



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

POSGRADO EN DERECHO.

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN.

**“RESTRICCIONES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD,
GARANTIZANDO LA DEBIDA DEFENSA DE LOS DERECHOS
PATRIMONIALES DE TERCEROS”**

**TESIS QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAESTRO EN
DERECHO PRESENTA:**

ALEJANDRO MORALES RAMÍREZ.

TUTOR:

DR. CARLOS ALBERTO BURGOA TOLEDO.

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLAN.

**Santa Cruz Acatlan, Naucalpan de Juárez, Estado de México,
febrero del 2015.**



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.

ÍNDICE

| | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------|--|----|
| Introducción | | 4 |
| Capítulo I Conceptos elementales | | |
| 1.1 Autonomía de la Voluntad | | 10 |
| 1.2 Contrato en el ámbito privado | | 19 |
| 1.3 Derechos patrimoniales y derechos de protección y defensa | | 22 |
| 1.4 Lagunas axiológicas del Derecho | | 30 |
| 1.5 Contingencias en la celebración de contratos | | 35 |
| 1.6 Simulación del acto jurídico | | 37 |
| 1.7 Acciones contra la simulación de actos jurídicos | | 42 |
| Capítulo II Marco Legal de la Autonomía de la Voluntad | | |
| 2.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos | | 48 |
| 2.2 Legislación Comercial Mercantil | | 53 |
| 2.3 Legislación sustantiva y adjetiva civil | | 61 |
| Capítulo III Práctica de la Autonomía de la Voluntad en fraude de acreedores | | |
| 3.1. La Autonomía de la Voluntad como principio moral, la concepción de Immanuel Kant | | 71 |
| 3.2 Tres criterios para analizar la Autonomía de la Voluntad | | 74 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3.3 Problemática de la autonomía de la voluntad mediante la simulación de actos jurídicos, en fraude de acreedores | 81 |
| 3.4 El índice de morosidad, estadísticas macroeconómicas sobre el incumplimiento | 89 |
| 3.5.- Ineficacia en la praxis de la acción de declaración, pauliana y oblicua, en contra de la simulación de actos jurídicos | 93 |

Capítulo IV Bases para regular eficazmente la Autonomía de la Voluntad

| | |
|-------------------------------------------------------------|-----|
| 4.1 La Autonomía de la Voluntad ante un cambio de paradigma | 101 |
| Conclusiones | 124 |
| Bibliografía | 145 |

Introducción

La autonomía de la voluntad es un principio jurídico fundamental asociado a la libertad, por tanto su importancia no es sólo jurídica sino incluso cultural, señala el filósofo italiano Micheleangelo Bovero que un binomio de gran arraigo en la conciencia común es el de Occidente y libertad. Si algún sentido tiene pensar en una 'civilización occidental', también debe recordarse que, sin duda, su primer principio de identidad es la libertad.

El sistema capitalista basado precisamente en el libre mercado preconiza esta libertad de contratación, que nos permite elegir las condiciones generales del acto jurídico consentido, por ello es muy importante analizar un principio que dogmáticamente se ha creído intocable, cualquier intento por limitar o restringir la autonomía de la voluntad se ha considerado históricamente un ataque a los valores de la cultura occidental y al modo de producción capitalista. Sacrificar la libertad por la misma libertad puede sonar paradójico, sin embargo, uno de los mayores peligros para los derechos fundamentales de libertad, en la actualidad es representado por algunas corrientes culturales y algunos movimientos políticos que se autodefinen como *liberales*.

En realidad, esas ideologías liberales han tergiversado y una falseado los principios que inspiran al constitucionalismo liberal, concibiendo al libre mercado como una suerte de institución suprema; así, promueven a la categoría de valor absoluto una idea de libertad que se confunde con una ausencia de reglas o lo que Kant llamó 'libertad salvaje'. Esta libertad mal entendida ha permitido a los grupos de poder manifestarse intolerantes hacia los límites y los controles lo que les permite atraer hacia la esfera del mercado bienes de cualquier índole, aun la libertad.

El principio de la autonomía de la voluntad fue puesto en duda durante gran parte del siglo XX, junto con otros principios del liberalismo como el individualismo

a ultranza, con ello surgió socialmente la necesidad de proteger los intereses colectivos, especialmente de los grupos más vulnerables, a través de la intervención del Estado y se impusieron cada vez más restricciones al libre arbitrio de las personas en el campo jurídico. Aparentemente, el dogma de la autonomía de la voluntad se encontraba en decadencia, consecuentemente con la aparición del Estado benefactor, mientras la actividad estatal interviniera en la economía la autonomía de la voluntad se vería limitada, sin embargo, el repliegue de ese modelo de Estado y su sustitución por el modelo neoliberal han implicado un nuevo auge de la autonomía de la voluntad.

Pero cabría preguntarse si es lícito e incluso necesario limitar esa libertad, a fin de lograr una mejor convivencia social, pues finalmente la libertad que está limitada por el interés común, no deja de ser libertad, lo que impediría que esa libertad que tienen los particulares para obligarse entre sí, se vea tergiversada, por la simulación de actos jurídicos en perjuicio de terceros, defraudando con ello a los acreedores de buena fe. Es decir, una libertad carente de cualquier regulación puede ocasionar perjuicios patrimoniales y no sólo eso, sino el debilitamiento de derechos fundamentales como los de defensa.

La elaboración del presente trabajo se justifica en virtud de la problemática que enfrentan los acreedores de buena fe para defender sus derechos patrimoniales, cuando sus deudores simulan actos jurídicos (coludidos con alguien más) en los que aquéllos no intervienen, con la finalidad de no cumplir con sus obligaciones adquiridas originalmente, pues las acciones que contempla la Legislación Civil del Distrito Federal (pauliana, declaratoria de simulación y oblicua), resultan en la praxis, figuras en desuso por inaplicabilidad al caso concreto.

El objetivo central de la investigación es analizar la figura de la autonomía de la voluntad en los contratos entre particulares, a fin de proponer una regulación más eficaz que garantice los derechos patrimoniales de terceros en una relación jurídica en la que no intervengan, que contemple en su caso, medios de defensa

adecuados ante dichas contingencias, evitando el fraude los acreedores de buena fe.

Para lograr el anterior objetivo se parte de la hipótesis de que una adecuada regulación de la autonomía de la libertad en los contratos entre particulares, evitará el fraude de acreedores, o dotará a éstos, de medios de defensa adecuados que efectivamente garanticen sus derechos patrimoniales. Es decir, si se limita de algún modo este principio se evitaría, o por lo menos se reduciría, el fraude en contra de los acreedores.

En el primer capítulo de la investigación se analizar los conceptos elementales de la presente investigación, a fin de que presentar al lector las nociones que aunque generales, resultan necesarios para el entendimiento del proyecto, es decir, se conforma el marco teórico del trabajo. En este primer segmento se analizan las opiniones de autores clásicos que han abordado el tema de la autonomía de la voluntad, en especial dos de sus más profusos defensores, el ginebrino Juan Jacobo Rousseau, para quien la libertad contractual es la base del estado y el alemán Immanuel Kant, que basa su sistema moral y jurídico precisamente en este dogma. Asimismo, examinaremos brevemente los antecedentes desde el derecho romano y el código napoleónico, a fin de caracterizar y definir este importante principio, además la perspectiva crítica de Micheleangelo Bovero nos permitirá adentrarnos en los usos y tergiversaciones que la cultura occidental le ha dado no sólo a la libertad contractual, sino en general a la libertad.

Como fundamento jurídico se utilizan en este capítulo elementos de distintos autores, principalmente Luigi Ferrajoli, que nos permite caracterizar a la autonomía de la voluntad como un derecho fundamental dentro de su tipología, Raffaele De Giorgi, aporta elementos lógico-jurídicos sobre las contingencias en la celebración de los contratos. Riccardo Guastini, y Burgoa Toledo, nos adentran en el tema de las lagunas del derecho y cómo se pueden solucionar no sólo las lagunas, sino las antinomias; Alchourrón, y Bulygin colaboran a enriquecer el marco metodológico del proyecto al señalar las características del ordenamiento

jurídico. Y Robert Alexy dilucida otro de los conceptos fundamentales de la investigación, el de derechos de defensa y protección.

En el segundo capítulo se analiza el marco legal en el que se circunscribe la autonomía de la voluntad, examinado los diferentes cuerpos legales que contienen disposiciones relativas, desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hasta las legislaciones comerciales-mercantiles, pasando por las legislaciones Civiles y Penales, sustantivas y adjetivas. Además se caracteriza y se contrastan las acciones civiles que tiene el acreedor y que están previstas en la legislación.

Al considerar la problemática de la investigación en el tercer capítulo, lo que se busca es investigar la práctica de la autonomía de la voluntad y la problemática que se presenta, cuando es utilizada para simular actos jurídicos en perjuicio de terceros, defraudando a los acreedores de buena fe. Para ello se parte del sistema moral Kantiano que tiene como base precisamente a la autonomía de la voluntad, verificando su importancia como principio gracias a la diferenciación que hace Gustavo Zagreborsky entre reglas y principios, colocando a la autonomía en esta última categoría.

Para abordar el problema descrito se buscó hacerlo desde una amplia perspectiva y no caer en reduccionismos como los del derecho natural, que *reduce la validez a la justicia*, o los de la concepción positivista más restringida que *reduce la justicia a la validez*, o como el realismo que *reduce la validez a la eficacia*. Para no caer en esos reduccionismos en este proyecto se abordó la problemática utilizando elementos de las tres perspectivas, utilizando los elementos que Norberto Bobbio aporta para distinguir los problemas jurídicos.

En este capítulo se puntualiza que el problema a tratar no es de justicia, ni de validez de la norma, sino de efectividad de la misma. Pese a que el valor justicia es inherente a cualquier dificultad jurídica, no es el principal para ello John Rawls especifica que se entiende por sociedad e instituciones justas, además esta triple perspectiva permitió alejarse de las falacias ideológicas que Ferrajoli menciona.

Como parte de la efectividad de la norma y su aplicación en la realidad se analizaron las estadísticas macroeconómicas sobre incumplimiento, es decir, el índice de morosidad, estadística que genera el banco de México y que permite ilustrar el grado de incumplimiento que se da en la práctica. Finalmente, en el capítulo tercero se analizan casos prácticos que permiten el análisis de la problemática en el contexto de la praxis, donde litigantes hacen uso de las lagunas normativas y axiológicas para defraudar a sus acreedores, lo que vulnera el principio jurídico que se ha venido estudiando.

En último lugar, el capítulo cuarto afronta la problemática descrita y luego del análisis practicado para la presente investigación, se propondrán las bases para una regulación adecuada que permita uniformar con mayor eficacia la autonomía de la voluntad de los particulares, que permita evitar el fraude de acreedores de buena fe en las relaciones jurídicas en que éstos intervengan. Aclarando que la reforma a la Ley de Amparo que se publicó en el transcurso de la investigación ha representado un auténtico cambio de paradigma en la protección de los derechos de defensa de los particulares.

La referida reforma ha permitido que el Estado a través del juicio de amparo ya no sólo proteja a los particulares en sus relaciones de subordinación con el propio Estado, sino en relaciones horizontales entre particulares, que también pueden ser, y frecuentemente son, causa de mayor vulneración de la norma, por lo que se hace en este último apartado un estudio de la referida reforma y cómo ha significado una forma de garantizar los derechos patrimoniales.

Respecto del método empleado en esta investigación se utilizaron los más comunes en la investigación jurídica y social, es decir, deductivo, inductivo, analítico y sintético. El deductivo principalmente en los capítulos primero y segundo, pues se utilizan el marco teórico y normativo como principios generales para enfocarlos en el caso particular que nos ocupa, el método inductivo es utilizado principalmente en el tercer capítulo, donde las problemáticas particulares son usadas para establecer presunciones generales.

El análisis y la síntesis son propios del capítulo cuarto, donde se contrastan los elementos previamente examinados en los primeros tres capítulos, para así realizar una recapitulación crítica y constructiva de los resultados obtenidos.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS ELEMENTALES

1.1. Autonomía de la voluntad

La libertad para celebrar actos jurídicos históricamente ha sido considerada de fundamental importancia. El filósofo ginebrino Juan Jacobo Rousseau sostenía que: “Puesto que ningún hombre tiene por naturaleza autoridad sobre su semejante, y puesto que la fuerza no constituye derecho alguno, quedan sólo las convenciones como base de toda autoridad legítima sobre los hombres”¹. Para él, la convención o pacto es la base de la organización misma de una sociedad, pues el Estado y la sociedad misma derivan de un contrato social, pues es en base a convenciones que los sujetos de Derecho generan obligaciones.

Kant predicaba que “cuando alguien decide algo con respecto a otro, es siempre posible que cometa cierta injusticia, pero toda injusticia es imposible cuando decide para sí mismo”². En esta misma línea de ideas el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF) dispone que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento.

Estas concepciones se basan fundamentalmente en la autonomía de la voluntad, cuando Rosseau señala que sólo las convenciones son la base de la autoridad legítima sobre los hombres, eleva a las convenciones no sólo como la principal sino como la única fuente obligacional. Para Kant, la autonomía de la voluntad era tan importante que aquél que eligió algo libremente no puede alegar

¹ Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, Ed. Porrúa, México, 2000, decimosegunda edición, p.6.

² Kant, Emanuel, *Doctrina del derecho*, p.169 de la traducción francesa de Barni, citado por Alterini, Atilio Anibal y López Cabana, Roberto, *La Autonomía de la Voluntad*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p.10.

injusticia sobre ello. Del mismo modo, para el orden jurídico nacional el elemento que perfeccionan los contratos no es otro que el consentimiento, que se traduce en la autonomía de la voluntad.

Dicha autonomía es la manifestación de uno de los valores fundamentales de la sociedad occidental moderna y del sistema capitalista, que es la plataforma donde se gesta el llamado neoliberalismo: la libertad, sobre todo la contractual. Pero, ¿qué es la autonomía de la voluntad, dónde surge, cuáles son sus características y porqué se afirma que se encuentra en crisis este concepto?, son algunas de las cuestiones que me planteo resolver en este apartado. No obstante, también se abordará el tema de la autonomía de la voluntad desde una perspectiva crítica, pues si bien dicho principio está basado en la libertad, cabría preguntarse ¿Qué clase de libertad?, ¿es lícito e incluso necesario limitar esa libertad? Y sobre todo, ¿a quién o quiénes beneficia dicha libertad?

La autonomía de la voluntad es definida como “el principio jurídico-filosófico que les atribuye a los individuos un ámbito de libertad, dentro del cual pueden regular sus propios intereses; permitiéndoles crear relaciones obligatorias entre ellos, que deberán ser reconocidas y sancionadas en las normas de derecho”³. De este concepto podemos señalar tres aspectos primordiales: i) que la autonomía de la voluntad es elevada a la categoría de principio jurídico⁴, es decir, se lo considera una de las bases del derecho privado; ii) que se identifica a la autonomía de la voluntad con la libertad individual, y iii) que esa libertad genera relaciones reconocidas y sancionadas por el derecho.

Históricamente, el primer antecedente del llamado dogma de la autonomía de la voluntad, lo encontramos en el Derecho Romano de la época imperial en el que se concede cada vez mayor importancia al consentimiento en la formación de actos jurídicos materializados en contratos. Así lo expresa Ulpiano: *Quid enim tan*

³ Cornejo, Certucha, Francisco y Belair, M. Claude, *Autonomía de la Voluntad*, Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I, Porrúa-UNAM, México, 2004, segunda edición, p.442 y ss.

⁴ El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término Principio como: Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia.

congum fidei humana, qua mea, quae inter eos placuerunt servare?, (¿qué cosa hay tan conforme a la fe humana, cómo cumplir los hombres lo que entre sí pactaron?)⁵ Durante los siglos XVII y XVIII este principio adquirió fisonomía propia. Su defensor acérrimo fue Hugo Grocio, quien consideraba al derecho natural como origen de la naturaleza obligatoria de las relaciones jurídicas emanadas del libre ejercicio de la voluntad. De esta manera el hombre debe someterse a la palabra dada (*pacta sunt servanda*). Grocio sostenía incluso que era válido que un hombre se convirtiera en esclavo, si así lo había prometido⁶, lo que pone de manifiesto la importancia en esa época de la libertad contractual, por encima incluso de la libertad personal.

Posteriormente, las doctrinas liberales con su concepción individualista encuentran en el dogma de la autonomía de la voluntad un fundamento ideológico de primer orden. Esto se refleja en el primer gran cuerpo legal de esta etapa, que es el Código Napoleón (Código Civil Francés de 1804), el cual en su artículo 1134 establece: “Los convenios legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre las partes” (*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi a ceux qui. les ont faites*). Asimismo, en la preceptiva de los códigos civiles occidentales del siglo XIX impera la regla de que la voluntad de los particulares puede crear válidamente todo tipo de derechos y obligaciones de carácter patrimonial a través del contrato. Siendo las limitaciones que la ley impone tan sólo excepciones que deben establecerse expresamente⁷.

Lo anterior continúa siendo la base del Derecho Civil Occidental, y por lo tanto, de gran parte del ordenamiento jurídico. En México, el CCDF señala que para la existencia de un contrato se requiere consentimiento, objeto y ocasionalmente solemnidad.⁸ El consentimiento es válido si está libre de vicios de

⁵ Ulpiano, Digesto, Libro II, Título XIV, De los Pactos, p.295. en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/600/16pdf> consultado en marzo de 2012.

⁶ Rocamora Valls, Pedro, *Libertad y Voluntad en el Derecho*, Madrid, Ed. Gráficas Valera, 1947, pp.44 y 45.

⁷ Cfr. Cornejo, Certucha, Francisco y Belair, M. Claude, op.cit. p.443-444.

⁸ CCDF, Artículo 1794 Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

la voluntad (artículos 1812 al 1823 del CCDF), y la única limitación será que el objeto cumpla los requisitos del artículo 1825:

“La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza. 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3o. Estar en el comercio.”

Durante gran parte del siglo XX los principios del liberalismo fueron puestos en duda, se rechazó el individualismo a ultranza y surgió la necesidad de proteger los intereses colectivos, apareció como nueva rama del ordenamiento jurídico el Derecho Social que buscaba la igualdad de los individuos a través de la intervención del Estado y se impusieron cada vez más restricciones al libre arbitrio de las personas en el campo jurídico. Por lo anterior, llegó a afirmarse que el dogma de la autonomía de la voluntad se encontraba en franca decadencia. Esta aparente decadencia se encuentra paralela a la aparición del Estado benefactor, mientras la actividad estatal interviniera en la economía la autonomía de la voluntad se vería limitada, sin embargo, el repliegue de ese modelo de Estado y su sustitución por el modelo neoliberal han implicado un nuevo auge de la autonomía de la voluntad.

Antes de avanzar en el tema de la crisis o auge del concepto objeto de estudio, regresemos a la caracterización de la autonomía de la voluntad, “los principales elementos que en opinión de la doctrina configuran a la autonomía de la voluntad son sintetizados por Kumerov de la manera siguiente:

- I) Los individuos son libres para obligarse o para no hacerlo;
- II) Los individuos son libres para discutir las condiciones del acto jurídico, determinando su contenido, su objeto y sus efectos con la única limitación del respeto al orden público y a las buenas costumbres;
- III) Los individuos pueden escoger las normas que mejor convengan a sus intereses, rechazar las supletorias ateniéndose sólo a las esenciales al tipo de negocio realizado;
- IV) Ninguna formalidad se establece para la manifestación de la voluntad ni para la prueba del acuerdo; los actos solemnes son excepcionales;

- V) Las partes de un acto jurídico pueden determinar los efectos de las obligaciones; si algún conflicto surgiera entre ellas con motivo de una violación de la norma creada, el órgano jurisdiccional limitará su misión a descubrir la intención de las partes, aplicando la sanción que ellas exijan;
- VI) Los intereses individuales libremente discutidos concuerdan con el bien público.⁹

El autor citado circunscribe a seis las características de la autonomía de la voluntad, en la primera y base de las siguientes resalta la libertad de los individuos para obligarse, determinando ellos las condiciones del acto jurídico, su contenido, objeto, formalidad, efectos y sanciones, incluso se pueden escoger las normas que mejor convengan a sus intereses, con la sola limitación que se respeten las normas de orden público y las buenas costumbres¹⁰. De acuerdo a la caracterización que se está estudiando, la actividad jurisdiccional del estado, se limitará a interpretar la intención de las partes¹¹, aplicando la sanción que las propias partes exijan. Como justificación de todas las libertades antes señaladas, Kumerov afirma que los intereses individuales libremente discutidos concuerdan con el bien público.

Con los elementos y características hasta aquí analizadas podemos proponer el siguiente concepto de autonomía de la voluntad:

⁹ Kummerov, Gert, *Algunos problemas fundamentales en el contrato de adhesión en el derecho privado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1955, pp.45-46. Citado por Cornejo, y Belair, op.cit. p.443-444

¹⁰ A este respecto el CCDF sigue el criterio de otorgar una amplia autonomía de la voluntad, mencionando como la única limitación la antes mencionada y la imposibilidad manifiesta:

Artículo 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Artículo 1831. El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

Artículo 1943. Las condiciones imposibles de dar o hacer, las prohibidas por la ley o que sean contra las buenas costumbres, anulan la obligación que de ellas dependa.

La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta.

¹¹ Respecto a la intención, el CCDF señala en el apartado relativo a la interpretación de los contratos que "Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas", artículo 1851. En esta disposición el legislador pone en serias dificultades a las partes y al juez, dado que si no obran de buena fe resulta muy difícil probar algo tan subjetivo como la intención.

Es el principio jurídico que permite a los individuos una amplia esfera de libertad, para regular el contenido, objeto, formalidad, efectos, sanciones y normas aplicables a los actos jurídicos que celebren¹², con la única limitación de respetar el orden público y las buenas costumbres, circunscribiendo, en caso de controversia, la actividad del órgano jurisdiccional a interpretar la intención de las partes.

Cabe mencionar que en la construcción del anterior concepto nos limitamos a señalar las características doctrinales del dogma clásico de la autonomía de la voluntad, aunado a la legitimación que el Derecho Positivo mexicano le otorga. Este concepto pretende ser válido dentro del marco teórico de la presente investigación, más adelante en la misma, propondremos un nuevo concepto que se adecuó a la solución de la problemática propuesta por este trabajo.

Como cualquier otra idea, la de la autonomía de la voluntad se ha cuestionado a menudo. A lo largo del siglo XX se llegó a la afirmación común de que el dogma de la autonomía de la voluntad está en crisis, sin embargo, Alterini afirma que “tal crisis en realidad concierne a reformulaciones de criterios interpretativos de sus alcances como a la fuerte incidencia de un *Derecho estatutario*; por consiguiente, en la relectura de los Códigos que contienen el núcleo conceptual del sistema, y en las soluciones de leyes especiales cada vez más numerosas, se privilegian también otros valores diversos de la libertad”¹³.

En la cita anterior, Alterini señala atinadamente que la supuesta crisis de la autonomía de la voluntad corresponde a un mayor encarecimiento de valores distintos a la libertad, por ende, quien valore más la seguridad o la igualdad pudiese atender contra la libertad, sin embargo, comprimir a esto la polémica de crisis o no crisis de la autonomía de la voluntad, sería una reducción simplista. Por otra parte, esta libertad se desenvuelve en el marco de garantías o derechos fundamentales que un Estado otorga a sus ciudadanos, con esto pretendo decir

¹² Los actos jurídicos, en general, son manifestaciones de voluntad destinadas a crear consecuencias de derecho.

¹³ Alterini y López, op.cit. pp.15-16.

que la crisis de la autonomía de la voluntad sólo es relativa al contexto del Estado donde se desarrolla, así en estados que intervienen frecuentemente en las actividades económicas (estado social o benefactor), la “crisis” estará latente, mientras que en estados que valoren más la libertad de mercado (estado neoliberal posmoderno) la autonomía de la voluntad gozará de plena vigencia y eficacia.

En conclusión de todo lo anterior podemos afirmar que la autonomía de la voluntad se identifica esencialmente con un valor, la libertad, pero aquí cabe preguntar con Michelangelo Bovero ¿Cuál libertad?, finalmente un ideal tan amplio y genérico como “*la libertad*” puede estar sujeto a múltiples interpretaciones, relacionando ese valor con la investigación cabría preguntarse si es lícito e incluso necesario limitar esa libertad, a fin de lograr una mejor convivencia social. Después de todo, uno de los mayores defensores de la libertad Juan Jacobo Rosseau mencionó que “hay que distinguir la libertad natural, que no tiene otros límites que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por el interés común”¹⁴.

Para Bovero: “Un binomio de gran arraigo en la conciencia común es el de Occidente y libertad. Si algún sentido tiene pensar en una ‘civilización occidental’, también debe recordarse que, sin duda, su primer principio de identidad es la libertad. En lo concerniente al concepto de libertad, durante los dos mil quinientos años de historia de la cultura occidental, éste ha sido objeto de un sinnúmero de usos y abusos, conformando una construcción ideológica, que induce un modelo de ‘vida libre’, que pretende tener validez mucho más allá de los límites del viejo continente, y ambiciona imponerse a escala planetaria.”¹⁵

Las potencias occidentales caracterizan a ese “imperialismo de los derechos con una forma estatal precisa –el Estado de Derecho Constitucional y

¹⁴ Rosseau, ob.cit. p.12.

¹⁵ Cfr. Bovero, Michelangelo, Coordinador, *¿Cuál libertad? Diccionario mínimo contra los falsos liberales*, Ed. Océano, México, 2010, pp.13-14. Respecto al intento de occidente de imponer esta ideología Bovero señala que las potencias emergentes orientales han cuestionado este modelo, llamándolo una máscara engañosa y una justificación para los impulsos hegemónicos de occidente a tal punto que se dio vida a una noción de “imperialismo de los derechos”.

democrático- como cierta forma social –la sociedad mercantilista- ambos basados en el principio que da identidad a la civilización occidental: precisamente el principio de libertad”¹⁶. Lo anterior se relaciona con la investigación en la medida que la autonomía de la voluntad es, en el ámbito jurídico, sinónimo de libertad, es base de la sociedad mercantilista o de consumo; actúa como fundamento del estado liberal/neoliberal e incluso del sistema económico capitalista.

“De manera paradójica, uno de los peligros de mayor entidad para los derechos fundamentales de libertad, en la actualidad es representado por algunas corrientes culturales y algunos movimientos políticos que se autodefinen como *liberales*, o que son llamados *neoliberales*, ya que son autores del ‘libre mercado’. En realidad, la ideología (neo)liberal conlleva una distorsión y una desnaturalización de los principios que desde siempre inspiraron al constitucionalismo liberal, pues concibe al mercado como una suerte de institución suprema y soberana; así, promueve a la categoría de valor absoluto una idea de libertad que se confunde con una ausencia de reglas o, en otras palabras, con lo que Kant llamó ‘libertad salvaje’. La retórica de la libertad como licitud sin reglas es el espejo y el alimento de una incultura política generalizada, y se construye en el soporte eficaz para la estrategia de los grupos de poder –los llamados ‘poderes fuertes’, intolerantes hacia los límites y los controles- que aspiran a conquistar cualquier espacio hacia el interior de las relaciones sociales, mediante la abolición o relajación de los vínculos normativos, para así poder atraer hacia la esfera del mercado bienes de cualquier índole, aun aquellos protegidos por las normas constitucionales que vigilan los derechos fundamentales ... Incluidos los de libertad”¹⁷.

En los párrafos iniciales de este capítulo se identificó a Rousseau y a Kant como dos de los más fervientes defensores de la libertad y de la autonomía contractual, en el desarrollo de la investigación comprobamos que efectivamente

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Ibídem.p.15.

defienden la libertad, pero una libertad *civil*, limitada por reglas que restrinjan a los poderes salvajes, no defienden la libertad de la ideología *liberalista*, cuya aspiración final es la libertad no de los individuos, sino del mercado. Ante esto, Bovero admite que:

“podría plantearse una objeción: al ser el libre mercado una dimensión principal –cuando no dominante—del modelo de vida occidental, ¿no es, también, un espacio –o ‘el’ espacio—en el cual se ejercen los derechos fundamentales de libertad? ¿Cuál es el papel y el rango de la libertad de mercado? ¿Cuál es el valor y la naturaleza del derecho de ser propietarios y de disponer autónomamente de los propios bienes? ¿Y de la libertad de intercambiar bienes y servicios? ¿De la libre empresa e iniciativa económica? Como no deja de insistir Luigi Ferrajoli, los *derechos de autonomía de lo particular*, a los cuales se hace referencia con la expresión genérica de ‘libre mercado’, son *derechos-poderes*, y en esa calidad no deben confundirse con los derechos de libertad, mismos que pueden referirse a las ‘cuatro grandes libertades de los modernos’. Por el contrario, estas últimas constituyen los límites primeros y esenciales de los otros. En una formulación más sencilla y esclarecedora, los derechos de libertad son los aspectos primarios de la *dignidad de la persona*, especificados y precisados normativamente; en cuanto tales, son inalienables e indisponibles, es decir, son aquello que no puede comprarse ni venderse, y por tanto deben protegerse contra posibles lesiones o invasiones de parte de todo poder, sea éste privado o público, así como contra el mercado y contra las mayorías políticas.”¹⁸

En conclusión, Bovero, siguiendo a Bobbio y a Ferrajoli, identifica dos clases de libertades, las fundamentales (personal, pensamiento, reunión y asociación), y las libertades del mercado, estas últimas limitadas por las primeras dado su carácter de fundamental, así, respecto a la autonomía de la voluntad pese

¹⁸ Bovero, op.cit. pp.15-16.

a que pareciera pertenecer a las libertades del mercado en realidad es de las fundamentales, sin embargo dicha autonomía tiene limitantes, que permiten gozar de las otras libertades. Pues la afirmación contraria, es decir, que la libertad de mercado es fundamental, mientras que las otras resultarían accesorias, para Bovero implica el riesgo de que pueda aceptarse el intercambio de “*libertad versus seguridad*”, pero no una seguridad enfocada a las personas o a las naciones, sino la seguridad del mercado¹⁹.

1.2. Contrato en el ámbito privado

La autonomía de la voluntad se manifiesta generalmente a través de la fuente obligacional por excelencia que es el contrato, si bien es cierto que también hay autonomía en la declaración unilateral de la voluntad e incluso en la gestión de negocios, el contrato es la más clara expresión de la figura que aborda esta tesis, pues para la existencia del contrato no se requiere la voluntad de una persona, sino de dos y ambas enfocadas al mismo objeto, aunque en direcciones opuestas. El contrato se analizará en el ámbito privado, pues es en este medio donde se pueden ver vulnerados los derechos patrimoniales de terceros, claro está que en el marco de los contratos públicos el interés de toda la sociedad es el que se puede ver afectado pero ese tema rebasa el ámbito de esta investigación.

Resulta claro que todo contrato presupone un acto jurídico; antes se mencionó que los actos jurídicos, son manifestaciones de voluntad destinadas a crear consecuencias de derecho. La característica esencial de los actos jurídicos y su diferencia con los hechos jurídicos, radica en el consentimiento (hay voluntad encaminada a), que existe para realizarlos. De lo anterior, surge la necesidad de definir qué es el consentimiento, figura relacionada con la autonomía de la

¹⁹ “La Doctrina de la Seguridad Nacional está constituida por el conjunto de medios legítimos e ilegítimos que utilizan los grupos de poder reales, ya sean nacionales o internacionales, con el fin de desarrollar y mantener un determinado sistema de producción e ideológico, tanto dentro de sus propios países como en aquellos en los cuales ejercen su hegemonía”. Sánchez Sandoval, Augusto, coordinador, *Control Social económico-penal en México*, UNAM-Plaza y Valdez, México, 2008, p.261.

voluntad. “El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades destinadas a producir consecuencias o fines de interés legal en la celebración de cualquier convenio o contrato”²⁰ En realidad, la definición anterior podríamos reducirla al *acuerdo que crea actos jurídicos*, líneas arriba se definió a los actos jurídicos y resulta evidente que un acuerdo se sustenta en por lo menos, dos voluntades distintas.

Es de capital importancia señalar la diferencia entre consentimiento y autonomía de la voluntad, pues aunque son conceptos que guardan cierta similitud, son diferentes. Mientras la autonomía de la voluntad es un principio jurídico-filosófico, identificado con la libertad, el consentimiento es una forma en que se manifiesta dicha libertad, además, la autonomía de la voluntad es una capacidad personal e individual, en tanto el consentimiento requiere la participación de por lo menos dos personas, ya que para constituirlo se requiere una oferta y una aceptación en concordancia con la oferta.

Otra distinción básica es la que la legislación civil hace entre convenio y contrato, por la importancia de estos artículos nos permitiremos transcribirlos literalmente:

*“LIBRO CUARTO De las obligaciones
CAPITULO I Contratos*

Artículo 1792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.

Artículo 1794. Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado:

²⁰ Cruz Ponce, Lisandro, *Consentimiento*, Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I, Porrúa-UNAM, México, 1998, p.779 y ss.

I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II. Por vicios del consentimiento;

III. Por su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley, con excepción de aquellos contratos que se encuentren en el supuesto señalado en el párrafo siguiente.

Salvo aquellos contratos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los contratos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el siguiente artículo.”

En tan sólo cinco artículos se encuentran varios de los principios jurídicos más importantes de nuestro sistema legal. En los artículos 1792 y 1793 se distingue entre convenio, que es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y contrato que es el convenio que produce o transfiere obligaciones y derechos. Los elementos de existencia y requisitos de validez, no sólo del contrato sino de cualquier acto jurídico se encuentran en los artículos 1794 y 1795. Así, para que exista un contrato se requieren consentimiento y objeto, para que sea válido se necesita capacidad legal de las partes, ausencia de vicios del consentimiento, objeto, motivo o fin lícito y formalidad.

Finalmente en el artículo 1796 se encuentran los dos principios que regulan el cumplimiento de los contratos, *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, el

primero señala que los contratos obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley. Mientras, el segundo principio señala que en aquellos contratos en los que surjan acontecimientos extraordinarios imposibles de prever, que generen un notorio desequilibrio entre las partes, podrán ser modificados. Este apartado nos permitió recordar algunos de los principios básicos en materia de contratos, lo anterior será útil a lo largo del presente proyecto, pues como antes se mencionó, la forma habitual o consuetudinaria en la que la autonomía de la voluntad se manifiesta en el ámbito jurídico, es a través de los contratos.

1.3. Derechos patrimoniales y derechos de protección y defensa

Dentro de la doctrina civilista la autonomía de la voluntad ha sido considerada un derecho fundamental, sólo que no con ese nombre, sino bajo el rubro de derechos de la personalidad o personalísimos, pero esto obedece simplemente a una variedad terminológica entre las diversas ramas que estudian el fenómeno jurídico. “En el léxico jurídico y político se ha ido acumulando una gran variedad de términos para designar, en el ámbito de las distintas disciplinas, este tipo de derechos, [fundamentales]: ‘derechos públicos’ o ‘constitucionales’ en la doctrina constitucionalista, ‘derechos personalísimos’ o ‘de la personalidad’ en la doctrina civilista, ‘derechos humanos’ o ‘universales’ en la internacionalista, ‘derechos de ciudadanía’, ‘derechos civiles’, ‘políticos’ y ‘sociales’ en la literatura sociológica y politológica, ‘derechos fundamentales’ en la teoría del derecho y en la filosofía política, ‘derechos morales’, ‘naturales’ o ‘inviolables’ en las filosofías iusnaturalistas del derecho y en las teorías de la justicia.”²¹

Para Luigi Ferrajoli, la autonomía de la voluntad se encuentra dentro de los derechos fundamentales, por oposición a los derechos patrimoniales: “La diferencia entre estas dos clases de derechos [fundamentales y patrimoniales],

²¹ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris Teoría del Derecho y de la Democracia, Tomo I, Teoría del Derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2011, p.685.

reside en el hecho de que los derechos patrimoniales, al tener por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, son por un lado *singulares* en lugar de *universales*, y por otro lado *disponibles* en lugar de *indisponibles*. Mientras que los derechos fundamentales y sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales —para los que además el derecho positivo, aunque sólo sea por su milenaria tradición, ha elaborado técnicas de garantía bastante más eficaces—están en la base de la desigualdad jurídica. Precisamente, el rasgo estructural de los derechos patrimoniales es la disponibilidad, a su vez conectada a la singularidad; estos últimos, contrariamente a los derechos fundamentales, no están establecidos inmediatamente en favor de sus titulares por normas téticas, sino predispuestos por normas hipotéticas como efectos de los actos de adquisición o disposición por ellas previstos. Se define como '*disponible*' todo derecho subjetivo singular no dispuesto por normas téticas sino predispuesto por normas hipotéticas como efecto de los actos por ellas previstos. Y al *derecho patrimonial*, lo define como todo derecho disponible.²²

Cabe cuestionarse si la autonomía de la voluntad es un derecho fundamental o un derecho patrimonial. Después del análisis que Ferrajoli hace, es evidente que la autonomía de la voluntad se encuentra caracterizada dentro de los derechos fundamentales, pues no tiene por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, es universal en lugar de singular, pues todas las personas los tenemos, y es indisponible en lugar de disponible, pues no se puede coartar de manera individual este principio.

Además, es interesante la precisión que el autor en comento hace respecto a que los derechos patrimoniales tienen un sistema de protección muchísimo más elaborado y accesible que los derechos fundamentales, pensando en el caso mexicano es relativamente sencillo solicitar jurisdiccionalmente el cumplimiento de un contrato o el pago de un título de crédito, mientras que demandar derechos fundamentales como los derechos a la salud, a la educación o vivienda es notoriamente más arduo.

²² Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris...* pp.717-718.

Ferrajoli añade que los derechos fundamentales están asentados en la igualdad jurídica, en tanto que los patrimoniales están en la base de la desigualdad jurídica, lo anterior es muy significativo, pues explica plenamente por qué los partidarios de la ideología que Bovero llamada *liberalista* se resisten a cualquier reglamentación que restrinja a los poderes económicos dominantes, esto es así porque esos *liberalistas* defienden posiciones preponderantes de la sociedad y la desigualdad jurídica que entrañan los derechos patrimoniales los beneficia. Para su defensa esgrimen el argumento de que la libertad del mercado y sus principios (principalmente la propiedad), son “*naturales*” a las sociedades humanas, olvidando que ese *orden natural del mercado*, es protegido precisamente por un amplio sector del ordenamiento jurídico.

El objetivo de esta investigación es analizar la autonomía de la voluntad y si ésta se puede limitar para garantizar los derechos patrimoniales de terceros, por ello, es necesario indagar sobre los derechos de protección y defensa que los afectados pueden esgrimir a su favor.

La noción de derechos de defensa es abordada por Robert Alexy en su Teoría de los Derechos Fundamentales, quien que antes de definirlos los ubica y diferencia de los derechos fundamentales, que “están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a las intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”²³. Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos acciones *negativas* (omisiones) del Estado. Pertenecen al estatus negativo en sentido amplio. Su contrapartida son los derechos a acciones *positivas* del Estado, que deben incluirse en el status positivo en sentido estricto.²⁴

Es decir, si a través de un derecho se pretende una acción positiva del Estado, estamos frente a un derecho prestacional, mientras tanto, un derecho a

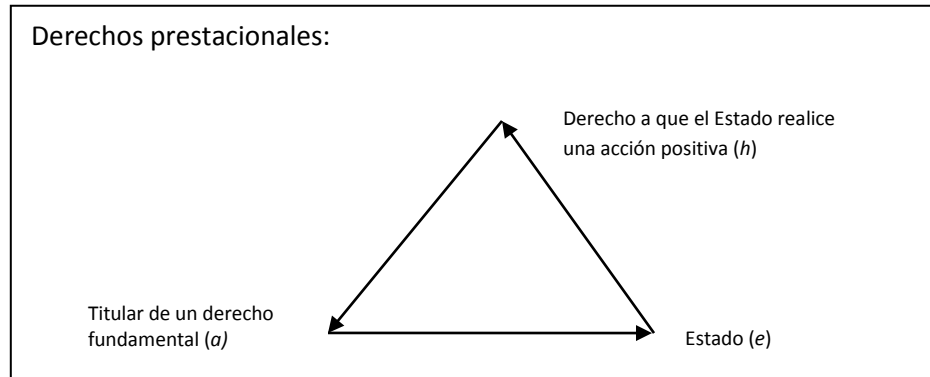
²³ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, pag. 163 ss. Citado por Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, segunda edición, p. 383.

²⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, segunda edición, p. 383 y ss.

una acción negativa del Estado, (un no hacer por parte del Estado), se identifica con un derecho de defensa. Para Alexy:

“los derechos prestacionales (en sentido amplio), pueden dividirse en tres grupos: 1) derechos de protección, 2) derechos a la organización y al procedimiento y 3) derechos prestacionales en sentido estricto. Como derechos subjetivos, todos los derechos prestacionales son relaciones triádicas entre un titular de derecho fundamental, el Estado y una acción positiva del Estado.”²⁵

De acuerdo a lo anterior, podríamos ilustrar a los derechos prestacionales del siguiente modo:



El primer grupo de los derechos prestacionales son los derechos de protección, que son de especial importancia para este proyecto.

“Por derechos de protección habrá de entenderse los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado, para que éste lo proteja de intervenciones de terceros.²⁶ Los derechos de protección pueden tener como objeto cosas muy diferentes. El espectro se extiende desde la protección, de tipo clásico, frente al homicidio hasta la protección frente a los peligros del uso pacífico de la energía atómica. No sólo la vida y la salud son posibles bienes protegidos, sino todo aquello que, desde el punto de

²⁵ Cfr. Alexy, ob.cit, pp.392-394.

²⁶ En la ilustración, la línea a-e implica los derechos frente al Estado, y la acción positiva de éste (h) implicaría la protección que el Estado debe brindar a la persona frente a terceros.

vista de los derechos fundamentales, es digno de ser protegido, por ejemplo, la dignidad, la libertad, la familia y la propiedad”.²⁷

No sólo los derechos de protección son variados, también lo son las formas posibles de protección, los cuales para Alexy pueden materializarse en normas penales, de responsabilidad civil, de normas procesales, acciones administrativas e incluso se pueden proteger por medio de la actuación fáctica. Lo común de estas variedades es que los derechos de protección son derechos subjetivos constitucionales²⁸ frente al Estado para que éste realice acciones positivas fácticas o normativas que tiene como objeto la delimitación de las esferas de sujetos de igual jerarquía, así como la exigibilidad judicial y la implementación de esta limitación. El objeto de esta investigación es justamente, los derechos de protección entre sujetos de igual jerarquía (ámbito privado), y como la falta de precisión en la ley (lagunas estructurales) crea contingencias para la debida defensa, por lo anterior, es notoria la importancia de analizar los derechos de protección y de defensa.

Alexy señala que la delimitación de las esferas de los sujetos jurídicos de igual jerarquía así como la exigibilidad judicial y la implementación de esta delimitación es una de las tareas clásicas del orden jurídico. A ella apunta la famosa formulación de Kant: “El derecho es, pues, el concepto propiamente dicho

²⁷ Alexy, ob.cit. p.398.

²⁸ En la norma fundamental mexicana esos derechos de defensa se encuentran consagrados en los siguientes artículos constitucionales:

14, segundo párrafo: Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

16 primer párrafo: Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

17 párrafos primero y segundo: Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

de las condiciones en las cuales es posible conciliar el arbitrio de uno con el arbitrio del otro, de acuerdo con una ley general de libertad.”²⁹

Los derechos de protección son, pues, derechos constitucionales a que el Estado organice y maneje el orden jurídico de una determinada manera, en lo que se refiere a la relación recíproca de sujetos de igual jerarquía.³⁰ Relacionando lo anterior con nuestro tema de estudio, el Estado mexicano, no está organizando y manejando el orden jurídico adecuadamente, por ende, no garantiza los derechos de protección, en el caso de la debida defensa de los derechos patrimoniales de terceros.

Los derechos de protección son considerados por la tradición liberal derechos fundamentales y por tanto, son individuales.

“A diferencia de los derechos sociales fundamentales, es decir, los derechos prestacionales en sentido estricto, los derechos de protección encajan perfectamente en la tradición de la comprensión liberal de los derechos fundamentales. Parece casi evidente su fundamentación dentro del marco del clásico modelo contractualista del Estado, que en época reciente ha experimentado un vehemente renacimiento. La renuncia amplia a los derechos a una efectiva autoprotección, condicionada por la transición (construida) a partir de la situación preestatal hasta la situación de existencia del Estado, puede justificarse racionalmente solo si el individuo, a cambio de esta renuncia, obtiene una efectiva protección estatal.”³¹

A *contrario sensu* podría interpretarse que el Estado no está cumpliendo su “parte” del contrato social sí no garantiza efectivamente la protección de los bienes que el orden jurídico considera fundamentales, (vida, salud, propiedad).

Para obtener mayor claridad, es conveniente hacer una diferenciación entre derecho de defensa y de protección, retomando a Alexy:

²⁹ I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, p.230. Citado por Alexy, ob.cit. p.399.

³⁰ Alexy, ob.cit. p.399.

³¹ *Ibidem*, p.403.

“el primero, es un derecho frente al Estado a que este omita intervenciones; el segundo, un derecho frente al Estado para que éste se encargue de que terceros omitan intervenciones. Es decir, el Estado tiene un determinado tipo de responsabilidad por determinadas acciones de un ciudadano respecto a otro. Las acciones en relación con las cuales tiene una responsabilidad son intervenciones privadas en bienes iusfundamentales como la vida, la libertad y la propiedad. La responsabilidad que tiene el Estado puede consistir sólo en un deber de prohibir determinadas intervenciones de terceros en bienes protegidos iusfundamentalmente.”³²

Pero la actividad del estado no puede limitarse a ser pasiva, si los bienes resultan iusfundamentales, como el caso de la propiedad la intervención del Estado está plenamente justificada.

¿Cuál es la relación que guardan los tres conceptos hasta ahora analizados?, la autonomía de la voluntad, los derechos fundamentales y los derechos de protección y defensa. Señala Riccardo Guastini que:

“Los derechos son, entonces, atributos, atributos que corresponden a sujetos, y en particular, a sujetos humanos. Bien entendido los derechos no son atributos ‘naturales’, como la estatura y el bigote: son atributos ‘artificiales’. En otras palabras, los derechos son cualidades que los humanos tienen si, y cuando, les son atribuidas. ¿Atribuidas por quién o por qué? Pues bien, los derechos no son atribuidos a los hombres sino por normas: típicamente (pero no necesariamente) por normas jurídicas, es decir, por el derecho objetivo”³³.

Los tres conceptos (autonomía de la voluntad, derechos fundamentales y derechos de protección y defensa) se interrelacionan en esta investigación pues es válido preguntarse si la autonomía de la voluntad y los derechos de defensa, se

³² Ibídem, p.404-406.

³³ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999, p.180.

pueden considerar derechos fundamentales, ¿si ambos lo son, cuál debe prevalecer?

“Es habitual denominar ‘fundamentales’ a algunos derechos con el objetivo de subrayar su importancia decisiva. Sin embargo, en este contexto, el vocablo ‘fundamental’ no significa simplemente importante. La expresión ‘derechos fundamentales’ parece contener en si misma dos matices de significado: por un lado se llaman fundamentales aquellos derechos que *fundamentan* el sistema jurídico; (descansan sobre normas jurídicas, a su vez, fundamentales materialmente normas constitucionales), por otro lado, se llaman fundamentales aquellos derechos que *no requieren fundamento en el* sistema jurídico (su validez es autoevidente, previa al ordenamiento jurídico e independiente de él). El primer matiz supone una doctrina positivista del derecho; el segundo, una doctrina iusnaturalista”.³⁴

De lo anterior, aunado a la diferenciación que Ferrajoli hace entre los derechos fundamentales y patrimoniales, podemos afirmar que tanto la autonomía de la voluntad, como los derechos de defensa y de protección pertenecen a la categoría de fundamentales. Lo anterior es trascendental para este proyecto, pues no permite resolver la contradicción entre ambos jerárquicamente, no sería justificable limitar la libertad que implica la autonomía de la voluntad para conseguir una plena vigencia de los derechos de defensa, y que estos no se queden únicamente en “el papel”, es decir, que los derechos de defensa estén no sólo conferidos, sino garantizados.

“Una cosa es conferir un derecho y otra garantizarlo. Para conferir un derecho es suficiente una norma redactada, precisamente, como norma atributiva de derechos. Para garantizar un derecho no es suficiente atribuirlo: es necesario también establecer instrumentos aptos para protegerlo. La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere. Sólo puede ser establecida por otra norma que instituya mecanismos aptos para prevenir la violación de la primera o

³⁴ Cfr. Guastini, op.cit. p.186-187.

bien prevea remedios para el caso de que la primera sea violada. En los ordenamientos jurídicos modernos, los derechos son garantizados --- típicamente, pero no exclusivamente---en sede jurisdiccional, esta tutela jurisdiccional presupone, a su vez, al menos dos cosas: a) que el derecho en cuestión tenga un contenido preciso; b) que el derecho en cuestión pueda ser ejercido o reivindicado frente a un sujeto no menos preciso (una contraparte). En resumen, un derecho de un determinado sujeto es susceptible de tutela jurisdiccional si, y solo si, le corresponde el deber de otro sujeto bien determinado y si el deber en cuestión se refiere a un comportamiento igualmente determinado. Sobre esta base, podemos distinguir los 'verdaderos' derechos de los derechos 'sobre el papel'.³⁵

En conclusión podríamos afirmar que el individuo tiene un derecho fundamental frente al Estado a recibir protección frente a terceros de igual jerarquía, (derechos de protección y de defensa), pero también tiene un derecho fundamental, como la autonomía de la voluntad, que puede oponerse, en virtud de lo anterior, el Estado estará obligado a garantizarlos ambos, ya que ambos están conferidos por el ordenamiento y tienen la misma jerarquía por lo que se deberá ponderar cuál de ellos se mantendrá sobre el otro.

1.4. Lagunas axiológicas del derecho.

El Estado conforme al actual artículo primero constitucional, derivado de la reforma publicada el diez de junio del dos mil once, está obligado a garantizar la protección de los derechos y bienes jurídicos, sin embargo, la decisión de cómo hacerlo se encuentra en manos del legislador, que a través de normas generales consagrará en un cuerpo normativo secundario (Código civil, de procedimientos civiles, de comercio, etc.), los mecanismos necesarios para hacer efectiva dicha protección. No obstante, existe la posibilidad de que el legislador omita crear esa

³⁵Cfr. *Ibidem*. p.185.

disposición o incluso puede suceder que esa norma de una respuesta insatisfactoria a la protección planteada.

“Cuando las disposiciones o normas *descriptivas, prescriptivas o atributivas* no existen, por omisión del legislador, se dice que dicha omisión es un espacio *ajurídico* en donde todo lo no prohibido está permitido, sin embargo, si dicha omisión es esencial para dar seguimiento o vida a la inercia de otras disposiciones, surge un problema en su aplicación pues es indispensable cubrir ese espacio a fin de dar fluidez y efectividad al ordenamiento legal. El vacío no regulado puede ser producto de olvido, descuido u omisión intencional en el sentido de que la ley era tan clara para el legislador que consideró como obvio lo que no dijo. En cualquier caso, ese vacío genera incertidumbre en los particulares y autoridades encargadas de aplicar las leyes, generando lo que el argot jurídico denomina *lagunas*.”³⁶

Por lagunas podemos entender:

“las insuficiencias del derecho positivo (escrito o consuetudinario) que percibimos como ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones objetivas en que cabía esperarla y cuya eliminación exige y admite una decisión judicial complementaria del derecho. Las lagunas aparecen allí donde ni la ley ni el derecho consuetudinario suministran una respuesta inmediata a una pregunta jurídica.”³⁷

En el caso que plantea esta investigación, la simulación de actos jurídicos por parte de deudores que evadiendo sus obligaciones, pretenden defraudar a sus acreedores, es producto del aprovechamiento de una laguna; si bien existe una regulación jurídica del caso (acciones pauliana y oblicua), la respuesta que el

³⁶ Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *La Interpretación de las Disposiciones Fiscales*, Ed. Dofiscal, México, 2011, p.281.

³⁷ English, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1956, p.135, citado por Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, quinta reimpresión, p.162.

orden normativo proporciona no es efectiva, es una respuesta incorrecta o injusta, ante una clase especial de lagunas.

“En la tipología de las lagunas se suele distinguir:

- i. Lagunas normativas: ausencia de una norma que conecta una determinada consecuencia jurídica con un supuesto de hecho;
- ii. Lagunas técnicas: ausencia de una norma que es una condición necesaria de eficacia de otra norma;
- iii. Lagunas axiológicas: ausencia de una norma requerida:
 - a) por el sentido de justicia del intérprete, o
 - b) por una norma superior;
- iv. Lagunas institucionales: ausencia no de una norma, sino de una institución esencial para el funcionamiento del ordenamiento, entendido justamente como complejo de instituciones.”³⁸

Por su parte, Alchourrón y Bulygin señalan que:

“Muchos juristas tienden a confundir las lagunas axiológicas con las lagunas normativas, la confusión se debe al uso indiscriminado y poco feliz del término ‘laguna’. La mayoría de los autores insisten en distinguir entre defecto (ético o político) de la ley y laguna, lo cual parecería revelar la intención de separar las cuestiones valorativas de las cuestiones lógicas. La cuestión acerca de la existencia o inexistencia de una solución jurídica no es un problema valorativo, sino lógico. Por otra parte, la cuestión de saber si una insuficiencia (en el sentido de falta de solución) es insatisfactoria o no, es un problema valorativo, que presupone ya el concepto de insuficiencia.”³⁹

En concordancia con lo anterior, podríamos decir que, una laguna es axiológica si estamos en presencia de una solución insatisfactoria, en tanto, la laguna

³⁸ Guastini, Riccardo, *Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica*, en Carbonell, Miguel, *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p.247, citado por Burgoa Toledo, ob.cit. pp.282-283.

³⁹ Cfr. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, quinta reimpression, p.161-162.

normativa implica la total ausencia de una solución en el ordenamiento legal. Líneas arriba señalamos que existen dos acciones contra la simulación, por tanto, es evidente que no nos encontramos ante una laguna normativa pues existe disposición expresa que plantea una solución, sin embargo, la solución trazada es insatisfactoria, pues las acciones pauliana y oblicua en la praxis se encuentran en desuso por falta de medios adecuados para ejercitarlas.

“Las *lagunas* son, entonces, resultado de una facticidad que supera al Derecho, es una facticidad superior a la normatividad. Existe una incompletud o ausencia de disposiciones y normas. El ‘ser’ supera al ‘deber ser’ y en tal virtud lo que acontece no tiene cabida en la hipótesis legal porque no fue previsto por el legislador. En estos casos, la solución debe brindarse sin demora alguna porque la facticidad no puede quedarse descubierta de protección o sanción deóntica. Se debe cubrir ese vacío, ya sea por el propio legislador omiso o por los jueces al conocer de un asunto en donde la laguna es esencial para resolverlo.”⁴⁰

La *laguna* que se plantea en este proyecto podríamos adscribirla como axiológica, siguiendo a Alchourrón o como técnica-axiológica en el sentido de Guastini. Pese a lo anterior, lo más importante no es clarificar ante qué clase de laguna nos encontramos en la cuestión planteada, sino cómo lograr solucionar satisfactoriamente las pretensiones de los acreedores de buena fe. Pues no cabe duda que la facticidad está superando a la normatividad y por ende, los derechos de defensa y protección de los acreedores quedan vulnerados, transgrediendo con ello los derechos fundamentales y patrimoniales. La solución a esta problemática debe brindarse sin demora alguna porque la facticidad está vulnerando una expectativa iusfundamental, por la misma trascendencia de ésta, el vacío debe ser cubierto por el legislador pues la solución que pudiese brindar un órgano jurisdiccional a través de jurisprudencia sería limitada.

⁴⁰ Burgoa Toledo, *op.cit.* p.281.

1.5. Contingencias en la celebración de contratos

“En el plano formal, la contingencia se define a través de la negación de la imposibilidad y la negación de la necesidad. Contingente es por lo tanto todo lo que es posible pero no necesario.”⁴¹ De acuerdo a lo anterior, lo contingente resulta ser el punto medio entre lo que es necesario (forzoso, indefectible) y lo que es imposible (inadmisible, inverosímil), en palabras más sencillas, si no es imposible ni es necesario, es contingente. Ahora bien, ¿cuál es la relación entre lo contingente y nuestro tema de investigación? Para resolver esta cuestión, se puede partir de ambas concepciones clásicas del derecho, *iusnaturalismo* e *iuspositivismo*.

Para la corriente del derecho natural y la filosofía práctica:

“la validez de la norma está inmediatamente vinculada con el valor del cuál la norma se presenta como verdad lógica, provista con carácter de necesidad. La epistemología del derecho natural, consecuentemente, no existe sino como subsistema de la filosofía práctica; un subsistema que presenta esta particularidad: la estructura normativa sobre la que ejercita sus reflexiones no es mutable: al no estar constituida sobre la base de decisiones, tampoco puede ser transformada por decisiones ulteriores; esta estructura no está dada, se produce continuamente en un proceso analítico de deducción en el cual se despliega, y se clarifica la verdad normativa de los principios de la ontología racional, que constituyen las premisas del sistema.”⁴²

De acuerdo a lo anterior, para la visión del Derecho Natural, la norma tiene el carácter de necesidad, pues se presenta como verdad lógica, por tanto, lo contingente resultaría todo lo de demás. En el caso de los contratos, las normas que los prevén y sobre todo, el principio que los hacer obligatorios (*pacta sunt servanda*), tienen el carácter de necesidad, sin embargo, al reducir lo contingente

⁴¹ De Giorgi, Raffaele, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, Ed. Universidad Iberoamericana, 1998, p.11.

⁴² *Ibíd*em, pp.10-11.

a todo lo que no es normativo, el actuar humano se transforma en contingente, aunque evidentemente no toda la actividad del hombre es trascendente para el derecho, pero la que sí lo fuese resulta contingente.

En el caso de la contingencia en la celebración de contratos, ya vimos que la norma es lo necesario, por lo que contingente sería no sólo su celebración, sino las condiciones del acto jurídico y, lo más importante contingente sería también el cumplimiento de los convenios. Esta visión resulta similar a la concepción clásica de la autonomía de la voluntad, donde las partes podrían pactar el contenido, objeto, formalidad, efectos, sanciones y normas aplicables a los contratos.

“El criterio específico de validez de la norma de derecho natural, que vincula la norma con el valor, la sustrae de la arbitrariedad, la vuelve resistente al tiempo, la inmuniza contra las elecciones, la protege contra lo posible y lo distinto: la *norma no es contingente*. No contingente es la norma que surge por necesidad interna de determinadas premisas, las cuales, provistas del carácter de verdad no son falsificables: entonces la norma no es una variable; queda fuera de los procesos de decisión y adquiere así una validez que surge de la identificación del *proceso cognoscitivo* con el *proceso productivo* de la norma misma.”⁴³

De este modo, para el iusnaturalismo, la norma constituye la premisa fundamental de la que se parte en el análisis de cualquier realidad jurídica; sin embargo, como antes se dijo en el caso de esta investigación, la facticidad está superando a la normatividad, el mundo del ser se impone al del deber ser, en este último los principios de los contratos no son respetados por las partes, por lo que la premisa normativa (lo necesario), debe ser modificado a fin de que lo contingente sea reducido al mínimo. Si bien esta postura puede parecer inocente, es acorde con la epistemología del derecho natural, pues para ella, “los diversos sistemas de actuar, (ético, jurídico y político), establecen una *unidad del sentido*,

⁴³ *Ibíd*em, pp.11-12.

constituida en torno a la razón.”⁴⁴ Por tanto, los principios jurídicos no estarían alejados de los éticos y políticos, en virtud de lo anterior, el cumplimiento de los contratos sería necesario, pues el actuar ético impediría su inobservancia.

Por otra parte, siguiendo a De Giorgi:

“la sociedad burguesa disgrega los sistemas racionales de la concepción iusnaturalista, los sistemas ético, político y jurídico ya no constituirán uno sólo. La sociedad moderna los sustituye con un sistema formal autónomo que produce la cohesión de los sistemas disgregados, el universo de tales abstracciones es el *derecho positivo*. Éste es un sistema construido por una estructura en la que, a través de procesos regulados, se aíslan determinadas formas del actuar y se fijan como válidas. Estas abstracciones del actuar son válidas sólo en la medida en que sean producidas con base en un proceso de decisión: en cuanto aisladas de esta manera, son variables, pueden ser siempre distintas. La norma, es fruto de una decisión, y por efecto de una decisión se le puede privar de validez, ésta surge de un proceso formal que ha llevado a la existencia de la norma, pero que puede llegar a quedarse él mismo sin su validez: en efecto, tanto la norma como el proceso que la lleva a ser, no tiene ninguna relación con la verdad.”⁴⁵

Para el iuspositivismo la norma es indiferente al valor o a la verdad, ligada a lo posible y al tiempo.

“Esta norma es *contingente*; contingencia y posibilidad de lo distinto, continua potencialidad inmanente de transformación, hipótesis sobre lo real, elisión de la necesidad; contingencia es incertidumbre, miedo,

⁴⁴ *Ibíd*em, p.15.

⁴⁵ *Ibíd*em, p. 18.

es producto de la diferenciación, es separación, ruptura. El derecho positivo es *contingencia vuelta norma*.⁴⁶

La visión del iuspositivismo resulta entonces totalmente contraria al iusnaturalismo, ya que para este la norma es necesaria, en tanto, para aquel la contingencia es transformada en norma. Dado que en la sociedad moderna los sistemas de los que habla De Giorgi, se encuentran totalmente disgregados y lamentablemente no podemos empalmar el actuar ético con el jurídico, el ordenamiento se ve en la necesidad de prever conductas no sólo contrarias al derecho, sino a la ética. Finalmente la problemática que este proyecto aborda tiene un fundamento ético, en la medida que los deudores cumplan sus deberes morales y éticos no habría necesidad de normas que los obligasen a cumplir jurídicamente (aun en contra de su voluntad).

Aceptando la separación entre los sistemas del actuar el único camino que queda es replantear la norma jurídica, pues por el momento, la respuesta que el orden normativo proporciona no es efectiva, es decir, las distintas contingencias derivadas de un contrato no están previstas en el ordenamiento, (existen lagunas), estos espacios *ajurídicos*, como antes se mencionó, vulneran los derechos patrimoniales y fundamentales (de defensa y protección) de los acreedores. De este modo el Estado únicamente está confirmando esos derechos fundamentales, pero no los está garantizando, por la que la simulación de actos jurídicos provoca que la eficacia de la norma sea mínima.

1.6. Simulación del acto jurídico

El diccionario de la Real Academia Española define el verbo simular como “representar una cosa, fingiendo o imitando lo que no es”⁴⁷, esta sencilla definición plantea precisamente la problemática de este proyecto, simular resulta,

⁴⁶ *Ibíd*em, p.19.

⁴⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Ed. RAE, Madrid, 1992, vigesimoprimer edición, p.1883.

representar lo que no es, respecto a los actos jurídicos esto tiene muchísimas implicaciones, antes de avanzar en ellas, revisemos una definición más amplia.

“Simulación. (Del latín *simulare*, que significa imitar, representar lo que no es, fingir). En el lenguaje ordinario el verbo simular significa presentar engañosamente una cosa, como si en verdad existiera como tal, cuando en la realidad no es así. Entre las palabras simular y disimular hay una verdadera paronimia, las dos reconocen la misma etimología. En la simulación se hace aparecer lo que no existe, en la disimulación se oculta lo que en verdad existe; empero, en uno y otro caso el propósito es el engaño.”⁴⁸

En esta introducción al concepto de simulación Galindo Garfias refiere, por lo menos, tres términos jurídicos de gran relevancia para esta investigación, dolo, mala fe y engaño. Dolo y mala fe son definidos en el CCDF por el artículo 1815, mismo que señala:

“Artículo 1815. Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.”

Del numeral transcrito se observa que el dolo se identifica con la simulación y la mala fe con la disimulación, mientras que en el dolo la actividad del que lo emplea es activa, induce al error⁴⁹ a uno de los contratantes o lo mantiene en él; en la mala fe la actividad es pasiva, una vez que conoce el error, lo disimula. Ambas figuras tienen por objeto el engaño, que consiste en hacer caer en error al contratante, uno a otra figura quitan libertad jurídica al consentimiento, porque las partes han consentido engañadas sobre la causa principal del acto. De acuerdo a

⁴⁸ Galindo Garfias, Ignacio, *Simulación*, Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, Porrúa-UNAM, México, 2009, p.3467.

⁴⁹ Tradicionalmente, el error es definido como una creencia no conforme con la verdad, y puesto que la verdad fue definida como lo que es, el error sería lo contrario a la realidad objetiva. Puede decirse que el error es una dirección de la voluntad contraria al evento. López Monroy, José de Jesús, *Error civil*, Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, Porrúa-UNAM, México, 2009, p.1530.

lo anterior, dolo y mala fe son los verdaderos opuestos a la autonomía de la voluntad, ya que la voluntad viciada no puede ser válidamente libre. Sin embargo, el concepto de simulación va más allá del dolo y la mala fe,

“se dice que hay simulación cuando conscientemente se declara un contenido de voluntad que no es real y esa disconformidad entre lo declarado y lo querido se realiza por acuerdo de los declarantes, con el propósito de engañar creando un negocio jurídico donde no existe ninguno, o es distinto de aquel que las partes ocultamente han celebrado. Coludidas las partes emiten unas declaraciones de voluntad cuyo contenido volitivo no es el que verdaderamente quieren y privadamente confiesan en un contradocumento, ser otra su voluntad negocial o que no han convenido en negocio alguno”.⁵⁰

A diferencia del dolo y la mala fe, en la simulación, interviene un tercero ajeno al contrato, este tercero y una de las partes representan un acto jurídico que no existe. El CCDF define a la simulación del modo siguiente:

“Artículo 2180. Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas.”

De acuerdo a lo anterior podemos observar que la simulación consta de tres elementos:

- I. Una declaración deliberadamente disconforme con la intención.
- II. Está concertada por un acuerdo entre las partes.
- III. Tiene como objetivo engañar a terceras personas.

En el primer elemento radica en sí la simulación, el pretendido acto jurídico en realidad no está de acuerdo con la intención de las partes, justamente aquí se encuentra el “representar una cosa, fingiendo o imitando lo que no es”, a diferencia del error de buena fe en el que las partes se encuentran en un concepto

⁵⁰ Galindo Garfias, *Op.cit*, p. 3467.

equivocado de la realidad en la simulación las partes tienen plena consciencia de lo que están celebrando, “lo interno, lo querido y lo externo, lo declarado, están en oposición conocida por los declarantes”.⁵¹

El segundo elemento de la simulación es que está concertada por un acuerdo entre las partes, a simple vista, en nada se diferencia del contrato, sin embargo, no podemos hablar aquí propiamente de un contrato, pues uno de los elementos de existencia, el consentimiento no es real, es un engaño. Sin embargo, dicho consentimiento parece ser real ante cualquier tercero, lo que deja a éste en estado de vulnerabilidad, lo único que podría argumentar es que no se cumple un requisito de validez, que es el contemplado en la fracción III del artículo 1795: *El contrato puede ser invalidado: ...III. Por su objeto, o su motivo o fin sea ilícito.*

Esta fracción está relacionada con el último elemento de la simulación, el hecho de que ésta tiene como objetivo engañar a terceras personas.

“Esto es lo que principalmente da razón de la simulación, como hecho antijurídico, por cuanto burla la buena fe de terceros puesto que las partes recurren a ese artificio para hacer creer a aquellos en la existencia de un acto que no es real. Y con esto basta; pues la simulación existe aunque no haya la intención de dañar a nadie. Aunque la simulación puede tener una finalidad por sí misma inocua, las más de las veces, la simulación es el arma favorita para defraudar acreedores”.⁵²

El artículo 2181 del CCDF diferencia entre simulación absoluta y relativa: “La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.” Esta diferenciación produce distintos efectos para las dos clases de simulación: “Artículo 2182. La simulación absoluta no produce efectos jurídicos. Descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare.” Es claro que en el caso de la simulación absoluta la sanción civil es la inexistencia, pues no hay ni consentimiento ni objeto real, solo

⁵¹ Ídem.

⁵² Ídem.

fingidos. Pero la simulación relativa entraña una mayor dificultad, pues “ésta puede recaer sobre los elementos intrínsecos del contrato (simulación objetiva) o puede referirse a los sujetos que intervienen en dicha relación (simulación subjetiva). En este segundo caso, nos encontramos en presencia de lo que se denomina interposición de persona. Puede ocurrir que la interposición sea real y verdadera (mandato sin representación) y entonces no hay simulación o bien que la interposición sea fingida: la persona que se interpone por el concierto entre los otorgantes figura solo como testafarro. La interposición en este caso es nula o, mejor, inexistente.”⁵³

En nuestra opinión ninguna de las simulaciones debería ser convalidable pues esencialmente tienen un fin antijurídico, si bien se puede argumentar que si no dañan a nadie son estrictamente inocuas y están de acuerdo con la autonomía de la voluntad, en realidad son contrarias al espíritu de la norma y a los principios de los contratos. La simulación que aún no afecta directamente a un tercero, (la cual notoriamente debe ser inexistente), pone en riesgo los derechos de protección y de defensa de los individuos, por lo que se vulnera un derecho fundamental, pero la anterior será materia del próximo capítulo, por ahora baste con lo dicho.

En el artículo 2183 se señala quienes están legitimados para solicitar la nulidad de la simulación: “Pueden pedir la nulidad de los actos simulados, los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público cuando ésta se cometió en transgresión de la ley o en perjuicio de la Hacienda Pública.” Finalmente las consecuencias normativas de la simulación son las siguientes:

“Artículo 2184. Luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere; pero si la cosa o derecho ha pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a la restitución. También subsistirán los gravámenes impuestos a favor de tercero de buena fe.”

⁵³ Ibídem, p.3468.

Un análisis mucho más profundo y crítico de la regulación normativa de la simulación se realizará en el siguiente capítulo de este proyecto, momentáneamente transitemos a las acciones previstas contra la simulación de actos jurídicos.

1.7. Acciones contra la simulación de actos jurídicos.

Tres son esencialmente las acciones que se pueden ejercitar contra la simulación de actos jurídicos la acción declaratoria de simulación, la acción oblicua y la acción pauliana.

La acción declaratoria de simulación o simplemente acción de simulación, “tiene por objeto que se declare que un acto jurídico ha sido simulado en perjuicio del actor.”⁵⁴ Su regulación se encuentra en los artículos 2180 a 2184 del CCDF, ya en el apartado anterior mencionamos algunos de los elementos de esta acción, sin embargo, por su importancia, consideramos válido repetir algunos de sus elementos. Respecto a su concepto, el artículo 2180 señala:

“Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas”.

Sus elementos son: una declaración deliberadamente disconforme con la intención; está concertada por un acuerdo entre las partes, y; tiene como objetivo engañar a terceras personas. Tienen acreditada la personalidad jurídica para pedir la nulidad de los actos simulados, los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público cuando ésta se cometió en transgresión de la ley o en perjuicio de la Hacienda Pública. Respecto a los efectos de la acción declaratoria de simulación el Código Civil señala:

⁵⁴ Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Ed. Porrúa, México, 1991, decimonovena edición, p.37.

“Artículo 2184. Luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere; pero si la cosa o derecho ha pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a la restitución. También subsistirán los gravámenes impuestos a favor de tercero de buena fe”

De acuerdo a lo anterior, el principal efecto de esta acción es la restitución, al patrimonio del enajenante simulador, de los bienes objeto de la simulación, salvo que estos hayan sido enajenados a un tercero de buena fe, esto, con el fin de preservar el comercio jurídico y la seguridad de la contratación.

La acción pauliana, “Surge en Roma, hacia fines de la República, creada por un pretor de nombre Paulus, como un remedio contra los actos reales de enajenación, gravamen o renuncia de bienes, efectuados por el deudor con el propósito de eludir el pago de sus obligaciones. Al decir de los autores, el deudor que sustraía intencionalmente sus bienes de la persecución de los acreedores, incurría en delito reprimido por una acción penal cuya sanción era una condena pecuniaria por el mismo valor de los bienes sustraídos, condena que se dejaba sin efecto sólo en supuesto de que el tercero restituyera los bienes.”⁵⁵

Actualmente, la acción Pauliana está reglamentada en los artículos 2163 al 2179 del Código Civil, dicho cuerpo normativo señala los elementos de la acción en el artículo 2163:

“Los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor, pueden anularse, a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción, es anterior a ellos.”

De la anterior definición podemos señalar que las características de la acción pauliana son: a) el deudor celebra actos jurídicos reales con un tercero; b) esos actos provocan la insolvencia del deudor; c) si el crédito del acreedor es

⁵⁵ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Ed. Oxford, México, 1999, quinta edición, p.272.

anterior a esos actos jurídicos, puede solicitar la anulación de los actos celebrados en su perjuicio. Por su parte el artículo 2164 añade lo siguiente:

“Si el acto fuere oneroso, la nulidad sólo podrá tener lugar en el caso y términos que expresa el artículo anterior, cuando haya mala fe, tanto por parte del deudor, como del tercero que contrató con él.”

De la transcripción de los dos artículos anteriores podemos señalar los requisitos de la acción: a) Un acto realmente efectuado, a diferencia de la acción declaratoria de la simulación, en la pauliana el acto jurídico que se busca anular es verdadero, no ficticio; b) Que dicho acto provoque la insolvencia del deudor;⁵⁶ c) Que el crédito exigible sea anterior al acto jurídico que provoca la insolvencia; además, como último requisito, está el señalado por los artículos 2164 y 2165: d) Si el acto que se combate es oneroso, se necesita que haya mala fe por parte del deudor y del tercero que contrató con él, si el acto fuere gratuito, tendrá lugar la nulidad aun cuando haya habido buena fe por parte de ambos contratantes.

No es redundante repetir que a diferencia de la simulación, los actos que combate la acción pauliana son auténticos; “el deudor realmente ha vendido sus bienes, ha cedido sus derechos, ha hipotecado o dado en prenda sus cosas o ha renunciado a derechos o facultades que hubieran aumentado su capacidad económica”.⁵⁷ Lo que el deudor hace es provocarse a sí mismo un estado de insolvencia, no sólo a través de la enajenación de sus bienes (artículo 2168), también por la renuncia de derechos a su favor (artículo 2170), o incluso, con el ánimo de insolventarse, hace pagos a otros acreedores antes de que venza el plazo de esas obligaciones (artículo 2172).

Respecto a los efectos de la acción pauliana, de la lectura del artículo 2163 podemos inferir que es la nulidad de los actos del deudor, sin embargo, lo anterior no es preciso, de acuerdo al siguiente numeral:

⁵⁶ El artículo 2166 de la ley en comento señala que “Hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas. La mala fe, en este caso, consiste en el conocimiento de ese déficit.”

⁵⁷ Bejarano, *op.cit.* pp.274-275.

“Artículo 2175. La nulidad de los actos del deudor sólo será pronunciada en interés de los acreedores que la hubiesen pedido, y hasta el importe de sus créditos.”

Esto significa, que los actos del deudor seguirán surtiendo efectos, salvo para aquellos acreedores que promovieron la acción. “La invalidez producida por el éxito de una acción pauliana impone la ineficacia del acto únicamente respecto de cierta o ciertas personas, así como por el monto de su interés, y continúa produciendo sus plenas consecuencias jurídicas como acto válido en relación con todas las demás.”⁵⁸ Lo anterior implica que el principal efecto de la acción pauliana no es la nulidad, sino la inoponibilidad de los actos del deudor, respecto al acreedor que lo haya demandado.

Finalmente, la tercera de las acciones que protegen al acreedor quirografario de la mala fe del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, es la acción oblicua. Esta acción, a diferencia de las anteriores no está contemplada por la norma sustantiva, sino por la adjetiva, es en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (CPCDF), donde se fundamenta del modo siguiente:

“Artículo 29.- Ninguna acción puede ejercitarse sino por aquel a quien compete o por su representante legítimo. No obstante eso, el acreedor puede ejercitar las acciones que competan a su deudor cuando conste el crédito de aquél en título ejecutivo y, excitado éste para deducirlas, descuide o rehúse hacerlo. El tercero demandado puede paralizar la acción pagando al demandante el monto de su crédito.

Las acciones derivadas de derechos inherentes a la persona del deudor nunca se ejercerán por el acreedor.

Los acreedores que acepten la herencia que corresponda a su deudor ejercerán las acciones pertenecientes a éste, en los términos en que el Código Civil lo permita.”

Cabe notar que el CPCDF da a la acción oblicua el tratamiento de excepción a una regla general, señala el primer párrafo del artículo transcrito que ninguna

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 278.

acción puede ejercitarse sino por aquel a quien compete o por su representante, es decir, quien tenga legitimación para hacerlo (regla general), no obstante lo anterior, el acreedor puede ejercitar las acciones que competan a su deudor cuando éste ha sido incitado para promoverlas y descuide o rehúse hacerlo, en cuyo caso el acreedor podrá hacerlo, siempre que conste el crédito en título ejecutivo: En palabras más sencillas, en virtud de la acción oblicua, el acreedor, demanda al deudor de su deudor.

“La acción oblicua es la que intenta el acreedor de una persona, contra el deudor de su deudor, para exigir el pago de lo que se debe a este último. Se efectúa entonces lo que los especialistas llaman sustitución procesal. El acreedor que ejercita la acción oblicua es el sustituto, y su deudor cuyos derechos ejercita, es el sustituido.”⁵⁹ Como requisitos de procedencia de esta acción podemos señalar tres: a) que exista un crédito a favor del deudor y que este conste en título ejecutivo,⁶⁰ b) que el deudor no ejercite acción alguna contra sus deudores y que esto cause perjuicio a su acreedor; c) Que los derechos del deudor no sean personalísimos, pues estos no pueden ser ejercitados por persona distinta al titular (por ejemplo, los alimentos).

Señala Bejarano que “El ejercicio de la acción oblicua o subrogatoria por parte del acreedor está condicionado a que el titular del derecho que se va a demandar se

⁵⁹ Pallares, op.cit. p. 47.

⁶⁰ El artículo 443 del CPCDF señala cuales son los documentos ejecutivos. Artículo 443.- Para que el juicio ejecutivo tenga lugar se necesita un título que lleve aparejada ejecución. Traen aparejada ejecución: I. La primera copia de una escritura pública expedida por el juez o notario ante quien se otorgó; II. Las ulteriores copias dadas por mandato judicial, con citación de la persona a quien interesa; III. Los demás instrumentos públicos que conforme al artículo 333 hacen prueba plena; IV. Cualquier documento privado después de reconocido por quien lo hizo o lo mandó extender; basta con que se reconozca la firma aun cuando se niegue la deuda; V. La confesión de la deuda hecha ante juez competente por el deudor o por su representante con facultades para ello; VI. Los convenios celebrados en el curso de un juicio ante el juez, ya sea de las partes entre sí o de terceros que se hubieren obligado como fiadores, depositarios, o en cualquier otra forma; VII. Las pólizas originales de contratos celebrados con intervención de corredor público; VIII. El juicio uniforme de contadores si las partes ante el juez o por escritura pública, o por escrito privado reconocido judicialmente se hubieren sujetado a él expresamente o lo hubieren aprobado; y IX. El estado de liquidación de adeudos, intereses moratorios y/o pena convencional que se haya estipulado en la Asamblea General de Condóminos.

resista a intentarlo él mismo; por tanto, el acreedor debe requerirlo a actuar en tal sentido, intimándolo a que proceda a incoar su acción.”⁶¹

Finalmente, ni la ley adjetiva ni la sustantiva señalan cuáles son los efectos de la acción oblicua, lógicamente podríamos afirmar que una vez que el acreedor consigue el pago, éste entra al patrimonio del deudor pasivo, una vez ahí, puede ser embargado por los acreedores, otorgándole preferencia al que intentó la acción oblicua, no obstante, nada de lo anterior es señalado por el CPCDF, y sólo el Código Civil del Estado de Morelos prevé esta solución.

A modo de resumen se presenta la siguiente tabla con las diferencias entre las acciones que posee el acreedor contra la simulación de los actos jurídicos:

| Nombre de la Acción | Conducta del deudor | Actos jurídicos del deudor | Consecuencia de los actos del deudor | Efectos de la acción del acreedor |
|----------------------------|----------------------------|-----------------------------------|---------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|
| Declaratoria de simulación | Activa | Simulados | Aparenta insolvencia | Restituye los bienes al patrimonio del deudor |
| Pauliana | Activa | Verdaderos | Insolvencia | Inoponibilidad al acreedor de los actos del deudor |
| Oblicua | Pasiva | Verdaderos | No incrementa su patrimonio | El acreedor demanda a un tercero, a fin de incrementar el patrimonio del deudor pasivo |

⁶¹ Bejarano, op.cit. p.288.

CAPÍTULO II

MARCO LEGAL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

2.1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Todo Estado requiere para poder legitimarse, un medio para poder plasmar las ideologías de quien detenta el poder en un momento determinado, en el cual se marcarán las directrices que deberán ser observadas a fin de mantener el orden tanto público como privado dentro de una sociedad determinada; requiere además, que ese medio esté dotado de un poder superior, que sea inviolable y lo suficientemente enérgico para poder mantener ese orden establecido, pero además cumple con la función de legitimizar, mediante lo que Hans Kelsen denomina “norma fundante” a quien o quienes detentan el poder en una época determinada. O como señala Ferdinand Lasalle, “esencialmente la Constitución de un país es la suma de los factores reales de poder que existen en ese país.”⁶²

En el caso de esta investigación, las políticas que se han adoptado en nuestro país, al menos en cuanto a libertad contractual se refiere, ha sido permeadas por las políticas neoliberales, principalmente a partir de la aplicación de este modelo económico a principios de los años ochenta, donde el Estado se repliega y deja el camino libre a la contratación entre particulares, tratando de fomentar con ello el flujo de capitales e inversiones, beneficiando con ello a ciertas clases privilegiadas y dejando, en algunos casos, en estado de indefensión al resto de la población, pues deja a la autonomía de la voluntad en un plano superior irrestrictible, se torna en una libertad salvaje como la que plantea Bovero.

⁶² Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Grupo Editorial Tomo, México, 2009, p. 59.

Bajo los principios de que lo plasmado en un contrato es Ley para las partes (*pacta sunt servanda*) y por lo tanto debe cumplirse cabalmente, y el de que todo lo pactado obliga, no importando si las condiciones o circunstancias de cada caso, hayan cambiado (*rebus sic stantibus*), propicia que personas que actúan de mala fe, simulen actos jurídicos en perjuicio de acreedores (terceros) que ven afectada su esfera patrimonial.

En este orden de ideas, resulta necesario definir lo que es Constitución, recopilando definiciones que encontramos en diccionarios especializados y con algunas que han propuesto diversos autores, para que al final podamos dar un concepto propio, para poder así abordar el tema con un panorama específico de lo que es el marco legal de la autonomía de la voluntad, pues como norma fundamental se parte de ella para realizar el análisis de cualquier figura jurídica prevista en el propio ordenamiento.

Para Joaquín Escriche, “la constitución se encuentra definida como la forma o sistema de gobierno, que tiene adoptado cada Estado(1) o el acto o decreto fundamental en que están determinados los derechos políticos de una nación o de una forma de gobierno y la organización de los poderes públicos de que éste se compone: cada una de las ordenanzas o estatutos con que se gobierna algún cuerpo o comunidad :- y en el derecho romano la ley que establecía el príncipe, ya fuese por carta, edicto, decreto, prescripto u orden.”⁶³

Por su parte, la enciclopedia OMEBA explica que “todos los entes, comunidades o instituciones en general que forman parte del orden jurídico, se rigen por un complejo de normas, jurídicas y extrajurídicas, que son impuestas unas veces a sus integrantes en forma coactiva por órganos especializados, y otras, acatadas voluntariamente por los mismos. Cuando estas normas rigen la vida del Estado, organizando sus poderes, delimitando sus funciones y

⁶³ Escriche, Joaquín, “Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, p.345.

estableciendo los derechos y garantías de los habitantes y del Estado, reciben el nombre de constitución.”⁶⁴

Para definir cualquier concepto jurídico fundamental es prácticamente ineludible citar a Hans Kelsen, uno de los juristas más destacados del siglo XX, para él, “la constitución en sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes.”⁶⁵ El ilustre profesor de la Universidad de Praga pone el énfasis en la creación de las normas, es decir, la Constitución es el fundamento del ordenamiento pues regula la creación de las leyes, sin ella, las otras normas no tendría base y fundamento, esencialmente entonces lo que distingue a la constitución de cualquier otro cuerpo normativo es que aquella, es el soporte de los demás, por esa razón en la jerarquía normativa kelseniana es el punto más elevado del ordenamiento.

Ahora bien, el maestro Elisur Artaga Nava, nos brinda el siguiente concepto: “un complejo normativo, es decir, un conjunto de normas dispuestas sistemáticamente con el propósito de organizar al Estado, mismas que son de jerarquía superior, permanentes, escritas, generales y reformables.”⁶⁶ La citada definición enfatiza la jerarquía superior de ese complejo normativo respecto del resto del ordenamiento.

Finalmente, Luigi Ferrajoli entiende como constitución “el documento fundamental de un Estado democrático, que contiene los derechos fundamentales que todo hombre (vinculándolo con la ciudadanía) debe tener dentro de la misma.”⁶⁷

Dentro del concepto citado por Luigi Ferrajoli, el autor señala el carácter de fundamental en dos aspectos, primero como documento base para un estado democrático, segundo como contenido de los derechos fundamentales, por lo que

⁶⁴ Enciclopedia jurídica OMEBA. México, 2004, página 1025.

⁶⁵ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado* “. México, 1949, página 404.

⁶⁶ Arteaga Nava, Elisur , *Derecho Constitucional*, Vol. 1. Ed. Oxford, México, 1999, p. 3.

⁶⁷ Ferrajoli, Luigui, *Derechos y Garantías*, 7ª ed., 2010, p. 37.

citamos la definición de dichos derechos pues nos parece muy importante para el tema, los cuales son entendidos como “todos aquéllos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por el status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas.”⁶⁸

Finalmente, nosotros entendemos el concepto de constitución como sistema de normas fundamentales de los ciudadanos y regulatorias de la autoridad (parte dogmática y parte orgánica, según el clásico constitucionalista Ignacio Burgoa), que establecen la forma organizativa del mismo a través de principios generales que requieren normas particulares para su recta aplicación, y los derechos a los cuales se sujetarán los individuos dentro del alcance de poder de la autoridad, establecida además como la Ley Suprema del Estado, que no puede supeditarse a nada ni a nadie más.

En este contexto, al decir que la constitución es la Ley Suprema del Estado de la cual emanan leyes secundarias existentes, debemos en primer término precisar el contenido de la misma por lo que hace a la autonomía de la voluntad que es el tema central del presente trabajo, pues si bien dicho documento no regula de manera específica dicha figura, si establece las directrices del resto de las leyes que existen en nuestro país que tienden a regular esa actividad jurídica humana, como la libertad como derecho fundamental de todo ciudadano, pero establece ciertas reglas (aunque insuficientes) para su debido ejercicio, tales como la Legislación Mercantil, las Leyes Civiles y Penales tanto sustantivas como adjetivas, por lo que no es ocioso citar aquí lo que define la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto a la libertad se refiere en su artículo quinto:

⁶⁸ Ídem.

Artículo 5°.- *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.*

Se cita únicamente lo que se considera conducente al presente trabajo, pues si bien es cierto que nuestra constitución regula muchos aspectos de la libertad, tales como la del pensamiento, la de tránsito, la de imprenta, la de reunión entre otros, no menos cierto es que se refieren a otro tipo de libertades que no son materia de estudio por el momento, y sí en cambio el artículo citado, pues la norma establece que cualquier hombre puede dedicarse al comercio que más le acomode, lo cual abre la puerta para el libre ejercicio de la voluntad entre los particulares, da pie a la libre negociación entre particulares sujetos de derecho, para crear todo tipo de obligaciones entre sí, incluso si se afectan derechos de terceros, pues aún cuando en la misma norma se establece literalmente como condición para que dicha actividad sea válida el que debe ser “lícita”.

Así, del precepto legal citado se desprende la libertad del sujeto siempre que sea ejercitada con licitud, siendo aplicable aquí el principio general del derecho que establece que lo que no está estrictamente prohibido, es tácitamente permitido, principio del cual se infiere que si determinada actividad no se encuentra prohibida por algún ordenamiento legal o señalada como ilícita, en consecuencia, se encuentra permitido realizar dicha actividad.

Lo anterior nos sitúa en una contingencia de carácter práctica, en la que todo aquello que no está expresamente prohibido en las legislaciones secundarias o en la misma Ley Fundamental, será lícito y realizable por todo sujeto dentro del Estado mismo, lo cual nos trae como colofón que existe una laguna estructural en la norma, que provoca serios problemas para la defensa de todos aquéllos que se vean afectados en sus derechos patrimoniales, derivado de “acciones lícitas” que

adquieren ese carácter en virtud de no estar expresamente prohibidos en las legislaciones aplicables.

Lo precisado hasta aquí de forma genérica constituyen los argumentos que sirven de base para delimitar el campo legal del presente trabajo, pues lo expuesto en el presente apartado, nos da un panorama general de las directrices que el estado instituye para regular la autonomía de los particulares, en lo referente a la libre contratación de los mismos, es decir, el Estado a través de normas generales, marca la pauta para que regulaciones secundarias, establezcan las formas y los medios para que las relaciones jurídicas entre particulares, sean lo bastante amplias para fomentar con ello las interrelaciones jurídicas entre los mismos individuos, incentivando de este modo la libre contratación y el flujo económico del país, pues las negociaciones y acuerdos a que llegan las personas, son plasmadas en los múltiples contratos que están permitidos en nuestra legislación, incluso los que no tengan un nombre, son respaldados y legitimados en las legislaciones civiles, utilizando la analogía con el contrato más afín.

2.2.- Legislación Comercial-mercantil

Como sabemos, la Legislación mercantil regula todas aquellas relaciones jurídicas que se dan entre comerciantes o entre estos con particulares, calidad que la propia legislación otorga a determinadas personas, ya sea físicas en determinados actos o morales en todo su actuar, obligando a los mismos a determinar su actuar conforme a las normas establecidas en los diversos cuerpos legales que enmarcan la actividad comercial de los individuos de esta sociedad plasmadas en el Código de Comercio; pero también se regula el actuar comercial de personas a las que no se atribuye dicha calidad, pues sin ser comerciantes, para regular sus negociaciones, utilizan las normas del derecho mercantil o comercial como la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el Código Civil Federal, el Federal de Procedimientos Civiles, por citar sólo algunos pues el pluralismo jurídico en materia mercantil abarca un sinnúmero de

normas jurídicas dispersas en sendos mandatos legales, en los cuales se encuentran tanto la sustancia de las relaciones jurídicas mercantiles, como la forma de resolver las obligaciones en caso de controversias judiciales.

Sin embargo, existen tres artículos en el Código de Comercio que determinan esencialmente la naturaleza mercantil de los actos realizados, el 3°, el 75 y el 1049. El primero de ellos se refiere a las personas que se reputan en derecho comerciantes, es decir, nos da un criterio subjetivo, basado en quién realiza los actos, el segundo artículo es el 75 del referido Código, mismo que enlista los actos de comercio, por lo que, otorga un criterio objetivo, finalmente el artículo 1049, señala cuándo las controversias jurídicas se considerarán mercantiles, es decir, este artículo toma en cuenta las consecuencias jurídicas de la actividad de los comerciantes y de los actos e comercio.

Aquí vale la pena mencionar que la autonomía de la voluntad se ve mucho más favorecida en este tipo de legislaciones por la esencia misma de la actividad que regulan que es la comercial, pues el Estado busca en esta época posmoderna (caracterizada por la vuelta al principio liberalista del dejar hacer, dejar pasar), la libre contratación entre las partes para así fomentar el comercio, el flujo de capitales para activar la economía, por lo que se creó una ficción jurídica fundamental que ha permeado a toda la sociedad y que ha servido de base para poder atrapar a todas las relaciones entre comerciantes en una sola legislación como la mercantil (que como se dijo, está dispersa en diversos ordenamientos legales), esta ficción es el acto de comercio, del cual se considera necesario hacer una reseña de la evolución que ha tenido dicho concepto dentro del Derecho, específicamente el mercantil, pues es este el que aglomera la totalidad de las relaciones jurídico/comerciales de los comerciantes, por lo que la autonomía de la voluntad en este tipo de actividad juega un papel fundamental y es por ello que se considera abundar también en la evolución que el derecho mercantil hasta llegar a nuestro derechos positivo actual.

Es importante resaltar que es en el Derecho Mercantil donde la autonomía de la voluntad se manifiesta de un modo aun más claro, dado su origen, pues

históricamente, el Derecho Mercantil no ha sido ni un derecho de los comerciantes, (en el sentido de que toda la vida del comerciante estuviese sometida al él), ni sólo un derecho de los actos de comercio. En su origen, el Derecho Mercantil fue un derecho de los comerciantes (los no comerciantes no se sometían a él) y un derecho de actos de comercio (los actos de los comerciantes ajenos a su profesión no se sometían a él). Nunca el Derecho Mercantil fue radicalmente subjetivo, ni radicalmente objetivo. Más como trataba de regular una actividad (la del comercio), puede decirse que ha sido predominantemente objetivo en el sentido de que la actividad mercantil servía para definir a las personas como comerciantes y para someter luego sus actos profesionales al Derecho Especial. Pero actualmente, el Derecho se aplica a las operaciones que el legislador llama *actos de comercio* se realicen o no por comerciantes y aunque las operaciones no sean comerciales en sentido económico.

Si bien en su origen, “fueron los comerciantes los creadores de un novedoso sistema jurídico, el derecho mercantil o comercial, ajustado a sus costumbres y necesidades, también, se vieron obligados a crear tribunales integrados por ellos mismos, que eran los más indicados para conocer y decidir sus controversias.”⁶⁹ Es decir, en esta rama del derecho la autonomía de la voluntad no sólo creó la norma, también, con base en este principio se crearon los órganos encargados de aplicarla, pues originalmente esta rama no sólo era autoelaborada sino también autoaplicada, totalmente ajena a la intervención del Estado, un derecho de los comerciantes, creado por ellos y para ellos, evidentemente con un respeto irrestricto a la autonomía de la voluntad.

Cuando se dice que el Derecho Mercantil es el Derecho Privado del comercio no entendemos limitarlo al ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares, pues hay instituciones de Derecho Mercantil en cuya regularización se entrecruzan normas del Derecho Público que se protege: Bolsas, Bancos, Seguros. Por lo anterior, pese a que sea la rama del derecho con mayor libertad en la contratación, aun así contiene disposiciones de orden público, en el sentido

⁶⁹ Díaz Bravo, Arturo, *Derecho Mercantil*, Ed. IURE, México, 2011, cuarta edición, p.6.

que lo entiende la dogmática jurídica, “como el conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones, que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (no están bajo el imperio de la autonomía e la voluntad) ni por la aplicación del derecho extranjero.”⁷⁰

Esto evidencia que no todo el Derecho Mercantil es Derecho para el comercio. Hay sectores enteros de esta rama que se aplican sin consideración a la finalidad comercial de la operación. En este caso está el Derecho Cambiario y el Derecho de Sociedades. Por lo anterior, podemos decir que, el Derecho Mercantil ha ampliado su dominio, que originalmente estuvo acotado por la pura función mediadora entre productores y consumidores sino a recibir una serie de actividades que ya no efectúan la mediación entre productores y consumidores de un modo directo, sino indirectamente o que, se limitan a organizarse en forma mercantil. Por lo que si bien es cierto que el Derecho Mercantil va más allá de lo que constituye un comercio en sentido económico, la consecuencia ineludible será que no dependa del concepto de comercio.

En conclusión, el comercio no es sino el punto de partida que nace entre los comerciantes y para sus negocios mercantiles; pero actualmente el Derecho Mercantil contenido en los Códigos ya no se adapta a su primitiva fisonomía, hay que reconocer que el Derecho Mercantil está hoy en trance de disolución, pero en un sentido distinto, precisamente en el sentido de que por obra de la codificación francesa del siglo pasado, que sirvió de modelo a tantas otras, se ha roto la conexión entre Comercio y Derecho Mercantil al instaurar como núcleo central de éste, el concepto del acto objetivo del comercio.

A partir de ese momento, el Derecho Mercantil, deja de ser el Derecho propio de los comerciantes en el ejercicio de su profesión, deja de ser un Derecho para el comercio como función económica de mediación en el cambio y se hace imposible alcanzar un concepto unitario de esta disciplina, por lo mismo que ésta

⁷⁰ Tamayo y Salmorán Rolando, *Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Ed. UNAM, IJ, Porrúa, México, 2004, página 351.

ya no se asienta sobre la base firme de la organización profesional del comerciante, sino sobre la base movediza e incongruente del llamado “acto de comercio”, con el fin de buscar fomentar la autonomía de la voluntad, el intercambio de relaciones jurídicas entre particulares (comprendidas también las personas morales), con una brutal explotación de ese derecho libertario que puede ser usado con malicia para aprovecharse de un tercero, al simular actos jurídicos que son “legalmente validos” pero que tienen un origen fraudulento.

Es importante señalar que hay territorios que han sido y serán siempre inaccesibles al Derecho Mercantil, e incluso a la autonomía de la voluntad, tales derechos son, las relaciones de familia y las sucesiones y de otro lado hay sectores del Derecho Mercantil como la letra de cambio, el pagare, el cheque, sociedades con forma mercantil, las industrias aseguradoras, bancos y en general todas las que reclaman una organización de empresas, que postulan un tratamiento jurídico autónomo, esté o no incluido dentro del propio Código de Comercio. Por lo que desde el punto de vista doctrinal, es evidente que el Derecho Mercantil ha conservado siempre su carácter de rama desgajada del tronco común del Derecho Privado, por obra de la necesidad de adoptar el Derecho Civil a las exigencias del tráfico mercantil. Nace en la Edad Media como Derecho desgajado de la rama común siendo las razones que impulsaron el nacimiento de este derecho, la insuficiencia del Derecho Civil y a su inadaptación a exigencias técnicas que inicialmente fueron del comercio.

Los comerciantes poco a poco del derecho común tomaron sus propias costumbres, que se veían cumplidas y convirtiéndose así en un germen del Derecho Especial. Las normas del Derecho Civil no contenían la deseada enérgica protección de la buena fe en el tráfico (en aras del fomento del Estado de la libre contratación), la cual exige muchas veces la equiparación entre apariencia y realidad. El Derecho Mercantil desenvuelve ampliamente el principio de legitimación en los títulos-valores y protege con más eficacia las adquisiciones de un no titular en materia de Derechos Reales. Las normas sobre la representación voluntaria en el Derecho Civil son inadecuadas al tráfico mercantil, el cual, frente a

los apoderamientos infinitamente flexibles del Derecho Civil, opone los apoderamientos de extensión fija y contenido típico. Otras instituciones eran completamente desconocidas por el Derecho Civil (Sociedades Anónimas, Letras de Cambio, Marcas, etc.). Finalmente, era necesario reglamentar el funcionamiento de organismos especiales protectores del tráfico mercantil y completamente ajenos al Derecho Civil (Bolsas, Bancos, Almacenes Generales de Depósito, Cámaras de Compensación).

Todo lo anterior, muestra que la separación histórica entre el Derecho Civil y Derecho Mercantil fue impuesta con el fin de impulsar la libre contratación, dándole rienda suelta a la libertad contractual que tienen los ciudadanos para poder elevar a Ley el acuerdo al que se llegue en una determinada negociación, con consecuencias jurídicas y afectaciones en las esferas patrimoniales de los mismos, lo que propicia en muchos casos, acciones fraudulentas mediante la simulación de actos jurídicos.

Después de este preámbulo definamos con precisión el acto de comercio, el cual es fruto de la voluntad humana desplegada con la intención de producir consecuencias jurídicas, y en el cual se manifiesta con todo su poder la autonomía de la voluntad, como verdadera creadora de ley suprema entre las partes, las cuales aterrizan esa voluntad ya mediante un contrato, ya mediante algún mecanismo legal que da fuerza y certeza jurídica a la negociación a la que necesariamente se sometieron, y éste constituye en núcleo del derecho mercantil.

Expuesto lo anterior, pasemos a analizar la regulación de la autonomía de la voluntad en la legislación comercial, empezando por el Código de Comercio pues escasos preceptos encontramos en el mismo sobre las obligaciones y contratos mercantiles en general, que es la manera de aterrizar la figura jurídica analizada, pues en principio, el Código de Comercio en su Libro Segundo, Título Primero nos habla de los actos de comercio y de los contratos mercantiles en general, reputando los actos de comercio todos los establecidos en el artículo 75 de dicho ordenamiento; por otra parte, en el capítulo segundo del citado cuerpo legal, encontramos la regulación de los contratos mercantiles en general, es decir,

a partir del artículo 77 al 88 la Ley en comento nos da la pauta para la contratación en materia mercantil, es decir, establece las bases de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, en términos de los artículos 2º y 81 del Código de Comercio, debemos considerar aplicables en esta materia las disposiciones del derecho común, esto es, del derecho civil, en cuanto la legislación mercantil nada disponga al respecto y no sean opuestas a lo establecido por ella, lo que abre nuevamente la puerta para que la autonomía de la voluntad, busque siempre la forma de hacerse efectiva, pues aunque no se contengan normas expresas sobre la misma, se puede recurrir a leyes del orden común o local, para ajustar determinada relación jurídica, pues en materia de obligaciones y contratos mercantiles en general, deben aplicarse las mismas normas generales que se aplican en materia civil y que forman parte del derecho de las obligaciones.

Es en el artículo 78 del mencionado Código de Comercio donde de un modo más claro está consagrado el principio que es objeto de esta investigación:

Artículo 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

Cada uno se obliga en los términos que aparezca que quiso obligarse, sin depender de formalidad alguna, señala el mencionado numeral, ¿Qué mayor libertad contractual se puede encontrar?, La excepción a lo dispuesto por este artículo se encuentra en el 79 del mismo código, que señala:

Artículo 79.- Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:

I.- Los contratos que con arreglo a este Código ú otras leyes, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia;

II.- Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana.

En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio.

La única limitación a la autonomía e la voluntad en materia mercantil serán la ilicitud del acto, y los requisitos de forma como la escrituración y el respeto a los contratos celebrados en el extranjero bajo el principio *lex rei sitae*, que determinará el derecho aplicable.⁷¹

Por su parte, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece también la base de la libre contratación de los particulares, pero con una efectividad mucho más plausible y eficaz, pues otorga a los títulos de crédito la ejecutividad que los hace diferenciarse en buena medida de un simple acuerdo de voluntades plasmado en un documento llamado contrato, pues desde el artículo 5° hasta el 22, nos da las bases, requisitos y características de dichos documentos en general, haciendo referencia posteriormente a los títulos de crédito en particular.

Por último, y en cuanto a la tramitación de controversias suscitadas a raíz de las negociaciones mercantiles, éstas deben ventilarse con arreglo a lo que dispone el Código de Comercio, pues el libro quinto de dicho ordenamiento regula todo el procedimiento a seguir para la substanciación de juicios del orden mercantil o comercial, proponiendo las reglas para el juicio ordinario, ejecutivo, oral, ejecución de prendas, fideicomisos, etcétera, por lo que podemos decir que dicho código se auto regula al definir las bases de casi toda contienda judicial que verse sobre

⁷¹ La determinación del derecho aplicable se encuentra en el artículo 13 del Código Civil Federal, mismo que prescribe: Artículo 13.- La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:

- I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;
- II. El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio;
- III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros;
- IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal; y
- V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.

cuestiones mercantiles o comerciales, y en todo caso, remite para todo lo que no esté contemplado en el mismo, al Código Civil Federal (artículo 2° del Código de Comercio).

Como colofón del presente apartado, podemos decir que las relaciones comerciales-mercantiles de los individuos se encuentran reguladas en muchos y muy diversos cuerpos normativos, ya en el código de comercio con el acto de comercio que regula casi todas las relaciones entre comerciantes, ya mediante la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que regula los títulos valor, en los cuales básicamente hablamos de una declaración unilateral de la voluntad que contiene un elemento adicional que es la ejecutividad, lo que los dota de un derecho preferente pues les atribuye una prueba preconstituida del derecho en ellos consignada, dejando prácticamente a la autonomía de la voluntad en un plano totalmente irrestricto.

Así mismo, y al ser tan amplio el derecho mercantil se ha hecho necesaria la creación de normas que regulen relaciones jurídicas no especificadas en dichos ordenamientos, como por ejemplo la Ley del Contrato de Seguro que regula la actividad entre particulares y aseguradoras, en la cual, se trata de “moderar” la autonomía de la voluntad para evitar abusos entre aquéllas en contra de éstos y así, numerosas leyes que se han “emancipado” del Código de Comercio para convertirse en leyes especiales, dada su demanda de mejor y más amplia regulación normativa.

2.3.- Legislación Sustantiva y Adjetiva Civil.

Como vimos en el apartado anterior, la legislación comercial, a pesar de ser tan amplia nos remite, en caso de lagunas en sus disposiciones, a las disposiciones del derechos común o local, en el cual podemos encontrar la más abundante regulación de la autonomía de la voluntad (con todo y las lagunas estructurales que se encuentran en la misma ley), a pesar de carecer de medios adecuados para su utilización y restricción en caso de afectación de derechos patrimoniales a

terceros, por lo que consideramos necesario en este apartado, hacer una reseña de la obligación en general, sus modalidades y características propias, la cual es de suma importancia para determinar la manera de manifestar la autonomía de la voluntad, haciendo la aclaración de que en el presente apartado se citarán artículos también del Código de Comercio que se consideran necesarios para aterrizar nuestro tema, numerales que si bien es cierto correspondería haber citado en el punto anterior, también lo es que por efectos prácticos y de cronología académica, se apuntan en el presente para una mejor fijación del tema.

Bien, *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iuria*, cuya traducción actual se entiende como: *La obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe en la necesidad de solucionarlo según las leyes de nuestra ciudad.*⁷²

Ahora bien, nosotros entendemos a la obligación como el vínculo jurídico por medio del cual, las partes que intervienen en esa relación jurídica-contractual, en pleno uso de la autonomía de la voluntad, se someten al cumplimiento de determinadas acciones de dar, hacer o no hacer, a cambio de una prestación determinada, produciéndose necesariamente un cambio en su esfera jurídica y pudiendo, en algunos casos, influir en las relaciones jurídicas de terceros.

Por lo que se refiere a las obligaciones reguladas, nuestra legislación Civil para el Distrito Federal, destina todo un libro (el cuarto y último de dicho Código) al tratamiento de las obligaciones, pasando desde las modalidades de éstas, de sus efectos, de la forma de extinguirlas, de modificarlas, de garantizarlas, hasta la forma de aterrizarlas mediante el acuerdo de voluntades que más se adecúe (contratos), así como de la manera en que mejor pueda ser interpretada la intención de las partes al momento de manifestar su voluntad, es decir, al momento de ejercer su derecho de libertad contractual mediante la firma del contrato respectivo (autonomía de la voluntad).

⁷² Justiniano, Instituciones, 4,5, García del Corral, Idelfonso, Traductor y Compilador, en el sitio: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=600>

En este orden de ideas, debemos explicar que existen modalidades de las obligaciones, de entre las que encontramos las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer; Las obligaciones de dar consisten en la prestación de una cosa, en la traslación del dominio de una cosa, en la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta, en la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.⁷³ Las obligaciones de hacer consisten en la prestación de un hecho, de una actividad en favor del acreedor; las obligaciones de no hacer consisten en la abstención del deudor de realizar determinado hecho;

Dentro de las modalidades obligacionales, existen las obligaciones puras, condicionales y a plazo, se habla de obligación condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto. Cuando del cumplimiento de la condición depende la existencia de la obligación se dice que la condición es suspensiva. La condición es resolutoria cuando al cumplirse se resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si tal obligación no hubiese existido, y es obligación a plazo aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto, esto es, que necesariamente ha de llegar.⁷⁴

Existen también las llamadas obligaciones conjuntivas y alternativas. Cuando el deudor se ha obligado a dar diversas cosas o prestar distintos hechos, debe dar todas las primeras y prestar todos los segundos; su obligación será conjuntiva; si el deudor se ha obligado a uno de dos hechos o a una de dos cosas; o a un hecho o a una cosa al prestar cualquiera de esos hechos o al entregar cualquiera de aquellas cosas, habrá cumplido su obligación, en este caso su obligación será alternativa. Salvo pacto en contrario, la elección de la cosa que debe entregarse o del hecho que debe prestarse corresponde al deudor.

Otro tipo de clasificación son las mancomunadas y solidarias. Cuándo tratándose de una misma obligación, hay pluralidad de deudores o de acreedores,

⁷³ Artículo 2011 Código Civil del Distrito Federal.

⁷⁴ Las modalidades de las obligaciones se encuentran reguladas entre los Artículos 1938 y el 2003 del Código Civil del Distrito Federal.

existe mancomunidad. En este caso, el crédito o la deuda se considerarán divididos en tantas partes (que la ley presume iguales, salvo pacto en contrario) como deudores o acreedores haya, y cada parte constituye una deuda o un crédito distinto uno de otro.

Además de la mancomunidad puede existir la solidaridad. La solidaridad es activa cuando dos o más acreedores tienen el derecho de exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación. Hay solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reportan la obligación de prestar, cada uno por sí, en su totalidad, la prestación debida. Una modalidad más serán las obligaciones divisibles e indivisibles. Son divisibles cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de ser cumplidas en forma parcial son indivisibles si las prestaciones no pueden cumplirse sino en forma total, por entero.

Expuesto lo anterior, debemos establecer las formas que nos brinda la misma legislación para el cumplimiento de las obligaciones, el cual consiste en la entrega de la cosa debida o en la prestación del hecho que se hubiere prometido (artículo 2062 Código Civil) y en caso de no verificarse tal situación, tenemos la opción de recurrir a la acción que se considere pertinente para dicho cumplimiento.

En materia mercantil, según lo dispuesto por el artículo 83 del Código de Comercio, las obligaciones que no tuvieren término fijado por las partes o por la ley mercantil, serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato si llevaran aparejada ejecución. De acuerdo con el artículo 84 del Código de Comercio en los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o cortesía, pues si faltase esta prohibición al rigor propio de las obligaciones mercantiles se opondría la inseguridad en cuanto al tiempo del cumplimiento de la prestación debida.

Cuando las partes nada hayan convenido sobre el lugar en que deba ser cumplida la obligación deberá serlo en el lugar en que según la naturaleza del

negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuada al efecto por consentimiento de aquéllos o arbitrio judicial (artículo 86 Código de Comercio).

Si en el contrato no se determinaren con toda precisión la especie y calidad de las mercancías que han de entregarse, no podrá exigirse al deudor otra cosa que la entrega de mercancías de especie y calidad medias (artículo 87 Código Comercio). Si derivado de la obligación pactada, una de las partes decide incumplir con la misma, se puede optar o por la rescisión de la obligación o por el cumplimiento forzoso actualizándose así la mora entendida como el retardo de ese mismo cumplimiento, pero en cuanto constituye una falta de obligado, que produce en su contra las responsabilidades civiles consiguientes.

En caso de mora, el deudor será responsable de los daños y perjuicios que por la misma se causen al acreedor. Por daño entendemos la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación (artículo 2108 Código Civil). Es perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación (artículo 2109 Código Civil). Los daños y perjuicios deben ser consecuencia directa e inmediata del incumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse (artículo 2110 Código Civil).

Además, si el incumplimiento se refiere a una obligación nacida de un contrato bilateral, el acreedor tendrá el derecho de resolver la obligación o exigir su cumplimiento, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos (artículo 1949 Código Civil).

De acuerdo con el artículo 85 del Código de Comercio, los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán: a) En los contratos que tuvieran día señalado para su cumplimiento por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento. Esto es, el solo vencimiento del plazo, sin que la obligación se cumpla, trae, ipso iure, aparejada la mora, sin que sea menester que el acreedor haga nada, que gestione en modo alguno el pago de su crédito. El vencimiento del plazo lo hace todo (*dies inter pellat pro*

homine en las obligaciones a término o plazo fijo, llegado éste, el deudor incurre en mora sin necesidad de notificar). En los contratos que no tengan día señalado para su cumplimiento, desde el día en que el acreedor le reclamare al deudor judicial o extrajudicialmente, ante notario o testigos.

Ahora bien, como se vio, la autonomía de la voluntad se ve “sancionada” en caso de incumplimientos entre las mismas partes, por ejemplo, la mora opera en beneficio del afectado, pero también la legislación da al afectado, la posibilidad de establecer en el contrato de que se trate la cláusula penal, pues los contratantes pueden estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Cuando tal estipulación exista, en caso de incumplimiento, no podrán reclamarse, además, los daños y perjuicios sufridos (artículo 1804 Código Civil).

La pena no podrá exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal, cuando la obligación sea cumplida parcialmente, la pena se modificará en la misma proporción. Si la modificación no pudiere ser exactamente proporcional, el juez reducirá la pena de una manera equitativa, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación.⁷⁵

Cuando en un contrato mercantil se haya fijado una pena para el caso de incumplimiento la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena establecida; pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación o porque ésta no se preste en la forma convenida (artículos 88 Código de Comercio y 1846 Código Civil). Al reclamar la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido daño o perjuicio, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla probando que el acreedor no ha sufrido daño o perjuicio alguno (artículo 1842 Código Civil). No podrá hacerse efectiva la pena cuando el obligado a ella no haya podido cumplir su obligación por hecho del acreedor, caso fortuito o fuerza mayor (art. 1847 Cód. Civil).

⁷⁵ Artículos 1843 al 1845 del Código Civil para el Distrito Federal.

Determinadas de manera general las características de las obligaciones, pasemos a analizar la regulación que nos proporciona el Código Civil para el Distrito Federal, para aterrizar las obligaciones mediante el documento llamado contrato. De acuerdo con nuestra legislación civil (derecho común), contrato es el acuerdo de dos o más personas que produce o transfiere obligaciones y derechos. Es una especie del género convenio que es el acuerdo para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones (arts. 1792 y 1793 Código Civil).

Analicemos pues, los elementos esenciales del contrato, cuanto requeridos para su existencia: a) El consentimiento, y b) El objeto que pueda ser materia del mismo (art. 1794 Código Civil).

El consentimiento. El consentimiento es la manifestación de voluntad, que debe ser libre, esto es, sin vicios (error, violencia, dolo, mala fe), por la que una persona da su aprobación para celebrar un contrato, es la forma en la que mejor se representa la autonomía de la voluntad. En consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El consentimiento tácito resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto los casos en que por disposición legal expresa, o por convenir la voluntad debe manifestarse expresamente (artículo 1803 Código Civil), aquí vale la pena preguntarse si el consentimiento es encaminado a una simulación del acto con el fin de defraudar acreedores de buena fe, ¿Hay alguna manera de invalidar ese consentimiento? ¿Cómo podemos demostrar la auténtica intención de los contratados cuando celebran un acto jurídico en demérito del patrimonio de un tercero?

La persona que proponga a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo, para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado de la obligación si la aceptación no se hace inmediatamente. Cuando la oferta se haga sin fijación de término a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público o del

que se juzgue bastante, no habiendo correo público según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones.⁷⁶

Objeto. De acuerdo con el artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal, son objeto de los contratos: 1o. La cosa que el obligado debe dar; 2o. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer. Para poder ser objeto de contrato, las cosas deben reunir los requisitos siguientes: 1. Existir en la naturaleza, 2. Ser determinadas o determinables; 3. Estar en el comercio. Las cosas futuras pueden ser objeto de contrato (arts. 1825 y 1826 Código Civil).

El hecho positivo o negativo (acción u omisión) objeto del contrato, debe ser

1. Posible. Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. No se considera imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él (arts. 1827, 1828 y 1829 Código Civil).
2. Lícito. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a la buenas costumbres (arts. 1827 y 1830 Código Civil). El artículo 77 del Código de Comercio establece que las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción.

Finalmente, hablemos de la forma de los contratos, el anteriormente mencionado artículo 78 del Código de Comercio dispone que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados. Pretende establecerse así en materia mercantil el principio de libertad de forma, con lo que se ve fomentada nuevamente la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, el artículo 79 del Código de Comercio exceptúa de la regla expresada; a) A los contratos que con arreglo al mismo ordenamiento u otras leyes deban reducirse a escritura pública o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia; b) A los contratos celebrados en país extranjero en

⁷⁶ Artículos 1804, 1805 y 1806 del Código Civil.

que la ley exija escritura, formas o solemnidades determinadas para su validez aunque no las requiera la ley mexicana. En estos casos los contratos que no llenen la forma o solemnidad requerida no producirán obligación ni acción enjuicio.

Al respecto es aplicable el artículo 1833 del Código Civil para el Distrito Federal que establece que cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras éste no revista esa forma, no será válido, salvo disposición legal en contrario; pero que si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente cualquiera de ellas puede reclamar que se dé al contrato la forma legal exigida. Se conoce con el nombre de forma de un negocio jurídico el medio exigido por la ley para la manifestación de la voluntad de las partes, a falta de la cual el negocio jurídico no puede producir el efecto legal que el derecho le atribuye.

Las exigencias de la buena fe y de la rapidez, propias de la contratación mercantil justifican la validez en nuestro derecho del principio de la libertad de forma: basta la palabra oral para crear una obligación mercantil. Sin embargo puede observarse que este principio ideal de la legislación mercantil que proclama la libertad de forma va perdiendo cada día eficacia real ya que se observan frecuentemente impuestas por la ley exigencias formales en beneficio de la certeza y seguridad jurídicas.

Ahora bien, en cuanto a la parte procesal que resuelva los conflictos presentados derivado de la actividad jurídica en la que se ejerce la autonomía de la voluntad, debemos precisar que el Código de Procedimientos Civiles abarca tanto los procedimientos ordinarios civiles, como las controversias de índole familiar, arrendamiento, hipotecarios, en fin, todo lo relativo a la aplicación del derecho por parte de un juzgador determinado, pero determinado por ciertas reglas que se encuentran en la ley sustantiva civil, pues este determina la interpretación que debe hacerse a la verdadera intención de las partes (artículos 1851 a 1857 del código civil).

Antes de concluir el capítulo vale la pena recordar el concepto de orden público principio que se contrapone al de autonomía de la voluntad, la limita, el Código Civil para el Distrito Federal en tres artículos señala las características del orden público al tiempo que limita el principio de la autonomía de la voluntad:

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

Artículo 7. La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.

Artículo 8. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

Esta figura es de capital importancia pues precisamente restringe la voluntad de los contratantes, todo aquello que sea considerado disposiciones de orden público no aceptará pacto en contrario, el orden público es entonces el principio opuesto a la autonomía de la voluntad.

Bajo todo este contexto, podemos concluir que la autonomía de la voluntad encuentra amplio margen de acomodo en cualesquiera de las formas que establece la ley para que los individuos se obliguen entre sí, sin embargo la dota tan eficazmente que llegado el momento en que la misma pretenda usarse para la simulación de actos jurídicos, encontramos que no hay mecanismos legales eficaces que puedan ya no digamos prevenir, sino resolver conflictos que se suscitan entre los mismos particulares, cuando se ven afectados derechos patrimoniales.

CAPÍTULO III

PRÁCTICA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN FRAUDE DE ACREEDORES

3.1. La Autonomía de la Voluntad como principio moral, la concepción de Immanuel Kant

La idea de la autonomía de la voluntad surge en la ilustración, sin embargo es Immanuel Kant en la “Crítica de la Razón Práctica” quien abunda en el concepto y estructura todo su sistema moral en ese principio, señala que “la autonomía de la voluntad es el único principio de todas las leyes morales y de los deberes conforme a ellas.”⁷⁷ De acuerdo a lo anterior la autonomía de la voluntad es la base de la moral personal de cada individuo, para Kant otros sistemas morales como los propuestos por Epicuro o Platón, basados el primero en el placer y el segundo en la razón, son heterónomos, es decir, son morales dependientes de algo que no es moral. “Esta dependencia, además de ser moralmente falsa está basada en una deducción lógica falaz. Kant afirma, en efecto, que no es posible deducir un juicio de valor de existencia, *que no es posible decir lo que debe hacerse a partir de lo que se hace de hecho*. De lo que es podemos deducir lo que es, pero no lo que *debe ser*.”⁷⁸ Se tiene entonces, que para Kant no se puede deducir lo deóntico de lo óntico, lo moralmente valioso es que lo deóntico se imponga ante lo óntico.

A diferencia de los sistemas jurídicos, la moral kantiana no está basada en miedo o en interés, miedo al castigo o interés en un premio, “se basa únicamente

⁷⁷ Kant, Immanuel, *Crítica de la Razón Práctica*, Ed. FCE-UNAM-UAM, México 2005, p.19.

⁷⁸ Xirau, Ramón, *Introducción a la Historia de la Filosofía*, México, Ed. UNAM, 2004, pp.320-321.

en los principios morales de la voluntad y del deber. Sus principios nunca serán de la forma: *haces esto luego debes aquello*, sino simplemente *debes porque debes*.⁷⁹ De acuerdo a lo anterior, para Kant, el hombre en sociedad está obligado a obedecer dos clases de imperativos, los hipotéticos y los categóricos, las normas jurídicas pertenecen a la primera clase, mientras que las verdaderas normas morales pertenecen a la segunda. El imperativo hipotético siempre tendrá una estructura causa-consecuencia, por ejemplo: *si privo de la vida a otro, se me impondrá una pena de prisión*, en el marco de la problemática de esta investigación, *si no cumplo con el contrato pactado, incurriré en hecho ilícito*. En ambos casos notamos la existencia de una hipótesis normativa y de un resultado, una sanción, al ser la sanción impuesta por un tercero ajeno a la relación, (el Estado), se está actuando ante un imperativo hipotético, que parte de una condición, matar o incumplir, para llegar a una sanción, para Kant estos imperativos son heterónomos y moralmente inválidos, pues no se realiza la acción por sí misma, sino por miedo a un castigo.

Por su parte el imperativo categórico al ser personal es el único moralmente válido, y se enuncia en estos términos: “Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre, al mismo tiempo, como principio de una legislación universal.”⁸⁰ Este imperativo categórico se basa en la voluntad y en el deber, el hombre, con su voluntad crea un orden interno, actúa como legislador, y cumple con ese deber que él mismo se impone, actúa como súbdito de su propia construcción, basada en una voluntad racional universalmente valiosa.

La moral kantiana depende del imperativo categórico, de un puro *deber ser* de la voluntad, por lo que para Kant el problema de esta investigación no sería ¿qué puede hacer el Estado para obligar a los deudores a cumplir con sus obligaciones?, sino ¿Cómo hacer que los hombres, por sí mismos, cumplan con su deber?, en ejercicio de su libertad, los hombres pueden o no cumplir con su deber, “el ideal de la moral kantiana es el de la santidad, una santidad en las

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ Kant, Immanuel, *Crítica de la Razón Práctica*, op.cit. p.34.

acciones que es obediencia a la ley interna del imperativo categórico”⁸¹ por lo que nos encontramos que el problema planteado no sólo pertenece a la dimensión de lo normativo, también atañe a la dimensión ético-política y a la efectividad del derecho.

La distinción kantiana entre imperativo hipotético y categórico es en la dimensión ético-política, similar a la distinción que Gustavo Zagrebersky hace entre reglas y principios, sólo que ésta en la dimensión normativa. Zagrebersky señala que “es importante diferenciar lo que podría denominarse regla de lo que podría denominarse principio, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales son prevalentemente principios.”⁸²

Según Zagrebersky, a las reglas se obedece, al igual que Kant respecto de los imperativos hipotéticos, en tanto a los principios se presta adhesión, al igual que al imperativo categórico. “La distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que *a priori* parecen indeterminadas.”⁸³

Lo que Zagrebersky denomina entonces principios se identifican con el imperativo categórico kantiano en el aspecto de que ambos representan el fundamento de una legislación “secundaria”, al ser situaciones *a priori*, no pueden modificarse fácilmente, son parte de lo que Ferrajoli denomina normas téticas, a las que diferencia de las hipotéticas.⁸⁴

⁸¹ Cfr. Xirau, op.cit. p.319-324.

⁸² Zagrebersky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, pp.109-111.

⁸³ Ídem.

⁸⁴ Señala Ferrajoli que “son téticas las normas que dan vida ellas mismas a las situaciones o a los estatus jurídicos dispuestos con ellas; son en cambio hipotéticas las que los predisponen como posibles, es decir, como efectos de las hipotéticas cosas previstas o reguladas por ellas. Las primeras son inmediata o téticamente prescriptivas, pues ellas mismas están integradas por situaciones o por estatus jurídicos. Las segundas en cambio los son mediata o hipotéticamente,

3.2 Tres criterios para analizar la Autonomía de la Voluntad

La autonomía de la voluntad se encuentra en el marco general de la libertad humana, si no existe esa libertad de la que se trataba en el capítulo anterior es imposible la autonomía, jurídicamente este principio está consagrado con claridad en el ordenamiento civil, sin embargo, es aun más claro en la legislación mercantil:

Artículo 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

Esta norma otorga claridad respecto a la concepción normativa de la autonomía de la voluntad, sin embargo, la problemática que plantea esta investigación no se puede circunscribir únicamente al mundo de lo normativo, pues como antes se mencionó, la dificultad está directamente relacionada con otras dimensiones del fenómeno jurídico. Norberto Bobbio, establece que “toda norma jurídica puede plantearnos un triple orden de problemas: 1) si es *justa o injusta*, 2) si es *válida o inválida*, y 3) si es *eficaz o ineficaz*. Se trata de tres diferentes problemas: de la *justicia*, de la *validez* y de la *eficacia* de una norma jurídica.”⁸⁵

Cada una de estas tres posturas corresponde a una concepción diferente del derecho, si la norma es justa o no se refiere al problema deontológico del derecho, base de la escuela *iusnaturalista*, si la norma es válida o no, es tema analizado por el *iuspositivismo*, que buscará el problema ontológico, finalmente, el problema fenomenológico de la norma, es decir la eficacia de las reglas jurídicas es el abordado por el realismo jurídico o *iusrealismo*.

pues las situaciones o los estatus están no ya dispuestos por ellas sino predispuestos por la hipótesis de que cobren existencia los actos o las otras cosas reguladas por ellas” Ferrajoli, Luigi, Principia Iuris, *Teoría del Derecho y de la Democracia, Tomo I, Teoría del Derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, p. 400.

⁸⁵ Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 2007, Tercera Edición, p.20.

Siguiendo a Bobbio, se pretende analizar el problema de la autonomía de la voluntad desde estas tres perspectivas a fin de conocer qué esboza cada una de ellas. El primero de ellos:

“el de la justicia, equivale a plantear el problema de la correspondencia o no de los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico, éste necesariamente persigue algunos fines, y estos son los valores a los que el legislador dirige su actividad. Preguntarse si una norma es justa o injusta equivale a preguntarse si es apta o no para realizar esos valores, el problema de si una norma es o no justa es un aspecto de la oposición entre mundo ideal y mundo real, entre lo que debe ser y lo que es: norma justa es la que debe ser; norma injusta es la que no debería ser. Plantear el problema de la justicia o injusticia de una norma equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que es real y lo que es ideal.”⁸⁶

De acuerdo a lo anterior, el problema de la justicia o injusticia de la autonomía de la voluntad equivale a preguntarse si su regulación permite realizar los valores que como sociedad se consideran valiosos. Recordemos que en el capítulo anterior se mencionó que las teorías contractualistas tienen como fundamento de la organización social precisamente a la autonomía de la voluntad, Rousseau afirmó que “puesto que la fuerza no constituye derecho alguno, quedan sólo las convenciones como base de toda autoridad legítima sobre los hombres”⁸⁷.

Las convenciones de las que habla Rousseau están basadas en la libertad que, como antes se explicó, representa el valor fundamental de la cultura occidental para Bovero, “Un binomio de gran arraigo en la conciencia común es el de Occidente y libertad. Si algún sentido tiene pensar en una ‘civilización

⁸⁶ Cfr. Bobbio, Norberto, op.cit. pp.20-21.

⁸⁷ Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, Ed. Porrúa, México, 2000, decimosegunda edición, p.6.

occidental', también debe recordarse que, sin duda, su primer principio de identidad es la libertad."⁸⁸

En el primer capítulo de esta investigación se definió a la autonomía de la voluntad como el principio jurídico que permite a los individuos una amplia esfera de libertad, para regular el contenido, objeto, formalidad, efectos, sanciones y normas aplicables a los actos jurídicos que celebren, con la única limitación de respetar el orden público y las buenas costumbres, circunscribiendo, en caso de controversia, la actividad del órgano jurisdiccional a interpretar la intención de las partes. Por lo anterior, se identifica plenamente a la autonomía de la voluntad con la libertad, y si ésta representa la identidad de la cultura occidental, no cabe duda que su regulación busca conservar algo axiológicamente importante, es decir, la libertad es un ideal que el ordenamiento considera valioso y por tanto es justo el protegerlo.

Finalmente, para el *iusnaturalismo*, es decir, para el problema deontológico del derecho, es justo preservar la autonomía de la voluntad pues las sociedades occidentales la consideran algo valioso, evidentemente también será justo el prever acciones que violenten la autonomía de la voluntad y que causen un daño a los derechos patrimoniales de terceros que actúen de buena fe, pues al lado de la libertad, la propiedad es uno de los pilares de la construcción moderna del concepto de derecho subjetivo.⁸⁹

La segunda perspectiva del problema de la autonomía de la voluntad y de las acciones que la protegen, corresponde a la *validez*:

El problema de la *validez* es el problema de la existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre si ella es justa o no. Mientras que el problema de la justicia se resuelve con un juicio

⁸⁸ Cfr. Cfr. Bovero, Michelangelo, Coordinador, *¿Cuál libertad? Diccionario mínimo contra los falsos liberales*, Ed. Océano, México, 2010, p.13.

⁸⁹ Ferrajoli señala que "En la construcción moderna de la noción de derecho subjetivo confluyen dos tradiciones culturales, las doctrinas iusnaturalistas y contractualistas del siglo XVII y XVIII, y la vieja tradición romano-civilista del derecho de propiedad y de los demás derechos patrimoniales." Cfr. Ferrajoli, Luigi, óp. cit. pp.600-602. Lo trascendente es que ambas tradiciones, pese a sus notables diferencias reconocen que la libertad y la propiedad son la base de los demás derechos.

de valor, el problema de validez se resuelve con un juicio de existencia o de hecho; esto es, se trata de comprobar si una regla jurídica existe o no, o mejor si aquella determinada regla, así como es, es una regla jurídica. Validez jurídica de una norma equivale a existencia de esa norma como norma jurídica. Particularmente, para decidir si una norma es válida con frecuencia es necesario realizar tres operaciones:

1. Determinar si la autoridad que la promulgó tenía poder legítimo para expedir normas jurídicas.
2. Comprobar si no ha sido derogada.
3. Comprobar que no se incompatible con otras normas del sistema (derogación implícita), particularmente con una norma jerárquicamente superior o posterior.⁹⁰

De acuerdo al anterior criterio, la autonomía de la voluntad contemplada en diversas disposiciones del código civil y del código de comercio,⁹¹ es una disposición plenamente válida pues la autoridad que expidió los ordenamientos tenía el poder legítimo para hacerlo⁹², no han sido derogados ni son incompatibles con otras normas jerárquicamente superiores o más recientes, lo anterior pues como se mencionó al analizar el problema deontológico de estas normas, protegen valores que identifican a nuestra sociedad. Por lo anterior, para el *iuspositivismo*, es decir, para el problema ontológico del derecho, la autonomía de la voluntad es un principio válido, pues está contemplado en disposiciones legítimas, vigentes y compatibles con el resto del ordenamiento. Sucede lo mismo respecto de las acciones civiles que protegen a los acreedores en sus derechos patrimoniales, pues tanto la acción paulina, la oblicua y la declaratoria de simulación están contenidas en normas jurídicas legítimas, vigentes y compatibles.

⁹⁰ Cfr. Bobbio, Norberto, op.cit. p.21.

⁹¹ Artículos 1794, 1795 y 1796 del Código Civil y 78 del Código de Comercio principalmente.

⁹² El Código Civil del Distrito Federal, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928 por el C. Presidente Constitucional de la República Plutarco Elías Calles. Mientras que el Código de Comercio es la única disposición pre revolucionaria aun vigente, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889 por el entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Porfirio Díaz.

En tercer lugar, el problema de la eficacia de la norma es abordado por el realismo jurídico, Bobbio explica en qué consiste el problema de la eficacia:

El problema de la *eficacia* de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en caso de ser violada, que se le haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto. Que una norma exista en cuanto norma jurídica no significa que también sea constantemente cumplida. Nos limitamos a hacer constar que hay normas que son cumplidas universalmente de manera espontánea (y son las más eficaces); que otras se cumplen por lo general sólo cuando van acompañadas de coacción; que otras no se cumplen a pesar de la coacción, y las hay que se violan sin que ni siquiera se aplique la coacción (y son las más ineficaces). La investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico-social, y mientras se orienta al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social, se diferencia tanto de la investigación de carácter filosófico sobre la justicia de la norma, como de la más típicamente jurídica acerca de su validez.⁹³

Es desde la perspectiva del *iusrealismo* que la problemática de esta investigación emerge, pues mientras que las normas que contemplan la autonomía de la voluntad y las acciones que protegen a los acreedores son justas y válidas no podríamos afirmar que son eficaces, en especial las relativas a las acciones que tienen los acreedores quirografarios para actos simulados. Bobbio señala cuatro niveles de eficacia de la norma; primero, normas que son cumplidas universalmente de manera espontánea (y que obviamente son las más eficaces), estas normas serían cercanas al imperativo categórico kantiano pues no se necesitaría del estado para hacerlas cumplir; en un segundo nivel, están las normas que se cumplen por lo general sólo cuando van acompañadas de

⁹³ Bobbio, Norberto, op.cit. p.22.

coacción, por ejemplo el pago de impuestos, el contribuyente los suele pagar más por miedo a la sanción que de manera espontánea; en el tercer plano se encuentran las normas que no se cumplen a pesar de la coacción, por ejemplo en México el tráfico de drogas, pues pese a que se sanciona el delito continúa cometiéndose; y finalmente, en un último nivel hay normas que se violan sin que ni siquiera se aplique la coacción (y son las más ineficaces). Lamentablemente las acciones que el acreedor tiene para recuperar su pago en caso de simulación están más cercanas a éste nivel, en el que, el Estado no parece interesado en hacer cumplir la norma aunque ésta sea justa y vigente.

Derivados de los tres criterios de valoración de una norma, que dan origen a tres clases distintas de problemas, Bobbio señala que existen seis tipologías de problemas y formula las siguientes proposiciones:

1. *Una norma puede ser justa sin ser válida.*
2. *Una norma puede ser válida sin ser justa.*
3. *Una norma puede ser válida sin ser eficaz.*
4. *Una norma puede ser eficaz sin ser válida.*
5. *Una norma puede ser justa sin ser eficaz, y*
6. *Una norma puede ser eficaz sin ser justa.*⁹⁴

Con base en el breve análisis que se realizó en líneas anteriores tenemos que el problema de la autonomía de la voluntad y en específico, de las acciones que tienen los acreedores en contra de la simulación de los deudores, se ubica en los supuestos 3 y 5 de la tipología que señala Bobbio, es decir, nos encontramos ante normas válidas y justas pero muy poco eficaces. Al respecto de los problemas de eficacia el autor en comento señala:

El problema de la eficacia nos lleva al terreno de la aplicación de las normas jurídicas o sea al terreno de los comportamientos efectivos de los hombres que viven en sociedad, de sus intereses opuestos, de las acciones y reacciones frente a la autoridad, y da lugar a las

⁹⁴ *Ibidem*, pp.22-24.

investigaciones en torno a la vida del derecho, en su nacimiento, en su desarrollo, en sus cambios, investigaciones que de ordinario están relacionadas con el análisis de carácter histórico y sociológico. De aquí nace el aspecto de la filosofía del derecho que lleva a la *sociología jurídica*.⁹⁵

Lo anterior nos otorga un parámetro para ubicar la problemática de esta investigación como una dificultad de eficacia de las leyes, sin embargo, esto no excluye a los otros dos criterios, pues la misma problemática pudiese ser abordada desde la perspectiva de la justicia, como haría Kant, pues para él, el problema sería de moral, de cómo actúan los hombres. Tampoco se puede descartar al criterio de validez, pues como se analizó en el capítulo anterior el problema puede ser abordado como una laguna,⁹⁶ laguna axiológica si estamos en presencia de una solución insatisfactoria, o laguna normativa si hay total ausencia de una solución en el ordenamiento legal. Bobbio reafirma lo anterior al señalar:

Es claro que esta distinción de problemas no se debe concebir como una separación en compartimentos estancos. Quien desee comprender la experiencia jurídica en sus diversos aspectos, debe tener muy presente que ella es parte de la experiencia humana cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia por lograr, instituciones normativas por realizar, acciones y reacciones de los hombres frente a esos ideales y a esas instituciones. Los tres problemas son tres diversos aspectos de un solo problema central, el de la mejor organización de la vida de los hombres asociados.⁹⁷

⁹⁵ Ídem.

⁹⁶ Cfr. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, quinta reimpresión, p.161-162. Los autores señalan que la cuestión acerca de la existencia o inexistencia de una solución jurídica no es un problema valorativo, sino lógico. Por otra parte, la cuestión de saber si una insuficiencia (en el sentido de falta de solución) es insatisfactoria o no, es un problema valorativo, que presupone ya el concepto de insuficiencia.

⁹⁷ Bobbio, Norberto, op. cit. pp.26-27.

Esta aclaración permite abordar el problema desde una amplia perspectiva y no caer en reduccionismos como los del derecho natural, que *reduce la validez a la justicia*, o los de la concepción positivista más restringida que *reduce la justicia a la validez*, o como el realismo de la jurisprudencia estadounidense que *reduce la validez a la eficacia*.⁹⁸ Para no caer en esos reduccionismos en este proyecto se pretende abordar la problemática utilizando elementos de las tres perspectivas.

3.3.- Problemática de la autonomía de la voluntad mediante la simulación de actos jurídicos, en fraude de acreedores

En este subcapítulo se pretende analizar la problemática de la investigación desde las tres perspectivas anteriormente propuestas por Bobbio, lo anterior nos permitirá ubicar en qué dimensión del derecho se encuentra el tema de este proyecto, si es un problema ético-político, normativo o sociológico, o en términos de Bobbio si es un problema de justicia, validez o eficacia.

El problema de la justicia o injusticia de una norma es un tema arduo y prácticamente imposible de resolver, Hans Kelsen, en su obra *¿Qué es la justicia?* Analiza las diferentes definiciones de justicia que se han formulado, sin embargo concluye que una definición válida universalmente de lo justo no es posible, al señalar lo siguiente:

Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta...la razón humana solo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor

⁹⁸ Ídem.

opuesto. La justicia absoluta es un ideal irracional...No es posible demostrar que ésta y no aquella es la solución justa.⁹⁹

Sin embargo, el prestigiado jurista austriaco reconoce que si bien la justicia absoluta es imposible de encerrar en normas, éstas se pueden basar en un principio moral que se acerque al ideal de justicia, “El principio moral fundamental que subyace a una teoría relativista de los valores o que de la misma puede deducirse, es el principio de la tolerancia, es decir la exigencia de buena voluntad.”¹⁰⁰

De acuerdo a lo anterior, el ideal de justicia tiene una jerarquía móvil y axiológica, sin embargo esta jerarquía encuentra su fundamento en un principio moral de buena voluntad, y en materia de contratos, ¿Qué mayor prueba de buena voluntad que cumplir con lo pactado?, en el ordenamiento se encuentra claramente el principio moral del que habla Kelsen:

Artículo 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. *Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.*¹⁰¹

Por lo antes expuesto se reafirma que el ordenamiento jurídico, no sólo es válido, es justo, por lo tanto, el actuar humano que contravenga esa norma será injusto, y no sólo eso, a decir de Hegel constituirá un fraude.

Así, lo universal que había sido rebajado en el contrato a una comunidad exterior de la voluntad, es aquí denigrado por la voluntad particular a una voluntad sólo aparente; esto constituye el fraude.

En el contrato yo adquiero una cosa en razón de las cualidades particulares de la cosa y al mismo tiempo por su universalidad interna,

⁹⁹ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, México, Ed. Fontamara, 2002, pp.75-76.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, pp.76-77.

¹⁰¹ Artículo 1796 del Código Civil Federal, el énfasis es propio.

en parte por el valor, en parte como cosa de propiedad ajena. Acerca de esto, desde el capricho de los otros, se me puede presentar una falsa apariencia; de suerte que la apariencia tenga su exactitud en el contrato como libre consentimiento bilateral del intercambio sobre determinada cosa, según su inmediata individualidad; pero el aspecto universal que es en sí, falta.¹⁰²

Para Hegel lo universal sería el derecho, la norma válida y justa, cumplir con lo pactado, la voluntad aparente, la manifestación del consentimiento que sólo busca el engaño, la apariencia y la simulación constituirá un fraude, pues habrá un libre consentimiento, es decir, habrá autonomía de la voluntad, pero este consentimiento individual carecerá del valor universal, es decir el valor moral que hace cumplir el valor jurídicamente válido y reconocido como justo socialmente.

John Rawls señala que “los ordenamientos que la sociedad considera justos no pueden ser socavados por ciertas propensiones psicológicas, que en todo caso son meras contingencias accidentales, es decir, lo necesario sería lo justo, la obediencia al ordenamiento que es así considerado. En tanto, las propensiones psicológicas a lo injusto, basadas en la envidia y la carencia de conocimiento sobre lo que sí es justo, son contingencias, que no afectarán a una sociedad bien ordenada.”¹⁰³

Sin embargo, cabría preguntarse si la sociedad mexicana actual se ubica en lo que Rawls denomina “sociedad bien ordenada”, que es la base de su concepto de justicia:

Lo primero que podemos decir es que, en una sociedad bien ordenada, el hecho de que una persona sea buena (y, en especial, que tenga un

¹⁰² Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del Derecho*, México, Ed. UNAM, Colección Nuestros Clásicos, 1985, segunda edición, p.102.

¹⁰³ Cfr. Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, Ed. FCE, 2000, segunda reimpresión en español, 479-480.

efectivo sentido de justicia) es, realmente, un bien para esa persona; y lo segundo, que esta forma de sociedad es una buena sociedad.¹⁰⁴

En conclusión, para Rawls una sociedad buena y ordenada, reduce al mínimo las contingencias psicológicas que atentan contra el ordenamiento considerado justo, sin embargo en una sociedad no ordenada las personas no tendrán un efectivo sentido de justicia, lo anterior provocará que las normas pese a que sean justas no sean obedecidas. Resumiendo la idea de Rawls, existe una relación recursiva entre una sociedad ordenada y el efectivo sentido de justicia que tengan sus miembros, luego entonces, en una sociedad ordenada la autonomía de la voluntad se ejercerá para conseguir los fines de libertad y justicia a los que está encaminada. La justicia no será entonces una virtud de las personas, sino de las instituciones sociales que llegan a ella.

Normativamente, tanto las disposiciones que garantizan la autonomía de la voluntad como las que protegen su ejercicio en caso de simulación, son normas válidas y vigentes, además cumplen con las características de los sistemas normativos que Alchurrón y Bulygin señalan: coherencia, completitud e independencia.

La coherencia del sistema jurídico se refiere a la compatibilidad mutua entre las normas jurídicas, eliminar las contradicciones entre ellas, que es uno de los objetivos más importantes de la ciencia del derecho. La completitud se refiere a que el sistema normativo no debe tener lagunas mientras que la independencia permite la eliminación de redundancias.¹⁰⁵

Llevando los principios del ordenamiento jurídico propuestos por Alchurrón y Bulygin a nuestra problemática, tenemos que las normas que garantizan la autonomía de la voluntad y las que sancionan la simulación que atenta contra ese principio son normas coherentes, pues existe una compatibilidad entre los

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p.521.

¹⁰⁵ Cfr. Alchurrón, Carlos y Bulygin Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, op.cit. pp. 100-101.

principios del ordenamiento y la garantía de la autonomía contractual, asimismo, no existen contradicciones con respecto a este principio de autonomía.

El sistema normativo cuenta con la característica de completitud, pues no sólo se garantiza un derecho fundamental, la autonomía de la voluntad, también se ponen al alcance del acreedor las acciones civiles, (pauliana, oblicua y declaratoria de simulación) y penales (fraude de acreedores) que permitan garantizar la verdadera autonomía de la voluntad, es decir, existe una sanción para quien violente este principio. Lo anterior es la característica fundamental de la norma jurídica, definida por Bobbio como “aquella cuya ejecución está garantizada por una sanción externa e institucionalizada.”¹⁰⁶ Por lo que la completitud del ordenamiento implica no sólo la garantía de un derecho sino los medios para poder reclamar su cumplimiento a través de una sanción externa, es decir, impuesta por un tercero e institucionalizada, lo que implica que dicha sanción la aplicará un órgano del estado previamente creado para ese fin.

La tercera característica que señalan, el jurista argentino Alchurrón y el ucraniano Bulygin, es la de independencia, rasgo que permite la eliminación de redundancias en el sistema jurídico, en el caso que nos ocupa, si bien la autonomía de la voluntad está comprendida en la legislación civil y en la mercantil, no se puede afirmar que exista redundancia pues cada ordenamiento está dirigido a diferentes actividades, por lo que encontramos plena independencia en el sistema. Finalmente, si un sistema jurídico cumple las características propuestas por la tesis de Alchurrón y Bulygin, dicho sistema no sólo será válido sino que será un sistema lógico, lo que permitirá una aplicación racional de la norma.

El sistema de normas jurídicas debe ser entonces no sólo válido, sino lógico (con las características de coherencia, completitud e independencia), sin embargo, puede suceder que el sistema jurídico sea efectivo, pero una o algunas, de sus normas no, esto a decir de Bobbio no resta efectividad al ordenamiento, que sería el conjunto de normas:

¹⁰⁶ Bobbio, Norberto, op.cit. p.149.

Si consideramos la eficacia como una característica de las normas jurídicas, nos encontramos en cierta forma frente a la necesidad de negar el carácter de norma jurídica a normas que pertenecen a un sistema normativo dado (en cuanto han sido producidas en forma legítima) y que son válidas, pero no eficaces, porque no se aplican...La dificultad se ha resuelto, también en este caso, desplazando la mirada de la norma individual al ordenamiento, considerado en su conjunto, y afirmando que la eficacia es una característica constitutiva del derecho, solo si con la expresión derecho queremos referirnos, no a la norma individual, sino al ordenamiento. El problema de la validez y de la eficacia, que da lugar a dificultades insuperables si se considera en relación con una norma del sistema (la cual puede ser válida sin ser eficaz), se allana cuando se hace referencia al ordenamiento jurídico, en el cual la eficacia es el fundamento mismo de la validez.¹⁰⁷

En virtud de lo antes expuesto, una norma puede ser ineficaz, pero si el sistema de normas sí es eficaz nos encontramos con que el ordenamiento es válido, pues la eficacia general de éste es la base de su validez. Sin embargo, en el caso de las acciones del acreedor contra la simulación de actos, en general, se encuentran en el más bajo nivel de eficacia, pues en caso de que se simule un acto jurídico, la posibilidad de que se aplique la coacción, es remota.

Si los medios legales de los que dispone el acreedor no son lo efectivos que debiesen ser, sus derechos patrimoniales se ven afectados por el incumplimiento del deudor, pero no solo los derechos patrimoniales sufren un perjuicio, también los derechos de protección, que al igual que la autonomía de la voluntad se encuentran dentro de los derechos que Ferrajoli califica como fundamentales, la protección de estos derechos evidentemente debe estar garantizada por el Estado, pues resguardan bienes jurídicos que socialmente se consideran valiosos, respecto de este punto, en el capítulo primero se había señalado la definición que

¹⁰⁷ Bobbio, Norberto, op.cit. pp.150-151.

Robert Alexy propone de esos derechos de protección, (que pertenecen al género de los prestacionales), por su importancia, se retoma el concepto:

Por derechos de protección habrá de entenderse los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado, para que éste lo proteja de intervenciones de terceros. Los derechos de protección pueden tener como objeto cosas muy diferentes. El espectro se extiende desde la protección, de tipo clásico, frente al homicidio hasta la protección frente a los peligros del uso pacífico de la energía atómica. No sólo la vida y la salud son posibles bienes protegidos, sino todo aquello que, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es digno de ser protegido, por ejemplo, la dignidad, la libertad, la familia y la propiedad.¹⁰⁸

Ahora bien, si el Estado mexicano, no garantiza los derechos de protección, en el caso de la debida defensa de los derechos patrimoniales de terceros, se está atentando contra dos derechos básicos y fundamentales del individuo, en primer lugar la propiedad, y en segundo, la seguridad jurídica pues si no se logra hacer efectivo lo dispuesto por las normas, los individuos carecerán de certeza en el ejercicio de su autonomía de la voluntad.

Retomando a Alexy, “el Estado tiene un determinado tipo de responsabilidad por determinadas acciones de un ciudadano respecto a otro. Las acciones en relación con las cuales tiene una responsabilidad son intervenciones privadas en bienes iusfundamentales como la vida, la libertad y la propiedad. La responsabilidad que tiene el Estado puede consistir sólo en un deber de prohibir determinadas intervenciones de terceros en bienes protegidos iusfundamentalmente.”¹⁰⁹ Lo anterior, provoca que el estado garantice

¹⁰⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, segunda edición, p. 398. En el capítulo anterior se mencionó que los derechos de protección se encuentran consagrados en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp.404-406.

efectivamente no sólo la propiedad y otros derechos patrimoniales, sino el efectivo acceso a la justicia que será claramente un derecho fundamental.

Si el estado mexicano, a través de la ineficacia de las acciones civiles y penales, previstas en contra de la simulación no logra hacer efectivo un derecho considerado válido y justo, simplemente está confiriendo derechos y no garantizándolos,¹¹⁰ lo que provoca que se esté viviendo una paradoja jurídica, pues el ordenamiento prevé una norma válida y la sociedad la considera valiosa, es decir, justa, pero el estado no logra hacerla efectiva, se tiene entonces un “derecho, sin derecho”, dada la imposibilidad de ejercitarlo.

En conclusión, en este subcapítulo se abordó la problemática central de la investigación desde las tres distintas perspectivas jurídicas que Bobbio señala, esto nos permite alejarnos de los reduccionismos que el propio autor señala y no caer en lo que Luigi Ferrajoli denomina como falacias ideológicas, que nos impiden analizar objetivamente un problema jurídico, Ferrajoli identifica cuatro clases de falacias:

- a) La *falacia ius-naturalista*, que confunde la validez de las normas con su justicia, impidiendo reconocer la existencia de normas válidas a pesar de ser injustas; b) la *falacia ético-legalista*, que confunde la justicia con la validez, impidiendo reconocer la existencia de normas injustas a pesar de ser válidas; c) la *falacia normativista*, que confunde la vigencia de las normas con su validez, impidiendo reconocer la existencia de normas inválidas a pesar de estar vigentes; d) la *falacia realista*, que confunde por fin la validez o incluso la vigencia con la efectividad, impidiendo reconocer la existencia de normas válidas o

¹¹⁰ Guastini señala que “Una cosa es conferir un derecho y otra garantizarlo. Para conferir un derecho es suficiente una norma redactada, precisamente, como norma atributiva de derechos. Para garantizar un derecho no es suficiente atribuirlo: es necesario también establecer instrumentos aptos para protegerlo.” Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999, p.185.

vigentes por más que sean ineficaces, o peor aún, su invalidez o hasta su inexistencia sólo porque sean eficaces.¹¹¹

La perspectiva propuesta en este capítulo analizando la simulación de actos jurídicos en perjuicio los acreedores de buena fe, desde tres posiciones del derecho nos permitirá un análisis más objetivo del problema, pues se intentó alejarse de las falacias ideológicas que reducen cualquier cuestión jurídica a una sola perspectiva.

3.4 El índice de morosidad, estadísticas macroeconómicas sobre el incumplimiento

Antes de iniciar el estudio de las acciones civiles que protegen a los acreedores contra la simulación examinaremos brevemente el índice de morosidad, que si bien es un indicador macroeconómico y exclusivo de los contratos de crédito que se celebran ante instituciones bancarias, puede ayudar a dar una dimensión de la problemática que se plantea en este proyecto. Lo anterior es una posibilidad de conocer someramente la magnitud del problema tratado, ya que no existen estadísticas que señalen el nivel de incumplimiento entre personas físicas y morales, que no hacen del otorgamiento de créditos su actividad profesional, pues la posibilidad de recabar esa información es muy baja.

El Banco de México, define el índice de morosidad, (IMOR) de la siguiente forma:

El Índice de Morosidad (IMOR) es la cartera de crédito vencida como proporción de la cartera total. Es uno de los indicadores más utilizados como medida de riesgo de una cartera crediticia.

$$\text{IMOR} = \frac{\text{Cartera vencida}}{\text{Cartera total}}$$

¹¹¹ Ferrajoli, Luigi, Óp. cit. p. 40.

La cartera de crédito se clasifica como vencida cuando los acreditados son declarados en concurso mercantil, o bien, cuando el principal, intereses o ambos no han sido liquidados en los términos pactados originalmente, considerando los plazos y condiciones establecidos en la regulación, (CNBV, Criterio B-6 Circular Única de Bancos). Para clasificar los créditos como vencidos con pago único de principal, se requieren 30 días o más de vencimiento; para el caso de los créditos revolventes, 60 días, y para el de los créditos a la vivienda, 90 días.

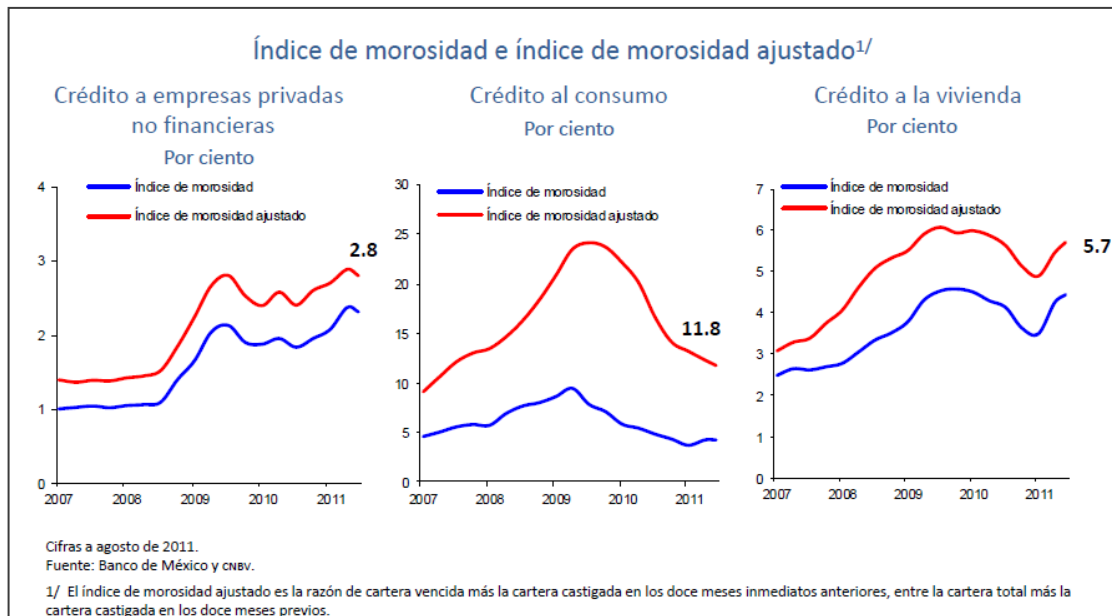
...Parte de la cartera vencida se puede recuperar ejerciendo garantías (cobranza en efectivo o en especie), reestructurando créditos o liquidando créditos vencidos. El monto recuperado se resta de la cartera vencida inicial. Las aplicaciones de cartera vencida, también conocidas como castigos, se definen como la cancelación del crédito cuando existe evidencia suficiente de que el crédito no será recuperado...La regulación permite que los bancos decidan si el crédito vencido debe permanecer en el balance o bien debe ser castigado y, por lo tanto, varía de acuerdo a las políticas establecidas por cada institución... el saldo final de la cartera vencida se calcula como el saldo inicial más los traspasos netos, menos las recuperaciones, menos las aplicaciones, más los ajustes adicionales.

Todos estos movimientos de la cartera vencida hacen del IMOR una medida de difícil interpretación. Un nivel dado de IMOR puede sobreestimar el riesgo de crédito, al incluir créditos vencidos viejos que serán castigados. Una disminución del IMOR no implica necesariamente una disminución del riesgo de crédito, ya que puede explicarse por mayores castigos y no por un menor número de traspasos. Igualmente, un incremento en el IMOR puede subestimar el riesgo de crédito, ya que refleja menos que proporcionalmente los

traspasos de cartera vigente a cartera vencida ocurridos durante el periodo considerado.¹¹²

Pese a la abundancia de términos económicos, el Banco de México es claro en señalar cómo se obtiene el IMOR, que es resultado de dividir la cartera vencida entre la cartera total, otra precisión importante que hace Banxico es que es un índice de difícil interpretación pues está sujeto al criterio de cada banco cómo se integra la cartera vencida.

El IMOR más reciente publicado por Banxico, corresponde al mes de agosto de 2011, en el ofrece una comparación entre los créditos a empresas privadas, los créditos al consumo y el crédito a la vivienda:



113

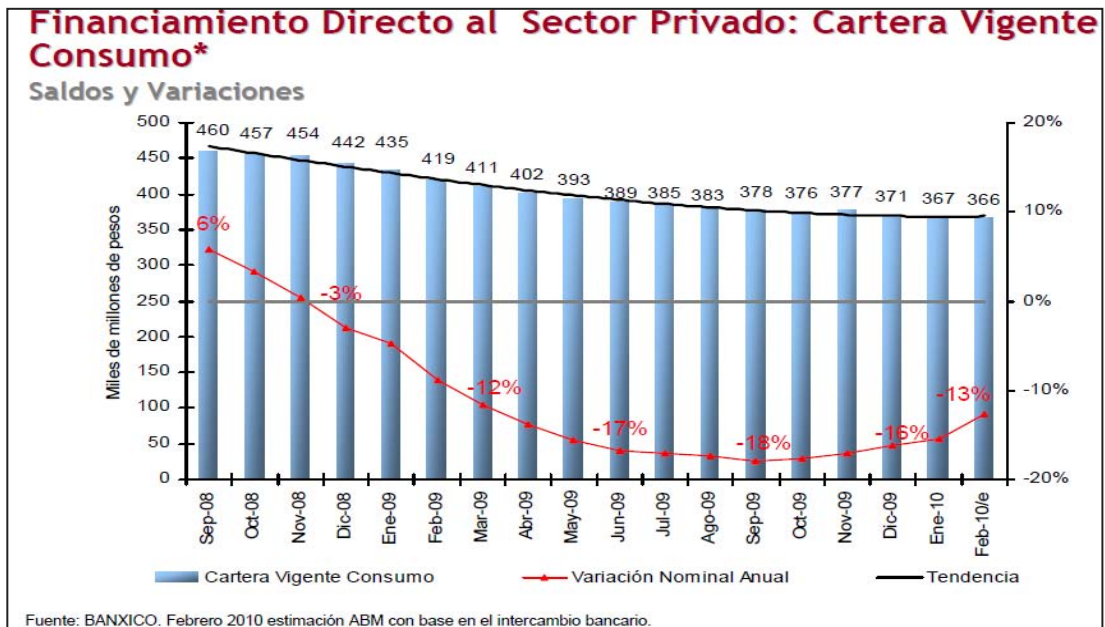
Como se puede observar en las gráficas, el IMOR en créditos al consumo duplica el porcentaje en crédito a la vivienda, y éste a su vez, duplica el de financiamiento a empresas, por lo que la cartera de crédito al consumo es la más

¹¹² Banco de México, información consultada en la página web de esa institución: <http://www.banxico.org.mx/sistema-financiero/material-educativo/basico/fichas/indicadores-financieros/%7BE2EEFEBA-4E08-3E0A-2E2F-91AE4C2D3E06%7D.pdf> consulta realizada el 25 de octubre de 2012.

¹¹³ Banco de México, Reporte sobre el Sistema Financiero, octubre de 2011, consultado en la página web de esa institución: <http://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-discursos/publicaciones/informes-periodicos/reportes-sf/%7B4DB7724B-E63D-220E-464A-9547009CA8D5%7D.pdf> p.15, consulta realizada el 25 de octubre de 2012.

riesgosa, cuadruplicando al menos, lo anterior explica el cobro de tasas de interés diferenciadas en los distintos tipos de cartera, además, las garantías que se ofrecen en cada rubro son distintas, pues mientras en los casos de préstamos a la vivienda se cuenta con garantía hipotecaria y los préstamos a empresas se basan en contratos de habilitación y avío, los acreedores de créditos al consumo son simplemente acreedores quirografarios sin ningún derecho real que garantice el cumplimiento de la obligación pactada.

También se puede notar en la gráfica anterior que el índice de morosidad en crédito al consumo llegó a cerca de 25% entre finales de 2008 y mediados de 2009, periodo coincidente con el inicio y auge de la crisis financiera global que comenzó en septiembre de 2008. Para tener una idea de cuánto representa un “simple” punto porcentual en las variaciones del IMOR, la Asociación Nacional de Bancos exhibe las siguientes cifras:



114

De acuerdo a la gráfica precedente, en el punto más bajo de la cartera vigente de créditos al consumo, en febrero de 2010 el monto fue de 366 miles de millones de pesos, es decir: \$ 366,000,000,000, tan sólo el 1% de esa cantidad es

¹¹⁴ Asociación de bancos de México, Agenda de la septuagésima tercera convención bancaria, consultado en la página web de la AMB: http://www.abm.org.mx/sala_prensa/conferencia-25-03-2010.pdf p. 4, consulta realizada el 25 de octubre de 2012.

\$3,666,000,000, tres mil seiscientos sesenta y seis millones de pesos, en el momento en el que el crédito al consumo tuvo un IMOR más alto, aproximadamente del 25% en mayo de 2009, la cartera vencida fue de \$98,250 millones de pesos.

En conclusión, existe un complejo problema económico que se va mucho más allá de los fines de este proyecto, sin embargo, un sistema normativo efectivo, que garantice el cumplimiento coactivo de las obligaciones crediticias, podría reducir significativamente los altísimos montos que corresponden a la cartera vencida, logrando que el acreedor, no sólo instituciones de crédito, sino cualquier persona, recupere su capital, con ello el estado garantizará no sólo el cumplimiento de los derechos patrimoniales sino que hará efectivos los derechos de protección, garantizándolos y no simplemente confiriéndolos.

3.5.- Ineficacia en la praxis de la acción de declaración, pauliana y oblicua, en contra de la simulación de actos jurídicos

Hasta ahora hemos analizado conceptualmente la práctica de la autonomía de la voluntad a través de autores como Kant, Bobbio, Alexy y Ferrajoli, entre otros, se ha recorrido doctrinariamente este vasto camino entre principios y normas, asimismo, la problemática se ha examinado desde las tres perspectivas, si la autonomía de la voluntad y las acciones que la restringen, son justas, válidas y eficaces.

Sin embargo, se considera importante considerar en este apartado la autonomía de la voluntad en el terreno de lo fáctico, pues en realidad la justificación para iniciar este proyecto fue el uso desmedido y tergiversado de esta figura, pues el uso excesivo e irracional de esta figura puede emplearse con el fin de evadir el cumplimiento de obligaciones, lo que provoca que acreedores de buena fe, enfrenten la problemática de no encontrar una garantía efectiva para defender o proteger sus derechos patrimoniales.

Un caso habitual, piénsese en un procedimiento ejecutivo mercantil en el que el acreedor tiene sentencia firme a su favor, al mismo tiempo la garantía de haber embargado un inmueble que cubre el monto de lo adeudado y tiene además a su favor, la prelación de crédito respecto de otros acreedores, pues su embargo está inscrito primigeniamente ante el Registro Público de la Propiedad, lo que tiene efectos *erga omnes*. Hasta aquí podríamos pensar que todo está armonizado para hacer efectiva la garantía de la defensa patrimonial del acreedor, sin embargo, si el deudor simula actos jurídicos con terceros coludidos, por ejemplo, firma contratos de arrendamiento de casa habitación de los departamentos que integran el inmueble embargado, el ejecutante tendrá necesariamente que notificar a todos y cada uno de ellos el estado del juicio y la obligación que tienen de permitir el acceso a los peritos en la fecha señalada por el juzgador, al interior de los departamentos para poder emitir un dictamen que sea acorde con la realidad.

En este contexto, se destaca el tiempo excesivo que puede transcurrir en llevar a cabo dicha notificación, puesto que como están coludidos con el propietario, los supuestos inquilinos hacen todo lo posible por impedir el acceso y llevar a cabo la valuación correspondiente, y al estar estos fuera de la relación procesal, únicamente pueden hacerse acreedores a multas que resultan irrisorias comparadas con el perjuicio pecuniario que sufre el acreedor al no poder hacer efectiva la garantía que tiene a su favor y que ampara desde luego la obligación primaria, lo anterior basándose en una simulación que garantiza un “aparente” derecho fundamental como la vivienda, contrastándola con los derechos de defensa y patrimoniales.

Ante este tipo de prácticas cabría cuestionarse ¿porqué no combatir el acto jurídico inválido por medio de alguna de las acciones, paulina, declaratoria de simulación u oblicua? La respuesta parecería obvia, pues tal como se han detallado las situaciones anteriores, es evidente que los actos simulados serán declarados nulos y en teoría las cosas deberían regresar al estado en que estaban antes del acto simulado, sin embargo, el tiempo estimado para que se declare

procedente cada acción respectivamente es de aproximadamente dos años¹¹⁵, los cuales resultan excesivos si tomamos en cuenta la duración del juicio original, trayendo como consecuencia que el acreedor de buena fe tenga que invertir en procedimientos judiciales costosos y tardados que ni siquiera le aseguran recuperar el monto de lo adeudado.

Este tipo de prácticas son muy comunes en la sociedad mexicana que, como expone Rawls, es una sociedad que no está ordenada, es decir, hay un sinnúmero de contingencias psicológicas que se desprenden de la forma de ser del individuo mexicano, de querer evadir sus obligaciones, de explotar al máximo el ordenamiento legal para burlarse del mismo sistema jurídico, mediante la práctica de simulaciones y juicios alargados que afectan los derechos patrimoniales de los acreedores de buena fe que se ven obligados a seguir procedimientos judiciales largos y costosos para obtener una sentencia que no podrán ejecutar por la simulación del acto jurídico realizada por el deudor que busca la forma de evadir sus responsabilidades asumidas mediante el acto jurídico válido.

Lo anterior provoca una situación de doble vulnerabilidad para el acreedor de buena fe, pues no solo se están violentando sus derechos patrimoniales (definidos por Ferrajoli), sino que al mismo tiempo el Estado no garantiza efectivamente los derechos de defensa (de los que habla Alexy), lo que se traduce en la existencia de una doble violación a los derechos fundamentales del acreedor de buena fe.

Es por ello que en el presente trabajo analizamos la problemática de que la legislación que se ocupa de dar respuesta a este tipo de contingencias presentadas en la práctica, se encuentran dentro de dos de las seis tipologías que propone Bobbio, es decir, tenemos normas (acciones declaratoria de simulación,

¹¹⁵ Tomando en cuenta que la primera instancia dura alrededor de un año, la segunda instancia tres meses y el juicio de amparo con su revisión respectiva, oscila entre los seis y ocho meses. Sin tomar en cuenta los recursos que en su momento pueden interponer los coludidos como el incidente de inejecución de sentencia o la nulidad de juicio concluido, los cuales serán declarados improcedentes, pero que retrasarán el ya de por sí alargado procedimiento.

pauliana y oblicua) válidas y justas, pero sin ser eficaces, pues como ha quedado detallado, las acciones son obsoletas al no cumplir con el fin para el que fueron creadas.

La problemática anterior ha sido tratada ya, aunque someramente, por nuestros Tribunales Federales, los cuales han dado ya una respuesta o al menos han fijado una postura respecto al tratamiento de los derechos fundamentales (refiriéndonos en particular a los de defensa), pronunciándose a favor de la protección de este tipo de derechos, no solo frente al poder público del Estado como autoridad, sino en general de cualquier poder, es decir, el actuar de sectores o personas con un poder determinado, no sólo económico, sino social e incluso político. En relaciones de poder, no sólo verticales, sino horizontales, como las que se gestan entre los particulares.

La siguiente tesis, que aunque aislada, refleja el interés de los órganos jurisdiccionales no sólo conferir derechos, como dice Guastini, sino de efectivamente garantizarlos.

DERECHOS FUNDAMENTALES. SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE, VÍA AMPARO DIRECTO INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE PUSO FIN AL JUICIO, EN INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, AUN CUANDO SE TRATE DE ACTOS DE PARTICULARES EN RELACIONES HORIZONTALES O DE COORDINACIÓN. *El criterio general de los Tribunales Federales ha sido en el sentido de que en términos de las disposiciones constitucionales y legales sobre la materia, el amparo sólo procede contra actos de autoridad, lo que a su vez ha provocado que los temas de constitucionalidad sean abordados a la luz de si alguna disposición ordinaria es violatoria de la Constitución, o si al dictarse el acto reclamado (sentencia definitiva en el caso del amparo directo civil) no se han acatado los mandatos de algún precepto de la Carta Fundamental (interpretación directa). Lo anterior, porque los referidos criterios jurisprudenciales siempre han partido de la premisa de la procedencia del amparo contra actos de autoridad en una relación de supra a subordinación, es decir, como los actos verticales que se dan entre gobernantes y gobernados, por actuar los primeros en un plano superior a los segundos, en beneficio del orden público y del interés social; relaciones que se regulan por el derecho público en el*

que también se establecen los procedimientos para ventilar los conflictos que se susciten por la actuación de los órganos del Estado, entre los que destaca precisamente el juicio de amparo. Esta línea de pensamiento se refiere a la tesis liberal que permeó durante el siglo XIX, conforme a la cual la validez de los derechos fundamentales se restringe a las relaciones de subordinación de los ciudadanos con el poder público. Este carácter liberal de los sistemas constitucionales modernos se fundamentó también en la clásica distinción entre derecho privado y derecho público: el primero queda constituido como el derecho que regula las relaciones inter privados, mientras que el segundo regularía las relaciones entre los ciudadanos y el poder público, o entre los órganos del poder público entre sí. En este marco, los derechos de libertad se conciben como los límites necesarios frente al poder, derechos públicos subjetivos que, por tanto, sólo se conciben en las relaciones ciudadanos-poderes públicos y son únicamente oponibles frente al Estado. Pero estos límites no se consideran necesarios en las relaciones entre particulares, fundamentadas en el principio de la autonomía de la voluntad. Surge así la teoría alemana de la Drittwirkung, también llamada Horizontalwirkung, de los derechos fundamentales. Esta denominación se traduce como la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, tomando en consideración que el problema se plantea en cuanto a la eficacia de éstos en las relaciones horizontales, así llamadas a las relaciones en que no hay relación de poder, y entre las que estarían, en principio, las relaciones establecidas entre particulares, supuestamente iguales. La Drittwirkung se aborda desde la concepción de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, cuya vigencia se proyectaba en las relaciones jurídicas dadas entre el individuo y el Estado. Los demás individuos, los llamados terceros, quedarían, en principio, al margen de esa relación jurídica específica. Sin embargo, las teorías contractualistas explican el origen de los derechos humanos en sentido opuesto, es decir, los derechos del hombre surgen como derecho en las relaciones entre privados, preexisten por tanto al Estado, el que nace para salvaguardar y garantizar estos derechos. **Así, los derechos fundamentales se tienen, originalmente, frente a los demás hombres y sólo derivativamente frente al Estado, por lo que los derechos naturales a la libertad, la seguridad, la propiedad, etc., son, en primer lugar, derechos frente a los presuntos "terceros", los particulares.** Como se dijo, la construcción jurídica de los derechos tiene su origen en el Estado liberal de derecho. Los poderes públicos se convierten en los principales enemigos de las recién conquistadas libertades, una amenaza que hay que controlar y limitar. Esta idea lleva a la conclusión de que el derecho público, que regula la organización del poder, ha de fijar el límite de actuación de éste para lo que se recurre a estos derechos naturales

cuya garantía en la sociedad estaba encomendada al poder, pero que, de ese modo se convierten en su principal barrera jurídica. Esta tensión ciudadano-poder no está presente en las relaciones de coordinación surgidas entre particulares, que se desarrollan entre individuos considerados en principio iguales y libres, y que quedan sometidos solamente al imperio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual dándose por entendido que no necesitan ninguna protección externa adicional. Ante este panorama, en principio no existe la posibilidad de alegar los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; pero por ello se torna indispensable acudir a la teoría alemana de la *Drittwirkung*, cuyo origen se encuentra en el campo de las relaciones laborales, donde es especialmente sensible la subordinación del trabajador a un poder, esta vez privado, la empresa, y los consiguientes peligros que para los derechos fundamentales provienen de estos poderes privados. **La ideología liberal presumía la igualdad de la que partían los individuos en sus relaciones privadas, pero esta presunción, especialmente en la época actual, está lejos de poder sostenerse, pues ahora la sociedad se caracteriza cada vez más por su complejidad, pues el imperio de que tradicionalmente gozó la autoridad es hoy en día más difuso a virtud de los denominados grupos de fusión o de presión, o simplemente otros ciudadanos particulares situados en una posición dominante, que poseen un poder en muchos de los casos similar al del Estado, por lo que no es improbable que afecten los derechos fundamentales de los particulares.** Estos grupos sociales o particulares en situación de ventaja son evidentemente diversos a las instituciones jurídicas tradicionales como los sindicatos, las cámaras empresariales, los colegios de profesionales, etc., sino que constituyen otros sectores cuyos derechos e intereses han sido calificados como difusos, colectivos o transpersonales. En una sociedad estructurada en grupos y en la predominación de los aspectos económicos, el poder del grupo o de quien tiene una preeminencia económica se impone al poder del individuo, creándose situaciones de supremacía social ante las que el principio de igualdad ante la ley es una falacia. El poder surge de este modo no ya sólo de las instituciones públicas, sino también de la propia sociedad, conllevando implícitamente la posibilidad de abusos; desde el punto de vista interno referido a los integrantes de un grupo, se puede traducir en el establecimiento de medidas sancionadoras, y por el lado de la actuación externa de ese grupo o de un particular en situación dominante, se puede reflejar en la imposición de condiciones a las que otros sujetos u otros grupos tienen la necesidad de someterse. El fortalecimiento de ciertos grupos sociales o de un particular en situación dominante que pueden afectar la esfera jurídica de los individuos ha hecho necesario tutelar a éstos,

no sólo frente a los organismos públicos, sino también respecto a esos grupos o personas particulares; **sobre todo porque en una sociedad corporativista y de predominio económico como la actual, lo que en realidad se presenta son situaciones de disparidad y asimetría, ya que no debe perderse de vista que esos grupos o particulares mencionados logran no sólo ocupar un lugar relevante en el campo de las relaciones particulares, sino que en muchas veces también influyen en los cambios legislativos en defensa de sus derechos. Estos grupos de poder, o simplemente otros ciudadanos particulares organizados o situados en una posición dominante, constituyen una amenaza incluso más determinante que la ejercida por los poderes públicos para el pleno disfrute de los derechos fundamentales.** Estas situaciones actuales de poder económico privado ponen de manifiesto la existencia, en el ámbito de las relaciones privadas, del fenómeno de poder, o de monopolización del poder social, similar a los poderes públicos. **Son situaciones de sujeción análogas a las existentes frente al poder estatal, en las que la autonomía privada y la libertad contractual de la parte más débil quedan manifiestamente anuladas. O bien no dispone realmente de la libertad para decidir si contrata o no, o bien carece de posibilidades de discutir el contenido o exigir su cumplimiento.** Este panorama desembocó en la reconsideración de la teoría clásica de los derechos fundamentales, **y en la extensión analógica del contenido de las relaciones públicas a las relaciones privadas, en donde la superioridad de una de las partes anula la libertad jurídica y los derechos individuales de la parte débil. Estas situaciones no pueden dejarse únicamente al amparo del dogma de la autonomía privada.** La frontera cada vez menos nítida entre lo público y lo privado, pues ambas esferas se entrecruzan y actúan en ámbitos comunes y de manera análoga, la existencia cada vez más numerosa de organizaciones y estructuras sociales, que conforman lo que se viene denominando poder privado y que se sitúan justamente en la línea divisoria, cada vez más confusa, entre lo público y lo privado, **hace necesario replantearse el ámbito de validez de las clásicas garantías estatales, es decir, la garantía que representan para los ciudadanos los derechos fundamentales.** Éstos deben ser entendidos como garantías frente al poder, ya sea éste un poder público o un poder privado. **No sería coherente un sistema que sólo defendiera a los ciudadanos contra la amenaza que representa el posible abuso proveniente del poder público y no los protegiera cuando la amenaza, que puede ser tanto o incluso más grave que la anterior, tenga su origen en un poder privado. En este contexto, resulta indispensable entonces la utilización del juicio de amparo por parte de los**

particulares como garantía de sus derechos fundamentales, tratándose de actos de autoridad o de actos de particulares en situación dominante respecto de los primeros, de acuerdo con el sistema normativo que deriva del artículo 107, fracción IX, de la Constitución y del artículo 83 de la Ley de Amparo, en que se permite en interpretación directa de la Constitución a través del amparo directo, cuyo objeto básico de enjuiciamiento es la actuación del Juez, que los Tribunales Colegiados otorguen significados al texto constitucional al realizar el análisis de las leyes o normas o de actos de autoridades o de actos de particulares; esto es sólo se podrá emprender ese análisis de la posible vulneración de derechos fundamentales del acto celebrado entre particulares, cuando dicho acto haya pasado por el tamiz de un órgano judicial en el contradictorio correspondiente.¹¹⁶

La anterior resolución sirve como precedente para lograr hacer efectivos los derechos fundamentales (de defensa y autonomía de la voluntad), pues una interpretación restrictiva del principio de la autonomía de la voluntad permite que entre los particulares, lo pactado entre las partes deba cumplirse, sin considerar las condiciones especiales de cada individuo dentro del grupo social. Por tanto, el criterio anterior, abre un camino sumamente fértil para conseguir una mayor eficacia en la protección de los derechos fundamentales, sobre todo los de defensa que habla Alexy, por lo que basados en lo anterior, se estructurará una propuesta en el siguiente capítulo que fortalezca estos mecanismos de defensa que como hemos venido sosteniendo a lo largo del presente trabajo, son un derecho fundamental.

Ahora bien, derivado de la intensa actividad jurisdiccional de nuestro país y el gran auge que ha tenido el tema de los derechos fundamentales y la protección que de los mismos están obligados a llevar a cabo los jueces, en octubre del año dos mil doce, la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fijo ya una postura sobre el tratamiento que se debe dar a dichos derechos:

DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. *La formulación clásica de los derechos*

¹¹⁶ Tesis: I.3o.C.739 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Novena Época, TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, XXX, Agosto de 2009, Pag. 1597. El énfasis es propio.

fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos de particulares. En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil. **La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares;** sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable, ya que para dar una respuesta adecuada a esta cuestión se debe partir del examen concreto de la norma de derecho fundamental y de aquellas características que permitan determinar su función, alcance y desenvolvimiento dentro del sistema jurídico. Así, resulta indispensable examinar, en primer término, las funciones que cumplen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. A juicio de esta Primera Sala, los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva). En un sistema jurídico como el nuestro -en el que las normas constitucionales conforman la ley suprema de la Unión-, los derechos fundamentales ocupan una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas que se suceden en el ordenamiento. En esta lógica, la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares. **Sin embargo, es importante resaltar que la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una**

de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete. Así, la tarea fundamental del intérprete consiste en analizar, de manera singular, las relaciones jurídicas en las que los derechos fundamentales se ven encontrados con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; al mismo tiempo, la estructura y contenido de cada derecho permitirá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad¹¹⁷.

Como podemos observar, este criterio fija totalmente el tratamiento que se debe dar a los derechos fundamentales cuando colisionan entre sí en un plano de igualdad o en relaciones horizontales, mediante la ponderación de la que habla Alexy, pero dependerá siempre del caso particular, lo que confirma parte del trabajo realizado hasta ahora, en el sentido de que se deben fortalecer los medios de defensa de los que gozan los particulares para que a través de las instituciones que tenemos al alcance, podamos obtener la satisfacción de los derechos patrimoniales.

Es por ello que en el siguiente capítulo, analizaremos en primer término la tesis sustentada por el tercer tribunal colegiado del primer circuito en el año dos mil nueve, para demostrar que, aunque sirvió de preludio para fijar la postura con la que se deben tratar los derechos fundamentales entre particulares por parte del órgano jurisdiccional supremo de nuestro país, yerra al interpretar la base sobre la que descansan dichos derechos, a diferencia de los patrimoniales, aunque no por ello deja de ser muy valiosa la perspectiva que planteó en su momento, pues es anterior a la reforma constitucional de junio de 2011, por lo que si bien es cierto no

¹¹⁷ Jurisprudencia de la Décima Época emitida por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en octubre de 2012, localizable en el registro 159936. El énfasis es propio.

distingue claramente las dos especies de derechos antes referidas si constituye una importante e innovadora decisión jurisdiccional.

CAPÍTULO IV

BASES PARA REGULAR EFICAZMENTE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

4.1 La Autonomía de la Voluntad ante un cambio de paradigma.

En el primer capítulo de este proyecto se conceptualizó a la autonomía de la voluntad como el principio jurídico que permite a los individuos una amplia esfera de libertad, para regular el contenido, objeto, formalidad, efectos, sanciones y normas aplicables a los actos jurídicos que celebren, con la única limitación de respetar el orden público y las buenas costumbres, circunscribiendo, en caso de controversia, la actividad del órgano jurisdiccional a interpretar la intención de las partes. Es decir, se identificó a la autonomía de la voluntad con la libertad para celebrar actos jurídicos. Esta libertad constituye para Ferrajoli un derecho fundamental,¹¹⁸ por lo que no puede ser restringida, pero puede limitarse a partir de prohibiciones expresas contenidas en las normas jurídicas, como el caso de las disposiciones penales, o a través de disposiciones de orden público,¹¹⁹ que son aquellas que no admiten pacto en contrario.

¹¹⁸ Para Luigi Ferrajoli, los Derechos Fundamentales son: “los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar.” Ferrajoli Luigi, *Principia Iuris, Teoría del Derecho y de la Democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2011, p.686.

¹¹⁹ El Orden público, “se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (no está bajo el imperio de la *autonomía de la voluntad*) ni por la aplicación del derecho extranjero.” Tamayo y Salmorán, Rolando, Voz Orden Público, en la Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Porrúa-UNAM, México, 2004, p.351.

Entonces, la autonomía no puede ser restringida en sí, lo que se puede hacer es limitar los contenidos, objetos y efectos de los actos jurídicos en los que recae el ejercicio de esa libertad.

La hipótesis inicial del presente proyecto señalaba que una adecuada regulación de la autonomía de la voluntad en los contratos entre particulares, evitaría el fraude de acreedores, o dotaría a éstos, de medios de defensa adecuados que garanticen sus derechos patrimoniales. Si bien es cierto, la primera parte de la hipótesis estrictamente no se puede llevar a cabo, (pues como antes se señaló, la libertad es inviolable, no se puede restringir, lo que se puede limitar son los contenidos, objetos y efectos de ella), la segunda parte de la hipótesis es viable, pues el Estado podría dotar de medios de defensa adecuados a los acreedores para que estos no sufran un daño en su patrimonio.¹²⁰

En un mundo ideal, donde todos los hombres cumplen sus obligaciones, el Estado no necesitaría implementar mecanismos para hacer efectivos los derechos de defensa de los acreedores. Todas las relaciones jurídicas tendrían como base los valores morales y la justicia sería una realidad. Sin embargo, señala Kelsen, “La justicia es ante todo, una característica posible pero no necesaria de un orden social”¹²¹, aceptando que la justicia es un concepto que puede sacrificarse para garantizar un adecuado funcionamiento social mediante el cumplimiento cabal del derecho positivo.

Ahora, para el sistema axiológico kantiano la autonomía de la voluntad, como fundamento determinante de la voluntad humana, es la base de todo precepto jurídico y moral:

“Lo esencial de todo valor moral de las acciones depende de que la ley moral determine inmediatamente a la voluntad. Si la determinación de la voluntad se efectúa en conformidad con la ley moral, pero sólo por

¹²⁰ De este modo, los derechos de defensa de los que habla Alexy, serían ejercidos plenamente, y la norma sería justa, válida y eficaz, siguiendo la tipología propuesta por Bobbio. *Cfr.* Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 2007, Tercera Edición, pp.20-24.

¹²¹ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Ed. Fontamara, México, 2002, décima cuarta reimpresión, p.8.

medio de un sentimiento, de cualquier clase que esta sea, que tiene que presuponerse que venga a ser el motivo determinante suficiente de la voluntad, y si, por consiguiente, la acción no se produce por la ley misma, la acción tendrá legalidad, pero no tendrá moralidad. Ahora bien, si por incentivo (*elater animi*) se entiende el fundamento subjetivo de la voluntad de un ser en el cual la razón no es ya, por su naturaleza, conforme necesariamente con la ley objetiva, de aquí se seguirá, ante todo, que no se puede atribuir incentivo alguno a la voluntad divina y que el incentivo de la voluntad humana (y de todo ser racional creado) nunca puede ser otro que la ley moral, y por lo tanto el fundamento determinante objetivo siempre tiene que ser al mismo tiempo y por sí solo el fundamento determinante subjetivamente suficiente de la acción, si es que ésta no ha de cumplir solamente la letra de la ley sin encerrar su espíritu.”¹²²

Señala Kant que si una acción se apega a la ley, pero no se produce por la ley misma, la acción tendrá legalidad, pero no tendrá moralidad, es decir, para el filósofo alemán una acción antes que legal, debe ser moral, pues sólo ésta, como norma interna debe ser el principio de la conducta humana como seres racionales, “*el incentivo de la voluntad humana ... nunca puede ser otro que la ley moral,*” esa ley moral actúa como el fundamento determinante de la voluntad humana, lo que se traduce en el imperativo que señala: la voluntad verdaderamente libre es aquella que obra sin interés en el premio y sin miedo al castigo.

Infortunadamente no todos los hombres puedan actuar con la rectitud que el rector de la Universidad de Königsberg propone, de ser así, el sistema jurídico sería prácticamente innecesario pues los hombres, apegados a la ley moral, jamás violarían la norma jurídica. Sin embargo, como en el mundo de las relaciones civiles y comerciales los hombres suelen actuar interesadamente con un fin de lucro, el Estado puede implementar los mecanismos jurídicos que por lo menos hagan a los hombres temer al castigo, si no actuarán desinteresadamente sin

¹²² Kant, Immanuel, *Crítica de la Razón Práctica*, Ed. Porrúa-UAM Iztapalapa, p.70.

importar el premio, por lo menos actuarán con el cuidado de no ser sancionados en caso de violar la norma.

En el capítulo anterior, al analizar la problemática de esta investigación, se comprobó que las acciones a favor de los acreedores previstas en la norma civil son muy poco utilizadas, y esto se explica por la notoria ineficacia que tienen en el remoto caso de ser esgrimidas en juicio. Sin embargo, esta situación no necesariamente es negativa, pues como señala el filósofo de la ciencia Thomas Khun, “El fracaso de las reglas existentes es el que sirve de preludio a la búsqueda de otras nuevas.”¹²³

Si las normas no cumplen los fines para los que fueron creadas, es momento de empezar a crear las normas que permitan llegar a esos fines, de lo contrario como señala Riccardo Guastini, nos encontraremos ante derechos conferidos, no garantizados, “Una cosa es conferir un derecho y otra garantizarlo. Para conferir un derecho es suficiente una norma redactada, precisamente, como norma atributiva de derechos. Para garantizar un derecho no es suficiente atribuirlo: es necesario también establecer instrumentos aptos para protegerlo.”¹²⁴

Retomando a Thomas Khun, es necesario cambiar el paradigma¹²⁵, si el modelo de normas que buscan garantizar adecuadamente los derechos de defensa del acreedor de buena fe, no sirve, entonces hay que cambiar el modelo, no modificar el principio, puesto que los derechos patrimoniales de las personas tienen una considerable carga axiológica en el mundo moderno, sería ilógico pedirle a los acreedores que intenten satisfacer sus pretensiones, el Estado que garantiza el acceso a la justicia,¹²⁶ tiene una obligación reconocida en la norma

¹²³ Khun, Thomas, *La estructura de las Revoluciones Científicas*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996, duodécima reimpresión p.115

¹²⁴ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999, p.185. Citado anteriormente en el capítulo II de este trabajo.

¹²⁵ “El término paradigma se usa en dos sentidos: 1) como logro o realización concreta, 2) como conjunto de compromisos compartidos. El primer sentido se refiere a las soluciones exitosas y sorprendentes de ciertos problemas, las cuales son reconocidas por toda la comunidad pertinente, el segundo sentido se refiere al marco de presupuestos o compromisos básicos que comparte la comunidad.” Cfr. Pérez, Ana Rosa, *Kuhn y el cambio científico*, FCE, 1999, pp.19-33

¹²⁶ Señalan los primeros dos párrafos del artículo 17 constitucional: “Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

fundamental de *hacer algo*, existe una expectativa positiva para que administre justicia.

A este respecto, en el capítulo precedente se citó en primer lugar una tesis jurisprudencial se consideró un auténtico cambio de paradigma para la aplicación del derecho en nuestro país, a continuación se citan extractos de la mencionada tesis, vinculándola con el tema objeto de esta investigación, no obstante lo cual, más adelante se retomara la jurisprudencia emitida por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que fija la postura a tratar sobre los derechos fundamentales en relaciones entre particulares:

DERECHOS FUNDAMENTALES. SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE, VÍA AMPARO DIRECTO INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE PUSO FIN AL JUICIO, EN INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, AUN CUANDO SE TRATE DE ACTOS DE PARTICULARES EN RELACIONES HORIZONTALES O DE COORDINACIÓN. El criterio general de los Tribunales Federales ha sido en el sentido de que en términos de las disposiciones constitucionales y legales sobre la materia, el amparo sólo procede contra actos de autoridad, lo que a su vez ha provocado que los temas de constitucionalidad sean abordados a la luz de si alguna disposición ordinaria es violatoria de la Constitución, o si al dictarse el acto reclamado (sentencia definitiva en el caso del amparo directo civil) no se han acatado los mandatos de algún precepto de la Carta Fundamental (interpretación directa). Lo anterior, porque los referidos criterios jurisprudenciales siempre han partido de la premisa de la procedencia del amparo contra actos de autoridad en una relación de supra a subordinación, es decir, como los actos verticales que se dan entre gobernantes y gobernados, por actuar los primeros en un plano superior a los segundos, en beneficio del orden público y del interés social; relaciones que se regulan por el derecho público en el que también se establecen los procedimientos para ventilar los conflictos que se susciten por la actuación de los órganos del Estado, entre los que destaca precisamente el juicio de amparo...¹²⁷

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.”

¹²⁷ Tesis: I.3o.C.739 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Novena Época, TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, XXX, Agosto de 2009, Pag. 1597. El énfasis es propio.

Hasta este punto, el órgano jurisdiccional se encuentra en el segundo paso de las etapas del desarrollo científico a las que Khun hace mención, en resumen, las etapas del desarrollo científico para ese modelo son:

1. Etapa preparadigmática
2. Ciencia normal
3. Crisis
4. Ciencia extraordinaria, y
5. Revolución científica.¹²⁸

La primera etapa corresponde al periodo en el que se crea el modelo que posteriormente se aplicará, es decir, se conforma el paradigma, en la segunda etapa se acepta ese modelo como útil y funcional y los profesionales de la ciencia, trabajan únicamente sobre ese modelo.

En el caso que nos ocupa, el modelo ha sido hasta el momento que el amparo como medio de salvaguardar los derechos fundamentales, únicamente proceda contra actos de autoridad, es decir, en relaciones de supra a subordinación, el gobernante vulnera los derechos, el gobernado recurre al juicio de garantías.

Mientras el modelo funciona, en tanto resuelva las necesidades para las que fue creado se desarrolla en un periodo de calma, denominado por Khun ciencia normal, “esta es una etapa conservadora, no se buscan novedades, los científicos son premiados por hacer más de lo mismo”¹²⁹. Sin embargo, cuando el viejo paradigma ya no satisface los objetivos para los que fue creado, en nuestro caso, cuando los derechos de defensa ya no garantizan efectivamente los derechos patrimoniales de los acreedores de buena fe, surge un periodo de crisis.

Esta crisis se caracteriza por la carencia de respuestas satisfactorias del modelo, ya no cumple con las expectativas para las que fue creado, por lo anterior se ponen en duda los supuestos básicos del viejo modelo, con el fin de encontrar

¹²⁸ Cfr. Pérez, Ana Rosa, *Kuhn y el cambio científico*, FCE, 1999, pp.19-33

¹²⁹ Ídem.

una solución, es en esta etapa en la que se cuestiona la eficacia y la corrección del paradigma vigente:

...en la clásica distinción entre derecho privado y derecho público: el primero queda constituido como el derecho que regula las relaciones inter privados, mientras que el segundo regularía las relaciones entre los ciudadanos y el poder público, o entre los órganos del poder público entre sí. En este marco, los derechos de libertad se conciben como los límites necesarios frente al poder, derechos públicos subjetivos que, por tanto, sólo se conciben en las relaciones ciudadanos-poderes públicos y son únicamente oponibles frente al Estado. Pero estos límites no se consideran necesarios en las relaciones entre particulares, fundamentadas en el principio de la autonomía de la voluntad. Surge así la teoría alemana de la Drittwirkung, también llamada Horizontalwirkung, de los derechos fundamentales. Esta denominación se traduce como la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, tomando en consideración que el problema se plantea en cuanto a la eficacia de éstos en las relaciones horizontales, así llamadas a las relaciones en que no hay relación de poder, y entre las que estarían, en principio, las relaciones establecidas entre particulares, supuestamente iguales. La Drittwirkung se aborda desde la concepción de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, cuya vigencia se proyectaba en las relaciones jurídicas dadas entre el individuo y el Estado. Los demás individuos, los llamados terceros, quedarían, en principio, al margen de esa relación jurídica específica. Sin embargo, las teorías contractualistas explican el origen de los derechos humanos en sentido opuesto, es decir, los derechos del hombre surgen como derecho en las relaciones entre privados, preexisten por tanto al Estado, el que nace para salvaguardar y garantizar estos derechos...¹³⁰

De acuerdo a lo anterior, ha existido hasta el momento la noción de que los derechos fundamentales son ejercidos por los individuos en oposición al Estado, excluyendo a todos los demás individuos de la relación, por esto, se explica que el principal medio en el sistema jurídico nacional para salvaguardar los derechos fundamentales, es decir, el juicio de amparo, sólo proceda contra actos de autoridad, en el entendido de que el monopolio de la fuerza legítima corresponde precisamente al Estado.

Sin embargo, existen distintas teorías que señalan que esta concepción es errónea, no sólo la teoría alemana del *Drittwirkung*, u *Horizontalwirkung*, de los derechos fundamentales. Las teorías contractualistas se basaban en el principio

¹³⁰ Ídem.

de que las relaciones horizontales entre particulares preexisten al Estado, y que éste se instituye con la finalidad de garantizarlas efectivamente. Juan Jacobo Rousseau sostenía que: “Puesto que ningún hombre tiene por naturaleza autoridad sobre su semejante, y puesto que la fuerza no constituye derecho alguno, quedan sólo las convenciones como base de toda autoridad legítima sobre los hombres”¹³¹.

Es decir, la autonomía de la voluntad se ejerce a tal grado que resulta ser el fundamento de la organización social, pues el Estado deriva de un contrato social, mismo que le da justificación y legitimación a las autoridades de ese Estado, “Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes”.¹³²

Este contrato social, en el que los individuos integrantes de una sociedad sacrificamos parte de nuestras libertades “naturales”, sólo tiene sentido si el Estado hace su parte, es decir, si defiende y protege efectivamente los bienes de cada asociado. Al respecto Robert Alexy señala “La renuncia amplia a los derechos a una efectiva autoprotección, condicionada por la transición (construida) a partir de la situación preestatal hasta la situación de existencia del Estado, puede justificarse racionalmente solo si el individuo, a cambio de esta renuncia, obtiene una efectiva protección estatal.”¹³³

El Estado es entonces una forma de asociación que defiende y protege, (o por lo menos, *debe* hacerlo), con la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, no sólo de las acciones de ese propio ente, sino principalmente de las conductas de todos los demás asociados:

...Así, los derechos fundamentales se tienen, originalmente, frente a los demás hombres y sólo derivativamente frente al Estado, por lo que los

¹³¹ Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, Ed. Porrúa, México, 2000, decimosegunda edición, p.6, nota 1 del capítulo I del presente trabajo.

¹³² Rosseau, Juan Jacobo, *op.cit.* p.9.

¹³³ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, segunda edición, p. 403.

derechos naturales a la libertad, la seguridad, la propiedad, etc., son, en primer lugar, derechos frente a los presuntos "terceros", los particulares...¹³⁴

No obstante, esta noción del Estado fruto del contrato social parece haber sido olvidada en lo que respecta a las violaciones a los derechos entre iguales (relaciones horizontales), aunque se conserva la importancia del principio de autonomía de la voluntad y libertad de contratación, parece que las violaciones sólo podían provenir del Estado, el Magistrado ponente señala clara pero incorrectamente cuál es el motivo de la crisis que provoca el cambio de paradigma, la ideología liberal presumía la igualdad de la que partían los individuos en sus relaciones privadas, pero esta presunción, especialmente en la época actual, está lejos de poder sostenerse, las relaciones entre iguales entrañan desventajas, por ejemplo, en el viejo paradigma un banco y un cuentahabiente son iguales pues ambos son entes privados, empero, mientras un banco cuenta con el respaldo de ser una empresa transnacional, con miles de socios, cientos de abogados y recursos prácticamente ilimitados, una persona física es sólo el titular de sus derechos patrimoniales, la relación es notoriamente inequitativa.

Como se dijo, el magistrado incorrectamente confunde lo que es un derecho fundamental con uno patrimonial¹³⁵, puesto que éstos son derechos que descansan sobre la base de la desigualdad y es normal, legal e incluso legítima, por que los derechos en cuestión sí son fundamentales, lo que provoca desde la lógica formal, una conclusión falsa:

... la construcción jurídica de los derechos tiene su origen en el Estado liberal de derecho. Los poderes públicos se convierten en los principales enemigos de las recién conquistadas libertades, una amenaza que hay que controlar y limitar. ... Esta tensión ciudadano-poder no está presente en las relaciones de coordinación surgidas entre particulares, que se desarrollan entre **individuos considerados en principio iguales y libres, y que quedan sometidos solamente al imperio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual** dándose por entendido que no necesitan ninguna protección externa adicional. **Ante este panorama, en principio**

¹³⁴ Tesis: I.3o.C.739 C, op.cit.

¹³⁵ Las diferencias entre derechos patrimoniales y fundamentales se simplifica según Ferrajoli en que aquéllos descansan en la base de la desigualdad, son disponibles, decidibles, negociables, singulares y horizontales, mientras que los segundos recaen en la base de la igualdad, indisponibles, inalienables, universales y verticales. Cfr Ferrajoli Luigi, Derechos y garantías, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p.46-48,50.

no existe la posibilidad de alegar los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; pero por ello se torna indispensable acudir a la teoría alemana de la Drittwirkung, cuyo origen se encuentra en el campo de las relaciones laborales, donde es especialmente sensible la subordinación del trabajador a un poder, esta vez privado, la empresa, y los consiguientes peligros que para los derechos fundamentales provienen de estos poderes privados. **La ideología liberal presumía la igualdad de la que partían los individuos en sus relaciones privadas, pero esta presunción, especialmente en la época actual, está lejos de poder sostenerse**, pues ahora la sociedad se caracteriza cada vez más por su complejidad, pues el imperio de que tradicionalmente gozó la autoridad es hoy en día más difuso a virtud de los denominados grupos de fusión o de presión, o simplemente otros ciudadanos particulares situados en una posición dominante, que poseen un poder en muchos de los casos similar al del Estado, por lo que no es improbable que afecten los derechos fundamentales de los particulares...¹³⁶

Ante esta aparente igualdad los individuos quedan sometidos únicamente al imperio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, dándose por entendido que no necesitan ninguna protección externa adicional, esto obviamente permite que los individuos con mayores recursos puedan proteger de un modo mucho más efectivo sus derechos patrimoniales y de defensa (no así los fundamentales pues como se dijo, éstos son universales), respecto de los individuos que no cuentan con los recursos para hacerlo. El hecho de que no exista la posibilidad de alegar los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, permite acudir a la teoría alemana de la Drittwirkung, que representaría precisamente la propuesta de cambio paradigmático ante la crisis en que se encuentran los derechos de defensa:

...Estos grupos sociales o particulares en situación de ventaja son evidentemente diversos a las instituciones jurídicas tradicionales como los sindicatos, las cámaras empresariales, los colegios de profesionales, etc., sino que constituyen otros sectores cuyos derechos e intereses han sido calificados como difusos, colectivos o transpersonales. **En una sociedad estructurada en grupos y en la predominación de los aspectos económicos, el poder del grupo o de quien tiene una preeminencia económica se impone al poder del individuo, creándose situaciones de supremacía social ante las que el principio de igualdad ante la ley es una falacia.** El poder surge de este modo no ya sólo de las instituciones públicas, sino también de la propia sociedad, **conllevando implícitamente la posibilidad de abusos; desde el punto de vista interno**

¹³⁶ Ídem.

referido a los integrantes de un grupo, se puede traducir en el establecimiento de medidas sancionadoras, y por el lado de la actuación externa de ese grupo o de un particular en situación dominante, se puede reflejar en la imposición de condiciones a las que otros sujetos u otros grupos tienen la necesidad de someterse...¹³⁷

El antiguo paradigma está representado por la idea de Carl Schmitt respecto de los derechos fundamentales, para él estos derechos “están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a las intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado.”¹³⁸ Es decir, tiene una expectativa de cumplimiento negativa, la obligación del Estado recae en un *no hacer*. Ante esto, recordemos que Alexy propone los denominados derechos de protección:

“Por derechos de protección habrá de entenderse los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado, para que éste lo proteja de intervenciones de terceros. No sólo la vida y la salud son posibles bienes protegidos, sino todo aquello que, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es digno de ser protegido, por ejemplo, la dignidad, la libertad, la familia y la propiedad... Los derechos de protección son, pues, derechos constitucionales a que el Estado organice y maneje el orden jurídico de una determinada manera, en lo que se refiere a la relación recíproca de sujetos de igual jerarquía.”¹³⁹

Este cambio que propone Alexy implica que el Estado tenga una expectativa de cumplimiento positiva, *debe hacer algo*, a fin de garantizar los derechos fundamentales no únicamente contra actos de supra-subordinación, sino en relaciones entre sujetos de igual jerarquía, es decir, en relaciones horizontales (propuesta que no es válida para los derechos patrimoniales, pues éstos descansan en el plano de la desigualdad). Este cambio paradigmático se justifica en que en una sociedad en la que predominan los aspectos económicos, el

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, pag. 163 ss. Citado por Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, segunda edición, p. 383.

¹³⁹ Alexy, op.cit. p.398-399.

poder¹⁴⁰ de quien tiene una preeminencia económica se impone al poder del individuo que no la tiene, creándose situaciones de supremacía social ante las que el principio de igualdad ante la ley es una falacia, pues el individuo con mayor capacidad económica puede determinar la conducta del de menor capacidad, ante lo cual el Estado puede no actuar (viejo paradigma), o intervenir directamente mediante el fortalecimiento de sus instituciones (nuevo paradigma).

...El fortalecimiento de ciertos grupos sociales o de un particular en situación dominante que pueden afectar la esfera jurídica de los individuos ha hecho necesario tutelar a éstos, no sólo frente a los organismos públicos, sino también respecto a esos grupos o personas particulares; sobre todo porque **en una sociedad corporativista y de predominio económico como la actual, lo que en realidad se presenta son situaciones de disparidad y asimetría, ya que no debe perderse de vista que esos grupos o particulares mencionados logran no sólo ocupar un lugar relevante en el campo de las relaciones particulares, sino que en muchas veces también influyen en los cambios legislativos en defensa de sus derechos. Estos grupos de poder, o simplemente otros ciudadanos particulares organizados o situados en una posición dominante, constituyen una amenaza incluso más determinante que la ejercida por los poderes públicos para el pleno disfrute de los derechos fundamentales.** Estas situaciones actuales de poder económico privado ponen de manifiesto la existencia, en el ámbito de las relaciones privadas, del fenómeno de poder, o de monopolización del poder social, similar a los poderes públicos. **Son situaciones de sujeción análogas a las existentes frente al poder estatal, en las que la autonomía privada y la libertad contractual de la parte más débil quedan manifiestamente anuladas.** O bien no dispone realmente de la libertad para decidir si contrata o no, o bien carece de posibilidades de discutir el contenido o exigir su cumplimiento...¹⁴¹

Señala el Magistrado ponente, estos grupos o individuos situados en una posición dominante, representan una amenaza a los derechos fundamentales más grande aún, que la ejercida por los poderes públicos. Esto llevado al terreno de los derechos patrimoniales, se traduce en una auténtica restricción a la autonomía de la voluntad pues a pesar de que sabemos que descansan sobre la base de la

¹⁴⁰ Podemos entender el poder, “en su significado más general como la capacidad o posibilidad de obrar, de producir efectos...entendido en sentido específicamente social, esto es en relación con la vida del hombre en sociedad, el poder se precisa y se convierte de genérica capacidad de obrar, en capacidad del hombre para determinar la conducta del hombre.” Stoppino, Mario, *Voz Poder*, en Bobbio Norberto, Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de Política*, Ed. Siglo XXI, México, 2008, decimosexta edición en español, p.1190.

¹⁴¹ Tesis: I.3o.C.739 C, op.cit.

desigualdad, la parte más débil queda supeditada a la voluntad de su contraparte, pues *no dispone realmente de la libertad para decidir si contrata o no, o bien carece de posibilidades de discutir el contenido o exigir su cumplimiento.*

De lo anterior observamos que las restricciones a la autonomía de la voluntad no vienen necesariamente del Estado, en el ámbito fáctico son los particulares quienes la restringen más a menudo, lo anterior se puede explicar en parte por el repliegue de la intervención estatal que representa el modelo neoliberal. Siendo que es el propio Estado quien debe equilibrar esa debilidad, a través de funciones de garantías primarias, y en específico en México, a través de instituciones como la PROFECO (Procuraduría Federal del Consumidor), la CONDUSEF (Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros), CNBV (Comisión Nacional Bancaria y de Valores) y otros organismos encargados de equilibrar las relaciones entre particulares desiguales, sin embargo, si éstas no funcionan (como es el caso de nuestro país) el problema es institucional, y no de derechos, es decir, estamos no frente a una laguna normativa, sino a ante una laguna institucional, misma que ya ha sido tratada en el primer capítulo del presente trabajo.

Ahora bien, retomando las etapas del desarrollo científico que menciona Khun, la cuarta de ellas es la *ciencia extraordinaria*, que comienza con la crisis, pero en la que “comienza la actividad de proponer estructuras teóricas alternativas que implican un rechazo o una modificación de los supuestos aceptados hasta entonces, en esta etapa proliferan las propuestas alternativas. La crisis termina de alguna de las siguientes maneras:

1) el paradigma cuestionado finalmente se muestra capaz de resolver los problemas que provocaron la crisis,

2) ni los enfoques más novedosos logran dar cuenta de las anomalías, por lo que estas se archivan,

3) surge un paradigma alternativo que ofrece una solución a las anomalías, y comienza la lucha por formar un nuevo consenso.”¹⁴²

En esta etapa, una vez denunciada la crisis, se proponen nuevos modelos que permitan superarla, claro está que la aplicación de esos paradigmas alternativos no es instantánea y requiere un proceso de maduración, la tesis que analizamos concluye del modo siguiente:

... Este panorama desembocó en la reconsideración de la teoría clásica de los derechos fundamentales, y en la extensión analógica del contenido de las relaciones públicas a las relaciones privadas, en donde la superioridad de una de las partes anula la libertad jurídica y los derechos individuales de la parte débil. Estas situaciones no pueden dejarse únicamente al amparo del dogma de la autonomía privada. La frontera cada vez menos nítida entre lo público y lo privado, pues ambas esferas se entrecruzan y actúan en ámbitos comunes y de manera análoga, la existencia cada vez más numerosa de organizaciones y estructuras sociales, que conforman lo que se viene denominando poder privado y que se sitúan justamente en la línea divisoria, cada vez más confusa, entre lo público y lo privado, hace necesario replantearse el ámbito de validez de las clásicas garantías estatales, es decir, la garantía que representan para los ciudadanos los derechos fundamentales. Éstos deben ser entendidos como garantías frente al poder, ya sea éste un poder público o un poder privado. No sería coherente un sistema que sólo defendiera a los ciudadanos contra la amenaza que representa el posible abuso proveniente del poder público y no los protegiera cuando la amenaza, que puede ser tanto o incluso más grave que la anterior, tenga su origen en un poder privado. En este contexto, resulta indispensable entonces la utilización del juicio de amparo por parte de los particulares como garantía de sus derechos fundamentales, tratándose de actos de autoridad o de actos de particulares en situación dominante respecto de los primeros, de acuerdo con el sistema normativo que deriva del artículo 107, fracción IX, de la Constitución y del artículo 83 de la Ley de Amparo, en que se permite en interpretación directa de la Constitución a través del amparo directo, cuyo objeto básico de enjuiciamiento es la actuación del Juez, que los Tribunales Colegiados otorguen significados al texto constitucional al realizar el análisis de las leyes o normas o de actos de autoridades o de actos de particulares; esto es sólo se podrá emprender ese análisis de la posible vulneración de derechos fundamentales del acto celebrado entre particulares, cuando dicho acto haya pasado por el tamiz de un órgano judicial en el contradictorio correspondiente.¹⁴³

¹⁴² Pérez, Ana Rosa, *op.cit.* p.29.

¹⁴³ Tesis: I.3o.C.739 *op. cit.*

En opinión de quien esto escribe, esta tesis representó y representa un cambio de paradigma en el sistema jurídico nacional (aunque después la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya fijado la postura al respecto de los derechos fundamentales entre particulares), haciendo un análisis comparativo breve de las etapas de Khun mencionadas líneas arriba, con el criterio citado, tenemos los siguientes puntos:

1. Etapa preparadigmática, en ésta se constituyeron los cimientos de lo que posteriormente sería el medio más eficaz de protección de derechos fundamentales en el sistema jurídico mexicano, el juicio de amparo, comprende desde su aparición en 1847 hasta el momento, difícil de precisar, en que se constituyó como el principal medio de defensa de los derechos fundamentales.
2. Ciencia normal, que comprende todo el periodo de tiempo en el que el paradigma de que el juicio sólo debía ser procedente ante actos de autoridad, momento que si bien se prolonga hasta la actualidad, se percibe un cambio al respecto, mucho más dogmático pero ya con pronunciación en los Tribunales de más jerarquía en México y con la jurisprudencia emitida por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde acepta la tutela de los derechos fundamentales cuando provienen de relaciones horizontales, aunque en ella fija también los alcances de dicha postura estableciendo la procedencia de dicha tutela cuando sean actos de discriminación y desigualdad.
3. Crisis, ésta aparece a partir del incremento de la complejidad en las relaciones económicas de una sociedad, en donde la superioridad de una de las partes anula la libertad jurídica y los derechos individuales de la parte débil (por tener, como se ha insistido, la plataforma de la desigualdad), lo que hace necesario replantearse el ámbito de validez de las clásicas garantías estatales, es decir, la garantía que representan para los ciudadanos los derechos fundamentales.
4. Ciencia extraordinaria, a fin de resolver el paradigma en crisis se propone una nueva concepción de los derechos fundamentales en la que son entendidos como garantías frente al poder, ya sea éste un poder público o un poder privado, y en

los casos específicos (principios de igualdad y no discriminación) que ha fijado la Suprema Corte de Justicia de la Nación. No sería coherente un sistema que sólo defendiera a los ciudadanos contra la amenaza que representa el posible abuso proveniente del poder público y no los protegiera cuando la amenaza, que puede ser tanto o incluso más grave que la anterior, tenga su origen en un poder privado.

5. Revolución científica, esta consistiría en la utilización del juicio de amparo por parte de los particulares como garantía de sus derechos fundamentales, tratándose de actos de autoridad o de actos de particulares en situación dominante respecto de ellos y en los casos específicos (principios de igualdad y no discriminación) que ha fijado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Le tesis que se ha analizado a lo largo del capítulo data de agosto de 2009, sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha fijado ya la postura a este respecto, unificando el criterio y corrigiendo al magistrado ponente de la tesis transcrita, para fijar la postura que deben asumir los operadores deónticos del derechos en nuestro país (los jueces), mediante la ponderación adecuada en el caso particular, resolviendo así la colisión de derechos patrimoniales:

“...Sin embargo, es importante resaltar que la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete.”¹⁴⁴

¹⁴⁴ Jurisprudencia de la Décima Época emitida por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en octubre de 2012, localizable en el registro 159936.

Es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fija el criterio al respecto de la tutela de los derechos fundamentales en relaciones horizontales, dejando como responsable de los mismos a los intérpretes en el caso concreto, salvo que sea una violación de derechos fundamentales en materia de discriminación o desigualdad. La constante inquietud, primero de los Tribunales colegiados y luego de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, culminaron con la publicación de la ley de amparo el día dos de abril de 2013:

Cuyo artículo 1° señala:

*“**Artículo 1o.** El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:*

- I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;*
- II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y*
- III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley.”¹⁴⁵

Señala Khun:

“cuando cambian los paradigmas el mundo mismo cambia con ellos, guiados por un nuevo paradigma, los científicos adoptan nuevos instrumentos y buscan en lugares nuevos. Lo que es todavía más importante, durante las revoluciones los científicos ven cosas nuevas y diferentes al mirar con instrumentos familiares en lugares en los que ya habían buscado antes. Es como si la comunidad profesional hubiera sido transportada repentinamente a otro planeta donde los objetos familiares se ven bajo una luz diferente, y además, junto con otros objetos desconocidos...Los cambios de paradigmas causan que los científicos vean el mundo de investigación, que les es propio, de manera diferente.”¹⁴⁶

En el caso que nos ocupa, el cambio de paradigma impacta no sólo a los científicos del derecho, sino a los que se dedican a su elaboración, interpretación, y sobre todo su aplicación, además por supuesto hay un impacto considerable en los individuos que encontrarán nuevos medios de hacer efectivos sus derechos fundamentales, al menos en lo que a no discriminación y desigualdad se refiere, pues como hemos destacado, los derechos patrimoniales cuando colisionan entre sí, se resuelven mediante la debida ponderación en el caso concreto.

Respecto de las revoluciones científicas añade Khun, “Las revoluciones científicas se consideran aquí como aquellos episodios en desarrollo no acumulativo en el que un antiguo paradigma es reemplazado, completamente o en parte, por otro nuevo o incompatible.”¹⁴⁷ Sin embargo, las revoluciones científicas

¹⁴⁵ Tomada de la página de la Cámara de Diputados: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/> , consultada al dieciséis de abril del año dos mil trece. El énfasis es propio.

¹⁴⁶ Khun, Thomas, *La estructura de las Revoluciones Científicas*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996, duodécima reimpression, p.176.

¹⁴⁷ Khun, Thomas, op.cit. p.149

son procesos sutiles, suelen ser prácticamente invisibles para la población e incluso para los especialistas de esa rama del conocimiento, pero este cambio sin lugar a dudas mejora nuestro sistema jurídico, pues el cambio de paradigma ayuda a desarrollar la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento.

Al respecto Bobbio señala, “no podríamos hablar de ordenamiento jurídico si no lo consideramos como algo unitario.”¹⁴⁸ El mencionado cambio de paradigma impacta en los derechos de los acreedores en el sentido de que el juicio de amparo garantizará de un modo más eficiente sus derechos fundamentales, si bien, ni el Código Civil ni el de Procedimientos Civiles, o incluso el Código de Comercio se han modificado, en virtud de la unidad del ordenamiento, la relación es directa.

“...las normas de un ordenamiento no se encuentran todas en un mismo plano, pues hay normas superiores y normas inferiores. Las normas inferiores dependen de las superiores. Partiendo de las normas superiores y pasando por las que se encuentran en un plano más alto, llegamos por último a una norma suprema que no depende de ninguna otra norma, la *norma fundamental* en la que reposa la unidad del ordenamiento. Esta norma suprema es la fundamental. Todo ordenamiento tiene una norma fundamental, y esta norma le da unidad a todas las normas; esto es, hace de las normas dispersas y de distinta procedencia un conjunto unitario, que se puede denominar justamente <ordenamiento>. La norma fundamental es el término unificador de las normas que componen un ordenamiento jurídico. Sin ellas, las normas de que hemos hablado hasta ahora constituirían un conjunto informe, mas no un ordenamiento. En otras palabras, por numerosas que sean las fuentes del derecho en un ordenamiento complejo, este ordenamiento constituye una unidad por el hecho de que directa o

¹⁴⁸ Bobbio, Norberto, op.cit. p.163.

indirectamente, con vueltas más o menos tortuosas, todas las fuentes del derecho convergerían en una única norma.”¹⁴⁹

Los criterios analizados como precedentes, donde se propugna primero por la procedencia del amparo en contra de actos provenientes de particulares en relaciones horizontales, y la jurisprudencia que fija y aclara la postura de la Corte que culmina en la expedición de la nueva ley de amparo permiten que el ordenamiento jurídico nacional, tenga unidad, no sea un simple conjunto imperfecto de normas, pues los derechos previstos en la legislación civil y mercantil, además del derecho fundamental de acceso a la justicia, están mejor garantizados. El ordenamiento es unitario, pues los derechos mencionados remiten a la norma fundamental, que a su vez hace efectivos los previstos en la norma secundaria. Empero, el ordenamiento que ya tiene unidad, también requiere coherencia, retomando a Bobbio:

“El problema ulterior que se presenta es si un ordenamiento jurídico, además de una unidad, constituye también un *sistema*, en una palabra, si es una *unidad sistemática*. Entendemos por sistema una *totalidad ordenada*, o sea un conjunto de entes, entre los cuales existe cierto orden. Para poder hablar de orden es necesario que los entes constitutivos no estén tan solo en relación con el todo, sino que estén también en relación de coherencia entre sí.”¹⁵⁰

Resulta prácticamente imposible que en un sistema jurídico, dada su magnitud, no existan antinomias. Pese a esto, su finalidad es que constituya una totalidad ordenada, es muy probable que el cambio de paradigma que representa la procedencia del amparo en contra de particulares se encuentre con antinomias, sin embargo, este modelo permite un sistema más eficiente, pues señala la tesis analizada, “no sería coherente un sistema que sólo defendiera a los ciudadanos contra la amenaza que representa el posible abuso proveniente del poder público y no los protegiera cuando la amenaza, que puede ser tanto o incluso más grave

¹⁴⁹ Ibídem, p.164.

¹⁵⁰ Ibídem, p.180.

que la anterior, tenga su origen en un poder privado.”¹⁵¹ Finalmente, respecto de la plenitud del ordenamiento, el autor que hemos venido siguiendo refiere:

“Por *plenitud* se entiende la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. Dado que a la ausencia de una norma se le denomina generalmente ‘laguna’... plenitud significa ‘ausencia de lagunas’. En otras palabras, un ordenamiento es completo cuando el juez puede encontrar en él una norma para regular cada caso que se le presente, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado por una norma del sistema. Si queremos dar una definición más técnica de plenitud, podemos decir que un ordenamiento es completo cuando nunca se presenta el caso de que no pueda demostrarse que a él pertenece determinada norma ni la norma contradictoria.”¹⁵²

La procedencia del amparo en contra de actos de particulares, aunque sólo sea contra actos de discriminación y desigualdad manifiesta, evidentemente hace del ordenamiento jurídico mexicano un orden más pleno. En el capítulo primero de este proyecto, analizamos brevemente la tipología de las lagunas jurídicas, entendiéndolas como, “las insuficiencias del derecho positivo (escrito o consuetudinario) que percibimos como ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones objetivas en que cabía esperarla y cuya eliminación exige y admite una decisión judicial complementaria del derecho. Las lagunas aparecen allí donde ni la ley ni el derecho consuetudinario suministran una respuesta inmediata a una pregunta jurídica.”¹⁵³ Anteriormente se señaló que en la problemática de esta investigación no estamos propiamente ante una laguna normativa, entendiéndola en el sentido de que no exista una norma jurídica que se aplique al caso concreto, pues el acreedor cuenta con las acciones pauliana, oblicua y declaratoria de simulación. Lo que existe es una laguna axiológica e

¹⁵¹ Tesis: I.3o.C.739 C, op.cit.

¹⁵² Bobbio, Norberto, op.cit. p.213.

¹⁵³ English, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1956, p.135, citado por Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, quinta reimpression, p.162.

institucional, pues la solución que prevé la norma es insatisfactoria, ya que en la praxis las acciones mencionadas se encuentran en desuso por la ambigüedad del resultado que pueden ofrecer y el tiempo requerido para su ejecución, aunado a que la instituciones encargadas de equilibrar la desigualdad entre poderosos y desprotegidos como la PROFECO, CONSAR, CONDUSEF, no cumplen su función primordial.

“Las *lagunas* son, entonces, resultado de una facticidad que supera al Derecho, es una facticidad superior a la normatividad. Existe una incompletud o ausencia de disposiciones y normas. El ‘ser’ supera al ‘deber ser’ y en tal virtud lo que acontece no tiene cabida en la hipótesis legal porque no fue previsto por el legislador. En estos casos, la solución debe brindarse sin demora alguna porque la facticidad no puede quedarse descubierta de protección o sanción deóntica. Se debe cubrir ese vacío, ya sea por el propio legislador omiso o por los jueces al conocer de un asunto en donde la laguna es esencial para resolverlo.”¹⁵⁴

El vacío que representa la laguna axiológica de las acciones ineficientes y la laguna institucional ineficaz, no alcanza a ser llenado con el cambio de paradigma, pues la reforma a la ley de amparo y la procedencia del juicio en contra de particulares, por tanto, este cambio de modelo, si bien otorga al ordenamiento en general una mayor unidad, plenitud y coherencia, que se traducen en una mayor eficacia de la norma, también lo es que dejan en manos de los operadores deónticos (jueces) el resultado de la colisión de derechos patrimoniales mediante la ponderación en el caso concreto.

Ahora bien, la reforma existe, el cambio de paradigma está ya previsto en la ley, sin embargo, los jueces apenas comienzan a aplicarlo, y cuando se aplique tendrán que hacerlo interpretando la ley basándose en la subsunción, no en la ponderación, pese a que éste último criterio suele predominar. Ya que se estará

¹⁵⁴ Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *La Interpretación de las Disposiciones Fiscales*, Ed. Dofiscal, México, 2011, p.281.

aplicando una ley secundaria, la de amparo, y “si observamos con detenimiento esta diferencia, observamos que la ponderación se basa en el deber ser ético-político o axiológico, mientras que la subsunción de las reglas se basa en el deber ser deóntico o dogmático, lo que incluso ha sido constante motivo de crítica por Ferrajoli respecto de los derechos fundamentales al decir:”¹⁵⁵

“Sostener, por el contrario, que los derechos fundamentales, constitucionalmente estipulados son siempre principios que no se aplican, sino que se sopesan y se ponderan, significa debilitar de manera considerable la normatividad constitucional... ¿qué es lo que impide tomarse en serio los derechos fundamentales, es decir, considerarlos iuspositivamente como tales cuando el legislador así los denomina y proclama y considera y critica por tanto como derecho ilegítimo –como antinomias por comisión o como lagunas por omisión— su violación e incumplimientos? No serán los costes o dificultades de su aplicación... ¿por qué no admitimos que el derecho de las democracias constitucionales actuales es por naturaleza incompleto y antinómico, a causa de su potencial contraste con principios constitucionales de todo punto exigentes? ¿Por qué no admitimos que se trata de un derecho inevitable, que nunca puede salvarse del todo pero que constituye, a la vez, su mayor y mejor virtud? ¿O es que acaso deberíamos permanecer sometidos al viejo dogma paleo-iuspositivista de la coherencia y de la plenitud o, peor aún, a la vieja tesis de Schmitt sobre la presunción de la legitimidad de los actos de ejercicio de poder, en virtud de una especie de “premio supralegal a la posesión legal del poder legal”?”¹⁵⁶

Para Luigi Ferrajoli los derechos fundamentales no se ponderan, pues se les debilitaría (caso contrario con los derechos patrimoniales), y si el derecho de acceder a la justicia está previsto en la norma fundamental, debe ser aplicado, sea

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p.484.

¹⁵⁶ Ferrajoli, Luigi, *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*, Madrid, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp.203-206. Citado por Burgoa Toledo, *op.cit.* p.484.

contra actos de autoridad en relaciones de supra-subordinación o contra actos de particulares en relaciones horizontales, pues si bien es cierto, al final los derechos que se protegen son los patrimoniales de los acreedores, el derecho a la justicia pertenece a la categoría de los fundamentales, y estos al ser téticos no se puede disponer de ellos:

“Precisamente, el rasgo estructural de los derechos patrimoniales es la disponibilidad, a su vez conectada a la singularidad; estos últimos, contrariamente a los derechos fundamentales, no están establecidos inmediatamente en favor de sus titulares por normas téticas, sino predispuestos por normas hipotéticas como efectos de los actos de adquisición o disposición por ellas previstos. Ferrajoli define como ‘disponible’ todo derecho subjetivo singular no dispuesto por normas téticas sino predispuesto por normas hipotéticas como efecto de los actos por ellas previstos. Y al derecho patrimonial, lo define como todo derecho disponible.”¹⁵⁷

Entonces, podemos ubicar a la autonomía de la voluntad a la par del acceso a la justicia como derechos fundamentales, en tanto, el derecho que el acreedor tiene es de índole patrimonial, pero no por ello no debe ser satisfecho. Pues retomando las concepciones iusnaturalistas es justo que se le pague, de lo contrario se generaría un desequilibrio en las relaciones sociales lo que para Rawls provocaría una sociedad desordenada con miembros sin sentido efectivo de justicia. Retomemos lo que Kelsen señala al respecto:

“La justicia es ante todo, una característica posible pero no necesaria de un orden social. Sólo secundariamente, una virtud del hombre; pues un hombre es justo cuando su conducta concuerda con un orden que es considerado justo. Pero ¿cuándo un orden es justo? Cuando regula la conducta de los hombres de una manera tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad, la aspiración de justicia es la eterna aspiración del hombre a la felicidad; al no poder encontrarla

¹⁵⁷ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, op.cit. pp.717-718.

como individuo aislado, busca el hombre esta felicidad en la sociedad. La justicia es la felicidad social, es la felicidad que el orden social garantiza.”¹⁵⁸

En conclusión, retomando los tres criterios que Bobbio señala, (*iusnaturalismo*, *iuspositivismo* y *iusrealismo*), la ampliación del juicio de amparo a las relaciones horizontales gobernado-gobernado (aunque sólo sea en cuanto a discriminación o desigualdad) es favorecedora en cualquiera de los tres sentidos. Permite una aplicación más justa del Derecho, con lo que el aspecto axiológico del *iusnaturalismo* se ve beneficiado, si bien, los hombres seguirán actuando interesadamente alejándose de la moral kantiana, y sin un sentido efectivo de justicia como señala Rawls, la reforma prevé medios adecuados para que al final de un procedimiento, el ideal de justicia quede satisfecho.

Por otra parte, en el aspecto *iuspositivista* la citada reforma, que consideramos un cambio de paradigma, ha otorgado una mayor unidad, coherencia y plenitud al ordenamiento lo que dota de mayor vigor a la norma que ya es válida, perfeccionando de este modo las lagunas que encontrábamos en la aplicación de las acciones pauliana, oblicua y declaratoria de simulación. Finalmente, desde la perspectiva *iusrealista*, es evidente que el nuevo modelo paradigmático dota de una eficacia mucho mayor a las normas, nos encontramos ante lo que Kuhn llamaría una revolución en el pensamiento jurídico.

La protección de los derechos fundamentales y patrimoniales se puede garantizar de un modo mucho más efectivo a partir de la correcta aplicación de esta reforma, sin necesidad de restringir el derecho fundamental que implica la autonomía de la voluntad y garantizando el derecho, también fundamental, de acceso a la justicia, (o de protección como le llama Alexy), lo que permitirá la debida defensa de los derechos patrimoniales de terceros.

¹⁵⁸ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Ed. Fontamara, México, 2002, décima cuarta reimpresión, pp.8-9.

Conclusiones

Primera.- La autonomía de la voluntad es la manifestación de uno de los valores fundamentales de la sociedad occidental moderna y del sistema capitalista: la libertad, sobre todo la contractual. Cuando Rosseau señala que sólo las convenciones son la base de la autoridad legítima sobre los hombres, eleva a las convenciones no sólo como la principal sino como la única fuente obligacional. Para Kant, la autonomía de la voluntad era tan importante que aquél que eligió algo libremente no puede alegar injusticia sobre ello. Del mismo modo, para el orden jurídico nacional el elemento que perfeccionan los contratos no es otro que el consentimiento, que se traduce en la autonomía de la voluntad.

Segunda.- Si bien este principio ius-filosófico aparece desde el Derecho Romano, es durante los siglos XVII y XVIII que adquirió fisonomía propia. Hugo Grocio, consideraba al derecho natural como origen de la naturaleza obligatoria de las relaciones jurídicas emanadas del libre ejercicio de la voluntad. De esta manera el hombre debe someterse a la palabra dada (*pacta sunt servanda*). Posteriormente las doctrinas liberales con su concepción individualista encuentran en el dogma de la autonomía de la voluntad un fundamento ideológico de primer orden. Esto se refleja en el Código Napoleónico (Código Civil Francés de 1804), el cual en su artículo 1134 establece: “Los convenios legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre las partes”. Lo que evidencia que la voluntad libre es elevada al rango de ley.

Tercera.- Sin embargo, durante gran parte del siglo XX los principios del liberalismo fueron puestos en duda, se rechazó el individualismo a ultranza y surgió la necesidad de proteger los intereses colectivos, el ordenamiento jurídico ya no sólo protegía los intereses individuales sino que buscaba la igualdad de los individuos a través de la intervención del Estado y se impusieron cada vez más restricciones al libre arbitrio de las personas en el campo jurídico. Por ello, llegó a afirmarse que el dogma de la autonomía de la voluntad se encontraba en franca decadencia, y mientras la actividad estatal interviniera en la economía la

autonomía de la voluntad se vería limitada, sin embargo, el repliegue de ese modelo de Estado y su sustitución por el modelo neoliberal han implicado un nuevo auge de la autonomía de la voluntad. Por ende, la supuesta crisis de la autonomía de la voluntad corresponde a un mayor encarecimiento de valores distintos a la libertad, quien valore más la seguridad o la igualdad pudiese atentar contra la libertad, sin embargo, comprimir a esto la polémica de crisis o no crisis de la autonomía de la voluntad, sería una reducción simplista

Cuarta.- La autonomía de la voluntad se identifica esencialmente con un valor, la libertad, pero como señala Bovero ¿Cuál libertad?, finalmente un ideal tan amplio y genérico como “*la libertad*” puede estar sujeto a múltiples interpretaciones, incluso, uno de los mayores defensores de la libertad como Rosseau mencionó que “hay que distinguir la libertad natural, que no tiene otros límites que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por el interés común.” Sin embargo, en nuestra cultura un binomio de gran arraigo en la conciencia común es el de Occidente y libertad. El primer principio de la ‘civilización occidental’, es la libertad, pero este concepto históricamente ha sido objeto de un sinnúmero de usos y abusos, conformando una construcción ideológica, que induce un modelo de ‘vida libre’, que pretende imponerse a escala planetaria.

Quinta.- Para efectos de esta investigación se propuso conceptualizar a la autonomía de la voluntad como el principio jurídico que permite a los individuos una amplia esfera de libertad, para regular el contenido, objeto, formalidad, efectos, sanciones y normas aplicables a los actos jurídicos que celebren, con la única limitación de respetar el orden público y las buenas costumbres, circunscribiendo, en caso de controversia, la actividad del órgano jurisdiccional a interpretar la intención de las partes.

Sexta.- Para Bovero, el verdadero riesgo para la autonomía de la voluntad y otros derechos fundamentales de libertad es paradójicamente la libertad de mercado, que entiende a la libertad como una libertad salvaje, pues en realidad, la ideología (neo)liberal conlleva una distorsión y una desnaturalización de los principios que desde siempre inspiraron al constitucionalismo liberal, pues concibe

al mercado como una suerte de institución suprema y soberana; así, promueve a la categoría de valor absoluto una idea de libertad que se confunde con una ausencia de reglas o, en otras palabras, con lo que Kant llamó 'libertad salvaje'. Lo que se construye en el soporte eficaz para la estrategia de los grupos de poder, los llamados 'poderes fuertes', intolerantes hacia los límites y los controles que aspiran a conquistar cualquier espacio hacia el interior de las relaciones sociales, mediante la abolición o relajación de los vínculos normativos, para así poder atraer hacia la esfera del mercado bienes de cualquier índole, aun aquellos protegidos por las normas constitucionales que vigilan los derechos fundamentales incluidos los de libertad.

Séptima.- Aunque son conceptos que guardan similitud es muy importante distinguir entre consentimiento y autonomía de la voluntad. Mientras la autonomía de la voluntad es un principio jurídico-filosófico, identificado con la libertad, el consentimiento es una forma en que se manifiesta dicha libertad, además, la autonomía de la voluntad es una capacidad personal e individual, en tanto el consentimiento requiere la participación de por lo menos dos personas, ya que para constituirlo se requiere una oferta y una aceptación en concordancia con la oferta.

Octava.- Dentro de la tipología de derechos planteada por Luigi Ferrajoli, la autonomía de la voluntad se encuentra dentro de los derechos fundamentales, por oposición a los derechos patrimoniales. Pues no tiene por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, es universal en lugar de singular, pues todas las personas los tenemos, y es indisponible en lugar de disponible, pues no se puede coartar de manera individual este principio. Además, los derechos patrimoniales tienen un sistema de protección muchísimo más elaborado y accesible que los derechos fundamentales, Ferrajoli añade que los derechos fundamentales están asentados en la igualdad jurídica, en tanto que los patrimoniales están en la base de la desigualdad jurídica, lo anterior es muy significativo, pues explica plenamente por qué los partidarios de la ideología que Bovero llamada *liberalista* se resisten a cualquier reglamentación que restrinja a

los poderes económicos dominantes, pues defienden posiciones preponderantes de la sociedad y la desigualdad jurídica que entrañan los derechos patrimoniales los beneficia. Para su defensa esgrimen el argumento de que la libertad del mercado y sus principios (principalmente la propiedad), son “*naturales*” a las sociedades humanas, olvidando que ese *orden natural del mercado*, es protegido precisamente por un amplio sector del ordenamiento jurídico.

Novena.- Para Robert Alexy los derechos de defensa están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a las intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. A este concepto el jurista alemán añade el de derechos de protección, en virtud de los cuales el titular de derecho fundamental acude al Estado, para que éste lo proteja de intervenciones de terceros. Las formas de protección pueden ser variadas, pueden materializarse en normas penales, de responsabilidad civil, procesales, acciones administrativas e incluso se pueden proteger por medio de la actuación fáctica. Lo común de estas variedades es que los derechos de protección son derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que éste realice acciones positivas fácticas o normativas que tiene como objeto la delimitación de las esferas de sujetos de igual jerarquía, así como la exigibilidad judicial y la implementación de esta limitación. Derechos consagrados en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución.

Décima.- Los derechos de protección son, pues, derechos constitucionales a que el Estado organice y maneje el orden jurídico de una determinada manera, en lo que se refiere a la relación recíproca de sujetos de igual jerarquía. Sin embargo, el Estado mexicano, no está organizando y manejando el orden jurídico adecuadamente, por ende, no garantiza los derechos de protección, en el caso de la debida defensa de los derechos patrimoniales de terceros. Retomando a Alexy, podemos diferenciar entre derecho de defensa y de protección, el primero, es un derecho frente al Estado a que este omita intervenciones; el segundo, un derecho frente al Estado para que éste se encargue de que terceros omitan intervenciones. Pero la actividad del estado no puede limitarse a ser pasiva, si los bienes resultan

iusfundamentales, como el caso de la propiedad la intervención del Estado está plenamente justificada.

Decimoprimera.- Antes se concluyó que tanto la autonomía de la voluntad como los derechos de defensa son derechos fundamentales, señala Riccardo Guastini que la expresión ‘derechos fundamentales’ parece contener en si misma dos matices de significado: por un lado se llaman fundamentales aquellos derechos que *fundamentan* el sistema jurídico;, por otro lado, se llaman fundamentales aquellos derechos que *no requieren fundamento en el sistema jurídico* (su validez es autoevidente, previa al ordenamiento jurídico e independiente de él). El primer matiz supone una doctrina positivista del derecho; el segundo, una doctrina iusnaturalista”.

Decimosegunda.- Para conseguir una plena vigencia de los derechos de defensa, y que estos no se queden únicamente en “el papel”, es decir, que los derechos de defensa estén no sólo conferidos, sino garantizados será necesario que el Estado implemente los mecanismos que hagan más efectivos los derechos de protección, pues, como señala Gustini, una cosa es conferir un derecho y otra garantizarlo. Para conferir un derecho es suficiente una norma redactada, precisamente, como norma atributiva de derechos. Para garantizar un derecho no es suficiente atribuirlo: es necesario también establecer instrumentos aptos para protegerlo, un derecho de un determinado sujeto es susceptible de tutela jurisdiccional si, y solo si, le corresponde el deber de otro sujeto bien determinado y si el deber en cuestión se refiere a un comportamiento igualmente determinado. Sobre esta base, podemos distinguir los ‘verdaderos’ derechos de los derechos ‘sobre el papel’.

Decimotercera.- Pese a que la Constitución consagre los derechos de defensa, existe la posibilidad de que el legislador omita crear disposiciones que los hagan efectivos o incluso puede suceder que esa norma de una respuesta insatisfactoria a la protección planteada, lo que provoca una laguna. Señala Burgoa que cuando las disposiciones o normas *descriptivas, prescriptivas o atributivas* no existen, por omisión del legislador, se dice que dicha omisión es un

espacio *ajurídico* en donde se podría aplicar el principio general del derecho que señala que lo que no está expresamente prohibido, está permitido, sin embargo, si dicha omisión es esencial para dar seguimiento o vida a la inercia de otras disposiciones, surge un problema en su aplicación pues es indispensable cubrir ese espacio a fin de dar fluidez y efectividad al ordenamiento legal. Ese vacío genera incertidumbre en los particulares y autoridades encargadas de aplicar las leyes, generando lo que el argot jurídico denomina *lagunas*. Es decir, las insuficiencias del derecho positivo que percibimos como ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones objetivas en que cabía esperarla y cuya eliminación exige y admite una decisión judicial complementaria del derecho. Las lagunas aparecen allí donde ni la ley ni el derecho consuetudinario suministran una respuesta inmediata a una pregunta jurídica.

Decimocuarta.- El caso que plantea esta investigación, la simulación de actos jurídicos por parte de deudores que evadiendo sus obligaciones, pretenden defraudar a sus acreedores, es producto del aprovechamiento de una laguna; si bien existe una regulación jurídica del caso (acciones pauliana y oblicua), la respuesta que el orden normativo proporciona no es efectiva, es una respuesta incorrecta o injusta. Según la tipología propuesta por Alchourrón y Bulygin nos encontramos una laguna axiológica, pues estamos en presencia de una solución insatisfactoria.

Decimoquinta.- Existe una facticidad superior a la normatividad, el 'ser' supera al 'deber ser' y en tal virtud lo que acontece no tiene cabida en la hipótesis legal porque no fue previsto por el legislador. Se debe cubrir ese vacío, ya sea por el propio legislador omiso o por los jueces al conocer de un asunto en donde la laguna es esencial para resolverlo. No cabe duda que la facticidad está superando a la normatividad y por ende, los derechos de defensa y protección de los acreedores quedan vulnerados, transgrediendo con ello derechos fundamentales. La solución a esta problemática debe brindarse sin demora alguna porque la facticidad está vulnerando una expectativa iusfundamental, por la misma trascendencia de ésta, el vacío debe ser cubierto por el legislador pues la

solución que pudiese brindar un órgano jurisdiccional a través de jurisprudencia sería limitada.

Decimosexta.- En términos de lógica formal contingente es aquello que siendo posible no es necesario, para el iusnaturalismo, la norma constituye la premisa fundamental de la que se parte en el análisis de cualquier realidad jurídica; y es considerada necesaria, en tanto los diversos sistemas de actuar, (ético, jurídico y político), establecen una *unidad del sentido*, constituida en torno a la razón son considerados contingentes, así que si bien es cierto los principios jurídicos no deberían estar alejados de los éticos y políticos, la sociedad posmoderna disgrega los sistemas racionales de la concepción iusnaturalista, los sistemas ético y político, son sustituidos con un sistema formal autónomo el *derecho positivo*. Para De Giorgi en el iuspositivismo la norma es indiferente al valor o a la verdad, ligada a lo posible y al tiempo. La visión del iuspositivismo resulta entonces totalmente contraria al iusnaturalismo, ya que para éste la norma es necesaria, en tanto, para aquel la contingencia es transformada en norma.

Decimoséptima.- Aceptando la separación entre los sistemas del actuar el único camino que queda es replantear la norma jurídica, pues por el momento, la respuesta que el orden normativo proporciona en el tema analizado en este proyecto, no es efectiva, es decir, las distintas contingencias derivadas de un contrato no están previstas en el ordenamiento, (existen lagunas), estos espacios *ajurídicos* vulneran los derechos fundamentales (de defensa y protección) de los acreedores. De este modo el Estado únicamente está confiriendo esos derechos fundamentales, pero no los está garantizando, por la que la simulación de actos jurídicos provoca que la eficacia de la norma sea mínima.

Decimooctava.- La simulación es uno de los conceptos fundamentales de este proyecto, simular significa presentar engañosamente una cosa, como si en verdad existiera como tal, cuando en la realidad no es así. En la simulación se hace aparecer lo que no existe, en la disimulación se oculta lo que en verdad existe; empero, en uno y otro caso el propósito es el engaño. De acuerdo a la regulación del Código Civil, el dolo se identifica con la simulación y la mala fe con

la disimulación, mientras que en el dolo la actividad del que lo emplea es activa, induce al error a uno de los contratantes o lo mantiene en él; en la mala fe la actividad es pasiva, una vez que conoce el error, lo disimula. Dolo y mala fe son los verdaderos opuestos a la autonomía de la voluntad, ya que la voluntad viciada no puede ser válidamente libre, en la simulación con el propósito de engañar se crea un negocio jurídico donde no existe ninguno, o uno distinto de aquel que las partes ocultamente han celebrado. Coludidas las partes emiten unas declaraciones de voluntad cuyo contenido volitivo no es el que verdaderamente quieren y privadamente confiesan ser otra su voluntad, a diferencia del dolo y la mala fe, en la simulación, interviene un tercero ajeno al contrato, este tercero y una de las partes representan un acto jurídico que no existe.

Decimonovena.- De acuerdo a la legislación vigente la simulación consta de tres elementos, a) una declaración deliberadamente disconforme con la intención; b) está concertada por un acuerdo entre las partes; y, c) tiene como objetivo engañar a terceras personas. En el primer elemento radica en sí la simulación, el pretendido acto jurídico en realidad no está de acuerdo con la intención de las partes, justamente aquí se encuentra el “representar una cosa, fingiendo o imitando lo que no es”, esto es lo que principalmente da razón de la simulación, como hecho antijurídico, por cuanto burla la buena fe de terceros puesto que las partes recurren a ese artificio para hacer creer a aquellos en la existencia de un acto que no es real. Y aunque la simulación puede tener una finalidad por si misma inocua, las más de las veces, la simulación es el arma favorita para defraudar acreedores, poniendo en riesgo los derechos de protección y de defensa de los individuos

Vigésima: Tres son esencialmente las acciones que se pueden ejercitar contra la simulación de actos jurídicos la acción declaratoria de simulación, la acción oblicua y la acción pauliana. La acción declaratoria de simulación, tiene por objeto que se declare que un acto jurídico ha sido simulado en perjuicio del actor. Sus elementos son: una declaración deliberadamente disconforme con la intención; está concertada por un acuerdo entre las partes, y; tiene como objetivo

engañar a terceras personas. Las características de la acción pauliana son que el deudor celebra actos jurídicos reales con un tercero; esos actos provocan la insolvencia del deudor; y si el crédito del acreedor es anterior a esos actos jurídicos, puede solicitar la anulación de los actos celebrados en su perjuicio. Gracias a la acción oblicua el acreedor puede ejercitar las acciones que competan a su deudor cuando éste ha sido incitado para promoverlas y descuide o rehúse hacerlo. En la siguiente tabla se señalan las diferencias entre las acciones que posee el acreedor contra la simulación de los actos jurídicos:

| Nombre de la Acción | Conducta del deudor | Actos jurídicos del deudor | Consecuencia de los actos del deudor | Efectos de la acción del acreedor |
|----------------------------|---------------------|----------------------------|--------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|
| Declaratoria de simulación | Activa | Simulados | Aparenta insolvencia | Restituye los bienes al patrimonio del deudor |
| Pauliana | Activa | Verdaderos | Insolvencia | Inoponibilidad al acreedor de los actos del deudor |
| Oblicua | Pasiva | Verdaderos | No incrementa su patrimonio | El acreedor demanda a un tercero, a fin de incrementar el patrimonio del deudor pasivo |

Vigesimoprimera.- En nuestra constitución, entendiéndola por ésta, el documento fundamental de un Estado democrático, que contiene los derechos fundamentales que todo hombre, no encontramos una regulación específica de la Autonomía de la Voluntad, sin embargo, en su artículo quinto señala que cualquier hombre puede dedicarse al comercio que más le acomode, lo cual abre la puerta para el libre ejercicio de la voluntad entre los particulares, da pie a la libre negociación entre particulares sujetos de derecho, para crear todo tipo de obligaciones entre sí, con la única condición de que debe ser “lícita”. Siendo aplicable el principio general del derecho que establece que lo que no está estrictamente prohibido, es tácitamente permitido.

Vigesimosegunda.- Dentro de las ramas del derecho que conforman nuestro ordenamiento jurídico, es en el Derecho Mercantil donde la autonomía de la voluntad se manifiesta de un modo más claro, históricamente en esta rama del

derecho la autonomía de la voluntad no sólo creó la norma, también, con base en este principio se crearon los órganos encargados de aplicarla, pues originalmente esta rama no sólo era autoelaborada sino también autoaplicada, totalmente ajena a la intervención del Estado, un derecho de los comerciantes, creado por ellos y para ellos, evidentemente con un respeto irrestricto a la autonomía de la voluntad. Pese a eso contiene disposiciones de orden público. La separación histórica de esta rama respecto del derecho común impulsó la libre contratación, dándole rienda suelta a la libertad contractual que tienen los ciudadanos para poder elevar a Ley el acuerdo al que se llegue en una determinada negociación.

Vigesimotercera.- Opuesto al principio de autonomía de la voluntad, encontramos el concepto de orden público, entendiéndolo como el conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones, que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (no están bajo el imperio de la autonomía e la voluntad) ni por la aplicación del derecho extranjero. Luego entonces, si la disposición no es de orden público la autonomía de la voluntad aparece con plena vigencia, como lo señala el artículo 78 del Código de Comercio: “En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.”

Vigesimocuarta.- Immanuel Kant estructura todo su sistema moral en la autonomía de la voluntad, que es el único principio de todas las leyes morales y de los deberes conforme a ellas. Es la base de la moral personal de cada individuo, otros sistemas morales basados en el placer o en la razón, son heterónomos, es decir, son morales dependientes de algo que no es moral. Para Kant esta dependencia, además de ser moralmente falsa está basada en una deducción lógica falaz, pues *no es posible decir lo que debe hacerse a partir de lo que se hace de hecho*. De lo que es podemos deducir lo que es, pero no lo que *debe ser*. Para Kant no se puede deducir lo deóntico de lo óntico, lo moralmente valioso es que lo deóntico se imponga ante lo óntico. A diferencia de los sistemas jurídicos, la

moral kantiana no está basada en miedo o en interés, miedo al castigo o interés en un premio, se basa únicamente en los principios morales de la voluntad y del deber. Sus principios nunca serán de la forma: *haces esto luego debes aquello*, sino simplemente *debes porque debes*. El único deber es entonces el bien por el bien mismo.

Vigesimoquinta.- El hombre en sociedad está obligado a obedecer dos clases de imperativos, los hipotéticos y los categóricos, las normas jurídicas pertenecen a la primera clase, mientras que las verdaderas normas morales pertenecen a la segunda. El imperativo hipotético siempre tendrá una estructura causa-consecuencia, por ejemplo: *si no cumplo con el contrato pactado, incurriré en hecho ilícito*. Al ser la sanción impuesta por un tercero ajeno a la relación, (el Estado), se está actuando ante un imperativo hipotético, que parte de una condición, (incumplir), para llegar a una sanción, para Kant estos imperativos son heterónomos y moralmente inválidos, pues no se realiza la acción por sí misma, sino por miedo a un castigo. Por su parte el imperativo categórico al ser personal es el único moralmente válido, se basa en la voluntad y en el deber, el hombre, con su voluntad crea un orden interno, actúa como legislador, y cumple con ese deber que él mismo se impone, actúa como súbdito de su propia construcción, basada en una voluntad racional universalmente valiosa.

Vigesimoséptima.- La distinción kantiana entre imperativo hipotético y categórico es en la dimensión ética, similar a la distinción que Gustavo Zagrebersky hace entre reglas y principios, sólo que ésta en la dimensión normativa. Según Zagrebersky, a las reglas se obedece, al igual que Kant respecto de los imperativos hipotéticos, en tanto a los principios se presta adhesión, al igual que al imperativo categórico. Las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que *a priori* parecen indeterminadas. Los principios se identifican con el imperativo

categorico kantiano en el aspecto de que ambos representan el fundamento de una legislación “secundaria”, al ser situaciones *a priori*, no pueden modificarse fácilmente, son parte de lo que Ferrajoli denomina normas téticas, a las que diferencia de las hipotéticas.

Vigesimoctava.- La problemática que planteó esta investigación no se puede circunscribir únicamente al mundo de lo normativo, pues existen otras dimensiones del fenómeno jurídico. Norberto Bobbio, establece que toda norma jurídica puede plantearnos un triple orden de problemas: si es *justa o injusta*, si es *válida o inválida*, y si es *eficaz o ineficaz*. Se trata de tres diferentes posturas, cada una corresponde a una concepción diferente del derecho, si la norma es justa o no se refiere al problema deontológico del derecho, base de la escuela *iusnaturalista*, si la norma es válida o no, es la postura ontológica tema analizado por el *iuspositivismo*, finalmente, el problema fenomenológico de la norma, es decir la eficacia de las reglas jurídicas es el abordado por el *iusrealismo*.

Vigesimonovena.- Para el *iusnaturalismo*, es decir, para el problema deontológico del derecho, es justo preservar la autonomía de la voluntad pues las sociedades occidentales la consideran algo valioso, evidentemente también será justo el proteger la propiedad que también es uno de los pilares de la construcción moderna del concepto de derecho subjetivo. Conforme al *iuspositivismo* es decir, para el problema ontológico del derecho, la autonomía de la voluntad es un principio válido, pues está contemplado en disposiciones legítimas, vigentes y compatibles con el resto del ordenamiento. Sucede lo mismo respecto de las acciones civiles que protegen a los acreedores en sus derechos patrimoniales, pues tanto la acción paulina, la oblicua y la declaratoria de simulación están contenidas en normas jurídicas legítimas, vigentes y compatibles. Sin embargo, es la efectividad de las acciones, es decir el problema fenomenológico la principal problemática de la investigación, nos encontramos ante normas válidas y justas pero muy poco eficaces.

Trigésima.- El problema de la eficacia nos lleva al terreno de la aplicación de las normas jurídicas o sea al terreno de los comportamientos efectivos de los

hombres que viven en sociedad, sin embargo ubicar la problemática de esta investigación como de eficacia de las leyes, no excluye a los otros dos criterios, pues la misma problemática pudiese ser abordada desde la perspectiva de la justicia, el problema sería de moral, de cómo actúan los hombres. Tampoco se puede descartar al criterio de validez, pues el problema puede ser abordado como una laguna axiológica o normativa. Pues señala Bobbio la distinción de problemas no se debe concebir como una separación en compartimentos estancos. Quien desee comprender la experiencia jurídica en sus diversos aspectos, debe tener muy presente que ella es parte de la experiencia humana, los tres problemas son diversos aspectos de un solo problema central, el de la mejor organización de la vida social. La anterior aclaración permite alejarnos de reduccionismos utilizando elementos de las tres perspectivas.

Trigésima primera.- Para John Rawls los ordenamientos que la sociedad considera justos no pueden ser socavados por ciertas propensiones psicológicas, que en todo caso son meras contingencias accidentales, que no afectarán a una sociedad bien ordenada, ésta es la base del concepto de justicia de Rawls, en una sociedad buena y ordenada, se reducen al mínimo las contingencias psicológicas que atentan contra el ordenamiento considerado justo, sin embargo en una sociedad no ordenada las personas no tendrán un efectivo sentido de justicia, lo que provocará que las normas pese a que sean justas no sean obedecidas. Pues existe una relación recursiva entre una sociedad ordenada y el efectivo sentido de justicia que tengan sus miembros, luego entonces, en una sociedad ordenada la autonomía de la voluntad se ejercerá para conseguir los fines de libertad y justicia a los que está encaminada.

Trigésima segunda.- Normativamente, tanto las disposiciones que garantizan la autonomía de la voluntad como las que protegen su ejercicio en caso de simulación, son normas válidas y vigentes, además cumplen con las características de coherencia, completitud e independencia propuestas por Alchurrón y Bulygin las normas que garantizan la autonomía de la voluntad y las que sancionan la simulación que atenta contra ese principio son normas que

tienen esas características por lo que son parte de un sistema normativo no sólo válido sino lógico, lo que permite una aplicación racional de la norma Sin embargo, el sistema puede que sea efectivo, pero una o algunas, de sus normas no, en el caso de las acciones del acreedor contra la simulación de actos se encuentran en un bajo nivel de eficacia, lo que pone en riesgo los derechos patrimoniales y de defensa.

Trigésima tercera.- Las distintas perspectivas jurídicas desde las que se analizó el problema nos permite alejarnos de reduccionismos y de lo que Luigi Ferrajoli denomina como falacias ideológicas, que nos impiden analizar objetivamente un problema jurídico, pues reducen cualquier cuestión jurídica a una sola perspectiva. Ya sea confundir la validez de las normas con su justicia, o la justicia con la validez, o la vigencia con su validez, o incluso la vigencia con la efectividad, impidiendo un análisis objetivo del problema.

Trigésima cuarta.- Las prácticas de simulación de actos jurídicos son comunes en nuestra sociedad, lo que evidencia una sociedad desordenada en términos de Rawls, debido a un sinnúmero de contingencias psicológicas que llevan a evadir las obligaciones, y a explotar el ordenamiento legal mediante la práctica de simulaciones y juicios alargados que afectan los derechos patrimoniales de los acreedores que se ven obligados a seguir procedimientos judiciales largos y costosos para obtener una sentencia que no van a poder ejecutar por la simulación del acto jurídico llevado a cabo por el deudor que busca la forma de evadir sus responsabilidades asumidas en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Trigésima quinta.-La problemática anterior ha sido tratada ya, por nuestros Tribunales Federales, los cuales han dado ya una respuesta o al menos han fijado una postura respecto al tratamiento de los derechos fundamentales (refiriéndonos en particular a los de defensa), pronunciándose a favor de la protección de este tipo de derechos, no solo frente al poder público del Estado como autoridad, sino en general de cualquier poder, es decir, el actuar de sectores o personas con un poder determinado, no sólo económico, sino social e incluso político. En relaciones

de poder, no sólo verticales, sino horizontales, como las que se gestan entre los particulares. Asimismo, la reciente reforma a la Ley de Amparo ha emprendido un nuevo interés por no sólo conferir derechos, sino efectivamente garantizarlos.

Trigésima sexta.- La hipótesis inicial del presente proyecto señalaba que una adecuada regulación de la autonomía de la voluntad en los contratos entre particulares, evitaría el fraude de acreedores, o dotaría a éstos, de medios de defensa adecuados que garanticen sus derechos patrimoniales. Si bien es cierto, la primera parte de la hipótesis estrictamente no se puede llevar a cabo, (pues la libertad es inviolable, no se puede restringir, lo que se puede limitar son los contenidos, objetos y efectos de ella), la segunda parte de la hipótesis es viable, pues el Estado podría dotar de medios de defensa adecuados a los acreedores para que estos no sufran un daño en su patrimonio.

Cuadragésima primera.- En un mundo ideal, donde todos los hombres cumplen con sus obligaciones, el Estado no necesitaría implementar mecanismos para hacer efectivos los derechos de defensa de los acreedores, todas las relaciones jurídicas tendrían como base los valores morales y la justicia sería una realidad. Sin embargo, señala Kelsen, que la justicia es ante todo, una característica posible pero no necesaria de un orden social, y para el sistema axiológico kantiano la autonomía de la voluntad, como fundamento determinante de la voluntad humana, es la base de todo precepto jurídico y si una acción se apega a la ley, pero no se produce por la ley misma, la acción tendrá legalidad, pero no tendrá moralidad, es decir, para Kant una acción antes que legal, debe ser moral, pues sólo ésta, como norma interna debe ser el principio de la conducta humana como seres racionales, *“el incentivo de la voluntad humana nunca puede ser otro que la ley moral,”* esa ley moral actúa como el fundamento determinante de la voluntad humana, lo que se traduce en el imperativo que señala: la voluntad verdaderamente libre es aquella que obra sin interés en el premio y sin miedo al castigo.

Trigésima séptima.- Como no todos los hombres pueden actuar con la rectitud Kantiana pues de ser así, el sistema jurídico sería prácticamente

innecesario pues los hombres, apegados a la ley moral, jamás violarían la norma jurídica. Sin embargo, como en el mundo de las relaciones civiles y comerciales los hombres suelen actuar interesadamente con un fin de lucro, el Estado puede implementar los mecanismos jurídicos que por lo menos hagan a los hombres temer al castigo, si no actuarán desinteresadamente sin importar el premio, por lo menos actuarán con el cuidado de no ser sancionados en caso de violar la norma. En el caso de la autonomía de la voluntad no podría limitarse, pero sí hacer efectivos las acciones que la tutelan.

Trigésima octava.- En el análisis de la problemática planteada se comprobó que las acciones a favor de los acreedores previstas en la norma civil son muy poco utilizadas, y esto se explica por la notoria ineficacia que tienen en el remoto caso de ser esgrimidas en juicio. Sin embargo, esta situación no necesariamente es negativa, pues señala Thomas Khun, que el fracaso de las reglas existentes es el que sirve de preludeo a la búsqueda de otras nuevas. Si las normas no cumplen los fines para los que fueron creadas, es momento de empezar a crear las normas que permitan llegar a esos fines, de lo contrario como señala Guastini, nos encontraremos ante derechos conferidos, no garantizados, si el modelo de normas que buscan garantizar adecuadamente los derechos de defensa del acreedor de buena fe, no sirve, entonces hay que cambiar el modelo, no modificar el principio, puesto que los derechos patrimoniales tienen una considerable carga axiológica, sería ilógico pedirle a los acreedores que intenten satisfacer sus pretensiones, es el Estado quien garantiza el acceso a la justicia, por tanto tiene una obligación reconocida en la norma fundamental de *hacer algo*, existe una expectativa positiva para que administre justicia.

Trigésima novena.- En las etapas del desarrollo científico que Khun menciona, tenemos en la primera un periodo en el que se crea el modelo que posteriormente se aplicará, es decir, se conforma el paradigma, en la segunda se acepta ese modelo como útil y funcional y los profesionales de la ciencia, trabajan únicamente sobre ese modelo, mientras el modelo funciona, en tanto resuelva las necesidades para las que fue creado se desarrolla en un periodo de calma, sin

embargo, cuando el viejo paradigma ya no satisface los objetivos para los que fue creado, en nuestro caso, cuando los derechos de defensa ya no garantizan efectivamente los derechos patrimoniales de los acreedores de buena fe, surge un periodo de crisis, correspondiente a la tercera etapa, esta se caracteriza por la carencia de respuestas satisfactorias del modelo, ya no cumple con las expectativas para las que fue creado, por lo anterior se ponen en duda los supuestos básicos del viejo modelo, y es momento de proponer soluciones extraordinarias, en esta cuarta etapa se buscan nuevas formas de resolver los problemas que desembocarán en la etapa final que es la creación de nuevos paradigmas.

Cuadragésima.- Hasta el momento existe la noción de que los derechos fundamentales son ejercidos por los individuos en oposición al Estado, excluyendo a todos los demás individuos de la relación, por esto, se explica que el principal medio en el sistema jurídico nacional para salvaguardar los derechos fundamentales, es decir, el juicio de amparo, sólo proceda contra actos de autoridad. Es decir, el viejo paradigma partía de la ideología liberal que presumía la igualdad de la que partían los individuos en sus relaciones privadas, pero esta presunción, actualmente, está lejos de poder sostenerse, las relaciones entre iguales entrañan desventajas, en ese modelo un banco y un usuario son iguales pues ambos son entes privados, empero, mientras un banco cuenta con el respaldo de ser una empresa transnacional, con miles de socios, cientos de abogados y recursos prácticamente ilimitados, una persona física es sólo el titular de sus derechos patrimoniales, la relación es notoriamente inequitativa.

Cuadragésima primera.- Ante esta aparente igualdad los individuos quedan sometidos únicamente al imperio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual dándose por entendido que no necesitan ninguna protección externa adicional, esto ha permitido que los individuos con mayores recursos puedan proteger de un modo mucho más efectivo sus derechos, fundamentales, patrimoniales y de defensa, respecto de los individuos que no cuentan con los recursos para hacerlo, nos encontramos ante la libertad salvaje que señala

Bovero. El antiguo paradigma está representado por la idea de Schmitt respecto de los derechos fundamentales, para él estos derechos están destinados, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a las intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. Es decir, tiene una expectativa de cumplimiento negativa, la obligación del Estado recae en un *no hacer*.

Cuadragésima segunda.- Al definir los derechos de protección Alexy señalaba que en ellos el titular de derecho fundamental exige al Estado, para que éste lo proteja de intervenciones de terceros, organizando y manejando el orden jurídico de una determinada manera, en lo que se refiere a la relación recíproca de sujetos de igual jerarquía. Este cambio que propone Alexy implica que el Estado tenga una expectativa de cumplimiento positiva, *debe hacer algo*, a fin de garantizar los derechos fundamentales no únicamente contra actos de supra-subordinación, sino en relaciones entre sujetos de igual jerarquía, en relaciones horizontales. Este cambio paradigmático se justifica en que en una sociedad en la que predominan los aspectos económicos, el poder de quien tiene una preeminencia económica se impone al poder del individuo que no la tiene, creándose situaciones de supremacía social ante las que el principio de igualdad ante la ley es una falacia, pues el individuo con mayor capacidad económica puede determinar la conducta del de menor capacidad, ante lo cual el Estado puede no actuar (viejo paradigma), o intervenir directamente (nuevo paradigma).

Cuadragésima tercera.- En el contexto económico actual los grupos e individuos situados en una posición dominante, representan una amenaza a los derechos fundamentales más grande aún, que la ejercida por los poderes públicos. Esto se traduce en una auténtica restricción a la autonomía de la voluntad pues la parte más débil queda supeditada a la voluntad de su contraparte, pues no dispone realmente de la libertad para decidir si contrata o no, o bien carece de posibilidades de discutir el contenido o exigir su cumplimiento, por eso las restricciones a la autonomía de la voluntad no vienen necesariamente del Estado, en el ámbito fáctico son los particulares quienes la restringen más a

menudo, lo anterior se puede explicar en parte por el repliegue de la intervención estatal que representa el modelo neoliberal.

Cuadragésima cuarta.- A fin de resolver el paradigma en crisis se propuso una nueva concepción de los derechos fundamentales en la que son entendidos como garantías frente al poder, ya sea éste un poder público o un poder privado. No sería coherente un sistema que sólo defendiera a los ciudadanos contra la amenaza que representa el posible abuso proveniente del poder público y no los protegiera cuando la amenaza, que puede ser tanto o incluso más grave que la anterior, tenga su origen en un poder privado. La llamada por Kuhn revolución científica, consistiría en la utilización del juicio de amparo por parte de los particulares como garantía de sus derechos fundamentales, tratándose de actos de autoridad o de actos de particulares en situación dominante respecto de ellos. Claro está que la aplicación de esos paradigmas alternativos no es instantánea y requieren un proceso de maduración, este proceso se acentuó a partir de la publicación de la ley de amparo en abril de 2013.

Cuadragésima quinta.- Señala Khun, que cuando cambian los paradigmas el mundo mismo cambia con ellos, los científicos ven cosas nuevas y diferentes al mirar con instrumentos familiares en lugares en los que ya habían buscado antes, los cambios de paradigmas causan que los científicos vean el mundo de investigación, que les es propio, de manera diferente. En el caso que nos ocupa, el cambio de paradigma impacta no sólo a los científicos del derecho, sino a los que se dedican a su elaboración, interpretación, y aplicación, además por supuesto hay impacto en los individuos que encontrarán nuevos medios de hacer efectivos sus derechos fundamentales. Sin embargo, las revoluciones científicas son procesos sutiles, suelen ser prácticamente invisibles para la población e incluso para los especialistas de esa rama del conocimiento, pero este cambio sin lugar a dudas mejora nuestro sistema jurídico, pues el cambio ayuda a desarrollar la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento.

Cuadragésima sexta.- El mencionado cambio impacta en los derechos de los acreedores en el sentido de que el juicio de amparo garantizará de un modo

más eficiente sus derechos fundamentales, la reforma a la ley de amparo permite que el ordenamiento jurídico nacional, tenga unidad, no sea un simple conjunto informe de normas, pues los derechos previstos en la legislación civil y mercantil, además del derecho fundamental de acceso a la justicia, están mejor garantizados. El ordenamiento es unitario, pues los derechos mencionados remiten a la norma fundamental, que a su vez hace efectivos los previstos en la norma secundaria. Y aunque el cambio de paradigma que representa la procedencia del amparo en contra de particulares se encuentre con antinomias, este modelo permite un sistema más eficiente, pues no sería coherente un sistema que sólo defendiera a los ciudadanos contra la amenaza que representa el posible abuso proveniente del poder público y no los protegiera cuando la amenaza tenga su origen en un poder privado. Actualmente gozamos un orden más pleno, pues el vacío que representa la laguna axiológica de las acciones ineficientes es llenado, por lo menos en parte, por el cambio de paradigma que representa la reforma a la ley de amparo y la procedencia del juicio en contra de particulares: por tanto, este cambio de modelo otorga al ordenamiento en general una mayor unidad, plenitud y coherencia, que se traducen en una mayor eficacia de la norma.

Cuadragésima séptima.- La reforma existe, el cambio de paradigma está ya previsto en la ley, sin embargo, los jueces aun no comienzan a aplicarlo, y cuando se aplique tendrán que hacerlo interpretando la ley basándose en la subsunción, no en la ponderación. Para Ferrajoli los derechos fundamentales no se ponderan, pues se les debilitaría, y si el derecho de acceder a la justicia está previsto en la norma fundamental, debe ser aplicado, sea contra actos de autoridad en relaciones de supra-subordinación o contra actos de particulares en relaciones horizontales, pues si bien es cierto, al final los derechos que se protegen son los patrimoniales de los acreedores, el derecho a la justicia pertenece a la categoría de los fundamentales, y estos al ser téticos no se puede disponer de ellos.

Cuadragésima octava.- Finalmente, retomando los tres criterios que examinados en el proyecto, (*iusnaturalismo*, *iuspositivismo* y *iusrealismo*), la ampliación del juicio de amparo a las relaciones horizontales gobernado-

gobernado es favorecedora en cualquiera de los tres sentidos. Permite una aplicación más justa del derecho, beneficiando el aspecto axiológico del, si bien, los hombres seguirán actuando interesadamente alejándose de la moral kantiana, y sin un sentido efectivo de justicia como señala Rawls, la reforma prevé medios adecuados para que al final de un procedimiento, el ideal de justicia quede satisfecho. En el aspecto *iuspositivista* la citada reforma, ha otorgado una mayor unidad, coherencia y plenitud al ordenamiento lo que dota de mayor vigor a la norma que ya es válida, perfeccionando de este modo las lagunas que encontrábamos en la aplicación de las acciones pauliana, oblicua y declaratoria de simulación. Finalmente, desde la perspectiva *iusrealista*, es evidente que el nuevo modelo paradigmático dota de una eficacia mucho mayor a las normas, nos encontramos ante una revolución en el pensamiento jurídico.

Cuadragésima novena.- La protección de los derechos fundamentales y patrimoniales se puede garantizar de un modo mucho más efectivo a partir de la correcta aplicación de esta reforma, sin necesidad de restringir el derecho fundamental que implica la autonomía de la voluntad y garantizando el derecho, también fundamental, de acceso a la justicia, lo que permitirá la debida defensa de los derechos patrimoniales de terceros.

BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 2006, Ed. Astrea, quinta reimpresión.
- Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 2008, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición.
- Alterini, Atilio Anibal y López Cabana, Roberto, *La Autonomía de la Voluntad*, Buenos Aires, 1989, Editorial. Abeledo Perrot.
- Arteaga Nava, Elisur , *Derecho Constitucional*, Vol. 1. México, 1999, Ed. Oxford.
- Banco de México, *Reporte sobre el Sistema Financiero, octubre de 2011*, consultado en la página web de esa institución: <http://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-discursos/publicaciones/informes-periodicos/reportes-sf/%7B4DB7724B-E63D-220E-464A-9547009CA8D5%7D.pdf>
- Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, México, 1999, Ed. Oxford, quinta edición.
- Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, 2007, Ed. Temis. Tercera Edición.
- Bovero, Michelangelo, Coordinador, *¿Cuál libertad? Diccionario mínimo contra los falsos liberales*, México, 2010, Ed. Océano.
- Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *La Interpretación de las Disposiciones Fiscales*, México, 2011, Ed. Dofiscal.
- Carbonell, Miguel, *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, 2005, Ed. Trotta.
- Cornejo, Certucha, Francisco y Belair, M. Claude, *Autonomía de la Voluntad*, Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I, México, 2004, Editorial Porrúa-UNAM, segunda edición.

- Cruz Ponce, Lisandro, *Consentimiento*, Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I, México, 1998, Porrúa-UNAM.
- De Giorgi, Raffaele, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, México, 1998, Ed. Universidad Iberoamericana.
- Díaz Bravo, Arturo, *Derecho Mercantil*, México, 2011, Ed. IURE, cuarta edición.
- *Enciclopedia jurídica OMEBA*. México, 2004.
- Escriche, Joaquín, *Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, , México, 1999, Ed. Porrúa Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris Teoría del Derecho y de la Democracia*, Tomo I, Teoría del Derecho, Madrid, 2011, Ed. Trotta.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Madrid, 2010, Ed. Trotta, 7ª edición.
- Ferrajoli, Luigi, *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*, Madrid, 2008, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Galindo Garfias, Ignacio, *Simulación*, Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, México, 2009, Porrúa-UNAM.
- Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, 1999, Ed. Gedisa.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del Derecho*, México, 1985, Ed. UNAM, segunda edición.
- Justiniano, *Instituciones*, 4,5, García del Corral, Idelfonso, Traductor y Compilador, en el sitio: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=600>
- Kant, Immanuel, *Crítica de la Razón Práctica*, Ed. FCE-UNAM-UAM, México 2005.
- Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, México, 2002, Ed. Fontamara, décima cuarta reimpresión.
- Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1949, UNAM-Porrúa.

- Khun, Thomas, *La estructura de las Revoluciones Científicas*, México, 1996, Ed. Fondo de Cultura Económica, duodécima reimpresión.
- Kummerov, Gert, *Algunos problemas fundamentales en el contrato de adhesión en el derecho privado*, Caracas, 1955. Universidad Central de Venezuela.
- Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, México, 2009, Grupo Editorial Tomo.
- López Monroy, José de Jesús, *Error civil*, Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, México, 2009, Porrúa-UNAM.
- Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México, 1991, Ed. Porrúa, decimonovena edición.
- Pérez, Ana Rosa, *Kuhn y el cambio científico*, México, 1999, FCE.
- Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, 2000, Ed. FCE, segunda reimpresión en español.
- Rocamora Valls, Pedro, *Libertad y Voluntad en el Derecho*, Madrid, , 1947, Ed. Gráficas Valera.
- Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, México, 2000, Editorial Porrúa.
- Sánchez Sandoval, Augusto, coordinador, *Control Social económico-penal en México*, México, 2008, UNAM-Plaza y Valdez.
- Stoppino, Mario, Bobbio Norberto, Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de Política*, México, 2008, Ed. Siglo XXI, decimosexta edición en español.
- Tamayo y Salmorán Rolando, *Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Ed. UNAM, IIJ, Porrúa, México, 2004.
- Ulpiano, *Digesto, Libro II, Título XIV, De los Pactos*, en el sitio: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/600/16pdf>
- Xirau, Ramón, *Introducción a la Historia de la Filosofía*, México, 2004, Ed. UNAM.
- Zagrebensky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, 1995, Ed. Trotta.