



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

---

Facultad de Estudios Superiores Acatlán

“LOS FACTORES DEL PODER  
EN LA MANIFESTACIÓN DE  
LA VOLUNTAD”

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE

**MAESTRO EN DERECHO**

P R E S E N T A:

**HÉCTOR RAMÍREZ VELASCO**

ASESOR:

DR. CARLOS ALBERTO BURGOA TOLEDO



NAUCALPAN DE JUÁREZ, ESTADO DE MÉXICO, MAYO DE 2012



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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 esta 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.

Agradecimientos:

*A Dios Padre, Dios Hijo y Dios Espíritu Santo, por darme la oportunidad y la fortaleza de haber concluido satisfactoriamente mis estudios de Maestría en Derecho.*

*A mis padres, Victoria y Argimiro por el apoyo, cariño y confianza que me han brindado.*

*A mis hermanas Lizeth y Elizabeth por su apoyo invaluable.*

*A todos mis amigos por su amistad incondicional.*

*A mi asesor el Doctor Carlos Alberto Burgoa Toledo por el gran apoyo y respaldo que me ha brindado para la culminación de este trabajo y por los conocimientos tan importantes que me ha transmitido.*

*A la Doctora Guadalupe Leticia García García por su enorme apoyo en todo momento y por haber confiado en mí.*

*A todos mis sinodales, ya que sus observaciones y sugerencias fueron de gran ayuda.*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México por la formación profesional y como ser humano que me ha dado.*

*A la Facultad de Estudios Superiores Acatlán por ser mi “Alma Máter” y por ser parte importante en mi vida.*

*Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología por el apoyo otorgado.*

**¡GRACIAS!**

## ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I: EL MARCO SOCIOJURÍDICO Y ECONÓMICO ACTUAL EN MÉXICO .....	6
1.1 El Estado .....	6
1.1.1 Concepto y evolución del Estado.....	6
1.1.2 Derecho Público y Privado, ley y contrato .....	10
1.1.3. Un punto de vista sociológico .....	13
1.2 Consideraciones sociojurídicas .....	15
1.2.1 La Sociología Jurídica.....	15
1.2.2 La Justicia y la Equidad .....	17
1.2.3 La Igualdad .....	19
1.2.4 El Contenido Social del Derecho.....	20
1.2.5 El Realismo Jurídico.....	24
1.2.6 Lo social como “mundo de lo concreto” y lo jurídico como “mundo del lenguaje” .....	26
1.2.7 Otro concepto de Sociología Jurídica, sus objetos y métodos de estudio .....	33
1.2.8 La educación en la obediencia de las normas .....	37
1.2.9 El ejercicio del poder en la toma de decisiones de las personas .....	38
1.3 Consideraciones económico-ideológicas al final del siglo XX e inicio del siglo XXI.....	42
1.3.1 Del Estado de bienestar al neoliberalismo .....	42
1.3.2 El neoliberalismo en México .....	49

1.3.3 El poder y el neoliberalismo y su influencia en los acuerdos de las personas.....	51
---	----

CAPÍTULO II: LOS FACTORES DEL PODER EN LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD ..... 53

2.1 El Poder en el acuerdo de voluntades.....	53
---	----

2.2 La manifestación de la voluntad como medio para contratar .....	56
---	----

2.2.1 La voluntad.....	56
------------------------	----

2.2.2 La manifestación de la voluntad .....	60
---	----

2.3 El derecho a contratar como manifestación de la voluntad .....	62
--	----

2.3.1 El derecho de las personas para acordar actos jurídicos y para contratar .....	62
--	----

2.3.2 El Derecho a Contratar como Derecho Fundamental .....	66
---	----

2.3.3 La libertad negativa y la libertad positiva .....	76
---	----

2.3.4 Los tres niveles del Derecho.....	79
---	----

2.3.5 Los Fundamentos del Derecho a Contratar como Derecho Fundamental .....	88
--	----

2.4 La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional de Ferrajoli .....	96
---	----

2.5 La Teoría del Derecho en el Sistema de los Saberes Jurídicos de Ferrajoli	99
---	----

2.5.1 La Semántica del Derecho. Normatividad y Facticidad en los Contratos .....	102
--	-----

2.5.2 La diferencia entre validez y vigencia en los contratos .....	105
---	-----

2.5.3 La Pragmática en la Teoría del Derecho .....	106
--	-----

CAPÍTULO III: LA FUNCIÓN DEL DERECHO EN LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD ..... 109

3.1 La función del Derecho en los Contratos .....	109
3.2 El Constitucionalismo del Derecho Privado.....	113
3.3. Contratos Civiles (Bilaterales).....	116
3.3.1 Contrato de Hipoteca .....	118
3.3.2 Contrato de Promesa de Compra-Venta y Declaración Unilateral de la Voluntad .....	122
3.3.3 Contrato de Compra-Venta .....	124
3.3.4 Contrato de Donación .....	128
3.3.5 Contrato de Mutuo .....	129
3.3.6 Contrato de Arrendamiento .....	132
3.3.7 Contrato de Prestación de Servicios Profesionales .....	134
3.3.8 Contrato de Mandato.....	135
3.3.9 Pacta sunt servanda y Rebus sic stantibus .....	137
3.4 Contratos de Adhesión (Unilaterales) .....	139

#### CAPÍTULO IV: EL DERECHO A CONTRATAR EN EL MARCO DEL SIGLO XXI 151

4.1 El cambio de paradigma en el derecho a contratar .....	151
4.2 La teoría del Derecho y la realidad jurídica .....	157
4.3. La Teoría del Derecho de Ferrajoli.....	162
4.3.1. La Semántica.....	162
4.3.2 La Pragmática .....	164
4.3.3 La Sintáctica .....	166
4.4 Hacia una propuesta de la libre manifestación de la voluntad en los contratos civiles. ....	170
4.4.1 Objeto .....	170
4.4.2 Finalidad .....	171

4.4.3 Método.....	174
4.5 La libre manifestación de la voluntad como medio de la autodeterminación y del Derecho a Contratar en el marco del siglo XXI .....	175
CONCLUSIONES .....	182
REFERENCIAS DOCUMENTALES: .....	192

## INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas que presenta el acuerdo de voluntades en los contratos civiles es que ocasionalmente reporta dificultad en su ejercicio dado los factores económicos y sociales que producen desequilibrio jurídico.

Por lo anterior, en éste trabajo se evidenciará la problemática a la que se enfrentan algunas de las partes en los contratos civiles, debido a la influencia del poder de una de las partes contratantes. Es por ello que en ésta investigación se pretende analizar el acuerdo de voluntades en los contratos civiles a través del estudio de los factores de poder, sociojurídicos y económicos, a fin de realizar una proposición conceptual acerca de la contratación y evitar en la mayor medida posible el desequilibrio jurídico. Tal investigación se centra en México, Distrito Federal, época contemporánea.

Se hará notar en qué situaciones y de qué manera los distintos factores distorsionan la verdadera esencia de la manifestación de la voluntad en los contratos civiles, por lo que la problemática a la que se enfrentan algunas de las partes contratantes debido a la influencia del poder constituye un tema atractivo que aquí se aborda.

Dentro de las aportaciones académicas se apunta que se hará notar que bajo ciertas circunstancias se genera una distorsión en la manifestación de la voluntad en los contratos civiles, toda vez que en teoría, el Derecho a Contratar como Derecho Fundamental otorga igualdad a todas las personas, sin embargo, los derechos patrimoniales, y los factores de poder, económicos, sociales y jurídicos (dentro del neoliberalismo y globalización) sirven de nexo para que nazca una desigualdad entre dichas personas; por lo que se hace evidente la necesidad de una propuesta teórica y conceptual acerca de la manifestación de la voluntad de las personas en los contratos civiles para neutralizar en la mayor medida posible



esos factores. Con lo que en ésta investigación se realizará dicha propuesta a la luz de la Teoría del Derecho de Luigi Ferrajoli.

Los beneficios que obtendrá la sociedad con ésta investigación son de vital importancia, ya que con la propuesta teórica y conceptual acerca de la manifestación de la voluntad, las clases más desprotegidas y débiles como las personas con derechos patrimoniales bajos, gente de bajos recursos económicos, y la clase consumidora podrán recurrir a la argumentación y eliminar los formulismos rígidos en los contratos, de ésta manera se pretende que puedan defender su autodeterminación en los diferentes contratos civiles.

Personalmente éste tema interesa ampliamente ya que además de apasionante resulta atractivo dada la experiencia personal y profesional desarrollada en el ejercicio del Derecho, por lo que se considera que dejará resultados satisfactorios.

La hipótesis que se sostiene es que el acuerdo de voluntades en la contratación civil, ocasionalmente se encuentra influenciado por factores sociojurídicos, económicos y de poder creados en el marco del Estado Neoliberal que impiden su pleno y verdadero ejercicio.

Los métodos a utilizar para la investigación serán el método deductivo, es decir, se partirá de algo general, en este caso desde los aspectos que se estudiarán en el Capítulo I, para llegar a algo particular, como los puntos que se analizarán y evidenciarán en los Capítulos II y III, hasta llegar a puntos particulares que se propondrán en el Capítulo IV como fruto de todos los aspectos estudiados, analizados y evidenciados a lo largo de todos los capítulos. El método sistémico, ya que se organizará, esquematizará y se delimitará de manera gráfica información, de esta manera se hará más fácil su comprensión y entendimiento. El método analítico, ya que se analizarán teorías, postulados, conceptos y aspectos jurídicos.

Se hará notar que el Derecho a contratar es un Derecho Fundamental y que como tal otorga igualdad jurídica a las personas, sin embargo existen diversos poderes y factores que desvirtúan su intención original (otorgamiento de igualdad jurídica en la manifestación de la voluntad como medio para contratar). Dentro de los factores se encuentran los económicos, los jurídicos, los sociales, entre otros y concurren tanto poderes públicos como privados que fungen en ocasiones como distorsionadores de la igualdad contractual.

Se hará notar también que al lado de los Derechos Fundamentales están los derechos patrimoniales y que sirven de nexo para crear la desigualdad jurídica en los contratos civiles, pues éstos, como se estudiará, son derechos singulares que corresponden a cada uno con exclusión de los demás. Por lo que se señalará que aunque todos tienen el mismo Derecho a Contratar como Derecho Fundamental, no todos pueden ejercerlo de la misma manera en virtud de que no todos poseen la misma capacidad patrimonial.

Es por eso que a lo largo de este trabajo se hará un recorrido sobre la *estructura* y *función* del Derecho, especialmente de la manifestación de la voluntad dentro del Derecho a Contratar como Derecho Fundamental, donde se partirá en el Capítulo I del análisis y estudio de esa *estructura* y *función*, posteriormente estas dos serán escindidas y se analizarán y estudiarán por separado; en el Capítulo II se realizará un análisis sobre la *estructura* del poder y de la manifestación de la voluntad, así como del Derecho a Contratar como Derecho Fundamental; en el Capítulo III se hará el mismo análisis pero sobre la *función* de los puntos mencionados; finalmente en el Capítulo IV se llevará a cabo una construcción y unión de la *estructura* y *función* de los temas señalados para arribar a una propuesta conceptual sobre el Derecho a Contratar en el marco del siglo XXI para evitar en la mayor medida posible el desequilibrio en los contratos civiles, neutralizando los posibles factores de poder que ocasionalmente desvirtúan la manifestación de la voluntad.

Así las cosas, se demostrará que existe un vacío entre el normativismo (*estructura*) y el realismo jurídico (*función*) sobre la manifestación de la voluntad en los contratos civiles en México.

El Capítulo I contiene el marco teórico donde se sentarán las bases y herramientas teóricas para que el lector pueda entender la totalidad de la investigación. Este capítulo será un panorama de la *estructura* y de la *función* del Derecho. Aquí se partirá de un estudio breve del Estado para establecer la dicotomía entre Derecho Público y Derecho Privado, para así empezar a delimitar las relaciones contractuales de los particulares y la esencia de igualdad y equidad que debe imperar en las mismas. Se hablará también de la Sociología Jurídica y del Realismo Jurídico para llegar a entender el contenido social del Derecho. De esta manera se abordarán las relaciones de poder que se generan en los contratos para finalmente hacer énfasis en consideraciones económicas en México como el Neoliberalismo y la globalización y su influencia en los contratos.

El objetivo específico del Capítulo I es: Investigar los motivos que determinan la *estructura* y *función* del Derecho (normativismo y realismo jurídico), tales como los factores de poder, sociojurídicos y económicos que afectan la manifestación de la voluntad.

El Capítulo II contiene el marco conceptual, se sentarán las concepciones en torno a la manifestación de la voluntad y del Derecho Contractual. Este capítulo será un panorama de la *estructura* del Derecho. Se analizará el poder en el acuerdo de voluntades, así como la manifestación de la voluntad de las personas. Se estudiará de acuerdo a Luigi Ferrajoli que el Derecho a Contratar es un Derecho Fundamental y que como tal otorga igualdad a las personas, pero que en la realidad se observa que los derechos patrimoniales sirven de nexo para crear una desigualdad en los contratos. También se analizará la libertad positiva y negativa de la que hablan tanto Ferrajoli como Michelangelo Bovero y se encuadrarán a la

presente investigación. Finalmente se empezará a analizar la Teoría del Derecho de Ferrajoli la cual se analizará en el último capítulo.

El objetivo de éste capítulo es: Conocer la *estructura* del poder para analizar su influencia en la manifestación de la voluntad.

El Capítulo III contiene el marco jurídico y se establecerá la problemática jurídica que se da en la manifestación de la voluntad en los contratos. Este capítulo es un panorama de la *función* del Derecho, ya que se demostrará que existe un choque entre normativismo jurídico y realismo jurídico en lo que respecta al Derecho Contractual. Se analizará la función del Derecho en los contratos para marcar la falta de un constitucionalismo del Derecho Privado en México, para finalmente entrar al estudio y análisis de algunos contratos civiles y de adhesión.

El objetivo que se persigue dentro de éste capítulo es: Analizar la *función* del Derecho en cuanto a la manifestación de la voluntad.

Finalmente el Capítulo IV contiene el marco social actual, en el cual se retomará la *estructura* y *función* del Derecho a Contratar pero desde una perspectiva actual, por lo que se demostrará que hay un cambio de paradigma en el Derecho a Contratar, ya que la tradición jurídica adoptada por México que es la romano-canónica no es ya una solución a los hechos sociales y a los problemas jurídicos, pues ésta se encuentra rezagada en relación al dinamismo de los hechos sociales, por lo que se recurrirá a la Teoría del Derecho de Ferrajoli para realizar una propuesta conceptual acerca de la libre manifestación de la voluntad como medio de la autodeterminación y del Derecho a Contratar en el marco del siglo XXI.

El objetivo de éste capítulo es: Realizar una proposición conceptual acerca de la libertad en la manifestación de la voluntad de las personas, con base en los factores de poder, sociojurídicos y económicos actuales a fin de evitar el desequilibrio existente.

## CAPÍTULO I:

### EL MARCO SOCIOJURÍDICO Y ECONÓMICO ACTUAL EN MÉXICO

#### 1.1 *El Estado*

##### 1.1.1 *Concepto y evolución del Estado*

El concepto de Estado está íntimamente relacionado con el concepto de soberanía, que fue desarrollado con anterioridad por la teoría jurídica. Se basa en la hipótesis, esencialmente legalista, de que toda sociedad política está o debe estar unida bajo una determinada autoridad jurídica. Puesto que las normas que emanan de diversas autoridades entrarán verosímilmente en conflicto, es lógico que no pueda existir una legalidad establecida en el país si no hay en el mismo una autoridad legislativa suprema, cuyas decisiones sean definitivas. Por otra parte, si el Derecho de este país debe prevalecer, ha de estar respaldado por sanciones efectivas. Así, el poder coercitivo al igual que la autoridad jurídica, son ambos esenciales en el concepto jurídico de soberanía. El Estado es un territorio en el que una única autoridad ejerce poderes soberanos tanto *de iure* como *de facto*.

“El Estado, entendido como ordenamiento político de una comunidad, nace de la comunidad primitiva basada en vínculos de parentesco y de la formación de comunidad mas amplias derivadas de la unión de muchos grupos familiares por razones de sobrevivencia interna (la sustentación) y externa (la defensa).”<sup>1</sup>

De lo observado se puede entender que esta concepción del nacimiento del Estado, se remonta hacia tiempos primitivos, donde lo que une a las personas es un vínculo de sobrevivencia, de coexistencia y de protección; pero en realidad en

---

<sup>1</sup> Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, FCE, 2004, pp. 97-98.

esta concepción se está sólo frente a la necesidad de sustento, de lucha y como ya se ha indicado, de sobrevivencia.

En la historia del pensamiento político el término *Estado* ha tenido amplia aceptación, tanto como concepto normativo como concepto descriptivo. Los teóricos normativos, convencidos de que la concentración de poderes coercitivos en manos de una sola autoridad establecida es indispensable para el mantenimiento del orden público en un territorio determinado, han tratado de demostrar a menudo que la obediencia al Estado es la forma más elevada de obligación política. Los teóricos descriptivos, sin adherirse necesariamente a la proposición normativa de que el Estado tiene un valor supremo, se han mostrado dispuestos casi siempre a singularizarlo, entre todas las demás instituciones, sociales, como la única que es específicamente “política”, y a considerar la descripción y el análisis del Estado como el problema central de la ciencia política.<sup>2</sup>

Como señala Norberto Bobbio:

Mientras para algunos historiadores contemporáneos, como hemos dicho, el nacimiento del Estado señala el inicio de la época moderna, de acuerdo con esta más antigua y común interpretación el nacimiento del Estado representa el paso de la época primitiva dividida en salvaje y bárbara, a la época civil, donde “civil” significa al mismo tiempo “ciudadano” y “civilizado” (Adam Ferguson).<sup>3</sup>

Ante esta concepción ya se considera algo más que sólo el vínculo de sobrevivencia, de ayuda mutua y colaboración; se está frente a un paso en donde el hombre primitivo adquiere ya ciertos aspectos los cuales se pueden considerar creadores del Estado.

---

<sup>2</sup> Cfr. Dietrich Bracher, Karl, *El concepto de estado*, <http://www.economia.unam.mx/sua/site/materia/sem1/histo1/archint/concepto.doc> (Consultado el 7 de marzo del 2010).

<sup>3</sup> Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 1, p. 98.

La palabra “Estado” como expone Bobbio, se impuso por la difusión de *El Príncipe* de Maquiavelo, el cual señala que todos los estados, todas las dominaciones que ejercieron y ejercen imperio sobre los hombres, fueron y son repúblicas o principados.

Lo anterior como indica Bobbio no quiere decir que la palabra fue introducida por Maquiavelo:

Ciertamente con el autor de *El Príncipe* el término “Estado” sustituyó paulatinamente, si bien a través de un largo camino, los términos tradicionales con los que había sido designada hasta entonces la máxima organización de un grupo de individuos sobre un territorio en virtud de un poder de mando: *civitas* que se traducía el griego y *res pública*, con lo que los escritores romanos designaban al conjunto de las instituciones políticas de Roma, precisamente de la *civitas*. El largo camino se demuestra por el hecho de que, todavía a finales del siglo XVI, Jean Bodin intitulara su tratado político *De la république* (1576), dedicado a todas las formas de Estado y no sólo a las repúblicas en sentido restringido, y que en el siglo XVII Hobbes usará preponderantemente los términos *civitas* en las obras latinas *commonwealth* en las obras inglesas en todas las acepciones en las cuales hoy se usa “Estado”.<sup>4</sup>

De aquí el éxito del término “Estado” que pasó a través de cambios no del todo claros de un significado genérico de situación a un significado específico de posesión permanente y exclusiva de un territorio y de situación de mando sobre sus habitantes, como aparece en el propio fragmento de Maquiavelo, en el que el término “Estado” apenas introducido, inmediatamente es acompañado del término “dominio”.

Con la concepción weberiana, que ya se ha vuelto como menciona Bobbio, *communis opinio* (opinión común), del Estado moderno definido mediante los dos elementos constitutivos de la presencia de un aparato administrativo que tiene la función de ocuparse de la prestación de los servicios públicos, y del monopolio legítimo de la fuerza.

Ya a partir de la Revolución francesa, el poder normativo del concepto “Estado” ha

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 86-87.

sufrido una intensa erosión:

“De ahí se derivan directamente la noción de la soberanía nacional una e indivisible, inalienable e imprescriptible, la noción de ley, expresión de la voluntad nacional, nociones formuladas en las Declaraciones y en las Constituciones del período revolucionario”.<sup>5</sup>

El proceso comenzó a principios del siglo XVIII. Una vez que se hubo desvanecido el miedo a las guerras de religión, la gente comenzó a pensar que no bastaba con el mantenimiento del derecho y del orden, considerado en sí mismo, para justificar la acción política. El plano individual y la justicia social se convirtieron también en valores reconocidos, en nombre de los cuales era lícito plantear exigencias. En el siglo XVIII, la principal inspiración de tales exigencias fue la filosofía de la Ilustración. La igualdad ante la ley, la libertad intelectual y la economía del *laissez-faire* fueron las ideas liberales que dieron por primera vez a los hombres la visión de un mundo futuro mejor. El nacionalismo y el socialismo, posteriormente, desencadenaron esperanzas similares. Para quienes se inspiraban en estas ideas ya no era aceptable la obediencia al Estado como forma más elevada de obligación política. Si los soberanos accedían a convertirse en reformadores, nada había que objetar; pero, en otro caso, la reforma habría de realizarse frente a ellos. Aunque los filósofos de la Ilustración mantuvieron durante mucho tiempo la esperanza de realizar sus fines a través del “despotismo ilustrado” de los gobernantes tradicionales, el resultado final de sus esfuerzos fue la Revolución francesa. Este fue solamente el primero de una larga serie de movimientos revolucionarios que condujeron, en el curso de los siglos XIX y XX, a un deterioro acentuado y progresivo de la autoridad del Estado.

El Estado, y cualquiera otra sociedad organizada donde hay una esfera pública, no importa si es total o parcial, está caracterizado por relaciones de subordinación

---

<sup>5</sup> Duguit, León, *Las transformaciones del derecho. Público y privado*, trad. de Adolfo G. Posada, Ramón Jaén y Carlos G. Posada, Buenos Aires, Heliasta, 1975, p. 15.



entre gobernantes y gobernados, esto es, entre detentadores del poder de mandar y destinatarios del deber de obedecer, que son relaciones entre desiguales; la sociedad natural como fue descrita por los iusnaturalistas, o bien la sociedad de mercado en la idealización de los economistas clásicos, en cuanto son tomadas normalmente como modelos de una esfera privada contrapuesta a la esfera pública, están caracterizadas por las relaciones entre iguales o de coordinación.

### 1.1.2 Derecho Público y Privado, ley y contrato

Una concepción histórica y relevante que confluye una dicotomía, es decir, una división u oposición, es la referente a las fuentes del derecho público y privado: la ley y el contrato. “En un trascendental fragmento de Cicerón, se dice que el derecho público consiste en la *lex* (ley), en el *senatus consultus* (decreto del senado), y en el *foedus* (el tratado internacional); y el derecho privado, en las *tabulae* (códigos), en la *pactum conventum* (pactos o acuerdos) y en la *stipulatio* (estipulaciones), (*Particiones oratoriae*, 37, 131).”<sup>6</sup>

Como se observa, aquí el criterio de distinción entre derecho público y privado es la diferente manera bajo la cual uno y otro existen en cuanto conjunto de reglas vinculantes de la conducta.

El derecho público es tal en cuanto es impuesto por la autoridad política, y asume la forma específica, y cada vez más preponderante conforme avanza el tiempo. La “Ley”, en el sentido moderno de la palabra, es decir, de norma obligatoria es impuesta por el detentador del poder supremo y reforzada constantemente por la coacción. “La ley es por definición la expresión de la voluntad general manifestada sobre un objeto de orden general.”<sup>7</sup>

El derecho privado, o mejor dicho, el derecho de los privados, es el conjunto de

---

<sup>6</sup> Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 1, pp. 17-18.

<sup>7</sup> Duguit, León, *op. cit.*, nota 5, p. 49.

normas que los sujetos establecen para regular sus relaciones patrimoniales, mediante acuerdos bilaterales, cuya fuerza reposa primordialmente, esto es, independientemente de la reglamentación pública, en el principio de reciprocidad. Pero que dentro de esas relaciones entre particulares también hay una parte que detentará el poder en esos acuerdos para someter a la contraparte a sus conveniencias.

El derecho privado o de los privados es el derecho del estado de naturaleza, cuyos institutos fundamentales son la propiedad y el contrato; el derecho público es el derecho que emana del estado, constituido por la supresión del estado de naturaleza, por consiguiente es el derecho positivo en sentido estricto, el derecho cuya fuerza obligatoria deriva de la posibilidad de que en su defensa se ejerza el poder coactivo que pertenece exclusivamente al soberano.<sup>8</sup>

Durante siglos el derecho privado ha sido el derecho por excelencia y aquí cabe señalar que por ejemplo el derecho privado romano, aunque originalmente fue un derecho positivo e histórico (codificado en el *Corpus iuris* de Justiniano), se transforma en un derecho natural, mediante la obra secular de los juristas, glosadores, comentadores, sistemáticos, para luego transformarse de nuevo en un derecho positivo con las grandes codificaciones de principios del siglo XIX, especialmente con la recopilación napoleónica (1804), derecho positivo que por lo demás sus primeros comentadores le atribuyen una validez absoluta, considerándolo como el derecho de la razón.

Incluso puede observarse que más recientemente ha prevalecido en cierta forma la idea anterior, por ejemplo:

También Marx, cuando habla del derecho y desarrolla la crítica (que hoy se llamaría ideológica) del Derecho, siempre se refiere al derecho privado, cuyo principal fundamento tomado en consideración es el contrato entre entes formalmente (aunque no sustancialmente) iguales. El derecho que a través de Marx se identifica con el derecho burgués es esencialmente el derecho privado, mientras que el derecho público se presenta en forma crítica, no tanto de una forma de derecho, sino de la concepción tradicional del Estado y del poder político.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 1, p. 19.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 25.

Como menciona Bobbio, el derecho público como cuerpo sistemático de normas nació mucho más tarde que el derecho privado, en la época de la formación del Estado Moderno, aunque se puede encontrar sus orígenes entre los comentaristas del siglo XIV, como Bartolo de Sassoferrato. Por lo demás, mientras las obras de derecho privado, sobre la propiedad y la posesión, los contratos y testamentos, son tratados exclusivamente jurídicos, los grandes tratados sobre el Estado, aunque son escritos por juristas, continúan siendo durante siglos obras que no mantienen exclusividad jurídica, esto es, desde los *Six livres de la République* (*Seis libros de la República*) de Bodino (1576) hasta la *Allgemeine Staatslehre* (*Teoría general del Estado*) de Jellinek (1910).

Actualmente, la primacía de lo público ha asumido diversas formas de acuerdo con las diferentes maneras bajo las cuales se ha manifestado, sobre todo en el último siglo, la reacción a la concepción liberal del Estado. La supremacía de lo público se basa en la contraposición del interés colectivo al interés individual, y en la necesaria subordinación, hasta la eventual supresión, del segundo al primero; además, en la irreductibilidad del bien común en la suma de los bienes individuales.

Escribe M. Esmein, siempre con la misma calma y gran seguridad: “El Estado es la personalidad jurídica de una nación...; es el sujeto y sostén de la autoridad pública. El fundamento del Derecho público consiste en que da a la soberanía, fuera y por encima de las personas que la ejercen en cualquier momento, un sujeto o titular ideal y permanente que personifica a la nación entera; esa persona es el Estado, que se confunde de este modo con la soberanía, siendo ésta su cualidad esencial”.<sup>10</sup>

Las actividades cuyo cumplimiento se considera como obligatorio para los gobernantes constituyen el objeto de los servicios públicos, pues a medida que la civilización progresa, la intervención de los gobernantes va siendo normalmente más frecuente.

En suma, la noción de servicio público parece que puede formularse de este modo: es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por

---

<sup>10</sup> Duguit, León, *op. cit.*, nota 5, p. 29.

los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente de la fuerza del gobernante.<sup>11</sup>

Se señala entonces que el fundamento del derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y de gestión de los servicios públicos. El derecho público es el Derecho objetivo de los servicios públicos, así como el derecho privado deja de estar fundamentado en el derecho subjetivo del individuo, en la autonomía de la persona misma y descansa hoy en día en la noción de una función social que se impone a cada individuo.

### 1.1.3. *Un punto de vista sociológico*

Es importante entender al Estado no sólo desde un punto de vista, como el jurídico, sino que también se le debe comprender desde la luz de la Sociología, ya que ésta puede acercar a otro entendimiento del mismo, pues lo que sucede en la vida social, política y económica en un determinado territorio o en un determinado grupo de personas, influirá en la forma en que se ve al Estado.

“El tema del Estado puede ser abordado desde diversos puntos de vista. Con la *Doctrina general del Estado* (1910), de Georg Jellinek, entró por largo tiempo en el uso de las teorías del Estado la distinción entre doctrina sociológica y doctrina jurídica del Estado.”<sup>12</sup>

Se entiende que esta distinción se volvió necesaria luego de la tecnificación del derecho público y de la consideración del Estado como persona jurídica que había derivado de tal tecnificación. A su vez la tecnificación del derecho público era la consecuencia natural de la concepción del Estado como Estado de derecho, como Estado concebido principalmente como órgano de producción jurídica, y en su conjunto como ordenamiento jurídico.

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>12</sup> Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 1, p. 72.

Como señala Bobbio: “Esta reconstrucción del Estado como ordenamiento jurídico, por lo demás, no había hecho olvidar que el Estado también era, a través del derecho, una forma de organización social y que como tal no podía ser separado de las sociedades y de las relaciones sociales subyacentes.”<sup>13</sup>

De aquí la necesidad de una distinción entre el punto de vista jurídico, para reservarlo a los juristas que por lo demás habían sido durante siglos los principales artífices de los tratados sobre el Estado, y el punto de vista sociológico que había debido valerse de la contribución de los sociólogos: una distinción que no podría ser concebida antes del advenimiento de la Sociología como ciencia general que engloba la teoría del Estado.

“Jellinek había afirmado que la doctrina social del Estado “tiene por contenido la existencia objetiva, histórica y natural del Estado”, mientras que la doctrina jurídica se ocupa de las “normas jurídicas que en aquella existencia real deben manifestarse” (1900, trad. It., I, p. 73).”<sup>14</sup>

Se tiene que entender y estudiar al Estado también desde un punto de vista sociológico y no sólo jurídico.

Con la transformación del puro Estado de derecho en Estado social, las teorías meramente jurídicas del estado, condenadas como formalistas, han sido abandonadas por los mismos juristas, y han tomado fuerza los estudios de sociología política que tienen por objeto el Estado como forma compleja de organización social (de los cuales el derecho sólo es uno de los elementos constitutivos).<sup>15</sup>

Tal estudio se vuelve un punto de la teoría de los grupos sociales, de los cuales una especie son los grupos políticos, que a su vez se vuelven estados (en el sentido de Estado moderno) cuando están dotados de un aparato administrativo

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 73.

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

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 74.

que logra con éxito apropiarse del monopolio de la fuerza en un determinado territorio.

## 1.2 Consideraciones sociojurídicas

### 1.2.1 La Sociología Jurídica

Todo estudioso al abordar la investigación de una disciplina siempre se hace la pregunta que se relaciona con la determinación de su naturaleza científica, así para Roberto Hoffmann Elizalde la concepción de la ciencia es: “un conocimiento cierto de las cosas por medio de sus causas; ese conocimiento cierto nos aportará leyes que nos interpretan la forma como se producen los fenómenos...”<sup>16</sup>

Si se aplica la anterior definición a un fenómeno específico, el hecho social, como objeto metódico de cierta disciplina, para conocer sus causas, efectos en los fenómenos sociales de la convivencia humana, sujetarlos a hipótesis, teorías, entonces se estará frente a la Sociología.

Actualmente es indiscutible el reconocimiento de la paternidad de la ciencia de la Sociología como disciplina autónoma a partir de la segunda mitad del siglo XIX, gracias a Augusto Comte, ya que anteriormente otras ciencias también consideraban al hecho social o a la relación interhumana, pero ninguna de esas ciencias hacía de la realidad social su tema central de estudio, La Biología, por ejemplo, considera aspectos de la conducta social del ser humano en cuanto a su reproducción, adquisición de enfermedades mediante el contacto con otros humanos, pero no considera éstos como fenómenos de convivencia y de relación social; La Psicología, por su parte, estudia las tendencias, emociones, pensamientos de la conducta social del ser humano, pero no como tema central el estudio de este fenómeno social; otras ciencias examinan aspectos de relación social interhumana. “La Historia finalmente indaga y relata hechos humanos de

---

<sup>16</sup> Hoffmann Elizalde, Roberto, *Sociología del derecho*, México, Librería de Manuel Porrúa, S.A., 1975, p. 1.

carácter social como realidad concreta en determinado tiempo y espacio.”<sup>17</sup> Es importante hacer una diferenciación entre Sociología e Historia para no confundir sus objetos de estudio, entonces se tiene que la Sociología es la ciencia que estudia los hechos sociales e interpreta la estructura y funcionamiento de las sociedades concretas.<sup>18</sup>

Por otro lado se debe entender a la sociedad como algo construido que se refiere a la interrelación de los seres humanos. Para Luis Recassens Siches: “la concepción que se tenga sobre la cuál sea la realidad de lo social, habrá de influir decididamente en la estimativa, y por tanto, directamente en el enfoque práctico de los problemas políticos y sociales”.<sup>19</sup> Apunta asimismo que si se concibe a la Sociedad como un ser sustantivo, con existencia propia e independiente, el individuo quedaría anonadado ante el volumen imponente y autónomo de la Sociedad y sobre todo el Estado y en ello se tendrá el fundamento de las doctrinas políticas que tienden a esclavizar al sujeto humano. Dicho autor dice que si se entiende a la sociedad no como una realidad en sí y por sí, independiente de los individuos, sino como una forma de vida y organización de los individuos en la que el Estado actúa como agente del interés común, de ninguna manera habrá de sacrificarse al individuo en homenaje a la sociedad y al Estado. Roberto Hoffmann Elizalde señala que Daniel D. Vidart en su obra *Sociología Rural* aporta la definición de sociedad en sentido estricto y dice que es: “una relación entre hombres que tienen conciencia mutua de su existencia y que está ordenada de acuerdo a determinados fines”.<sup>20</sup>

Se puede hacer una crítica a Vidart, ya que no siempre todos los seres humanos que conforman la sociedad tendrán conciencia mutua de su existencia, así se puede decir que los recién nacidos que forman esa sociedad aún no tienen conciencia para darse cuenta de esas relaciones que habla el autor citado, tampoco los menores de edad, ni los discapacitados mentalmente, que no gozan

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>18</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 22.

<sup>19</sup> Recassens Siches, Luis, *Sociología*, México, Porrúa, 1958, p. 107.

<sup>20</sup> Hoffmann Elizalde, Roberto, *op. cit.*, nota 16, p. 23.

de una conciencia plena, y sin embargo forman parte de esas relaciones a que hace referencia Vidart; tampoco las personas que han tenido que abandonar su país para buscar oportunidades de trabajo de forma irregular en otras regiones del mundo pueden estar plenamente conscientes de las relaciones entre los demás seres humanos que forman parte de la sociedad en que se encuentran en calidad de irregulares y que por lo tanto son extrañas a la cultura, tradiciones, idioma e idiosincrasia de un país desconocido. Todo esto obedece a que estas personas no tengan un fin común que los ciudadanos residentes del país puedan tener, pues no gozan de los mismos derechos, ni tampoco están del todo encaminadas a un mismo fin laboral, económico ni cultural.

### 1.2.2 *La Justicia y la Equidad*

Es conveniente hablar acerca de la justicia y la equidad, ya que este tema se encuentra relacionado con ambos conceptos, pues en los acuerdos y en los contratos, y en lo que respecta a los contratos civiles debe imperar una igualdad entre las partes contratantes y que muchas veces no se observa, debido a factores sociológicos, económicos, o jurídicos.

Muchas veces se confunde o se piensa que lo justo es igual a lo equitativo:

Como resultado de su examen, percíbese que no son cosas absolutamente idénticas, pero tampoco diferentes genéricamente. Porque unas veces alabamos lo equitativo y al varón equitativo a tal punto que por vía de alabanza extendemos el concepto a todas las otras virtudes y llegamos a sustituir el término de bueno por el de equitativo, mostrando lo más equitativo como lo mejor.<sup>21</sup>

Como se puede ver, éstas son las consideraciones que originan el problema sobre lo equitativo, porque lo equitativo aunque mejor que un género de justicia, es justo, entonces la misma cosa es justa y equitativa, y aunque ambas son buenas, lo

---

<sup>21</sup> Aristóteles, *Ética nicomaquea*, trad. Antonio Gómez Robledo, 9a. ed., México, Porrúa, 1981, p. 71.



equitativo es superior. Pero si lo equitativo es justo, pero no lo justo legítimo, sino corrección de la justicia legítima.

Dice Aristóteles que la razón de esto es, que toda ley es universal, pero sobre algunos casos no es posible establecer afirmación universal que sea exacta, por eso en los casos en que es necesario expresarse universalmente, pero imposible efectuarlo correctamente, la ley considera el caso usual, aunque no descarta la posibilidad de error.

“Y no por ello es menos recta, porque el error no está en la ley ni en el legislador, sino en la naturaleza del hecho concreto, porque tal es, directamente, la materia de las cosas prácticas.”<sup>22</sup>

De aquí que lo equitativo sea justo, y mejor que un género de justicia (no mejor que la justicia absoluta, sino que el error que surge de lo absoluto de su exposición). “Y ésta es la naturaleza de lo equitativo: ser una rectificación de la ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general.”<sup>23</sup>

Efectivamente, esta es la razón debido a lo cual no está determinado todo por la ley, ya que cuando alguna cosa es indeterminada, también la ley lo es, señala Aristóteles.

Está, pues, manifiesto qué es lo equitativo, y que es justo, y mejor que cierta especie de lo justo. Evidente es también, por lo dicho, quién es el hombre equitativo. El que elige y practica actos como los indicados, y que no extrema su justicia hasta lo peor, antes bien amengua su pretensión, por más que tenga la ley en su favor, es equitativo; y la equidad es el hábito descrito, siendo cierta especie de justicia y no un hábito diferente.<sup>24</sup>

Por justicia se entiende que es el criterio ético que obliga a dar al prójimo lo que se le debe conforme a las exigencias ontológicas de su naturaleza, en orden a su

---

<sup>22</sup> *Idem.*

<sup>23</sup> *Idem.*

<sup>24</sup> *Idem.*

subsistencia y perfeccionamiento individual y social, criterio que se funda en los datos constitutivos de la dignidad personal, que son esenciales al ser humano.

Es evidente, que la equidad no se identifica con la justicia, sino que la presupone, puesto que se refiere a la aplicación del derecho, pues la equidad se puede entender como un criterio que exige una aplicación prudente de las normas jurídicas al caso concreto, tomando en cuenta todas las circunstancias particulares del mismo, para asegurar que el espíritu del derecho, sus fines y sus principios prevalezcan.

### 1.2.3 *La Igualdad*

En lo que respecta a la igualdad, en la opinión de Miguel Carbonell, menciona que, como recuerda Paolo Comanducci, el tema de la igualdad, puede ser estudiado desde tres niveles de análisis, en este tema interesa el tercer nivel:

El tercer nivel, el jurídico,...Se trata de contestar a la pregunta de “¿cómo lograr la igualdad?”. Al estar el principio de igualdad recogido en los textos constitucionales no tenemos la necesidad de justificarlo como valor, sino de explicar las condiciones para aplicarlo. Las soluciones seguidas en este punto por los ordenamientos constitucionales pasan por el establecimiento de cláusulas de no discriminación, enumerando una serie de criterios sobre la base de los cuales no sería legítimo otorgar un trato distinto entre las personas; entre esos criterios suelen encontrarse la raza, el sexo, la religión, la preferencia sexual, etcétera.<sup>25</sup>

Al respecto comenta Carbonell que la igualdad, desde el punto de vista jurídico, no se limita a una serie de mandatos constitucionales dirigidos al legislador, sino que sirve también para vincular la conducta de los demás poderes públicos e incluso, en ciertos aspectos y bajo algunas condiciones, de los particulares.

---

<sup>25</sup> Carbonell, Miguel, *La constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa-UNAM, 2001, p. 127.

#### 1.2.4 *El Contenido Social del Derecho*

Ahora bien, es importante abordar al Derecho en la búsqueda de su contenido social. Recassens encuentra que: “el Derecho se presenta como un conjunto de normas elaboradas y vividas por los hombres bajo el estímulo de las necesidades de su existencia colectiva y con el propósito de realizar determinados valores en ésta”.<sup>26</sup> Añade que el Derecho es vida humana objetivada, normativa y social. Con esto es claro darse cuenta que el autor asevera que el Derecho es una obra humana social normativa, encaminada a la realización de valores, es decir, va más allá de una concepción positivista que sólo alude a las normas como tales, sin tener en cuenta los aspectos sociológicos y los valores que persigue.

El Derecho como orden normativo es el objeto de la ciencia jurídica y desde un enfoque sociológico, se le puede estudiar como un hecho social o como un conjunto de fenómenos que se dan en el entorno social. El objeto de la Sociología Jurídica, es decir, el estudio del Derecho en su contenido sociológico se puede ver desde estos aspectos: para determinar cómo la regularidad del obrar colectivo encaminado a un fin interviene en la formación y en la transformación del Derecho y para determinar cómo es que el Derecho una vez creado o formado influye en la realidad social de la que participa.

La Sociología Jurídica, por su parte, se recupera no simple y llanamente del orden normativo, sino de la realidad social de la que fluye, estudia el Derecho dinámico y en transformación a partir del hecho social que lo engendra y además trata de captar la influencia y efectos del Derecho formado respecto de la realidad social a que se refiere. En suma: mientras que la Ciencia jurídica dogmática estudia el Derecho estático, vigente, en su referencia a una realidad social concreta, la Sociología Jurídica viene a estudiar el Derecho dinámico, en transformación, como realidad social.<sup>27</sup>

Como puede observarse, el estudioso del derecho, necesariamente debe llegar al trasfondo de la realidad social que presupone el Derecho. Un problema que se

---

<sup>26</sup> Recassens Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 2da.ed., México, Porrúa, 1961, p. 154.

<sup>27</sup> Hoffmann Elizalde, Roberto, *op. cit.*, nota 16, p. 113.

puede dar en la Sociología Jurídica como apunta Georges Gurvitch, ha sido el “positivismo jurídico” predominante a fines del siglo XIX, corriente iusfilosófica que atribuye toda vigencia o positividad al Derecho, en cuanto deriva de un mandamiento de una voluntad superior y dominante, es decir, el Estado, que por tanto viene a ser considerada como la única fuente del Derecho, prescindiendo de las fuerzas espontáneas del medio social; pero como dice Gurvitch, el positivismo jurídico viene girando en un círculo vicioso, si se toma en consideración que la existencia del Estado presupone al Derecho, a su vez, resulta identificado con un sector de la realidad social; por otra parte la tesis fundamental que sostiene el positivismo jurídico viene a condenar al Derecho a la más grave esterilidad, toda vez que el jurista correría el riesgo de construir una edificación completamente ajena al derecho realmente vigente en un medio social dado y de ahí que el jurista, si no quiere apartarse de la realidad jurídica vigente, debe tomar en cuenta “el derecho no escrito, el derecho vivo, el derecho flexible y dinámico, en perpetuo movimiento, que evidentemente es imposible separar de la realidad social del derecho, de las conductas, de las prácticas, de las instituciones que se refieren al derecho y que son estudiadas por la Sociología Jurídica”.<sup>28</sup>

Felipe Fucito apunta que: “la sociología del derecho es una rama de la sociología que trata de describir, explicar y predecir los modos como las personas interactúan tomando como referencia positiva o negativa un conjunto de normas jurídicas”.<sup>29</sup>

Como puede observarse, para Fucito la Sociología del Derecho es una rama de la Sociología General y no viene siendo una rama de la Ciencia Jurídica como para otros autores. Para él, la Sociología del Derecho estima al derecho como un fenómeno social, es decir, como un hecho social, que sólo puede ser entendido en el marco normativo al que una cultura en concreto da significados, y trata de determinar las funciones que cumple.

---

<sup>28</sup> Gurvitch, Georges, *Elementos de sociología jurídica*, México, Cajica, 1970, p. 15.

<sup>29</sup> Fucito, Felipe, *Sociología del derecho. El orden jurídico y sus condicionantes sociales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1993, p. 23.

Así, para Óscar Correas la Sociología Jurídica se trata de: “una ciencia interesada, no en normas, sino en conductas o relaciones sociales ligadas a las normas de dos maneras: como causa y como efecto de las mismas.”<sup>30</sup>

De lo anterior se entiende que la Sociología Jurídica no se ocupa única y exclusivamente de las normas jurídicas en sí, sino que se preocupa en las conductas y en las relaciones que se dan en la sociedad como creadoras de dichas normas, es decir, las causas sociales que dan nacimiento a la legislación jurídica.

Aunado a lo antes comentado se puede hacer una crítica a Hans Kelsen, ya que su teoría se enfoca a decir que la Teoría Pura del Derecho constituye una ciencia que tiene por único objeto al Derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición, es decir, eliminar de la ciencia del Derecho todos los elementos que le son extraños<sup>31</sup>.

Kelsen...decreta que se deben separar radicalmente de la Ciencia Pura del Derecho aquellos conocimientos que, según él, pertenecen al reino de lo metajurídico: los datos sociológicos, económicos, morales, políticos...El error kelseniano es, sin embargo, muy fácil de descubrir: del hecho evidente que cada ciencia tenga su enfoque propio (su objeto formal) de estudio de la realidad no se debe concluir que esa realidad deba fragmentarse en tantas esferas cuantas son las ciencias que la estudian. Es una misma realidad...la que es estudiada, pero desde ángulos diferentes, por el Derecho, la Moral Social, la Política, la Economía y la Sociología...Kelsen no ha podido o no ha querido ver que la Ciencia del Derecho necesita de las aportaciones no nada más de las cuatro ciencias citadas sino prácticamente de todas las ciencias...que en esta forma se convierten en auxiliares del Derecho.<sup>32</sup>

Entonces el Derecho tiene que ser valorado con datos que le dieron el “ser”, es decir, con las valoraciones morales, los problemas específicos como los económicos y sociológicos, de esta manera quedarían inmersos los factores que se dan en la sociedad para ser creadoras de las normas jurídicas, y no como dice

---

<sup>30</sup> Correas, Óscar, *Sociología del derecho y crítica jurídica. Escritos*, México, Fontamara, 1998, p. 22.

<sup>31</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. De Moisés Nilve, Universitaria de Buenos Aires, 1960, p. 15.

<sup>32</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1973, p. 419.

Kelsen que se deberían excluir todos los elementos que le son extraños a dichas normas de la Ciencia Jurídica, "...de ningún modo se pueden excluir del campo de la Ciencia del Derecho ni los contenidos de las normas ni sus fines. Tampoco puede el jurista dejar a un lado el estudio de las realidades (principalmente sociológicas, económicas y políticas) que causan los conflictos a cuya solución están destinadas las normas jurídicas."<sup>33</sup>

Como dice Correas:

Llamaremos, en cambio, sentido ideológico del derecho, a todo otro sentido o ideología que no sea la pura norma. Es decir, en el discurso del derecho existen, además de las normas, muchos otros mensajes. Se compone esto fácilmente, si pensamos que los textos que soportan ese discurso no presentan las normas en la forma canónica...No hay más que abrir el código civil, para encontrar una gran cantidad de enunciados, que pasan por definiciones, y que no son reductibles directamente a normas de forma canónica; y esos enunciados están cargados de ideologías, transmitidas a los lectores de los textos, sean abogados o no.

Como se comprenderá, el sentido transmitido en el discurso está en las palabras mismas. Por tanto, es en realidad imposible, la separación absoluta entre norma y otras ideologías: no existe una norma "pura", porque la descripción de la conducta obligatoria se efectúa con palabras que tienen un significado.<sup>34</sup>

Para el autor es inadmisibles que existan las normas puras, ya que como comenta, éstas se encuentran cargadas de lo que él llama "sentido ideológico", es decir, de todo aquello que no sólo sea la pura norma, ya que no es posible expresar las normas sino con palabras cargadas de sentido. Pues es muy importante la eficacia social de los distintos mensajes presentes en el discurso del Derecho.

En México, por ejemplo, la Ley Federal del Trabajo, que organiza las relaciones entre obreros y patronos, dice que "el trabajo no es un artículo de comercio", cuando todo el mundo sabe que sí lo es, en primer lugar los trabajadores. Como se ve, se trata de un texto que contiene normas, pero también otros discursos, que expresan otras tantas ideologías.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 421.

<sup>34</sup> Correas, Óscar, *op. cit.*, nota 30, p. 37.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 40.

### 1.2.5 El Realismo Jurídico

Derivado del todo lo anterior, resulta importante abordar el realismo jurídico. El realismo jurídico es una corriente filosófica que identifica al Derecho con la eficacia normativa, con la fuerza del Estado o las decisiones judiciales. Para los realistas jurídicos el Derecho está formado por las reglas realmente observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal. Existe la escuela del realismo norteamericano y la escuela escandinava, entre otras. Como precursor de los realistas norteamericanos cabe mencionar a Oliver Wendell Holmes Jr., quien consideraba que el Derecho no es otra cosa que las profecías de cómo los jueces resolverán los asuntos jurídicos. Axel Hägerström y Alf Ross destacan entre los realistas escandinavos, para quienes la eficacia o vigencia real de las normas jurídicas es la propiedad determinante, por encima de la validez meramente formal y del contenido moral de las mismas.

El realismo jurídico norteamericano se suma a la protesta en contra de la reacción dirigida hacia la concepción positiva o analítica-normativa del iusformalismo. Cabe resaltar la trascendencia de Wendell Holmes para el realismo norteamericano, quien identifica al Derecho con la experiencia práctica. Se mencionan a Benjamín Cardozo y Roscoe Pound quienes consolidaron la concepción del Derecho como algo vinculado a la realidad de la vida humana.

El tercer período de la rebelión antiformalista, el más violento y radical, lo constituye la *concepción realista* del derecho que ha tenido éxito en estos últimos decenios en Estados Unidos de América. No hay que olvidar que los países anglosajones están naturalmente más inclinados a las teorías sociológicas del derecho por el lugar que ocupa el derecho consuetudinario (*common law*) en sus ordenamientos jurídicos, que no conocen las grandes codificaciones.<sup>36</sup>

Por su parte, Cardozo resaltó la necesidad de que los jueces estén al tanto a las realidades sociales al fundamentar sus resoluciones, pues es indispensable un análisis comprensivo del proceso judicial, ya que requiere un conocimiento íntimo

---

<sup>36</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. Jorge Guerreño R., 3ra. ed., Bogotá, Temis, 2007, p. 36.

de los factores que forman e influyen al Derecho, porque el proceso judicial incluye tanto la creación como el descubrimiento de las reglas mismas. Holmes, por su parte, admitió que los principios morales son trascendentes para formular el Derecho y reconoció que los valores reflejan las preferencias cambiantes de los grupos poderosos dentro de la sociedad.

A su vez, Pound trató de emancipar al Derecho del dogmatismo, tanto de la exégesis lógico-deductiva como del historicismo. Consideraba que aunque es cierto que el Derecho tiene una estructura lógica, es un instrumento para la vida social encaminado a realizar fines humanos, dentro de las rutas variadas y cambiantes de la historia. Asimismo, reconoció que la actividad judicial comprende siempre una valoración de los diversos intereses que demandan protección jurídica, ya sean individuales, colectivos o sociales. El juez para clasificarlos requiere de un pleno conocimiento sociológico de ellos y también de pautas valorativas, para determinar en qué medida y de qué manera han de ser protegidos.

La tesis principal de la escuela realista es esta: no existe derecho objetivo, es decir, objetivamente deducible de hechos reales, ofrecidos por la costumbre, por la ley o por los antecedentes judiciales; el derecho es una permanente creación del juez, el derecho es obra exclusiva del juez en el momento que decide una controversia.<sup>37</sup>

El realismo jurídico escandinavo, a diferencia del realismo norteamericano, tiene un acercamiento metodológico mucho más especulativo hacia los problemas jurídicos, y le presta menos atención a las peculiaridades de las decisiones judiciales. No obstante, comparten lo esencial al adoptar una actitud empirista hacia la vida humana y por ende hacia el Derecho. El fundador de este movimiento fue Axel Hägerström junto a su discípulo A. Vilhelm Lundstedt y otros representantes de esta corriente, como Karl Olivecrona y Alf Ross.

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 37.



Los realistas escandinavos niegan que el Derecho sea vinculatorio en otro sentido que no sea el referente al impacto psicológico que tiene sobre la población. La validez del Derecho deriva del hecho de que el pueblo cumple ciertas reglas porque trata de evitar las consecuencias desagradables que aparecen en caso de realizar una conducta fuera del margen de lo jurídico. Por su parte, Ross, de manera similar a los realistas norteamericanos, sostiene que el Derecho provee de normas a los tribunales para decidir casos concretos.

Se puede decir entonces que en los países del Derecho continental europeo y la mayor parte de Iberoamérica, predomina un pronunciado formalismo ante las normas. El contarse en estos países con una amplia codificación del Derecho dio pie para que los juristas asignaran a esos sistemas y a las normas que los constituyen una serie de propiedades formales que no siempre tienen: precisión, univocidad, coherencia, completitud, etcétera. La asignación de estas propiedades se debe a ciertas hipótesis implícitas de la dogmática jurídica continental sobre presuntas cualidades racionales del legislador. En cambio, los juristas del llamado *Common law* no tienen frente a sí cuerpos codificados a los cuales prestar una tal profesión de fe. La mayor parte de las normas que constituyen su Derecho están originadas no en el acto deliberado de un legislador, sino en los fundamentos de las decisiones judiciales. Al no tener la obligación de someterse a los códigos, los juristas de estos sistemas suelen considerar que las normas jurídicas están lejos de tener las propiedades formales que se les suele asignar.

#### 1.2.6 *Lo social como “mundo de lo concreto” y lo jurídico como “mundo del lenguaje”*

En los siguientes puntos se abordará algunas teorías y concepciones de Augusto Sánchez Sandoval en torno a la Sociología Jurídica, su concepto, sus objetos de estudio, la transdisciplina en torno a ella como método de estudio y los métodos

de estudio aplicables. Asimismo, se tomarán algunas otras posturas para hacer una confrontación.

Sánchez Sandoval señala que para hablar de sociología de lo jurídico es necesario retomar ciertas consideraciones teóricas que se han manejado en otros estudios para hacer diferencia entre el *mundo de lo concreto* del *mundo del lenguaje*, ya que se cree que existe sólo un mundo, el construido por palabras al que se le llama “realidad” y que no tiene ninguna realidad.

El *mundo de lo concreto*, es el que es y está ahí, pero que los hombres no lo conocen por ser dinámico y cambiante. La *ciencia* al referirse a él, sólo da partes posibles de realidad, cuando no, mentiras completas, ya que por siglos ha funcionado como ciencia y verdad el dogmatismo ideológico. De ello se deriva que del mundo de lo concreto no pueden argumentarse “verdades” ni “absolutos”, y que no puede hablarse de ciencia, sino de hipótesis científicas que se van construyendo mediante la contradicción, corrección y superación de las hipótesis científicas previas.

De lo antes comentado, es prudente mencionar a lo que Bobbio refiere en torno a las normas:

Nuestra vida se desenvuelve dentro de un mundo de normas. Creemos ser libres, pero en realidad estamos encerrados en una tupidísima red de reglas de conducta, que desde el nacimiento y hasta la muerte dirigen nuestras acciones en esta o en aquella dirección. La mayor parte de estas normas se han vuelto tan comunes y ordinarias que ya no nos damos cuenta de su presencia.<sup>38</sup>

Pues dependiendo la regla, es el fin que persigue, ya sea por el fin que se busque, las personas a quienes se dirija, etc. Al respecto Bobbio menciona:

Además de las normas sociales, que regulan la vida del individuo en cuanto coexiste con otros individuos, hay normas que regulan las relaciones del hombre con la divinidad o también del hombre consigo mismo. Todo individuo pertenece a diversos

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 3.

grupos sociales: la Iglesia, el Estado, la familia, las asociaciones que tienen fines económicos, culturales, políticos o simplemente recreativos, ya que cada una de estas asociaciones se constituye o se desarrolla a través de un conjunto ordenado de reglas de conducta.<sup>39</sup>

Los resultados de las *ciencias sociales* como la política, la psicología, la economía, la criminología o el Derecho, son todavía más inciertos y no sólo especulaciones del lenguaje, pues sus variables no son controlables y son impredecibles en sus efectos. En ellas la relación causa efecto, tan socorrida en las ciencias naturales, sucumbe, porque las causas en las ciencias sociales no son claramente identificables, por lo tanto, no son plenamente medibles y en cuanto se llegara, en parte, a conocerlas, sus efectos pueden darse o no, antes las mismas causas. En consecuencia, hablar de la causa-efecto en los fenómenos sociales no tiene consistencia teórica ni empírica.

Por otra parte está el *mundo del lenguaje*, es el que se inventa por los hombres en la comunicación, para construir la *conciencia de lo real*, la cual se reproduce a través de la norma-ideología. Así, la sociedad vive el mundo intelectual del lenguaje y de la cultura, y no, el *mundo de lo concreto* que existe afuera de las construcciones ideológicas. Por tanto, los sistemas sociales no se edifican sobre el *mundo de lo concreto*, sino sobre un universo simbólico, cuya repetición en el tiempo, lo sustantiviza y objetiviza como “realidad”.<sup>40</sup>

Cabe hablar de los sistemas sociales, los cuales son definidos por Luhmann como:

Una conexión provista de sentido de acciones sociales que se refieren entre sí y se dejan delimitar por un universo de acciones no relativas a tal conexión. El sistema es el resultado de la diferencia entre interno (mundo del lenguaje) y externo (mundo de lo concreto), es decir, de la estabilización del límite dentro del cual es posible mantener sin variaciones un cierto orden que presenta una complejidad reducida. Este orden interno al sistema, con el cual se presenta la complejidad reducida a través del sistema, junto con las condiciones que realizan el mantenimiento del orden, “sirve como fundamento de un proyecto selectivo del universo, de un

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>40</sup> Cfr. Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas ideológicos y control social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 15-16.

proyecto simplificado pero probable, que abre puntos de apoyo para el actuar provisto de sentido y prácticamente realizable”. El sistema expone fragmentos del mundo y orienta la experiencia sobre aquellos, dislocando el interés de la sobreabundante cantidad de lo posible hacia conexiones delimitadas de acciones sociales; estas conexiones producen el efecto ilusorio, pero necesario para orientar la acción, de que el mundo esté expresado en el proyecto elaborado por el sistema, que la complejidad por afrontar, por elaborar, sea la ya reducida en el sistema. En el sistema se produce, en efecto, una especificación de la complejidad del mundo; los problemas se identifican como problemas del sistema, de su mantenimiento. Entonces la atención se dirige completamente al interior del sistema y se concentra en él, distanciándose del mundo en el que sería imposible orientarse.<sup>41</sup>

Aclarado lo anterior, para el autor citado la Sociología Jurídica hace parte de dos mundos del lenguaje: El sociológico y el jurídico, pero ¿qué está primero: los comportamientos sociales o los comportamientos marcados por las definiciones jurídicas? La respuesta, dice el autor, es clara, primero está “el mundo concreto” de lo social y luego está el “mundo del lenguaje”, el mundo *subjetivo* de las construcciones ideológicas que construyen con enunciados y proposiciones, la “realidad del mundo del lenguaje de lo jurídico”. Lo jurídico es una “subjetividad” que al volverse obligatorio, adquiere el carácter de “objetividad” en las consecuencias que produce.

De lo anterior se tiene que son los hechos sociales y los comportamientos humanos los que motivan a los poderes político-económicos dominantes de la sociedad, para construir lo jurídico, como instrumento para mantener su hegemonía y para dar cauce futuro a los hechos sociales contemplados en su Derecho. Señala Sánchez Sandoval que el Derecho no puede contemplar todos los hechos sociales, ni todos los comportamientos humanos; por lo tanto, genera un “universo de exclusión” compuesto por el “mundo de lo concreto” que queda fuera de él y al que no puede abarcar con sus normas, y también por el “mundo del lenguaje” que no se enmarque en los parámetros discursivos del Derecho.

---

<sup>41</sup> Luhmann, Niklas, citado por Giorgi, Raffaele de, *Ciencia del derecho y legitimación*, México, Universidad Iberoamericana, 1998, p. 237, los paréntesis son agregados por Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 40, pp. 18-19, porque tanto en Luhmann como en De Giorgi, los conceptos *interno* y *externo* corresponden, desde su punto de vista, a lo que en la obra citada en la nota anterior, se ha denominado como *mundo del lenguaje* (interno) y *mundo de lo concreto* (externo).

Esto hace que el sistema jurídico sea una ideología cerrada y ciega, que no ve el entorno externo a él, sino sólo sus propias reglas y principios que lo constituyen.

Como apunta el autor, el sistema jurídico, es una forma de reducir la complejidad del universo para construir uno propio, pequeño y limitado a las palabras y a los conceptos jurídicos, fuera de los cuales no existe otra realidad, ni otra sociedad sino sólo la inventada por el Derecho. El sistema jurídico es un mundo del lenguaje que limita la posibilidad de otros mundos de lenguaje y del mundo de lo concreto.

De lo anterior se deriva que el Derecho es un “mundo artificial”, “simbólico” y “aparente” que vivimos cotidianamente y creemos equivocadamente, como señala el autor, que es el “mundo de lo concreto”, porque esa “subjetividad” del lenguaje jurídico se objetiviza dentro del expediente judicial, donde queda convertida en “verdad jurídica” y tiene consecuencias concretas para perder o no, la libertad o la vida.

Por otro lado, como sigue apuntando Sánchez Sandoval, el sistema jurídico formal, al ser cerrado y ciego hacia fuera, no ve a los individuos que componen la sociedad, aunque diga que se refiere a ellos, pues no puede abarcarlos en su totalidad porque no puede tipificar todos sus comportamientos y es por eso que la vida, la economía y las conductas informales se siguen dando y ocurriendo, como ocurren, paralelamente o desfasados de los planteamientos dogmáticos del sistema jurídico.

Aquí conviene hacer una revisión a lo que dice Miguel Villoro Toranzo en relación al Derecho:

Las nociones del Derecho proceden en la misma forma. Primero, reconocen que hay “algo” —es decir, una esencia— que es Derecho, aun antes de los esfuerzos doctrinales para investigar en qué consiste ese “algo jurídico”, esa “esencia del Derecho”. Luego, se pronuncian sobre los elementos esenciales que creen constituyen ese “algo jurídico”; pero no por ello dejan de reconocer (Kelsen es una excepción) que el “algo jurídico” —la esencia del Derecho— se halla presente en

determinados objetos de nuestro lenguaje o de nuestro pensamiento, por lo cual debidamente, aunque no exactamente en el mismo sentido, son llamados “Derecho”. ¿Por qué entonces, sabiendo todos en la práctica qué objetos son derecho, llegan los autores a formular nociones doctrinales tan divergentes del Derecho? Creemos que la respuesta es menos difícil de lo que pudiera parecer a primera vista: porque, habiendo descubierto en la esencia del Derecho una nota esencial —y con exclusión de las demás notas esenciales— una noción definitiva del Derecho. Se negaron aceptar que la noción del Derecho debe ser “sintética”, es decir, debe reunir todas las posibles notas de lo jurídico, en cualquiera de sus particulares sentidos, las cuales deben reflejarse en la noción del Derecho, sin que ningún sentido de la palabra “derecho” pueda quedar excluido.<sup>42</sup>

Como se observa, en lo que se refiere al Derecho hay una noción, es decir, una esencia, como señala Villoro, existe aún antes de las *definiciones y esfuerzos doctrinales jurídicos*, por lo que es fácil darse cuenta que algunas concepciones citadas en torno al sistema jurídico caen en la respuesta que ofrece Villoro al plantear la pregunta de ¿Por qué entonces, sabiendo todos en la práctica qué objetos son Derecho, llegan los autores a formular nociones doctrinales tan divergentes de él? Pues no hay que olvidar esas notas esenciales que señala Villoro: El Derecho es “un fenómeno exclusivamente humano”, es “un ordenamiento de la razón, “presupone la libertad humana”, es “una forma de vida social”, “tiene como fin la justicia”, el derecho es “diferente de la moral”, “debe ser promulgado por un legislador autorizado”, “está condicionado por la realidad” y “debe realizarse en la historia”. Ante este último aspecto como señala el propio autor “El Derecho no debe quedar como una especulación teórica, utópica, sino que debe realizarse en la realidad histórica...El sentido práctico del Derecho está implícito en la mayor parte de las nociones del Derecho...”<sup>43</sup>

Lo que denomina Sánchez Sandoval como Sociología Jurídica, no es sociología ni tampoco es Derecho, sino un método transdisciplinario de trabajo para visualizar lo jurídico desde aspectos políticos, económicos y sociales. Es decir, ver el Derecho involucrando los factores de poder que le dan origen, las condiciones materiales de producción a las cuales justifica y la reproducción de las relaciones

---

<sup>42</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al derecho*, 2da. ed., México, Porrúa, 1974, p. 110.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 15-116.

sociales que son materia de su ocultamiento ideológico, para fundamentar la creación y la actuación de los aparatos tanto ideológicos como represivos del Estado.

Pero no se debe ver el Derecho sólo desde esos factores de poder, pues no sólo las definiciones y los factores de poder son los únicos que intervienen en la conformación del derecho.

Los Aparatos del Estado<sup>44</sup> son controles sociales que tienden a reproducir el consenso mediante “tecnologías de poder”, de manera que se logre la obediencia de los dominados de manera voluntaria con su consentimiento, a través de los llamados Aparatos Ideológicos del Estado, entre los que están la religión, la educación, los medios de comunicación y el Derecho.

Así, el campo de la sociología jurídica se amplía enormemente, pero para no perder el camino entre tantas posibilidades, es preciso que los fenómenos sujetos a su estudio, sean causa o consecuencia de normas jurídicas. Este vínculo es el que identifica y diferencia el objeto de estudio de la “sociología jurídica”, de lo que se llama “sociología general”.

Desde las perspectivas anotadas, se verá, desde el punto de Sánchez Sandoval, cómo se puede aplicar la “sociología jurídica” como método, en el campo del “*control social*”, entendido como el conjunto de estrategias y tecnologías de poder que desarrollan los dominadores, para lograr el consenso de la población en el mantenimiento y reproducción de su proyecto hegemónico.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Cfr. Althusser, Louis, *ideología y aparatos ideológicos del estado*, México, Quinto Sol, 1985.

<sup>45</sup> Cfr. Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 40.

### 1.2.7 Otro concepto de Sociología Jurídica, sus objetos y métodos de estudio

Menciona Sánchez Sandoval que para Alessandro Baratta <sup>46</sup> la *sociología jurídica* tiene como “objeto de estudio”, la experiencia jurídica de las personas, entendida como sistema de comportamientos humanos derivados de un sistema normativo que es el punto de partida y de referencia, para que se produzca ese objeto. Es decir, lo normativo es el punto de vista que le da carácter e identidad al comportamiento, por medio de la calificación jurídica y lo delimita frente a los otros sistemas de comportamiento.

La Sociología General y todos los sectores especializados de la misma, tienen por objeto de estudio los comportamientos humanos o las relaciones de esos comportamientos como hechos sociales, sin que tengan una vinculación con el deber de cumplimiento o de abstención que imponen las reglas del Derecho.

Pero el comportamiento derivado de una norma jurídica, es decir, el comportamiento que es la expresión o la manifestación de la conducta humana producto de un mandato de acción o de un imperativo de omisión, que exige una norma jurídica, es lo que constituye la “*experiencia jurídica humana*” que es el objeto concreto de estudio de la *sociología jurídica*.

Señala el autor que para conocer y medir esos comportamientos que constituyen la “*experiencia jurídica humana*” se requiere de la “investigación empírica”<sup>47</sup> rigurosa sobre los mismos.

Continúa diciendo que la “*experiencia jurídica humana*” tiene que ser identificada, cuantificada e interpretada, a la luz del conocimiento de las condiciones materiales de existencia de los grupos sociales y de los individuos, así como de los

---

<sup>46</sup> Cfr. Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI Editores 1986, pp. 9-20.

<sup>47</sup> Cfr. González Vidaurri, A., Gorenc, Klaus D. y Sánchez Sandoval Augusto, *Control social en México D.F.*, México, Editorial de la Fes Acatlán, UNAM, 2005. Citado por Sánchez Sandoval, Augusto, *Sociología jurídica: objetos y métodos de estudio*, México, Fes Acatlán, UNAM, p.5.



condicionamientos de poder e ideológicos que están en la base de las motivaciones, para que la norma jurídica se emita de una forma y no de otra. Con ello, se puede aclarar si un comportamiento humano obedece o no, a una norma; busca o no, la producción de normas o si la conducta, se produce totalmente alejada e independiente de cualquier norma.

Los objetos de la Sociología Jurídica de acuerdo a la concepción de Sánchez Sandoval:

a) Los comportamientos de las personas son derivados o tienen consecuencias en la imperatividad de las normas jurídicas: El registro civil y de la propiedad, el matrimonio, las sucesiones por causa de muerte, el delito, los contratos u otros que son causa o efecto del Derecho público o privado, nacional o internacional.

b) Las conductas humanas que se realizan, tienen como consecuencia la derogación o el nacimiento de normas jurídicas.

c) Los comportamientos de unas personas, que están en relación funcional con otros comportamientos, que tienen como consecuencia o son el resultado de normas jurídicas.

De esa manera, sólo los comportamientos humanos vinculados directa o indirectamente con el nacimiento, derogación o aplicación de normas jurídicas deben ser considerados como “objetos de estudio” de la Sociología Jurídica, es decir la “experiencia jurídica humana”, porque de otra manera se puede caer en el error de hacer simplemente sociología general, economía o ciencia política.

En este punto es importante hacer mención que el autor hace las siguientes observaciones:

El *mundo de lo concreto* no es fragmentable y tampoco es abordable desde una sola perspectiva teórica o empírica, por eso se propone la necesidad de la

observación transdisciplinaria, para el estudio de sus objetos de conocimiento, rompiendo aquellos límites, tan ansiadamente buscados durante los siglos XIX y XX, que se han convertido en obstáculos para la comprensión de los fenómenos, pues se han cerrado a la posibilidad de la confrontación con otros.

En el *mundo del lenguaje* ocurre lo mismo pues las ideologías han construido “verdades objetivas” a partir de la “subjetividad de las palabras”, creando el mundo “artificial” en que vivimos. Pero para identificar lo “artificial” de lo “concreto”, se requiere aplicar el método de la negación de los conceptos a partir de la misma ideología que les da origen o de las ideologías que, perteneciendo a otros sistemas, puedan servir como parámetro de confrontación para saber si pueden ser superadas.

Esto implica la aplicación del método transdisciplinario de diferentes lenguajes pertenecientes a marcos teóricos de distintos saberes, para confrontarlos como conceptos o argumentos y establecer la fuerza discursiva de unos y otros. De ello se pueden obtener magníficos resultados, porque si son lenguajes pero resisten la negación de otros lenguajes, es porque su contenido semántico se identifica más con el mundo de lo concreto que con el mundo artificial construido con las palabras y ello, constituye una ganancia en el conocimiento.

Se puede establecer el porqué lo jurídico se construye de una manera y no de otra, como apunta Correas,<sup>48</sup> pues el Derecho como instrumento de la política, depende de los intereses de control social que tenga el grupo hegemónico.

Al respecto no se debe olvidar además de los factores de poder en el derecho también hay notas esenciales como vimos anteriormente. Así:

El Derecho es un instrumento forjado por los hombres en la realidad, de acuerdo con la realidad y para ordenar la realidad...la construcción de ese instrumento constituye el aspecto artístico de la Ciencia del Derecho. En efecto, la construcción jurídica consiste en la elaboración de los esquemas jurídicos, por medio de una abstracción valorada de la realidad jurídica. Esta elaboración es claramente una actividad

---

<sup>48</sup> Cfr. Correas, Óscar, *Introducción a la sociología jurídica*, México, Fontamara, 2002. Citado por Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.*, nota 47, p. 8.

artística ya que es una actividad práctica, seleccionadora de medios...con vistas a obtener un orden social...su método consiste en una conceptualización o abstracción valorada conforme a la Justicia de lo que debe ser en una sociedad, abstracción que se funda racionalmente en las realidades de esa misma sociedad.

Los esquemas sirven para sensibilizar las abstracciones o conceptos que por su naturaleza no pueden darse en ninguna sensación o percepción...Las características de los esquemas: 1) son producto de la abstracción; 2) pero no son un producto arbitrario, sino que deben estar de acuerdo con la realidad; 3) más aún, la realidad impone límites a la artificiosidad del proceso abstractivo y sugiere las grandes líneas del mismo; y 4) son contruídos con un fin práctico.

Los *esquemas jurídicos* serán...el producto de la operación por la cual el jurista abstrae de la realidad jurídica determinados aspectos constantes que interesan a la Justicia y que, una vez técnicamente formulados, servirán de instrumentos necesarios a la realización de la misma.

Los esquemas jurídicos son las partes...que forman el contenido material de todo el sistema normativo jurídico...la de los ideales de Justicia y la de las circunstancias históricas...Los esquemas materiales son la materia contruída artísticamente.<sup>49</sup>

El Derecho no solo constituye ciertos factores, sino que contiene características esenciales antes de su elaboración, construcción y aplicación.

Y en lo que respecta al método de la Sociología Jurídica para encarar los objetos de estudios de las ciencias sociales, el investigador debe ubicarse en la transdisciplinariedad, es decir, en un espacio en que la disciplina entre, no en el sentido de sí misma, sino como el terreno en el que el estudioso se mueva transversalmente en distintos marcos teóricos. De manera que no sea lo político, lo jurídico, lo psicológico, lo histórico o lo sociológico lo que determine el objeto, sino que sea el objeto de estudio el que determine los conocimientos que deben ponerse en práctica para abordarlo.

Señala Sánchez Sandoval que para encarar los objetos de estudio de las ciencias sociales como la política, la economía, el Derecho, la criminología o la sociología

---

<sup>49</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 42, pp. 229-232.

jurídica, en 1990 Luis González Placencia<sup>50</sup> sintetizó las siguientes categorías metodológicas para la interpretación de la realidad social:

1. Negar la *realidad* que aparece como común generalizada, por ser una construcción de poder, producto de un discurso subjetivo.
2. Analizar el objeto de estudio desde la perspectiva *dialéctica e histórica*.
3. Conocer y evaluar el interrogante estudiado dentro de la *totalidad* a la que pertenece y en la cual ocurre.
4. Analizar el objeto estudiado con un *interés emancipatorio* de las personas y de su liberación de la violencia estructural institucionalizada.

Si este tipo de investigación se refiere a los comportamientos humanos que son causa o consecuencia de normas jurídicas, entonces se convierte en Sociología Jurídica.

#### 1.2.8 La educación en la obediencia de las normas

Se puede decir que hay muchas clases de control social como escalas de valores encarnadas en normas que puedan existir, de este modo, hay un control social religioso, mágico, moral, jurídico, ético, a través de las costumbres (y de los prejuicios), de las normas que rigen la actividad económica, y también un control por la opinión pública; todos ellos coexisten.

El control social puede extenderse, como lo hace Gurvitch, hasta “todo sistema de ideas o ideales”, de modo tal que existiría un control social derivado del arte, del conocimiento y de la educación, y aún, dentro de cada clase, diversas subclases...Sin embargo, por este camino puede confundirse la sociología del control social con la sociología general misma, considerada “sociología cultural” o “sociología del espíritu humano”. Preferimos referir el control social a cualquier

---

<sup>50</sup> Cfr. González Placencia, Luis, “Elementos de Teoría y Método en la Criminología Crítica” *Criminología crítica*, Serie Estudios Jurídicos, México, Universidad Autónoma de Querétaro, 1990, pp. 35-50.

*sistema normativo...*, a condición de que su uso se encuentre prescripto y el apartarse de él, de algún modo sancionado.<sup>51</sup>

La idea de control social ha merecido críticas a partir de las posiciones radicalizadas de la Sociología Jurídica, por considerar que es el punto de vista represor de la sociedad capitalista establecida. Por lo tanto, “controlar”, “incriminar”, “rotular” y “reprimir” son sinónimos.

Se puede advertir que un control social consiste en la ideología-derecho que contiene una sanción jurídica y está promulgada y que también puede estar constituida por la ideología-norma que su coercitividad se convierte en auto-reproche o culpa, derivados de una construcción previa de lo que es “correcto”.

“Generalmente, se considera que esos controles son bien intencionados y que buscan el orden social y no el interés particular de sólo algunos.”<sup>52</sup>

En este punto se puede concluir que como consecuencia de un Estado de Derecho como justificante ideológico, se ha inculcado a las personas el hecho de obedecer las normas, no solo las jurídicas, sino cualquier sistema normativo, pues al respecto no sólo el Estado es el detentador del poder, sino que hay varios grupos que ejercen el control sobre otras personas, ya que como se vio en párrafos anteriores, existen diversos tipos de controles; ante tal situación se ha ejercido un cierto control por parte del o de los grupos detentadores del poder, toda vez que ante el temor de un castigo, de un reproche o de una represión se encuentran las personas atemorizadas por estar de por medio algunos intereses.

### 1.2.9 *El ejercicio del poder en la toma de decisiones de las personas*

Como es bien sabido en las sociedades se dan grupos que detentan el poder, así estos grupos dominantes, por lo general es un grupo colectivo y en ciertas

---

<sup>51</sup> Fucito, Felipe, *op. cit.*, nota 29, p. 30.

<sup>52</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op. cit.* nota 40, p. 20.

ocasiones un individuo, que ha comprendido su posición de superioridad en los espacios en que se ha movido y cuya voluntad ha impuesto destinos a otros individuos o a colectividades humanas.

Cabe mencionar aquí: “La autoconciencia consiste en *ser sí mismos, por sí mismos y para sí mismos* en la unidad individual. Esto implica identidad, que no puede ser por otros, ni para otros, sino que requiere construirse, teniendo como espejo a los demás y siendo diferente a ellos. Si se copia a otros, el sujeto será otro y no él.”<sup>53</sup>

“Si se parte del concepto hegeliano de *conciencia sensible*, es posible definir a la *conciencia de lo real* como la *relación determinada del yo con un objeto* o con otro sujeto, que comienza con el conocimiento en la inmediatez, superficial y aparente, de los entes que constituyen el universo y que da al individuo la visión de una realidad con criterio de verdad y de totalidad.”<sup>54</sup>

En la vida en sociedad se impone la consciencia de realidad del dominante, se ha impuesto y educado a seguirla para interactuar en sociedad. Así se tiene que la consciencia de lo real del dominante, que se ha hecho reiterada y obligatoria se convierte en realidad y verdad.

En la época moderna, el dominante, particular o colectivo, ideó el sistema de la *racionalidad jurídica* para dirimir conflictos; pero su creación y aplicación han sido siempre desiguales, porque han obedecido a las reglas de *poder-dominación* de sistema capitalista liberal de producción, cuyos principios básicos son la libre competencia y la explotación del hombre por el hombre. De esa ideología-derecho no puede esperarse que su discurso, aunque hable de igualdad entre los hombres, pueda convertirse en acto, pues detrás de sus preceptos se ejerce sin contemplaciones la violencia de su génesis esencial: el *poder-dominación*...las normas que se han impuesto a la comunidad, tienden a prever los actos que ya se realizan en ella, pero que se contraponen al interés del sujeto individual o colectivo que maneja el sistema social de producción-dominación...<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 14.

Más concretamente y en la manera de tomar decisiones y acuerdos por las personas, éstas se han visto influidas por el o los grupos dominantes a la hora de acordar o de decidir, pues diversos factores están de por medio y que los dominados ante tal desventaja tienen que “aceptar esos acuerdos” y es así como la toma de decisiones se ha visto distorsionada.

Actualmente se observan limitaciones al derecho de propiedad en la forma de expropiaciones para llevar a cabo programas de reforma agraria; la moderna empresa industrial bajo la forma de sociedad anónima viene a constituir el centro generador del capitalismo; surgen así sociedades cuyo mayor número de acciones pertenece a unos pocos que vienen a controlar la vida económica, la mano de obra y el capital industrial de la comunidad.

Es importante mencionar que ya en la llamada época clásica del contrato, se advierte un predominio de la autonomía de la voluntad generadora del contrato con tendencias a la eliminación de los excesivos formalismos. Actualmente la autonomía de la voluntad resiente graves limitaciones, ante el principio de que los actos jurídicos afectan no solamente a las personas interesadas. Surge la adhesión y la teoría de la imprevisión y del riesgo creado, atacando en su base el principio de la autonomía de la voluntad.

No se debe dejar de lado algunas concepciones y puntos de vista de la propiedad en torno a los que se ha venido estudiando, pues constituye una institución fundamental para los acuerdos y los contratos.

W. Friedmann en su obra *El derecho en una sociedad en transformación*, plantea una evolución del derecho de propiedad, remitiéndose a la moderna sociedad industrial y comercial, en que la propiedad no es una relación de dominio ejercida por una persona sobre la cosa; sino que “es un concepto colectivo de un complejo

de poderes, funciones, expectativas y responsabilidades que pueden ser prorrateadas entre partes diferentes para una transacción legal.”<sup>56</sup>

Señala Friedmann que la “propiedad comercial” en la legislación francesa moderna, figura jurídica usual entre hombres de negocios y agricultores que rentan sus locales y tierras, de manera que el arrendatario disfruta de determinados derechos en contra del propietario, como el de renovar el arrendamiento, lo que implica una limitación al derecho de propiedad, pues el propietario en las anteriores circunstancias, no puede disponer de su propiedad. Continúa diciendo que la “propiedad comercial”, es conocida también en el Reino Unido y en otros países europeos y que algunas presiones sociales, pueden provocar la evolución del derecho de propiedad y pone como ejemplo la escasez de viviendas que puede motivar una protección de cuasi-propiedad a favor del arrendatario, las necesidades nacionales de producción de alimentos que pueden obligar a que se vigorice el derecho del agricultor arrendatario respecto del propietario de la tierra e insiste en que estos derechos “parciales” de propiedad deben incluirse en la definición de propiedad, no solamente por formar parte de su función total, sino porque están protegidos contra terceros. Concluye aseverando que el moderno Derecho europeo, se viene aproximando a una concepción del derecho de propiedad, más elástica y funcional, análoga a la del derecho consuetudinario, rompiendo así los estrechos moldes de la concepción civilista romana.

Se observa cómo ha ido cambiando la manera en que se toman las decisiones y los acuerdos y también la percepción de la propiedad que deja de ser igual a la considerada por los romanos.

Actualmente en lo que respecta a la tomas de decisiones y a los acuerdos se han transformado los elementos constitutivos de un contrato, al respecto Friedmann reduce a tres factores las causas sociales que han motivado la transformación del contrato en su concepción clásica:

---

<sup>56</sup> Friedmann, W, *El derecho en una sociedad en transformación*, México, FCE, 1966, p. 84.



1. La concentración de la industria y de los negocios, correlativa de la estandarización de la vida, trae como resultante jurídica el “contrato común” o “contrato de adhesión”.

2. La sustitución en la sociedad industrial del contrato individual por el colectivo, con la resultante jurídica del contrato o convención colectiva entre obreros y patronos, con una variable intervención del Estado que en algunos casos interviene con propósitos de equilibrar los factores de la producción y en otros se inclina tuteladamente por los intereses sociales representados por los trabajadores particularmente en la legislación laboral de marcada tendencia socialista.

3. La expansión del bienestar general y de los servicios sociales del estado, cuyo producto legal es doble: a) la adopción de condiciones contractuales fijadas por la ley laboral y que sustituyen o adicionan las condiciones pactadas por las partes; y b) la proliferación de contratos en que intervienen como partes las autoridades públicas y sectores privados.<sup>57</sup>

Se concluye en este punto que a veces la toma de decisiones en los individuos se encuentra influenciada por un grupo u otro individuo que ejerce una dominación por tener poder sobre la otra, entendiéndose que dicha dominación nace de la “legitimación del poder” que tiene el Estado para actuar sobre aquellos o de la desproporcionada ventaja que tiene un individuo sobre otro, ya sea por razones económicas, sociales o culturales.

### 1.3 *Consideraciones económico-ideológicas al final del siglo XX e inicio del siglo XXI*

#### 1.3.1 *Del Estado de bienestar al neoliberalismo*

En este apartado se verá cómo se fue dando el proceso en que el Estado intervenía en la economía y que era llamado Estado benefactor o de bienestar, al

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 117.

punto en que empezó a dejar de tener intervención en la misma. Para así retomar algunos aspectos del liberalismo económico con el dejar hacer, dejar pasar.

El primer Estado moderno que introdujo a una escala relativamente grande el tipo de medidas de bienestar que se ha popularizado en la mayoría de las sociedades actuales fue el imperio alemán constituido de nuevo bajo la dirección del «canciller de hierro», Otto von Bismarck. A lo largo de los primeros años de la década de 1880 creó un extenso sistema de seguridad social, que ofrecía protección al trabajador contra accidentes, enfermedad y vejez...Precursores más inmediatos de las medidas de seguridad social adoptadas a lo largo de la década de los años treinta fueron las tomadas en Gran Bretaña, empezando con la ley de pensiones para los ancianos, aprobada en 1908, y la ley de seguro nacional, votada en 1911.<sup>58</sup>

Por lo señalado por Milton Friedman, se entiende que las primeras medidas proteccionistas se dieron con Otto von Bismarck en el imperio alemán.

El autor hace notar el fracaso del Estado Benefactor y sus programas de la siguiente manera:

¿Por qué razón todos estos programas han defraudado tanto? Sin duda sus objetivos eran humanitarios y nobles. ¿Por qué, entonces, no se han alcanzado? Al comienzo de la nueva era todo parecía bien. Los individuos que había de beneficiarse eran pocos, y los contribuyentes que podían financiar dichos programas, muchos, de modo que cada uno pagaba una pequeña cantidad que proporcionaba beneficios significativos a unos pocos que los necesitaban. En cuanto aumentaron los programas de bienestar, las cosas cambiaron.<sup>59</sup>

Ahora se verá la forma en qué se paso del modelo del Estado de Bienestar al Neoliberal:

Los cambios en las formas de producción y distribución de la riqueza impuestos por el modelo económico adoptado en los países centrales durante los años ochenta del siglo XX, trajo consigo las transformaciones políticas y sociales que marcaron la sustitución del Estado capitalista de bienestar, por el Estado neoliberal privatizado.

El exceso de producción local en los países centrales, los obligó a adoptar para sí— e imponer a las otras naciones—, el proceso de globalización económica, cuya principal manifestación ha sido la eliminación de las fronteras y de las barreras arancelarias que faciliten el libre comercio de mercancías entre todos los países. Por ello, las potencias tuvieron la necesidad de abrir sus fronteras comerciales, aumentar su intercambio de mercancías y lograr la apertura de las economías

---

<sup>58</sup> Friedman, Milton y Friedman, Rose, *Libertad de elegir*, trad. Carlos Rocha Pujol, 4ta. ed., Barcelona, Grijalbo, 1987, pp. 141-142.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 165-166.

nacionales de otros países, que permanecían cerradas, para permitir el acceso de los excedentes de producción. Así, se logró desinflar la presión de un sistema económico que se encontraba preso de los límites geográficos y se transnacionalizó.<sup>60</sup>

En los países industrializados de primer mundo o “países centrales”, en el punto de abandonar el modelo del Estado de bienestar y adoptar las medidas de austeridad a que obliga el nuevo modelo neoliberal de competencia y eficiencia, se experimentó la aparición de problemas por el desempleo masivo y la baja de salarios, pero su grado de desarrollo les permitió absorber la carencia de prestaciones sociales. En los demás países, se pudo observar que al adoptar las nuevas reglas de apertura de mercados, de la competencia internacional y de la menor intervención del Estado, sufrieron algunas repercusiones por la incapacidad económica para competir con las mismas condiciones que los otros países, como la quiebra de sus empresas o su venta, el desempleo, la migración a países industrializados, etcétera.

El quebrantamiento del Estado de Bienestar ha provocado que las actividades que antes brindaba el Estado gratuitamente a través de la recaudación de impuestos, ahora deban ser pagados para su operación, por ejemplo, muchas de las tareas que estaban a cargo del Estado, hoy se encuentran cada vez más en manos del sector privado, como las carreteras, que muchas de las veces tienen cuotas elevadas y que no todas las personas pueden acceder a dichas carreteras; la privatización de la banca; la educación también se ha visto en manos de sectores privados, ya que la educación pública al no estar garantizada en México, mucha gente tiene que optar por ésta educación y en el peor de los casos quedarse sin estudios debido a que sus ingresos no les permite acceder a escuelas particulares; las telefonías que mas que algo público o privado, parece que en México hay un monopolio de la telefonía; y en el peor de los casos la asistencia médica también se ha visto afectada. Por lo tanto, el Estado es ya sólo un mediador entre los particulares que tienen el capital y los gobernados, por lo que se crea una inseguridad e incertidumbre social.

---

<sup>60</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, (coord.) *Control social económico-penal en México*, México, UNAM-Plaza y Valdés, p. 237.

En el último periodo del siglo XX se generaron cambios en la realidad social que indican procesos complejos de carácter económico, político y cultural, los cuales permiten apreciar las nuevas formas de presentarse las relaciones sociales capitalistas, las formas con las que se despliega la lucha de clases y con las que se reorganiza la figura estatal, así como la manera en cómo se manifiesta la voluntad al momento de contratar.

Tanto la globalización como el neoliberalismo representan los ejes de la reestructuración del capitalismo en el fin del siglo XX.

Pero ¿qué es la globalización?, en este punto se ha hablado acerca de globalización, se debe aclarar ese concepto:

El concepto globalización ha sido...utilizado para hacer alusión a procesos que no son únicamente de carácter económico, sino que atienden a múltiples facetas de la realidad actual, como la cultura, la política, la demografía, los intercambios tecnológicos, la educación, etcétera, no obstante que muchas veces estas facetas aparecen desconectadas entre sí; en cambio en lo que respecta al vocablo mundialización, tenemos la impresión de que suele manejarse con más frecuencia en una connotación más económica, si no es que más economicista, y el de planetarización simplemente no cuenta con la popularidad y el consenso mínimo entre los círculos de estudio sobre el tema.<sup>61</sup>

Entonces lo que debe entenderse por globalización desde un punto de vista sociológico y político, se trata de relaciones complejas entre factores técnicos, económicos, políticos, ideológicos y culturales. Este, aunque no es un concepto jurídico, influye al ordenamiento legal como ya se hizo notar en los puntos anteriores.

Al respecto, el proceso de desarrollo capitalista y la globalización como parte del neoliberalismo, es entendido para Arturo Ramos Pérez por cinco etapas o momentos a saber:

Entonces, en lo que respecta a la nueva etapa del desarrollo capitalista, desde nuestro punto de vista, la globalización puede ser identificada a partir de cinco grandes campos problemáticos: 1) la mundialización de la economía, 2) la tercera

---

<sup>61</sup> Ramos Pérez, Arturo, *Globalización y neoliberalismo: ejes de la reestructuración del capitalismo mundial y del Estado en el fin del siglo XX*, México, Plaza y Valdés Editores, 2001, p. 20.

revolución tecnológica, 3) la crisis del Estado-nación y la integración regional, 4) la presencia de un nuevo **orden** político internacional, y 5) la emergencia de una especie de cultura global.<sup>62</sup>

Del nacimiento del neoliberalismo se puede decir que se va gestando a mediados del siglo XX para entrar de lleno en la década de los ochenta a todo el mundo. “El neoliberalismo nace después de la Segunda Guerra mundial en Europa Occidental y en América del Norte. Refleja una reacción teórica y política vehemente contra el intervencionismo estatal y el Estado social (Welfare State)”.<sup>63</sup>

Como lo dejan ver Perry Anderson y Charles-André Udry, el pensamiento neoliberal actual se gesta en algunos centros académicos específicos que retoman el punto de vista de la economía neoclásica de fines del siglo pasado y particularmente de la escuela austríaca de los años veinte y treinta. Udry cita tres centros que en los años cuarenta desarrollan los postulados que originarían el neoliberalismo: el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales ubicado en Ginebra, Suiza; la Escuela de Economía de Londres y la Universidad de Chicago.

Lo que podría denominarse como la Internacional neoliberal o ultraliberal (la **Mont-Pèlerin Society**) nace en 1947 con la famosa reunión de Mont-Pèlerin en Suiza, que incluye a pensadores como von Mises, von Hayek, Freedman, Lipman, Aron y Popper, además de muchos otros...Esta conjunción de pensadores constituye la simiente del proyecto político global hoy triunfante, pero que tuvo que batallar durante un buen periodo de tiempo de manera marginal frente al poderío del keynesianismo del Estado de bienestar.

En esta famosa reunión se establecen algunos de los principios rectores que con el tiempo se convertirían en orientaciones para la acción de los gobiernos neoliberales: la hostilidad contra los sindicatos por su actitud contraria al libre mercado y por ser supuestamente los causantes del desempleo creciente y por desestimular la inversión; la oposición al gasto social del Estado por considerarlo parasitario y a su intervencionismo económico por limitar la iniciativa privada; la promoción del sometimiento de todos a las fuerzas impersonales del mercado...y del sistema de precios ligado a él.<sup>64</sup>

Como se ha expuesto, el neoliberalismo nace a mediados del siglo pasado como nueva forma económica con postulados propios.

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>63</sup> Anderson, Perry, *Histoire et leçons du neo-liberalism. La construction d'une voie unique*, Suisse, 1996, p. 2, citado por Ramos Pérez, Arturo, *op. cit.*, nota 61, p.114.

<sup>64</sup> Udry, Charles-André, *Von Hayek: des postulats largement diffusés. Un pèlerin prosélyte*, Suisse, 1996, p. 2, citado por Ramos Pérez, Arturo, *op. cit.*, nota 61, p. 114.

De lo anterior se deduce que tras el fin del mundo bipolar, por la caída de la URSS, la caída del muro de Berlín y otros hechos sociales, la globalización representa una nueva fase del desarrollo capitalista y vendrá a un neoliberalismo económico, con lo que se formarán e integrarán algunos bloques económicos en el mundo, pero que se distinguirán tres regiones fundamentales: la Unión Europea, el Tratado de Libre Comercio en América del Norte y la Cuenca del Pacífico.

Es conveniente hablar un poco acerca de la igualdad económica, al respecto Carbonell dice:

Haciendo una exposición general sobre el tema, Ronald Dworkin ha distinguido la "igualdad económica" de la "igualdad política" (1993, pp. 478 y ss.). La igualdad económica, de acuerdo con el mismo autor puede definirse de dos modos distintos. El primero es tomando en cuenta los recursos con que cuentan los individuos, de tal forma que la igualdad económica vendría determinada en términos de riqueza o de ingreso. El segundo modo de definir la igualdad económica no tiene que ver con la igualdad de ingresos o de riqueza, sino con el bienestar de las personas, determinada por la cantidad de recursos de que dispone el individuo para la realización de sus fines. Esa segunda variable, apunta Dworkin, recoge mejor los intereses reales de los individuos, pues se enfoca de manera fundamental al bienestar, haciendo de los recursos un elemento puramente instrumental. La distinción que hace Dworkin es relevante para el entendimiento jurídico de la igualdad, sobre todo en su vertiente de igualdad material...<sup>65</sup>

Carbonell distingue entre la igualdad económica y la igualdad política y menciona que la primera puede definirse de dos modos diferentes, haciendo importante para el entendimiento jurídico dicha distinción.

Es importante mencionar también la dicotomía que existe entre la libertad económica y la libertad política, al respecto Friedman señala:

La libertad económica es un requisito esencial de la libertad política. Al permitir que las personas cooperen entre sí sin la coacción de un centro decisorio, la libertad económica reduce el área sobre la que se ejerce el poder político. Además, al descentralizar el poder económico, el sistema de mercado compensa cualquier concentración de poder político que pudiera producirse. La combinación de poder

---

<sup>65</sup> Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 25, p. 126.

político y económico en las mismas manos es una fórmula segura para llegar a la tiranía.<sup>66</sup>

Para Friedman, es vital la libertad de las personas, es decir, que las relaciones económicas se den sin coacciones para que la Economía y la Política fluyan correctamente.

Una parte de la libertad económica es la capacidad de escoger la manera en que se van a usar los ingresos, decidiendo qué parte se destinará a los gastos personales y qué productos se van a comprar, etcétera.<sup>67</sup>

Por lo anterior se hace notable que cada persona tiene que tomar sus propias decisiones sin estar sujetas a poderes externos, pues el medio para poder disponer de bienes y servicios es el contrato. De esta manera apunta Friedman:

Otra parte esencial de la libertad económica es la de utilizar los recursos que poseemos de acuerdo con nuestros propios valores: libertad para aceptar un empleo, para comprometerse en un negocio, para comprar y vender, a cualquier otra persona, mientras actuemos sobre una base estrictamente voluntaria y no acudamos a la fuerza para coaccionar a los otros.<sup>68</sup>

De haber restricciones a la libertad económica pueden vulnerarse derechos tan esenciales como la libertad de prensa y de expresión.<sup>69</sup>

Como se aprecia debe existir una verdadera libertad para poder contratar y adquirir bienes y servicios, sin embargo, no siempre va a existir dicha libertad ya que determinados factores de poder que se hacen más notables en el marco de la globalización y el neoliberalismo impiden que dicha libertad impere en los contratos.

Por todo lo expuesto se apunta que el neoliberalismo es la estrategia política con la cual el capital monopólico y las burocracias políticas o élites gubernamentales de las grandes potencias se adaptan al contexto de globalización y promueven

---

<sup>66</sup> Friedman, Milton y Friedman, Rose, *op. cit.*, nota 58, p. 17.

<sup>67</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 98.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>69</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 101.

una forma de inserción de las naciones, las comunidades y los individuos en ella y un modo particular de regulación mundial.

### 1.3.2 *El neoliberalismo en México*

El modelo capitalista que se impuso a México en el siglo XX, trajo como consecuencias la agudización de las desigualdades y el olvido de amplios sectores sociales con conflictos cada vez mayores.

En México el capitalismo avanzado no se desarrolló lo suficiente y la agresividad con que se impusieron las nuevas formas de producción y distribución rompieron los sistemas ya establecidos. Por ejemplo, se perdieron los beneficios que en décadas pasadas habían obtenido los trabajadores, lo que nos deja observar que poco a poco han ido desapareciendo los servicios de asistencia médica gratuita, los subsidios para los alimentos de la población con ingresos limitados, etcétera. Al respecto se puede citar los siguientes ejemplos:

Si consideramos al conjunto de beneficios que puede brindar el Estado en nuestro país, encontramos que menos del 50% de la población puede disfrutar, con cierta garantía, de todos los servicios básicos que aluden al bienestar: educación, seguridad social (protección contra riesgos y pensiones), salud, vivienda y alimentación. La característica común de este grupo radica en su pertenencia a alguna institución de la seguridad social, lo que le agrega una particularidad eminentemente urbana. Además de las ventajas que otorgan estas instituciones, los derechohabientes, en su mayoría obreros y empleados públicos y de servicios, cuentan con empleos estables y relativamente mejor remunerados, así como oportunidades de acceso a las instituciones y recursos públicos radicados en las ciudades, donde se encuentran en mayores cantidades y con los niveles más elevados de especialización. Los sectores medios y altos de este subconjunto pueden optar, además, por mercados privados de seguros y servicios que suponen una provisión mayor de mayor calidad.

En la escala de beneficios, el siguiente grupo lo integra un sector de la población no asegurada que recibe del Estado algún tipo de ayuda o servicio de manera regular, como podría ser educación básica para sus hijos, atención médica, materiales para la construcción o mejoramiento de sus viviendas y subsidios alimentarios. En términos cuantitativos este subconjunto no supera al 30% de la población. En su ámbito, las posibilidades de acceso de cada persona a las instituciones públicas están mediadas por el ingreso y por la cercanía geográfica a los centros urbanos.



Por último, el restante 20% se compone de individuos, familias y, en algunos casos, comunidades enteras, que se encuentran plenamente desprotegidas de la política social o que disponen sólo circunstancialmente de algunos de sus recursos. Los programas de combate a la pobreza se han construido en el primer canal redistributivo de este heterogéneo grupo que vive en regiones apartadas del campo o en las zonas marginadas de las ciudades. Entre esta población, la problemática de desprotección absoluta se agrava entre los sectores sociales más vulnerables, como son las mujeres y los niños. En las comunidades rurales, sobre todo indígenas, es donde se presenta el mayor deterioro de una situación al parecer irresoluble.<sup>70</sup>

Como se aprecia, con lo anterior México no estaba preparado para recibir y adoptar las nuevas formas mundiales de la economía, y trajo consigo muchas consecuencias que han sido catastróficas, ya que al no haberse desarrollado de manera adecuada el capitalismo y teniendo aún así problemas económicos, era inadmisibles pensar que se adoptarían con éxito los nuevos modelos económicos, pues aún no se había acabado de encuadrar las anteriores formas económicas cuando ya estarían por entrar otras nuevas que también han traído consecuencias graves para la mayoría de la población en México.

Así se sostiene que algunas personas al no tener una formación académica, ni gozar de una situación económica elevada, optan por la migración irregular hacia Estados Unidos, ya que para ellos es una alternativa de subsistencia para ellos y sus familias, pues al permanecer en México no podrían sobrevivir ante sueldos tan miserables, o en el peor y más común de los casos no encontrar trabajo, pues su voluntad no se plasma en los contratos laborales de nuestro país. Ante tal situación se genera el descontento de aquellas personas con su propia nación, pues sienten un rechazo en el sector laboral que no satisface sus más mínimas necesidades y se sienten impotentes para poder decidir y tomar acuerdos en su propio país.

En México se ha tratado de vivir con este nuevo modelo económico, pero que indiscutiblemente ha traído resultados perjudiciales para la mayoría de la

---

<sup>70</sup> Ordóñez Barba, Gerardo, "El Estado de bienestar en las democracias occidentales: lecciones para analizar el caso mexicano", *Región y Sociedad*, México, vol. XIV, núm. 24.2002, 2002, pp. 139-141, [http://lanic.utexas.edu/project/etext/colson/24/24\\_4.pdf](http://lanic.utexas.edu/project/etext/colson/24/24_4.pdf) (Consultado el 2 de abril del 2010).

población, la pregunta es: ¿Para México son idóneas estas nuevas formas de producción y distribución de la riqueza?

### 1.3.3 *El poder y el neoliberalismo y su influencia en los acuerdos de las personas*

Mientras se mantiene vigente el modo de producción capitalista, la dominación no deja de incluir la hegemonía como una de sus expresiones más recurrentes y ésta responde, por lo tanto, en forma natural al usufructo y ejercicio del poder por parte de la clase dominante.

Pasando a la segunda dimensión desde la cual el Estado capitalista pone en ejercicio su condición de relación social históricamente determinada, podemos señalar que es en esta línea donde muestra su carácter más estrictamente político, toda vez que se refiere, como hemos anticipado, a la relación que guarda el Estado con las clases oprimidas o subalternas y donde, por consiguiente, desarrolla la lógica integral de la dominación y la hegemonía.<sup>71</sup>

El poder del Estado que crea legislación en materia de contratación tiene que tomar en cuenta los efectos de la globalización y adoptar una política neoliberal, por lo que a veces deja a grandes sectores de la población desprotegidos ante la toma de decisiones para contratar y así su voluntad queda quebrantada, pues ante el abandono del Estado benefactor se deja a su suerte a millones de personas ante la desprotección de leyes que les causa perjuicio en sus personas, en su familia y en su patrimonio.

De tal forma, que se debe perseguir una igualdad real entre todas las personas, sin importar su condición:

No deben ponerse obstáculos arbitrarios a las personas para obtener las posiciones acordes con sus talentos y que sus valores les llevan a buscar. Ni el nacimiento ni la nacionalidad, color, religión o sexo, ni cualquier otra característica irrelevante deben determinar las oportunidades que se abren ante una persona; sólo deben hacerlo su capacidad.

Según esta interpretación, la igualdad de oportunidades especifica más detalladamente el sentido de la igualdad personal, de igualdad ante la ley. Como la

---

<sup>71</sup> Ramos Pérez, Arturo, *op. cit.*, nota 61, p.163.

personal, tiene sentido e importancia precisamente porque las personas difieren en sus características genéticas y culturales, y de ahí que quieran y puedan seguir carreras diferentes.

La igualdad de oportunidades, como la personal, no está en contradicción con la libertad; por el contrario, es un componente esencial de ésta.<sup>72</sup>

Es así como el poder del neoliberalismo a veces desvirtúa la intención de las personas a la hora de contratar pues por ejemplo en los contratos de adhesión (que a veces son empresas con el monopolio de bienes y servicios), se observa una injusta proporcionalidad en cuanto a derechos y obligaciones de las partes; en los contratos de arrendamiento de igual manera se ven afectadas las partes, sobresaliendo una de ellas y la otra doblegándose ante el poder de la otra; esto también se puede observar en las compra-ventas, y en muchos otros acuerdos, convenios y contratos.

---

<sup>72</sup> Friedman, Milton y Friedman, Rose, *op. cit.*, nota 58, p. 190.

## CAPÍTULO II:

### LOS FACTORES DEL PODER EN LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD

#### 2.1 *El Poder en el acuerdo de voluntades*

Desde el surgimiento del capitalismo y con una nueva organización en la sociedad, se hace más evidente una desigualdad entre propietarios y no propietarios debido a un mercado señalado por el libre contrato, tal y como lo explica Teresa Millares:

Desde sus inicios, cuando el Estado capitalista surge —en las postrimerías del medioevo— de los destrozos del feudalismo por mano de la emergente clase mercantilista, y la vida social se organiza en torno a la empresa económica del mercado, las relaciones sociales de dependencia se centran en la institución del mercado por el nexo social interpersonal de libre contrato cuyo fundamento lo constituye la desigualdad social señalada: propietarios en contraposición a no propietarios.<sup>1</sup>

Es evidente que con el capitalismo centrado en el libre mercado se da una notable diferencia entre los derechos patrimoniales de las personas. Dichos derechos constituyen la base de la supuesta libertad contractual. No todas las personas gozan de los mismos derechos patrimoniales por lo que no se puede hablar de una igual libertad contractual, pues mediante esos derechos se puede tener acceso a una gama de relaciones contractuales que más adelante se estudiará.

Ante esta situación, en la sociedad se da una represión hacia algunas personas, pues dado lo anterior, se impide una libertad de las personas en su individualidad:

La sociedad se asienta en la desigualdad, y por ello en la represión, porque lleva a una satisfacción desigual de las necesidades de los individuos que han sido desarrolladas por el progreso técnico (Mansilla, 1970, p. 140), y al ser esta satisfacción de necesidades desigual, el bienestar que se alcanza con ella será

---

<sup>1</sup> Bergalli, Roberto y Bustos Ramírez, Juan, (coord.) *et al.*, *El pensamiento criminológico*, t. II: *Estado y control*, Bogotá, Temis, 1983, p. 37. *Estado y control*, Bogotá, Temis, 1983, p. 37.

también desigual en las clases sociales, cuando la sociedad despliegue sus potencialidades autoritarias para dosificar esta satisfacción.<sup>2</sup>

En la sociedad actual neoliberal, la relación entre contratantes se basa en ocasiones en la necesidad de disciplinar, ya que muchas veces en dicha relación la parte más débil se apega al poder de la parte más fuerte.

Se tiene que entender entonces la diferencia entre la libertad y el poder. Sobre la libertad Michelangelo Bovero dice: “libre es quien no tiene cadenas, no tiene lazos, no tiene vínculos (de diverso tipo)”.<sup>3</sup>

Para representar la contraposición entre libertad y poder dice Bovero que se puede recurrir a una relación entre dos personas, *A* y *B*. Se dice que *A* tiene poder sobre *B* en la medida en que condiciona su conducta, con esto quiere decir que la conducta de *B* sería diferente de cómo es en la medida en que pudiera desarrollarse fuera de la esfera del poder de *A*. Se puede decir entonces que *B* no es libre frente a *A* o que se encuentra en una condición de *no-libertad* y se puede decir también que *A* es libre frente a *B* ya que *B* no tiene *poder* sobre *A*, es decir, se encuentra frente a *A* en una situación de *no-poder*. Esta relación se puede dar en algunas relaciones contractuales debido al poder de una de las partes sobre la otra por factores económicos o sociológicos. Esto ocurre en la medida que el poder de una de las partes se hace notar sobre la otra, lo cual no implica que las relaciones contractuales sean siempre así:

- a) El poder de *A* implica la no-libertad de *B*.
- b) La libertad de *A* implica el no-poder de *B*.

En la medida que *B* logre liberarse de la subordinación del poder de *A*, la libertad de *B* se realiza *en contra* del poder de *A*, negándolo *en todo o en parte*. Y con

---

<sup>2</sup> Mansilla, H. O. F, *Introducción a la teoría crítica de la sociedad*, Barcelona, Seix i Barral, 1970, p.140. Citado por Teresa Millares, *op. cit.*, nota 1, p.38.

<sup>3</sup> Bovero, Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, trad. de Lorenzo Córdova Vianelo, Madrid, Trotta, 2002, p. 75.

excepción de los casos extremos, nadie tiene un poder tan grande como para abarcar todo y cualquier aspecto del comportamiento de otra persona: todas sus acciones e intenciones. El poder de una persona sobre otra, excepto en casos extremos, siempre es un poder circunscrito a determinadas materias y a determinados comportamientos por lo que aunque *B* no llegue al tiranicidio, buscará espacios de libertad, intentando disminuir el poder que *A* le ejerce. Bovero da el ejemplo de los países islámicos tradicionales en donde el poder político-religioso impone a las mujeres la obligación de llevar el velo y por otro lado, en los países occidentales en donde un gobierno laico como el francés, puede imponer a las jóvenes islámicas la prohibición de llevar el velo a la escuela. En ambos casos, la libertad de las mujeres de vestirse como crean conveniente es negada por un poder, en el primero a través de una obligación, en el segundo a través de una prohibición, por lo que para el autor el comportamiento de un sujeto frente al poder de otro se realiza con la superación de *dos* tipos de obstáculos: obligaciones y prohibiciones, impedimentos y constricciones, lo cual se estudiará y relacionará con este tema.

La relación entre libertad y poder es una relación dinámica que permite la posibilidad de cambios en sus confines: el poder de *A* se extiende hasta donde comienza la libertad de *B*; la esfera de libertad de *B* puede ampliarse o restringirse pero en todo caso se extenderá hasta donde inicia la esfera del poder de *A*.

La libertad de *B*, o sea, la persona subordinada, consistirá en la negación del poder, y la libertad de *A* subsiste en la medida en la que se puede excluir que *B* tenga poder, por lo que en la relación descrita en el ejemplo inicial, *A* es libre en la medida que *B* no tiene poder sobre *A*; pero *A* continuaría siendo libre incluso si *B* se liberara *totalmente* del poder que *A* le ejerce. Por lo que *B* se puede liberar de dos formas distintas: en la primera de ellas, *B* se libera si logra hacer una revolución, es decir, si revierte las posiciones de poder, en este caso será *B* quien asumirá el poder sobre *A* y por lo tanto *A* pasará a una condición de no-poder respecto de *B*; en una segunda forma *B* se libera en la medida que se *emancipa*,

se sustrae del poder de *A*, en este caso, tanto *A* como *B* serán libres después de la liberación de *B* porque ambos tendrán poder sobre sí mismos y ninguno tendrá poder sobre la otra persona. Esta consideración sugiere que parece que existe un aspecto de la libertad que coincide con el *poder sobre sí mismo*, el poder ejercitado sobre uno mismo,<sup>4</sup> que es la autonomía o autodeterminación.

## 2.2 *La manifestación de la voluntad como medio para contratar*

### 2.2.1 *La voluntad*

Un problema que se presenta hoy en día tanto a nivel doctrinal como en los tribunales de Derecho Civil es el relativo a la interpretación de los contratos, pues la voluntad de las partes con frecuencia está en conflicto (derivado de una correcta interpretación), por lo que se suscitan dudas en el campo doctrinario, ya que se ha llegado a pensar que la autonomía de la voluntad está en decadencia; y en el campo práctico se entablan *litis* derivadas de la interpretación de los contratos, ya sea en demandar su rescisión o su cumplimiento.

Enfocándose en el asunto de la voluntad, es un punto sobre el cual se discute si el contrato se encuentra a punto de desaparecer por falta de uno de sus elementos de existencia (el consentimiento) sobre el cual se encuentra la voluntad. Por ello, es importante primero entender qué es la voluntad contractual.

En el Código Civil para el Distrito Federal se encuentran diversas disposiciones acerca de la voluntad. El artículo 1796 dice que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, salvo algunos casos que deben revestir ciertas formas establecidas por la propia ley. El artículo 1803, por su parte, habla del consentimiento que puede ser expreso o tácito. El artículo 1832 textualmente dice:

**Artículo 1832.-** En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y en los términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se

---

<sup>4</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 75-78.

requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

Como se puede apreciar, de los artículos citados se entiende que el propio ordenamiento legal dice que los contratos civiles se perfeccionan por el mero consentimiento, pero después hace referencia a que en algunas ocasiones cuando la propia ley lo requiera deberán reunir ciertas formalidades, entonces es dudoso que basta la sola manifestación de la voluntad para perfeccionarlos, a pesar de que la ley misma se apoye en ciertos criterios formales para poder hacer válidos algunos contratos. No se señala aquí que algunos deban ser inscritos o registrados en organismos públicos para que surtan efectos contra terceros, sino que a veces la propia ley o el propio normativismo jurídico pone en duda que realmente basta la sola voluntad o consentimiento.

En lo que respecta a la manifestación de la voluntad para acordar un contrato se tiene el artículo 1839 del cuerpo legal citado, y dice:

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

Esto es, los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes, pero en algunas ocasiones lo señalado por el anterior precepto puede ser puesto en duda dado que hoy existen los contratos de adhesión u otros contratos civiles en donde las partes forzosamente se tiene que adherir a las cláusulas impuestas por una de las partes. También se tiene que en las reglas de interpretación de los contratos prevalece el principio de imperar la voluntad de las partes, expresado así en los artículos 1851 al 1859 del ordenamiento citado. Este principio no siempre prevalece, ya que ciertos factores de poder, ya sean económicos o sociológicos, impiden que realmente las partes puedan manifestar su verdadera voluntad pues algunas cuestiones de la globalización hacen más marcado que



una de la partes en los contratos se tengan que adherir a lo decidido por su contraparte.

Se ha hablado de la voluntad contenida y regulada en el Código Civil, ahora corresponde aclarar qué es la voluntad. León Duguit hace referencia al concepto de la autonomía de la voluntad de la siguiente manera:

La autonomía de la voluntad es, ya lo he dicho, un elemento de la libertad en general; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando ese acto tiene un objeto lícito. En otros términos, en el sistema civilista la autonomía de la voluntad es el poder de querer jurídicamente, y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido.<sup>5</sup>

Del enunciado citado se aprecia la idea de que el sujeto de Derecho tendía a desaparecer, y que el Estado de Bienestar protegía la actividad jurídica de las colectividades sin que pudiera ver en ellas sujetos de Derecho pues con la socialización del Derecho, lo que se quería proteger no era el acto interno de voluntad sino la declaración de voluntad, porque solamente ella era un acto social.

Para Kelsen, la convención, sea convenio o contrato, es un acuerdo de voluntades de dos o más personas. Esto trae como consecuencia dos o más manifestaciones concurrentes de voluntad, es decir, tiene que haber concurrencia de voluntades expresadas. Kelsen apunta que la voluntad como acto psíquico en el interior de la persona no basta, pues es necesario que la voluntad de las personas se manifieste, ya que se requiere que la voluntad pueda ser comprobada por las instancias competentes para aplicar el Derecho.<sup>6</sup>

Para Bovero la libertad positiva (entendida como aquella especie o forma de libertad que coincide con el poder sobre sí mismo, es decir, con la autonomía), es

---

<sup>5</sup> Duguit, León, *Las transformaciones del derecho. (Público y privado)*, trad. de Adolfo G. Posada, Ramón Jaén y Carlos G. Posada, Buenos Aires, Heliasta, 1975, p. 193.

<sup>6</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado. Analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, trad. de Eduardo García Máynez, México, Ediciones Coyoacán, 2007, p. 23.

una libertad de querer que tiene que ver con la esfera de la voluntad, ya que se es libre en el concepto de libertad positiva *en la propia voluntad*, cuando se está en la situación de querer autónomamente, cuando se es capaz de decidir por sí mismo sin estar determinado u orientado por una voluntad ajena o fuerzas extrañas a la propia voluntad. En este sentido Bovero habla de libertad como autonomía o autodeterminación, lo cual tiene estrecha relación con la voluntad ya que la libertad positiva es la libertad de querer. Siguiendo a dicho autor, una persona es libre si tiene la capacidad para autodeterminarse, es decir, para dirigir su propia voluntad hacia un objetivo, para elegir una conducta, pero a la vez si tiene la oportunidad de actuar su propia decisión si no cuenta con impedimentos en su comportamiento o si no está obligado a mantener una conducta distinta.<sup>7</sup>

No hay autonomía si no se presupone que está eliminada una condición de heteronomía, que es la condición en la cual la voluntad de un individuo está guiada o dirigida por otro sujeto. En otras palabras, la autonomía puede ser considerada como un aspecto de la libertad, o una especie de libertad, en la medida en la que es concebida (de manera tautológica) como no-heteronomía, o bien como libertad de la voluntad frente a condicionamientos externos. Pero todos pueden ver que, de esta manera, la autonomía se presenta como una libertad no por aquello que afirma — desde el momento en que afirma el poder sobre uno mismo—, sino por aquello que niega: es decir, porque niega la dependencia de la voluntad frente a un poder-querer ajeno. Si la autonomía es libertad, lo es en tanto que significa *independencia*. En consecuencia también la autonomía, en la medida en que puede ser considerada como una libertad, no es una libertad «positiva», sino que es también, a su manera —*sui generis*—, una libertad «negativa»: es el resultado, en efecto, de negar la dependencia de la voluntad de un sujeto frente a la voluntad de otro individuo.<sup>8</sup>

Ante la opinión de Bovero, una persona es libre, de acuerdo a la libertad positiva, es decir, la libertad de querer, para tomar una decisión, si la voluntad de esa persona no está condicionada. Por lo que el propio autor apunta: “podríamos decir que el individuo es autónomo si está en capacidad de determinar por sí mismo su voluntad, o de darse normas a sí mismo”.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Cfr. Bovero, Michelangelo, *op. cit.*, nota 3, pp. 80-82.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 85.

Se puede decir que para Duguit la voluntad consiste en el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de Derecho, en tanto que para Kelsen esa voluntad tiene que ser exteriorizada y para Bovero está vinculada con la libertad positiva que vendría siendo para ésta investigación la autonomía o autodeterminación de las personas.

### 2.2.2 La manifestación de la voluntad

La manifestación de la voluntad es un elemento indispensable para realizar un contrato, por lo que se puede decir que los “contratos de adhesión” no son contratos, “*son actos jurídicos de adhesión tendientes a crear y transferir derechos y obligaciones*”, pues en ese acto jurídico una de las partes lo que hace es apegarse o adherirse a lo decidido con anterioridad por su contraparte y de esta manera crear y transferir derechos y obligaciones.

Esta manifestación de la voluntad de las partes es de suma importancia para que se constituya realmente un contrato, pues debe dirigirse hacia un mismo objeto, de lo contrario se estaría ante un acto jurídico descrito en el párrafo anterior. Sobre la voluntad de las partes habla Kelsen:

Las partes contratantes deben, de acuerdo con lo que pueda inferirse de sus manifestaciones, querer la misma cosa, es decir; los actos de voluntad expresados han de ser paralelos, aun en el caso de que las partes contratantes deban, según los términos de la convención, proceder diferentemente. Lo que se llama concordancia de voluntades es precisamente el hecho de que, al concluir la convención, las partes contratantes quieran la misma cosa, o sea, la circunstancia de que sus voluntades tengan en mismo contenido.<sup>10</sup>

Como se ha visto, las voluntades de las partes tienen que estar encaminadas a un mismo objeto y querer la misma cosa, debe haber *concordancia de voluntades* como lo llama Kelsen.

---

<sup>10</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 6, p. 27.

Para que haya un acuerdo de voluntades entre las partes tiene que existir la manifestación de ésta, pero también es importante que cada una se entere de que las demás partes están de acuerdo con él, y esto se logra a través de manifestación de hechos exteriores para que todos sepan la expresión de la voluntad de cada una de ellas. También sobre esto opina Kelsen:

A fin de que el acuerdo de las voluntades o de las manifestaciones de la voluntad quede establecido, no basta, en general, que los contratantes hayan expresado voluntades que tengan un contenido idéntico. Es necesario que cada sujeto sepa que el otro está de acuerdo con él o, más exactamente, que haya hechos exteriores que permitan admitir que cada uno de los sujetos contratantes tiene conocimiento de la expresión de la voluntad del otro (concordante con la suya). La declaración de voluntad de uno de los contratantes debe dirigirse al otro y llegar hasta él; por ello se dice que la convención consiste –normalmente- en dos declaraciones de voluntad cambiadas entre las partes contratantes.<sup>11</sup>

Es de suma importancia, como se acaba de ver, que exista esa manifestación de la voluntad y que todas las partes en un contrato sepan la exteriorización de dicha voluntad para que se enteren de la conformidad de sus cláusulas.

Por ello, se propone la siguiente definición de voluntad que debe prevalecer en los contratos civiles:

*“La voluntad es el acto psíquico de las personas el cual tiene que ser exteriorizado de forma expresa o tácita según lo dispongan las normas jurídicas vigentes, y estar libre de otra voluntad, poder o factores externos, por lo que dicho acto consiste en el poder que las personas tienen sobre sí mismas, la cual se traduce en una autonomía o autodeterminación, con el fin de crear y transferir derechos y obligaciones”.*

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p .45.

## 2.3 *El derecho a contratar como manifestación de la voluntad*

### 2.3.1 *El derecho de las personas para acordar actos jurídicos y para contratar*

El fundamento constitucional de la libertad contractual en México se encuentra en el artículo 5 de la Carta Magna, la cual se plasma en el Derecho Positivo como la Garantía individual de libertad de trabajo, de industria y de comercio:

**Artículo 5o.** A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La Ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquéllas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale.

El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.

Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.

La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona.

La libertad contractual se puede entender como un derecho que la ley concede a los particulares para imponerse ellos mismos el contenido y modalidades de las

obligaciones y derechos que se plasman en el contrato. Francesco Messineo señala algunos principios que debe contener la libertad contractual:

- a) que ninguna de las partes del contrato puede imponer unilateralmente a la otra el contenido de las obligaciones que lo conforman, pues el contrato debe ser fruto de un acuerdo previo entre las partes;
- b) las partes tienen la facultad de autodisciplinarse, aunque sin lesionar normas imperativas; y
- c) las partes están facultadas para concluir contratos con finalidades prácticas aún no previstas por la ley (contratos innominados).<sup>12</sup>

Se desprende así una libertad de contratar y una libertad contractual. La libertad de contratar con frecuencia se ha visto afectada en la práctica, ya que con frecuencia se está en la necesidad de contratar mediante contratos de adhesión para recibir servicios indispensables en la vida cotidiana, como el suministro de energía eléctrica, gas, teléfono, internet, transporte, etcétera. Y por consiguiente también se afecta la libertad contractual pues en este tipo de contratos no se puede expresar ni manifestar la voluntad para establecer un acuerdo entre ambas partes.

Víctor Castrillón y Luna comenta de la libertad contractual esto:

La libertad contractual se manifiesta en la voluntad autónomamente expresada, que determina el establecimiento de las estipulaciones que las partes se otorgan de manera libre, pudiendo, en ciertos casos, hacer exclusión parcial o total de la norma jurídica, y son obligatorias para ellas desde el punto de vista jurídico.<sup>13</sup>

Ignacio Galindo Garfias indica que desde el ámbito de la libertad jurídica, la voluntad de los particulares crea válidamente relaciones normativas con carácter obligatorio, crea derechos y situaciones jurídicas para los autores del acto que se haya celebrado, y es así como el negocio jurídico se convierte en el instrumento que cobra mayor importancia a través del cual se manifiesta la autonomía de la

---

<sup>12</sup> Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, t. I, pp. 16-17.

<sup>13</sup> Castrillón y Luna, Víctor, *La libertad contractual*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 155, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/250/pr/pr11.pdf> (Consultado el 28 de septiembre del 2010).

voluntad en el Derecho, y que esa voluntad encuentra sus límites en el orden público y en las buenas costumbres. Entonces la autonomía de la voluntad es la expresión de la libertad en el Derecho Privado y ésta es inherente a la persona humana y debe celebrarse con los requisitos y elementos que establece la ley.<sup>14</sup>

Se puede entender entonces, que: “La libertad de contratar consiste en firmar o no el contrato y la libertad contractual consiste en poder definir las cláusulas contractuales”.<sup>15</sup>

Estas libertades son indispensables en el régimen económico y social que se basa en la propiedad privada y en la libertad de trabajo, por lo que los legisladores deben proteger al contratante débil contra las injusticias que se puedan suscitar. De esta manera se evitaría pactar sobre situaciones que alteren el interés público y social.

Como se puede apreciar, se tiene que dentro de la libertad de contratar se puede decidir celebrar o no un contrato así como la persona con quien se desea contratar. La libertad contractual incluye la forma y contenido de los contratos.

*La libertad de contratar* (para celebrar o no celebrar el contrato y para escoger a la persona con que va a contratarse) y la *libertad contractual* (en cuanto a la forma y al contenido del contrato) siguen siendo principios admitidos por nuestro Código civil, que distan de las exageraciones del dogma de la autonomía de la voluntad de los inicios del siglo pasado, así como de las exageraciones del reciente movimiento de “*dirigismo contractual*” o *publicitación del contrato*. Aún en nuestros días, “la *libertad contractual* debe considerarse *la regla y el límite, la excepción*; y por tanto, como límite que es, para que tenga vigor, debe ser declarado expresamente” (Messineo. *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires, 1952, Tomo I, pág. 15).<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Cfr. Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil, Primer Curso, Parte General*, 11a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 225-226.

<sup>15</sup> Cfr. Cas, Gerard y Ferrier, Didier, “El derecho del consumidor y sus repercusiones en relación con las instituciones financieras”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 77, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/77/art/art7.htm> (Consultado el 28 de septiembre de 2010).

<sup>16</sup> Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 16 ava. ed., México, Porrúa, 1998, p. 5.

De lo hasta ahora estudiado se entiende que la contratación civil forzosamente tiene que ser originada de una libertad tanto para elegir con quien se va a contratar, como los términos del contrato. Dicha libertad tiene que ser declarada expresamente pues éste es un elemento de validez (consistente en la formalidad); aunque también existan los contratos meramente verbales.

La libertad contractual está regulada en el Código Civil, tanto en la forma como en el fondo. Las partes pueden insertar libremente las cláusulas que convengan y pueden pactar figuras de contratos diferentes a las expresamente reguladas, siempre y cuando no estén en contra del interés, el orden público y las buenas costumbres.

Los contratos que aquí interesan son los civiles y estos se dan entre particulares, o entre un particular y el Estado, como persona privada.

El convenio en sentido amplio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar y extinguir derechos y obligaciones, y en sentido estricto es aquel que sólo modifica y extingue derechos y obligaciones. Ahora bien, al acto jurídico por medio del cual se hace un acuerdo de dos o más personas para crear y transferir derechos y obligaciones se le llama contrato. Lo anterior se encuentra en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil para el Distrito Federal. Se puede hacer una crítica en lo que respecta al artículo 1792 del ordenamiento jurídico citado, ya que textualmente dice:

Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”. Pues se olvidan los derechos, y sólo incluye a las obligaciones; no obstante, no sólo las obligaciones son para convenirse, sino también los derechos.

Por su parte, el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, señala que la palabra contrato proviene del latín *contractus*, derivado a su vez del verbo *contrahere*, reunir, lograr, concertar. Y lo define de la siguiente manera:



Es un acuerdo jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho. Sin embargo, tiene una doble naturaleza pues también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada.<sup>17</sup>

Para la presente investigación se tomará el concepto de contrato que a continuación se propone: “*Contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para crear y transferir derechos y obligaciones*”.

Tanto los convenios como los contratos son actos jurídicos, consistentes en la manifestación de la voluntad de las personas con el objeto de producir efectos de derecho. Debido a que debe haber una doble manifestación de la voluntad, la de los dos contratantes, se dice que es un acto jurídico bilateral, o bien plurilateral.

### 2.3.2 *El Derecho a Contratar como Derecho Fundamental*

Esta libertad o derecho que tienen las personas para contratar, es decir, el acuerdo de dos o más voluntades para crear y transferir derechos y obligaciones, puede ser estudiado desde una perspectiva de saber si dicha libertad o derecho constituye un derecho fundamental o no. Para abordar tal estudio se ha recurrido a Luigi Ferrajoli y su obra *Los fundamentos de los derechos fundamentales*.<sup>18</sup>

Ferrajoli propone una definición *teórica* de derechos fundamentales:

Propongo una definición *teórica*, puramente *formal* o *estructural*, de «derechos fundamentales»: son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndolo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «*status*» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma

---

<sup>17</sup> *Diccionario jurídico mexicano*, Serie E, núm. 19, t. II C-CH, Octava parte, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1169/11.pdf> (Consultado el 28 de septiembre de 2010).

<sup>18</sup> Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ta. ed., trad. de Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, et.al, Madrid, Trotta, 2009.

jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.<sup>19</sup>

Para ello se debe aclarar qué es un derecho subjetivo. Al respecto Riccardo Guastini comenta:

Un derecho subjetivo —según Luigi Ferrajoli (L. F.)— es una expectativa a la que corresponde una obligación: a una expectativa positiva corresponde una obligación positiva de prestación, a una expectativa negativa corresponde una obligación negativa de no lesionar. A la obligación correspondiente a un derecho en cuestión.<sup>20</sup>

Apunta Ferrajoli que esta definición es *teórica* en cuanto, aun estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde del hecho de que en este o aquel ordenamiento tales derechos estén o no formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso de que aparezcan o no enunciados en normas de Derecho Positivo.

Señala que son evidentes las ventajas de una definición como ésta en cuanto prescinde de circunstancias de hecho, es válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos fundamentales previstos o no previstos en él, incluso los ordenamientos totalitarios y premodernos. Tiene por tanto el valor de una definición perteneciente a la teoría general del Derecho en cuanto es independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales. Es, además, ideológicamente neutral, por ello, es válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal o antidemocrática.

Explica Ferrajoli que en su definición de derechos fundamentales, los sujetos son identificados por los *status* determinados por la identidad de «personalidad», «ciudadanía» y «capacidad de obrar» y que han sido objeto de limitaciones y

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 57.

discriminaciones y que éstos son los parámetros tanto de la igualdad como de la desigualdad.

Para Ferrajoli debe haber una extensión universal que comprenda todos los seres humanos y que las personas físicas, ciudadanos y capaces de obrar quedan como las únicas diferencias de *status*.<sup>21</sup> Al parecer, aspira a una clasificación o conceptualización de derechos fundamentales que supere los actuales *status* que determinan la personalidad, la ciudadanía y la capacidad de obrar que determinan y delimitan la igualdad entre los seres humanos. Como si quisiera una conceptualización de derechos fundamentales que supere las barreras de las nacionalidades.

El derecho a contratar deriva de la Carta Magna en su artículo 5, por lo que es un derecho fundamental. Siguiendo al autor citado se entiende que los *status* de los derechos fundamentales como la ciudadanía y la capacidad de obrar determinan el derecho de contratación, pues dentro de los atributos de la personalidad, la capacidad de ejercicio puede desempeñar tal derecho. Así, una persona mayor de edad con pleno uso de sus facultades mentales puede en cualquier momento contratar.

Y pueden, pues, ser asumidas como los dos parámetros...sobre los que fundar dos grandes divisiones dentro de los derechos fundamentales: la que se da entre *derechos de la personalidad* y *derechos de ciudadanía*, que corresponden respectivamente, a todos o sólo a los ciudadanos y la existente entre *derechos primarios (o sustanciales)* y *derechos secundarios (instrumentales o de autonomía)*, que corresponden, respectivamente, a todos o sólo a las personas con capacidad de obrar.<sup>22</sup>

Más allá de estas distinciones, Ferrajoli menciona cuatro clases de derechos y cuatro combinaciones generadas por la relevancia o irrelevancia del *status* de ciudadano y/o de capaz de obrar como presupuestos de los derechos fundamentales y estos son: los derechos humanos, los derechos públicos, los

---

<sup>21</sup>Cfr. *Ibidem*, p. 293.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 22.

derechos civiles y los derechos políticos. Para la presente investigación importa la clasificación que hace de derechos civiles, y al respecto menciona:

Los *derechos civiles*, que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, como la potestad negocial, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado.<sup>23</sup>

Como se observa, la libertad contractual, es uno de los derechos civiles, y entran en una de las cuatro clasificaciones de derechos que hace Ferrajoli.

El autor realiza cuatro tesis de la definición que propone de derechos fundamentales; aquí interesa la primera, la relativa a la diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales. Es aquí en donde nuevamente conviene preguntarse: “¿Qué son los derechos fundamentales? Para Locke, sería la vida, la libertad y la propiedad.”<sup>24</sup> “De la misma forma Marshall, aun habiendo ampliado el catálogo de los derechos fundamentales, incluye en la misma clase —la de los derechos civiles— tanto la libertad como la propiedad.”<sup>25</sup>

Derivado de lo anterior, señala Ferrajoli que hay un equívoco, por el carácter polisémico de la noción de «derecho de propiedad», con el que se entiende en los autores referidos que, al mismo tiempo el derecho de propiedad es un aspecto de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar reconducible sin más a la clase de los derechos civiles y el concreto derecho de propiedad sobre este o aquel bien. Como se advierte fácilmente, una confusión que, además de ser fuente de un grave equívoco teórico, ha sido responsable de dos opuestas incomprendiones así como de dos consiguientes operaciones políticas: la valorización de la propiedad en el pensamiento liberal como derecho del mismo tipo que la libertad y, a la inversa, la desvalorización de las libertades en el pensamiento marxista, desacreditadas como derechos “burgueses” a la par de la propiedad.

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>25</sup> *Idem*.

Para dicho autor existen cuatro claras diferencias estructurales aptas dentro del dominio de los derechos para generar una gran división: la existente entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales*. Estas diferencias son:

1. La primera diferencia consiste en que los derechos fundamentales —tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y los derechos sociales— son derechos «universales» (*omnium*), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son sus titulares; mientras los derechos patrimoniales —del derecho de propiedad a los demás reales y también los derechos de crédito— son derechos singulares (*singuli*), en el sentido asimismo lógico que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás.

2. La segunda diferencia es que los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos. En cambio, los derechos patrimoniales —de la propiedad privada a los derechos de crédito— son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables.

Que los derechos fundamentales son indisponibles quiere decir que están sustraídos tanto a las decisiones de la política como al mercado. En virtud de su *indisponibilidad activa*, no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender mi libertad personal o mi derecho de sufragio y menos aún mi propia autonomía contractual. Debido a su *indisponibilidad pasiva*, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado: ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía. Es evidente que se trata de una diferencia vinculada a la primera, es decir, al carácter singular de los derechos patrimoniales y al universal de los derechos fundamentales. Los derechos patrimoniales son singulares en la medida en que pueden ser objeto de cambio en la esfera del mercado además de resultar —por ejemplo, en el ordenamiento italiano, conforme al artículo 42.3 de la Constitución— susceptibles de expropiación por causa de utilidad pública. Por el contrario, los derechos fundamentales son universales por cuanto excluidos de tal esfera, de manera que nadie puede privarse o ser privado o sufrir disminución en

los mismos, sin que con ello dejen de ser iguales o universales y, por consiguiente, fundamentales.<sup>26</sup>

3. La tercera diferencia es a su vez, una consecuencia de la segunda y tiene que ver con la estructura jurídica de los derechos. Los derechos patrimoniales, como acaba de verse, son disponibles. Al contrario de los derechos fundamentales, están sujetos a vicisitudes, o sea, destinados a ser constituidos, modificados o extinguidos por actos jurídicos. Esto quiere decir que tienen por título actos de tipo comercial o, en todo caso, actuaciones singulares como contratos, donaciones, testamentos, sentencias, decisiones administrativas, por cuya virtud se producen, modifican o extinguen. A la inversa, los derechos fundamentales tienen su título inmediatamente en la ley, en el sentido de que son todos *ex lege*, o sea, conferidos a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional.

Comenta Ferrajoli que dicho de manera más simple, mientras los derechos fundamentales *son normas*, los derechos patrimoniales *son predispuestos por normas*.

Podemos llamar *normas téticas* a las del primer tipo, que inmediatamente disponen las situaciones expresadas mediante ellas. Aquí entran no sólo las normas que adscriben derechos fundamentales sino también las que imponen obligaciones o prohibiciones, como las normas del código penal y las señales de carretera. Llamaré, en cambio, *normas hipotéticas* a las del segundo tipo, que no adscriben ni imponen inmediatamente nada, sino simplemente predisponen situaciones jurídicas como efectos de los actos previstos por ellas. Entran aquí no sólo las normas del código civil que predisponen derechos patrimoniales, sino también las que predisponen obligaciones civiles como efectos de actos negociales o contractuales. Las primeras expresan la dimensión nomoestática del ordenamiento; las segundas pertenecen a su dimensión nomodinámica. Tanto es así que mientras los derechos patrimoniales son siempre situaciones de poder cuyo ejercicio consiste en actos de disposición a su vez productivos de derechos y de obligaciones en la esfera jurídica propia o ajena (contratos, testamentos, donaciones y similares), el ejercicio de los derechos de libertad consiste siempre en meros comportamientos, como tales privados de efectos jurídicos en la esfera de los demás sujetos.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 34.

4. Una cuarta diferencia es que mientras los derechos patrimoniales son, por así decirlo, *horizontales*, los derechos fundamentales son *verticales*. En un doble sentido. Ante todo en el sentido que las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de derechos patrimoniales son relaciones intersubjetivas de tipo civilista —contractual, sucesorio y similares—, mientras las que se producen entre los titulares de los derechos fundamentales son relaciones de tipo publicista, o sea, del individuo (sólo o también) frente al Estado. En segundo lugar, y sobre todo, en el sentido de que mientras a los derechos patrimoniales corresponden la genérica prohibición de no lesión en el caso de los derechos reales o bien obligaciones de deber en el caso de los derechos personales o de crédito, a los derechos fundamentales, cuando tengan expresión en normas constitucionales, corresponden prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas cuya observancia es, por el contrario, condición de legitimidad de los poderes públicos.

Ferrajoli hace la siguiente denominación:

*Derechos de la persona o derechos de la personalidad:*

- ✓ Derechos humanos
- ✓ Derechos civiles

*Derechos del ciudadano o de ciudadanía:*

- ✓ Derechos públicos
- ✓ Derechos políticos

*Derechos primarios o sustanciales:*

- ✓ Derechos humanos
- ✓ Derechos públicos

*Derechos secundarios o formales:*

- ✓ Derechos civiles

✓ Derechos políticos

Los derechos que se estudian en esta investigación entran en la clasificación denominada como *derechos de la persona* o *derechos de la personalidad* y como *derechos secundarios* o *formales*. Pues el derecho a contratar es un derecho civil.

A continuación, en la Tabla 1 se observa de manera esquemática la clasificación que hace Ferrajoli acerca de su tipología de derechos y podemos apreciar qué tipo de derechos son los derechos civiles dentro de los cuales ésta el derecho contractual.

<b>D. fundamentales</b>	<b>D. de la persona</b>	<b>D. del ciudadano</b>
D. primarios	D. humanos	D. públicos
D. secundarios	D. civiles	D. políticos

Tabla 1<sup>28</sup>

Explica Ferrajoli, es la combinación que se da entre los *derechos de la persona* y *derechos del ciudadano* y *derechos primarios* y *derechos secundarios*. Como se aprecia los derechos secundarios de la persona son los *derechos civiles*.

Siguiendo la propuesta de Ferrajoli, se puede hacer la siguiente esquematización:

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 294.



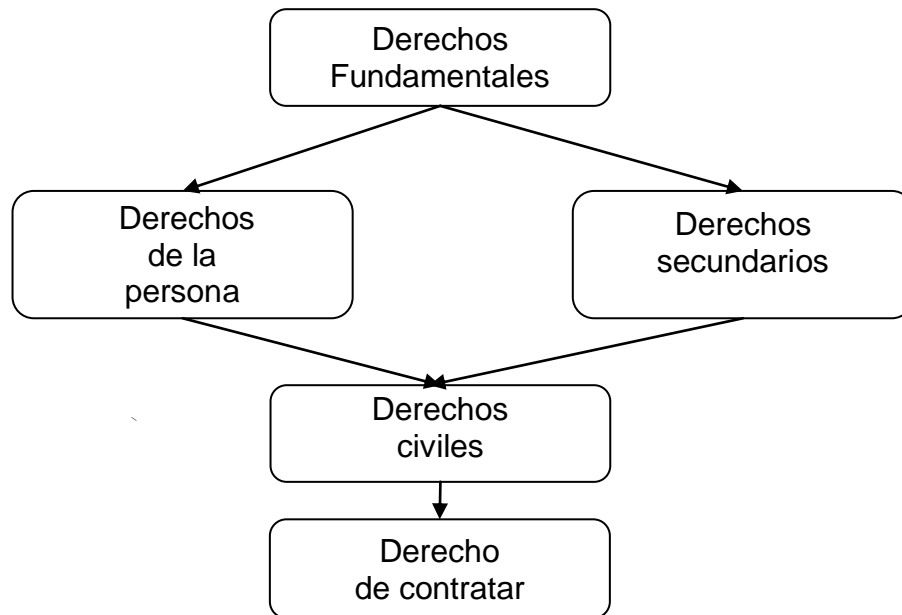


Tabla 2

La Tabla 2 que se propone, representa el derecho de contratar como derecho fundamental que tiene su base en el artículo 5 de la Constitución, pues es un derecho subjetivo que corresponde universalmente a todos los seres humanos debido a su *status* de personas con capacidad de obrar, previstas así por una norma jurídica positiva de Derecho Civil.

Los derechos fundamentales se pueden clasificar en *derechos de la persona o de la personalidad* y aquí entran los derechos humanos y los derechos civiles; en *derechos del ciudadano o de la ciudadanía* y aquí entran los derechos públicos y los derechos políticos; *los derechos primarios o sustanciales* y aquí entran los derechos humanos y públicos y *los derechos secundarios o formales* y aquí entran los derechos civiles y políticos. Como se puede observar, el derecho a contratar se ubica dentro de los derechos civiles, corresponden a las personas con capacidad de obrar derivada de su *status* de persona y como ya se dijo,

prevista así por una norma jurídica positiva de Derecho Civil, pues es secundario porque corresponde sólo a las personas con capacidad.

De la Tabla 2 se entiende que el derecho a contratar es un derecho fundamental por ser un derecho civil, pues es un derecho secundario correspondiente a todas las personas humanas capaces de obrar, ya que se manifiesta la autonomía privada. Y sobre esto último comenta Ferrajoli:

En función del tipo de poderes en que consisten, identificaré, en cambio, los *derechos de autonomía* con los *derechos secundarios*, pertenecientes a todos en tanto capaces de obrar y divisibles, a su vez, en *derechos civiles* y *derechos políticos*. Los primeros consistirán en derechos de autonomía privada ejercidos fundamentalmente a través de actos negociables de disposición sobre derechos patrimoniales...La coincidencia es perfecta en lo que se refiere a la distinción entre derechos primarios y derechos secundarios, basada, bien en el elemento subjetivo de la capacidad de obrar de los titulares, bien en el elemento objetivo del tipo de actos en que consiste su ejercicio. Esto se explica porque la capacidad de obrar es precisamente la capacidad de realizar actos jurídicos potestativos. Por eso, los derechos civiles y políticos que se adquiere con ella —independientemente del hecho de que la ausencia de los primeros, a diferencia de los segundos, puede ser suplida por la representación legal de los incapaces— son en realidad *poderes*; entendido el término «poder», no como la simple *facultas agendi* en que consisten los derechos activos de libertad (o «libertad para»), sino como *potestas agendi*, es decir, como la facultad de realizar actos jurídicos (voto, elecciones, contrato, testamento y otros similares) que producen efectos en la esfera jurídica de los demás.<sup>29</sup>

Para el autor en estudio, tanto el derecho real de propiedad como los derechos civiles y los de libertad consisten, en las *facultas agendi* que los civilistas como él apunta, llaman «derechos absolutos» (*erga omnes*), a los que corresponde la prohibición «universal», puesto que concierne a todos (*omnium*), de su lesión. Mientras los derechos de libertad, al igual que los derechos civiles de intercambiar bienes de propiedad, son además, derechos universales (*omnium*) y por tanto, indisponibles. El derecho real de propiedad, como los otros derechos patrimoniales, es un derecho-poder singular (*excludendi alios*) y por tanto, disponible.

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 294-296.

### 2.3.3 La libertad negativa y la libertad positiva

Es prudente hablar acerca de la *libertad negativa* y la *libertad positiva*. Al respecto Bovero explica: “Con la expresión *libertad negativa* se indica aquella forma o especie de libertad que consiste en la negación del poder (de otros).”<sup>30</sup>

Para precisar este concepto Bovero dice que el adjetivo *negativo* no tiene un significado de valor, ya que se refiere a la negatividad lógica, no axiológica. Con este concepto de libertad una persona se puede definir como libre en la medida que su conducta *no* encuentre impedimentos y *no* sufre constricciones, es decir, una persona es libre si no está impedida para realizar lo que quiere y si no está obligada a realizar lo que no quiere. Por lo que no-impedimento y no-constricción son las dos condiciones lógicamente negativas de la libertad llamada negativa. Es prudente entender ahora lo que se refiere a la *libertad positiva*:

Con la expresión *libertad positiva* —una vez más, no en un sentido valorativo, sino en sentido puramente lógico— es usualmente indicada aquella forma o especie de libertad que coincide con el poder sobre sí mismo, con la autonomía: de acuerdo con este concepto de libertad, una persona puede ser definida como libre en la medida en que reconocemos que pueda tomar decisiones por sí misma, que es capaz de querer, de determinar su propia voluntad en un sentido o en el otro, de escoger.<sup>31</sup>

Como lo indica Bovero, la primera libertad es llamada negativa porque está definida por aquello que falta, y para que sea una verdadera libertad deben faltar el impedimento y la constricción. De la libertad positiva indica que es la que está definida por aquello que debe estar presente, y para que sea libertad debe estar presente la capacidad de determinar la propia voluntad por uno mismo, sin dejar que sea determinada por otros.

Sobre estas libertades también comenta Ferrajoli:

---

<sup>30</sup> Bovero, Michelangelo, *op. cit.*, nota 3, p. 78.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 79.

De hecho, la distinción entre derechos de libertad y derechos de autonomía se ha visto oscurecida por otra, igualmente importante pero distinta, entre *libertad negativa* y *libertad positiva*, que se remonta a Benjamin Constant y que ha sido retomada por Norberto Bobbio e Isaiah Berlin. La *libertad negativa*, escribe Bobbio, es la libertad como «no impedimento» o «no contradicción», que es un predicado de la acción; la *libertad positiva* es la libertad como «autodeterminación o autonomía», que es un predicado de la voluntad. La primera es la libertad inmutabilidad o «libertad de»: «el área», dice Berlin, «el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado»; la segunda es la libertad facultad o «libertad para», consistente en «ser dueño de sí mismo». <sup>32</sup>

Como explica Ferrajoli, se trata, por un lado, de esas específicas libertades negativas que son, justamente, los «*derechos fundamentales de libertad*» y que quedan sustraídas, en tanto establecidas como universales, a la autonomía privada y, cuando gozan de rango constitucional, a la autonomía política. Se trata, por otro lado, de esas específicas libertades positivas o autonomías que Ferrajoli ha llamado «*derechos fundamentales de autonomía*» y que consisten en *potestates agendi*, es decir, en la potestad de autodeterminarse directamente en la esfera privada e indirectamente en la pública, mediante actos jurídicos potestativos. Entendidos en este sentido, (derechos de) *libertad* y (derechos de) *autonomía* son figuras jurídicas distintas.

Los derechos (secundarios) de *autonomía*, ya sean *derechos civiles* (o de autonomía privada) o *derechos políticos* (o de autonomía política), en tanto que poderes cuyo ejercicio produce efectos sobre las genéricas libertades negativas y positivas, están en cambio destinados a entrar en conflicto en el caso de que no sean jurídicamente limitados y disciplinados. <sup>33</sup>

Se puede decir que la libertad negativa es limitable por el ejercicio de los derechos de autonomía, ya sea por las obligaciones en los contratos en ejercicio de los derechos civiles, y en el ejercicio del derecho a contratar y que la autonomía civil, es decir, los derechos civiles sobre los que se fundan la representación y el mercado, se encuentran limitadas también:

La libertad negativa de que hablan Bobbio y Berlin —que, en sí misma, no es en modo alguno un «derecho» (subjeto) sino ausencia de derecho (objeto)...— es,

---

<sup>32</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 18, pp. 302-303.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 307-308.

en realidad, siempre limitable y, de hecho, muchas veces limitada por el ejercicio de los derechos de autonomía. Por las obligaciones civiles producidas por la contratación como efecto del ejercicio de derechos civiles (propios y ajenos)...la autonomía civil —esto es, los derechos políticos y los derechos civiles sobre los que se fundan la representación y el mercado, y no la genérica libertad positiva, que ni siquiera es de por sí un derecho autónomo— están limitadas, de un lado, (no ya por la genérica libertad negativa sino) por esas específicas libertades negativas erigidas en derechos fundamentales de libertad y, por otro lado, por los derechos sociales y de trabajo que, en virtud del rango constitucional de los primeros y aún sólo legislativo de los segundos, están normativamente supraordenados a la legislación y a la contratación respectivamente.

«Libertad negativa» y «libertad positiva» se confirman así como categorías del lenguaje normativo genérico o incluso modal, a diferencia de los derechos de libertad y de autonomía que son, en cambio figuras mucho más restringidas del más específico lenguaje jurídico.<sup>34</sup>

Para relacionar la *libertad negativa* y de la *libertad positiva* con este tema de investigación se ha elaborado una tabla comparativa:

<b>Libertad Negativa</b>	Negación del poder de otros.	-no impedimentos. -no constricciones.	Ausencia del poder ajeno. (-poder)	Ninguna de las partes contratantes puede imponer a la otra el contenido de las obligaciones que conforman el contrato.	Libertad de contratar (firmar o no el contrato).
<b>Libertad Positiva</b>	Poder sobre sí mismo.	Autonomía (propia voluntad)	Existencia del poder propio o autonomía. (+poder)	Las partes contratantes tienen la facultad de autodisciplinarse sin lesionar el orden público e interés social.	Libertad contractual (poder definir las cláusulas del contrato).

Tabla 3

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 309.

En la Tabla 3 se ha hecho una comparación entre la *libertad negativa* y la *libertad positiva* de las que hablan Bovero y Ferrajoli, y se han relacionado estas libertades con el presente tema. La tabla resume a la *libertad negativa* que es la ausencia o la negación del poder de otros, dicha libertad no tiene impedimentos ni constricciones, es decir, hay una ausencia del poder (-poder), aquí se propone el término en paréntesis es cual está formado por un signo negativo, indicando la ausencia o negación del poder de otros. Así, se afirma que en los contratos civiles ninguna de las partes debe imponer a la otra el contenido de las obligaciones que conforman el contrato, pues prevalece una negación del poder, es decir, ausencia del poder ajeno. No hay impedimentos ni constricciones para que las partes puedan decidir sobre el contenido de las cláusulas. Esta libertad, relacionada con los contratos civiles, tiene su base en la libertad de contratar que en páginas anteriores se ha explicado y que es la libertad para celebrar o no el contrato, o sea, que hay ausencia de poder de alguna de las partes. Por lo que se refiere a la *libertad positiva* la tabla resume que dicha libertad es el poder sobre sí mismo, es decir, es la autonomía “propia” donde la voluntad prevalece. En esta libertad existe ese poder o autonomía (+autonomía), aquí se propone el término en paréntesis el cual está formado por un signo positivo, indicando el poder sobre sí mismo o autonomía; y relacionado con éste tema, las partes contratantes tienen la facultad de autodisciplinarse sin lesionar el orden público ni el interés social, lo que tiene su base en la libertad contractual que en páginas anteriores ya también se ha explicado y que es la libertad de definir las cláusulas del contrato, pues ante esta libertad, las personas a través de su autonomía pueden decidir su contenido y forma.

#### 2.3.4 Los tres niveles del Derecho

Ferrajoli distingue tres niveles del Derecho. En el nivel más bajo, está la *libertad natural* o extra-jurídica, que no es un derecho sino una situación de no-derecho. Es la libertad que consiste en poder hacer todo lo que se puede hacer materialmente. En un plano superior, están los poderes —privados y públicos,

vinculados, unos directa y otros indirectamente, a los *derechos de autonomía*, respectivamente civiles y políticos— cuyo ejercicio, a través de leyes y negocios jurídicos, limita siempre la libertad. Finalmente en un plano superior se encuentran los *derechos de libertad*, sean de rango constitucional, lo que es necesario para que operen como límites frente al poder legislativo, sean de rango legislativo, lo que es suficiente para que sirvan como límite a los poderes contractuales. Las libertades negativas y positivas del primer tipo son limitadas de distintas maneras por el ejercicio de los derechos-poderes de autonomía: de manera tendencialmente igual por las leyes, de forma desigual por la contratación privada. Las libertades positivas del segundo tipo, es decir, los derechos de autonomía, dado que interfieren en las libertades del primer tipo, son además poderes limitados en cuanto tales por el Derecho. Las libertades negativas del tercer tipo, o sea los derechos de libertad, son precisamente los límites impuestos a los derechos-poderes de autonomía.

Para una mejor comprensión de lo anterior, se ha diseñado el siguiente esquema que habla de los tres niveles a que hace referencia Ferrajoli:

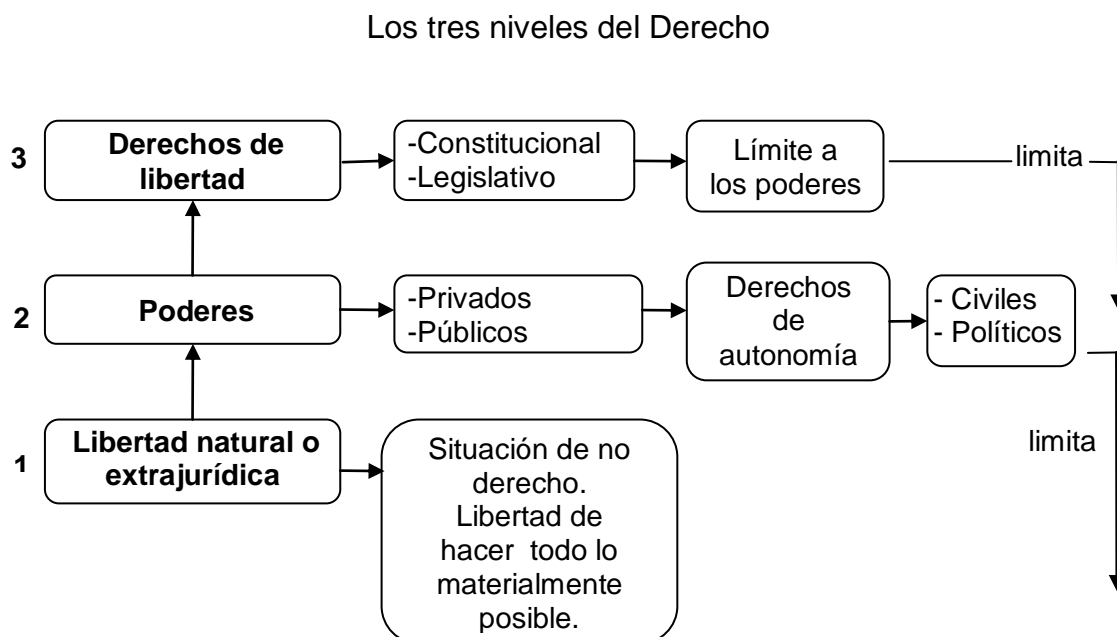


Tabla 4

Lo que se acaba de esquematizar muestra los tres niveles del autor citado. Esto es, la *libertad natural o extrajurídica* que es una situación de no derecho o una libertad de hacer todo lo materialmente posible; en un segundo plano u orden se encuentran los *poderes*, ya sea públicos o privados que constituyen los derechos de autonomía civiles o políticos los cuales limitan la libertad extrajurídica, regulándose mediante estos derechos de autonomía, y por último se encuentra en un plano superior los *derechos de libertad* que pueden ser de rango constitucional o legislativo y que sirven como límite a los poderes públicos y privados, respectivamente.

A continuación se propone un esquema acerca del Derecho a Contratar como Derecho Fundamental, y es de vital importancia aclarar que el siguiente esquema está basado en lo que explica Ferrajoli acerca de los tres niveles de que él habla:

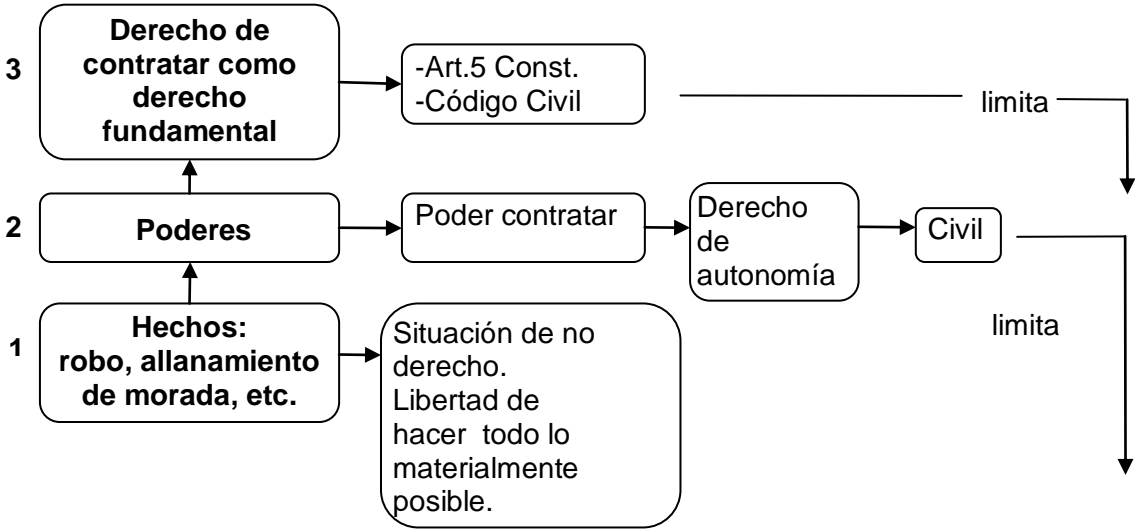


Tabla 5

La Tabla 5 representa las tres figuras del Derecho a Contratar como Derecho Fundamental. Siguiendo lo que dice el autor, en un primer plano se encuentra *la libertad natural o extrajurídica*, que son las situaciones de no derecho o la libertad



de hacer todo lo materialmente posible. Algunos ejemplos que se pueden configurar aquí son el robo, el allanamiento de morada, etcétera. Estos ejemplos son situaciones de no-derecho, o como dice Ferrajoli, es la libertad de hacer todo lo materialmente posible. Dichos ejemplos están relacionados con los derechos de la propiedad y patrimoniales, pudiendo ser bienes muebles e inmuebles, objeto de derechos (como se mencionó) de propiedad y patrimoniales; y es aquí donde se llega a un nivel superior o segundo plano, que es donde se encuentran los *poderes*, siendo la base de estos los derechos de autonomía. En este caso sería una autonomía privada o autonomía civil constituyendo así el poder de contratar (libertad positiva y negativa). Dicho poder limita al primer plano ya que con los poderes privados y con los derechos de autonomía civil se tiene la facultad de comprar, vender, arrendar, donar, permutar, dar en comodato, etcétera, tanto bienes muebles como inmuebles. De esta manera dicha facultad, dicho poder, es privado y constituye un derecho de autonomía civil. Este poder o facultad limita las situaciones de no-derecho, a esa libertad de hacer todo lo materialmente posible, pues de esta manera se ejercen los derechos de autonomía civiles y se contrata para no robar o cometer algún hecho ilícito; en nivel superior o tercer plano se encuentran los *derechos de libertad* y en este caso al *Derecho de Contratar como Derecho Fundamental*, con su fundamento constitucional en el artículo 5 de la Constitución y regulado por el Código Civil. Este es un derecho fundamental por ser un *derecho civil* y limita a los poderes privados, a los derechos de autonomía civiles regulándolos con un rango constitucional en el artículo mencionado y en el Código Civil, pues prevé situaciones en que las personas puedan ejercer este derecho a contratar.

Como se aprecia, el Derecho a Contratar es un derecho fundamental, y como tal, otorga igualdad jurídica a todas las personas; sin embargo, no todos tienen los mismos derechos patrimoniales, además de que existen situaciones o factores económicos, sociológicos, entre otros que hacen que aparezca una desigualdad, derivada de esos factores mencionados y de los derechos patrimoniales. Sobre estos habla Ferrajoli:

Por ello los derechos de libertad, al igual que el resto de los derechos fundamentales, son la base de la *igualdad jurídica*; mientras que la *desigualdad jurídica* caracteriza tanto a los derechos patrimoniales y a las demás situaciones singulares, como a las simples libertades negativa y positiva —en una palabra, la «simple facultad»— limitadas de diferentes modos por las distintas situaciones singulares de las que cada uno es titular. Todos somos igualmente titulares de los mismos derechos de libertad. Pero cada uno tiene un grado distinto de libertad extra-jurídica o de simple facultad. Esto vale claramente para la libertad negativa (o de acción) que aunque es igual para todos, por ejemplo, frente a la ley penal, varía en grado y en ámbitos para cada uno según las distintas prohibiciones y obligaciones que incumben a las distintas personas en tanto que empresarios o trabajadores, poseedores o desposeídos, propietarios de casas o inquilinos, padres o hijos, profesores o estudiantes, y otros casos similares. Pero vale todavía más claramente para la libertad positiva (o de querer) que será jurídicamente máxima para quien pueda permitirse satisfacer cualquier capricho, adquirir y gozar de la más amplia gama de bienes y elegir entre los más diversos proyectos de vida, mientras será mínima para quien pueda satisfacer sólo (o no pueda satisfacer ni siquiera) las necesidades más elementales.<sup>35</sup>

Se observa que se empieza a hablar de la desigualdad que en *determinadas circunstancias* se da en la contratación. Con esto no se quiere decir (y se sigue la idea de Ferrajoli) que las personas sean desiguales, pues como apunta el autor, los derechos fundamentales son la base de la igualdad jurídica entre las personas; sin embargo, hay situaciones singulares que pueden ser sociológicas o económicas, las cuales hacen que haya una desigualdad en el ejercicio de dichos derechos.

Entre las personas, en lo que respecta a los derechos civiles y más concretamente el derecho a contratar, existe un nexo entre igualdad jurídica por ser un derecho fundamental y una desigualdad jurídica de los derechos patrimoniales por existir situaciones particulares o singulares que hacen que se generen desigualdades, pues con los derechos patrimoniales se pueden ejercer los derechos civiles como derechos fundamentales y disponer de los bienes. Sobre esto comenta el autor en estudio:

Existe por lo tanto un nexo entre igualdad jurídica en los derechos civiles y desigualdad jurídica en los derechos patrimoniales y en los espacios de libertad que éstos permiten. Es el nexo que existe entre el igual derecho fundamental de adquirir

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 311.

y disponer de bienes de propiedad y los distintos derechos patrimoniales de propiedad adquiridos a través de su ejercicio y que, según Alfonso Ruiz Miguel y Gianluigi Palombella, invalidaría mi distinción entre ambas clases de derechos. Pero se trata precisamente de un nexo, y no de una equivalencia. Del mismo nexo, por lo demás, que existe entre toda situación jurídica y el comportamiento que la lleva a la práctica y, por tanto, también entre la libertad de expresión y las distintas manifestaciones del pensamiento con las cuales se ejerce, o entre el derecho a la salud y las distintas prestaciones sanitarias con las que éste se satisface... Son precisamente estos rasgos específicos del nexo entre la propiedad como derecho civil —un «meta-derecho de propiedad», por así decir— y la propiedad como derecho real, los que hacen del primer derecho, aunque igualmente atribuido a todos y, por tanto, fundamental, el principal vehículo de las desigualdades jurídicas en los derechos patrimoniales y, a la vez, en las genéricas libertades extra-jurídicas.<sup>36</sup>

Lo que dice Ferrajoli acerca de que existe un nexo entre igualdad jurídica en los derechos civiles y desigualdad jurídica en los derechos patrimoniales, se puede esquematizar, ajustado a esta investigación, en el derecho a contratar de la siguiente manera:

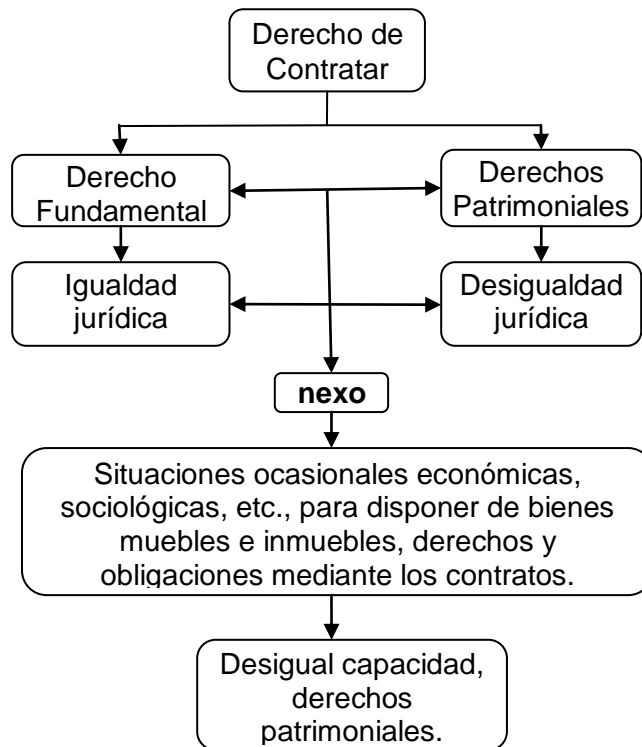


Tabla 6

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 312-313.

La Tabla 6 representa el nexo de igualdad jurídica existente entre el derecho a contratar como derecho fundamental, por ser éste un Derecho Civil fundamental y una desigualdad jurídica en los derechos patrimoniales. Es el nexo existente entre el igual derecho fundamental a contratar de adquirir y disponer de bienes muebles e inmuebles, derechos y obligaciones y los diversos derechos patrimoniales de propiedad adquiridos a través de su ejercicio. Resulta evidente que la libertad de contratar y la libertad contractual en ocasiones se encuentran afectadas por situaciones particulares, ya sean económicas, sociológicas o por factores de poder que generan esa desigualdad de la cual se ha venido hablando, y como ejemplo los contratos de adhesión.

Como se ve, sí existe una cierta desigualdad en cuanto al ejercicio del derecho a contratar, y es muy importante aclarar que dicha desigualdad no es atribuible al derecho mismo, sino a ciertas circunstancias que pueden ser sociológicas, económicas, entre otras. Por ejemplo, en el caso del contrato de arrendamiento de casa-habitación, algunas personas debido a sus condición económica no pueden arrendar un bien inmueble que les reporte toda la comodidad a que tienen derecho, contar con todos los servicios necesarios, que dicho inmueble se encuentre en buenas condiciones, limpio, que cuente con sanitarios, regaderas y tendederos independientes, y todos los demás servicios y con el espacio necesario para poder vivir dignamente, ya que muchos de esos inmuebles están a punto de caerse y en mal estado. Este problema también lleva a que hay empresas que se dedican a servir de nexo entre futuros arrendadores y arrendatarios, pero lejos de ayudar a los posibles arrendatarios sólo lucran con su necesidad de buscar un lugar donde vivir, ya sea casa, departamento, o cuarto en vecindades. Para poder darse cuenta de esto basta caminar en colonias populares del Distrito Federal y en las más sofisticadas para darse cuenta que no siempre las casas-habitación se encuentran ocupadas, pues no todos pueden pagar sus elevados costos. Supuestamente el contrato de arrendamiento es de orden público e interés social, pero en la realidad esto no es así, por su parte, el artículo 2448 del Código Civil para el Distrito Federal, dice que se considera de

orden público e interés social lo reglamentado en torno al arrendamiento inmobiliario cuando la finca se destina a habitación, es decir, la coloca por encima de los intereses particulares, por esto, el contrato de arrendamiento se extrae del ámbito particular y como se ve, teóricamente se deja de lado la autonomía de la voluntad de las partes. Por lo que el interés social en el contrato de arrendamiento es un ropaje, es un pretexto jurídico muy amplio, un ideal más que una realidad, no es objetivo, ya que según quiere representar a la sociedad, cuando en realidad persigue fines distintos. De este problema y de la falta de viviendas comenta Juan Luis González Alcántara:

El Valle de México, convertido en la máxima concentración humana, sufre graves problemas originados en la falta de viviendas: aparición de ciudades perdidas y cinturones de miseria, incremento del “paracaidismo”, alto costo del arrendamiento, habitaciones inadecuadas e insalubres que generan promiscuidad surgimiento de pandillerismo y drogadicción, entre otras consecuencias negativas que desestabilizan a las familias.<sup>37</sup>

Y sobre lo que se ha comentado acerca del contrato de arrendamiento es que a veces se tiende a “proteger” al arrendatario, y se dice a “proteger” porque como se acaba de analizar esto no se da en la realidad, y se deja un poco solo al arrendador teniendo que pagar impuestos, y posiblemente por esto los arrendadores son apáticos en los arreglos de los bienes inmuebles que son propietarios y que dan en arrendamiento, además de que a veces se ve mermado su bien inmueble por estar ocupado por arrendatarios morosos e incumplidos, posiblemente por esto y muchas causas más en el Distrito Federal no haya una buena planeación en materia de arrendamiento inmobiliario de casas-habitación, aunado a ello que tampoco existe un apoyo al propietario de inmuebles, ni un apoyo al crecimiento vertical en materia de construcciones, pues este crecimiento sólo se observa para las grandes empresas, ya sean nacionales o trasnacionales o a los grandes empresarios, no así a los pequeños propietarios.

---

<sup>37</sup> González Alcántara, Juan Luis, “El arrendamiento”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 78, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/78/art/art5.htm> (Consultado el 30 de septiembre de 2010).

En los contratos de prenda e hipoteca también se puede apreciar que se tienen que realizar para garantizar el cumplimiento de una obligación, pero que en algunas ocasiones se realizan por la extrema necesidad en que se encuentran tales personas. En el contrato de mutuo con interés igualmente muchas veces se realiza con elevadísimas cantidades de intereses, sin embargo las personas “aceptan” las cláusulas porque algunas veces no encuentran otras alternativas de financiamiento.

De igual manera en los contratos de compra-venta, por ejemplo de bienes inmuebles como casas o departamentos, para el adquirente solvente no representa un problema, pues sus posibilidades les permiten ampliar sus derechos patrimoniales, pero a los compradores de clase media o baja, les representa una carga ya que las más de las veces no pueden negociar las cláusulas, convirtiéndose en un contrato de adhesión, o las casas de interés social o por medio de organismos que les dan financiamiento o créditos con elevados intereses y que el pago se vuelve una bola de nieve, pues los intereses se van actualizando año con año por estar en UDIS (Unidades de Inversión), y no poder negociar los compradores tales figuras jurídicas.

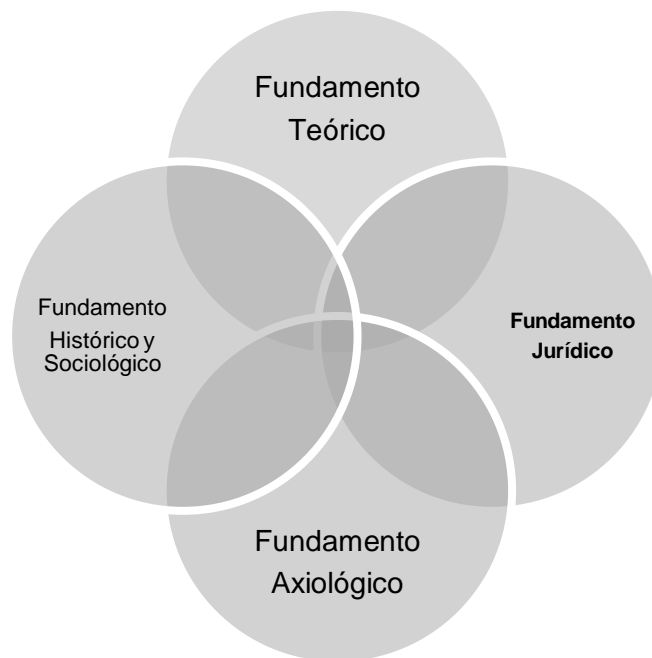
Otros ejemplos son los contratos de adhesión que rompen con la figura de la libertad de contratar y la libertad contractual, además de que violan el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, pues uno de los contratantes no puede negociar las cláusulas y sólo se adhiere al contrato, este tipo de contratos se encuentran por ejemplo en el suministro de internet, teléfono, etcétera y que supuestamente la Procuraduría Federal del Consumidor revisa que las cláusulas de dichos contratos no afecten a las partes, pero que en la práctica se ve que dichos contratos a veces sólo benefician a la parte poderosa, pues hoy dichos servicios son indispensables para la vida diaria. Así se podrían citar más ejemplos, pero como se observa, en la actualidad la forma de contratar está cambiando debido a factores económicos, sociológicos, de globalización, entre otros y que no se debe dejar de lado esta problemática, pues se tiene que salvar

la autonomía de la voluntad de la partes o se tiene que empezar a contratar desde otra perspectiva que más adelante estudiaremos. Con esto se empieza a demostrar que existe un enorme vacío entre el normativismo jurídico y el realismo jurídico.

### 2.3.5 *Los Fundamentos del Derecho a Contratar como Derecho Fundamental*

Por otra parte los fundamentos de los derechos fundamentales para Ferrajoli son cuatro: a) la razón o fundamento teórico, b) la fuente o fundamento jurídico, c) la justificación o fundamento axiológico y d) el origen o fundamento histórico y sociológico. Y los cuatro criterios axiológicos referidos al valor de la persona humana asumida como fin y nunca como medio: la vida, dignidad, libertad y supervivencia. Se ha hecho un esquema de los fundamentos de los derechos fundamentales de Ferrajoli para hacer ver de manera gráfica lo que él ha explicado:

Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales de Luigi Ferrajoli



Esquema 1

El Esquema 1 muestra de manera gráfica lo que en el párrafo anterior se ha explicado, los Fundamentos de los Derechos Fundamentales para Ferrajoli son cuatro, y estos son:

1. El Fundamento Teórico que constituye el fundamento o definición de «derechos fundamentales», «derecho subjetivo», «acto jurídico», «norma», etcétera.

2. El Fundamento Jurídico que consiste en el principio iuspositivista de legalidad:

En la respuesta ofrecida a nuestra pregunta por la dogmática positivista: son «derechos fundamentales» en el sentido arriba estipulado, en un determinado ordenamiento, aquellos derechos que las normas constitucionales o legislativas pertenecientes a él atribuyen universalmente a todos en cuanto personas, o ciudadanos y/o capaces de obrar.<sup>38</sup>

3. El Fundamento Axiológico, expresada en la pregunta «¿qué derechos *deben* ser tutelados como fundamentales?». Para el autor son cuatro criterios axiológicos los cuales responden a esa pregunta: la vida, la dignidad, la libertad y la supervivencia.

4. El Fundamento Histórico y Sociológico, observados en la Historia del Derecho y en la realidad social o Realismo Jurídico.

El derecho a contratar como derecho fundamental encaja en lo que menciona el autor. En el siguiente se muestra de manera gráfica que efectivamente el Derecho a Contratar se ajusta a los Fundamentos de los Derechos Fundamentales de Ferrajoli, y que éste derecho es un Derecho Fundamental:

---

<sup>38</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 18, p. 315.



## Fundamentos del Derecho a Contratar como Derecho Fundamental



### Esquema 2

El Esquema 2 representa de manera gráfica los Fundamentos del Derecho a Contratar como Derecho Fundamental, ya que este derecho tiene una razón o fundamento teórico que se encuentra entre los grandes estudiosos teóricos de los contratos; tiene una fuente o fundamento jurídico y se encuentra en el artículo 5º de la Constitución y la contratación civil se encuentra regulada en el Código Civil tanto Federal como de las Entidades Federativas y en la jurisprudencia, etcétera; tiene un fundamento axiológico como en la dignidad y la libertad de contratar y contractual; tiene un fundamento histórico que data de las primeras formas de contratar en Roma hasta el actual Derecho y uno sociológico ya que debe haber una regulación contractual que esté acorde a la realidad y no se quede sólo en algo teórico o ideal. Este derecho fundamental que es el derecho a contratar, de acuerdo con Ferrajoli debe presentar ciertos criterios axiológicos y sería la

dignidad, la libertad y la supervivencia de las personas. En el siguiente esquema se muestra de manera gráfica los que se ha explicado:



Esquema 3

El Esquema 3 muestra que efectivamente el Derecho a Contratar constituye un Derecho Fundamental de acuerdo a los Fundamentos de los Derechos Fundamentales de Ferrajoli, toda vez que dicho derecho presenta los cuatro fundamentos que se han explicado con anterioridad, además de que el esquema muestra de manera comparativa los fundamentos de los que habla el autor que son aplicables al Derecho a Contratar.

Por otra parte es importante hacer ver que del ejercicio de los derechos fundamentales y particularmente de los derechos civiles incluido el derecho a contratar se llega a los derechos patrimoniales, al respecto explica Ferrajoli que los derechos fundamentales están reconocidos a sus titulares en igual forma y en igual medida, mientras que los derechos patrimoniales pertenecen a cada persona

pero de manera distinta, tanto por la cantidad como por la calidad, los primeros son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica, los segundos son exclusivos, *excludendi alios*, por lo que se encuentran en la base de la desigualdad jurídica.<sup>39</sup>

De esta manera todos son libres de ejercer su derecho de contratar como derecho fundamental, ese derecho da igualdad jurídica a todos, pues todos son libres de ejercerlo, pero cada uno es propietario o acreedor de cosas diversas y en diversa medida, es decir, a pesar de que todos tienen el igual derecho a contratar, no todos pueden ejercerlo de la misma manera debido a que no todos tienen los mismos derechos patrimoniales, pues unos podrán comprar, vender, arrendar, donar, permutar, hipotecar, realizar mutuos, etcétera, con los bienes, derechos y obligaciones de que se dispongan, habrá algunos que puedan realizar la más amplia contratación y satisfacer sus necesidades mínimas de subsistencia y aún más allá, poder realizar todos sus caprichos y antojos, pero habrá personas que no puedan contratar de la misma manera y realizar sus más mínimas necesidades, como por ejemplo arrendar una casa-habitación digna y decorosa, con los servicios necesarios, ya que sus mínimos derechos patrimoniales les impide poder pagar una vivienda digna. Como indica Ferrajoli:

A partir de estos presupuestos, se comprende el nexo que, por la vía de los derechos, liga las diferencias a la igualdad y las opone a las desigualdades y a las discriminaciones. Las *diferencias* —sean naturales o culturales— no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los *derechos fundamentales*. Las *desigualdades* —sean económicas o sociales— son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus *derechos patrimoniales*, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras ocurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas *identidades* de cada persona; las segundas, a formar las diversas *esferas jurídicas*.<sup>40</sup>

No se debe confundir derechos patrimoniales con derechos fundamentales y específicamente con el derecho a contratar como derecho fundamental, pues

---

<sup>39</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías .La ley del más débil*. 4ta. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2004, p. 46.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 82.

dependiendo de la capacidad de derechos patrimoniales (como derechos disponibles, alienables, transmisibles, y que dicha capacidad constituye la desigualdad jurídica) que cada persona pueda tener depende el ejercicio del derecho a contratar (como derecho fundamental y que constituye la igualdad jurídica). Al parecer de Ferrajoli:

De este modo, se resuelven muchas aparentes aporías. Cuando se habla del «derecho de propiedad» como de un «derecho de ciudadanía» o «civil» semejante a los derechos de libertad, se alude elípticamente al derecho a convertirse en propietario, conexo (como el derecho a hacerse deudores, acreedores, empresarios o trabajadores dependientes) a la capacidad jurídica, así como al derecho a disponer de los bienes de propiedad, conexo (como el derecho de disponer de un bien o de obligarse a una prestación) a la capacidad de obrar: esto es, a derechos civiles que son, sin duda, fundamentales porque concierne a todos, en el primer caso en cuanto personas y en el segundo como capaces de obrar. Pero estos derechos son completamente diversos de los derechos reales sobre bienes determinados adquiridos o alienados gracias a ellos: del mismo modo que el derecho patrimonial de crédito al resarcimiento de un daño concretamente sufrido es diverso del derecho fundamental de inmunidad frente a agresiones.<sup>41</sup>

Como lo demuestra Ferrajoli, los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos, y los derechos patrimoniales son disponibles por su naturaleza, negociables y alienables, éstos se acumulan, aquéllos permanecen invariables. Los derechos patrimoniales, se adquieren, se cambian, se venden, las libertades no se cambian ni se acumulan.

Para la presente investigación se interpreta a Ferrajoli (como se ha venido manejando) en el sentido de que la libertad y/o derecho contractual es un derecho civil que constituye un derecho fundamental, pues la Carta Magna lo consagra en su artículo 5, y se apunta que el derecho a contratar de acuerdo con lo expuesto por el autor constituye un derecho que corresponde universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar. Por otra parte se entiende que el objeto de los contratos, el objeto directo (crear o transferir derechos y obligaciones), el objeto indirecto (el dar, hacer, no hacer) y la cosa que se da, son parte de los derechos

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 46-47.

patrimoniales, por ser éstos bienes muebles, inmuebles, derechos y obligaciones, ya que a la luz de Ferrajoli son disponibles, negociables y alienables, que crean y se transfieren por medio de contratos.

Para concluir este punto se señala lo siguiente:

Las diferencias estructurales entre los derechos fundamentales, y en éste caso los derechos civiles de adquirir y disponer de bienes de propiedad y el derecho a contratar, son universales e indisponibles como lo ha hecho ver Ferrajoli, y los derechos patrimoniales adquiridos a través de su ejercicio, como los derechos de propiedad son singulares y disponibles. La indisponibilidad de los primeros es el presupuesto de la disponibilidad de los segundos:

Pero precisamente por ello —porque son derechos-poder cuyo ejercicio produce efectos obligatorios desiguales y virtualmente ilimitados sobre las libertades propias y las de los demás—, los derechos civiles no pueden estar sometidos a la ley, ni, por tanto, ser confundidos con los derechos de libertad que, por el contrario, representan para aquéllos un límite infranqueable.<sup>42</sup>

Se aprecia entonces que el derecho a contratar como derecho fundamental da igualdad jurídica a las personas, pero que el derecho de propiedad y los derechos patrimoniales ante ciertas circunstancias generan una desigualdad, y es importante aclarar que son esas determinadas circunstancias las que generan tales desigualdades y no los derechos mismos, pues todos tienen el derecho a contratar, pero no todos tienen la misma capacidad para poder defender en un contrato sus intereses.

Como indica Ferrajoli:

Por el contrario, los derechos que sí son universales, en el sentido de que están reconocidos a todos y al mismo tiempo son indisponibles e inalienables, son los derechos —bien diferentes del de propiedad, que tiene por objeto bienes singularmente determinados— a) de convertirse en propietario y b) de disponer de

---

<sup>42</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 18, p. 314.

los bienes propios o, mejor dicho, de los derechos de propiedad que tienen aquellos bienes por objeto. Estos derechos son consecuencia, respectivamente, de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar, y forman el presupuesto de la autonomía privada.<sup>43</sup>

Como se mencionó anteriormente, sean los contratos de adhesión, los contratos que generan notorias ganancias solo para una de las partes, los contratos que se celebran con la notoria inexperiencia o cierta necesidad extrema de las personas como el contrato de mutuo con interés o los contratos de arrendamiento de casa-habitación que en algunas ocasiones se celebran beneficiando al arrendador por las elevadas cantidades de dinero como renta o que las casas-habitación se encuentran en estados deplorables e insalubres, pero que en éste caso el arrendatario por su extrema necesidad se ve obligado a aceptar las cláusulas impuestas por el arrendador; en este mismo caso del contrato de arrendamiento se puede ir al otro extremo que cuando el arrendatario sigue ocupando el inmueble habiéndose terminado el contrato de arrendamiento y no existe una notificación judicial de dicha terminación, sigue gozando del inmueble operando una tácita reconducción, en éste caso se verá afectado el derecho de propiedad de arrendador.

De esta manera queda evidenciado que en materia de contratación civil muchas veces se da una notoria diferencia o un vacío entre el normativismo y el realismo jurídico, pues el ordenamiento jurídico en lo que refiere a contratos civiles, las más de las veces es idealista y en la realidad se puede observar que no se da ese igual derecho de contratación a pesar de que éste como se ha estudiado es un derecho fundamental, ya que los derechos patrimoniales con los cuales se desempeña el derecho a contratar acarrear una desigualdad para las personas debido a que no todos disponen de iguales bienes muebles e inmuebles, por consiguiente o se debe salvar la autonomía de la voluntad de la partes para que la figura del contrato prevalezca o el normativismo se debe adaptar a una nueva propuesta o teoría del contrato que sea producto de la realidad económica,

---

<sup>43</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 39, p. 102.

política y social, pero sin dejar a su suerte a las partes débiles en los contratos, pues los factores de poder deben ser neutralizados en tal propuesta o teoría.

#### 2.4 *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional de Ferrajoli*

Muchas veces, en el Derecho se generan ciertas divergencias que al parecer de Ferrajoli, la Teoría del Derecho es la encargada de constatarlas. Dicho autor señala que la Dogmática Jurídica juega un papel importante dentro del paradigma constitucional, ya que es la divergencia que se da entre validez y vigencia. Bajo este entendido la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado y los conceptos del Derecho muchas veces se encuentran en constante pugna con lo que marca la realidad jurídica, o dicho al revés, el paradigma del Derecho está chocando con la realidad jurídica. De esta manera opinan Gerardo Pisarello y Ricardo G<sup>a</sup> Manrique:

Según Ferrajoli, uno de los objetivos principales de la teoría del derecho es constatar tres divergencias deónticas que afectan a tres discursos distintos sobre el derecho. La primera es la que se da entre justicia y validez, de interés para la filosofía política; la segunda se da entre validez y vigencia, de interés para la dogmática jurídica; y la tercera se da entre vigencia y eficacia, de interés para la sociología del derecho. De estas tres divergencias, destaca la segunda, debido al papel central que desempeña en el paradigma del constitucionalismo rígido.<sup>44</sup>

Para un mejor entendimiento se esquematiza la anterior explicación:

---

<sup>44</sup> Pisarello Gerardo, García Manrique Ricardo, "Ferrajoli y las tareas del garantismo: claves de una pasión razonada", *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Ferrajoli, Luigi, *et al.*, edición de Gerardo Pisarello y Ricardo García Manrique, 2da. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 11-12.

LAS TRES DIVERGENCIAS DEÓNTICAS QUE AFECTAN AL DERECHO:		
1.- La divergencia entre justicia y validez	2.- La divergencia entre validez y vigencia	3.- La divergencia entre vigencia y eficacia
Filosofía Política	Dogmática Jurídica	Sociología del Derecho
	Juega un papel central en el paradigma constitucional	

Tabla 7

La Tabla 7 esquematiza lo que Ferrajoli explica acerca de las tres divergencias que afectan al Derecho.

Respecto de la segunda divergencia, sobre la cual se centra el paradigma constitucional:

Esto explica, según Ferrajoli, que en los ordenamientos actuales la divergencia entre vigencia y validez tiende a ser estructural, y de significado práctico muy diferente al que pudo tener en el pasado. O dicho en otros términos: que las leyes —o la ausencia de leyes— que contradicen los derechos fundamentales constitucionales o el principio de igualdad den lugar a frecuentes antinomias —y lagunas—, a normas viciadas y a normas vulneradas.<sup>45</sup>

Ahora bien, explicado lo anterior se puede, de acuerdo a las ideas del autor en estudio, esquematizar este tema de investigación de la siguiente manera:

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 22.



LAS TRES DIVERGENCIAS QUE AFECTAN AL DERECHO DE CONTRATAR:		
1.- Los justo, equitativo y la igualdad ≠ la validez de los contratos	2.- La validez de los contratos ≠ los conceptos jurídicos vigentes del derecho a contratar	3.- Los conceptos jurídicos vigentes del derecho a contratar ≠ la realidad jurídica de los contratos
Filosofía Política	Dogmática Jurídica	Sociología del Derecho
Juega un papel central en el paradigma constitucional		

Tabla 8

La Tabla 8, representa la adecuación del presente tema de estudio al pensamiento de Ferrajoli. En el Derecho a Contratar, se presentan tres discrepancias: la primera es entre lo que se considera justo, equitativo y la validez de los contratos; la segunda se da entre la validez de los contratos y los conceptos jurídicos vigentes del derecho a contratar y es en donde se centra el paradigma de que habla Ferrajoli; la tercera es la que se da entre esos conceptos jurídicos vigentes del Derecho a Contratar y la realidad jurídica de los contratos, que como se ha venido analizando presenta un enorme vacío, ya que la Dogmática Jurídica en cuanto a contratos es idealista y la realidad es muy distinta a lo que el legislador ha querido manifestar, pues no se observa esa equidad en los contratos, ya que el poder de una de las partes, aplasta a la otra, sin olvidar los factores económicos y sociológicos que también desempeñan un papel importante, tampoco se debe olvidar los derechos patrimoniales de las personas que son de vital importancia para que se genere la desigualdad, pues éstos son precisamente los que producen la multicitada desigualdad a la que se ha hecho referencia, en virtud de que tienen un carácter hipotético, en contraparte del carácter tético (que son) de los derechos fundamentales, y en este caso el derecho a contratar, como se hizo ver en el capítulo anterior.

Como se vio en el apartado anterior, la actuación de algunas personas, ya sean físicas o morales, van en contra del derecho a contratar como derecho fundamental, incluso la actuación del propio Poder Legislativo muchas veces, contradice el derecho fundamental de contratar, cuya base es la autonomía contractual. Con esto se genera un vacío entre el positivismo o normativismo jurídico y el realismo jurídico, ya que la norma vigente (Constitución y Código Civil) difiere de la validez de la misma. Sobre esto comentan Pisarello y García Manrique:

En los ordenamientos actuales, constata Ferrajoli, muchas de las actuaciones y omisiones de los poderes públicos, incluidas las del legislador, contradicen los contenidos materiales de las constituciones, comenzando por los derechos fundamentales o el principio de igualdad. Esta contradicción genera constantes divergencias entre vigencia y validez, esto es, entre las normas existentes (o inexistentes) y los criterios materiales sobre la producción de dichas normas.<sup>46</sup>

Ante tal situación según los autores citados, para Ferrajoli en el paradigma constitucional, el Derecho no sólo debe ser descriptivo, sino que también debe haber una constatación de estas discrepancias o vacíos entre validez y vigencia, en otras palabras, entre el Derecho que es (realismo jurídico) y el Derecho que jurídicamente debe ser (positivismo jurídico: Constitución).

## 2.5 *La Teoría del Derecho en el Sistema de los Saberes Jurídicos de Ferrajoli*

Por esto es que el Doctor italiano ha desarrollado *la teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos*, donde analiza el objeto, la finalidad y el método de la teoría. La división tripartita en que se apoya el autor corresponde a una clasificación hecha por Charles Morris, quien reconoce *Las Tres dimensiones de la Semiosis o Teoría de los Signos*. La primera dimensión corresponde a la *Dimensión Semántica de la Semiosis*, donde se estudian las relaciones de los signos con los objetos a los que son aplicables, Ferrajoli la llama *Semántica*, y

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 12.

continúa diciendo que está dedicada al contenido empírico e informativo de la teoría en relación con el Derecho Positivo que forma su universo de discurso; por lo que se equipara al objeto de la Teoría del Derecho, o sea, aquello de lo que habla la misma. La segunda corresponde a la *Dimensión Pragmática de la Semiosis*, donde se estudian las relaciones de los signos con los intérpretes, Ferrajoli la llama *Pragmática*, y apunta que está dedicada a la finalidad explicativa de la teoría y al papel crítico y prospectivo que ésta plantea respecto del Derecho, pero a partir del propio Derecho. Se equipara a la finalidad de la Teoría del Derecho, es decir, aquello para lo que sirve la misma. La tercera es la *Dimensión Sintáctica de la Semiosis*, aquí se estudian las relaciones en las que los signos pueden encontrarse: la formal entre los mismos signos, es llamada por Ferrajoli como *Sintáctica* y comenta que está dedicada a las relaciones sintácticas entre los signos de la teoría como resultan del método axiomático utilizado para la formación de sus conceptos y proposiciones; se equipara al método de la Teoría del Derecho, donde se entiende el sentido epistemológico de la misma.<sup>47</sup>

A continuación se esquematiza en la Tabla 9 lo explicado:

---

<sup>47</sup> Ferrajoli, Luigi, "La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos", *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Ferrajoli, Luigi, et al., edición de Gerardo Pisarello y Ricardo García Manrique, 2da. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 25-27.

<b>LA TEORÍA DEL DERECHO EN EL SISTEMA DE LOS SABERES JURÍDICOS DE FERRAJOLI</b>			
Las Tres Dimensiones de la Semiosis o Teoría de los Signos por Charles Morris	1. Dimensión Semántica de la Semiosis.	2. Dimensión Pragmática de la Semiosis.	3. Dimensión Sintáctica de la Semiosis.
¿Qué estudian las Dimensiones de la Semiosis o Teoría de los Signos por Charles Morris?	Se estudian las relaciones de los signos con los objetos a los que son aplicables.	Se estudian las relaciones de los signos con los intérpretes.	Se estudian las relaciones en las que los signos pueden encontrarse: la formal entre los mismos signos.
El estudio de las Dimensiones para Ferrajoli	SEMÁNTICA	PRAGMÁTICA	SINTAXIS
¿Qué estudian las Dimensiones (Saberes Jurídicos) en la Teoría del Derecho de Ferrajoli?	Dedicada al contenido empírico e informativo de la teoría en relación con el Derecho Positivo que forma su universo de discurso.	Dedicada a la finalidad explicativa de la teoría y al papel crítico y prospectivo que ésta plantea respecto del derecho, pero a partir del propio derecho.	Dedicada a las relaciones sintácticas entre los signos de la teoría como resultan del método axiomático utilizado para la formación de sus conceptos y proposiciones.
Análisis	OBJETO	FINALIDAD	MÉTODO
¿Qué es?	Aquello de lo que habla la Teoría del Derecho.	Aquello para lo que sirve la Teoría del Derecho.	Entender el sentido epistemológico de la Teoría.

Tabla 9

Para Ferrajoli, una teoría “formal” del Derecho sin una buena interpretación semántica, no dice qué establecen los ordenamientos jurídicos concretos, ni sobre qué sería justo que establecieran, ni sobre su grado de eficacia o ineficacia, por

eso es formal, y apunta que para Bobbio “la teoría general del Derecho es una teoría *formal* en el sentido de que estudia el Derecho en su estructura normativa, es decir, en su forma, con independencia de los valores para los que ésta estructura sirve y del contenido que encierra” ya que se limita a definir conceptos, a establecer las relaciones entre ellos, es decir, a analizar la forma lógica y la estructura normativa de los actuales ordenamientos, de su “paradigma constitucional”.<sup>48</sup>

La Teoría del Derecho que ha desarrollado Ferrajoli y que se ha esquematizado, servirá para relacionar y entender el presente tema de investigación, ya que poco a poco se ha mostrado que en la manifestación de la voluntad de las personas intervienen muchos factores de poder, económicos y sociológicos, por lo que se da una evidente diferencia entre el discurso ideal de la equidad e igualdad en los contratos y la realidad.

Si hay un acercamiento más a la realidad jurídica se tendrá como resultado una más justa relación en los contratos, toda vez que en ese supuesto se recurrirá a la interpretación empírica.

Sobre esto comenta el autor en estudio: “Sin una interpretación empírica, desarrollada en relación a la experiencia jurídica concreta, esta teoría comporta un conjunto de tesis coherentes, pero carentes de sentido”.<sup>49</sup>

### 2.5.1 *La Semántica del Derecho. Normatividad y Facticidad en los Contratos*

Ferrajoli propone que la Teoría del Derecho admite una triple interpretación semántica:<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 27-29.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>50</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 30-31.

1. La que resulta del análisis de las normas jurídicas: Dogmática Jurídica.
2. La que resulta de la investigación de los comportamientos regulados por las normas: Sociología del Derecho.
3. La axiológica, que expresa la valoración y proyección del Derecho: Filosofía Política.

Apunta que hay dos interpretaciones empíricas admitidas por la teoría y estudian los fenómenos jurídicos desde diversas concepciones, interpretaciones o puntos de vista: el Normativismo y el Realismo.<sup>51</sup>

A continuación en la Tabla 10 se muestra de manera gráfica y esquematizada lo que Ferrajoli ha dicho respecto de estas dos diferentes escuelas. De acuerdo a lo que él ha puntualizado, se ha hecho una comparación de las dos concepciones o interpretaciones del Derecho, anotando sus campos de observación, sus universos discursivos, sus campos de investigación, el cómo se constatan, el método utilizado y lo que algunos autores han opinado al respecto de las dos tendencias. Y se ha aterrizado y relacionado las ideas del autor mencionado respecto de las dos escuelas con el presente tema de estudio, para hacer una comprensión más simple de lo que se ha estudiado hasta este momento, haciendo más notable lo que se ha querido demostrar en la presente investigación:

---

<sup>51</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 31-37.

NORMATIVISMO Y REALISMO		
Concepciones/ Interpretaciones	Concepción normativista (Hans Kelsen) “deber ser”	Concepción realista (Eugen Ehrlich) “ser” o “no ser”
Campo de observación	Normas jurídicas	Comportamientos humanos
Representado por: (Universos Discursivos)	Dogmática Jurídica	Sociología del Derecho
Campo de investigación	Normas vigentes	Comportamientos humanos
Constatado por:	Condiciones jurídicas	Condiciones sociales
Hebert L. A. Hart	Observa el Derecho desde el “punto de vista interno”	Observa el Derecho desde el “punto de vista externo”
Max Weber	Considera el Derecho como <i>norma</i>	Considera el Derecho como <i>hecho</i>
Método	<i>Análisis del lenguaje jurídico positivo</i> , o sea, la interpretación de los enunciados normativos	<i>Investigación sociológica</i> , o sea, la constatación y explicación de los hechos y de los comportamientos jurídicos
Verdad jurídica	Basada en normas	Basada en hechos
EN LOS CONTRATOS	El artículo 1832 del Código Civil para el Distrito Federal señala que en los contratos civiles las personas se obligan en la manera y términos que aparezca que quisieron obligarse (voluntad de las partes, libertad, equidad, dignidad e igualdad contractual)	Los hechos de la realidad jurídica indican que muchas veces no se da esa libertad contractual, se rompe la figura de la voluntad y la autonomía contractual, por factores económicos, sociológicos y de poder que impiden una igualdad entre las partes

Tabla 10

### 2.5.2 La diferencia entre validez y vigencia en los contratos

Si hay un apego estricto a alguna de las dos corrientes estudiadas con anterioridad se corre el riesgo de caer en extremismo, en contradicciones, por lo que podrían suscitarse lagunas que no llenen los espacios requeridos por el Derecho:

Ahora bien...respecto de sistemas complejos como los de los actuales estados constitucionales de derecho, no basta una aproximación puramente normativista o una aproximación puramente realista. Si se quieren evitar contradicciones y aporías, ambas interpretaciones corren el riesgo de ofrecer una representación del derecho falsa por incompleta. La descripción sólo del derecho que (normativamente) debe ser, que realiza la aproximación normativista, ignora el derecho que es, es decir su práctica real. Por su parte, la descripción sólo del derecho que (efectivamente) es, como ocurre con las aproximaciones realistas, ignora el derecho que debe ser, es decir su modelo normativo, por ejemplo constitucional. En ambos casos —uno frecuente entre los juristas, el otro entre los sociólogos— tendremos dos imágenes opuestas al derecho, pero ambas parciales y distorsionadas, puesto que una descuida los márgenes de ineficacia de las normas de rango superior y la otra los de ilegitimidad de las normas de rango inferior.<sup>52</sup>

En cuanto al Derecho a Contratar como derecho fundamental, hay que subrayar que siempre debe ser eso (un derecho fundamental) y que el Estado tiene la obligación de garantizar el cumplimiento de tal, de esta manera se tiene que observar no sólo la norma jurídica que regula ese derecho (empezando por la Constitución), sino también lo que está ocurriendo en la realidad. De esta manera, en la medida que se tomen más en cuenta las dos visiones se tendrían menos contradicciones o lagunas acerca del derecho a contratar y se alcanzaría una verdadera manifestación de la voluntad de las personas, ejerciéndose una libertad y autodeterminación para acordar crear y transferir derechos y obligaciones.

Sobre una posible integración de ambas observaciones auxiliándose de la meta-teoría semántica del Derecho, sería posible superar las visiones unilaterales opina Ferrajoli:

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 42-43.



Sólo con la integración de ambas aproximaciones es posible superar las visiones unilaterales. Para que la teoría del derecho pueda dar cuenta de manera consistente de las antinomias y de las lagunas que supone la siempre existente divergencia entre el “deber ser” constitucional del derecho y su “ser” legislativo, es necesario que la meta-teoría semántica del derecho haga explícita esta divergencia como objeto privilegiado de la teoría. Y que reconozca, por tanto, en cualquier fenómeno normativo, la doble naturaleza de “norma” vigente, si se mira desde abajo, esto es, respecto de los fenómenos que regula, y de “acto” normativo válido o inválido, si se mira desde arriba, como un fenómeno a su vez regulado y por tanto conforme o no (en cuanto a la forma) y coherente o incoherente (en cuanto a los significados expresos) respecto de las normas de rango superior.<sup>53</sup>

De esta manera, el acercarse a ambas visiones en el derecho a contratar apoyándose de una semántica del Derecho, se recurriría a una nueva propuesta en cuanto a la manera de hacer contratos para que se observe la verdadera voluntad de las partes, pues la diferencia entre normatividad y facticidad es una cuestión que el *paradigma constitucional* imputa a la ciencia jurídica:

En definitiva, la metateoría semántica impone a la teoría del derecho tematizar esta ambivalencia de los fenómenos normativos, y por tanto, leer como validez o invalidez de las normas de rango inferior la eficacia o ineficacia de las normas de rango superior. La constatación de esta divergencia entre deber ser y ser en el derecho, es decir, entre normatividad y facticidad, es la cuestión más interesante que el paradigma constitucional asigna a la ciencia jurídica. De este modo, se encomienda a esta última la tarea de identificar las antinomias y lagunas —el derecho, en otras palabras, *ilegítimo* en cuanto inválido o lagunoso— y de promover su superación como condición de consistencia tanto del derecho positivo como de los discursos sobre él.<sup>54</sup>

### 2.5.3 La Pragmática en la Teoría del Derecho

La Teoría del Derecho es un discurso descriptivo, el cual carece de juicios de valor. Ante tal situación Ferrajoli recurre a dos dimensiones pragmáticas de la teoría que se pueden adecuar al presente tema de investigación. La primera dimensión se encuentra ligada al método de creación de los conceptos y proposiciones. A diferencia de lo que sucede con los conceptos de la Dogmática

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 43-44.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 44.

(como arrendamiento, compra-venta, mutuo, permuta, etcétera, vinculados al lenguaje legal y definidos a través de redefiniciones léxicas), los conceptos teóricos como “norma”, “obligación”, “prohibición”, “validez”, etcétera, son el fruto de definiciones justificadas, no por los usos del legislador, sino por estrategias explicativas escogidas por el mismo teórico. De esta manera, la teoría, es el resultado de elecciones en lo que respecta a la formulación de sus premisas, y analítica y sin juicios de valor en la derivación de sus teoremas. La segunda dimensión, es la que se encuentra unida a las tres divergencias, pues éstas últimas requieren de diversos juicios normativos y de valoración crítica acerca del Derecho y de la práctica jurídica: los que desarrolla la Filosofía Política (punto de vista axiológico y externo); los que desarrollan las disciplinas jurídicas positivas (punto de vista interno en relación con las leyes vigentes) y los que desarrolla la Sociología del Derecho (punto de vista externo de la eficacia en relación con la práctica jurídica).<sup>55</sup> Así se hace notar que:

De estas tres diferencias, la más importante para la ciencia jurídica es obviamente la segunda, entre validez y vigencia, relacionada con la ya señalada doble dimensión de “norma” (reguladora de los comportamientos) y de “hecho” (a su vez regulado por normas) que la legalidad asume en el estado constitucional de derecho...Un paradigma que se caracteriza precisamente por el sometimiento de la ley a la propia ley, no sólo en cuanto a las formas de los actos que la producen, sino también en relación con los contenidos normativos producidos por ella.<sup>56</sup>

Se puede notar que el paradigma del que habla Ferrajoli se centra en la diferencia que se da entre validez y vigencia. Se considera también que las dimensiones pragmáticas de las que habla son importantes para los contratos, ya que aquellas se pueden ajustar a éstos en la medida en que se hagan conceptos y proposiciones más justos para las partes contratantes donde se contemplen más principios de equidad, igualdad y proporcionalidad, a la vez que se pueda argumentar con mayor fuerza lo que realmente se quiere manifestar para crear y transferir derechos y obligaciones. Por otra parte, es importante mencionar la segunda dimensión que consiste en las diferencias que se dan en las escuelas y

---

<sup>55</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 52-56.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 57.

que por supuesto afectan el presente tema de investigación, ya que en la medida en que desaparezcan esas discrepancias y se auxilien unas a otras se podrá llegar a una eficaz, real y justa manera de contratar. Posiblemente una nueva teoría que contemple dichas escuelas y no sea tan rígida y observe lo que pasa en la realidad jurídica, pero sin dejar de lado los principios de los que se ha hablado y que deben imperar en los contratos, pues siempre el derecho a contratar debe ser un derecho fundamental protegido por las leyes. Sobre estas diferencias comenta el autor mencionado:

Obviamente la dogmática jurídica, la sociología jurídica y la filosofía política parten de aproximaciones distintas, con rigurosas diferencias tanto respecto de los métodos de formación de sus conceptos y proposiciones como de los puntos de vista con que observan el mismo objeto. Pero es la teoría formal del derecho, precisamente, la que permite a estas diferentes aproximaciones, unidas por el mismo universo discursivo, utilizar cada una de las aportaciones de la otra. En efecto, al dar cuenta de las mencionadas divergencias deónticas (entre justicia y validez, entre validez y vigencia, entre vigencia y eficacia) la teoría permite distinguir y al mismo tiempo relacionar los correspondientes niveles de discurso, uno normativo y crítico respecto del otro, escapando así de las diferentes y frecuentes falacias ideológicas (iusnaturalistas, ético-legalistas, paleo-iuspositivistas, normativista y realistas) que plantean tanto su confusión como su recíproca ignorancia.<sup>57</sup>

Cabe señalar que el carácter formal de la Teoría del Derecho, permite un modelo integrado de ciencia jurídica, dicho modelo reúne las diferentes interpretaciones semánticas que ofrecen las distintas aproximaciones disciplinarias, e introduce, las dimensiones pragmáticas que comportan los puntos de vista críticos y normativos.<sup>58</sup>

Un nuevo modelo en la forma de contratar bajo este tenor podría ser desarrollado (que se verá en el Cuarto Capítulo) para así observar una real equidad donde se contemplen los derechos de las personas y se proteja de manera efectiva a las partes débiles en un contrato.

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 67-68.

<sup>58</sup> *Cfr. Ibidem*, p. 68.

## CAPÍTULO III:

### LA FUNCIÓN DEL DERECHO EN LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD

En el presente capítulo se hace la aclaración acerca de que no se aborda, estudia, analiza ni se contempla la teoría de las obligaciones ni de los contratos, toda vez que el objeto de estudio de la investigación es el acuerdo de voluntades en los contratos civiles y los factores de poder que ocasionalmente concurren para distorsionar la verdadera esencia del contrato, bajo el marco del Estado Neoliberal y de la globalización. Es por ello que se ha omitido hacer referencia a la teoría de las obligaciones y de los contratos, por considerarse que no es el objeto de estudio de esta investigación.

Así las cosas, en este capítulo se enfatiza la *función* del Derecho en la manifestación de la voluntad de los contratos civiles y se dan ejemplos para evidenciar que en ciertas circunstancias se distorsiona la esencia de los mismos. Es importante aclarar que también se abordan algunos ejemplos de contratos mercantiles para hacer más clara la distorsión de la voluntad de las partes, tal es el caso de los contratos de adhesión, es por ello que se ha decidido dedicar un apartado especial a éstos últimos para marcar la dicotomía entre contratos civiles y mercantiles.

#### 3.1 *La función del Derecho en los Contratos*

Como se vio en el capítulo anterior, el contrato representa la principal expresión o manifestación formal de la voluntad que se traduce en una autonomía o autodeterminación para crear y transferir derechos y obligaciones libremente, de manera que no existan cadenas, obstáculos ni factores que entorpezcan esa libertad.

El derecho a contratar, como derecho fundamental, debe ser analizado con relación al orden constitucional sin dejar de lado su raíz privada. Ni el análisis constitucional ni el análisis privado deben estar sometidos a visiones rígidas que encierran un enfoque naturalista o formalista-dogmático. Carlos Marx señala que el contrato no es más que la expresión de una relación económica, y que las diversas máscaras con que las partes se adornen de acuerdo a las circunstancias en torno a esta relación no son más que las encarnaciones de las relaciones económicas que mantienen entre sí.<sup>1</sup> En este sentido el contrato se entiende como la “ley” del libre mercado, ya que reviste la base del mercado y un instrumento del poder para la acumulación de riqueza.

Sin embargo, se entiende que es más que una ley, es un derecho fundamental y tiene su base jurídica en la Constitución dentro del artículo 5.

Después de la Revolución Industrial hubo un cambio en la estructura económica y política de muchos países, pues algunos particulares ejercían suficiente poder para someter a otros por medio de las relaciones privadas o contractuales. De esta manera surge la idea de que los derechos fundamentales no sólo deben tener eficacia vertical, es decir, en la relación particular y Estado, sino también horizontal, es decir, la relación que se da entre particulares; sin embargo, mucho se ha cuestionado esta última relación ya que siempre hay diversos factores que impiden que se realice una verdadera manifestación de la voluntad de algunas personas por estar bajo el poder de otra parte en un contrato.

Según Martijn Hesselink, los derechos fundamentales fueron confinados a la relación que se daba entre Estado e individuos, con esto, dichos derechos fueron las armas para proteger a los ciudadanos contra el abuso del poder del Estado,

---

<sup>1</sup> Cfr. Marx, Karl, *El capital. Crítica de la economía política. Libro primero. El desarrollo capitalista*, trad. de Floreal Maza, Buenos Aires, Cartago, 1973, p. 97.

con lo que un ciudadano sólo podía invocar los derechos constitucionales en contra de un actor estatal, más no contra otro ciudadano.<sup>2</sup>

Con ello, se advierte que con los derechos fundamentales surge la protección del particular frente al poder del Estado. Se puede hablar en ese momento de una relación vertical, puesto que sólo regulaba a las personas frente al Estado, posteriormente se empieza a hablar de una relación horizontal, ya que los derechos fundamentales se podían invocar también contra el poder del Estado.

Hesselink hace notar que los efectos horizontales reconocidos se hacen mediante una de las cláusulas generales, las cuales se encuentran en las buenas costumbres y en la buena fe. También señala que la dignidad humana juega un papel importante dentro de los contratos.<sup>3</sup>

Es importante hacer notar que las cláusulas de los contratos siempre deben estar basadas en principios como la buena fe y las buenas costumbres. Se mencionan también algunos otros principios como la dignidad humana, el derecho general de

---

<sup>2</sup> “Historically fundamental rights were confined to governing the relationship between the State and the individual, and they did not affect in any way relationships between private actors. Fundamental rights were weapons to protect individual citizens against the abuse of the State power. This means that a citizen cannot invoke constitutional rights against another citizen, but only against a state actor. Over time, the growing influence of constitutional right on contract law makes it clear that the sphere of constitutional rights and the sphere of contract law cannot be considered as two separate worlds. In fact, today a horizontal effect of constitutional rights has been accepted by many European countries, but it still controversial how this effect should operate: directly or indirectly”. Hesselink, M. W. *The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law*, en la revista *Europa e Diritto Privato*, 2003, p. 5. Citado por Onurfio, Maria Vittoria, *The Constitutionalization of Contract Law in the Irish, the German and the Italian systems: is horizontal indirect effect like direct effect? A comment on Professor Kumm’s view*, en *Revista para el análisis del derecho*, InDret, 4/2007, Barcelona, 2007, p. 3. [http://www.indret.com/pdf/481\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/481_en.pdf) (Consultado el 7 de febrero del 2011).

<sup>3</sup> “The horizontal effects which are recognized are usually indirect, by way one of the general clauses. The general clauses which are most frequently used in contract law are the ones on good morals and on good faith...Other rights which have been granted horizontal effects in contract cases include the right to human dignity, the general personality right, the right to equality and the freedom of conscience. It is frequently said by commentators that, in principle, all constitutional rights could have an indirect horizontal effect by way of the general good faith clause”. Hesselink, Martijn, *The horizontal effect of social rights in european contract law*, en la revista *Europa e diritto privato*, 1-18, 2003, pp. 6-7. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1098923](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1098923) (Consultado el 8 de febrero del 2011).

la personalidad, la igualdad y la libertad de conciencia. Es pertinente subrayar el valor de la dignidad humana que debe prevalecer en la libertad de contratar, (se dice aquí libertad de contratar como derecho humano, más no derecho a contratar como derecho fundamental). Los Tribunales lo definen así:<sup>4</sup>

#### DIGNIDAD HUMANA. DEFINICIÓN.

La dignidad humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos.

Tesis I.5o.C.131 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXII, agosto de 2010, p. 2273.

De esta manera queda de manifiesto que el orden jurídico mexicano reconoce como origen, esencia y fin de los derechos humanos a la dignidad humana.

De su naturaleza y concepto se dice:<sup>5</sup>

#### DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO.

La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.

Tesis I.5o.C.132 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXII, agosto de 2010, p. 2273.

Con lo anterior se quiere decir que la dignidad humana es un valor que no debe ser olvidado como una de las bases de la libertad de contratar y que dicha libertad

---

4

<http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=164084&cPalPrm=DIGNIDAD,HUMANA,&cFrPrm=> (Consultado el 9 de febrero de 2011).

5

<http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=164083&cPalPrm=DIGNIDAD,HUMANA,&cFrPrm=> (Consultado el 9 de febrero de 2011).

basada en la dignidad se debe reflejar en el derecho a contratar a la hora de plasmarse en la hoja de papel o de manera electrónica.

### 3.2 *El Constitucionalismo del Derecho Privado*

Dado lo anterior, es pertinente reflexionar aquí lo que dice Ferrajoli en relación a los poderes económicos y potestades privadas:

Pero aún más ausente —sobre el plano teórico y sobre el institucional— se encuentra el desarrollo del paradigma del Estado de derecho, tanto en su dimensión liberal o negativa como en la social o positiva, en lo que atañe a los poderes económicos y más en general a las potestades privadas. No se ha desarrollado, junto al *constitucionalismo de derecho público*, un *constitucionalismo de derecho privado*.<sup>6</sup>

Para el autor, los límites y vínculos para tutelar los derechos fundamentales se encuentran en el poder público.

Pero es preciso no dejar de tomar en cuenta que en sentido estricto existen poderes privados, pues como se vio en el capítulo anterior, al parecer del autor citado, los derechos fundamentales, en este caso civiles y dentro de éstos el derecho a contratar, son derechos universales porque corresponden a todos en cuanto personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar, estos derechos son indisponibles y están establecidos inmediatamente por normas, es decir, son *normas téticas*, sobre los cuales se basa la igualdad jurídica; los derechos patrimoniales en cambio, son derechos singulares que corresponden a cada uno con exclusión de los demás, son disponibles, alienables, están preestablecidos por normas como efecto de los actos negociables por ellas previstos, es decir, son

---

<sup>6</sup> Carbonell, Miguel, *et al.*, (coord.), “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado” en *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001, p. 100, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/160/8.pdf> (Consultado el 29 de marzo de 2011).



*normas hipotéticas*, sobre los cuales se basa la desigualdad jurídica. Esto se muestra en la siguiente tabla:

Derechos Fundamentales ↓ Derechos Civiles ↓ <b>Derecho a Contratar</b>	Derechos Patrimoniales
Son universales	Son singulares
Son indisponibles	Son disponibles
Establecidos inmediatamente por normas	Preestablecidos por normas
Son <i>normas téticas</i>	Son <i>normas hipotéticas</i>
Igualdad jurídica	Desigualdad jurídica

Tabla 1

Como se mencionó en el punto anterior, con los derechos fundamentales surge la protección del particular frente al poder del Estado, es decir, una relación vertical.

En nuestra tradición, como he señalado al inicio, el paradigma garantista del Estado de derecho ha sido elaborado únicamente con referencia a la relación vertical Estado-ciudadano, autoridad-autonomía, libertades públicas-libertades privadas y no también entre las relaciones verticales que se instauran entre ciudadanos y entre poderes privados-libertades individuales. El Estado de derecho y su sistema de garantías se ha extendido, en parte, de múltiples y heterogéneas formas, también al derecho privado. La historia de la propiedad privada, de la empresa y del derecho de familia es, en gran parte, una historia de las progresivas limitaciones de las potestades privadas para tutela de los derechos fundamentales.<sup>7</sup>

Ante lo apuntado, para Ferrajoli no ha sido elaborada una teoría del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales en relación con los poderes privados, comparable a la elaborada para los poderes públicos.

La configuración como poderes de los derechos patrimoniales y de los derechos civiles de autonomía comporta de hecho una redefinición ampliada de la noción de "Estado de derecho". Tal concepto, en esta noción ampliada, equivale a la sujeción

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 105.

a la ley de todos los poderes, no sólo públicos sino también privados, y a su limitación y funcionalización para la tutela de los derechos fundamentales.<sup>8</sup>

En este sentido, se trata de minimizar el poder tanto en la esfera pública como privada, que en ésta última se puede manifestar en la fuerza física, la explotación, el dominio económico, el abuso interpersonal, entre otros. Los contratos pueden estar viciados tanto por error, dolo, mala fe, violencia, etcétera, pero también se debe tener en cuenta los diversos factores de poder que pueden viciar la manifestación de la voluntad.

Si es verdad, como he sostenido, que el derecho penal se justifica esencialmente como técnica de minimización de la violencia, tanto pública como privada, el entero artificio jurídico se justifica, según el paradigma del Estado de derecho, como técnica de *minimización del poder*, de otra forma absoluto: de los poderes públicos, que se expresan en los arbitrios políticos y en los abusos policíacos y administrativos; pero también de los poderes privados, que se manifiestan en el uso de la fuerza física, en la explotación y en las infinitas formas de opresión familiar, de dominio económico y de abuso interpersonal.<sup>9</sup>

La técnica de minimización es la igual garantía y maximización de los derechos fundamentales y la correlativa limitación de las situaciones jurídicas de poder. Con lo que se disipa la mala idea de que las únicas relaciones verticales de potestad-sujeción son las que existen en la relación de derecho público entre Estado y ciudadano; y que la sociedad civil, que es la esfera de Derecho Privado, es una sociedad natural. Pues las relaciones de poder-sujeción también se dan en las relaciones privadas de las cuales también están hechas natural o artificialmente la sociedad civil.<sup>10</sup>

A falta de regulación jurídica, estas relaciones se manifiestan bajo la forma de *poderes* y *sujeciones extra jurídicas* y tendencialmente *salvajes*: o porque se desarrollan dentro de roles e instituciones jurídicas abandonadas a dinámicas sustancialmente libres e incontroladas; o porque se desarrollan fuera de cualquier rol o institución jurídica y bajo formas puramente extra legales o ilegales.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 105-106.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>10</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 106-107.

Con lo anterior se observa que existen diversas sujeciones y opresiones económicas que se dan en las relaciones de mercado, tal como indica Ferrajoli, pues en tanto que dichos poderes no se regulen, son fuentes de desigualdades. Se aprecia la relación poder-desigualdad y que por su puesto, también se observa en la manifestación de la voluntad de las personas en los contratos: “El poder tiene de hecho el específico efecto de producir desigualdad, disparidad, serialización, disciplina, relaciones de sujeción; y la desigualdad consiste en relaciones asimétricas de poder-deber y en el sentimiento de desigualdad de las identidades propias y de otras que las acompañan”.<sup>12</sup>

### 3.3. *Contratos Civiles (Bilaterales)*

Es importante señalar que a partir de este apartado se mencionan sólo algunos ejemplos donde concurren factores de poder, económicos y sociológicos que se dan en el acuerdo de voluntades en los contratos civiles.

Día con día se generan diversas controversias relacionadas con los contratos, sea por su interpretación, incumplimiento u otras causas, por ejemplo la compañía telefónica que impera en México parece que tiene un monopolio tanto de dicho servicio como del servicio de internet, muchas veces se genera una carga para algunas personas que adquieren esos servicios porque les reporta una tarifa muy elevada y se produce muchas veces el no pago, al no tener más opciones de otras empresas que ofrezcan los servicios, hay un poder de dicha persona moral que se impone ante los consumidores.

Otro ejemplo son los contratos de crédito de adquisición de viviendas para los trabajadores, que ante la ilusión de tener casa propia para sus familias prácticamente “aceptan” dicho contrato, ya que es la única forma a la que ellos pueden acceder en este mundo globalizado, pero al firmar el contrato, muchas

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 107.

veces ignoran su verdadero contenido que es fijado con anterioridad al estar sustentado en UDIS (unidades de inversión) que fija el Banco de México y que año con año aumenta su deuda por actualizarse el salario mínimo, es decir, se convierte en una “pesadilla” porque pasan muchos años en pagar la totalidad del adeudo incluyendo intereses.

Sobre contratos de bienes inmuebles, como compra-venta, hospedaje y otros, menciona Fernando García Sais:

A lo largo y ancho del país se celebran operaciones con inmuebles en las que empresas desarrolladoras o constructoras ofrecen en venta al público consumidor casas-habitación, a partir de una maqueta o un folleto. De igual manera, en los destinos turísticos se transigen miles de contratos de *time-share*, sobre la base de un prototipo de servicio que asegura producirá la mejor experiencia de vida. Las agencias de viajes “hacen su agosto” empleando sugestivos folletos cuyos hoteles son verdaderos paraísos terrenales, Lamentablemente, en multiplicidad de ocasiones el consumidor constata que la casa-habitación recibida no tiene ni alberca ni el asador ni la cancha de tenis publicitada. Otras veces, el consumidor descubre que ha comprado un tiempo compartido que provoca la peor experiencia vacacional. Y finalmente, el viajero enfrascado en un largo recorrido se encuentra con la triste realidad de que si proveedor lo ha engañado y el paraíso ofrecido no era más que el primer reino sobrenatural de Dante.<sup>13</sup>

Como se observa, existen diversos factores que en los casos mencionados sería la publicidad engañosa por parte de algunas empresas para entablar los contratos con algunos consumidores. Algunas de las empresas mencionadas se valen de métodos para engañar a las personas y por otro lado, no todos los consumidores pueden investigar acerca de la verdadera intención de aquellas, pues a pesar que hoy en día basta navegar en internet para cerciorarse de que la información de los oferentes de un bien o un servicio sea cierta, no toda la población tienen acceso a medios informativos como el internet.

---

<sup>13</sup> García Sais, Fernando, “La eficacia jurídica contractual de la publicidad en los contratos con consumidores”, *Revista Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, año III, núm. 9-10 septiembre de 2004 – abril de 2005, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/9/dtr/dtr3.htm> (Consultado el 29 de marzo de 2011).

Por lo que se ha visto en la actualidad persiste lo dispuesto en el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal:

**Artículo 17.** 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.

El derecho concedido en este artículo dura un año.

Si se relacionan los ejemplos mencionados con este último artículo se apreciará que aún puede configurarse la explotación o el aprovechamiento por parte de una persona hacia otra por su suma ignorancia, inexperiencia notoria o miseria extrema, para obtener ganancias excesivas. Algunas empresas hacen maniobras como la publicidad engañosa para obtener los contratos y ganar mucho dinero a costa de los consumidores que no pueden percatarse de los engaños de aquellas; pues en ocasiones se ha dicho que es imposible que en este mundo globalizado exista alguien que no pueda tener cierta información en sus manos para defenderse de esas situaciones.

En estos casos, la mayoría de las veces los perjudicados a pesar de tener el derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de daños y perjuicios, no lo ejercen ya que no cuentan con los medios para solventar una defensa en una controversia jurídica o no informarse acerca de la Procuraduría Federal del Consumidor, pues la manera en que se hacen esos contratos es de manera verbal en tantas ocasiones, por lo que el tiempo concedido en el artículo 17 se vuelve relativamente reducido.

### 3.3.1 *Contrato de Hipoteca*

En los contratos hipotecarios se generan muchas controversias, usualmente por el incumplimiento debido a la falta de pago, cuyo origen podría ser el inadecuado

manejo y administración de los pagos, concurren muchos factores, como el hecho de no poder más sostener un frecuente pago de la deuda, ya sea interés financiero o moratorio, si se agrega a esto alguna crisis económica y problemas del deudor, se vuelve insostenible la liquidación de adeudo. Esto se observa muchas veces en créditos otorgados por instituciones públicas o privadas a personas, ya sean de una solvencia económica alta o mediana, para las personas que gozan de una tranquilidad financiera no representa mayor problema, pero para los demás es un dolor de cabeza que se puede convertir en una pesadilla, sus derechos patrimoniales no les permiten en muchas ocasiones liquidar el total del adeudo y sobreviene una controversia en donde es común arribar al embargo.

Ahora bien, dentro de los juicios derivados de contratos de hipoteca se señala importante la manifestación de la voluntad pero que no debe ser contraria o estar arriba de los intereses públicos y sociales, aunque se quiera renunciar a ciertas disposiciones legales, así se señala por ejemplo el artículo 481 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

**Artículo 481.-** Desde el día del emplazamiento, contrae el deudor la obligación de depositario judicial respecto de la finca hipotecada, de sus frutos y de todos los objetos que con arreglo al contrato y conforme al Código Civil, deban considerarse como inmovilizados y formando parte de la misma finca, de los cuales se formará inventario para agregarlo a los autos, siempre que lo pida el acreedor.

Para efecto del inventario, el deudor queda obligado a dar todas las facilidades para su formación y en caso de desobediencia, el juez lo compelerá por los medios de apremio que le autoriza la ley.

El deudor hipotecario en juicio no puede rechazar la obligación de ser depositario del bien inmueble de que se trate, es así como la manifestación de la voluntad en este ejemplo queda suprimida, toda vez que como se ve en la siguiente tesis<sup>14</sup>, el interés privado no puede subsistir sobre el público y social:

---

14

<http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=180877&cPalPrm=CONTRATO,DE,HIPOTECA,&cFrPrm=> (Consultado el 29 de marzo de 2011).

HIPOTECA, CONTRATO DE. LA CLÁUSULA EN QUE LOS DEUDORES RENUNCIAN A LA OBLIGACIÓN IMPUESTA POR EL ARTÍCULO 481 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, DEBE TENERSE POR NO PUESTA.

Aun cuando se pudiera establecer que el artículo 481 prevé un derecho real a favor del deudor hipotecario, como es el de la posesión, el mismo no se ubica en su esfera jurídica de manera libre y autónoma, pues atañe al interés que la sociedad tiene de que los procedimientos establecidos no se vean afectados por la voluntad de los particulares, en cuanto a la estructura esencial, por ser el sustento fundamental del Estado de derecho; lo que determina que la norma contenida en ese precepto deba considerarse de orden público e irrenunciable para los gobernados, excepción hecha de la posibilidad específica que establece el legislador, esto es, que el deudor hipotecario una vez emplazado a juicio no quiera aceptar la responsabilidad de depositario, por lo que antes de llevarse a cabo el emplazamiento al juicio hipotecario, el deudor carece de capacidad legal para renunciar a la obligación que le impone y, consecuentemente, al derecho que le otorga el referido artículo 481 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, encontrándose legalmente impedido para convenir al respecto al suscribir el contrato de hipoteca correspondiente, porque aun cuando se trate del documento base de la acción, la voluntad del deudor se habría expresado cuando legalmente no se encontraba autorizado para ello, y en esas condiciones debe tenerse por no puesta la cláusula que con ese fin se estipule, por existir contradicción entre la voluntad contractual y disposición expresa de la ley.

Contradicción de tesis 161/2003-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Décimo Tercero, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 9 de junio de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Irma Leticia Flores Díaz.

Tesis de jurisprudencia 60/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintitrés de junio de dos mil cuatro.

Tesis 1a./J. 60/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XX, agosto de 2004, p. 98.

Recientemente en España se dictó una sentencia (la cual es un claro ejemplo del choque que existe entre el normativismo jurídico y la realidad) donde devolver el bien inmueble liquida la hipoteca, la cual se constituyó sobre un bien inmueble y el crédito lo otorgó un conocido banco. Al llevarse a cabo la subasta, ésta no cubrió el total del adeudo por lo que el banco seguía cobrando al deudor, éste llevo a juicio el caso y la Audiencia Provincial de Navarra (segunda instancia) le asistió la

razón, fallando a su favor, con la sentencia que dice que al devolver el piso se liquida el crédito.<sup>15</sup>

Sin embargo, según la sentencia, en este caso "el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada". En concreto, el banco argüía que la hipoteca se concedió por 75.900 euros y, en el momento en el que la vivienda fue adquirida por la entidad, se había reducido a 42.895 euros. "Lo cierto es que el banco se adjudica una finca que él mismo valoraba en una cantidad superior", justifica, por su parte, el juez. La sentencia de la Audiencia navarra ratifica una anterior en primera instancia. BBVA, por su parte, ha anunciado que recurrirá ante el Supremo.<sup>16</sup>

Sobre los créditos hipotecarios otorgados por bancos en aquel país, mucho se piensa por las personas que dicha sentencia es prueba de la reacción frente a los abusos de los bancos en sus créditos e hipotecas y que han sido denunciados por las asociaciones de consumidores, ante tal problemática en ese país, *The New York Times*, clasificó al sistema hipotecario español como de los más severos del mundo.<sup>17</sup>

También en Barcelona, España, se dictó una sentencia por la que considera liquidadas con la venta del bien inmueble todas las deudas, no sólo la hipotecaria, de una pareja de jubilados:

Aunque la justicia tiene sus ritmos y la jurisprudencia solo la establecen dos sentencias similares del Tribunal Supremo, no es aventurado pensar que se pueden volver a dictar resoluciones similares, pues solo en 2010 se embargaron en España 180.000 viviendas, según el Consejo General del Poder Judicial. Ayer mismo se conoció otro auto novedoso dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona que también considera saldadas con la venta de la vivienda todas las deudas pendientes, no solo la hipotecaria, que mantenía una pareja de jubilados que se declaró en concurso de acreedores.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Cfr. "Un juez avala por primera vez que devolver el piso liquida la hipoteca", *El país*, 26-01-2011, [http://www.elpais.com/articulo/economia/juez/avala/primera/vez/devolver/piso/liquida/hipoteca/elpepueco/20110126elpepueco\\_12/Tes](http://www.elpais.com/articulo/economia/juez/avala/primera/vez/devolver/piso/liquida/hipoteca/elpepueco/20110126elpepueco_12/Tes) (Consultado el 29 de marzo de 2011).

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> Cfr. *Idem.*

<sup>18</sup> Ríos, Pere y Pellicer, Lluís, "Hipoteca legal, pero inmoral", *El país*, 29-01-2011, [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Hipoteca/legal/inmoral/elpepisoc/20110129elpepisoc\\_1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Hipoteca/legal/inmoral/elpepisoc/20110129elpepisoc_1/Tes) (Consultado el 29 de marzo de 2011).



Pero lo que realmente es alentador, es que las instancias jurisdiccionales en España están viendo realmente por los intereses de las personas, de los consumidores y de las clases desprotegidas, las clases débiles, pues tal sentencia protege a muchas y muchos del poder aplastante de las grandes empresas. En la sentencia que comenta el periódico mencionado, el juez tomó las circunstancias especiales del caso, pues tampoco se trata de alentar y dejar sin castigo a los morosos, incumplidores e irresponsables. Se espera que este tipo de resoluciones se tomen en México donde se proteja a las personas, a las clases débiles y a los consumidores ante el poder de otros en los contratos, pues se entiende que el órgano jurisdiccional debe tomar en cuenta las circunstancias especiales de los casos, las situaciones, la equidad, la realidad y no estar tan apegados al formalismo rígido y normativismo.

### *3.3.2 Contrato de Promesa de Compra-Venta y Declaración Unilateral de la Voluntad*

Se ha analizado qué tan importante es la manifestación de la voluntad de las personas en los contratos, que por ejemplo, en un contrato de promesa de compra-venta, forzosamente debe quedar clara dicha manifestación, toda vez que se puede confundir con una declaración unilateral de la voluntad. El Código Civil para el Distrito Federal regula el contrato de promesa en los artículos 2243 al 2247. Sobre esto comenta la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente tesis:<sup>19</sup>

#### **CONTRATO DE PROMESA DE VENTA Y PROMESA UNILATERAL DE VENTA. SU DISTINCIÓN.**

El contrato de promesa de venta que regulan los artículos 2243 al 2247 del Código Civil para el Distrito Federal, consiste en la participación de dos personas, de las cuales, una promete a otra celebrar un contrato en términos concluyentes y esta última acepta, independientemente de que ambas queden obligadas de manera

---

19

<http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=177052&cPalPrm=PROMESA,DE,VENTA,&cFrPrm=> (Consultado el 30 de marzo de 2011).

recíproca, o sólo una de ellas se obligue y la otra simplemente acepte la obligación hecha a su favor, lo que dará lugar a que tal acto jurídico se estime bilateral o unilateral, respectivamente. En este contexto, el compromiso del promitente participa en el contrato de promesa, cuando el beneficiario lo acepta como tal, amén de que éste podrá, en su oportunidad, exigir su celebración mientras no haya habido retractación. Desde esta perspectiva, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1835 y 1836 de la codificación invocada, el contrato de promesa puede ser unilateral o bilateral, según si sólo una de las partes se obliga y la otra simplemente acepta la promesa, pero sólo para beneficiarse de ella, sin que a su vez asuma la obligación de celebrar el contrato correspondiente, o bien, que sea consentida por ambas partes, de manera recíproca. También debe tenerse presente que de acuerdo con el artículo 2246 del Código Civil invocado, para que la promesa de contrato sea válida, además de constar por escrito y limitarse a cierto tiempo, deberá contener los elementos característicos del contrato definitivo que constituya el objeto del contrato preliminar de promesa, teniendo en cuenta que en todo contrato hay tres clases de cláusulas, las esenciales, las naturales y las accidentales, de las cuales indispensablemente deben constar en el contrato, al menos las primeras, dado que la no observancia de esta disposición, produce la inexistencia de la promesa. De igual manera deben constar los elementos que condicionen la esencia y existencia del contrato a celebrarse, como la identificación o, al menos, el señalamiento específico del bien a enajenarse y la mención de que deberá pagarse un precio, que si bien no es necesario que se fije con exactitud, sí que por lo menos se indique la posibilidad de cumplirse en su momento, pues debe partirse de la base que la compraventa, según se advierte del artículo 2248 del Código Civil referido, es un contrato en el que una de las partes se obliga a pagar un precio cierto y en dinero, elemento que lo peculiariza y distingue de otros actos jurídicos traslativos de dominio. Por el contrario, la promesa de venta, de manera simple y llana, consiste en un acto unilateral por el que una persona se obliga a celebrar un contrato con quien fuere la beneficiaria, y esta última no sólo no acepta, sino que ni siquiera se llega a enterar del mismo. Esto es, no se da la hipótesis de un contrato de promesa unilateral, ya que como acto jurídico, es siempre bilateral, en virtud de que debe existir la participación de dos voluntades, la de quien promete y la de quien acepta la promesa. Se trata en este caso, de una promesa que alguien asume a favor de otro, pero que éste no manifiesta su voluntad de aceptar, máxime que ni siquiera se entera de la promesa hecha a su favor, de suerte que este acto, por la circunstancia enunciada, es unilateral o unipersonal, que si bien produce efectos obligacionales en el promitente, al no ser aceptado, no es un contrato, ni siquiera de promesa unilateral, sino un acto jurídico producido por una sola voluntad, cuyo titular se obliga a celebrar un contrato respecto del compromiso aducido.

Tesis I.6o.C.366 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, octubre de 2005, p. 2318.

Del criterio jurisprudencial anterior queda demostrado que en un contrato de promesa de compra-venta, ya sea unilateral o bilateral, debe existir no sólo la manifestación de ambas voluntades, sino que también su participación, es decir, la de ambas partes; de lo contrario se estaría en el supuesto de una declaración

unilateral de la voluntad que sólo estaría produciendo efectos obligacionales a cargo del promitente, y al no estar enterado el beneficiario resulta lógico que no puede expresar su voluntad, por lo que no se estaría en el supuesto de un contrato de promesa de compra-venta, ya sea unilateral o bilateral. Por lo que muchas personas podrían valerse de esta confusión o inducir al error a otras para distorsionar la verdadera intención o aprovecharse.

Por otra parte, si bien es cierto que con el contrato de promesa no se transmite el dominio y que sólo se contrae una obligación de “hacer” consistente en la celebración del contrato definitivo, también es cierto que en los contratos de promesa de compra-venta que no disponen una obligación de “hacer”, sino de “dar”, o sea entregar la cosa y se paga el precio, ya sea en partes o en su totalidad, en este caso se estarían satisfaciendo los elementos de existencia del propio contrato de compra-venta, a pesar de los términos defectuosos de las partes contratantes, pues recordamos que la esencia de un contrato la da su fondo y no su forma.

Aunque no se debe olvidar que en un principio la verdadera intención de las partes era la realización de un contrato de promesa de compra-venta donde se definen las cláusulas del contrato definitivo, precisamente es eso, una obligación de “hacer” y no de “dar”, menos aún de transmitir la propiedad; pero no hay que perder de vista la verdadera intención de las partes en todos los contratos, ya que como se ha analizado pueden estar viciados o estar influenciados por diversos factores de poder.

### *3.3.3 Contrato de Compra-Venta*

Otras disposiciones legales que se critican son las contenidas en los artículos 2251 al 2254 del Código Civil para el Distrito Federal, relativos al contrato de compra-venta:

**Artículo 2251.** Los contratantes pueden convenir en que el precio sea el que corre en día o lugar determinados o el que fije un tercero.

Este artículo puede otorgar la libertad a las partes para decidir acerca que el precio de la cosa de la compra-venta sea fijado por un tercero, el cual lo designen ambas partes, pero también podría existir un desajuste en la relación de igualdad entre los contratantes, ya que uno de ellos con mayor poder económico puede abusar de este derecho, toda vez que al tener suficiente dominio sobre la otra parte, la someta a allanarse acerca del precio que fije un tercero, que muchas veces no es un perito correspondiente, sino alguna persona allegada. Fijado el precio no podrá ser rechazado, sólo de común acuerdo, pero la parte fuerte no permitirá que se modifique:

**Artículo 2252.** Fijado el precio por el tercero, no podrá ser rechazado por los contratantes, sino de común acuerdo.

Por lo que si un tercero no lo fija, el contrato quedará sin efecto, salvo pacto en contrario:

**Artículo 2253.** Si el tercero no quiere o no puede señalar el precio, quedará el contrato sin efecto, salvo convenio en contrario.

Pero en la realidad el precio queda al arbitrio de una de las partes. A pesar de lo que dice el siguiente artículo del Código mencionado:

**Artículo 2254.** El señalamiento del precio no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

En la siguiente Tabla 2 se explica esta relación con los artículos mencionados:

### En un contrato de compra-venta (y en muchos otros),

1. A tiene poder sobre B en la medida que condiciona su conducta.
  2. La conducta de B sería diferente si no estaría influenciada por A.
  3. B no es libre ante A, ya que se encuentra en un estado de *no-libertad*.
  4. Por lo que el poder de A es la *no-libertad* de B.
  5. A le impone a B algunos términos en el contrato.
  6. En este caso A impone a B que C fije el precio de la cosa de la compra-venta.
  7. Más aún, fijado el precio por C, no podrá ser modificado sino de común acuerdo entre A y B, pero queda evidenciado que A ejerce el suficiente poder sobre B como para que pueda inconformarse, y en caso que lo haga, A no querrá cambiarlo. Por lo que en el contrato en teoría quedó de común acuerdo el precio, pero en la realidad el precio quedó al arbitrio de A.
- Análisis: El poder de una persona sobre otra, salvo casos extremos, es un poder sujeto a determinados aspectos, materias, situaciones, relaciones, factores, etcétera, en este caso en un contrato.
- Conclusión: A pesar de que B manifiesta en el contrato que está de acuerdo con que el precio se fije por un tercero, no hay una verdadera voluntad de B, ya que está influenciada por factores de poder, por lo que el contrato está viciado. No hay una verdadera libertad de contratar, ni contractual. No hay una libertad positiva ni negativa por parte de B, por lo que no puede autodeterminarse en el contrato.

### Tabla 2

La intención de la partes es tan importante en el contrato de compra-venta, es decir, la voluntad de las mismas, que por ejemplo en un contrato de compra-venta internacional se recurre a los usos y términos comerciales de los contratantes para interpretar su intención, como se observa en la siguiente tesis:<sup>20</sup>

#### USOS Y TÉRMINOS COMERCIALES INTERNACIONALES. SIRVEN PARA INTERPRETAR LA INTENCIÓN DE LAS PARTES EN UN CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL

La práctica del comercio internacional utiliza determinados términos comerciales, desarrollados, mantenidos y promovidos por la Comisión de Derecho y Práctica Mercantil de la Cámara de Comercio Internacional y que constituyen estándares que facilitan el comercio internacional al permitir que agentes de diversos países se

<sup>20</sup>

<http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=164196&cPalPrm=CONTRATO,DE,COMPRA,VENTA,&cFrPrm=> (Consultado el 30 de marzo de 2011).

entiendan entre sí y hagan prácticos y eficientes los contratos internacionales. La observancia de esos términos derivados de los usos comerciales se desprende de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compra-Venta Internacional de Mercaderías, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, la cual tiene como propósito, entre otros, la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos para contribuir a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promover el desarrollo del comercio internacional. De la lectura armónica y sistemática de los artículos 4, 8, 9, 25, 26, 27 y 28 de esa convención se desprende el ámbito de aplicación de ésta en cuanto regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Según dichas normas, para los efectos de esa convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención, pero si tales reglas no fueren aplicables, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. Igualmente, para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, entre las que se encuentran las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes. También se dispone que las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas, y se dispone que, salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate. Luego, la convención de mérito reconoce las prácticas comerciales internacionales y deben entenderse comprendidas en ellas los usos, términos o conceptos desarrollados, mantenidos y promovidos por la Comisión de Derecho y Práctica Mercantil de la Cámara de Comercio Internacional y que constituyen estándares que facilitan el comercio internacional y hacen prácticos y eficientes los contratos internacionales. Así, deben observarse las reglas de la referida convención sobre cómo se cumple con la obligación de entrega de las mercancías y en su caso, cualquier controversia que se suscite puede sustentarse en esos términos comerciales internacionales y su empleo por las partes por tener conocimiento de él o porque deben tener conocimiento del mismo.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.  
Amparo directo 140/2009. Ana Luisa Lerdo de Tejada Luna de Landucci. 28 de mayo de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

Tesis I.3o.C.810 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXII, julio de 2010, p. 2101.

### 3.3.4 Contrato de Donación

Otro ejemplo se encuentra en los contratos de donación cuando es condicional u onerosa:

**Artículo 2335.** Pura es la donación que se otorga en términos absolutos, y condicional la que depende de algún acontecimiento incierto.

Se observa que en la donación se puede imponer una obligación condicional que en muchas ocasiones puede estar fuera del alcance de las personas o que les represente una carga bastante pesada, también se puede abusar de dicha facultad.

**Artículo 2336.** Es onerosa la donación que se hace imponiendo algunos gravámenes, y remuneratoria la que se hace en atención a servicios recibidos por el donante y que éste no tenga obligación de pagar.

Las donaciones onerosas son las que se realizan imponiendo algún gravamen al donatario por parte del donante, pero en la realidad se pueden establecer cargas desproporcionadas.

La manifestación de la voluntad en el contrato de donación es tan importante para que exista dicho acto jurídico, ya sea entre vivos o por causa de muerte.

**Artículo 2340.** La donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador.

De hecho cuando es por causa de muerte puede repudiarse la herencia, prevaleciendo la manifestación de la voluntad.

Un problema dentro de los contratos de donación es cuando las partes lo llevan a cabo de manera verbal, por lo que en alguna controversia se deberá demostrar en juicio la existencia de tal contrato. Se entiende que el órgano jurisdiccional al dirimir tal controversia tiene que tomar en cuenta la intención de las partes, es

decir, la manifestación de la voluntad de las mismas, las cuales hicieron tal contrato de manera verbal. Así se tiene la siguiente tesis:<sup>21</sup>

**DONACIÓN. SU FORMA ESCRITA CONSTITUYE UN REQUISITO DE VALIDEZ Y NO DE EXISTENCIA, POR LO QUE PROCEDE EN JUICIO LA DEMOSTRACIÓN DEL PACTO VERBAL.**

El contrato de donación de un bien inmueble constituye un contrato formal cuyo consentimiento debe manifestarse por escrito, sin embargo, cuando no se otorga en escritura pública, en los supuestos que la ley exige para el caso de la compraventa de ese tipo de bienes, la falta de forma no implica su inexistencia ni su nulidad absoluta, porque no hay norma expresa que imponga esa consecuencia por falta de forma resultando, por ende, que ese aspecto formal sólo constituye un requisito de validez; de ahí que el pacto verbal que reúna los elementos para su configuración sí puede demostrarse en juicio, pero estará afectado de nulidad relativa, por lo que procederá la condena a su otorgamiento si queda plenamente demostrada su existencia.

**TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.**  
Amparo directo 592/2004. María del Rosario Olvera Flores. 23 de septiembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Everardo Maya Arias.

Tesis I.3o.C.469 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XX, noviembre de 2004, p. 1956.

Se subraya que la manifestación de la voluntad es de vital importancia en los contratos, pues constituye la ley en los mismos.

### 3.3.5 Contrato de Mutuo

Se aprecia por otra parte, el contrato de mutuo:

**Artículo 2384.** El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

---

21

<http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=180152&cPalPrm=CONTRATO,DE,DONACION,&cFrPrm=> (Consultado el 30 de marzo de 2011).



Dicho contrato no reporta mayor complicación cuando es simple, sin embargo, cuando es con interés en gran medida se actualiza un aprovechamiento por parte del mutuante ya que, los intereses se fijan por él mismo a una cantidad muy elevada, que el mutuario —dadas sus condiciones económicas y de necesidad— tiene que aceptar.

Es lógico que si una persona se ve en la necesidad de solicitar un mutuo, sea simple o con interés es porque no goza de una gama de derechos patrimoniales, por lo que en determinadas circunstancias otros se aprovechan de ese estado de necesidad imponiendo un porcentaje muy elevado de interés, incurriendo en interés financiero y moratorio y no pactado sobre saldo insolutos, sino saldo promedio diario.

Aquí entra la miseria, ignorancia, estado de necesidad de las personas, falta de información, entre otros factores que hacen que se distorsione la voluntad de las partes en el contrato y en este caso la voluntad del mutuario. Convirtiéndose así en una carga que día a día se hace más grande y en ocasiones interminable.

Se establece en la siguiente tesis<sup>22</sup> un criterio para establecer los parámetros para la fijación de los intereses en un contrato de mutuo:

#### INTERÉS DESPROPORCIONADO. PARÁMETROS OBJETIVOS PARA DETERMINARLO.

El artículo 2395 del Código Civil para el Distrito Federal, establece el derecho que tienen los contratantes de un mutuo con interés, para pactar un interés convencional, el cual puede ser mayor o menor al legal. Sin embargo, en aras de proteger a los deudores, el legislador limitó el pacto del interés convencional, pues si éste se fija de manera desproporcionada, se crea la presunción humana de que se abusó del apuro pecuniario, inexperiencia o ignorancia del deudor, por lo que el juzgador, a petición del deudor, podrá reducirlo equitativamente hasta el interés legal. No obstante ello, también deben tutelarse las condiciones bajo las cuales el mutuante otorgó el préstamo al mutuatario, pues, el prestamista puede poner en riesgo parte de su patrimonio al entregar la suma de dinero, así como también tiene el derecho de obtener una ganancia lícita de esa operación. Ahora, el interés legal

---

22

<http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=167910&cPalPrm=CONTRATO,DE,MUTUO,CO N,INTERESES,&cFrPrm=> (Consultado el 31 de marzo de 2011).

no es el único parámetro objetivo cuya comparación permita conocer si un interés convencional es desproporcionado. En todo caso, tal comparación tendría que soportarse, al menos, en las siguientes circunstancias: a) las tasas del mercado relacionadas con los índices de la economía de la nación; b) el lugar y fecha en que se celebró la operación; c) el riesgo de la operación; d) el Índice Nacional de Precios al Consumidor u otros similares, y e) las circunstancias propias del caso. En efecto, no es dable jurídicamente limitar el criterio para declarar desproporcionado un interés fijado por los contratantes de un mutuo, a la circunstancia de que rebase por mucho el interés legal establecido en el referido precepto legal, pues, es un hecho notorio que las variables económicas inciden directamente sobre las tasas de interés fijadas por las instituciones bancarias que regula el Banco de México, intereses bancarios que en diversos momentos históricos han alcanzado tasas superiores al cien por ciento. Bajo esa óptica, para arribar a la conclusión de que un interés convencional se fijó de una manera desproporcionada, es indispensable establecer que dicha tasa rebasó con mucho a las que imperaron en el mercado bancario, bursátil, al Índice Nacional de Precios al Consumidor y riesgos de la operación, todo ello en el momento en que se celebró el contrato de mutuo con interés, así como las particularidades de cada caso, toda vez que el limitarlo a la comparación con el interés legal llevaría a arribar a determinaciones y a reducciones en el interés pactado por las partes, en situaciones que no lo ameritan, de ahí que si la actualización de la presunción legal señalada en el artículo 2395 del Código Civil para el Distrito Federal, descansa sobre el supuesto de establecer, por parte del juzgador, que el interés convencional es desproporcionado, resulta indispensable que se arribe a esa conclusión bajo los parámetros ya mencionados, para que de esa manera se genere la presunción ya mencionada y arrojar la carga de la prueba al acreedor, de que no abusó del apuro pecuniario, inexperiencia o ignorancia del deudor.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.  
Amparo directo 408/2008. Juan Moisés Arrastio Lazcano, su sucesión. 4 de julio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco J. Sandoval López. Secretario: Carlos Ortiz Toro.

Tesis I.4o.C.182 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXIX, febrero de 2009, p. 1893.

Como se observa, de la redacción de la tesis primero pretende proteger al deudor, luego dicha protección se amplía al acreedor, toda vez que se deben tener en cuenta muchos parámetros para el establecimiento de los intereses. Se considera que se deben tomar más en cuenta las circunstancias propias de cada caso, es decir, las condiciones especiales de cada contrato de mutuo con interés, para fijar los últimos, de ésta manera la parte deudora no quedará en desventaja ante su acreedor, pudiendo en el contrato dar una argumentación en las cláusulas de lo que se quiera y del monto de los intereses tomando más en consideración los aspectos de cada caso en particular como ya se mencionó.

### 3.3.6 Contrato de Arrendamiento

Por lo que respecta al contrato de arrendamiento, como ya se ha mencionado, es uno de los contratos donde en determinadas ocasiones prevalece más el poder y la influencia de una de las partes.

En el contrato de arrendamiento de casa-habitación, algunos arrendatarios, dada su condición económica, se ven impedidos por sus limitados derechos patrimoniales, a arrendar un bien inmueble cómodo, limpio, con los servicios necesarios, a pesar de que el artículo 2412 fracción II del ordenamiento legal citado dispone lo siguiente:

**Artículo 2412.** El arrendador está obligado, aunque no haya pacto expreso:

II. A conservar la cosa arrendada en buen estado, salvo el deterioro normal del uso que sufra el inmueble durante el arrendamiento, haciendo para ello todas las reparaciones necesarias; así como, las obras de mantenimiento para la conservación, funcionalidad y seguridad del inmueble;

Pero que en la realidad no se cumple dicha disposición. Es idealista, ya que no todos los arrendadores conservan en buen estado los inmuebles, sobre todo tratándose de cuartos de vecindades en colonias populares del Distrito Federal. Esto, muy por encima de que el arrendamiento es de interés social:

**Artículo 2448.-** Las disposiciones contenidas en este capítulo son de orden público e interés social, por tanto son irrenunciables y en consecuencia cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta.

Aunque como ya se demostró, en ocasiones, no se ve en la realidad que el arrendamiento sea considerado como de interés social, pues los inmuebles parecen estar en condiciones infrahumanas, deplorables, desdeñando la dignidad humana. Sobre las condiciones de higiene se estima:

**Artículo 2448-A.** No deberá darse en arrendamiento una localidad que no reúna las condiciones de higiene y salubridad necesarias para la habitabilidad del inmueble. En caso contrario, se aplicarán al arrendador las sanciones procedentes.

La situación de mucha gente que vive en pobreza es tal, que al no poder pagar un inmueble decente, se conforman con un cuarto que no reúne los más mínimos requisitos indispensables para vivir dignamente, pero la ley en este aspecto es, como se ha dicho, idealista, no se cuenta con un sistema eficiente en materia de arrendamientos, por lo que la ley es superada por la realidad en que se vive y deja a grandes sectores de la población en total desprotección, lo cual debe ser regulado con mayor fuerza, tal como lo dispone el siguiente artículo:

**Artículo 2448 B.** El arrendador que no haga las obras que ordene la autoridad correspondiente como necesarias para que una localidad sea habitable, higiénica y segura es responsable de los daños y perjuicios que los inquilinos sufran por esa causa.

Ahora bien, no todos los problemas se centran por parte del arrendador, sino también por parte del arrendatario. Esto se ve día con día en los juzgados por incumplimiento de contrato, al no pagarse las rentas; es un problema tanto sociológico, como económico y no sólo jurídico.

Se observa también que la apatía de los arrendadores al no realizar y mantener en buenas condiciones los bienes inmuebles, podría ser porque no se les da un apoyo, y ven como una carga pagar impuestos por el bien arrendado.

Otra problemática que se da, es la relativa a la tácita reconducción:

**Artículo 2487.** Si después de terminado el plazo por el que se celebró el arrendamiento, el arrendatario continúa sin oposición en el uso y goce del bien arrendado, continuará el arrendamiento por tiempo indeterminado, estando obligado el arrendatario a pagar la renta que corresponda por el tiempo que exceda conforme a lo convenido en el contrato pudiendo cualquiera de las partes solicitar la terminación del contrato en los términos del artículo 2478. Las obligaciones contraídas por un tercero con objeto de garantizar el cumplimiento del arrendamiento, cesan al término del plazo determinado, salvo convenio en contrario.

Se aprecia aquí que se debe realizar una notificación notariada o vía jurisdicción voluntaria para que se entere el arrendatario de la terminación del contrato, esto, naturalmente, antes de que concluya, de lo contrario la ley estaría supliendo la

voluntad de los contratantes al operar la tácita reconducción. Es decir, si el arrendatario continúa ocupando el inmueble sin oposición del arrendador después de concluido el contrato, se entiende que están de acuerdo en seguirlo. Y tácitamente están, de acuerdo a la ley, manifestando sus voluntades de continuar el contrato.

Se entiende que lo anterior es porque el arrendamiento es de interés social como se mencionó, y esta figura es muy frecuente en la práctica, lo cual ocasiona muchos problemas a las partes.

### *3.3.7 Contrato de Prestación de Servicios Profesionales*

También en los contratos de prestación de servicios profesionales se originan controversias en cuanto a la interpretación, ya que algunas veces se puede dejar al arbitrio de una de las partes, tal como se observa en el expediente número 01083/2010-00, referente a la prestación de servicios profesionales entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Carlos Daniel Guerrero Ramírez, relativo a la interpretación unilateral del contrato por parte de la Directora General del Centro de Documentación y Análisis, Archivos y Compilación de leyes, Diana Castañeda Ponce:

SOLICITAN A ESTE ALTO TRIBUNAL SE REALICE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES NÚMEROS SCJN/DGAS/PSH-439/12/2009, SCJN/DGAS/PSH-443/12/2009 Y SCJN/DGAS/PSH-446/12/2009, CELEBRADOS ENTRE ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y CARLOS DANIEL GUERRERO RAMÍREZ, ÉDGAR RENÉ JUÁREZ MONTOYA Y REBECA LEGORRETA VELÁZQUEZ, RESPECTIVAMENTE, EN VIRTUD DE QUE MANIFIESTAN QUE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS SEÑALADOS SE HA REALIZADO DE MANERA UNILATERAL POR LA DIRECTORA GENERAL DEL CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ANÁLISIS, ARCHIVOS Y COMPILACIÓN DE LEYES, DIANA CASTAÑEDA PONCE, ASIMISMO PIDEN QUE SE DICTE DE MANERA URGENTE LAS MEDIDAS NECESARIAS Y/O REMEDIOS PARA LA CONGRUENTE CONTINUIDAD DE SUS TRABAJOS EN EL "PROGRAMA DE VALORACIÓN DE LOS EXPEDIENTES JUDICIALES GENERADOS POR LOS JUZGADOS DE DISTRITO EN EL PERIODO 1951-2003", ASÍ COMO SUSTITUIR LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ANTES MENCIONADOS POR

CONTRATOS DE TRABAJO, CON LA FINALIDAD DE OBTENER EL INGRESO COMO EMPLEADOS EN ESTE ALTO TRIBUNAL. POR OTRA PARTE SOLICITAN SE DETERMINE SI ES QUE EL ACUERDO GENERAL CONJUNTO 1/2009, EMITIDO POR LOS PLENOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, TIENE EL MISMO RANGO JERÁRQUICO QUE EL "MANUAL PARA LA ORGANIZACIÓN DE LOS ARCHIVOS JUDICIALES RESGUARDADOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN", ELABORADO POR LA SECRETARÍA EJECUTIVA JURÍDICO ADMINISTRATIVA, DIRECCIÓN GENERAL DEL CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ANÁLISIS, ARCHIVOS Y COMPILACIÓN DE LEYES DE ESTE ALTO TRIBUNAL. MPL/agp.<sup>23</sup>

Como se observa la manifestación de la voluntad es tan importante que no debe dejar de imperar en los contratos, derivado de esto se procede a realizar una correcta interpretación de los mismos para apagarse estrictamente a lo que las partes han manifestado, aunque muchas veces, como en el ejemplo citado interviene un claro factor de poder por el cargo público que funcionarios desempeñan.

### 3.3.8 *Contrato de Mandato*

La manifestación de la voluntad es importante en todos los contratos. El artículo 2547 del multicitado ordenamiento legal no es muy claro cuando se refiere a que el mandato puede ser tácito, confundiendo con una aceptación que la ley suple a los efectos del silencio:

**Artículo 2547.** El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario.

El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehusen dentro de los tres días siguientes.

La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución de un mandato.

En lo que respecta al contrato de mandato, su interpretación es restrictiva, ya que el mandatario se debe apegar única y exclusivamente a lo estipulado en el

---

<sup>23</sup> <http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/> (Consultado del 31 de marzo de 2011).

contrato, es decir, a lo que el mandante le ha autorizado, tal como se observa en ésta tesis.<sup>24</sup>

#### MANDATO, CONTRATO DE. ES DE ESTRICTA INTERPRETACIÓN.

Examinando los artículos 2546, 2553, 2554, 2562 y 2583 del Código Civil para el Distrito Federal, y atento la naturaleza y fines del mandato, debe considerarse que como el mandatario obra en virtud y sólo por virtud del poder que el mandante le ha conferido, su ejecución tiene necesariamente que circunscribirse a los límites señalados por el mandante, toda vez que en caso contrario no habría representación, sino que los actos ejecutados por el mandatario vendrían en realidad a constituir un abuso o exceso en sus funciones. De ahí que la interpretación del mandato ha de ser siempre restrictiva, sin que, por tanto, pueda ampliarse a casos distintos de los comprendidos en su texto, porque de otro modo no se daría la sustitución real y efectiva de la voluntad del representado por las declaraciones de su representante, sino que vendría a ser éste el que impusiese su voluntad al representado, quedando así desnaturalizado el contrato. Es verdad, y así se deduce incluso del texto del artículo 2563 del propio Código Civil, que no obstante la naturaleza e índole restrictiva del mandato, en su ejecución puede el mandatario verificar algunos actos conexos, aunque no estén especificados en el poder, pues de acuerdo con dicho precepto, en lo no previsto y prescrito expresamente por el mandante, deberá el mandatario consultarle siempre que lo permita la naturaleza del negocio, y si no fuere posible la consulta o estuviere el mandatario autorizado para obrar a su arbitrio, hará lo que la prudencia dicte, cuidando del negocio como propio. Pero una cosa es que el mandatario goce de cierta libertad de acción ante situaciones imprevistas o circunstancias desconocidas, respecto de las cuales resulte razonable estimar que el propio mandante habría dado su aprobación, por ser acordes con el objeto del mandato, y otra, muy distinta, la ejecución de actos diferentes en su esencia a aquellos para los que se facultó al apoderado.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.  
Amparo directo 655/2001. Autobuses Estrella Blanca, S.A. de C.V. 10 de diciembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: Patricia Villa Rodríguez.

Tesis I.8o.C.232 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XVI, octubre de 2002, p. 1403.

---

24

<http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=185712&cPalPrm=CONTRATO,DE,MANDATO.&cFrPrm=> (Consultado el 31 de marzo de 2011).

### 3.3.9 *Pacta sunt servanda* y *Rebus sic stantibus*

Entonces en los contratos civiles se sostiene que las relaciones en los contratos son rígidas, cuya base se encuentra en la voluntad de las partes, la cual rige a los mismos, por lo que se deben cumplir cabalmente, *pacta sunt servanda* (los contratos se deben cumplir en la forma en que se acordaron). Esto es así para garantizar su seguridad jurídica.

Sobre el principio de *pacta sunt servanda* se apunta la siguiente tesis jurisprudencial:<sup>25</sup>

CONTRATOS. LOS LEGALMENTE CELEBRADOS DEBEN SER FIELMENTE CUMPLIDOS, NO OBSTANTE QUE SOBREVENGAN ACONTECIMIENTOS FUTUROS IMPREVISIBLES QUE PUDIERAN ALTERAR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN, DE ACUERDO A LAS CONDICIONES QUE PRIVABAN AL CONCERTARSE AQUÉLLA.

De acuerdo al contenido de los artículos 1796 y 1797 del Código Civil para el Distrito Federal, que vienen a complementar el sistema de eficacia de los contratos a partir de su perfeccionamiento no adoptan la teoría de la imprevisión o cláusula *rebus sic stantibus* derivada de los acontecimientos imprevistos que pudieran modificar las condiciones originales en que se estableció un contrato sino, en todo caso, el sistema seguido en el Código Civil referido adopta en forma genérica la tesis *pacta sunt servanda*, lo que significa que debe estarse a lo pactado entre las partes, es decir, que los contratos legalmente celebrados deben ser fielmente cumplidos, no obstante que sobrevengan acontecimientos futuros imprevisibles que pudieran alterar el cumplimiento de la obligación de acuerdo a las condiciones que privaban al concertarse aquélla, sin que corresponda al juzgador modificar las condiciones de los contratos.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Tesis I.8o.C.J/14, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XV, mayo de 2002, p. 951.

Existe también la cláusula *rebus sic stantibus*, y se entiende como aquella que regula los contratos para que en el supuesto de que ocurra algún evento

---

<sup>25</sup>

<http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=186972&cPalPrm=PACTA,SUNT,SERVANDA,&cFrPrm=> (Consultado el 1 de abril de 2011).



imprevisible, que afecte gravemente al deudor para cumplir sus obligaciones, se le permita rescindir el contrato.

La teoría de la imprevisión en algunas ocasiones permite que se rescinda el contrato, al ocurrir algún evento inesperado como una devaluación de la moneda por crisis económica, factores humanos no previstos, desastres naturales, etcétera, pero dicha cláusula entra en choque con el principio riguroso de que los contratos deben ser cumplidos (*pacta sunt servanda*), ya que en el Distrito Federal falta regulación al respecto, por lo que se puede observar en la siguiente tesis:<sup>26</sup>

CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. NO ES APLICABLE A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS QUE NO LA CONTEMPLAN, AUN CUANDO EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA LA HAYA PACTADO EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1962.

El hecho de que el Gobierno Mexicano haya ratificado, por decreto de veintinueve de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no quiere decir que éste deba regir los contratos o convenios que celebren los particulares, ni que la cláusula rebus sic stantibus, deba tenerse como sobreentendida en cualquier tipo de contrato que se celebre, aun bajo la tutela jurídica de un ordenamiento legal que no la contemple; pues hay que tomar en cuenta que la aludida Convención de Viena, versó exclusivamente sobre el Derecho de los Tratados, esto es, en ella se pactó el conjunto de derechos y obligaciones recíprocas que cada Estado tiene al momento de celebrar y exigir el cumplimiento de los tratados que, como entes independientes y soberanos, pacten entre sí; por lo que resulta un contrasentido el establecer que, por haberse pactado en dicha convención la cláusula rebus sic stantibus, pueda regir los actos jurídicos que se celebren entre particulares en territorio nacional, ya que su aplicación, en ese caso, se encuentra reservada al ámbito del derecho internacional público.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo directo 902/98. Miguel Ángel Pérez Córdoba e Irma Yolanda Navarro Tlaxcala de Pérez. 26 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Federico Rodríguez Celis.

Tesis III.2o.C.12 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, VIII, septiembre de 1998, p. 1149.

Sin embargo, se han creado figuras ante la teoría de la imprevisión para hacer frente a la falta de cumplimiento a los contratos, tales como la indexación, que fija

---

26

<http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=195621&cPalPrm=REBUS,SIC,STANTIBUS,&cFrPrm=> (Consultado el 1 de abril de 2011).

el Banco de México, las UDIS (Unidades de Inversión), o el pago con moneda extranjera (dolarización, *eurorización*, etcétera).

Ha sido motivo de grandes discusiones esta figura, y a pesar de ello nuestro derecho no permite la aplicación de esta teoría de la imprevisión o de la revisión del contrato o de la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida, ya que con este tipo de resolución se considera que atentaría gravemente contra la seguridad de la contratación. Además, legislación del D.F. rechaza esta revisión del contrato expresamente cuando se refiere al contrato de obra a precio alzado según el artículo 2626, que establece que “el empresario que se encarga de ejecutar alguna obra por precio determinado, no tiene derecho de exigir después ningún aumento, aunque lo haya tenido el precio de los materiales o de los jornales”.<sup>27</sup>

Lo anterior se aprecia hoy en muchos contratos (por ejemplo contrato de obra, o en los contratos donde se manejan grandes cantidades de dinero) para que las partes contratantes se protejan de los cambios que pudieran ocurrir en el mercado, o de las imprevisiones, o a fin de conservar el precio actualizado, las partes manifiestan su conformidad en que la cantidad adeudada se pague en UDIS, los cuales serán solventes en moneda nacional a la paridad que fije el Banco de México.

### 3.4 *Contratos de Adhesión (Unilaterales)*

Tanto el Estado como las demás personas deben respetar el derecho a contratar y aquél debe garantizarlo, pero en la realidad muchas veces no es así, pues aunque los contratos se deben plasmar en una hoja de papel o electrónicamente, se vulneran ante el apabullante poder de alguna de las partes contratantes, a pesar de que está consagrado como derecho fundamental cuya base jurídica se encuentra en la Constitución en el artículo 5.

---

<sup>27</sup> Sánchez Meda Urquiza, José Ramón, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, 5ta. ed., México, Porrúa, 1998, p. 72.

Bajo este tenor se considera conveniente hacer mención y análisis del artículo 85 de la Ley Federal de Protección al Consumidor que habla de los contratos de adhesión:

**ARTÍCULO 85.-** Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista y en un tamaño y tipo de letra uniforme. Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley.

Del artículo citado se ve que existe la “protección” de la parte débil, es decir, de la parte consumidora. En este artículo se da cierto cobijo o respaldo al consumidor en los llamados contratos de adhesión, ya que deberá estar en idioma español, ser legible con un tamaño y letra uniformes, también menciona que no debe haber obligaciones desproporcionadas, inequitativas ni abusivas, ni cláusulas contrarias a la ley. Es así como se podría hablar de una *consumerización* del Derecho Privado, en virtud de que se intenta dar protección a los consumidores.

Conforme al artículo 85, se estima también que puede representar un “arma de dos filos” y ser contingente porque por un lado quiere proteger al consumidor, tal como lo describe a partir del segundo enunciado, pero por otro lado,<sup>28</sup> como lo menciona en el primer enunciado, el artículo cae en la rigidez de lo formal (una visión muy apegada al normativismo) por convertir el contrato a un papel pre-elaborado por ser un acto jurídico unilateral, tal como se estudió y se mencionó en el capítulo anterior, pues dicho documento es elaborado con anterioridad por un proveedor, de manera unilateral.

---

<sup>28</sup> Aquí cabe recordar que es entendible que México haya adoptado la tradición jurídica Romano-Canónica y que por eso todo va en papel siempre, pero se considera que en este artículo se exagera dicha tradición, pues en dicho artículo se nota claramente la manera en que se margina el contrato a un papel elaborado con anterioridad por una de las partes.

Recordando lo que dice Kelsen acerca de la voluntad y su manifestación, se entiende que en el contrato debe haber una concurrencia de voluntades, ya sea de forma expresa o tácita, y tiene dicha concurrencia que ser paralela, debe haber *concordancia de voluntades*, pues la declaración de voluntad de uno de los contratantes debe dirigirse al otro y llegar hasta él, por lo que en el contrato debe prevalecer una declaración de voluntades cambiadas entre las partes, tal como lo ha hecho ver el autor citado.

Dado lo cual, se considera que en los formatos de adhesión no existe una verdadera, auténtica y genuina manifestación de voluntades, no existe una concordancia, ni concurrencia de tales, pues a pesar que uno de los elementos de existencia es el consentimiento donde debe imperar la voluntad de las partes, y en los formatos de adhesión se acepta al firmarlo por querer el bien o servicio, no se debe equiparar a una real aceptación de todos los términos, ya que éstos se han hecho con anterioridad por una de las partes que es generalmente la parte poderosa como grandes empresas o trasnacionales a pesar de que las cláusulas deber ser revisadas por la Procuraduría Federal del Consumidor.

No se pueden discutir ni modificar las cláusulas, ya que la parte consumidora no puede autodisciplinarse, no hay autodeterminación, pues existen impedimentos y constricciones que impone la parte poderosa al fijar las condiciones del formato, por lo que no hay una libertad de la parte consumidora para negociar, para plasmar sus términos.

En una ocasión, en una consulta de una asesoría jurídica, una persona argumentaba que un banco asociado de la compañía telefónica de la que se ha comentado, le llamó a su domicilio ofreciendo un seguro de vida por determinada cantidad y que el cobro se realizaría mensualmente cargado a su recibo telefónico, posteriormente le realizaron una encuesta, pero la persona nunca aceptó la oferta porque le representaba otra carga económica, aún así, el banco lo tomó como una aceptación, a pesar de que la llamada telefónica se grabó y se

verificó que la persona en ningún momento había aceptado. Ahora bien, si la persona hubiera aceptado la oferta realizada por el banco, no se hubiera configurado una verdadera libertad positiva, toda vez que no habría un poder de sí mismo para discutir las cláusulas, no habría una autonomía, una autodeterminación, pues no habría podido autodisciplinarse para definir las cláusulas en el contrato. Sólo se hubiera adherido al formato previamente establecido por la empresa en mención. También se quiere hacer notar que en el supuesto de que hubiera aceptado se estaría queriendo el objeto de la oferta, es decir, el servicio del seguro de vida, por lo que habría una aceptación, pero una aceptación a lo preestablecido por el banco, entonces habría una presencia del poder de la empresa y una ausencia del poder propio (autodeterminación), no habría libertad positiva ni negativa.

Es notable que en determinadas circunstancias puedan existir cláusulas abusivas y sobre esto habla la siguiente tesis:<sup>29</sup>

#### CONTRATO DE ADHESIÓN. CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Dada la naturaleza de los contratos de adhesión el estudio sobre la validez o nulidad de sus cláusulas en sede judicial debe tener presente que la falta de participación de quien adquiere un bien o servicio, no debe significarle la suscripción o aceptación de cláusulas abusivas que menoscaben sus derechos básicos como consumidor, consistentes en: el derecho a la información, a elegir, a no ser discriminado, a ser protegido, a la educación sobre los derechos de los consumidores y el consumo inteligente, a la seguridad, a la calidad y a la compensación. De modo que si por virtud de esas cláusulas establecidas unilateralmente, pese a las exigencias legales y derivadas de la buena fe, se causa un detrimento en esos derechos que origine un desequilibrio importante entre las partes para hacer efectivos sus derechos, entonces, debe declararse su nulidad, con las consecuencias que de ello se deriven y que sean competencia de la autoridad judicial.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.  
Amparo directo 513/2010. Sistema Único de Autofinanciamiento, S.A de C.V. 21 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz.

---

29

<http://200.38.163.161/UnaTesisInkTm.asp?nlus=163382&cPalPrm=CONTRATO,DE,ADHESION,&cFrPrm=> (Consultado el 1 de abril de 2011).

Entonces dichas cláusulas abusivas deberán declararse nulas por el órgano jurisdiccional.

Así las cosas, un dato que resalta del artículo 85 es cuando dice: “aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato”, quiere decir que el acto jurídico no es ya un acuerdo de dos o más voluntades para crear y transferir derechos y obligaciones, por lo que al interpretar la disposición no es necesario que contenga el consentimiento (concebido en la manera tradicional y es la que se ha venido manejando), previsto en los elementos de existencia.

Como se analizó en el capítulo anterior, el artículo 1839 del Código Civil para el Distrito Federal dice que los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley. Interpretando tal disposición relacionada con el artículo 85 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, quiere decir que en los formatos de adhesión se tendrán por puestas las cláusulas ordinarias, es decir, los elementos de existencia, el propio artículo se defiende ya que ciertamente no se pueden discutir las cláusulas en los formatos mencionados. Con esto se hacer notar que:

1. La Ley Federal de Protección al Consumidor, limita los contratos de adhesión a una hoja de papel, a una forma de producción eminentemente escrita.
2. Es un acto jurídico unilateral, cuyos términos fueron creados con anterioridad por un proveedor para crear y transferir derechos y obligaciones.

3. No es necesario que se establezcan las cláusulas ordinarias de un contrato.
4. Carece de un acuerdo de voluntades, por lo que una de las partes (la parte consumidora) sólo se tendrá que adherir a lo estipulado con anterioridad, de esta manera no puede discutir o defender sus intereses de manera directa, pese a la necesidad del producto o del servicio.
5. No existe libertad negativa, pues no se puede hablar de que la parte consumidora pueda negar el poder de su contraparte, por lo que existen impedimentos y constricciones; hay un poder de otros, un poder ajeno; una de las partes contratantes —en este caso el proveedor— impone a la otra el contenido de las obligaciones, por lo que no hay libertad de contratar (firmar o no el contrato).
6. No existe libertad positiva, ya que no existe el poder que la parte consumidora tiene sobre sí misma, no hay autonomía de la propia voluntad que se traduce en autodeterminación; no existe facultad de la parte consumidora para autodisciplinarse, por lo que no se puede hablar de libertad contractual (definir las cláusulas del contrato).
7. Con todo lo anterior no se quiere decir que en ésta investigación no se está consciente de que por ser “contratos” masivos que tiendan a adquirir bienes y servicios cotidianos, se recurra a la figura del contrato de adhesión, pues la Procuraduría Federal del Consumidor representa a la sociedad consumidora. De esta manera “vigila” y “revisa” las cláusulas para que no haya una desproporción u obligaciones abusivas hacia el consumidor. Queda evidenciado entonces que los contratos de adhesión ni son contratos ni son acuerdos de dos o más voluntades, por lo que se deberá ajustar dicha figura a la realidad.

Así, se tiene que:

Hay pretendidos contratos que no tienen de contratos, sino el nombre y cuya construcción jurídica está por hacer (a los) que se les podría llamar contratos por adhesión...hay el predominio exclusivo de una sola voluntad, o como voluntad unilateral, que dicta su ley, no ya a un individuo, sino a una colectividad indeterminada y que se obliga de antemano unilateralmente, sobre la adhesión de los que quisieron aceptar la ley del contrato y aprovecharse de esta obligación ya creada sobre sí mismo.<sup>30</sup>

También es cuestionable el nombre de contrato de adhesión como se ha estado analizando, sobre esto se señala que:

George Dereux aclara que la frase contratos de adhesión debe ser sustituida por la de contratos por adhesión, porque la primera parece aludir a una especie que podría colocarse o clasificarse igual que la venta, el arrendamiento y demás contratos, cuando en realidad se pretende designar a unos contratos formados por la simple adhesión de una persona a una oferta, cuyos términos no se pueden discutir del mismo modo que las cláusulas, por obra de partes, como se habla de testamento por escritura pública o principio de prueba por escrito, así debe de expresarse de los contratos por adhesión en México.<sup>31</sup>

Por su parte, Sánchez Medal afirma que: “Hay algunas formas o presiones del consentimiento en lo que a primera vista no existe el acuerdo de voluntades y en los que, por tanto, también aparentemente no hay contrato...”<sup>32</sup>

Con esto, se puede decir que en la actualidad hay una eminente caída o por lo menos ante una dudosa autonomía contractual, pues el neoliberalismo y la globalización juegan un papel importante para que la libertad contractual sea cada vez más una utopía para las clases sociales débiles y desprotegidas.

El derecho a contratar es un derecho fundamental (derecho civil), por lo que en la relación contractual los contratantes deberán tener la misma autonomía. Pero en

---

<sup>30</sup> Saleilles, R., *La declaración de voluntad*, París, Librería General de Derecho y Jurisprudencia, 1929, pp. 229-230.

<sup>31</sup> Dereux, George, “Naturaleza jurídica de los contratos de adhesión”, *Revista General de Derecho y Jurisprudencia II*, México, T.M. Azuela, p. 516, Citado por Rubiel, Juan Manuel, “Contratos por adhesión”, *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, año 8, núm. 22 enero-abril de 1997, p. 56, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/22/dtr/dtr4.pdf> (Consultado el 2 de abril de 2011).

<sup>32</sup> Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 16 ava. ed., México, Porrúa, 1998, p. 29.



los contratos de adhesión los consumidores no ostentan la libertad contractual, y el Estado tiende a proteger a estos últimos, debido a que son la parte más débil en dicha relación, basándose la Ley Federal de Protección al Consumidor (en teoría) en el principio de la buena fe, entre otros.

Dado que en los contratos de adhesión los contratantes no ostentan la libertad contractual mencionada en el párrafo anterior, no existe libertad positiva ni negativa, tampoco libertad para destinar la forma de gastar la parte de los ingresos que destina el Estado a los bienes y servicios que se dan al consumidor:

Como consumidores, ni siquiera somos libres para escoger el modo de gastar la parte de nuestros ingresos después de deducidos los impuestos. No somos libres de comprar ciclamatos o laetril, y pronto, quizá, sacarina. Nuestro médico de cabecera no es libre para recetarnos muchos fármacos que puede considerar como los más adecuados para nuestras dolencias, aun cuando estos fármacos puedan comprarse fácilmente en el exterior. Carecemos de libertad para comprar un coche sin cinturones de seguridad, a pesar de que, por ahora, somos todavía libres para escoger si los utilizamos o no.<sup>33</sup>

Se subraya que se entiende que por ser formatos masivos se recurre a la figura del “contrato de adhesión”, pues es lógico que la economía tiene que avanzar, no quedarse estancada y que el “dejar hacer y dejar pasar” del neoliberalismo impera en estos días, pero en lo que se genera duda es en la redacción del multicitado artículo 85 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, ya que se considera ambigua.

Como se observa, se asimila contrato con documento, confusión que demuestra desconocimiento de los conceptos jurídicos elementales; cuando es del dominio público que los contratos por adhesión en sinnúmero de ocasiones son verbales, o sea que las condiciones y términos se expresan por el oferente en forma verbal al adherente, y éste expone su consentimiento con lo propuesto por el oferente, como lo refirió Dereux y como lo podemos comprobar diariamente en la compraventa de múltiples productos que en aparador tienen sus precios, marcas y medidas, al adquirirlos no hay discusión contractual posible, o se acepta o se rechaza sin discutir.

---

<sup>33</sup> Friedman, Milton y Friedman, Rose, *Libertad de elegir*, trad. Carlos Rocha Pujol, 4ta. ed., Barcelona, Grijalbo, 1987, p. 99.

Pero más erróneo es lo que se asienta en el artículo 85 de la citada ley, en lo referente a que dicho documento no contenga las cláusulas ordinarias de un contrato, cuando las cláusulas ordinarias, es decir, de orden, como son en primer lugar el objeto y en segundo lugar el consentimiento, jamás pueden dejarse sin contenido, lo que significa que siendo cláusulas de orden necesario y de existencia necesaria, se dispensen o se excluyan del contrato aconteciendo que un contrato sin cláusulas elementales de orden necesario no existe. Se mantiene una definición de contrato por adhesión carente de toda congruencia jurídica, una definición trivial, pues se emplean vocablos equivocados, porque los que se ha pretendido definir debió señalar: cláusulas accesorias.<sup>34</sup>

Otro aspecto importante es que tanto los intereses de las parte en un contrato de adhesión son distintos y que es tan real y evidente que predomina el poder del oferente, no así de la parte consumidora: “A nadie sorprende ni extraña que los intereses de los consumidores y proveedores no sean coincidentes: los proveedores dominantes fijan las reglas del mercado, concluyendo este sistema en el sometimiento del consumidor a las reglas establecidas por los más poderosos”.<sup>35</sup>

El artículo 1 de la citada ley, menciona que es de interés público, lo que conlleva a deducir que los actos que se celebren en contradicción a la misma, son nulos, también se mencionan como principios básicos en las relaciones de consumo la protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales, coercitivos y desleales, prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios. Así, los actos jurídicos que los proveedores celebren en contravención del artículo en referencia son nulos. Esta nulidad puede ser absoluta o relativa.<sup>36</sup>

Sobre los engaños que se dan hacia los consumidores opina Friedman:

---

<sup>34</sup> Rubiel, Juan Manuel, *op. cit.*, nota 31, p. 59.

<sup>35</sup> García Sais, Fernando, “Efectos de la publicidad engañosa sobre la validez de los contratos celebrados con consumidores”, *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, año III, núm. 9-10, septiembre 2004 – abril de 2005, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/9/dtr/dtr2.htm> (Consultado el 2 de abril de 2011).

<sup>36</sup> Cfr. *Idem*.

El egoísmo hará que los vendedores engañen a sus consumidores. Se aprovecharán de su inocencia e ignorancia para cobrarles un precio excesivo y para darles gato por liebre. Les engañarán para que compren las mercancías que ellos no quieren. Además, los críticos han señalado que si se dejan libres las fuerzas del mercado, el resultado puede afectar a personas distintas de las directamente implicadas.<sup>37</sup>

Como señala Friedman, los consumidores se ven engañados y forzados por distintos medios a comprar o a adquirir algo que realmente no deseaban.

Por todo lo anterior, queda evidenciado que el citado artículo 85 del ordenamiento en mención es incongruente, con lo que se aclara que aquí no se está en contra de los llamados “contratos de adhesión” o formatos de adhesión como aquí se han denominado, sólo que dicho artículo es deficiente, pues no sólo hay documentos (o contratos) por adhesión (es decir, por escrito), sino también los hay verbales que generalmente son los que más prevalecen.

La Procuraduría Federal del Consumidor realmente debe cuidar, vigilar, proteger y representar los intereses de los consumidores y no quedarse sólo en un discurso o norma ideal, pues no todos los consumidores gozan de los mismos derechos patrimoniales para adquirir lo que les plazca sin la más mínima preocupación, hay también clases débiles que al contratar por adhesión les representa una verdadera carga económica y es donde el órgano citado debe velar por sus intereses. Como dice Riccardo Guastini: “Para garantizar un derecho no es suficiente proclamarlo, es necesario además disponer de los mecanismos adecuados para su protección”.<sup>38</sup>

Ahora bien, es importante hacer mención a la reciente reforma al artículo 1391 del Código de Comercio, en la cual se adiciona a tal precepto normativo una fracción, ya que ahora traen aparejada ejecución los convenios emitidos en los procedimientos conciliatorios que realiza la Procuraduría Federal del Consumidor,

---

<sup>37</sup> Friedman, Milton, *op. cit.*, nota 33, p. 265.

<sup>38</sup> Guastini Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, edición por Miguel Carbonell, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001, p. 220.

y los laudos arbitrales que la misma emite, por lo que se podría promover un procedimiento ejecutivo, ya que la demanda se estaría fundando en documentos que traen aparejada ejecución.<sup>39</sup> Entonces, tanto los convenios conciliatorios, como los laudos arbitrales que emite la PROFECO adquieren la suficiente fuerza para poder ejecutarse:

**SE ADICIONA AL ARTÍCULO 1391 UNA FRACCIÓN VIII, RECORRIENDO LA ACTUAL VIII PARA QUEDAR COMO IX, DEL CÓDIGO DE COMERCIO.**

**Artículo Único.-** Se adiciona al artículo 1391, una fracción VIII recorriendo la actual VIII para quedar como IX del Código de Comercio, para quedar como sigue:

**Artículo 1391. ...**

Traen aparejada ejecución:

I. a VI. ...

VII. Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor;

VIII. Los convenios emitidos en los procedimientos conciliatorios que realiza la Procuraduría Federal del Consumidor, así como los laudos arbitrales que la misma emite; y

IX. Los demás documentos que por disposición de la Ley tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución.

Se observa que la reforma al artículo 1391 fracción VIII es un gran avance en materia de derechos de los consumidores, ya que los convenios conciliatorios y los laudos arbitrales emitidos por la PROFECO adquieren carácter vinculatorio, toda vez que podrán ser ejecutados, con esto se aprecia también, que dichos convenios y laudos ya no son simples recomendaciones u opiniones, sino que se convierten en documentos que traen aparejada ejecución, por lo que se da un enorme logro para los consumidores.

Se estima que es un mecanismo adecuado para la protección de los derechos de los consumidores, el cual no debe quedarse en una ideología, se espera que tal medida se observe en la realidad para que la clase consumidora en verdad se encuentre protegida con los convenios conciliatorios y laudos que emite la PROFECO.

---

<sup>39</sup> [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5243983&fecha=17/04/2012](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5243983&fecha=17/04/2012) (Consultado el 20 de abril de 2012).

También se considera que además del anterior avance en materia de derechos de los consumidores, se proteja a dicho sector de la población a la hora de contratar.

Se concluye que tanto factores de poder económicos como sociológicos intervienen en la manifestación de la voluntad de las personas en los contratos civiles, que dichos factores distorsionan la verdadera voluntad e intención de alguna de las partes, por ser el contratante más débil en el acto jurídico.

Es evidente que el normativismo rígido que rige el Derecho Mexicano debe ser más flexible, ya que está siendo superado por la realidad jurídica en que vivimos.

La función del Derecho en ocasiones difiere de la estructura del mismo en cuanto a la manera de contratar, ya que como se ha demostrado diversos factores intervienen en la manifestación de la voluntad de las personas a la hora de hacer contratos, a pesar de que todos tienen el derecho a contratar como derecho fundamental, sin embargo esos factores, la realidad y los derechos patrimoniales hacen de nexos para que exista una desigualdad entre las personas, por lo que se genera un desequilibrio en la voluntad.

Ante el marco del siglo XXI se debe tomar en cuenta dichos factores sociológicos, económicos, jurídicos, de poder, así como al neoliberalismo, globalización y la realidad, para tratar de enfocarse a una más justa y práctica manera de hacer contratos. Es por ello que en el siguiente capítulo se realizará una propuesta teórica-conceptual acerca de la manifestación de la voluntad de las personas que abarque los aspectos estudiados y analizados en capítulos anteriores.

## CAPÍTULO IV:

### EL DERECHO A CONTRATAR EN EL MARCO DEL SIGLO XXI

#### 4.1 *El cambio de paradigma en el derecho a contratar*

A lo largo de los capítulos anteriores se ha analizado que en ciertas ocasiones el acuerdo de voluntades en algunos contratos civiles tiene ciertas dificultades cuando concurren factores económicos, sociales, jurídicos y de poder que se dan en el Estado Neoliberal. Para dicho análisis ha servido el realismo y el normativismo jurídico, de esta manera se ha comprendido cuál es la estructura y la función del derecho a contratar como derecho fundamental.

Bajo este tenor se puede entender que ocasionalmente la verdadera esencia jurídica del contrato se ha ido perdiendo con el paso del tiempo, ya que no siempre la voluntad de las partes contratantes se refleja, la cual supone representar la principal expresión o manifestación formal de la voluntad que se traduce en una autonomía o autodeterminación para crear y transferir derechos y obligaciones libremente, de manera que no existan cadenas, obstáculos ni factores que entorpezcan esa libertad.

Para comprender este apartado, es conveniente dejar claro lo que significa un paradigma y de acuerdo a Michael Quinn Patton, un paradigma es una forma de ver el mundo, una perspectiva general, es una manera de fragmentar la complejidad del mundo real. Por lo tanto, los paradigmas están enraizados en la socialización de los adeptos y de los practicantes, por lo que los paradigmas dicen a ellos lo que es importante, legítimo y razonable.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Patton, Michael Quinn, *Qualitative evaluation and research methods*, CA, Newbury Park: Sage, 1990, p. 37.1990, p. 37.

Como se vio en el primer capítulo, muchas han sido las causas por las cuales la esencia del contrato se ha ido transformado, ya que la realidad jurídica es la que en gran medida determina dicha transformación y que se encuentra en el lado opuesto al normativismo o al discurso original que el legislador le quiso imprimir. Así, para Jürgen Habermas: "El cambio de paradigma muestra que la autonomía privada, que viene establecida por el propio *status* de persona jurídica, ha de ser realizada de modo distinto en contextos sociales cambiantes." <sup>2</sup>

Se entiende (como se manejó en el Capítulo II) que el estatus jurídico es una posición o identidad dentro de un sistema específicamente jurídico, que es conferida por un precepto constitutivo, que consiste en un acto a un individuo cualquiera.<sup>3</sup> Se observa entonces que para Ferrajoli el estatus jurídico es la condición de un sujeto, la cual se encuentra prevista por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Con esto se puede entender que por un lado algo está establecido por un discurso jurídico y que él mismo dice cómo debe funcionar ese algo; sin embargo, por otro lado se encuentra la realidad social que muchas veces no sigue ese discurso previamente establecido ya que aquí es donde se ve la manera en cómo se lleva a cabo realmente, pues esta realidad de la que se habla es cambiante (dinámica).

Sobre el sistema estático y dinámico, Bobbio menciona que Kelsen hace una distinción entre el sistema normativo estático (donde sus reglas están unidas a través de un sistema de contenidos) y sistema normativo dinámico (donde sus reglas están unidas a través del modo en cómo se producen), precisamente para distinguir el Derecho Natural del Derecho Positivo. Continúa diciendo que en un sistema estático una norma pertenece a este sistema cuando se desprende del

---

<sup>2</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, 4ta. ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 472.

<sup>3</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Tomo 1. Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, et.al, Madrid, Trotta, 2011, p. 326.

contenido de los postulados éticos que hay en la base, y en un sistema dinámico se dice que una norma pertenece a este sistema cuando se produce en la forma prevista por la norma que establece el poder soberano.<sup>4</sup>

Por otra parte, se vio que ocasionalmente determinados factores producen un desequilibrio en la contratación civil, sobre esto apunta Habermas:

Igualmente dramáticos considera la dogmática los cambios que se han producido en el derecho contractual, los cuales (a través de la atención a las relaciones contractuales fácticas y a la situación fáctica del contrato, a través de la atención a la situación de contratación forzosa o cuasiforzosa que se produce en lo concerniente al suministro de agua, gas y electricidad, a través de la teoría de la protección de la confianza, de las doctrinas del error en los motivos y de la vulneración positiva del contrato, y sobre todo a través de los controles del contenido del contrato y de la firma del contrato, a través de los correspondientes deberes de información, de asesoramiento y de cuidado) vienen a parar en una «objetivización» de las relaciones de intercambio. Al igual que en el caso del derecho de propiedad, también aquí la compensación de los «fallos, deficiencias y fracasos del mercado» a favor de quienes ocupan las posiciones de poder más débiles (trabajadores, inquilinos, consumidores, etc.) es el objetivo declarado de las regulaciones.<sup>5</sup>

Se puede observar, como lo ha apuntado Habermas, que los cambios que se han producido en el contrato se han dado por la concurrencia de ciertos factores de poder y jurídicos, ya que la contratación forzosa —como él la llama— ha dado a la luz los contratos de adhesión, los cuales vulneran la esencia original del contrato (como se estudió en el capítulo pasado), ya que aquellos presentan una manera de contratar forzada, pues los bienes o servicios que se “ofrecen” en estos contratos se han vuelto indispensables para mucha gente, como luz, agua, gas, internet, etcétera; con lo que se vulnera a las clases más débiles y desprotegidas.

---

<sup>4</sup> “Per distinguere il sistema del diritto naturale dal sistema del diritto positivo Kelsen introduce la distinzione tra sistema normativo statico, le cui regole sono connesse attraverso il contenuto, e sistema normativo dinamico, le cui regole sono connesse attraverso il modo con cui sono prodotte. L’ordinamento giuridico è un sistema dinamico.

In un sistema statico si dice che una norma appartiene al sistema quando è deducibile dal contenuto del postulato etico che vi sta alla base; in un sistema dinamico si dice che una norma appartiene al sistema quando viene prodotta nel modo previsto dalla norma che istituisce il potere sovrano (la cosiddetta norma fondamentale).” Bobbio, Norberto, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizione di Comunità, 1977, p. 206.

<sup>5</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 2, p. 486.



Y aún cuando quien negocia en los contratos de adhesión a nombre de las personas son ciertos entes del Estado, lo cierto es que dichos entes u órganos son instituciones de gobierno y no instituciones de garantías, dado lo cual se pone en riesgo la libertad contractual de los individuos, pues una institución de gobierno es inmanente a la *esfera de lo decidible*, mientras que la libertad contractual es inmanente a la *esfera de lo indecidible*, con lo que se demuestra una distorsión de la calidad y naturaleza del negociador (sustituto del gobernado) respecto de los derechos que pretende representar (libertad contractual). Sobre la esfera de lo *decidible* y de *indecidible* apunta Ferrajoli:

Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de las mayorías son normas *formales* en orden a lo que es *decidible* por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar *esfera de lo indecidible*: de lo *no decidible que*, es decir, de las prohibiciones determinadas por los derechos de libertad, y de lo *no decidible que*, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales.<sup>6</sup>

Los derechos que pretenden “poner a salvo” a las minorías frente a las decisiones de las mayorías es lo que Ferrajoli llama la esfera de lo *no decidible*.

Entonces a lo largo del tiempo se ha producido un cambio en la manera de contratar, ya que la realidad social que es dinámica no se queda detenida ante un discurso jurídico que es estático, con lo que se produce un choque al enfrentar la verdadera esencia del contrato y la realidad. Así, es fácil darse cuenta que la intención original del legislador acerca de los contratos se convierte en una ficción. En los contratos se produce también una relación de dependencia entre los contratantes, pues en muchas ocasiones no existe verdadera igualdad de las personas. Los contratos materializados bajo normas de protección social, no dejan el tema de la rectitud de su contenido a la ficción de la libre manifestación de la voluntad para contratar.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ta. ed., trad. de Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, et.al, Madrid, Trotta, 2009, p. 36.

<sup>7</sup> Cfr. Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 2, p. 486.

El «derecho a concluir contratos se considera parte de un derecho general privado concerniente a compensaciones por ventajas y relaciones de dependencia, sistémicamente inducidas, derecho que, en lugar de confiar en la ficción de la igualdad de los sujetos que concluyen el contrato, hace accesibles las ventajas o desventajas estructurales que esos sujetos puedan tener en lo tocante a información, poder y competencia a un análisis empírico y a la correspondiente valoración jurídicamente reguladora».<sup>8</sup>

Se sostiene que el acuerdo de voluntades en los contratos está cambiando, la realidad social lo demuestra, hoy se necesita adecuar el discurso jurídico a la realidad, no hay que olvidar que el derecho nace de un hecho y no al revés. Con esto se podría evitar en la mayor medida posible que haya distorsión a la hora de contratar debido a los factores que se han mencionado. La tradición jurídica de México que es la romano-canónica se está quedando rezagada ante el dinamismo de los hechos que se dan en la realidad social, es por ello que el derecho a contratar como derecho fundamental ha cambiado, sin olvidar las cuestiones procesales que se dan a la hora de dirimir una controversia derivada de una litis contractual. Sobre la tradición romano-canónica opina Carlos Alberto Burgoa Toledo:

El derecho romano-canónico ya no es más una solución. Pugna por una aplicación rígida de la ley y de la Constitución sujetando la actuación de juzgadores a una acción restringida (*judicial restraint*) y sólo por excepción permite un activismo judicial (*judicial activism*). Con la tradición romano-canónica la aplicación de la ley es acuciosa para ajustar los hechos al Derecho y no la aplicación de éste a aquéllos.

Por eso, el error del Derecho no es regular o ser guía a lo lícito-ilícito, justo-injusto, bueno-malo, sino ser ajeno a las necesidades actuales de un país, lo que se ve afectado principalmente por decisiones de poder y del mercado que trascienden los límites ético-políticos y arriban a subjetividades que los demás deben ver como buenos.<sup>9</sup>

La tradición jurídica mencionada está alejada de la realidad, pues su “deber ser” se encuentra en pugna con el “ser”, con ello se producen cambios a los discursos jurídicos de los legisladores, ya que como se ha visto, la realidad social es

---

<sup>8</sup> D. Hart, “Soziale Steuerung durch Vertragsabschlußkontrolle”: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1986, p. 240.

<sup>9</sup> Burgoa Toledo, Carlos Alberto, “El Estado Constitucional de Derecho y su adecuación al mundo del “ser””, *Revista de Posgrado en Derecho de la UNAM*, México, vol. 6, núm. 10, enero-junio de 2010, p. 130.

cambiante. Es por ello que se debe proponer una respuesta rápida, la cual tome en cuenta todos los aspectos que se han analizado, como son los factores de poder, sociales y económicos, sin olvidar el Estado Neoliberal que impera actualmente.

Quizá nunca exista una forma unívoca de reunir al “deber ser” con el “ser”. Quizá ambos están destinados a ser perennes opuestos, sin embargo en épocas y momentos actuales en donde se requiere una respuesta rápida debido al acercamiento de distancias que la tecnología y la globalización ofrecen, es urgente realizar una flexibilidad Constitucional que despoje la idea de inamovilidad clásica que de ésta se conoce, pues lejos de hacer más rígida una Constitución (con lo cual se espera mayor orden), el único efecto es que mientras más estrecho es su texto, más inmóviles son las decisiones para solucionar problemas.<sup>10</sup>

Posiblemente el problema de raíz sea la inflexibilidad y rigidez de la Constitución y es por eso que se originan deficiencias jurídicas y choques entre el “deber ser” y el “ser”.

Es un hecho que se ha producido un cambio de paradigma en el Derecho Contractual, pues como se mencionó, el discurso jurídico del legislador se encuentra en pugna con el hecho de la sociedad a la hora de contratar. Por tanto, la estructura del derecho contractual está atrasada en relación a su verdadera y real función, por el cambio de paradigma mencionado, ya que la realidad, es decir, la función de los contratos muchas veces es diferente de su estructura, sin olvidar todos los factores que pueden concurrir, como son los de poder, jurídicos, sociales, etcétera.

Siguiendo lo que apunta Bobbio, el Derecho tiene un fin, el cual es mínimo y sirve de intermediario por ser un fin instrumental, pues sirve de condiciones preliminares para conseguir otros fines. Con esto se observa que para el autor el Derecho no es un fin último, es un medio para la consecución de otros fines como la justicia, el bien común o el interés colectivo.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> “Certo, il diritto ha un fine, ma è un fine minimo, un fine intermedio, un fine che ha valore strumentale, in quanto serve di condizione preliminare per raggiungere altri fini. Il diritto non ha un

La finalidad de un contrato civil es materializar los derechos poder (derechos civiles) mediante el acto jurídico llamado contrato, para que de esta forma las partes se proporcionen seguridad y certeza jurídica de que el contrato se cumpla, es decir, que la verdadera voluntad de las partes se realice de manera cabal, que no haya una desproporción en las obligaciones y derechos, que no se abuse de alguna de ellas por tener determinados aspectos, situaciones o circunstancias, como ser una parte "débil", ser una parte contratante de bajos recursos económicos, ser consumidor, ser trabajador, o vivir en ciertas áreas, lo que se traduce en derechos patrimoniales.

Esa finalidad está diseñada por el ordenamiento jurídico, sin embargo, la realidad, como se ha analizado, muchas veces es otra. Como señala Bobbio, la estructura del ordenamiento jurídico desempeña una función específica que es la de ofrecer eficacia, certeza y movilidad al sistema normativo, pero el hecho es que lo que caracteriza a los ordenamientos jurídicos es sólo la forma en que están estructurados.<sup>12</sup>

#### 4.2 *La teoría del Derecho y la realidad jurídica*

Muchos son los problemas y las causas por las cuales el acuerdo de voluntades en los contratos civiles está cambiando, (y no sólo éste, sino muchos ámbitos jurídicos). Hay un cambio de paradigma, lo cual genera muchos conflictos, choques y sobre todo desigualdades, pues como se vio a lo largo de esta investigación, existen dos aproximaciones de estudio del Derecho: uno es el normativismo jurídico que dice lo que "debe ser" desdeñando lo que "es" y el realismo jurídico que dice lo que "es" desdeñando lo que "debe ser".

---

fine ultimo (come la giustizia, il bene comune, l'interesse collettivo)." Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 4, p. 212.

<sup>12</sup> "La struttura specifica dell'ordinamento giuridico adempie una funzione specifica che è quella di assicurare certezza, mobilità ed efficacia al sistema normativo. Resta il fatto però che ciò che caratterizza quegli ordinamenti normativi che abitualmente chiamamo giuridici è proprio il modo con cui sono «strutturati»". *Ibidem*, p. 64.

Hoy en día, como veremos, estos presupuestos han cambiado en gran parte: por la ruptura del viejo nexo entre derecho y Estado, que ha resquebrajado la unidad e incrementado la incoherencia y la falta de plenitud de los sistemas y subsistemas jurídicos; por la expansión de los asuntos y materias en los que el derecho interviene o es llamado a intervenir, con razón o sin ella; por el desarrollo de nuevas desigualdades personales de tipo no sólo económico o social, sino también político, ligadas a las diferentes nacionalidades y ciudadanías; por la crisis simultánea de la razón jurídica y política y de la capacidad regulativa del derecho, frente al crecimiento de poderes salvajes extraestatales que escapan a su control y reivindican su carácter no sujeto a reglas. Sin embargo no ha desaparecido sino que ha aumentado la necesidad de un espacio autónomo para la teoría, como lugar de replanteamiento y redefinición de las categorías jurídicas, a la altura de las nuevas formas del poder y de las nuevas funciones del derecho.<sup>13</sup>

Como comenta Ferrajoli, debido a muchas causas el Derecho Positivo se encuentra en decadencia y es por ello que ha aumentado la necesidad de un espacio independiente para la teoría a fin de replantear y redefinir las categorías jurídicas que estén a la par de las recientes formas y factores de poder, así como de las nuevas funciones del Derecho. Con ello, el derecho a contratar como derecho fundamental también podría ser replanteado y redefinido bajo una nueva teoría, debido a los factores que se han estudiado y analizado en esta investigación a la luz de lo que propone el autor mencionado.

A causa de los procesos de globalización e integración supraestatal, están hoy en crisis el universo empírico y el horizonte teórico en los que se ha desarrollado la modernidad jurídica en todos los subsistemas enumerados: la primacía de la ley y el monopolio estatal de la producción legislativa, la unidad interna de los ordenamientos, la concentración y la estructura jerárquica de las fuentes, la sujeción al derecho de todas las funciones públicas, la abstracción y generalidad de las normas, la garantía brindada a los derechos fundamentales por los actuales ordenamientos constitucionales.<sup>14</sup>

Queda claro que el fenómeno de la globalización juega un papel importante en este proceso de cambios que se dan en las normas jurídicas y concretamente en el derecho a contratar como derecho fundamental. Por eso, la teoría del derecho contemporáneo no puede hacer caso omiso de la crisis que se ha venido desarrollando, debe entonces ofrecer alternativas que ella misma proponga.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 3, p. 4.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 7-8.

<sup>15</sup> *Cfr. Ibidem*, p. 8.

Es por ello que el autor en estudio desarrolla una teoría del Derecho, la cual se puede utilizar y encuadrar a la presente investigación como una propuesta teórica:

La teoría que aquí se desarrolla es una teoría del derecho axiomatizada. *¿En qué se basa, cómo se justifica y cómo se construye una teoría semejante, diferente de las disciplinas jurídicas particulares en la medida en que se dirige no al estudio de los contenidos normativos de un ordenamiento jurídico dado, sino únicamente al análisis de las formas y estructuras del derecho positivo?... intenta dar respuesta a estas tres preguntas, en las tres partes —la semántica, la pragmática y la sintáctica—... Me ocuparé primero del objeto o campo de investigación de la teoría, esto es, de las relaciones entre sus tesis y fenómenos investigados y de la especificidad de su enfoque respecto al de la dogmática jurídica, la sociología del derecho y la filosofía de la justicia; a continuación, de su dimensión pragmática, es decir, de las opciones que intervienen inevitablemente en su construcción y del papel normativo, a demás explicativo, de los principios que formula; finalmente, de los procedimientos específicos de formación y de control de sus conceptos y enunciados requeridos por el método axiomático con el que será elaborada.*<sup>16</sup>

Siguiendo lo que dice el autor, se elabora un esquema:

<b>Teoría del Derecho Axiomatizada</b>	<b>Campos</b>	<b>¿Qué estudian?</b>
¿En qué se basa?	Semántica	Objeto o campo de investigación. Relaciones entre sus tesis y fenómenos investigados. Enfoque respecto a la Dogmática Jurídica, Sociología del Derecho y Filosofía de la Justicia.
¿Cómo se justifica?	Pragmática	Opciones que intervienen en su construcción, papel normativo y explicativo de los principios que formula.
¿Cómo se construye?	Sintáctica	Procedimientos específicos de formación y control de sus conceptos y enunciados.

Tabla 1

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 4.

La Tabla 1 muestra de manera esquematizada la teoría del Derecho axiomatizada que el autor ha desarrollado, valiéndose de la Semántica, Pragmática y Sintáctica (estudiada ya en capítulos anteriores), esto es, en qué se basa, cómo se justifica y cómo se construye dicha teoría. “La teoría del derecho aquí elaborada pretende ser una teoría del derecho positivo moderno...”<sup>17</sup>

Se puede relacionar y encuadrar —como ya se mencionó— esta teoría a la presente investigación, aterrizando todos los conceptos teóricos y vaciando todo lo estudiado y analizado a lo largo de los capítulos pasados, de manera que se arribe a una propuesta teórica de la manifestación de la voluntad en los contratos civiles, con el objeto de evitar en la mayor medida posible la desigualdad de las partes y que éstas puedan argumentar de manera libre lo que realmente quieren, tratando de evadir las cadenas u obstáculos, así como los factores de poder y jurídicos que entorpezcan su real voluntad.

En el segundo capítulo se analizó y estudió la Semántica, la Pragmática y la Sintáctica como dimensiones de la Semiosis o Teoría de los Signos por Charles Morris y que Ferrajoli toma en su Teoría del Derecho Axiomatizada.

Son las tres cuestiones metateóricas que corresponden a las tres dimensiones del lenguaje que distingue Morris:<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>18</sup> “Si tratta delle tre questioni metateoriche – come viene costruita, di che cosa parla, a che cosa serve una teoria (del diritto) – che corrispondono alle tre classiche dimensioni del linguaggio distinte da Charles Morris: la (meta-teoria) sintattica, dedicata alle relazioni sintattiche tra i segni della teoria quali risultano dal metodo assiomatico utilizzato nella formazione dei suoi concetti ed asserti; la (meta-teoria) semantica, dedicata al contenuto empirico e informativo della teoria intorno al diritto positivo; la (meta-teoria) pragmatica, dedicata alle finalità esplicative della teoria e al ruolo critico e progettuale da essa suggerito nei confronti del diritto, sulla base del diritto medesimo.” Ferrajoli, Luigi, “Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto”, *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Di Lucia, Paolo, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, pp. 15-16, <http://www.lededizioni.com/lededizionallegati/464-1-assiomatica-normativo.pdf> (Consultado el 10 de octubre del 2011).

1. Cómo está construida. La Sintáctica: dedicada a las relaciones sintácticas entre los signos de la teoría que son fruto del método axiomático utilizado en la formación de sus conceptos y declaraciones.

2. De qué habla. La Semántica: dedicada al contenido empírico e informativo de la teoría en torno al Derecho Positivo.

3. Para qué sirve una teoría del Derecho. La pragmática: dedicada a la finalidad explicativa de la teoría y al diseño del papel crítico.

Ahora bien, Ferrajoli menciona una serie de ventajas acerca de la teoría que desarrolla: a) la unicidad semántica de los términos teóricos, b) la coherencia interna del discurso teórico, proporcionada por la demostración de las tesis no primitivas sobre la base de las reglas de transformación, c) la transparencia de las decisiones que están detrás de la teoría, d) la fecundidad del procedimiento seguido, que no es un método de control.<sup>19</sup>

Corresponde ahora en este capítulo relacionar dichas dimensiones para llegar a una propuesta teórica de la libre manifestación de la voluntad en los contratos civiles.

---

<sup>19</sup> “Ne consegue una serie di vantaggi: (a) l’univocità semantica di tutti i termini teorici, assicurata dalle loro definizioni sulla base di regole di formazione prestabilite; (b) la coerenza interna del discorso teorico, assicurata dalla dimostrazione di tutte le sue tesi non primitive sulla base delle regole di trasformazione (quelle della logica dei predicati, della logica degli enunciati e della logica modale) a loro volta prestabilite; (c) la trasparenza delle scelte che sono alle spalle della teoria e che riguardano unicamente le assunzioni (postulati e definizioni) stabilite, essendo tutte le altre tesi, rispetto ad esse, logicamente vere; (d) la fecondità del procedimento seguito, che non è solo un metodo di controllo, ma ancor prima un metodo di scoperta che consente di identificare come vere (ovviamente rispetto alle premesse stipulate) tesi non intuitive e di respingere come false (rispetto alle premesse) tesi intuitive.” *Ibidem*, p. 18.



### 4.3. La Teoría del Derecho de Ferrajoli

#### 4.3.1. La Semántica

La Teoría del Derecho se conecta con una serie de fenómenos y experiencias, en donde la Semántica de la Teoría del Derecho tiene por objeto identificar esos fenómenos y experiencias:

La primera cuestión,...se refiere a la semántica de la teoría. En un sentido amplio y genérico la teoría del derecho, como cualquier otra teoría empírica, se configura como un conjunto orgánico de enunciados acerca de un determinado «objeto» o «universo». No es por tanto una teoría filosófica, sino precisamente una teoría empírica, cuyos términos y tesis guardan una relación semántica con un conjunto de fenómenos y experiencias. El cometido de la (metateoría) semántica de la teoría del derecho es la identificación de ese conjunto de fenómenos y experiencias, esto es, del objeto que llamamos «derecho» y con respecto al cual pueden ser interpretadas y verificadas las tesis formuladas en la teoría.<sup>20</sup>

Para tal fin el autor analiza el «objeto» o «universo» de la teoría en dos subclasificaciones:<sup>21</sup>

1. La *extensión* de la teoría del derecho: Se refiere al campo o área de investigación denotado por ella. Se identifica con la de los ámbitos de experiencia a los que puede ser aplicada y en los que sus tesis pueden encontrar respaldo. Esto es, el Derecho Positivo.

2. La *intensión* de la teoría del derecho: Se refiere a su contenido informativo en virtud de las relaciones con la realidad, dadas por la interpretación de sus enunciados y conceptos. Se contempla desde dos concepciones:

a) La Dogmática Jurídica (Normativismo Jurídico: Derecho Vigente: *Law in Books*): caracteriza a la Teoría del Derecho como teoría *normativista* y a la Ciencia Jurídica como ciencia normativa. Es descriptiva de las normas jurídicas. Su

---

<sup>20</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 3, pp. 4-5.

<sup>21</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 5-9.

referente consiste en las *normas jurídicas* que regulan los comportamientos humanos. “Consisten en documentos normativos que, en los ordenamientos positivos modernos, se configuran en su conjunto como un complejo y articulado universo lingüístico: el discurso del legislador, expresado en un lenguaje legal más o menos tecnificado.”<sup>22</sup>

Este modelo está representado por la *Dogmática Jurídica* y tiene su campo de investigación inmediato a las normas vigentes que han sido dictadas por el legislador.

b) La Sociología del Derecho (Realismo Jurídico: Derecho Vivo: *Law in Action*): caracteriza a la Teoría del Derecho como teoría *realista* y a la Ciencia del Derecho como ciencia sociológica. Es descriptiva de los comportamientos humanos. Su referente consiste en “los *comportamientos humanos* regulados por las normas jurídicas, empezando por las mismas actividades y prácticas jurídicas en virtud de las cuales las normas son producidas o aplicadas.”<sup>23</sup>

Este segundo modelo está representado por la *Sociología del Derecho* y tiene su campo de investigación inmediato en los comportamientos humanos.

Si se hace una fuerte separación de estas dos escuelas, se podrían generar varios problemas si se aplica a ordenamientos de los estados que tienen constituciones rígidas:

Por el contrario esta rígida separación genera aporías —y amenaza con mutilar el contenido informativo de la ciencia jurídica— si se aplica a ordenamientos complejos, articulados en varios niveles de legalidad, como son los de los actuales estados constitucionales de derecho dotados de constituciones rígidas. En estos ordenamientos, en efecto, todos los fenómenos normativos pueden ser contemplados a la vez como *hechos* (o *actos*) y como *normas*. Concretamente, las *normas* pertenecientes a los niveles normativos inferiores también se nos muestran como *actos* (en tanto que tales potencialmente divergentes) respecto a las normas de nivel superior que regulan su producción. A la inversa, los *actos* normativos

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 8-9.

pertencientes a niveles normativos superiores también se nos muestran como *normas* (en tanto que tales potencialmente divergentes) respecto a los actos normativos inferiores cuya producción regulan.<sup>24</sup>

#### 4.3.2 La Pragmática

De acuerdo a la ideología que predomina, la Ciencia Jurídica y la Teoría del Derecho son discursos puramente descriptivos y avalarativos; por lo que es una concepción originada por diversas tradiciones muy enraizadas en la cultura filosófico-jurídica, como el principio weberiano del carácter no valorativo de las ciencias sociales, la idea de Kelsen de la pureza de la Teoría del Derecho. Pero la Ciencia Jurídica nunca ha sido puramente descriptiva y avalarativa, de hecho en las actuales democracias constitucionales no podría serlo, debido al específico estatuto normativo que les confiere la estructura de su propio objeto. La dimensión pragmática y valorativa es evidente y reconocida en lo que concierne a la Dogmática Jurídica desarrollada sobre la base de esa específica actividad cognoscitiva que es la interpretación, es decir, el análisis del lenguaje de las leyes positivamente existentes en determinado ordenamiento dado.<sup>25</sup>

Como comenta Ferrajoli, en la Teoría del Derecho es inevitable una dimensión prescriptiva, que contiene dos aspectos:

Pero también en la teoría del derecho es inevitable una dimensión prescriptiva, ligada a su finalidad explicativa. Y lo es bajo dos aspectos: el primero,...es el carácter convencional o estipulativo de los conceptos y las tesis primitivas elaborados por la teoría del derecho. El segundo,...es la inevitable presencia en los actuales sistemas complejos de derecho positivo, articulados en varios niveles normativos, de antinomias y lagunas estructurales no resolubles directamente por el intérprete y que no obstante la lógica del discurso teórico exige resolver.

El primer aspecto de la dimensión pragmática de la teoría es con seguridad el más sencillo. A diferencia de lo que ocurre con los conceptos y enunciados de la dogmática, vinculados al léxico y al discurso legales, los conceptos y postulados de la teoría son fruto de definiciones «estipulativas» o «asunciones», es decir, de

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>25</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 19-20.

decisiones justificadas no por los usos lingüísticos del legislador, sino por las estrategias explicativas seguidas por el propio teórico.<sup>26</sup>

Sobre el segundo aspecto de la dimensión prescriptiva de la Teoría del Derecho, apunta que es la más importante para la dimensión pragmática y es la que se da sobre las tres divergencias deónticas que se analizó en el Segundo Capítulo:

La segunda y aún más importante dimensión pragmática de la teoría del derecho es la que surge de las tres divergencias deónticas puestas de manifiesto por los diferentes puntos de vista desde los que, como ya se ha dicho, puede ser interpretada. Estas tres divergencias demandan otros tantos tipos de juicio y valoraciones acerca del derecho positivo a cargo de la *filosofía política normativa*, desde el punto de vista axiológico externo de la *justicia*; el análisis y valoración de las leyes vigentes a cargo de las *disciplinas jurídicas positivas*, desde el punto de vista interno de la *validez*; las investigaciones y la valoración acerca de la práctica jurídica a cargo de la *sociología del derecho*, desde el punto de vista externo de la *efectividad*.<sup>27</sup>

La divergencia más importante para la Ciencia Jurídica es la segunda, la que se da entre validez y vigencia, vinculada con la “norma” y con el “hecho”. Con lo cual, se deduce que la Pragmática es la Finalidad de la Teoría del Derecho, es decir, es aquello para lo que sirve. La Pragmática desarrolla una específica actividad: es la interpretación del lenguaje de las leyes positivamente existentes y lo lleva a cabo a través de dos aspectos:

1. Por el carácter convencional o estipulativo de los conceptos y tesis elaborados por la teoría del Derecho, esto es, las definiciones y decisiones seguidas por el propio teórico, desarrolladas por las estrategias explicativas hechas por éstos, por lo cual no son vistos por los usos lingüísticos del legislador, pues se entiende que es una actividad diferente a lo que ocurre con los conceptos y enunciados de la Dogmática Jurídica.

2. Por la presencia de antinomias y lagunas estructurales no resolubles directamente por el intérprete, pero que deben ser resueltas. Aquí se encuentran

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 20-21.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 24-25.

las tres divergencias deónticas que se estudiaron y analizaron en el Segundo Capítulo, tales divergencias se esquematizan como siguen:

<b>LAS TRES DIVERGENCIAS DEÓNTICAS:</b>		
1.- La divergencia entre justicia y validez	2.- La divergencia entre validez y vigencia	3.- La divergencia entre vigencia y eficacia
Filosofía Política	Dogmática Jurídica	Sociología del Derecho
Es la más importante para la Ciencia Jurídica, ya que está vinculada con la “norma” y con el “hecho”		

Tabla 2

La Tabla 2 representa las Tres Divergencias Deónticas que afectan al Derecho, y es donde se originan las antinomias y lagunas que deben ser resueltas; tales divergencias se analizaron en el Segundo Capítulo donde se concluyó que la más importante es la segunda.

#### 4.3.3 *La Sintáctica*

La Teoría del Derecho al estar formada con lenguaje artificial y convencional, es un sistema de enunciados y conceptos que se pueden organizar de acuerdo a una estructura formal y rigurosa. Es esa organización de sus conceptos y enunciados la que el método axiomático lleva a cabo mediante la formalización del lenguaje en el que se encuentran formulados. Dicho método tiene cuatro tipos de operaciones:

a) La estipulación de reglas de formación y transformación del lenguaje teórico;

b) La estipulación, según las reglas de formación preestablecidas, de un número de conceptos restringidos no definidos;

c) La definición, según las mismas reglas, de los demás conceptos de la teoría; y

d) La derivación, según las reglas de transformación preestablecidas, del resto de las proposiciones de la teoría a partir de los postulados y/o de las definiciones y/o de las proposiciones hechas con anterioridad.<sup>28</sup>

Sobre las reglas de formación y transformación se puede decir que:

Las reglas de formación y las reglas de transformación...forman en su conjunto la *sintaxis lógica* del lenguaje de la teoría. Las primeras establecen los signos, expresados mediante símbolos, que se admiten en dicho lenguaje y las combinaciones en las que pueden ser usados en las proposiciones. Las segundas, expresadas simbólicamente mediante fórmulas, son las reglas lógicas que determinan las inferencias posibles entre las proposiciones y, por tanto, el conjunto de las operaciones —o *cálculo*— que pueden llevarse a cabo a partir de ellas. Sobre la base de las primeras se formulan los postulados de la teoría, mediante el uso de los términos primitivos, y las definiciones, mediante el uso de términos primitivos o definidos con anterioridad. Sobre la base de las segundas se derivan todas las demás tesis o teoremas de la teoría. Para los fines del cálculo, toda la teoría —postulados, definiciones y teoremas— está expresada, además de un lenguaje ordinario, en el lenguaje simbólico determinado por su sintaxis.<sup>29</sup>

El autor apunta que un defecto del lenguaje teórico ordinario de la Ciencia Jurídica es su gran ambigüedad, que se origina por la indeterminación del significado extensional y por la imprecisión del significado intensional de la mayoría de sus términos.<sup>30</sup>

Sobre las ventajas del método axiomático que Ferrajoli ha desarrollado para la Teoría del Derecho se puede señalar:

---

<sup>28</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 48.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 48-49.

<sup>30</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 51.

El método axiomático, gracias a las constricciones impuestas al lenguaje y al discurso teórico por las reglas de formación y transformación estipuladas, impone en cambio opciones unívocas e informadas por la máxima economía en la formulación de los postulados y las definiciones, así como una rigurosa coherencia con los unos y la otras en el desarrollo de todo el discurso. Las operaciones más difíciles y exigentes son sin duda las que se refieren a la elección de los postulados y las definiciones. Una definición teórica, en particular, debe estipular con rigor las condiciones tanto necesarias como suficientes para el uso del término definido. Cuando se trata de conceptos particularmente complejos, no es fácil identificar todos sus rasgos necesarios. Pero más difícil aún es determinar sus requisitos suficientes, entre otras cosas porque el vocabulario del que se dispone, sobre todo en los primeros pasos de la teoría, es bastante elemental y limitado.<sup>31</sup>

Se deduce así que una teoría construida de este modo es como un mosaico o como un complicado edificio del que en primer lugar se encuentran los cimientos, levantar luego las paredes maestras, y construir luego los tabiques para disponer los ornamentos interiores.<sup>32</sup>

La Teoría del Derecho elaborada por Ferrajoli se puede sintetizar y esquematizar en la siguiente Tabla 3, en la cual se han usado algunas abreviaciones para efectos de practicidad, como:

Der. Pos: Derecho Positivo,

T.D: Teoría del Derecho,

Fil. Pol: Filosofía Política,

Dogmática Jur: Dogmática Jurídica y

Sociología del Der: Sociología del Derecho.

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>32</sup> *Cfr. Ibidem*, p. 52.

TEORÍA DEL DERECHO			
CAMPOS	SEMÁNTICA	PRAGMÁTICA	SINTÁCTICA
¿Qué estudian?	El contenido empírico e informativo de la teoría en relación con el Der. Pos. que forma su universo de discurso. Relaciones entre sus tesis y fenómenos investigados. Enfoque respecto al de la Dogmática Jurídica, Sociología del Derecho y la Filosofía de la Justicia.	La finalidad explicativa de la teoría y al papel crítico y prospectivo que ésta plantea respecto del derecho, pero a partir del propio derecho. Opciones que intervienen en su construcción, papel normativo y explicativo de los principios que formula.	Las relaciones entre los signos de la teoría como resultan del método axiomático utilizado para la formación de sus conceptos y proposiciones. Procedimientos específicos de formación y control de sus conceptos y enunciados.
Análisis	OBJETO	FINALIDAD	MÉTODO
¿Qué es?	Aquello de lo que habla	Aquello para lo que sirve	Entender su sentido
¿Qué hace?	Identifica los fenómenos y experiencias con los cuales se conecta la T.D como teoría empírica	Desarrolla la interpretación del lenguaje de las leyes positivamente existentes.	Organiza conceptos y enunciados de la T.D de acuerdo a una estructura formal y rigurosa.
¿Cómo lo hace?	A través de 2 aspectos: 1. <i>Extensión</i> de la T.D: Es el campo de investigación=Der.Pos. 2. <i>Intensión</i> de la T.D: Contenido informativo en virtud de las relaciones con la realidad dadas por la interpretación de sus conceptos y enunciados: a) Normativismo Jurídico ( <i>Derecho Vigente: Law in Books</i> ) Representado por la Dogmática Jurídica. b) Realismo Jurídico: ( <i>Derecho Vivo: Law in Action</i> ) Representado por la Sociología del Derecho	A través de 2 aspectos: 1. El carácter convencional o estipulativo de los conceptos y tesis elaborados por la T.D: Fruto de definiciones o decisiones justificadas no por los usos lingüísticos del legislador, sino por las estrategias explicativas del propio teórico. 2. Presencia de antinomias y lagunas estructurales no resolubles directamente por el intérprete: Tres divergencias deónticas: 1. Entre Justicia y Validez (Fil. Pol.), 2. Entre Validez y Vigencia (Dogmática Jur.) y 3. Entre Vigencia y Eficacia (Sociología del Der.)	A través de 4 operaciones: 1. la estipulación de reglas de formación (establecen los signos expresados mediante símbolos que se admiten en dicho lenguaje y las combinaciones en que pueden ser usados en las proposiciones) y transformación (expresados simbólicamente mediante fórmulas, son las reglas lógicas) del lenguaje teórico. Esta operación forma la <i>sintaxis lógica</i> . 2. la estipulación según las reglas de formación preestablecidas de un núm.de conceptos restringidos no definidos. 3. la definición de los demás conceptos 4. la derivación



#### *4.4 Hacia una propuesta de la libre manifestación de la voluntad en los contratos civiles*

##### *4.4.1 Objeto*

De acuerdo a lo que se ha desarrollado en torno a la teoría de Ferrajoli, se puede construir una propuesta conceptual de la libre manifestación de la voluntad en los contratos.

El derecho contractual como derecho fundamental posee su universo tanto en las normas, como en los hechos sociales, pero no se debe olvidar que la libre manifestación de la voluntad de las partes constituye la ley en los contratos. Se da una relación entre los conceptos, postulados y las tesis de dicho derecho con los fenómenos que se desarrollan en la sociedad, es decir, con los hechos o comportamientos humanos que se suscitan más allá del discurso jurídico del legislador. Aquí se encuentran también los factores que pueden concurrir a la hora de contratar como los de poder, sociales y los conflictos jurídicos derivados de los contratos que se deben dirimir en juicio o que simplemente se resuelven por las partes.

Un aspecto importante que se debe mencionar como fenómeno es el relativo al nexo que se da entre el derecho a contratar como derecho fundamental y los derechos patrimoniales, ya que de aquí nacen situaciones económicas, sociológicas, de poder o jurídicas, las cuales hacen desigual la capacidad de disponer de bienes muebles e inmuebles, derechos y obligaciones constituyendo una desigual capacidad para contratar, pese a que todos tienen el mismo derecho a contratar como derecho fundamental, lo cual en teoría todos son iguales; sin embargo, no todos pueden disponer de los mismos bienes, derechos y obligaciones, toda vez que no todos tienen la misma capacidad patrimonial, con lo cual se genera una desigualdad dado los factores que se han mencionado.

El Derecho no genera tales desigualdades, sino que los factores o situaciones antes mencionadas son las que las generan, tal como se analizó en el Segundo Capítulo.

En el Objeto de la teoría se estudian esas relaciones que se dan en el derecho a contratar, relaciones que son la interacción de las normas con los hechos y que corresponde a la Dogmática Jurídica, la Sociología del Derecho y la Filosofía de la Justicia estudiar.

Se identifican esas relaciones a través de dos aspectos manejados por Ferrajoli:

1. La *extensión*, es el campo de investigación del Derecho Contractual y que para el presente estudio es el Contrato en sí, los principios generales del Derecho, la norma como es el Código Civil y todos los cuerpos normativos relacionados con los contratos, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

2. La *intensión*, es el contenido informativo que se da con base en las relaciones como raíz de las interpretaciones entre los conceptos y enunciados del derecho contractual. Esto se logra a través de dos escuelas que por un lado es el Normativismo Jurídico representado por la Dogmática Jurídica (Derecho Vigente, *Law in Books*); y por el otro el Realismo Jurídico representado por la Sociología del Derecho (Derecho Vivo, *Law in Action*). Dichas escuelas se han estudiado en capítulos anteriores por lo que aquí no se profundizará al respecto.

#### 4.4.2 *Finalidad*

La Finalidad de la teoría es mostrar aquello para lo que sirve ésta y aquí se desarrolla la interpretación del lenguaje de las leyes positivas y de toda la *extensión* del derecho contractual.

La Finalidad es quizá el aspecto más importante de la teoría, ya que aquí es donde las partes contratantes deberán plasmar en la hoja de papel, de manera expresa, tácita o electrónica lo que realmente quieren, lo cual se logrará recurriendo a la argumentación para que el contrato no quede tan rígido ni escrito de manera extremadamente formal.

La argumentación es un punto importante ya que con ésta se pretende romper los formulismos rígidos y así dar mayor libertad a las partes a la hora hacer el clausulado.

“La lógica de la argumentación no se refiere, como la formal, a relaciones de inferencia entre unidades semánticas (oraciones), sino a relaciones internas, también de tipo no deductivo, entre las unidades pragmáticas (actos de habla) de que se componen los argumentos.”<sup>33</sup>

Con esto se logrará un mejor entendimiento de lo que se quiere en un contrato y además en caso de controversia, el órgano jurisdiccional no tenga duda de lo que se quiso en el contrato.

Además la argumentación reporta ciertas ventajas a la luz de Habermas:

Los participantes en la argumentación tienen todos que presuponer que la estructura de su comunicación, en virtud de propiedades que pueden describirse de modo puramente formal, excluye toda otra coacción, ya provenga de fuera de ese proceso de argumentación, ya nazca de ese proceso mismo, que no sea la del mejor argumento (con lo cual queda neutralizado todo otro motivo que no sea el de la búsqueda cooperativa de la verdad). Bajo este aspecto la argumentación puede entenderse como una *continuación con otros medios, ahora de tipo reflexivo, de la acción orientada al entendimiento*.<sup>34</sup>

Como se observa, la argumentación es de vital importancia en este apartado, ya que como lo menciona Habermas, los participantes, y en este caso, los

---

<sup>33</sup> Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, I, Racionalización de la acción y racionalización social*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, 1999, p. 43.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 46.

contratantes tienen que estar conscientes que no hay factores externos ni internos que entorpezcan la real voluntad y que el uno debe saber exactamente lo que quiere el otro en el contrato, esta exteriorización de la voluntad que cada contratante debe saber de su contraparte lo mencionaba Kelsen tal como se vio en el Capítulo II.

La Finalidad se logrará a través de dos aspectos manejados por el autor en estudio y son:

1. A través de las definiciones y decisiones del teórico, o en este caso de las partes contratantes, que son fruto de sus estrategias explicativas o argumentativas, como se ve, no son usos lingüísticos del legislador, no son argumentos o cláusulas tan rígidas con terminología extremadamente técnica, sino que se usan palabras, términos y definiciones más comprensibles, o lo más posiblemente entendible, ya que existen figuras jurídicas en los contratos que sí deben ser técnicas, pero en este caso se deberá recurrir a una explicación de dichas figuras.

2. Presencia de antinomias y lagunas que se dan en el Derecho Contractual y que se pueden reflejar en los contratos, las cuales deben ser resueltas. Las tres divergencias que se dan en el derecho a contratar son:

a) La divergencia entre lo justo, equitativo y la igualdad con la validez de los contratos. Estudiada por la Filosofía Política;

b) La divergencia entre la validez de los contratos y los conceptos jurídicos vigentes del Derecho Contractual. Estudiada por la Dogmática Jurídica; y

c) La divergencia entre los conceptos jurídicos vigentes del Derecho a Contratar y la realidad jurídica de los contratos. Estudiada por la Sociología del Derecho.

Como se ha analizando en capítulos pasados, existe un vacío, ya que la Dogmática Jurídica en cuanto a contratos es ideal, pero la realidad es distinta al discurso del legislador, ya que muchas veces no se observa equidad en los contratos. El poder de una de las partes, aplasta a la otra, sin olvidar los factores económicos y sociológicos, no se debe olvidar los derechos patrimoniales de las personas son importantes pues genera la desigualdad, pese a que tienen un carácter hipotético, en contraparte del carácter tético (que son) de los derechos fundamentales (en este caso el derecho a contratar).

Las divergencias que afectan al Derecho Contractual y que se han explicado, se pueden esquematizar de la siguiente manera:

<b>LAS TRES DIVERGENCIAS QUE AFECTAN AL DERECHO DE CONTRATAR:</b>		
1.- Los justo, equitativo y la igualdad ≠ la validez de los contratos	2.- La validez de los contratos ≠ los conceptos jurídicos vigentes del derecho a contratar	3.- Los conceptos jurídicos vigentes del derecho a contratar ≠ la realidad jurídica de los contratos
Filosofía Política	Dogmática Jurídica	Sociología del Derecho

Tabla 4

#### 4.4.3 Método

El método es para entender el sentido de los contratos, organizando conceptos y enunciados del Derecho Contractual.

Se deben explicar las reglas de formación de todas y cada una de las cláusulas en los contratos y en el caso de un convenio que modifica y extingue derechos y obligaciones, se deben explicar las reglas de transformación así como todas y cada una de sus cláusulas.

Es importante el método ya que en los contratos civiles las partes tienen que estar conscientes de que su contraparte ha entendido lo que realmente quiere dar, hacer, no hacer, conservar o permitir. En el caso de los contratos de adhesión se deberá, por parte de la Procuraduría Federal del Consumidor, dar una mejor y más amplia exposición de razones y motivos por las cuales está autorizando, “vigilando” y permitiendo que las empresas hagan las cláusulas en los formatos de adhesión, para que de esta manera se entienda que está protegiendo los intereses de la clase consumidora.

#### *4.5 La libre manifestación de la voluntad como medio de la autodeterminación y del Derecho a Contratar en el marco del siglo XXI*

La presente es una propuesta meramente conceptual acerca de la libre manifestación de la voluntad de las personas. En los capítulos anteriores se analizó la voluntad de las personas, los factores que en ocasiones intervienen para que se distorsione. El Derecho a Contratar como derecho fundamental reporta en teoría la igualdad de las personas, sin embargo, como se estudió existe un nexo que acarrea la desigualdad a la hora de contratar, dicho nexo son los derechos patrimoniales.

Es importante recordar que en el Capítulo II se propuso una definición de la manifestación de la voluntad:

*“La voluntad es el acto psíquico de las personas el cual tiene que ser exteriorizado de forma expresa o tácita según lo dispongan las normas jurídicas vigentes, y estar libre de otra voluntad, poder o factores externos, por lo que dicho acto consiste en el poder que las personas tienen sobre sí mismas, la cual se traduce en una autonomía o autodeterminación, con el fin de crear y transferir derechos y obligaciones”.*

Por lo que la manifestación de la voluntad se tiene que dar de manera libre en los contratos civiles para que haya una verdadera creación y transferencia de derechos y obligaciones entre las partes, de manera proporcional y equitativa.

En el apartado anterior se vio lo que es el Objeto de la propuesta teórica. El Objeto pretende dar respuesta a lo que es el Derecho a Contratar, por lo que aquel ve de manera directa las relaciones que se dan en las normas del Derecho a Contratar como derecho fundamental y los hechos sociales y que es estudiado por la Dogmática Jurídica, Sociología Jurídica y Filosofía de la Justicia.

Esas relaciones que se ven en el Objeto, se logran entender a través de dos aspectos:

1. La extensión, que es el campo de investigación del Derecho a Contratar:

- Contrato (papel, electrónico)
- La norma jurídica (Código Civil)
- Cuerpos normativos jurídicos relacionados con los contratos
- Jurisprudencia
- Principios Generales del Derecho
- Costumbre
- Doctrina

2. La intensión, que son las interpretaciones de las relaciones que se suscitan entre la norma contractual y los hechos sociales. Se contempla a través de dos escuelas:

- Normativismo Jurídico, estudiado por la Dogmática Jurídica (Derecho Vigente, *Law in Books*).

- Realismo Jurídico, estudiado por la Sociología del Derecho (Derecho Vivo, *Law in Action*).

Como se dijo, la Finalidad de la propuesta pretende dar respuesta a la pregunta: ¿para qué?, es decir, para qué sirve tal propuesta, cuál es su finalidad. También es fruto del desarrollo de la interpretación de la extensión del Derecho a Contratar.

La finalidad es el punto central de la propuesta, ya que aquí se intenta que las partes plasmen de una manera expresa, tácita o electrónica lo que realmente quieren, dicho cometido se logrará recurriendo a la argumentación en el contrato, de manera que se elimine la rigidez y extra formalidad del fondo y forma del contrato, de esta suerte la partes débiles o menos protegidas en el contrato, plasmen de una manera más natural lo que en verdad desean dar, hacer, no hacer, conservar o permitir en el contrato, ya que muchas veces los contratos están llenos tanto en forma como en fondo de terminología demasiado rígida, extra formal y poco entendible para muchas personas.

Por todo lo expuesto, se apunta que:

*El Derecho a Contratar como Derecho Fundamental en el marco del siglo XXI deberá recurrir a la argumentación, pues ésta deberá jugar un papel importante a la hora de contratar, toda vez que, cada contratante deberá exteriorizar su voluntad de manera libre y que dispongan las normas jurídicas vigentes, ya sea expresa, tácita o electrónica, para que su contraparte quede consciente de lo que quiere y viceversa, pues la argumentación tiene que dar nacimiento a una reflexión dirigida al entendimiento de lo que se quiera dar, hacer, no hacer, conservar o permitir para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, con esto nace una acción del buen entendimiento en los contratos, neutralizando en la mayor medida posible factores jurídicos, sociales, económicos y de poder que pudieran distorsionar la verdadera y real voluntad de las partes.*



Se aprecia que la lógica de la argumentación es una lógica informal, que se desapega de los silogismos que van de una premisa mayor, premisa menor y conclusión, con la argumentación se quiere que los contratantes se desapeguen del formalismo que en ocasiones dictan las normas jurídicas por ser originarias de la tradición romano-canónica, que se desapeguen también del poder aplastante de algunas personas físicas o morales que como se observó en capítulos anteriores hace imposible que las clases débiles y desprotegidas vean materializarse lo que realmente desean en los contratos. Con el desapego a la lógica formal y el acercamiento a la argumentación se evitaría en la mayor medida posible el resultado deseado de las personas poderosas en los contratos, es decir, pasar de un punto A, a uno B y llegar forzosamente al resultado C; con la ayuda de la argumentación todas las personas tienen las mismas posibilidades de plasmar en el contrato su verdadera manifestación de la voluntad, pues deberán expresar de manera más libre, más natural y menos rígida el clausulado, valiéndose de distintos medios argumentativos.

Con la argumentación se producen argumentos pertinentes, que convencen dadas sus propiedades intrínsecas. Los argumentos son instrumentos que ayudan a alcanzar un reconocimiento que el proponente plantea.<sup>35</sup>

Como se señaló, la Finalidad se logrará a través de dos aspectos:

1. Plasmando las definiciones y decisiones de los contratantes recurriendo a usos argumentativos en el contrato, por lo que no son usos lingüísticos del legislador.
2. Tratando de resolver las antinomias y lagunas que se dan en el Derecho a Contratar, y que se dan por las tres divergencias que se han mencionado.

El Método de la propuesta, da respuesta a la pregunta ¿cómo?, es decir, cómo se realiza la misma. Con el Método se pretende entender el sentido de los contratos

---

<sup>35</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 47.

civiles organizando conceptos y enunciados en el clausulado explicando las reglas de formación o de transformación de las cláusulas en los contratos; y en los contratos de adhesión la PROFECO, como ya se mencionó deberá ofrecer una mejor y más amplia exposición de motivos por las cuales está autorizando, vigilando y permitiendo los formatos de adhesión de las personas físicas o morales, para que de esta manera el discurso de dicho órgano se encuentre acorde a la realidad jurídica en que se vive en un mundo globalizado, para que la clase consumidora esté realmente protegida de los abusos y del poder aplastante de algunas empresas nacionales o trasnacionales que pisotean y se aprovechan de aquellas personas débiles. Así se tiene que:

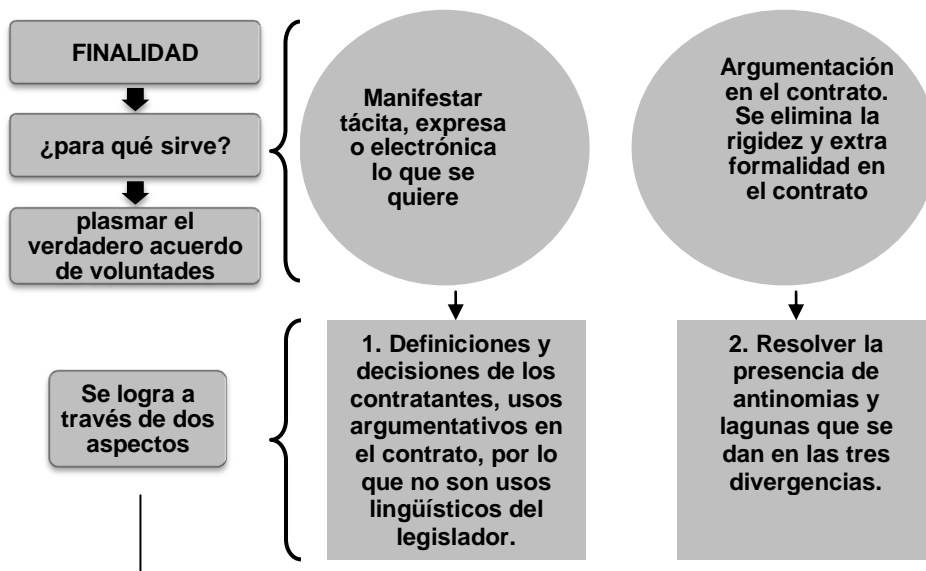
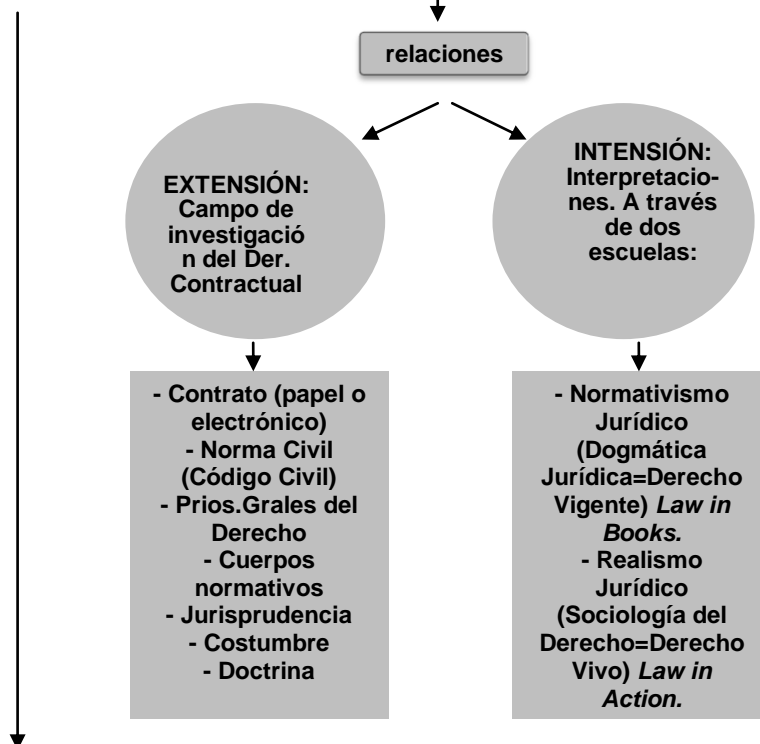
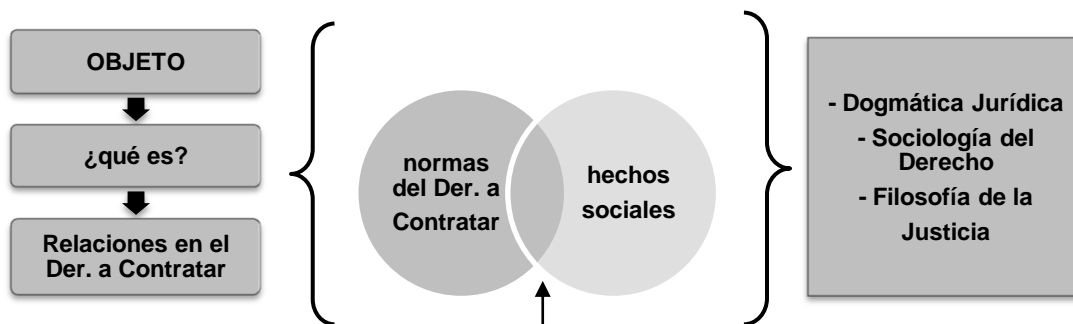
“Se ha dicho que el mercado debe ser complementado por disposiciones tendentes a proteger al consumidor contra sí mismo y contra la avaricia de los vendedores, y para protegernos a todos de los posibles efectos negativos de las transacciones del mercado”.<sup>36</sup>

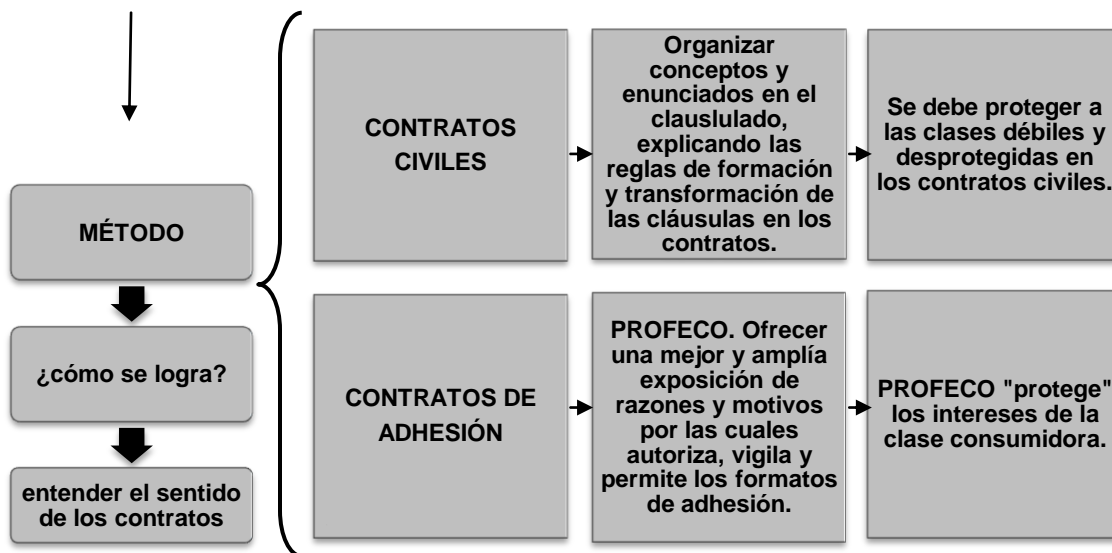
Como se aprecia es necesaria una debida protección a los consumidores y se puede empezar haciendo propuestas teórico-conceptuales para dicho cometido.

Todo lo explicado en este punto se puede sintetizar en el siguiente esquema:

---

<sup>36</sup> Friedman, Milton y Friedman, Rose, *Libertad de elegir*, trad. Carlos Rocha Pujol, 4ta. ed., Barcelona, Grijalbo, 1987, pp. 265-266.





Como se mencionó es sólo una propuesta conceptual acerca de la libre manifestación de la voluntad que pretende ser más justa y neutralizar los factores que pueden ocasionalmente intervenir, de esta manera se evitaría en la mayor medida posible el desequilibrio entre las partes contratantes, por lo que las masas débiles o desprotegidas puedan argumentar más en los contratos.

## CONCLUSIONES

1. En lo que respecta al Estado, y cualquiera otra sociedad organizada donde hay una esfera pública, no importa si es total o parcial, está caracterizado por relaciones de subordinación entre gobernantes y gobernados, esto es, entre detentadores del poder de mandar y destinatarios del deber de obedecer, que son relaciones entre desiguales; en lo que respecta a las relaciones entre personas privadas, muchas veces también se observa la relación de poder entre poseedores del poder y subordinados.

2. En las relaciones entre personas privadas y concretamente en los contratos civiles debe imperar una igualdad entre las partes contratantes aunque muchas veces no se observa, por lo que en las controversias contractuales se puede llegar a originar problemas de justicia y equidad, entendiendo que no son la misma cosa, pues la equidad se puede entender como un criterio que exige una aplicación prudente de las normas jurídicas al caso concreto, tomando en cuenta todas las circunstancias particulares del mismo, para asegurar que el espíritu del derecho, sus fines y sus principios prevalezcan.

3. Dado que en México impera la tradición jurídica romano-canónica se puede apuntar que predomina un eminente formalismo ante las normas. El haber hecho una gran codificación del Derecho ha dado pie para que se genere un fuerte choque entre las normas codificadas y la realidad social; no se debe olvidar que el Derecho nace de un hecho y no al revés. En cambio, en la tradición jurídica del *Common Law* no tienen frente a sí cuerpos codificados a los cuales prestar una tal profesión de fe, puesto que la mayor parte de las normas que constituyen su Derecho están originadas no en el acto deliberado de un legislador, sino en los fundamentos de las decisiones judiciales, por lo que su Derecho se ajusta y va a la par de los hechos sociales, lo cual no se observa en México.

4. La manifestación de la voluntad de las personas se ha visto influida por los grupos dominantes a la hora de acordar o de decidir, pues diversos factores están de por medio y que los dominados ante ciertas desventajas tienen que “aceptar esos acuerdos”, es así como la toma de decisiones se ha visto distorsionada. Actualmente la autonomía de la voluntad resiente limitaciones, ante el principio de que los actos jurídicos afectan no solamente a las personas interesadas. Surge la adhesión y la teoría de la imprevisión y del riesgo creado, atacando en su base el principio de la autonomía de la voluntad. Por lo que a veces la toma de decisiones en los individuos se encuentra influenciada por un grupo u otro individuo que ejerce una dominación por tener poder sobre la otra, entendiendo que dicha dominación nace de la “legitimación del poder” que tiene el Estado para actuar sobre aquellos o de la desproporcionada ventaja que tiene un individuo sobre otro, ya sea por razones económicas, sociales o culturales.

5. Se señala que el Estado Neoliberal y la globalización juegan un papel importante en lo concerniente a las relaciones contractuales. El poder del Estado que crea legislación en materia de contratación tiene que tomar en cuenta los efectos de la globalización, por lo que a veces deja a grandes sectores de la población desprotegidos ante la toma de decisiones para contratar y así su voluntad queda quebrantada, pues ante el abandono del Estado benefactor se deja a su suerte a millones de personas ante la desprotección de leyes. Es así como el poder del neoliberalismo a veces desvirtúa la intención de las personas a la hora de contratar.

6. Con el capitalismo centrado en el libre mercado se da una notable diferencia entre los derechos patrimoniales de las personas. No todas las personas gozan de los mismos derechos patrimoniales por lo que no se puede hablar de una igual libertad contractual. La manifestación de la voluntad es un elemento indispensable para realizar un contrato, las voluntades de las partes tienen que estar encaminadas a un mismo objeto y querer la misma cosa, debe haber *concordancia de voluntades* como lo llama Kelsen. La libertad de contratar con frecuencia se ha visto afectada en la práctica, ya que muchas veces se está en la

necesidad de contratar mediante contratos de adhesión para recibir servicios indispensables en la vida cotidiana. Por consiguiente se afecta la libertad contractual, pues en este tipo de contratos no se puede expresar ni manifestar la voluntad para establecer un acuerdo entre ambas partes.

7. El fundamento constitucional de la libertad contractual en México se encuentra en el artículo 5 de la Carta Magna, la cual se plasma en el Derecho Positivo como la garantía individual de libertad de trabajo, de industria y de comercio. El Derecho a Contratar es un derecho fundamental pues es un derecho subjetivo que corresponde universalmente a todos los seres humanos debido a su *status* de personas con capacidad de obrar, previstas así por una norma jurídica positiva de Derecho Civil. Entonces el Derecho a Contratar es un Derecho Fundamental, ya que este derecho tiene una razón o fundamento teórico que se encuentra entre los grandes estudiosos teóricos de los contratos; tiene una fuente o fundamento jurídico y se encuentra en el artículo 5 de la Constitución y la contratación civil se encuentra regulada en el Código Civil tanto Federal como de las Entidades Federativas y en la jurisprudencia, etcétera; tiene un fundamento axiológico como en la dignidad y la libertad de contratar y contractual; tiene un fundamento histórico que data de las primeras formas de contratar en Roma hasta el actual Derecho y uno sociológico ya que debe haber una regulación contractual que esté acorde a la realidad y no se quede sólo en algo teórico o ideal. Este derecho fundamental que es el derecho a contratar, de acuerdo con Ferrajoli debe presentar ciertos criterios axiológicos y sería la dignidad, la libertad y la supervivencia de las personas.

8. Entre la *libertad negativa* y la *libertad positiva* de las que habla Bovero y Ferrajoli, se puede decir que la *libertad negativa* es la ausencia o la negación del poder de otros, dicha libertad no tiene impedimentos ni constricciones, es decir, hay una ausencia del poder (-poder), aquí se propuso el término en paréntesis el cual está formado por un signo negativo apuntando precisamente lo antes explicado: ausencia o negación del poder de otros. Así, se afirma que en los

contratos civiles ninguna de las partes debe imponer a la otra el contenido de las obligaciones que conforman el contrato, pues prevalece una negación del poder, es decir, ausencia del poder ajeno. No hay impedimentos ni constricciones para que las partes puedan decidir sobre el contenido de las cláusulas. Esta libertad, relacionada con los contratos civiles, es la libertad para celebrar o no el contrato, o sea, que hay ausencia de poder de alguna de las partes. Por lo que se refiere a la *libertad positiva* es el poder sobre sí mismo, es decir, es la autonomía “propia” donde prevalece la voluntad. En esta libertad existe ese poder o autonomía (+autonomía), aquí se propuso el término en paréntesis el cual está formado por un signo positivo que denota lo antes apuntado, es decir, el poder sobre sí mismo, la autonomía propia o autodeterminación; y relacionado con éste tema, las partes contratantes tienen la facultad de autodisciplinarse sin lesionar el orden público ni el interés social, lo que tiene su base en la libertad contractual y que es la libertad de definir las cláusulas del contrato, pues ante esta libertad, las personas a través de su autonomía pueden decidir su contenido y forma.

9. El Derecho a Contratar como derecho fundamental otorga igualdad jurídica a todas las personas; sin embargo, no todos tienen los mismos derechos patrimoniales, además de que existen situaciones o factores económicos, sociológicos, entre otros que hacen que aparezca una desigualdad, derivada de esos factores mencionados y de los derechos patrimoniales. Por lo que se genera una desigualdad que en *determinadas circunstancias* se da en la contratación. Entre las personas, en lo que respecta a los derechos civiles y más concretamente el derecho a contratar, existe un nexo entre igualdad jurídica por ser un derecho fundamental y una desigualdad jurídica de los derechos patrimoniales por existir situaciones particulares o singulares que hacen que se generen desigualdades, pues con los derechos patrimoniales se pueden ejercer los derechos civiles como derechos fundamentales y disponer de los bienes. Es el nexo existente entre el igual derecho fundamental a contratar de adquirir y disponer de bienes muebles e inmuebles, derechos y obligaciones y los diversos derechos patrimoniales de propiedad adquiridos a través de su ejercicio. Resulta



evidente que la libertad de contratar y la libertad contractual en ocasiones se encuentran afectadas por situaciones particulares, ya sean económicas, sociológicas o por factores de poder que generan esa desigualdad. Por lo que se apunta que si existe una cierta desigualdad en cuanto al ejercicio del derecho a contratar, y es muy importante aclarar que dicha desigualdad no es atribuible al Derecho mismo, sino a ciertas circunstancias que pueden ser sociológicas, económicas, entre otras.

10. De esta manera queda evidenciado que en la manifestación de la voluntad dentro de la contratación civil muchas veces se da una notoria diferencia o un vacío entre el normativismo y el realismo jurídico, pues el ordenamiento jurídico en lo que refiere a contratos civiles, las más de las veces es idealista y en la realidad se puede observar que no se da ese igual derecho de contratación a pesar de que éste como se analizó es un derecho fundamental, ya que los derechos patrimoniales con los cuales se desempeña el derecho a contratar acarrearán una desigualdad para las personas debido a que no todos disponen de iguales bienes muebles, inmuebles, derechos y obligaciones.

11. Los derechos fundamentales, en este caso civiles y dentro de éstos el derecho a contratar, son derechos universales porque corresponden a todos en cuanto personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar, estos derechos son indisponibles y están establecidos inmediatamente por normas, es decir, son *normas téticas*, sobre los cuales se basa la igualdad jurídica; los derechos patrimoniales en cambio, son derechos singulares que corresponden a cada uno con exclusión de los demás, son disponibles, alienables, están preestablecidos por normas como efecto de los actos negociables por ellas previstos, es decir, son *normas hipotéticas*, sobre los cuales se basa la desigualdad jurídica.

12. Se advierte que (y como apunta Ferrajoli) no ha sido elaborada una teoría del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales en relación con los poderes privados, comparable a la elaborada para los poderes públicos. En este sentido,

se trata de minimizar el poder tanto en la esfera pública como privada, que en ésta última se puede manifestar en la fuerza física, la explotación, el dominio económico, el abuso interpersonal, entre otros. Los contratos pueden estar viciados tanto por error, dolo, mala fe, violencia, etcétera, pero también se debe tener en cuenta los diversos factores de poder que pueden viciar la manifestación de la voluntad. Con lo anterior se observa que existen diversas sujeciones y opresiones económicas que se dan en las relaciones de mercado, tal como indica Ferrajoli, pues en tanto que dichos poderes no se regulen, son fuentes de desigualdades. Se aprecia la relación poder-desigualdad y que por su puesto, también se observa en la manifestación de la voluntad de las personas en los contratos.

13. Se observa que en los diferentes contratos civiles muchas veces concurren factores de poder, económicos, jurídicos o sociales que se marcan cada vez más con el Estado Neoliberal y la globalización, por lo que la manifestación de la voluntad de las personas se ve afectada. Se encuentra que las relaciones en los contratos son rígidas, cuya base se encuentra en la voluntad de las partes, la cual rige a los mismos, por lo que se deben cumplir cabalmente, *pacta sunt servanda* (los contratos se deben cumplir en la forma en que se acordaron). Esto es así para garantizar su seguridad jurídica. La teoría de la imprevisión en algunas ocasiones permite que se rescinda el contrato, al ocurrir algún evento inesperado como una devaluación de la moneda por crisis económica, factores humanos no previstos, desastres naturales, etcétera, pero dicha cláusula entra en choque con el principio riguroso de que los contratos deben ser cumplidos (*pacta sunt servanda*), ya que en el Distrito Federal falta regulación al respecto.

14. En cuanto a los contratos de adhesión se sostiene que: a) La Ley Federal de Protección al Consumidor, limita los contratos de adhesión a una hoja de papel, a una forma de producción eminentemente escrita; b) Es un acto jurídico unilateral, cuyos términos fueron creados con anterioridad por un proveedor para crear y transferir derechos y obligaciones; c) No es necesario que se establezcan las

cláusulas ordinarias de un contrato; d) Carece de un acuerdo de voluntades, por lo que una de las partes (la parte consumidora) sólo se tendrá que adherir a lo estipulado con anterioridad, de esta manera no puede discutir o defender sus intereses de manera directa, pese a la necesidad del producto o del servicio; e) No existe libertad negativa, pues no se puede hablar de que la parte consumidora pueda negar el poder de su contraparte, por lo que existen impedimentos y constricciones; hay un poder de otros, un poder ajeno; una de las partes contratantes —en este caso el proveedor— impone a la otra el contenido de las obligaciones, por lo que no hay libertad de contratar (firmar o no el contrato); f) No existe libertad positiva, ya que no existe el poder que la parte consumidora tiene sobre sí misma, no hay autonomía de la propia voluntad que se traduce en autodeterminación; no existe facultad de la parte consumidora para autodisciplinarse, por lo que no se puede hablar de libertad contractual (definir las cláusulas del contrato); g) Con todo lo anterior no se quiere decir que en ésta investigación no se está consciente de que por ser “contratos” masivos que tiendan a adquirir bienes y servicios cotidianos, se recurra a la figura del contrato de adhesión, pues la Procuraduría Federal del Consumidor representa a la sociedad consumidora. De esta manera “vigila” y “revisa” las cláusulas para que no haya una desproporción u obligaciones abusivas hacia el consumidor. Queda evidenciado entonces que los contratos de adhesión ni son contratos ni son acuerdos de dos o más voluntades, por lo que se deberá ajustar dicha figura a la realidad.

15. La función del Derecho en ocasiones difiere de la estructura del mismo en cuanto a la manera de contratar, ya que como se ha demostrado diversos factores intervienen en la manifestación de la voluntad de las personas a la hora de hacer contratos, a pesar de que todos tienen el derecho a contratar como derecho fundamental, sin embargo esos factores, la realidad y los derechos patrimoniales hacen de nexo para que exista una desigualdad entre las personas, por lo que se genera un desequilibrio en la voluntad.

16. El cambio de paradigma en el Derecho a Contractual se observa debido a que a lo largo del tiempo se ha producido un cambio en la manera de contratar, ya que la realidad social que es dinámica no se queda detenida ante un discurso jurídico que es estático, con lo que se produce un choque al enfrentar la verdadera esencia del contrato y la realidad. Se sostiene que el acuerdo de voluntades en los contratos está cambiando, la realidad social lo demuestra, hoy se necesita adecuar el discurso jurídico a la realidad, con esto se podría evitar en la mayor medida posible que haya distorsión a la hora de contratar debido a los factores que se han mencionado.

17. La teoría del Derecho desarrollada por Ferrajoli ha sido de gran utilidad para la presente investigación, se estudió la Semántica, la Pragmática y la Sintáctica como dimensiones de la Semiosis o Teoría de los Signos por Charles Morris y que Ferrajoli toma en su Teoría del Derecho: 1. Cómo está construida. La Sintáctica: dedicada a las relaciones sintácticas entre los signos de la teoría que son fruto del método axiomático utilizado en la formación de sus conceptos y declaraciones. 2. De qué habla. La Semántica: dedicada al contenido empírico e informativo de la teoría en torno al Derecho Positivo. 3. Para qué sirve una teoría del Derecho. La Pragmática: dedicada a la finalidad explicativa de la teoría y al diseño del papel crítico.

18. Se desarrolló una propuesta conceptual acerca de la libre manifestación de la voluntad de las personas con el propósito de tratar de neutralizar los factores que intervienen en dicha manifestación y para hacer más equitativas las relaciones contractuales. La propuesta se compone de un objeto, una finalidad y un método. Y está basada en la teoría de Luigi Ferrajoli. El *Objeto* pretende dar respuesta a lo que es el Derecho a Contratar, por lo que aquel ve de manera directa las relaciones que se dan en las normas del Derecho a Contratar como derecho fundamental y los hechos sociales y que es estudiado por la Dogmática Jurídica, Sociología Jurídica y Filosofía de la Justicia. Esas relaciones que se ven en el Objeto, se logran entender a través de dos aspectos: 1. La extensión, que es el

campo de investigación del Derecho a Contratar: Contrato (papel, electrónico), la Norma Jurídica (Código Civil), Cuerpos Normativos jurídicos relacionados con los contratos, Jurisprudencia, Principios Generales del Derecho, Costumbre, Doctrina y 2. La intensión, que son las interpretaciones de las relaciones que se suscitan entre la norma contractual y los hechos sociales. Se contempla a través de dos escuelas: Normativismo Jurídico, estudiado por la Dogmática Jurídica (Derecho Vigente, *Law in Books*) y Realismo Jurídico, estudiado por la Sociología del Derecho (Derecho Vivo, *Law in Action*). Aquí se encuentran también los factores que pueden concurrir a la hora de contratar como los de poder, sociales y los conflictos jurídicos derivados de los contratos que se deben dirimir en juicio o que simplemente se resuelven por las partes.

19. La *Finalidad* pretende dar respuesta a la pregunta: ¿para qué?, es decir, para qué sirve tal propuesta. También es fruto de del desarrollo de la interpretación de la extensión del Derecho a Contratar. La Finalidad es el punto central de la propuesta, ya que aquí se intenta que las partes plasmen de una manera expresa, tácita o electrónica lo que realmente quieren, dicho cometido se logrará recurriendo a la argumentación en el contrato, de manera que se elimine la rigidez y extra formalidad del fondo y forma del contrato, de esta suerte la partes débiles o menos protegidas en el contrato, plasmen de una manera más natural lo que en verdad desean dar, hacer, no hacer, conservar o permitir en el contrato, ya que muchas veces los contratos están llenos tanto en forma como en fondo de terminología demasiado rígida, extra formal y poco entendible para muchas personas.

20. El *Método* es para entender el sentido de los contratos, organizando conceptos y enunciados del Derecho Contractual. Se deben explicar las reglas de formación de todas y cada una de las cláusulas en los contratos y en el caso de un convenio que modifica y extingue derechos y obligaciones, se deben explicar las reglas de transformación así como todas y cada una de sus cláusulas. En el caso de los contratos de adhesión se deberá, por parte de la Procuraduría Federal del

Consumidor, dar una mejor y más amplia exposición de razones y motivos por las cuales está autorizando, “vigilando” y permitiendo que las empresas hagan las cláusulas en los formatos de adhesión, para que de esta manera se entienda que está protegiendo los intereses de la clase consumidora.

Por todo lo expuesto se concluye proponiendo lo siguiente:

Se propone la definición de voluntad que debe prevalecer en los contratos civiles: *“La voluntad es el acto psíquico de las personas el cual tiene que ser exteriorizado de forma expresa o tácita según lo dispongan las normas jurídicas vigentes, y estar libre de otra voluntad, poder o factores externos, por lo que dicho acto consiste en el poder que las personas tienen sobre sí mismas, la cual se traduce en una autonomía o autodeterminación, con el fin de crear y transferir derechos y obligaciones”.*

*El Derecho a Contratar como Derecho Fundamental en el marco del siglo XXI deberá recurrir a la argumentación, pues ésta deberá jugar un papel importante a la hora de contratar, toda vez que, cada contratante deberá exteriorizar su voluntad de manera libre y que dispongan las normas jurídicas vigentes, ya sea expresa, tácita o electrónica, para que su contraparte quede consciente de lo que quiere y viceversa, pues la argumentación tiene que dar nacimiento a una reflexión dirigida al entendimiento de lo que se quiera dar, hacer, no hacer, conservar o permitir para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, con esto nace una acción del buen entendimiento en los contratos, neutralizando en la mayor medida posible factores jurídicos, sociales, económicos y de poder que pudieran distorsionar la verdadera y real voluntad de las partes.*

## REFERENCIAS DOCUMENTALES:

### BIBLIOGRAFÍA

Althusser, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos del estado*, México, Quinto Sol, 1985.

Aristóteles, *Ética nicomaquea*, trad. Antonio Gómez Robledo, 9a. ed., México, Porrúa, 1981.

Bergalli, Roberto y Bustos Ramírez, Juan, (coord.) *et al.*, *El pensamiento criminológico*, t. II: *Estado y control*, Bogotá, Temis, 1983.

Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, FCE, 2004.

\_\_\_\_\_, *Teoría general del derecho*, trad. Jorge Guerreño R., 3ra. ed., Bogotá, Temis, 2007.

\_\_\_\_\_, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizione di Comunità, 1977.

Bovero, Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, trad. de Lorenzo Córdova Vianelo, Madrid, Trotta, 2002.

Carbonell, Miguel, *La constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa-UNAM, 2001.

Correas, Óscar, *Sociología del derecho y crítica jurídica. Escritos*, México, Fontamara, 1998.

D. Hart, "Soziale Steuerung durch Vertragsabschlußkontrolle": *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1986.

Duguit, León, *Las transformaciones del derecho. Público y privado*, trad. de Adolfo G. Posada, Ramón Jaén y Carlos G. Posada, Buenos Aires, Heliasta, 1975.

Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ta. ed., trad. de Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, et.al, Madrid, Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_, *Derechos y garantías .La ley del más débil*. 4ta. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2004.

\_\_\_\_\_, et al., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, edición de Gerardo Pisarello y Ricardo García Manrique, 2da. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

\_\_\_\_\_, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Tomo 1. Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, et.al, Madrid, Trotta, 2011.

Fucito, Felipe, *Sociología del derecho. El orden jurídico y sus condicionantes sociales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1993.

Friedman, Milton y Friedman, Rose, *Libertad de elegir*, trad. Carlos Rocha Pujol, 4ta. ed., Barcelona, Grijalbo, 1987.

Friedmann, W, *El derecho en una sociedad en transformación*, México, FCE, 1966.

Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil, Primer Curso, Parte General*, 11a. ed., México, Porrúa, 1991.

Giorgi, Raffaele de, *Ciencia del derecho y legitimación*, México, Universidad Iberoamericana, 1998.



Guastini Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, edición por Miguel Carbonell, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001.

Gurvitch, Georges, *Elementos de sociología jurídica*, México, Cajica, 1970.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, 4ta. ed., Madrid, Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_, *Teoría de la acción comunicativa, I, Racionalización de la acción y racionalización social*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, 1999.

Hoffmann Elizalde, Roberto, *Sociología del derecho*, México, Librería de Manuel Porrúa, S.A., 1975.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. De Moisés Nilve, Universitaria de Buenos Aires, 1960.

\_\_\_\_\_, *El contrato y el tratado. Analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, trad. de Eduardo García Máynez, México, Ediciones Coyoacán, 2007.

Marx, Karl, *El capital. Crítica de la economía política. Libro primero. El desarrollo capitalista*, trad. de Floreal Maza, Buenos Aires, Cartago, 1973.

Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

Patton, Michael Quinn, *Qualitative evaluation and research methods*, CA, Newbury Park: Sage, 1990.

Ramos Pérez, Arturo, *Globalización y neoliberalismo: ejes de la reestructuración del capitalismo mundial y del Estado en el fin del siglo XX*, México, Plaza y Valdés Editores, 2001.

Recassens Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 2da.ed., México, Porrúa, 1961.

\_\_\_\_\_, *Sociología*, México, Porrúa, 1958.

Saleilles, R., *La declaración de voluntad*, París, Librería General de Derecho y Jurisprudencia, 1929.

Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 16 ava. ed., México, Porrúa, 1998.

Sánchez Medal-Urquiza, José Ramón, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, 5ta. ed., México, Porrúa, 1998.

Sánchez Sandoval, Augusto (coord.), *Control social económico-penal en México*, México, UNAM, Plaza y Valdés, 2008.

\_\_\_\_\_, *Sistemas ideológicos y control social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

\_\_\_\_\_, *Sociología jurídica: objetos y métodos de estudio*, México, Fes Acatlán, UNAM.

Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al derecho*, 2da. ed., México, Porrúa, 1974.

\_\_\_\_\_, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1973.

## HEMEROGRAFÍA

Burgoa Toledo, Carlos Alberto, "El Estado Constitucional de Derecho y su adecuación al mundo del "ser"", *Revista de Posgrado en Derecho de la UNAM*, México, vol. 6, núm. 10, enero-junio de 2010.

González Placencia, Luis, "Elementos de Teoría y Método en la Criminología Crítica" *Criminología crítica*, Serie Estudios Jurídicos, México, Universidad Autónoma de Querétaro, 1990.

## SITIOS DE INTERNET

Carbonell, Miguel *et al.*, (coord.), "Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado" en *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/160/8.pdf> (Consultado el 29 de marzo de 2011).

Cas, Gerard y Ferrier, Didier, "El derecho del consumidor y sus repercusiones en relación con las instituciones financieras", *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 77, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/77/art/art7.htm> (Consultado el 28 de septiembre de 2010).

Castrillón y Luna, Víctor, *La libertad contractual*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/250/pr/pr11.pdf> (Consultado el 28 de septiembre del 2010).

Di Lucia, Paolo, *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, <http://www.lededizioni.com/lededizioniallegati/464-1-assiomatica-normativo.pdf> (Consultado el 10 de octubre del 2011).

*Diccionario jurídico mexicano*, Serie E, núm. 19, t. II C-CH, Octava parte, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1169/11.pdf> (Consultado el 28 de septiembre de 2010).

Dietrich Bracher, Karl, *El concepto de estado*, <http://www.economia.unam.mx/sua/site/materia/sem1/histo1/archint/concepto.doc> (Consultado el 7 de marzo del 2010).

García Sais, Fernando, “Efectos de la publicidad engañosa sobre la validez de los contratos celebrados con consumidores”, *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, año III, núm. 9-10, septiembre 2004 – abril de 2005, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/9/dtr/dtr2.htm> (Consultado el 2 de abril de 2011).

\_\_\_\_\_, “La eficacia jurídica contractual de la publicidad en los contratos con consumidores”, *Revista Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, año III, núm. 9-10 septiembre de 2004 – abril de 2005, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/9/dtr/dtr3.htm> (Consultado el 29 de marzo de 2011).

González Alcántara, Juan Luis, “El arrendamiento”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 78, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/78/art/art5.htm> (Consultado el 30 de septiembre de 2010).

Hesselink, Martijn, *The horizontal effect of social rights in european contract law*, en la revista *Europa e diritto privato*, 1-18, 2003, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1098923](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1098923) (Consultado el 8 de febrero del 2011).

Onurfio, Maria Vittoria, *The Constitutionalization of Contract Law in the Irish, the German and the Italian systems: is horizontal indirect effect like direct effect? A comment on Professor Kumm's view*, en *Revista para el análisis del derecho*, InDret, 4/2007, Barcelona, 2007, [http://www.indret.com/pdf/481\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/481_en.pdf) (Consultado el 7 de febrero del 2011).

Ordóñez Barba, Gerardo, "El Estado de bienestar en las democracias occidentales: lecciones para analizar el caso mexicano", *Región y Sociedad*, México, vol. XIV, núm. 24.2002, 2002, pp. 139-141, [http://lanic.utexas.edu/project/etext/colson/24/24\\_4.pdf](http://lanic.utexas.edu/project/etext/colson/24/24_4.pdf) (Consultado el 2 de abril del 2010).

Ríos, Pere y Pellicer, Lluís, "Hipoteca legal, pero inmoral", *El país*, 29-01-2011, [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Hipoteca/legal/inmoral/elpepisoc/20110129elpepisoc\\_1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Hipoteca/legal/inmoral/elpepisoc/20110129elpepisoc_1/Tes) (Consultado el 29 de marzo de 2011).

Rubiel, Juan Manuel, "Contratos por adhesión", *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, año 8, núm. 22 enero-abril de 1997, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/22/dtr/dtr4.pdf> (Consultado el 2 de abril de 2011).

S/A, "Un juez avala por primera vez que devolver el piso liquida la hipoteca", *El país*, 26-01-2011, [http://www.elpais.com/articulo/economia/juez/avala/primeravez/devolver/piso/liquida/hipoteca/elpepueco/20110126elpepueco\\_12/Tes](http://www.elpais.com/articulo/economia/juez/avala/primeravez/devolver/piso/liquida/hipoteca/elpepueco/20110126elpepueco_12/Tes) (Consultado el 29 de marzo de 2011).

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis:

<http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=164084&cPalPrm=DIGNIDAD,HUMANA,&cFrPrm=> (Consultado el 9 de febrero de 2011).

<http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=164083&cPalPrm=DIGNIDAD,HUMANA,&cFrPrm=> (Consultado el 9 de febrero de 2011).

<http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=177052&cPalPrm=PRIVILEGIO,DE,VENTA,&cFrPrm=> (Consultado el 29 de marzo de 2011).

<http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=180877&cPalPrm=CONTRATO,DE,HIPOTECA,&cFrPrm=> (Consultado el 29 de marzo de 2011).

<http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=164196&cPalPrm=CONTRATO,DE,COMPRA,VENTA,&cFrPrm=> (Consultado el 30 de marzo de 2011).

<http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=180152&cPalPrm=CONTRATO,DE,DONACION,&cFrPrm=> (Consultado el 30 de marzo de 2011).

<http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=167910&cPalPrm=CONTRATO,DE,MUTUO,CON,INTERESES,&cFrPrm=> (Consultado el 31 de marzo de 2011).

<http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/> (Consultado del 31 de marzo de 2011).

<http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=185712&cPalPrm=CONTRATO,DE,MANDATO,&cFrPrm=> (Consultado el 31 de marzo de 2011).

<http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=186972&cPalPrm=PACTA,SUNT,SERVANDA,&cFrPrm=> (Consultado el 1 de abril de 2011).

<http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=195621&cPalPrm=REBUS,SIC,STANTIBUS,&cFrPrm=> (Consultado el 1 de abril de 2011).

<http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=163382&cPalPrm=CONTRATO,DE,ADHESION,&cFrPrm=> (Consultado el 1 de abril de 2011).

### **Legislación:**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Sista, 2011.

Código Civil para el Distrito Federal, México, Porrúa, 2011.

Ley Federal de Protección al Consumidor, México, Porrúa, 2011.