubieren variado considerablemente, pues por concepto de alimentos no se puede aceptar que el acreedor alimentario reciba una cantidad igual en su infancia, que en la adolescencia, hecho que no requiere mayores explicaciones ni ejemplos.

2.- La patria potestad.

La patria potestad se ejerce, por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela paternos, o por el abuelo y la abuela maternos, sobre la persona y los bienes de los hijos, ya sean nacidos de matrimonio, o bien, cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ambos ejercen la patria potestad, por lo que a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente, en tanto que los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, pero el caso es que la patria potestad, está sujeta a una serie de eventualidades, cuyo rasgo distintivo es la mutabilidad y, excepcionalmente tienen el carácter de definitivo, razones por las cuales, en estos supuestos, es posible variar cualquier resolución o sentencia firme, cuando cambien las circunstancias que dieron origen a la terminación, a la pérdida o a la suspensión de la patria potestad, y en apoyo de lo anterior me permito comentar lo siguiente:

2.1).- Terminación de la patria potestad.

En efecto, la patria potestad se acaba:

- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en

quien recaiga.

- Con la emancipación, derivada del matrimonio.
- O porque el hijo adquiriera la mayoría de edad(4).

2.2).- Pérdida de la patria potestad.

La patria potestad se pierde:

- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves(5).

Debe destacarse que esta causal contempla dos hipótesis distintas. En cuanto a la segunda, que es realmente la que nos interesa resaltar, consideramos que aún la "condena expresa", que desde luego, se refiere a una sentencia firme, no goza de los efectos trascendentales de la cosa juzgada, ya que por imperio del segundo párrafo del artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que ya se transcribió, las resoluciones judiciales firmes dictadas en los negocios relacionados con la patria potestad, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente, y por lo tanto, aquí

(4)Artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal).

(5)Artículo 444 fracción I del Código Civil para el Distrito Federal).

encontramos un conflicto de normas, entre lo dispuesto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, respecto de lo dispuesto en la fracción I del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, y al respecto, consideramos que debe prevalecer el principio que contempla el primero de los numerales invocados.

- En los casos de divorcio(6), se debe tener presente que el juez, en la sentencia, gozará de la más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según sea el caso, habida cuenta de que inclusive el juez, puede llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, o inclusive designar tutor.

Esta hipótesis confirma que el bien jurídico protegido en los casos relativos a la patria potestad, es la familia, su permanencia e integración, cuya tutela corresponde al Estado, y como ese bien jurídico está sujeto a eventualidades propias del desarrollo de la familia, es por lo que cualquier resolución firme en relación con el ejercicio, pérdida o suspensión de la patria potestad, puede alterarse o modificarse cuando cambien las circunstancias que sirvieron de base al juicio correspondiente.

(6) Artículo 444 fracción II del Código Civil para el D.F.

- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiere comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando estos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal(7).

Esta hipótesis tiene que ser medida en sus alcances, porque el avance de las ciencias médicas en la actualidad, mediante los tratamientos adecuados, han permitido, excepcionalmente, a muchos padres reivindicarse con su familia, dejando atrás problemas de alcoholismo, drogadicción, etc. -tan solo por citar los ejemplos más comunes- y sería injusto pensar que se les privara a los padres de una segunda oportunidad para ejercer la patria potestad, pero siempre y cuando, el juez del conocimiento analice en forma minuciosa el caso.

- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

(8)

2.3.- Suspensión de la patria potestad.

La patria potestad se suspende:

- Por incapacidad declarada judicialmente (9).

(7) Artículo 444 fracción III del Código Civil para el D.F.).

(8) Artículo 446 fracción IV del Código Civil para el Distrito Federal).

(9) Artículo 447 fracción I del Código Civil para el D.F.)

En este caso la ley no distingue si se trata de una incapacidad temporal o permanente, y si imaginamos una incapacidad temporal, también sería injusto pensar que una vez desaparecida la causa de incapacidad física o mental, se les privara a los padres de una segunda oportunidad para pedir la revisión de la sentencia que los hubiere condenado a la suspensión del ejercicio de la patria potestad, y por tanto una resolución firme, a propósito de una causa de suspensión del ejercicio de ese derecho, por incapacidad declarada judicialmente, por definición e imperio de la ley, puede ser motivo de una modificación, cuando las circunstancias hubieren variado o haya cesado la causa de incapacidad.

- Por la ausencia declarada en forma (10).

Al respecto el propio procedimiento de declaración de ausencia o presunción de muerte prevé la posibilidad de dejarlo sin efectos, cuando la persona regrese al lugar de su residencia ordinaria, y por lo mismo una resolución firme que suspenda, por este motivo, el ejercicio de la patria potestad, puede alterarse o modificarse cuando se declare ineficaz el procedimiento respectivo.

(10) Artículo 447 fracción II del Código Civil para el D.F.)

- O por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión (11).

3.- La incapacidad jurídica de la persona (interdicción).

El estado de incapacidad civil en que se encuentra una persona, ya sea por su edad o por enfermedad mental, es desde luego una causa por la cual la sentencia firme dictada en negocios relacionados con el estado de interdicción, puede alterarse o modificarse, ya que son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los incapacitados, sin la autorización del tutor, en la inteligencia de que al administrar el caudal de los incapacitados, como lo ordena la fracción IV del artículo 537 del Código Civil para el Distrito Federal, el pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciseis años y de igual manera son nulos los actos de administración (12) y los contratos celebrados por los menores emancipados, ya que éstos en tanto no alcancen la mayoría de edad, si bien tienen la libre administración de sus bienes, requieren de autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de los bienes raíces y además requieren de un tutor para negocios judiciales, nulidad que puede ser alegada, ya

(11) Artículo 447 fracción III del Código Civil para el D.F.

(12) Artículo 635 del Código Civil para el Distrito Federal

sea como acción o como excepción, por el mismo incapacitado o por sus legítimos representantes.

4.- La jurisdicción voluntaria.

La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas (13), y en este tipo de trámites, la ley establece que se oirá al Ministerio Público, cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos, cuando se refiera a la persona o bienes de menores o incapacitados, cuando tenga relación con los derechos o bienes de un ausente y, en general, cuando así lo dispusieren las leyes.

Por otra parte existe lo que se conoce como Jurisdicción Contenciosa, la cual se deriva, en el caso de que a la solicitud presentada se opusiere parte legítima, entonces, por imperio de la ley, el negocio se continuará conforme al procedimiento contencioso, de acuerdo con la naturaleza del asunto.

De lo anterior se concluye que la resolución de jurisdicción voluntaria, por sí, no produce el efecto y trascendencia de la cosa juzgada, en tanto que una controversia jurisdiccional, por regla general, al ser resuelta en

(13) Artículo 893 del Código de Procedimientos Cíviles para el Distrito Federal),

definitiva, lleva consigo la calidad de la cosa juzgada que, como se ha comentado, es un término que debe medirse en sus alcances, y en apoyo de lo anterior, basta remitirnos a las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de las que claramente se desprende que el propio juez tiene la facultad inclusive de revocar las decisiones que hubiere dictado en jurisdicción voluntaria, toda vez que la base sobre la que descansan es la conformidad, y cuando algún elemento perturbe la misma, es de estimarse que la autoridad y fuerza de la cosa juzgada contenida en una sentencia, no tiene el carácter de definitiva y por lo mismo, los casos de jurisdicción voluntaria pueden alterarse o modificarse en la medida en que cambien las circunstancias que fueron el fundamento de la resolución (14).

(14) Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido los siguientes criterios: "JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.- Si durante las diligencias de jurisdicción voluntaria se suscita un incidente de oposición contra el procedimiento seguido, el juez tiene competencia para conocer y resolver este incidente y revocar las decisiones que hubiere dictado en jurisdicción voluntaria, dado que, en ésta, la base en que descansan las resoluciones del juez es la conformidad de las partes, sin que pueda alegarse, para que no proceda tal revocación, que las decisiones dictadas tienen la autoridad y la fuerza de cosa juzgada, porque no fueron recurridas". Tono VI, Pág. 515.
"JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.- Estando los jueces investidos de la facultad de dictar providencias, en vía de jurisdicción voluntaria, sin formal substanciación, natural es que tengan también la atribución correlativa de enmendar los yerros en que pudieren incurrir al usar de aquella facultad, sin sujetarse, en uno ni otro caso, a los términos y formas establecidos en los negocios pertenecientes a la jurisdicción contenciosa; de otro modo, una determinación pronunciada fuera de juicio podría perjudicar los derechos, propiedades o posesiones de otra persona a quien obligaría, para obtener la justa reparación, a seguir un juicio contra el que había obtenido a su favor un fallo dictado en jurisdicción voluntaria, y que sería contrario a las garantías que consagran los artículos 14 y 16 constitucionales. Tomo XVIII, Pág. 915).

5.- El fundamento general de la modificación de las resoluciones firmes.

Independientemente de los supuestos específicos en comento, que permiten la alteración o modificación de las resoluciones firmes, en función del cambio de circunstancias, el caso es que, el propio artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, desde luego, de aplicación supletoria al Código de Comercio, contempla una última hipótesis adicional que nos lleva a la conclusión de que los supuestos específicos ya comentados, están enumerados de manera enunciativa y no limitativa, pues el texto del artículo en cita, establece que las resoluciones judiciales firmes pueden alterarse y modificarse, cuando cambien las circunstancias *"en los demás casos que prevengan las leyes"*, lo que denota que el legislador quiso prever algún supuesto normativo no mencionado en ese precepto, y al mismo tiempo advirtió que la propia ley, puede contemplar o crear otros casos en los que se permita la alteración o modificación de las resoluciones firmes, en atención al cambio de circunstancias, y aún cuando pudiera pensarse que sólo los supuestos prevenidos por la ley llegaran a ser el único fundamento que permita la revisión, alteración o modificación de las sentencias firmes, no debe perderse de vista que la incorporación de la teoría de la imprevisión (Cláusula *"Rebus Sic Stantibus"*) como parte de nuestro derecho positivo, por

sí misma, permite la modificación o alteración de una resolución firme, en cualquier materia, y al respecto, toda opinión en contrario, atentaría contra el principio de supremacía del orden constitucional que consagra el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, -cuestión sobre la que volveremos más adelante- y por otra parte, también debe desecharse cualquier opinión, a virtud de la cual, se pretendiera decir que el caso que nos ocupa, es un problema de defecto en la redacción de la ley o de falta de técnica legislativa en su redacción, porque la letra del artículo en comento, es muy clara y donde la ley no distingue, no debemos distinguir (15).

(15) Ciertamente, lo ideal es utilizar para la redacción de la ley el mínimo de palabras, siempre que eso sea consistente, con claridad, y en términos autoexplicativos, paso a paso, con orden, sin involuciones, ni referencias concomitantes. Pero debe reconocerse que es difícil dejar sentados principios para la dición legislativa mexicana. Tal vez valga la pena repetir lo que prescribía Montesquieu, que ha sido, en la opinión de los tratadistas, lo mejor que se haya expresado sobre el tema. En síntesis, señala que el estilo debería ser a la vez simple y conciso, pues las frases grandilocuentes o retóricas son superfluidad que distrae. Los términos que se escojan, deben, tanto como sea posible, ser absolutos y no relativos, de tal manera que se deje solo, un margen mínimo para diferencias individuales de opinión. Las leyes deben reducirse a lo que es real y actual, evitando las metáforas y las hipótesis. No deben ellas ser sutiles, ya que se hacen para personas de mediano entendimiento, y no son un ejercicio carente de lógica, sino que están destinados al razonamiento ordinario del ciudadano común. No debiera confundirse en ellos el asunto principal, empleándose excepciones, limitaciones o modificaciones, salvo cuando ello sea, absolutamente necesario. Tampoco debieran ser dialécticas o polémicas, pues resulta peligroso dar razones detalladas para las leyes, ya que esto sólo abre la puerta a controversias, y por último, debieran sobre todo ser consideradas con madurez, y no deben sobrepasar la razón y la justicia elementales, ni la naturaleza de las cosas, pues las leyes débiles, innecesarias o injustas traen desprestigio al sistema entero de legislación y minan la autoridad del estado. Véase: Ochoa Campos, Moisés. "Derecho Legislativo Mexicano". Edición de la XLVII Legislatura del Congreso de la Unión. Cámara de Diputados. México 1973. Págs. 255 y 256)

II.- LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 531 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

El problema que nos ocupa tiene muchas aristas y, prueba de ello es la antinormatividad que existe en lo preceptuado por el artículo 531 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ya que por una parte ese numeral -en corroboración de lo que hemos sostenido a propósito de la posibilidad legal que existe de modificar una resolución firme-, enuncia las excepciones que pueden oponerse contra la ejecución de una sentencia firme y de un convenio judicial, y por otra parte, señala que no proceden dichas excepciones, cuando la ejecución se funde en sentencia ejecutoria o en un convenio judicial, por lo que debe estimarse que la redacción de este artículo, no sólo entraña la antinormatividad mencionada, sino que su propia redacción es contradictoria, por lo que me permito transcribir el mismo para mejor comprensión:

"Artículo 531.- Contra la ejecución de las sentencias y convenios judiciales no se admitirá más excepción que la de pago, si la ejecución se pide dentro de ciento ochenta días; si ha pasado este término, pero no más de un año, se admitirán, además, las de transacción, compensación y compromiso en árbitros; y transcurrido más de un año serán admisibles también las de novación, la espera, la quita, el pacto de no pedir y cualquier otro arreglo que modifique la obligación, y la falsedad del instrumento, siempre que la ejecución no se pida en virtud de ejecutoria o convenio constante en autos. Todas estas

excepciones, sin comprender la de falsedad, deberán ser posteriores a la sentencia, convenio o juicio y constar por instrumento público o por documento privado judicialmente reconocido o por confesión judicial. Se substanciarán estas excepciones en forma de incidente, con suspensión de la ejecución, sin proceder ésta cuando se promueva en la demanda respectiva el reconocimiento o la confesión".

No cabe la menor duda de que la redacción de este precepto se contradice, pero debe prevalecer -a nuestro juicio- la intención del legislador, esto es, el hecho de que aún la resolución firme admite las excepciones que dicho precepto contempla, pues nadie puede negar, que las partes pueden renunciar a los derechos obtenidos por una sentencia, e incluso convenir en dejar sin efectos algunos de sus puntos resolutivos, o consideraciones, de donde se concluye que, mientras esa voluntad no viole el orden público, la resolución firme, implícitamente será modificada por cualquier circunstancia superveniente, prevista o nó, por las partes.

En síntesis, son varias las normas jurídicas que implícitamente consagran la posibilidad de modificar o alterar una resolución firme, cuando cambian las circunstancias, y sin duda alguna, ellas son el fundamento para considerar que la teoría de la imprevisión, expresada en lo que se conoce como la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", forma parte de nuestro derecho positivo vigente, pero además, como la mencionada cláusula está contenida en el artículo 62

de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y México ratificó dicha Convención mediante Decreto de fecha 29 de octubre de 1964, consiguientemente, de conformidad con lo ordenado por el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se ha convertido en Ley suprema de toda la Unión, y los jueces de cada Estado deberán aplicarla, a pesar de las disposiciones en contrario, que pueda haber en sus ordenamientos, incluso constitucionales, y con mayor razón debe aplicarse a pesar de las contradicciones que existan en las propias leyes secundarias, porque desde el punto de vista técnico-jurídico, la mencionada cláusula es ley fundamental, siendo evidente que se impone la necesidad de desmenuzar el concepto de la supremacía del orden constitucional.

CAPITULO DOS

LA SUPREMACIA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

I.- LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 133 CONSTITUCIONAL.

- 1.- La doctrina francesa.
- 2.- La doctrina norteamericana
- 3.- La opinión de Hans Kelsen.
 - 3.1.- El orden jurídico y su graduación.
 - 3.2.- El orden jurídico como serie de actos creadores.
 - 3.3.- El significado de la norma fundamental.
 - 3.4.- La Constitución y la graduación del orden jurídico.
 - 3.5.- La jurisdicción.
 - 3.6.- La voluntad de las partes como negocio jurídico y acto de ejecución.
 - 3.7.- El conflicto entre normas jurídicas.

CAPITULO DOS

LA SUPREMACIA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

I.- LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 133 CONSTITUCIONAL.

El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (16) consagra el principio de la supremacía constitucional, a virtud del cual se dispone que, la Constitución es la ley suprema, es decir, la norma que se encuentra en la cúspide de todo el orden jurídico positivo, es -al decir de Jorge Carpizo-, "*el alma y la savia que nutre y vivifica el derecho*" (17).

El principio de supremacía constitucional y el del control de la constitucionalidad de las leyes y actos, son complementarios. Este último se sostiene en el primero. Pero ambos responden a la histórica y presente lucha del hombre por alcanzar la justicia, la libertad y la seguridad jurídica. Por lo que hace al principio del control de la constitucionalidad de las leyes y actos, no nos detendremos

(16) No escape a nuestra atención el hecho de que, el análisis de cualquier precepto constitucional, impone la obligación de reconocer que atrás de cada uno de esos preceptos, existe una polémica claramente definida, entre unos que quieren que el precepto constitucional permanezca y otros que desean su desaparición, y difícilmente puede haber análisis objetivos, cuando cada uno de esos grupos está interesado en desacreditar los argumentos del otro, por lo que desde este momento reconocemos que muchos tratadistas interpretan el artículo 133 Constitucional en una forma distinta de la que aquí presentamos),

(17) Carpizo, Jorge. "Estudios Constitucionales". Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980, p. 13).

en su análisis, porque no es el tema que nos ocupa, pero basta decir, que éste tiene un vínculo estrecho con los antecedentes y evolución del juicio de amparo en nuestro país.

Ahora bien, el estudio del artículo 133 Constitucional, impone cuestionarnos sobre lo siguiente: ¿Es esencial que este principio se encuentre consignado en la Constitución o, aunque no estuviera escrito, de todos modos existiría? ¿Se establece supremacía del derecho federal sobre el local o es un problema de competencia? ¿Cuál es la jerarquía de las normas en nuestro orden jurídico positivo? ¿Los tratados internacionales son también norma fundamental o no? ¿Si existe divergencia entre un tratado y el derecho interno, cuál debemos aplicar? ¿Pueden los jueces locales examinar la constitucionalidad de leyes y actos? ¿Las autoridades judiciales o administrativas deben aplicar las leyes, aún cuando éstas sean inconstitucionales? .

No es nuestra intención responder con toda amplitud a estas interrogantes. Tan solo se apuntan, porque los estudiosos sobre esta materia han analizado el mencionado precepto constitucional desde muchos puntos de vista, y tan es así, que se han dado a la tarea de tratar de resolver estas interrogantes, aportando datos sobre su evolución histórica y

sobre las tendencias que se ha suscitado al respecto en diversos países, como Francia, en los Estados Unidos de Norteamérica, y en nuestro propio país (18).

Sin embargo, lo que realmente nos interesa, a propósito del principio de la supremacía constitucional, es resolver el problema técnico-jurídico que representa la aplicación de los tratados internacionales como parte de nuestro derecho positivo, y si éstos deben considerarse aplicables a las relaciones contractuales o negocios jurídicos, como parte integrante de nuestro sistema de normas jurídicas, en la inteligencia de que lo anterior, resulta importante para poder decidir si la teoría de la imprevisión (Cláusula "*Rebus Sic Stantibus*"), puede servir o nó, como fundamento para poder alterar o modificar las resoluciones judiciales firmes, no sólo en los casos de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, y jurisdicción voluntaria, que la ley prevé, y que ya analizamos con antelación, sino en todos aquellos casos, no previstos expresamente por la ley, pero en los que exista, un cambio fundamental de las circunstancias, que permitirían, finalmente, modificar el principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada.

(18) Corpizo, Jorge. op. cit. pp. 13-41).

El artículo 133 Constitucional establece textualmente lo siguiente:

"Art. 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."

¿Es esencial que este principio se encuentre consagrado en la Constitución, o aunque no estuviera escrito, de todos modos existiría? En respuesta a lo anterior, salvo algunas respetables opiniones, como la de Tena Ramírez (19), debemos decir que el principio de la supremacía constitucional existe aunque una constitución escrita no lo establezca, ya que no podemos pasar por alto que la constitución (norma fundamental), se diferencia de la ley, y en su verdadera esencia entraña un íntimo vínculo con el poder (20).

(19) Tena Ramírez cree que el principio de supremacía constitucional no es necesario enunciarlo en el Código Supremo, pues emana, lógicamente, de la idea de "soberanía rígida" de la Constitución. En este pensamiento de Tena Ramírez, encontramos una idea que apunta, desde las primeras páginas de su obra, en el sentido de que la soberanía radica en la Constitución. (Tena Ramírez, Felipe. "Derecho Constitucional Mexicano". Editorial Porrúa, S.A. México 1963, p. 9). Y con esta interpretación no podemos estar de acuerdo porque desnaturaliza el verdadero significado del concepto de soberanía que consagra nuestra Constitución en su artículo 39, en el que dispone que ésta reside esencial y originariamente en el pueblo, y al hablar de la supremacía constitucional, no se le debe confundir con el concepto de soberanía, pues mientras la soberanía es la facultad del pueblo de construir su orden jurídico, la supremacía constitucional se refiere a uno de los varios conceptos que el pueblo asienta en la realización de su derecho).

(20) Rudolf Rocker sostiene que el poder actúa siempre destructivamente, pues sus representantes están siempre dispuestos a encajar por fuerza todos los fenómenos de la vida social en el cinturón de sus leyes, y a reducirlos a una determinada norma. Su forma espiritual de expresión es un dogma muerto; su manifestación física de vida es la violencia brutal. La ausencia de espíritu en sus aspiraciones, imprime a la persona de su representante su sello y lo vuelve paulatinamente inferior y brutal, aun cuando tenga, por naturaleza, los mejores dones. Nada achata el espíritu y el alma de los hombres como la monotonía eterna de la rutina; y el poder sólo es rutina. Véase: Rocker, Rudolf.

"Nacionalismo y Cultura". Editorial Cajica. Puebla-Buenos Aires, 1949, p.97),

es decir, con los factores reales de poder, que son fragmentos de la Constitución, y que rigen el seno de la sociedad (21), pero precisamente, como el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente, consideramos que el principio de la supremacía constitucional, es conveniente que se consigne en la ley suprema, para evitar confusiones, en favor de la precisión de la norma de normas, y sobre todo, en atención al respeto de los derechos públicos subjetivos del gobernado (garantías individuales) que constituyen una esfera inmune, que como mínimo, el Estado está obligado a respetarle, cuando emite un acto de autoridad y que también deben estar consignados en la norma fundamental.

1.- La doctrina francesa.

Como ya se dijo, el principio de la supremacía constitucional es la mejor seguridad de que los derechos públicos subjetivos serán respetados por los gobernantes, pues la norma fundamental no sólo obliga al legislador a respetarla, sino que además, en cierta medida, le prohíbe legislar sobre determinadas materias o contenido de las normas, y en ocasiones, incluso, le indica con toda precisión, hasta donde puede llegar el contenido de las normas a producirse.

(21) Lesalle, Fernando. "¿Qué es una Constitución?" Editorial Ariel. México, 1976)

Una opinión que difícilmente se puede debatir, es la de Fernando Lasalle (22), quien identifica a la Constitución con los factores reales de poder, lo que viene a confirmar que la regulación de la conducta en la sociedad, sea de individuos o de grupos, se aborda de dos maneras: mediante el empleo de la fuerza y mediante el establecimiento de normas y valores, que los miembros de la sociedad pueden aceptar más o menos completamente como "reglas de conducta" obligatorias, y de éstas últimas, se deduce que el derecho, ciertamente, es un instrumento de control social (23).

Georges Burdeau, por ejemplo, estima que el principio de la supremacía de la Constitución estriba en que los órganos gubernativos, sólo pueden actuar dentro del ámbito que la Constitución les señala. Todo orden jurídico -sostiene el autor- está condicionado por la Constitución, que es su corazón y su sistema nervioso, la parte medular del régimen que vivifica a todas las demás normas y les da su validez y les otorga la razón misma de su existencia. En la doctrina francesa, sin duda alguna, Bordeau planteó con una finura incomparable la cuestión relativa a la naturaleza o caracteres de la supremacía de la Constitución (24).

(22) Lasalle, Fernando. op. cit. p. 391

(23) I.B. Bottomore. op. cit. pp. 247-287

(24) Bordeau, Georges. "Tratado de Ciencia Política". Paris 1950. Tomo III, pp. 181-184

Si se quieren obtener conceptos generales, la supremacía de la Constitución debe analizarse, lo mismo para las partes no escritas y flexibles, como para las escritas y rígidas. De esta proposición deduce Bordeau, que la supremacía es de una doble especie, material o substancial y formal.

El enfoque material es el aspecto fundamental, pues se refiere a la esencia de lo constitucional, a la razón profunda de su supremacía y a la consecuente función que le compete en las colectividades humanas: todo el orden jurídico descansa sobre ella, las formas de la actividad política toman de ella, y sólo de ella, su legitimidad (25).

La Constitución es la norma que organiza los poderes y determina las competencias, por lo que necesariamente es superior a las autoridades investidas, por ella, de atribuciones. De estas ideas afirma Bordeau, fluye como consecuencia, el que la supremacía material es un reforzamiento del principio de legalidad, pues si los actos contrarios a las leyes son ilícitos, con mayor razón lo son los que contradicen la Constitución. Por otra parte, si la

(25) Duverger sostiene que el poder propiamente dicho, es siempre más o menos considerado como "legítimo", o dicho de otro modo, se encuentra natural el hecho de obedecer. Por el contrario, una simple dominación de hecho aparece solamente como el resultado de la impotencia para resistir su presión. Se obedece porque materialmente no se puede hacer otra cosa. Se obedece también al poder, porque se estima que se "debe obedecer y porque se piensa que es legítimo obedecerlo", lo que distingue al poder de las simples relaciones de autoridad, aparte de la cohesión, de la estabilidad material y de la vinculación a un modelo estructural, es esta legitimidad. Los dos fenómenos están evidentemente ligados, pues la estabilidad, la duración y la vinculación a un modelo estructural, engendran el sentimiento de legitimidad, que siempre está vinculado a un sistema de valores. (Véase: Duverger, Maurice. "Sociología Política". Editorial Ariel, Colección Demos, pp. 28-29).

Constitución es la fuente de las competencias, ninguna autoridad puede delegar la que le fue asignada, porque sólo se puede delegar aquéllo de lo que podemos disponer.

La supremacía formal es el resultado de la condición escrita y de la rigidez de las constituciones. Este aspecto de la supremacía, depende de una decisión originaria del pueblo o de la Asamblea Constituyente, a diferencia del aspecto material, que deriva de la naturaleza intrínseca de las normas.

Si la Constitución es la suma de los principios políticos y jurídicos fundamentales, que rigen y que son vividos por la comunidad, entonces, como dice Bordeau, es por su naturaleza un ordenamiento supremo (26).

El principio de la supremacía formal no es diferente al material, sino que el primero viene a reforzar y a sancionar al segundo. Pero desde luego, que lo primordial, es el concepto de supremacía material que necesariamente existe en todo orden jurídico, no así la supremacía formal, que sólo se haya en las constituciones escritas y rígidas.

(26) Loewenstein, Carl. "Teoría de la Constitución". España. Editorial Ariel, 1976. pp. 32 y 33)

Maurice Duverger, por su parte, fija su atención en el aspecto formal de la supremacía constitucional, al afirmar que este principio se basa en la idea de que la Constitución escrita sólo puede ser reformada por un procedimiento especial y no por el que son reformadas las normas de la legislación ordinaria. Ahora bien, Duverger afirma que las constituciones escritas, que contienen la idea de supremacía constitucional, limitan a los gobernantes mediante dos principios: uno de ellos es que éstos tienen que adecuar sus actos a la constitución y, por otra parte, que si la violan, existe un órgano y un procedimiento que puede declarar la inexistencia jurídica de este acto. Esta regla obedece al concepto del control de la constitucionalidad de leyes y actos (27).

El principio de supremacía constitucional encierra dos nociones: la idea de legalidad y la estabilidad jurídica. La legalidad entendida a la manera de Kelsen, en el sentido de que ningún acto es válido si no encuentra apoyo y sosten en el código supremo y la estabilidad jurídica, estriba en que la norma de normas es la unidad del orden y absolutamente ningún acto puede ir en contra de ella, a menos que el pueblo decida cambiar el orden que caduca, por una nueva idea del mismo que satisfaga mejor sus aspiraciones y sus necesidades.

(27) Duverger, Maurice. "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional". Barcelona, 1961, p. 225.

2.- La doctrina norteamericana.

La Constitución fue un triunfo de los federalistas sobre la creencia de una soberanía plena de los Estados. Parece indudable que en los años finales del siglo XVIII -escribe Mario de la Cueva-(28), las entidades federativas mantenían la convicción de que eran estados unidos bajo una Constitución. De ahí que la cláusula de la supremacía del derecho federal encontrara una fuerte oposición, de manera tal que, en esta teoría norteamericana, el problema de la interpretación del principio de la supremacía constitucional, se inclina por resolver el problema de la supremacía del derecho federal sobre el local, y el problema de la competencia, que esto acarrea, enfoque que no llama nuestra atención, por el objetivo que buscamos, pero no deja de ser interesante reconocer que, alrededor de esta teoría, nuestro texto constitucional tomó muchas de las ideas y de las instituciones norteamericanas, que vinieron a dar forma y contenido a nuestra Constitución, aunque muchas veces, como producto de traducciones no del todo afortunadas.

En el Federalista, Hamilton defendió la necesidad de esa cláusula y se propuso precisar el significado del término "suprema ley del país": toda ley supone su supremacía, porque

(28) De la Cueva, Mario. "Teoría de la Constitución". Editorial Porrúa, S.A., 1982, p. 98)

es una regla de conducta que están obligados a observar todos aquellos a quienes se dirige. De la misma manera, si cierto número de sociedades entran en una sociedad política mayor, las leyes que ésta promulgue conforme a los poderes que le encomiende su constitución, deben ser supremas para esas sociedades y para sus miembros, pues si no fuese así, la Constitución sería un mero tratado desprovisto de obligatoriedad, en lugar de ser la base de un gobierno. Por lo tanto, la Constitución y las leyes del Congreso conformes con sus poderes, son necesariamente supremas respecto de las leyes de las sociedades menores (29).

La doctrina de Hamilton descansa en un presupuesto fundamental: el control de la constitucionalidad de las leyes por el Poder Judicial, ya que sin él, la cláusula de supremacía habría permitido la omnipotencia y la usurpación efectuada por el Congreso Federal.

En realidad, para penetrar en el estudio de la naturaleza del estado federal norteamericano -que no es nuestra intención- nos ha de ayudar la consideración, primero de las circunstancias históricas que a veces acompañaron a su formación, y luego, el estudio de los fundamentos especulativos y racionales con que los autores tratan de

(29) De Olloqui Labastida, José Juan. "Los Poderes del Gobierno. Comentarios Sobre la Constitución de los Estados Unidos". Ediciones de la Facultad de Derecho de la UNAM, México 1966, p. 52

explicar su naturaleza jurídica. En este sentido ha sido muy explícito uno de los mayores concededores del sistema norteamericano, James Bryce, quien nos dice: "la aceptación de la Constitución de 1789, hizo del pueblo americano una nación. Lo que hasta entonces había sido sólo una liga de estados, se transformó por el establecimiento de un gobierno nacional, con autoridad directa sobre todos los ciudadanos, en estado federal" (30). Al hablar de aceptación se refiere a la campaña realizada por los famosos publicistas James Madison, John Jay y Alejandro Hamilton, en el Periódico "El Federalista", publicado en Nueva York, para lograr que la ciudadanía del nascente estado, aceptara el nuevo sistema proclamado en Filadelfia el año de 1787 (31).

En síntesis, la doctrina norteamericana concuerda en que en su sistema prevalece la legislación federal sobre la local y sobre este esquema, se analiza el principio de la supremacía de la Constitución.

3.- La opinión de Hans Kelsen.

3.1.- El orden jurídico y su graduación.

Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho (32), concibe al derecho como Orden, es decir al Orden como Orden Jurídico, y al Orden

(30) Bryce, James, La República Norteamericana, citado por Daniel Moreno en su libro "Derecho Constitucional Mexicano". Editorial Pax-México, 1981, p. 373)

(31) Madison, Jay, Hamilton. "El Federalista". Fondo de Cultura Económica. México)

(32) Kelsen, Hans. "Teoría General del Estado". Editorial Labor, S.A. Barcelona, España. 1970)

jurídico como Sistema de Normas Jurídicas y se pregunta: ¿Qué es lo que funda la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? La respuesta que el autor da a esta interrogante, es que existe unidad en la pluralidad de normas jurídicas, cuando su validez puede ser atribuida a una norma jurídica como fundamento último, que no es otra cosa que la Norma Fundamental.

3.2).- El orden jurídico como serie de actos creadores.

Pero también el orden jurídico no solo es un sistema de normas jurídicas, sino que además entraña una serie de actos creadores, y por ello, Kelsen sostiene que las normas jurídicas, no valen en virtud de su contenido, ya que cualquier contenido puede llegar a ser derecho, pues no hay conducta humana que como tal, esté excluida de convertirse en contenido de una norma jurídica, y la validez de esta norma no puede ser cuestionada, porque su contenido no corresponde a un determinado valor material o moral, pues una norma vale, como norma jurídica, por las siguientes razones:

- Porque fue dictada en una forma bien determinada.

- Porque fue producida de acuerdo a una regla también determinada y

- Porque fue establecida según un método específico.

En estas características que distinguen la validez de una norma jurídica, el autor encuentra la diferencia entre el derecho positivo y el derecho natural (33) destacándose que éste último precisamente carece de esas características.

En consecuencia, la norma fundamental de un orden jurídico positivo, es la regla básica de acuerdo con la cual son producidas las normas del orden jurídico, e incluso podemos decir que es el punto de partida de un procedimiento. Asimismo, se destaca que de esta norma fundamental no se pueden deducir lógicamente las normas singulares del sistema jurídico, ya que éstas tienen que ser producidas por un acto especial de institución, que no es un acto intelectual sino un acto de voluntad, resultado de lo siguiente:

(33) Por razón de su objeto se hacen del derecho varias clasificaciones más o menos científicas y más o menos exactas; pero omitiendo hablar de todas ellas por creerlo impertinente, sólo diremos que ciertamente la división más fundamental y la primera que salta a la vista es la del derecho natural y el derecho positivo. Si la noción de derecho la concebimos con sólo consultar a la conciencia, y por ello se afirma que éste fue grabado por Dios en el corazón del hombre; si las ideas de lo justo, lo mismo que las de lo verdadero, lo bueno y lo bello, son ideas innatas, primitivas, absolutas, universales, con existencia virtual en toda inteligencia, que distingue con gran sentido los actos ilícitos y buenos de los reprobados e ilícitos, conforme a un superior tipo de perfección que con toda claridad comprende a un el más ignorante; si la satisfacción o el recordamiento acompañan inmediatamente al cumplimiento o a la infracción de la ley del bien, el derecho no es una forma arbitraria, ideada por los hombres para el mejor estado social, sino un principio de razón, y, por lo tanto, absoluto, un principio que tiene su fundamento en la naturaleza humana. La existencia del derecho natural uno, inmutable, universal, como una, inmutable y universal es la naturaleza humana, aparecería con tal claridad a nuestro entendimiento, que sería difícil ponerla en duda. Pero el caso es que el hombre es un ser contingente y que puede además encontrarse en ciertas circunstancias accidentales distintas y particulares, que influyen en su conducta y que por lo mismo, hagan necesarias ciertas reglas. Surge entonces el derecho positivo, que reclama el cambio de las circunstancias y por lo tanto, surge en contraposición del derecho natural, y sin entrar en grandes disquisiciones al respecto, el caso es que la Teoría Pura del Derecho de Kelsen encuentra en las características de la norma jurídica, ya apuntadas, su distinción con el derecho natural. (Véase Blanco Constans, Francisco. "Estudios Elementales de Derecho Mercantil". Editorial Reus, S.A., Madrid 1936, Tomo I, pp. 80-81)

- De la Costumbre.
- De un Procedimiento de Legislación.
- De Actos de Jurisdicción concretos (sentencias).
- De Negocios Jurídicos en las Normas Individuales.

En términos generales, podemos decir que el conocimiento del orden jurídico está basado en una constitución, pues ha de valer como norma aquéllo que el primer órgano constituyente histórico, ha manifestado como voluntad suya (sin importar que sus miembros sean usurpadores o producto de un acto colegiado en la forma que sea).

3.3.- El significado de la norma fundamental.

Aunque parezca una verdad de perogrullo, debe señalarse que, bajo el supuesto de que la norma jurídica fundamental vale, también vale el orden jurídico que sobre ella descansa. Este hecho confiere al acto del primer legislador y, por tanto, a todos los actos del orden jurídico que en él descansan, el sentido del deber ser, esto es, del deber jurídico (34).

(34) Si el derecho de libertad es la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos independientes, y estos son los no fundados en un deber jurídico del titular, resulta obvio que toda obligación impuesta a un sujeto por las normas del sistema aplicable, a fortiori recorta su libertad. O, para expresarlo en otro giro: cuando se obliga jurídicamente a una persona, ésta pierde al mismo tiempo, el derecho de omitir lo que se le ordena o el de hacer lo que se le prohíbe. El único derecho del sujeto obligado es cumplir con su deber, mas ya hemos visto, cómo tal facultad es de ejercicio obligatorio o, en otras palabras, excluye la de optar lícitamente entre observar y no observar la conducta prescrita. Por eso, cuando cualquiera de las posibles manifestaciones de la libertad exterior de un sujeto (omisiones o actos) se convierte en materia de un mandato legal, el obligado deja de ser jurídicamente libre en relación con esos actos u omisiones. Lo que se llama deber jurídico es, pues, la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad concedida a otra u otras, de exigir de la primera que haga o no tal o cual cosa. Tenemos el deber de hacer (o el de omitir) algo, cuando se nos niega el derecho de optar entre hacerlo y omitirlo. Objeto de tal deber es, por tanto, la conducta prescrita o, lo que es igual, aquella entre cuya observancia y no observancia el obligado carece del derecho de elegir... Véase: García Maynez, Eduardo. "Filosofía del Derecho". Editorial Porrúa, S.A. 5ª Edición. pp. 398-402).

En la norma fundamental, por tanto, arraiga en último término la significación normativa de todas las situaciones de hecho, constitutivas del orden jurídico, y solo bajo el supuesto de la norma fundamental puede interpretarse como derecho, es decir, como sistema de normas jurídicas, el material empírico que se ofrece a la interpretación jurídica. Por ello, con la teoría de la norma fundamental sólo se ponen al descubierto las condiciones lógico-trascendentales del método del conocimiento positivo del derecho que se practica desde el tiempo inmemorial.

3.4.- La Constitución y la graduación del orden jurídico.

La función de la norma fundamental saca a relucir también una singular particularidad del derecho. Que éste regula su propia creación; de manera que una norma jurídica regula el procedimiento en que es producida otra norma jurídica, y también, en diverso grado, el contenido de la norma a producirse.

Debido al carácter dinámico del derecho, una norma vale por qué y en tanto fue producida, como ya se dijo, en una forma determinada, esto es, en una forma determinada por otra norma, en donde ésta última representa para aquélla el fundamento de validez, de tal suerte que lo mismo podría decirse respecto del contenido de la norma a producirse.

Esta graduación del orden jurídico, en opinión de Kelsen, se puede representar con la imagen espacial del orden superior y del orden inferior, en la inteligencia de que el primero de ellos, regula los órganos y el procedimiento de la producción jurídica en general, (legislación) y al mismo tiempo regula el contenido de leyes futuras (promesas), aunque debe decirse que con mayor eficacia, se puede impedir leyes de determinado contenido, como por ejemplo, los derechos fundamentales (síntesis de una determinación negativa) y por ello las garantías individuales no son otra cosa que la prohibición de leyes sobre la garantía o derecho fundamental a proteger.

3.5.- La jurisdicción.

La función de la llamada jurisdicción es absolutamente constitutiva: es producción jurídica en el sentido propio de la expresión. La sentencia judicial es una norma jurídica individual; la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta; la continuación del proceso de producción jurídica desde lo general a lo particular. La concepción anterior, en opinión de Kelsen, la obscureció el prejuicio según el cual todo derecho se agota en la norma general: la errónea identificación del derecho con la ley.

Lo mismo puede decirse, cuando comprobamos que la administración, igual que la jurisdicción, es

individualización y concreción de leyes; de leyes administrativas, por ejemplo.

3.6.- La voluntad de las partes como negocio jurídico y acto de ejecución.

En las normas civiles o mercantiles que se aplican en los tribunales, encontramos al negocio jurídico (voluntad) entre la ley y la sentencia. Esto se conoce como la función individualizadora, a virtud de la cual, las partes dictan normas concretas para su comportamiento recíproco (35). además que estatuyen un comportamiento recíproco y cuya violación constituye la situación de hecho que se verifica por la sentencia judicial y a la que se liga en esta sentencia la consecuencia jurídica de su ejecución.

El examen de la graduación del orden jurídico muestra que la oposición entre producción o creación del derecho, por una parte, y ejecución o aplicación del derecho por la otra, no tienen un carácter absoluto, porque la mayor parte de los actos jurídicos son, al mismo tiempo, actos de producción y de ejecución jurídica, pues con cada uno de esos actos podemos decir que, es ejecutada una norma de grado superior y, al mismo tiempo es producida una norma de grado inferior.

(35) No escapa a nuestra atención que aún el negocio jurídico (voluntad), en opinión del Poder Judicial de la Federación, tiene como límites los que recoge el siguiente criterio: "CONTRATOS, VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LOS.- Si bien es verdad que la voluntad de las partes, es la Suprema Ley de los Contratos, también lo es que dicho principio tiene dos limitaciones forzosa, ineludibles: la primera, que se deriva del Interés Público que está por encima de la Voluntad Individual, y la segunda de la Técnica Jurídica, sobre la que tampoco puede prevalecer el capricho de los Contratantes. PRECEDENTES: Quinta Época: Tomo XXIV, pág. 1236 Espinosa Manuela y Coags. Tesis relacionada con Jurisprudencia 107/85.- PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION.- 1er CD-ROM SEPTIEMBRE DE 1991]

3.7.- El conflicto entre normas jurídicas de diferente grado.

Como ya se dijo, existe un orden superior que determina la producción y contenido de las normas, y la unidad de ese orden jurídico o sistema de normas jurídicas, radica en que su validez puede ser atribuida a una norma jurídica como fundamento último, que es la norma fundamental, y por tanto, ciertamente, puede existir un conflicto entre la norma superior y la norma inferior, pero como aceptamos que ésta última vale en función de aquélla, por ello Kelsen afirma que el derecho cuenta, valga la expresión, con un derecho "antijurídico", que es la denominada norma indeseable, conflicto que se conoce como un fenómeno de "antinormatividad", que puede contenerse en una ley inconstitucional, en una sentencia ilegal (acto de jurisdicción), o en un negocio jurídico o voluntad ilícita, y por tanto, Kelsen concluye que la Constitución (norma fundamental) quiere tanto la validez de la norma constitucional, como la validez de la norma inconstitucional, pues solo así se concibe que el derecho cuente con un derecho antijurídico, pues la norma inconstitucional de ningún modo ha de considerarse nula, ya que es una instancia específica la que debe declararla nula, esto es, un procedimiento regulado por la propia constitución, y si una constitución no prevé esto, entonces no tendríamos posibilidades de resolver el conflicto entre normas de grado diferente.

La Tesis de Kelsen es la mejor prueba de que el derecho, como sistema de normas jurídicas, se debe estudiar a partir del conocimiento de la norma fundamental, y por ello se ha consagrado el principio de la supremacía constitucional, que difícilmente tiene un exponente mejor que Kelsen, principio a virtud del cual se dispone que la ley suprema, es la norma cúspide de todo el orden jurídico, es decir, de todo el sistema de normas jurídicas y fundamento de todas las instituciones jurídicas, y a partir de este principio, nadie puede negar que el artículo 133 Constitucional es muy claro, en el sentido de que tanto la Constitución, como 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, y que los jueces de cada Estado se arreglarán a esa Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados, y estas consideraciones, sin duda alguna, son fundamentación bastante para considerar que la teoría de la imprevisión, expresada en lo que se conoce como la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", forma parte de nuestro derecho positivo vigente, porque la mencionada cláusula está contenida en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y México ratificó dicha Convención mediante Decreto de fecha 29 de octubre de 1964, consiguientemente, de

conformidad con lo ordenado por el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se ha convertido en Ley suprema de toda la Unión, y los jueces de cada Estado deberán aplicarla, a pesar de las disposiciones en contrario, que pueda haber en sus ordenamientos, incluso constitucionales, y con mayor razón debe aplicarse a pesar de las contradicciones que existan en las propias leyes secundarias, porque desde el punto de vista técnico-jurídico, la mencionada cláusula es ley fundamental (36).

(36) Véase: Cervantes Ahumada, Raúl "La cláusula "Rebus Sic Stantibus" en el actual orden jurídico mexicano" en "Estudios Jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina". Editorial Porrúa, S.A., México 1984. p. 263).

CAPITULO TRES

LA TEORIA DE LA IMPREVISION COMO DERECHO POSITIVO

I.- LA EVOLUCION DE LA CLAUSULA "REBUS SIC STANTIBUS".

- 1.- Antecedentes históricos.
- 2.- La buena fe.
- 3.- La equidad.
- 4.- La doctrina y la legislación.

II.- LA CLAUSULA "REBUS SIC STANTIBUS" EN EL ORDEN INTERNACIONAL.

III.-LA CLAUSULA "REBUS SIC STANTIBUS" EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE.

CAPITULO TRES

LA TEORIA DEL IMPREVISION COMO DERECHO POSITIVO

I.- LA EVOLUCION DE LA CLAUSULA "REBUS SIC STANTIBUS"

1.- Antecedentes históricos.

En la primera etapa histórica del derecho romano, se estableció el principio de la literalidad en la interpretación de las leyes, y con este rigor, la seguridad jurídica emanada de la ley escrita, prevaleció sobre los principios de la equidad y la justicia, y además fue el fin supremo del orden jurídico romano. Se desconocieron incluso los principios de la buena fe y de la equidad y se condensó esta tendencia en las dos formas tradicionales: "*Pacta Sunt Servanda*" y "*Dura Lex Ced Lex*".

Al extenderse el comercio romano, ante la dificultad de que los extranjeros o gentiles extendieran ese rigorismo en la interpretación de las leyes, se creó el cargo de "praetor peregrinus" y nace así, frente al derecho civil de los patricios, el derecho mercantil de los gentiles. Con éstos surgen en la historia del derecho, el derecho mercantil y el derecho internacional o derecho de gentes. Los pretores, inclusive, incrementaron en gran medida el alcance de su autoridad aumentando las clases de negocios cuyo quebrantamiento remediaban, adecuando las formas de los

contratos a las necesidades del comercio, e introduciendo métodos racionales para el alegato y la prueba (37).

Estos procedimientos, en cuanto se referían a la contratación y al intercambio, se extendieron a la ejecución del contrato "*bona e fidei*" que significa literalmente "*de buena fe*". El contrato "*bona e fidei*", constituía la categoría contractual más elástica del derecho romano y en su origen se limitaba a unas pocas clases de relaciones fundadas en la confianza especial, como la que vinculaba al tutor con el pupilo, que involucraban acuerdos bilaterales en que se asumían obligaciones recíprocamente. Los pretores acabaron reconociendo, sin embargo, bajo el rótulo de "*bona e fidei*", una gran variedad de acuerdos comerciales que presuntamente se basaban también en la buena fe, como la sociedad comercial o el contrato de participación, que permitían la reunión de capitales y la dispersión de los riesgos. Las relaciones fiduciarias también podían incluirse en un contrato "*bona e fidei*". Si una de las partes en un contrato "*bona e fidei*" no cumplía, el procedimiento ante el "*praetor peregrinus*" permitía la ejecución de la obligación, la fijación de los perjuicios, o la obtención de un orden oficial de rendición de cuentas. Estos recursos se basaban en lo que se conocía

(37) Tigar E. Michael, y Levi R. Madeleine. "El Derecho y el Ascenso del Capitalismo". Siglo XXI, Editores, Cuarta Edición, 1978, p. 28)

como las "fórmulas" (38), que es un sistema procesal muy similar al usado hoy en los tribunales de occidente.

En este campo jurídico surge en Roma, a impulsos del principio de que la buena fe debe prevalecer en los contratos, la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", que se consideraba implícita en toda obligación contractual y que significa que, cuando variasen fundamentalmente y de manera imprevista las circunstancias que sirvieron de motivación al acto contractual, deberían variar proporcional y equitativamente las circunstancias, términos y condiciones de las obligaciones pendientes de ejecutarse.

En la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", que es la base de lo que algunos autores han llamado teoría de la imprevisión, vemos flotar las ideas de la buena fe y de la equidad fundamentalmente.

2.- La buena fe.

La buena fe es la creencia en que se haya una persona de que hace o posee alguna cosa con derecho legítimo. Significa rectitud, honradez, confianza. Tener fe o confianza significa que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta

(38) La fórmula era un planteamiento del caso por el pretor, basado en las alegaciones de las partes, en una forma que, aunque rígida, y cargada de ritualismo, se adaptaba a una investigación racional de los hechos más o menos mejor que cuando le había precedido. Era también la remisión del caso por el pretor a un juez, o "*Judex*". Comenzaba con la designación del "*Judex*", y seguía luego un sumario de la controversia (*demonstratio*), una exposición del problema (*intentio*), y una indicación dada al "*Judex*" para que resolviera el caso tras haber recibido pruebas (*condematio*), o bien de ajustar las acciones contrapuestas determinando el mérito de cada una y dictando un fallo neto (*adjudicatio*). Véase: "El Derecho y el Ascenso del Capitalismo". op. cit. p. 29)

leal de la otra. Fía y confía en que ésta no la engañará. Según la doctrina, la buena fe actúa tanto en favor como en contra del acreedor, ya que el acreedor debe conformarse cuando el deudor realice lo que de buena fe exige, y puede exigir que la prestación no quede por abajo de lo que la buena fe reclama (39).

La doctrina y la jurisprudencia han declarado, como principio supremo, que todas las relaciones jurídicas, en todos sus aspectos y en todo su contenido, están sujetas al principio de la buena fe, que además es base inspiradora de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación (40).

Sin embargo, la revolución francesa cambió el rumbo de la tradición romana y se regresó en los Códigos de Napoleón a

(39) Pallares, Eduardo. "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Editorial Porrúa, S.A. México 1960, p. 105)

(40) "INSTITUCIONES DE CREDITO.- INTERPRETACION QUE DEBE DARSE AL ARTICULO 107 DE LA LEY DE.- Es bien conocido el principio hermenéutico de que "no hay que atenerse a la letra que mata, sino a espíritu que vivifica". Si, pues, todo el problema gira, en el caso, fundamentalmente en torno a la interpretación que debe darse al artículo 107 de la Ley de Instituciones de Crédito, es concluyente que lo que interesa, es buscar el espíritu del precepto en cuestión y que evidentemente tiene que estar fundado en la más absoluta buena fe, ya que ésta es base inspiradora de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tesis jurisprudencial que bajo el número 102 se ve publicada en la página 310, de la cuarta parte de la última compilación de su jurisprudencia. Es así como racionalmente no puede ni siquiera pensarse, bajo ningún concepto, que la disposición en cuestión pretenda establecer una caducidad que aplique, por el solo transcurso del perentorio término que dicho precepto establece, la pérdida definitiva del derecho del cuantahabiente para combatir los errores que cometan los empleados de la institución de crédito depositaria, pues ello pugnaría contra la más elemental buena fe con que indudablemente manejan o deben manejar los bancos las cuentas de sus clientes y llevar a cabo sus relaciones con éstos, buena fe que como principio general de derecho, ya se dijo es base inspiradora de todo nuestro sistema jurídico y debe serlo, por ende, del comportamiento de las partes en todas sus relaciones de derecho y en todos los actos del proceso en que intervengan. Pero hay más; de aceptarse otra interpretación del repetido artículo 107 de la Ley de Instituciones de Crédito, que no fuera la que aquí se le está dando, también sería contrario a nuestro citado sistema jurídico que tiene su fundamento, a este respecto, en los artículos 13 y 14 de la Constitución federal, conforme a los cuales están terminantemente proscritos entre nosotros; por el primero de dichos artículos, los regímenes jurídicos privativos, y por el segundo, la pérdida de derechos sin forma de juicio. De ahí que no pueda darse el repetido artículo 107 de la Ley de Instituciones de Crédito, atento lo alegado en los agravios, especialmente en el último, sino la lógica y racional interpretación de que el transcurso del término en cuestión sin objeción de parte del cuantahabiente prueba, si, en su contra, presuntivamente, claro pero no jurís et de jure, sino jurís tantum, por lo que evidentemente que dicha presunción puede ser destruida con prueba en contrario y que es precisamente el caso" Tesis 135, p.21)

los principios de "Pacta Sunt Servanda" y "Dura Lex Ced Lex". El Código de Napoleón demuestra la victoria de la burguesía. El antiguo régimen, cuyo sosten fue demasiado costoso, se demolió. Los excesos de la década de 1790 se enmendaban. La noción de la libre contratación impregna todo el código y se extiende a muchos otros terrenos, y además, el Código de Napoleón, entre otras cosas, puso en claro que se trataba de los derechos de los hombres y no de los seres humanos, pues la autoridad de padres y maridos ante todo debía preservarse, e inclusive la propia sociedad fue puesta fuera de la ley con la siguiente fundamentación: "¿Desde cuando ha sido lícito que las mujeres abandonen su sexo, y se conviertan en hombres? ¿Desde cuando es decoroso que se vea a las mujeres abandonar los cuidados piadosos del hogar, la cuna de sus hijos, salir a la plaza pública, subir al estrado y arrear a los transeúntes, tomar a su cargo tareas que la naturaleza tiene reservadas para los hombres únicamente?"(41).

Incluso la mística de la ley escrita y de su letra resurgió y, sobre la idea de la justicia, se impuso el principio de la seguridad jurídica, lo que trajo como consecuencia que la jurisprudencia francesa se inclinara hacia un letrismo cerrado, que vino a rendir homenaje a las fórmulas escritas, tanto de la ley como de los contratos.

(41) "El Derecho y el Ascenso del Capitalismo". op. cit. p. 233).

Nuestros códigos civiles de alguna manera heredaron la influencia del Código de Napoleón y la ciencia jurídica en nuestro país -hasta la fecha-, es enseñada a través de la doctrina y de las leyes francesas, lo que condujo a la jurisprudencia mexicana a un "conveniente" letrismo tanto o más cerrado que el de la antigua jurisprudencia francesa, y que además se expresa, en forma cambiante, según la época y circunstancias, debido a la influencia dominante del poder ejecutivo sobre el poder judicial.

Sin duda alguna, a partir de la Primera Guerra Mundial y en virtud de las grandes catástrofes monetarias que esa guerra y las subsecuentes produjeron en el Continente Europeo, y también como consecuencia de la evolución de la sociedad civil francesa, cada vez más conocedora e interesada en los asuntos políticos y reflejo de las vanguardistas formas de gobierno adoptadas en Francia, que han permitido la consagración del concepto político conocido como "cohabitación", los tribunales franceses han variado el sentido letrista de su jurisprudencia. Sin embargo, estas transformaciones sociales no han ocurrido en nuestro país, y el poder judicial continúa con ese "conveniente" rigor letrista en la interpretación de la ley.

En una primera época nuestros tratadistas se manifestaron adheridos a la cláusula "*Pacta Sunt Servanda*" y negaron toda

posibilidad de que las obligaciones contractuales pudieran modificarse como consecuencia de la variación imprevista de las circunstancias esenciales que formaron el motivo determinante de los contratos. Sin embargo, hoy aunque el poder judicial difícilmente puede ser convencido de que el cambio de las circunstancias puede ser la base para alterar o modificar una resolución judicial firme, el caso es que, en nuestro derecho positivo vigente -como ya se vió en los apartados que anteceden-, podemos encontrar disposiciones y casos concretos que nos permiten hablar, sin temor a equivocarnos, de la buena fe, la justicia y la equidad, en los contratos, las leyes, y los actos de autoridad, y que nos permiten robustecer el principio hermenéutico de que "no hay que atenerse a la letra que mata, sino al espíritu que vivifica".

3.- La equidad.

En efecto, la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal contiene una afirmación contundente en el sentido de que la tendencia "a socializar el derecho se orienta a que la equidad, base esencialmente del derecho, prepondere sobre el texto inflexible de la ley" (42).

(42) "Exposición de Motivos del Código Civil para el Distrito Federal"

Tratándose de obligaciones en moneda extranjera, por ejemplo, y de acuerdo con una recta interpretación del artículo 9º Transitorio de la Ley Monetaria en vigor, se desprende que basta con que el deudor demuestre haber recibido pesos mexicanos, para que la obligación se satisfaga devolviendo, en esta moneda, el equivalente de la divisa extranjera en que se haya documentado el préstamo, según el tipo de cambio vigente cuando se celebró la operación, y no en la fecha en que se haga el pago, pues sería inequitativo que ante la disparidad cambiaria de la moneda extranjera frente al peso mexicano, el deudor tuviera que cubrir ese diferencial monetario, pues esto enriquecería injustificadamente al acreedor, y por una cuestión imprevisible que no pueden controlar ni prever las partes, por lo que debe destacarse que en esta disposición se advierte, el principio de la equidad, del cambio de las circunstancias que fueron el motivo original de la contratación, y también se advierte el respeto a las normas de orden público, prohibitivas, imperativas, indisponibles e imprescriptibles, pues así lo ha consagrado el Poder Judicial de la Federación en diversos criterios (43), y sin duda alguna todos estos elementos pueden

(43) "OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA. BASTA CON QUE EL DEUDOR DEMUESTRE HABER RECIBIDO PESOS PARA QUE LA OBLIGACION DEBA CUMPLIRSE, DEVOLVIENDO EN ESTA CLASE DE MONEDA, EL EQUIVALENTE DE AQUELLA DIVISA, AL TIPO DE CAMBIO EN VIGOR CUANDO SE CELEBRÓ LA OPERACIÓN.- De una recta interpretación del artículo 9º transitorio de la Ley Monetaria en vigor, se desprende que basta con que el deudor demuestre haber recibido pesos mexicanos, para que la obligación deba satisfacerse devolviendo, en esta moneda, el equivalente de la divisa extranjera en que se haya documentado el préstamo, según el tipo de cambio vigente cuando se celebró la operación y no en la fecha en que se haga el pago, lo que se explica en función de que si el mutuario nunca tuvo a su disposición materialmente la divisa extranjera, por haber sido convertida a pesos mexicanos por la parte actora, o se cubrieron débitos por cuenta de la deudora a los acreedores en ésta, en moneda nacional, sería inequitativo que, ante los incrementos del dólar en relación con el peso mexicano, propiciados por el juego cambiario, el deudor quedara vinculado a cubrir el adeudo, ya sea entregando una moneda que no recibió o su equivalente determinado al pagar, lo que en ambos casos se traduce en un monto superior al importe

servir de fundamento para alterar o modificar, inclusive, una resolución judicial firme.

concedido, con lo que, por su parte, el acreedor indebidamente se beneficiaría al recibir más de lo que otorgó." Precedentes: Amparo directo 8043/86.- Química Industrial Verona, S.A.- 3 de diciembre de 1987.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez.- Secretarías: Hilda Cecilia Martínez González.- Ausentes: Ernesto Díaz Infante. Poder Judicial de la Federación.- Septiembre de 1991 Tercera Sala, Octava Época, Tomo: I, Primera Parte-1, Página: 369.

*OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA, PAGO DE LAS.- Si la demandada demuestra que la moneda que recibió de la acreedora por el préstamo que le otorgó fue moneda nacional, en tal situación, con apoyo en lo dispuesto por el artículo 9º transitorio de la Ley Monetaria, la obligación de la demandada consignada en los pagarés base de la acción, tiene el derecho de cumplirla en moneda nacional, al tipo de cambio que se tomó al efectuarse la operación para hacer la conversión de moneda extranjera a la nacional recibida, y no al del que regía al tiempo en que se debió efectuar el pago" Precedentes: Séptima Época, Cuarta Parte, Vols. 109-114, Pág. 121. A. D. 2450/77 "Más de Reynosa", S.A. Unanimidad de 4 votos., Vols. 139-144, pág. 94, A. D. 3743/78 José María Gallardo Izunza y otra. 5 votos. Tesis relacionada con jurisprudencia 175/85. Poder Judicial de la Federación, 1er CD-ROM Septiembre de 1991, Fuente: Civil, Sección: Jurisprudencia, página 21 V.- Voltomo 109-114, Séptima Época.)

4.- La doctrina y la legislación.

En el campo doctrinal, algunos tratadistas mexicanos estiman que los contratos no obligan sólo a lo que expresamente se pactó, sino también a las consecuencias que según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso y a la ley, por lo que, con base en esa orientación y principios, la ley y los contratos pueden ser interpretados.

Gabriel García Rojas, por su parte, citando al español García Goyena, en un voto particular dictado como Ministro de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, dice que bajo el Código Civil del Distrito Federal es procedente la aplicación de la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", ya que la equidad es complemento e integración de las consecuencias y efectos de los contratos y aún de su interpretación.

En la mayor parte de los códigos civiles de los Estados, determinan la posibilidad de ajuste de las obligaciones por la excesiva onerosidad superveniente, como es el caso de la lesión (44).

(44) El artículo 17 del Código Civil del Distrito Federal, establece: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios")

En efecto, el Código Civil para el Estado de Veracruz, por su parte, contiene disposiciones tajantes que ponen fin a la especulación, tratándose de contratos de mutuo con interés, como es el caso del artículo 2328 que vale la pena leer (45), porque es una disposición vanguardista y muy interesante, ya que prohíbe que como frutos del capital (intereses), el deudor pague más del cincuenta por ciento del capital mutuado, y a pesar de que esta disposición es única entre las legislaciones comunes de los Estados, no pocas veces hemos visto con decepción que el poder judicial en el Estado de Veracruz, se niega a aplicar esta disposición, que además es de orden público, porque es una norma prohibitiva, imperativa, indisponible e imprescriptible, y considero que en ese Estado de la República Mexicana, todas las resoluciones judiciales firmes, es decir, que hayan causado ejecutoria, y a virtud de las cuales se hubiere condenado al mutuuario, a pagar, por concepto de intereses, más del cincuenta por ciento del capital mutuado, o bien, a pagar la tasa de intereses pactada, si ésta supera el cincuenta por ciento del capital mutuado, cualquiera que sea el plazo por el que se encuentra insoluto el crédito, son resoluciones firmes que pueden alterarse o modificarse, mediante la tramitación de la acción de nulidad del juicio concluido, por violación al orden público, pues la disposición en comento,

(45) "Art. 2328.- "...No podrá cobrarse por concepto de interés, una cantidad que exceda de la mitad de la que realmente se haya prestado. Cuando por el tiempo transcurrido el deudor haya liquidado intereses por una suma igual a la mitad del préstamo, o mayor que esa cantidad, quedará exonerado de los subsiguientes pagos por ese concepto, y el acreedor sólo tendrá derecho a exigir el importe del capital mutuado. Esta disposición tendrá el carácter de irrenunciable..."

como ya se dijo, tiene el carácter de irrenunciable e imprescriptible.

También en el Código Civil del Estado de Guanajuato, se prevé como facultad del mutuuario pedir al Juez, la reducción equitativa de los intereses, o bien, la declaración de nulidad absoluta del contrato de mutuo con interés, con efectos restitutorios, cuando el deudor demuestre que su acreedor abusó de su estado de necesidad, sirviendo como base para calcular el interés por el tiempo anterior a la declaratoria de nulidad, el que equitativamente fije el juez, según las circunstancias del caso (46).

El Código Civil del Estado de Tlaxcala, prevé que en los casos en que las partes convengan intereses o prestaciones superiores al 50% de los que se fijen por las instituciones de crédito a las operaciones de la misma especie, por imperio del artículo 2007 del mencionado ordenamiento (47), se entiende que habrá lesión y por ello el mutuuario puede optar entre

(46) "Art. 1896.- Si en el caso a que se refiere el artículo anterior, el deudor demostrara que realmente su acreedor abusó de su estado de necesidad, de su ignorancia o inesperienza, podrá pedir, si no optara por la reducción equitativa del interés, que se declare la nulidad absoluta del contrato, con efectos restitutorios, sirviendo como base para calcular el interés por el tiempo anterior a la declaratoria de nulidad, el que equitativamente fije el Juez, según las circunstancias del caso, el cual podrá ser reducido hasta el tipo del interés legal, si tales circunstancias lo ameritan."

(47) "Art. 2007.- En todo caso en que se pacten intereses y prestaciones a cargo del prestatario, superiores en un cincuenta por ciento de los que se fijen por las instituciones de crédito a las operaciones de la misma especie, habrá lesión; y el prestatario podrá optar, entre la nulidad del contrato o esperar a que, por ministerio de la ley, se produzca la compensación que operará aplicándose las cantidades que se paguen al prestador, en primer término, a la amortización del capital y, redimido éste, al pago de intereses sobre saldos insolutos, al tanto y medio de los que se estipule en los préstamos a que se hizo referencia, de las instituciones de crédito. Este artículo es irrenunciable.)"

la nulidad del contrato o bien, esperar a que por ministerio de la ley, se produzca la compensación.

Se destacan las disposiciones locales que ya comentamos, porque en ellas existen reglas particulares que nos permiten concluir, que la equidad es complemento e integración de las consecuencias y efectos de los contratos y aún de su interpretación, siendo indiscutible que en nuestros ordenamientos prevalece la idea de la justicia social y, si bien es cierto que algunos pensarán que esas disposiciones del derecho civil sólo son aplicables a los actos entre particulares, no debe perderse de vista que, esas disposiciones son supletorias del Código de Comercio, ya que a los actos denominados mercantiles son aplicables las causas que resciden o invalidan los contratos, como lo dispone el artículo 81 del Código de Comercio -cuestión sobre la que volveremos más adelante-, porque consideramos que toda la teoría general de las obligaciones, contemplada en el Código Civil para el Distrito Federal, es aplicable a los actos jurídicos celebrados entre comerciantes, ciertamente, con excepción de la compraventa, que no se rescinde por causa de lesión, pero esto no es obstáculo para aplicar esa institución jurídica a otros actos tradicionalmente denominados como mercantiles, porque no existe prohibición al respecto, y no se puede extender, por analogía, la expresión de que entre comerciantes no existe lesión, pues ese

conocimiento lo consideramos dogmático y carente de base, porque como ya vimos, son muchas las disposiciones del Código Civil que demuestran una orientación hacia la equidad, y que ésta prevalezca sobre el texto inflexible de la ley, y los actos jurídicos celebrados entre comerciantes, no pueden sustraerse a los efectos de esas normas del derecho común.

En estas condiciones, el hecho de que nuestras leyes reconozcan la buena fe, como base inspiradora del derecho (48), hace presente el principio fundamental de la equidad en nuestro derecho positivo y fundamentan que la jurisprudencia admita la teoría de la imprevisión, y con ello la vigencia implícita de la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*".

(48) "Las formas que regulan, de forma analítica y circunstanciada, la formación y la ejecución de un contrato se acompañan de otras normas las cuales formulan un criterio general del comportamiento de las partes contratantes. Son las normas que les imponen comportarse, la una frente a la otra, según la buena fe: buena fe en el desarrollo de los tratos preliminares y en la formación del contrato; buena fe en la interpretación del contrato; buena fe en la ejecución del contrato; buena fe, cuando se trate de un contrato sujeto a condición suspensiva o resolutoria, en la fase de dependencia de la condición; buena fe en la interposición de la excepción de incumplimiento. En estas normas, "buena fe" no significa más que una corrección o lealtad. Tiene un significado distinto totalmente de la buena fe de la que se habla en materia de posesión (posesión de buena fe), y en tantas normas que, en materia de invalidez del contrato, de simulación, etc., existen, la buena fe indica un estado subjetivo: Simplemente significa ignorancia de lesionar el derecho de otro; en este caso, en cambio, expresa un deber: El deber de las partes contratantes a comportarse con corrección o lealtad. Tiene, por tal razón, el mismo significado de aquel deber más general de corrección que el Código Civil impone al deudor y al acreedor. A fin de distinguir este concepto de la buena fe como estado subjetivo se habla comúnmente de buena fe contractual". Véase: Galgano, Francesco. "El Negocio Jurídico". Editorial Trant Lo Blanch, Valencia, 1992. p. 453.)

II.- LA CLAUSULA "REBUS SIC STANTIBUS" EN EL ORDEN INTERNACIONAL.

En el campo del Derecho Internacional, donde la letra de los tratados ha sido considerada de rígida interpretación, la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*" estuvo tradicionalmente proscrita. Sin embargo, el orden jurídico internacional demuestra una evolución dinámica e intensa al impacto de los principios supremos de la justicia y la equidad, que en muchas ocasiones contravienen las formulas tradicionales consagradas como "*Pacta Sunt Servanda*" y "*Dura Lex Ced Lex*".

Invocando los principios de equidad y justicia, una mayoría de países, principalmente no industrializados, presionaron para que en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que se firmó el 29 de octubre de 1964, se admitiese la inclusión implícita de la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", con base en la teoría de la imprevisión, y por el cambio fundamental de circunstancias, que pueda modificar sustancialmente las obligaciones derivadas de un tratado internacional.

El artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados textualmente dice:

"ARTICULO 62. CAMBIO FUNDAMENTAL EN LAS CIRCUNSTANCIAS.

1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que:

a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y

b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deben cumplirse en virtud del tratado.

2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él;

a) Si el tratado establece una frontera; o

b) Si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado".

De la simple lectura del artículo transcrito se desprende que el cambio fundamental en las circunstancias es base suficiente para dar por terminado un tratado internacional, o bien solicitar que se suspenda su aplicación, en tanto prevalezcan las circunstancias que motivan la alteración o inconveniencia de seguir respetándolo, y por tanto, todo aquello que resulte imprevisible, impone la obligación de

revisar la vigencia de un tratado internacional, en aras de la justicia (49) y la equidad, y por lo mismo, si en el orden internacional, las naciones (50) aceptan dejar sin efectos un tratado, o permitir que algún suscriptor se retire de él, o suspender su aplicación en forma temporal o definitiva, según las circunstancias, creemos que con mayor razón entre los gobernados, y entre el propio gobernado y la autoridad, también debe prevalecer ese criterio, porque ya mucho se ha dicho y redicho a propósito de que la soberanía de un Estado reside en el pueblo, y el Estado al salvaguardar su soberanía, está salvaguardando los intereses de los gobernados y sería ilógico pensar que el Estado tenga ese derecho y no lo tengan los gobernados entre sí, o bien que no lo tenga el gobernado frente a la autoridad, pues no debe perderse de vista que la misión del derecho, cualquiera que sea el adjetivo que se le dé (fiscal, penal, etc.), es la justicia, y como la justicia es el común denominador no sólo de la concepción del Estado sino que además tiene que ver con

(49) Que la justicia se realice o nó, o que sea ella, en cada caso, la verdadera justicia, o más bien la injusticia, es, por supuesto, otra cosa, pues nosotros ten sólo a una pretensión y que en particular nos preocupa. El legado más importante del diálogo platónico contenido en La República y que ostenta el subtítulo alternativo "de lo justo o sobre lo justo" hasta hoy, es la concepción del Estado como un orden de la conducta humana, construido y enderezado a la realización de la justicia. Véase: "Los Diálogos de Platón". Ed. Porrúa, S.A., Colección Sepan Cuantos, México. 1984.)

(50) Duverger sostiene que la palabra "Estado" es considerada en sí misma como designando una categoría particular de agrupaciones humanas, de sociedades, porque esta palabra posee dos sentidos en la práctica: Estado-nación y Estado-gobierno. El Estado, en el sentido de Estado-nación, designa la sociedad nacional, esto es, un tipo de comunidad que apareció a fines de la Edad Media y que en la actualidad es el mejor organizado e integrado. El Estado-gobierno, por su parte, designa a los gobernantes, a los jefes de esta sociedad nacional. Distinción que resulta importante para el autor, porque la política no sólo es ciencia del Estado, en su concepción de Estado-nación o Estado-gobierno, sino que es ciencia del poder o mejor dicho de las relaciones de poder institucionalizadas. Véase: Duverger, Maurice, op. cit. p. 22)

todas las relaciones de poder (51), si bien es cierto que alguien podría refutar sobre lo anterior, argumentando que estamos comparando conceptos antitéticos, desde este momento respondemos, por voz de Carnelutti, que la misión del derecho es reducir la economía a la ética, y nos permitimos agregar que en la ética se acaban los antagonismos.

(51) La noción de "poder" es enormemente amplia y vaga. La distinción realizada por Leon Dugit entre "gobernantes" y "gobernados" no es tan clara como pudiera parecer en un principio. ¿Es posible hablar de "poder" cada vez que una relación humana es desigual, cada vez que un individuo puede obligar a otro a someterse? La noción de "poder" que nos preocupa es aquella que distingue entre simples "relaciones de autoridad" y "poder institucionalizado", pues a propósito de las "instituciones" no debe perderse de vista que éstas guardan un íntimo vínculo con lo que se conoce como las "representaciones colectivas" y las "creencias", pues el fenómeno del "poder" no es un simple fenómeno material, una simple dominación de hecho sino que es también un fenómeno psicológico, porque la duración, la estabilidad y la permanencia del "poder institucionalizado" engendra el sentimiento de la legitimidad, es decir, el poder regularmente se califica por un sistema de valores. Véase: Duverger, Maurice, op. cit. p. 28)

III.- LA CLAUSULA "REBUS SIC STANTIBUS" EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE.

En nuestro derecho positivo vigente se destaca que México ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados por decreto de 29 de octubre de 1964. Consecuentemente, de conformidad con lo ordenado por el artículo 133 Constitucional, la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados -como ya se dijo-, por imperio de lo que se conoce como el primado constitucional, se ha convertido en "*Ley Suprema de toda la Unión*", y los jueces de cada Estado deberán aplicarla, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en sus ordenamientos, incluso constitucionales.

Hemos apuntado que algunos autores, "ingenuamente", pensarían que el artículo 62 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, se refiere a los tratados internacionales, pero desde el punto de vista técnico-jurídico y de acuerdo a lo manifestado con antelación, el principio del cambio fundamental de circunstancias forma parte de la ley fundamental y debe considerársele aplicable a las relaciones contractuales entre particulares, y a las relaciones jurídicas del gobernado frente a la autoridad, porque es la justicia y la equidad, la que debe prevalecer sobre el texto inflexible de la ley, y además la justicia es la misión del derecho.

Cabe decir que, ciertamente, la forma jurídica, expresada, ya sea, en un tratado internacional o en una ley, no determina la adhesión respecto al fondo de la norma, pero no debe olvidarse que esas formas jurídicas, al ir detrás de las realidades económicas y sociales, hacen que el derecho pierda su universalidad, y si no consideramos lo anterior, entonces tendríamos que deducir, lógicamente, la "quiebra de la ley" como regla del juego social, y al mismo tiempo -como diría Dominique Charvet-, necesitaríamos abrir un campo más amplio a la normatividad cuya ambición ya no es imponer sino ser aceptada (52).

Hablar de crisis respecto de la justicia, o bien, de la "quiebra de la ley" es, en cierta medida, paradójico, puesto que se trata de una institución que siempre está en crisis. Su historia, su procedimiento, su vocabulario, se relacionan con el conflicto y hoy todavía el debate judicial se parece a la danza guerrera de los pueblos primitivos: costumbres, ritos, actitudes, todo ello habla de enfrentamientos, de antagonismos o de batallas. Y en efecto, es una batalla, una guerra "civil", la que cotidianamente lleva a cabo la justicia para imponer la norma social, ya sea entre particulares, o entre los particulares y la sociedad, y entonces debemos preguntarnos: ¿cuáles son los bienes jurídicos o valores o derechos protegidos, los del Estado,

(52) Al respecto véase el ensayo titulado: ¿Crisis de la justicia, crisis de la ley, crisis del Estado? de Dominique Charvet en: Poulantzas, Nicos. "La Crisis del Estado". Libros de Confrontación. Filosofía, Nueve. Traducción de Sergio Villar. Barcelona, 1977, pp. 295-331)

los del particular, o los de ambos? Cualquiera que sea la respuesta, el caso es que la justicia es el común denominador de toda norma jurídica, porque ninguna época de nuestra historia fue tan jurídica como la nuestra, y basta decir, al respecto, que cada Diario Oficial trae una carga de normas nuevas, y si existe un punto de acuerdo entre las fuerzas sociales que hoy existen en nuestro país, es el que, si la reglamentación fuese mejor, todo marcharía por un mejor camino.

Esta realidad jurídica pone punto final a toda discusión doctrinal: la teoría de la imprevisión, debe ser considerada como sustentadora de la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", la que por disposición de nuestra ley suprema debe ser considerada implícita, tanto en los contratos como en la ley y, consecuentemente, cuando se produzcan modificaciones sustanciales imprevisibles en las relaciones contractuales, las obligaciones futuras deberán ser equitativamente reajustadas, y por tanto, las resoluciones firmes de ninguna manera son inmutables, pues el cambio en las circunstancias, es motivo de que una resolución firme se altere o se modifique, atendiendo a los principios de justicia y de equidad, que deben prevalecer como regla del juego social.

CAPITULO CUATRO

EL PROCESO FRAUDULENTO

I.- LA NULIDAD DE LOS JUICIOS CONCLUIDOS.

1.- El desvío del proceso, unilateral y bilateral.

2.- Titulares de la acción de nulidad.

2.1.- La opinión de Francesco Carnelutti y su crítica.

2.2.- La responsabilidad de la forma ilícita.

2.3.- La opinión de José Luis Estevez.

3.- El fraude a la ley.

III.- LA APELACION EXTRAORDINARIA.

1.- El plazo para el ejercicio de la acción.

III.- EL JUICIO CONCLUIDO EN MATERIA MERCANTIL.

1.- Naturaleza de las obligaciones mercantiles.

2.- El principio de conservación de las empresas.

CAPITULO CUATRO

EL PROCESO FRAUDULENTO

I.- LA NULIDAD DE LOS JUICIOS CONCLUIDOS.

Hemos dicho que la misión del derecho, cualquiera que sea el adjetivo con el que se distinga, es la justicia, pero de igual manera, debe decirse, que la misión del proceso judicial es la actuación del derecho, entendido ese proceso como serie de actos jurídicos que se suceden en el tiempo, y que se encuentran concatenados entre sí para el fin u objeto que se quiere realizar con ellos, y por lo mismo, la finalidad que se persigue con ese proceso judicial, es lo que configura la naturaleza de la institución en comento.

De igual manera hemos sostenido que las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que las leyes prevengan, pueden ser motivo de alteración o modificación cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente, pero creemos que no sólo el cambio de circunstancias, expresado en la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*" es el único motivo para modificar o alterar una resolución firme, sino que existen elementos

fundamentalmente creados por las partes que contienden en un litigio, que de alguna manera desvían al proceso de su fin normal, es decir, de la actuación del derecho, ya sea por ignorancia o por mala fe, situación que debe corregirse porque el fraude procesal resulta terminantemente prohibido, aunque no exista precepto que expresamente lo diga y, paralelamente, también nos preocupa el hecho de que el proceso se desvíe de su fin normal, como consecuencia de la inaplicación de las leyes de orden público existentes, que son normas imperativas, prohibitivas, indisponibles e imprescriptibles.

Por lo que hace a la mala fe de las partes en un proceso judicial, basta decir que si bien la contienda jurídica, de alguna manera implica la astucia del litigante. Pero esta "astucia" no es loable, sino que precisamente es una conducta ilícita que el orden jurídico reprueba, porque el fenómeno jurídico de la antinormatividad -de la que ya hablamos-, proviene no sólo de la producción de una ley inconstitucional, sino también resulta de la sentencia ilegal y del propio negocio jurídico o voluntad ilícita, y por ello, como el juicio de amparo sólo se endereza contra los actos de una autoridad, consideramos que éste es insuficiente para poder remediar aquellos procesos jurídicos, en los cuales las partes engañaron a la autoridad judicial, expresando o manifestando maliciosamente una voluntad que no es real, es decir, creando una litis que carece de substantividad, y

entonces sólo el juicio autónomo que la jurisprudencia denomina "nulidad de juicio concluido por proceso fraudulento", es el único instrumento que se puede hacer valer para poner fin a esas prácticas socorridas por los particulares, que algunas ocasiones se conciben en forma unilateral, otras veces en forma bilateral, y también como consecuencia de excesos en las pretensiones de los propios abogados que patrocinan a las partes.

Sin embargo, nadie puede negar que existe un dogma en cuanto a la sentencia firme o ejecutoriada, a la que casi en forma "sagrada" se le ha considerado intocable, lo que demuestra que muchas ocasiones ha prevalecido la forma, sin tomar en cuenta que el contenido es falso o fraudulento, pero sin lugar a dudas ese dogma, en la práctica, constituye un obstáculo para la tramitación de un juicio autónomo, cuyo objeto es declarar la nulidad de otro juicio, y el problema estriba en que nuestra cultura jurídica, también dogmática, se inclina más por la aparente "seguridad jurídica" que brinda a las partes la resolución firme e inmutable, que por reconocer que, ciertamente, existen casos de fraude a la ley y fraude procesal que no se pueden tolerar, o mejor dicho, que nuestro orden jurídico no tolera porque contraviene el sistema procesal, y atenta contra la norma fundamental, aún cuando no exista un precepto que expresamente lo diga, pues no se puede perder de vista que la buena fe es la base inspiradora de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación,

y además es bien conocido el sabio principio hermenéutico de que "no hay que atenerse a la letra que mata, sino al espíritu que vivifica".

1.- El desvío del proceso, unilateral y bilateral.

En cuanto al desvío del proceso de su fin normal, como consecuencia de la inaplicación de las leyes de orden público, que forman parte de nuestro derecho positivo vigente, vale la pena destacar que toda norma prohibitiva es una norma de orden público, y por lo tanto es imperativa, indisponible e imprescriptible, y como la voluntad de las partes tiene dos limitaciones ineludibles (53): una de ellas deriva de que el interés público está por encima de la voluntad individual, y la otra, que por técnica jurídica, tampoco puede prevalecer el capricho de los contratantes, y en consecuencia, no cabe la menor duda que todos aquellos procesos judiciales en los que las partes, por voluntad consciente o por ignorancia no respetaron el orden público, dan lugar a modificar una resolución firme, ya que las partes no pueden sustraerse a la aplicación de las normas de orden público, y además, es facultad de los jueces apreciar la

(53) "CONTRATOS, VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LOS.- Si bien es verdad que la voluntad de las partes, es la Suprema Ley de los Contratos, también lo es que dicho principio tiene dos limitaciones forzosa, ineludibles: la primera, que se deriva del Interés Público que está por encima de la Voluntad Individual, y la segunda de la Técnica Jurídica, sobre la que tampoco puede prevalecer el capricho de los Contratantes." PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION 1er CD-ROM SEPTIEMBRE DE 1991 FUENTE: CIVIL SECCION: Jurisprudencia: PAGINA: 1236 VOLTOMO: XXXV EPOCA: 5a. PRECEDENTES: Quinta Epoca: Tomo XXXV, pág. 1236 Espinosa Manuela y Coags. Tesis relacionada con Jurisprudencia 107/85.- También véase: "RENUNCIAS LEGALES.- Las Leyes prohibitivas que por naturaleza atañen al Orden Público, no pueden ser renunciadas; por otra parte, la renuncia de las Leyes no puede hacerse en forma general, y las prohibitivas no pueden ser renunciadas ni aun de modo especial." PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION 1er CD-ROM SEPTIEMBRE DE 1991 FUENTE: CIVIL SECCION: Jurisprudencia: PAGINA: 877 VOLTOMO: XXXVI EPOCA: 5a. PRECEDENTES: Quinta Epoca: Tomo XXXVI, pág. 877 Aranda Vda. de Barquín Virginia. Tesis relacionada con Jurisprudencia 260/85)

existencia de ese orden público, en los casos que se les someten a su consideración (54), y por tanto debe concluirse que ante el imperio del orden público (55), no puede prevalecer la inmutabilidad de las resoluciones firmes, y por lo mismo consideramos que se debe abandonar la idea de que el proceso fraudulento proviene exclusivamente de un engaño a la autoridad judicial, pues como ya se dijo, existen casos en que éste proviene de la tramitación de un procedimiento en franca violación de un precepto prohibitivo o de una ley de orden público.

En síntesis, si tuviéramos que definir lo que es el proceso fraudulento, seguramente nos equivocariáramos, porque cada caso concreto sería motivo de una definición y por lo mismo preferimos responder con estas interrogantes: ¿Qué es el proceso fraudulento, sino un negocio fraudulento realizado con instrumentos procesales? ¿Qué diferencia existe entre una ejecución fraudulenta y colusoria realizada con ánimo de disminuir el patrimonio del deudor, y la enajenación dolosa que da mérito a la acción pauliana? Como se puede apreciar existiría una pregunta para cada caso concreto, pues sólo diferencias de forma y no de fondo existen entre esos casos.

(54) "ORDEN PUBLICO.- Si bien es cierto que la estimación del orden público en principio corresponde al legislador al dictar una ley, no es ajeno a la función de los juzgadores apreciar su existencia en los casos concretos que se les someten para su resolución. Resulta pues indudable que los jueces, en casos determinados, pueden calificar y estimar la existencia del orden público con relación a una ley, y no podrían declarar éstos que no siendo ya aplicable una ley en los conceptos que la informaron por cuestión de orden público, conserva aún ese carácter y que subsisten sus finalidades." Quinta Epoca, Tomo XXVI, Página 1533. Inclán Cerobio C. Tomo XXXI, Página 570. González Cesareo L. Tomo XXXI. Página 2807. Priego Rosendo y Coags. Tomo XXXI. Página 2807. Vega Bernal Miguel. Tomo XXXI. Página 2807. Mendieta Pedro V.)

(55) "Art. 8º del Código Civil para el D.F.: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público, serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario"

Una envoltura de carácter procesal, preparada casi siempre con la finalidad de asegurar la eficacia del fraude, separa una situación de otra. En consecuencia, no puede el intérprete hallar un obstáculo en las formas, cuando el fondo está constituido por un acto declarado ineficaz por textos expresos de la ley civil, penal, o cualquier otra. Nos conformamos con utilizar un lenguaje adecuado que nos permitiera hablar, sin discusiones, de acción de nulidad de juicio concluido por proceso fraudulento y si ésta se reconociera en la ley, estará satisfecha nuestra ambición, aunque reconocemos que sólo un verdadero talento jurídico podría concebir esas hipótesis normativas, sin caer en la casuística, y que además se limitara su ejercicio, precisamente para evitar abusos, por lo que reconocemos que, entonces, seguramente habría que pensar en una institución que controle el ejercicio abusivo de ese tipo de acciones, y ante esta situación, por el momento tan sólo apuntamos esta inquietud, pero no dejamos de reconocer que por difícil que parezca, probablemente en la "ética" o en la "buena fe" podemos encontrar el fundamento para acabar, aunque sea parcialmente, con los antagonismos y con el abuso del derecho(56).

(56) No escapa a nuestra atención, a propósito del concepto de la ética, que hemos invocado, la singular concepción que Maquiavelo tiene sobre la naturaleza humana. Asegura que el hombre siempre es el mismo, ni decae ni mejora y enuncia como base de la naturaleza humana la ambición y la codicia y afirma que los hombres son malos por naturaleza. Son, según él, inconstantes, desagradecidos, pusilánimes, falsos, hipócritas, envidiosos, colmados de odio unos hacia los otros, y que aunque tienen capacidades limitadas, poseen, sin embargo, deseos desmesurados, en pocas palabras, asimilan con más facilidad los vicios que las virtudes, y si esa es la naturaleza humana, entonces se entiende por qué Maquiavelo aconsejó, dejando a un lado los principios morales y éticos, aprovechar ese conocimiento, y por ello justificó que como la capacidad de los hombres, no les permitiría convivir sin la coerción externa, se hacía necesario, entonces, una organización política fuerte que expresara en su ideal del estado nacional centralizado, para lograr la unidad. (Véase: Maquiavelo, Nicolás. "El Príncipe". Editorial Porrúa, S.A., Colección "Sepan cuantos" México 1981.)

2.- Titulares de la acción de nulidad.

La pregunta obligada es la siguiente: ¿Es posible que las mismas partes en un litigio puedan intentar la acción de nulidad del juicio concluido en el que fueron protagonistas, o es que esta acción solo la tiene el tercero ajeno que no ha intervenido en el litigio?

Para responder, necesariamente debemos advertir que regularmente son las sentencias las que dan fin a un juicio, pero también la voluntad de las partes expresada en un convenio judicial, pone fin a las controversias. En cuanto a las sentencias, hay conformidad de los jurisconsultos, en el sentido de que se trata de un acto jurisdiccional, por medio del cual el juez decide la cuestión principal ventilada en el juicio o algunas de carácter material o procesal que hayan surgido durante la tramitación del mismo. Las definiciones que formulan enuncian con diferentes palabras esa tesis, donde comienza la discrepancia; al decir de Eduardo Pallares⁽⁵⁷⁾, es cuando se trata de precisar la naturaleza intrínseca de ese acto.

Eduardo J. Couture, por ejemplo, contempla la sentencia desde tres puntos de vista: Como hecho jurídico, como acto jurídico

(57) Véase: "Sentencia" en Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S.A. p. 647)

y como documento. Describe, al analizarla como hecho jurídico, las diversas actividades materiales e intelectuales del juez que culminan en el pronunciamiento de la sentencia, pero salta a la vista, que esa separación que el autor realiza del hecho y del acto jurídico, constituye -en nuestra opinión-, una sutileza sin trascendencia jurídica, porque el acto es, al mismo tiempo, hecho jurídico, en forma tal, que no es posible dividirlo sin desnaturalizarlo. En cambio, es más útil estudiar lo que es la sentencia en su naturaleza documental. En este sentido, es bien sabido que la sentencia constituye una actuación judicial que debe estar firmada por el juez y el secretario de acuerdos, y en la cual se respeten los requisitos formales que ordenan las leyes. La palabra juicio, que en una de sus acepciones es sinónima de sentencia, demuestra el importante papel que tiene, en los fallos de los tribunales, la mente del juez.

Desde este punto de vista, juzgar es decidir mentalmente cuál de las dos proposiciones contrarias es la verdadera. La mayor parte de los tratadistas, sostienen que la sentencia se configura, lógicamente como un silogismo, en el cual la ley es la premisa mayor, el caso a discusión la menor, y la parte resolutive la conclusión o inferencia. De esta suerte, una vez que el juez determina el tipo de problema que se le ha planteado, procede a seleccionar de todas las normas que pudieran aplicarse, aquella que considera que es la que debe

resolver el caso concreto, pero en esa selección es donde radica el verdadero problema, pues son tantas las leyes existentes y hoy están tan vinculadas unas materias con otras, que difícilmente puede haber una selección atinada, razón por la cual nos inclinamos porque esa selección se haga advirtiendo, si existe o no una norma de orden público, que resulte aplicable al caso, y que las partes contendientes no hayan invocado, pues como ya se dijo con anterioridad, no es ajeno a la función de los juzgadores apreciar la existencia del orden público, y de igual manera, si el juez tiene facultad para aplicar e interpretar la norma secundaria, con mayor razón debe vigilar el respeto a la norma fundamental.

En cuanto a la voluntad de las partes expresada en forma de convenio judicial para dar por terminado un procedimiento, debe hacerse la misma consideración, pues el capricho de los contratantes no puede prevalecer sobre la interpretación de la ley, y además el orden público es un límite a la expresión de esa voluntad.

Una vez dictada la sentencia que pone fin al juicio, y no existiendo recurso alguno que hacer valer, o bien, por conformidad de las partes, ésta adquiere la calidad de resolución firme o sentencia ejecutoriada, y regularmente, se piensa que en estas condiciones esa sentencia adquiere el carácter de inmutable. De igual manera, los convenios judiciales celebrados por las partes contendientes y

debidamente ratificados ante la presencia judicial, también ponen fin al juicio, y en ambos casos, contra la ejecución de una sentencia o de un convenio judicial, por lo menos en el Distrito Federal, no se admiten mas excepciones que las previstas en el artículo 531 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en vigor, supletorio del de Comercio, que ya comentamos con anterioridad, pero lo que realmente nos interesa resaltar es que la inmutabilidad de esa sentencia o convenio judicial, no debe entenderse en términos absolutos, porque como ya vimos, existen hipótesis normativas concretas, a virtud de las cuales, el cambio de circunstancia es motivo de alteración o modificación de las resoluciones aunque éstas estén firmes o bien hayan causado ejecutoria, como es el caso de las hipótesis previstas en el artículo 94 del ordenamiento legal citado, y precisamente, la alteración o modificación de una resolución firme, se puede intentar por vía de acción, o bien por vía de excepción, y además, esa aparente inmutabilidad de una resolución o convenio, tampoco debe entenderse en el sentido de que valga "erga omnes", sino solo entre las partes, esto es, para quienes intervinieron en el juicio como actor o demandado debidamente legitimados, de donde se concluye que los efectos de lo que se conoce como cosa juzgada, no alcanza a los terceros que no hayan intervenido en el juicio, simple y sencillamente porque la sentencia es "res inter alios acta".

En síntesis, las resoluciones o convenios judiciales firmes son susceptibles de alteración o modificación en determinadas situaciones, pero ¿quiénes pueden intentar la modificación o alteración de una sentencia o convenio que adquirió la categoría de cosa juzgada? ¿Puede hacerlo un tercero? ¿Pueden intentar esa acción o hacer valer esa excepción las mismas partes que contendieron en un litigio? ¿Puede intentarse la acción de nulidad de un juicio que ha concluido cuando éste es el resultado de un procedimiento obtenido fraudulentamente? ¿Puede intentarse la acción o excepción de nulidad de un juicio concluido, aunque no exista un precepto legal que autorice dicha acción o excepción?

2.1.- La opinión de Francesco Carnelutti y su crítica.

Francesco Carnelutti sostiene que el elemento característico del fraude es el fin, puesto que se desvía el proceso de su objetivo natural, ya que persiguiendo la realización de la justicia, se desenvuelve fraudulentamente y distingue que el fraude procesal, bien puede resultar de la actitud de una de las partes o de ambas, de manera tal que para el autor existe un fraude unilateral y otro bilateral.

En efecto, en toda controversia judicial auténtica, cada parte busca, más que la realización de la justicia, su propio

beneficio, y en opinión de Carnelutti, no sería posible suponer una lucha, sin admitir el empleo en ella de la astucia en mayor o menor grado, pero desde luego, esa "astucia" debe entenderse como un ardid intelectual y producto de la cultura jurídica, mas nunca como un tráfico de influencia o abuso del derecho, pues basta decir, al respecto, que las referencias que tenemos sobre el sistema judicial en otros países, por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica, nos enseñan que es la ética la que impera en los procedimientos, y sobre todo, la lucha jurídica se desenvuelve en un ambiente en el que los litigantes conocen las pruebas de su contraparte, e incluso las intercambian, lo que habla de una contienda transparente, en la que ciertamente, la astucia de un abogado, entendida como la mejor forma de presentar el caso a un jurado, es lo que puede constituir un factor determinante en la decisión final, habida cuenta de que en esos procedimientos, tanto las partes como las autoridades, tienen un contacto directo en el momento de las audiencias, lo cual si bien supone una cierta preferencia o inclinación, por alguna de las partes, a la que difícilmente el jurado puede escapar, no es menos cierto, que esos procedimientos tienen un éxito indudable, mientras que en nuestros procedimientos judiciales, en la mayor parte de los casos, formalmente, aunque están desprovistos de ese contacto entre el juez y las partes contendientes, nadie puede negar que existen influencias y subterfugios, que le permiten a los litigantes, y consecuentemente a las partes,

tomar ventaja, sin que su contrario se percate de ello, de manera tal que esa "astucia" a la que alude Carnelutti, hoy en nuestros días es un concepto romántico, pues nadie puede negar que los signos de la corrupción alcanzan al poder judicial, y sin duda alguna, cada controversia judicial concluida, como lógicamente es decidida necesariamente en favor de alguna de las partes, se traduce en la síntesis de una injusticia.

En todo proceso, entonces, se encuentra más o menos el germen de una conducta fraudulenta, conducta que no alcanza a lograr la descomposición del proceso, como consecuencia de la naturaleza y de la especial bondad del sistema. Pero al mismo tiempo que la auténtica contradicción lleva el germen del fraude, se supone que es ella la mejor garantía de la limpieza del proceso.

Puede decirse que no toda tentativa de la parte para que se le conceda lo que pide, aun sabiendo que carece de justificación, es fraude, puesto que, para que éste se constituya, es menester determinada intensidad y calidad del medio elegido. De ahí que en el proceso, lo mismo que acontece en los contratos, hay que tener en cuenta el "*dolus bonus*" y el "*dolus malus*", y procurar distinguir -aunque no sea cosa fácil-, el momento en que se pasa del uno a otro, esto es, precisa discernir la astucia lícita del litigante, del engaño ilícito, que desde luego sanciona la ley penal.

Carnelutti establece que mientras el fraude unilateral no traspasa normalmente los límites permitidos, en cambio, el fraude bilateral, es decir, aquél que las partes conciertan cometerlo, es siempre un fenómeno patológico del proceso, pues en él no existe contradicción verdadera, sino aparente.

Siempre el dispositivo que vincula al juzgador con la actividad de las partes, facilita el fraude procesal, puesto que, debiendo necesariamente ajustarse a la iniciativa de las partes, el juez debe considerar el caso conforme a lo que resulte de los hechos aducidos, de lo que las mismas partes hayan expresado y de las pruebas que éstas hayan aportado, aunque al juez le conste lo contrario.

Para Carnelutti este principio se justifica tratándose de asuntos de interés exclusivamente particular, para nosotros en ningún caso se justifica el hecho de que el juez sentencie de una manera contraria a lo que a él le consta, porque para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes, o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral (58), y además los tribunales podrán decretar en todo

(58) "Art. 278 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F.)

tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados (59), y por lo tanto, difícilmente podemos aceptar que un juez esté obligado a emitir su sentencia en favor de una de las partes, cuando a ésta no le asiste el derecho, y por lo mismo, consideramos que se debe abandonar ese conocimiento dogmático de que los jueces sólo pueden resolver con base en las pruebas aportadas por las partes, ya que el conocimiento de la verdad jurídica, no queda al arbitrio de lo que las partes pretenden, sino que es un derecho y facultad del juzgador conocer esa verdad jurídica y al mismo tiempo traducirla en una sentencia.

En la práctica, por ejemplo, es muy frecuente que los jueces crean en forma dogmática en los testimonios o escrituras notariales, y todo parece indicar que cuando viene a juicio un instrumento notarial, nadie discute su contenido, y precisamente con motivo de esas pruebas instrumentales públicas, existen muchos juicios que han concluido, y en los que nadie discutió el contenido de los instrumentos notariales, pues regularmente, los particulares cuando acuden a un notario público, consideran que el acto plasmado en un testimonio notarial, es total y absolutamente válido, pero

(59) "Art. 279 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F.)

debe decirse que, las manifestaciones unilaterales o bilaterales, contenidas en una escritura pública, no constituyen la verdad jurídica, por la simple y sencilla razón de que los notarios públicos no pueden invadir la esfera que está reservada a las autoridades judiciales, como es el caso, de la recepción de una declaración (confesional o testimonial), y consecuentemente la fe pública que tienen los notarios no sirve para demostrar lo que está fuera de sus funciones, y por lo tanto, aunque las partes manifiesten ante un notario público, haber recibido, haber hecho, o haber dejado de hacer algo, estas manifestaciones no constituyen la verdad jurídica, y desde luego en un juicio pueden ser impugnadas, precisamente porque su eficacia depende de lo que decida la autoridad judicial, y no el notario (60).

2.2.- La responsabilidad de la forma ilícita.

¿Qué sucede si una de las partes se retracta de su manifestación, o bien se arrepiente del fraude a la ley en el que participó? ¿Carece de acción para demandar la nulidad de ese instrumento notarial o de ese procedimiento cometido en

(60) "NOTARIOS. SU INTERVENCIÓN EN MATERIA JUDICIAL. La fe pública que tienen los notarios no sirve para demostrar lo que está fuera de sus funciones, ni menos para invadir terrenos reservados a la autoridad judicial, como evidentemente lo están la recepción de declaraciones y las vistas de ojos, ya que estas pruebas deben prepararse en tiempo y recibirse por el juez con citación de la contraria para que éste se halle en condiciones de repreguntar o tachar a los testigos y hacer las observaciones que en las inspecciones oculares estimen oportunas." Quinta Época: Tomo CXXIII, Página 187. A.D. 918/58. Antonio Martínez Camacho. Mayoría de 4 votos. Sexta Época: Vol. II, Página 121. A.D. 1678/57. José Luis Espinosa. 5 votos. Vol. XIII, Página 259. A.D. 2545/56. Carlos Herrán Rubio. 5 votos. Vol. XXI, Página 113. A.D. 5934/56. Alma Leticia Ceballos D. 5 votos. Vol. LXIII, Página 40. A.D. 5597/61. Guillermo Gómez Arzapalo. 5 votos."

fraude a la ley? ¿Ha de imponerse a las partes la responsabilidad de la forma ilícita que adoptaron, a pesar de tratarse de un proceso fraudulento?

Carnelutti piensa que ha de tenerse en consideración que, en realidad, no sólo incumbe a las partes que la sentencia sea justa, sino fundamentalmente al orden público. Son las partes, ciertamente, quienes se encuentran colocadas en mejor situación para lograr la reparación de la lesión de ese interés, pero entonces el interés de ellas debe ser medio, no fin.

También aquí debe venir a aclarar las ideas, la consideración del fin público del proceso. Que la sentencia sea justa no es un asunto que sólo a las partes afecta, es, por el contrario, un asunto de interés público. Por consiguiente, como ya se dijo, el interés de la parte se considera como un medio y no como un fin, y por lo mismo, no se puede pensar en privar a una de las partes de la impugnación, como si se tratara de un castigo por haber participado en el fraude, porque en tal caso, Carnelutti sostiene que se castiga no a la parte, sino a la sociedad entera.

Se castiga sobre todo a los terceros, contra los cuales se dirige el fraude. Podría pensarse que estas reflexiones sólo se aplican a los terceros ajenos, pero debemos preguntarnos:

¿por qué no también se concede ese derecho a las partes, si la impugnación de éstas aprovecha también a aquél? ¿por qué también no se concede ese derecho a las partes, si el tercero igualmente se beneficia? ¿por qué razón no ha de valer su arrepentimiento? ¿por qué ha de ser el interés público el sacrificado? No cabe la menor duda que a las partes no se les puede imponer la responsabilidad de la forma ilícita adoptada, porque sería tanto como aceptar la validez de un proceso fraudulento, y además, no debe perderse de vista, que la parte que participó en un fraude a la ley, cuenta con más instrumentos para destruir la aparente eficacia de ese fraude, y por lo tanto, siempre debe tomarse en cuenta el parecer de la parte que se ha arrepentido del mismo (61).

2.3.- La opinión de José Luis Estevez.

José Luis Estevez, por su parte, sostiene que cuantas veces se intente la utilización anormal del proceso, debe considerarse quebrantado el principio de la obligatoriedad de la forma, con la consiguiente nulidad de los actos. Con justificación expresa este autor que, aunque fuera de lo que establezca el derecho substancial, el fraude procesal resulta terminantemente prohibido, aunque no exista precepto que expresamente lo diga, toda vez que contradice violentamente todo el sistema procesal. De hecho, la esencia del sistema jurídico reprueba el fraude procesal, ya que no debemos

(61) Carnelutti, Francesco. "Contra el Proceso Fraudulento". Editorial Utrea, Tomo II, p. 67-79. Citado por José Alfonso Abitia Arzapalo en su libro "De la cosa juzgada en materia civil". UNAM, México, 1959, p. 167)

olvidar que para comparecer en juicio debe existir el derecho, es decir, deben realmente existir los supuestos previstos en la norma positiva, esto es, que las hipótesis o supuestos de la norma deben corresponder a la realidad.

Antes de que exista sentencia, desde luego el fraude no se consuma, entonces, el objeto de la acción contra el fraude se debe centrar en la sentencia, pues consideramos que no necesariamente la parte que se ha arrepentido del fraude, o bien, la parte que no sabía de la existencia del fraude procesal, deba esperar a que el juicio concluya, ya que la legalidad de la sentencia, puede ser impugnada por las partes, alegando la ilicitud del proceso -cualquiera que sea su naturaleza- en el propio recurso que la ley prevenga para modificar o revocar la resolución firme (apelación, apelación extraordinaria, juicio de amparo, etc.), pues de esta manera consideramos que las propias partes llaman la atención de los juzgadores para que se revise la sentencia o las sentencias subsecuentes (amparo), que habrán de decidir la controversia en definitiva, pues sería ilógico que las propias partes tuvieran que esperar a que el juicio termine, es decir, que cause ejecutoria, ya que de acuerdo con lo expuesto, la ilicitud de un procedimiento se puede intentar en vía de acción autónoma, hipótesis en la que sí deberá esperar a que el juicio concluya, o en vía de excepción, supuesto en el que no se debe esperar la conclusión definitiva del

procedimiento, de manera tal que todo dependerá del estado procesal que guarde el juicio, cuando alguna de las partes se arrepienta del fraude procesal, o se dé cuenta de que éste se tramitó contraviniendo el orden público, por lo que debe concluirse que tratándose de una excepción fundada en que el proceso es fraudulento, ésta debe admitirse aún cuando no se haya hecho valer en la contestación a la demanda.

Muchos pensarán que si alguna de las partes se arrepiente del fraude procesal en el que participó, consciente o inconscientemente, o se da cuenta de que el procedimiento judicial en el que contiene, se está tramitando en franca violación al orden público, difícilmente podría incorporar, en un recurso de apelación (agravios), o en un juicio de amparo, los argumentos que, a su juicio, constituyen el motivo o fundamento de la ilicitud del procedimiento, porque en la segunda instancia, o en el juicio de amparo, por principio, no se pueden incorporar elementos extraños a lo que constituye la materia de la lite, o bien, argumentos que no se hicieron valer desde el escrito de contestación a la demanda, pero debe decirse que, los partidarios de esta tendencia, han ignorado que si bien es cierto que la lite se compone, regularmente (62), de la demanda y contestación a la demanda, el hecho de que las partes, por ignorancia, negligencia de los abogados, falta de tiempo para contestar

(62) no debe olvidarse que todavía existen legislaciones locales que contemplan la dúplica y la réplica como es el caso del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Hidalgo)

la demanda, colusión de litigantes, mala fe, etc., no hayan invocado la existencia o trasgresión al orden público, o bien, la falta de substantividad (veracidad) de la lite, esto no implica que se imponga a las partes, como sanción, la responsabilidad de la forma adoptada, y menos aún si ésta es ilícita, y por ello debe abandonarse ese conocimiento dogmático a propósito de las restricciones que imperan respecto de lo que puede ser materia de una apelación, o del propio juicio de amparo, pues de lo contrario el sistema judicial es el que estaría desviando al proceso de su fin normal, que es la actuación del derecho, y el derecho tiene como misión la justicia, razón para estimar que ese desvío del proceso resulta inaceptable, sobre todo si se toma en cuenta que el procedimiento, en estas condiciones, viene a constituir tan solo una envoltura de carácter procesal, preparada casi siempre con la finalidad de asegurar la eficacia del fraude.

3.- El fraude a la ley.

El fraude procesal supone el fraude a la ley. Destituye al proceso de su fin normal, esto es, de la actuación del derecho. El momento consumativo de la maniobra fraudulenta puede ser anterior a la iniciación del juicio o durante la tramitación del mismo. Como resultado de la ilicitud en el

procedimiento, sobreviene lógicamente la falta de correlación entre la sentencia y la lite a decidir. Y si el proceso tiene como misión el actuar sobre una pretensión fundada y ésta es consecuencia inmediata de un conflicto intersubjetivo de intereses, entonces, evidentemente, para que un proceso exista, jurídicamente se requiere de la existencia real de un conflicto de esta naturaleza. En virtud de este principio, cuando la lite no es real, sino el resultado de una convención clandestina entre las partes (fraude bilateral), o cuando la lite es prevenida mediante una artificiosa y dolosa preconstitución circunstancial, entonces ésta no responde a un contenido fáctico objetivo y por lo tanto, puede decirse que el proceso carece de causa, y, al faltarle uno de los requisitos esenciales, es de derecho irrelevante, en pocas palabras, jurídicamente no podría existir.

Por tanto, la resolución judicial desprovista de una verdadera lite, carece de substantividad, y es, por consiguiente, nula absoluta de pleno derecho (inexistencia) (63), que si bien produce provisionalmente sus efectos, éstos

(63) "NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEORICAS.- Aún cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal emplea la expresión "acto jurídico inexistente" en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento de propio código da a las inexistencias, es el de las nulidades, según puede verse en las situaciones previstas por los artículos 1427, 1433, 1434, 1826 en relación con el 2,950 y fracción III, 20402, 2270 y 2779, en las que teóricamente, se trata de inexistencias por falta de objeto, no obstante, el código las trata como nulidades, y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el Código las trata como nulidades." Sexta Época, Cuarta Parte: Vol. XI, pág. 130. A.D. 2596/57. Federico Baños. Unanimidad de 4 votos. Vol. XIX, pág. 172. A.D. 2663/58. Donato Antonio Pérez. Unanimidad 5 votos. Vol. LXVI, pág. 44. A.D. 1924/60. Pilar Mancilla Pérez. Unanimidad de 4 votos. Vol. LXXVIII, pág. 16. A.D. 8668/62. Pedro Flores López. Unanimidad de 4 votos. Vol. XC, pág. 46. A.D. 1205/52. Manuel Ahued. Unanimidad de 4 votos)

deben ser destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad absoluta del procedimiento ilícito, de manera tal que una vez acreditada la falta de causalidad eficiente, todo efecto útil debe ser rescindido, y por lo mismo debe quedar a salvo el ejercicio de la acción (o excepción) de nulidad, que debe borrar y paralizar la eficacia del proceso en su totalidad. Una vez declarada la nulidad del procedimiento ilícito, el resultado es que la autoridad de la cosa juzgada está imposibilitada de producirse, pues le habrá faltado uno de sus elementos esenciales, que es precisamente, el presupuesto fundamental de su constitución, es decir, el desenvolvimiento de un proceso real (64).

En pocas palabras, el proceso fraudulento es un negocio ilícito realizado con instrumentos procesales. Como institución jurídica, se vincula con otras instituciones que persiguen el mismo fin de que el derecho actúe. Para comprobar lo anterior, basta preguntarnos ¿qué diferencia existe entre una ejecución fraudulenta y colusoria realizada con ánimo de disminuir el patrimonio del deudor, y la enajenación dolosa que da mérito a la acción pauliana? La respuesta es contundente, sólo algunas diferencias en la forma pero no en el fondo existen en estos casos. Una envoltura de carácter procesal, preparada casi siempre con la

(64) Estevez, José Luis. "Teoría del Fraude en el Proceso Civil". Edit. Uthea. p. 160, citado por José Alfonso Abitia Arzapalo op. cit. p. 171)

finalidad de asegurar la eficacia de un fraude, separa una situación de otra, y por ello no debemos aceptar un obstáculo en la forma, cuando el fondo está constituido por un acto declarado ineficaz por texto expreso de la ley.

Afortunadamente, aquella jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que se establecía que "una vez terminado un juicio por sentencia ejecutoria, no es posible legalmente pretender su nulidad por medio de otro juicio autónomo"⁽⁶⁵⁾, ha sido interrumpida y hoy la propia Corte, ha sustentado diversos criterios que apoyan nuestra posición, y que nos permitimos transcribir:

"NULIDAD DE JUICIO CONCLUIDO. SOLO PROCEDE RESPECTO DEL PROCESO FRAUDULENTO. - En principio no procede la nulidad de un juicio mediante la tramitación de un segundo juicio, por respeto a la autoridad de la cosa juzgada; pero cuando el primer proceso fue fraudulento, entonces su procedencia es manifiesta y el tercero puede tambien excepcionarse contra la sentencia firme, pero no contra la que recayó en juicio de estado civil, a menos que alegue colusión de los litigantes para perjudicarlo."

Quinta Epoca: Suplemento de 1956, pág. 333. A.D. 4231/53 José Guadalupe Razo. 5 votos. Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. XXVI, página 155. A.D. 7641/58 Manuel Hernández. 5 votos. Vol. XXXIV, página 114. A.D. 6942/56 Felipe R. Hernández y Coags. Unanimidad de 4 votos. Vol. LXI, pág. 189 A.D. 2626/61 Arnulfo Hermida Rivas. 5 votos. Vol. LXXI, pág. 63. A.D. 6809/61 Alfonso Chanona López, Sucn. Unanimidad de 4 votos. Visible en el apéndice de Jurisprudencia Definida 1917-1985 Civil, págs 589 y 590.

(65) Jurisprudencia número 714. Último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, publicado en el año de 1955),

"NULIDAD DE JUICIOS CONCLUIDOS POR SENTENCIA EJECUTORIADA, CASOS EN QUE PROCEDE LA (SAN LUIS POTOSI).- Si bien es cierto que la generalidad de los Códigos de Procedimientos Civiles, el de San Luis Potosí entre ellos, no contienen una reglamentación expresa sobre la acción de nulidad de juicios concluidos, también lo es que jurídicamente no puede permitirse la subsistencia de juicios contrarios a normas de orden público, tal y como sucede en el caso en que el marido le demanda a su esposa el divorcio necesario siendo ésta menor de edad y por ende incapaz de comparecer en juicio por su propio derecho, habiéndose seguido el procedimiento hasta su terminación sin haberle nombrado tutor. En estas condiciones, la ausencia de dicha reglamentación no impide considerar que la cónyuge demandada tiene expedito su derecho de pedir en un juicio autónomo su anulación, puesto que se trata de un procedimiento que no tuvo base legal desde que se inició, por haberse seguido con violación de normas consideradas como de interés público; por consiguiente, cabe establecer que la nulidad del juicio concluido por sentencia ejecutoriada sí puede ejercitarse válidamente, si el menor que la deduce no fue oída y vencida a través de su representante legal."

Amparo Directo 3025/1971. Daniel Salazar Cruz. Agosto 3 de 1972. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. J. Ramón Palacios Vargas. Esta jurisprudencia se encuentra visible bajo el número 197 página 590 del apendice de jurisprudencia 1917-1985 Civil.

"NULIDAD DE JUICIOS CONCLUIDOS POR SENTENCIA EJECUTORIADA.- Aunque es verdad que el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal no reglamenta la acción de nulidad, de procedimientos concluidos, sino únicamente la nulidad de actuaciones en el curso del procedimiento, pero antes de dictarse sentencia, también lo es que la Suprema Corte ha establecido que se puede promover la nulidad sobre un juicio ya concluido por sentencia definitiva, pudiendo hacerse valer como acción o como excepción ante un juez común, sin necesidad de acudir a un juez federal."

Amparo Directo 558/1958. Francisco Serrano Solís y Coags. Abril 21 de 1965. Unanimidad de

5 votos. Ponente: Mtro. Rafael Rojina Villegas. Tercera Sala. Sexta Epoca, Volumen XCIV, Cuarta Parte, Pág. 140. Visible en la página 81, Tomo II Actualización Civil, relativo a Jurisprudencia y Tesis sobresalientes 1966-1970, de Mayo Ediciones.

II.- LA APELACION EXTRAORDINARIA.

1.- Plazo para el ejercicio de la acción.

Tratándose de nulidad absoluta que afecta a un procedimiento fraudulento, ya sea por colusión de los litigantes o por violación a una norma o ley de orden público, sin duda alguna es una acción imprescriptible, aunque debe destacarse que tratándose de inmuebles, opera la prescripción negativa o liberatoria de diez años (66).

Sin embargo el Código de Procedimientos Civiles, contempla el recurso de apelación extraordinaria, cuyo plazo para su interposición es de tres meses siguientes al día de la notificación de la sentencia, y procede en los siguientes casos:

Quando se hubiere notificado el emplazamiento al reo, por edictos, y el juicio se hubiere seguido en rebeldía; cuando no estuvieren representados legítimamente el actor o el

(66) "Art. 1159 del Código Civil para el Distrito Federal.- Fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, contado desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento"

demandado, o, siendo incapaces, las diligencias se hubieran entendido con ellos; cuando no hubiere sido emplazado el demandado conforme a la ley y cuando el juicio se hubiere seguido ante un juez incompetente, no siendo prorrogable la jurisdicción.

Este recurso procede en toda clase de juicios (a excepción de los concursales), porque no existe limitación alguna en el Código de Procedimientos Civiles, pero desde luego sólo se puede intentar contra las sentencias definitivas y no contra las resoluciones interlocutorias, razón para estimar que las hipótesis de su procedencia, en realidad son el resultado de una casuística que, si bien puede servir de remedio para equilibrar el procedimiento, no es menos cierto que, en la práctica, es más frecuente la tramitación en estos casos de juicios de amparo (indirecto), ya que el mencionado recurso de apelación extraordinaria no constituye un obstáculo para su tramitación ni afecta el principio de definitividad y, además, debe señalarse que, en estricto sentido, no se está en presencia de un verdadero recurso, puesto que su objeto no es confirmar, revocar o modificar la resolución impugnada, y tampoco es la continuación de las instancias precedentes, sino que lo cierto es que, aunque llamado recurso, hablando propiamente se trata de un juicio sumario y tan es así que dicho "recurso", debe llenar los requisitos que se establecen

para una demanda (67), y cuyo objeto no sólo es obtener la declaración de nulidad de la sentencia, sino que también, cuando la resolución se encuentra firme, se puede lograr la nulidad de la instancia, a fin de que todo el procedimiento sea repuesto.

En otras palabras, el recurso de apelación extraordinaria, en realidad viene a constituir una acción de nulidad de todo aquel procedimiento, ya concluido, en el cual el demandado fue ilegalmente emplazado, indebidamente representado, o bien sentenciado por una autoridad incompetente, pero esta casuística, de ninguna manera se puede identificar con la acción de nulidad del juicio concluido por proceso fraudulento que nos ocupa, pues como ya dijimos, se trata de una acción de nulidad absoluta que, en términos generales es imprescriptible, y por lo tanto, debe desestimarse que el plazo de los tres meses a que se refiere el artículo 717 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no es el plazo que se tiene para el ejercicio de la acción de nulidad de un juicio concluido, pues salvo la excepción ya mencionada, la acción que nos ocupa es imprescriptible, ya que de esa nulidad puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

(67) "Art. 718 en relación con el 255 del Código de Procedimientos Civiles, para el D.F)

III.- EL JUICIO CONCLUIDO EN MATERIA MERCANTIL.

1.- Naturaleza de las obligaciones mercantiles.

Todos los autores de derecho mercantil se han dado a la tarea de justificar la existencia de lo que denominan obligaciones mercantiles, como si existiera una diferencia en la teoría general de las obligaciones, que permitiera clasificar a unas en civiles y a otras en mercantiles, por lo que estimamos que esa diferenciación tan solo tiene un valor académico, es decir, tan solo es útil para el estudioso del derecho mercantil, o bien del derecho civil, pero nuestra posición es muy clara al respecto: el derecho es uno, cualquiera que sea el calificativo que se le dé, y su misión, simple y llanamente es la justicia, de la que no nos queremos ocupar, porque como ya lo dijimos, mucho se ha dicho alrededor de ese tema, y prueba de ello es que Platón se ocupó de la justicia, en el Diálogo de la República, bajo el subtítulo alternativo "De lo Justo o Sobre lo Justo". Rousseau, por su parte, la analizó bajo el título "De La Educación", y hoy en día -como dice Antonio Gómez Robledo-, nos sentiríamos tentados en ponerle otro nombre a ese diálogo, por ejemplo, "Del Hombre o de la Vida Humana", ya que, en efecto, y según lo dice Sir Ernest Barker, el Diálogo de la República -si hubiéramos de resumir en una frase su extraordinaria riqueza temática- es una filosofía completa del hombre y de la vida humana en

todos sus aspectos y variedades sociales y personales, porque la idea del Estado perfecto surge naturalmente del problema de la justicia (68), y por lo tanto, como el concepto de la justicia, no es objeto de nuestro trabajo, tan sólo nos conformamos con hablar vagamente de la justicia como un fin del derecho.

El problema surge cuando a partir de esas clasificaciones doctrinarias, se tuercen los conceptos y se provocan confusiones, que si bien es cierto el investigador intenta resolver, no deja de ser preocupante el hecho de que, en forma indiscriminada, se hable de obligaciones mercantiles, obligaciones civiles, obligaciones tributarias, etc., como si existiera una teoría general de las obligaciones para cada una de las ramas en que suele dividirse el estudio del derecho, cuando en realidad sólo se trata de instituciones propias de cada una de esas ramas del derecho. Inclusive, se habla de una contraposición entre el derecho público y derecho privado, y la verdad de las cosas es que hoy en día, sólo escasos actos jurídicos que tradicionalmente fueron bautizados por la ley como "actos jurídicos entre particulares", pueden considerarse como parte de un "derecho privado", porque el llamado "derecho público" cada día influye más en éste, e incluso lo modifica. Prueba de esta tendencia es que en la materia fiscal, se han venido modificando los conceptos tradicionales del derecho común.

(68) Véase: Gómez Robledo, Antonio. "Platón". Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1982. p. 543)

Algunos dirán que los conceptos que cada una de las ramas del derecho ha aportado a la ciencia jurídica, de ninguna manera se prestan a confusión, porque cada concepto está respaldado por una verdadera tradición, y ciertamente, el enfoque multidisciplinario habla de los beneficios de esta tendencia, pero precisamente, en estos argumentos es donde encontramos la base para proponer una revisión de las diversas clasificaciones que se han hecho del derecho, cuyo valor, como ya se dijo, tan sólo es útil para la enseñanza de la ciencia jurídica.

Lo anterior viene a colación porque en la materia mercantil, dogmáticamente se ha venido enseñando que, entre comerciantes, no existe la lesión, porque se suponen peritos en materia de comercio, y por ello, se cree, que un comerciante no se puede aprovechar de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, que le permitiera obtener un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, y por tanto, no puede pedir ni la nulidad del contrato ni la reducción equitativa de la obligación. Este conocimiento se ha extendido, a nuestro juicio, sin justificación a otras instituciones, pues seguramente, ese conocimiento arranca de lo dispuesto en el artículo 385 del Código de Comercio, en el que se establece que "las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión y que al perjudicado, además

de la acción criminal que le competa, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiese proseguido con dolo o malicia en el contrato o en su cumplimiento", pero este precepto se refiere exclusivamente a la compraventa mercantil, y aquella idea de que un comerciante no puede producir lesión a otro comerciante, hoy en día es una expresión falaz, y además contraria al principio constitucional, que se consagra en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece: "...En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia... en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de una clase social...".

En efecto, no se debe perder de vista que nuestro Código de Comercio se expidió el 4 de junio de 1887, y muchos de sus principios no sólo son incompatibles con los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, sino que además entrañan una franca antinormatividad respecto de los principios contenidos en el Código Civil para el Distrito Federal de 1928, que entró en vigor hasta el año de 1932, y cuya tendencia fue socializar el derecho y, que la equidad prevalezca sobre el texto inflexible de la ley.

Si admitiéramos la existencia de obligaciones mercantiles, tendríamos que aceptar que existe una teoría general de las obligaciones para cada una de las ramas del derecho, lo cual es inexacto y además resultaría inconveniente, porque entonces no habría razón para que existieran instituciones jurídicas, pues éstas serían definidas según la rama del derecho de que se trate, y esta situación, absurdamente nos llevaría a decir, por ejemplo, que la compensación -como institución jurídica- es distinta en el derecho mercantil que en el derecho civil o fiscal, lo que resultaría inconveniente, porque la teoría precisamente es general y no particular, por lo que rechazamos que en el lenguaje común se hable indistintamente, de obligaciones mercantiles, distinguiéndolas de las civiles, e incluso la distinción entre derecho público y derecho privado, la estimamos inoperante en la actualidad, y por lo tanto insistimos en que el valor de estas clasificaciones sólo es útil para efectos académicos.

Prueba de que la teoría general de las obligaciones es perfectamente aplicable a los actos de comercio -con excepción de la compraventa mercantil-, es lo que disponen los artículos 77 y 81 del Código de Comercio que a continuación transcribimos:

"Art. 77.- Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio."

"Art. 81.- Con las modificaciones y restricciones de este código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que resciden o invalidan los contratos."

En estas condiciones, deben dejarse atrás aquellas enseñanzas en el sentido de que entre comerciantes jamás habrá lesión, pues esta institución única y exclusivamente se refiere a la compraventa "mercantil", porque hoy el propio derecho mercantil, se muestra cada vez más como un derecho que afecta a determinada categoría de empresas: las empresas mercantiles, que se distinguen por la realización de actos en masa. De este modo, dejan de ser conceptos centrales del derecho mercantil los del comerciante y el acto de comercio, y pasa a ocupar aquel lugar el de la empresa mercantil; por esto, la valoración de la empresa como personaje central del derecho mercantil, es la que inspira nuestras leyes en materia comercial, cuyos actos, como ya se dijo, son en masa.

2.- El principio de conservación de las empresas.

De ahí surge la necesidad de consagrar el principio de conservación de la empresa (69), no sólo como tutela de los intereses que en ella coinciden, sino sobre todo, como salvaguardia de los intereses colectivos que toda empresa mercantil representa, y esto no se puede lograr si se sigue pensando que lo que suceda entre comerciantes no le interesa a la colectividad, y en esta tarea juega un papel fundamental el abandonar aquellos conceptos dogmáticos de que existen obligaciones mercantiles, distintas de las obligaciones civiles, porque al fin de cuentas, es el derecho el único común denominador que puede poner freno a las injusticias producto del actuar de los individuos entre sí, sean o no comerciantes, y entre éstos y la autoridad, porque ambos constituyen la sociedad.

La empresa mercantil al asumir una importancia capital en el progreso económico de cada país, adquiere y representa, por este motivo, un interés público decisivo. Por tal razón, el Estado persigue sobre todo la perduración de las mismas, pero este interés sólo se puede lograr, cuando se acabe con las prácticas monopólicas y las competencias desleales, que constituyen el principal obstáculo para el desarrollo de las empresas.

(69) Véase: Apodaca I. Osuna, Francisco. "Presupuestos de la Quiebra". Editorial Stylo. México, 1945, p. 116)

El cambio de circunstancias (cláusula "*Rebus Sic Stantibus*"), es uno de los principales baluartes respecto del principio de conservación de las empresas, y de ahí nuestra preocupación porque se considere la teoría de la imprevisión, como parte de nuestro derecho positivo vigente.

Ese cambio de circunstancias, en consecuencia, no sólo es aplicable a los casos de alimentos, patria potestad, jurisdicción voluntaria, etc., que ya analizamos, sino que también es aplicable a los actos de comercio, y la base de esta propuesta, la encontramos en el hecho de que las instituciones del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, son supletorias del Código de Comercio, pues sólo así podemos concebir que exista fundamento legal para acabar con las prácticas desleales, que hoy es un concepto muy utilizado en nuestro país, sobre todo en esta época en que los tratados internacionales en materia comercial serán la norma más socorrida. Y en este esquema, la acción de nulidad de las controversias firmes, ya sea en materia comercial, o en cualquier otra, será el único instrumento para enmendar las injusticias cometidas a propósito de la utilización anormal de los procedimientos judiciales, entablados ya sea, entre comerciantes o entre particulares.

C O N C L U S I O N E S

1.- Nuestro derecho positivo, como sistema de normas jurídicas, que se entrelazan mutuamente y forman un todo organizado, no requiere de un precepto que expresamente regule la prohibición del fraude procesal, toda vez que éste contradice violentamente todo el orden jurídico, y por lo mismo, la acción para demandar la nulidad de un juicio concluido por proceso fraudulento, encuentra su fundamento en la propia interpretación de diversas disposiciones y en los criterios que al respecto ha sustentado el Poder Judicial de la Federación.

2.- El artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, supletorio del Código de Comercio, es una disposición que expresamente permite modificar o alterar una resolución firme, en función al cambio de las circunstancias imperantes, en todos los negocios jurídicos relacionados con los alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria, y en todos los demás casos que prevengan las leyes, lo que demuestra que la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", forma parte de nuestro derecho positivo vigente, pues los negocios jurídicos a que se refiere el precepto mencionado, están enumerados de manera enunciativa y no limitativa, pues el

verdadero espíritu del legislador, fue considerar el cambio de las circunstancias, como fundamento para poder alterar o modificar una resolución, aunque ésta haya causado ejecutoria, de manera tal que la inmutabilidad de una sentencia firme, no es un término absoluto, sino relativo.

3.- El artículo 531 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, supletorio del Código de Comercio, viene a confirmar que las sentencias o convenios judiciales, aunque se encuentren firmes, también pueden ser motivo de alteración o modificación, ya que por voluntad de las partes, se puede renunciar a los derechos obtenidos en una sentencia, o bien modificarlos, por convenio y, como consecuencia del efecto de causas supervenientes, ya sean voluntarias o involuntarias.

4.- La cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", prevista en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no solo es aplicable al orden jurídico internacional, sino que forma parte de nuestro derecho positivo vigente, pues ésta es compatible con los principios de justicia y equidad que se consagran en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por lo tanto, se ha convertido en ley suprema de toda la unión, y los jueces de cada Estado deben aplicarla, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en sus ordenamientos, incluso constitucionales, pues el artículo 133 constitucional, que enuncia el principio de la supremacía de la Constitución, es

el fundamento para considerar a dicha cláusula como parte integrante de nuestro sistema de normas.

5.- Toda violación a las normas o leyes de orden público, así como la colusión de los litigantes, consciente o inconsciente, también es motivo para poder modificar o alterar una resolución firme, mediante el ejercicio de la acción de nulidad del juicio concluido por proceso fraudulento, o bien mediante la excepción o defensa correspondiente, porque el fraude procesal siempre supone un fraude a la ley, y destituye al proceso de su fin normal, esto es, de la actuación de la justicia a través del derecho, y por lo tanto, no se puede hallar obstáculo en la forma, cuando el fondo está constituido por un acto ineficaz, o construido mediante una artificiosa preconstitución circunstancial que no corresponde a la realidad.

6.- Como el vínculo del juzgador con la actividad de las partes, regularmente facilita el fraude procesal, el Poder Judicial de la Federación, en todo momento, debe tener presente que la misión del derecho es la justicia, y por lo tanto, se debe abandonar la práctica judicial de que los jueces deben considerar el caso conforme a lo que resulte de los hechos aducidos, o de lo que las mismas partes hayan expresado, o de las pruebas que éstas hayan aportado, porque para conocer la verdad de los hechos controvertidos, es facultad del juzgador valerse de cualquier persona, sea parte

o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral, cuestión que resulta importante, ya que no puede imponerse a las partes, la responsabilidad de la forma ilícita que adoptaron porque, el proceso persigue un fin público y el hecho de que la sentencia sea justa o nó, no es un asunto que solo a las partes afecte.

7.- De igual manera, debe quedar claro que, jurídicamente, la distinción entre obligaciones civiles y obligaciones mercantiles, sólo tiene un valor académico, porque contra todo lo que se ha dicho al respecto, nuestra posición es que la teoría general de las obligaciones es perfectamente aplicable a los actos de comercio, porque así lo establecen los artículos 77 y 81 del Código de Comercio, y por lo tanto, tratándose de juicios mercantiles, el Poder Judicial de la Federación, debe abandonar el formalismo contenido en la expresión de que cada uno se obliga en la forma y términos que quiso obligarse, porque la voluntad de las partes no puede estar por encima de las leyes de orden público, y además, por técnica jurídica, la interpretación de la ley y de los contratos, no queda al capricho de los contratantes, y por lo tanto la expresión de que la voluntad de las partes es la ley suprema en los contratos, no es un concepto absoluto, sino relativo.

8.- Consideramos que la llamada teoría de la imprevisión, expresada en la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*" hoy resulta de fundamental importancia, sobre todo en estos momentos en que el mundo se divide en bloques económicos, y en nuestro país, la actividad económica se desarrollará al amparo de tratados internacionales en materia comercial, en los que la ética y la buena fe, serán el común denominador de todos los negocios y, consecuentemente, debemos adoptar la ética, como actitud frente a la vida, pues ese valor es el único que permitirá que nuestra economía crezca, ya que el derecho -como dice Carnelutti- es la ética de la economía.

9.- Finalmente, no debemos olvidar que si bien el buscar la paradoja es propio de un sofista, el evitarla cuando los hechos se imponen, es propio de un espíritu sin coraje y sin fe en la ciencia.

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

- ABITIA ARZAPALO, José A. De la cosa juzgada en Materia Civil. Editorial UNAM. México 1959.
- ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, S.A., 1981.
- APODACA Y OSUNA, Francisco Presupuestos de la quiebra. Editorial Stylo, México, 1945.
- BLANCO CONSTANS, Francisco Estudios elementales de Derecho Mercantil. Tomo I. Editorial Reus. Madrid, 1936
- BOBBIO, Norberto y MATTEUCCI Nicola Diccionario de Política. Editorial Siglo XXI.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., sexta edición, México 1968.
- El Juicio de Amparo. Editorial Porrúa, S.A., México, 21a. edición, 1982.
- Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa, S.A. México 16a. edición, 1982.
- CARNELUTTI, Francesco. Contra el proceso fraudulento. Editorial Uthea. Tomo II. Madrid.
- CARPIZO Jorge, Estudios Constitucionales. Editorial UNAM. México 1980.
- La Constitución Mexicana de 1917, Editorial UNAM. México, 1980.
- CUE CANOVAS, Agustín El Federalismo Mexicano. Libro Mex Editores. 1ª edición.
- DEUTSCH, Karl W. Política y Gobierno. Editorial FCE. 1976.
- BORDEAU, Georges Tratado de Ciencia Política. Tomo III, Paris, 1950,

- BOTTOMORE, T.B. Introducción a la Sociología.
Ediciones Península, 1978.
- DE LA CUEVA, Mario. La Idea del Estado. Editorial
UNAM. 1980.
- Teoría de la Constitución,
Editorial Porrúa, S.A. México,
1982.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA
DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Espasa-
Calpe, S.A. México, 1982.
- DE OLLOQUI LABASTIDA, José J. Los poderes del gobierno.
Comentarios sobre la
Constitución de los Estados
Estados Unidos. Ediciones de la
Facultad de Derecho de la UNAM.
México, 1966.
- DUVERGER, Maurice, Instituciones Políticas y
Derecho Constitucional
Editorial Ariel, Colección
"Demos", Madrid, España, 1975.
- Sociología Política.
Editorial Ariel, Colección
"Demos", Madrid, España, 1982.
- ESTEVEZ, José Luis. Teoría del fraude en el proceso
civil. Editorial Uthea. Madrid.
- GALGANO, Francesco. El negocio jurídico. Editorial
Trant Lo Blanch. Valencia.
1992.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo Introducción al Estudio de
Derecho. Editorial Porrúa, S.A.,
1ª edición, México.
- Filosofía del Derecho. Editó-
rial Porrúa, S.A. 5ª edición
México.
- GARRIGUES, Juan. Curso de Derecho Mercantil.
Tomo II, Editorial Porrúa,
S.A., México 1981.
- GEORG, Jellinek. Teoría General del Estado.
Editorial Albatros 1970.
- GOMEZ ROBLEDO, Antonio Platón. Los seis grandes temas
de su filosofía. Editorial

- Fondo de Cultura Económica,
México, 1982.
- HELLER, Hermann. Teoría del Estado. Editorial FCE. 11ª reimpresión. 1985.
- JIMENEZ DE PARGA, Manuel. Los Regímenes Políticos Contemporáneos Editorial Tecnos. Madrid 5ª edición, 1974.
- KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Editorial Labor, S.A. Barcelona, España.
- LASALLE, Fernando. ¿Qué es una Constitución?. Editorial Ariel. España, 1976.
- LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Editorial Barcelona. 1975.
- MADISON, JAY, HAMILTON. El Federalista. Editorial Fondo de Cultura Económica, México.
- MAQUIAVELO, Nicolás. El Príncipe. Editorial Porrúa, S.A. México, 1981.
- MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. El Derecho Precolonial. Editorial UNAM. 2a. Edición, 1961.
- MORENO Daniel. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Pax. México 6ª edición.
- Diccionario de Política. Editorial Porrúa, S.A. México 1980.
- El Pensamiento Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., 1ª edición, México 1966.
- OCHOA CAMPOS, Moises. Derecho Legislativo Mexicano. Edición de la XLVIII Legislatura del Congreso de la Unión. Cámara de Diputados. México, 1973.
- ORTIZ RAMIREZ, Serafín. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial UNAM. 1961.
- PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal

- Civil. Editorial Porrúa, S.A.
México, 1960
- POULANTZAS, Nicos. La Crisis del Estado. Editorial E.F. Barcelona 1977. Libro de Filosofía 9.
- Poder Político y Clases Sociales en el Estado Capitalista. Editorial Siglo XXI. 21ª edición.
- RABASA, Emilio O. La Constitución y la Dictadura. Editorial Porrúa, S.A., 5ª edición. México.
- RECASENS SICHES, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa, S.A. 7ª edición, México, 1981.
- ROCKER Rudolf. Nacionalismo y Cultura. Editorial Cajica, S.A. México 1962.
- SERRA ROJAS, Andrés. Ciencia Política. Editorial Porrúa, S.A. 6ª edición.
- TENA RAMIREZ, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. 3ª edición. 1969.
- TIGAR E., Michael y LEVI R., Madeleine El Derecho y el Ascenso del Capitalismo. Editorial Siglo XXI Editores, 4ª edición, México, 1978