

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIADA EN DERECHO

LA FICCIÓN EN LA MERCANTILIDAD DEL DERECHO

ASESOR
JAVIER ÁLAMO GUTIÉRREZ

ALUMNA
DIANA LUCÍA CONTRERAS DOMÍNGUEZ

Ciudad Universitaria, Septiembre 2006.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

LA FICCIÓN EN LA MERCANTILIDAD DEL DERECHO

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	V
---------------------	----------

CAPITULO I

FICCIÓN JURÍDICA

1.- Definición de ficción y ficción jurídica.	1
2.- Características y utilidad de la ficción jurídica.	42
3.- Derecho ¿Realidad o ficción?	51

CAPITULO II

**LA CIENCIA FICCIÓN EN LA CIENCIA DEL
DERECHO**

1.- Influencia del cine y literatura en el Derecho.	67
2.- El Derecho como reflejo tardío de la tecnología.	82

3.- La Ciencia del Derecho es solo ciencia ficción en comercio ambulante.	99
--	-----------

CAPITULO III

ELEMENTOS FICTICIOS EN EL DERECHO

MERCANTIL

1.- PERSONAS FICTICIAS:	120
Sociedades Mercantiles	126
2.- VALORES EN:	140
A. Papel:	145
a. Títulos de créditos.	147
b. Billetes.	164
c. Vales.	171
d. Boletos.	172
e. Cupones.	173
B. Metales:	174
Moneda.	180
C. Tarjetas plásticas.	185
a. Crédito.	188

b. Débito	194
c. Servicios.	195
d. Monedero electrónico.	195
D. Instrumentos	196
3.- REPRESENTACIÓN	200
Por comisión.	205
4.- POR CONTRATO DE:	
A. Depósito irregular.	209
B. Prenda Irregular.	211
C. Asociación en participación (ISR)	214
D. Fideicomiso (ISR)	215
5.- FIRMA ELECTRÓNICA.	219
CONCLUSIONES	265
PROPUESTA	269
BIBLIOGRAFÍA	273

INTRODUCCIÓN

¿Tendrán algo que ver la ficción y el Derecho? ¿Será posible que la ficción se inmiscuya en la materia legal? ¿O será el Derecho el que participa en asuntos de ficción? Y a todo esto ¿Qué tiene que ver la ficción en el Derecho? ¿O el Derecho en la ficción?

La ficción supone imaginar, fingir o simular. El Derecho es el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta del hombre en sociedad, incluso a través de la coacción en caso de incumplimiento; de ahí que éste -el Derecho- ni es imaginario, ni fingido, ni simulado, sino real.

Si la ficción supone imaginar y el Derecho realidad ¿Qué podrán tener en común? ¿Habrán algo que una a la ficción con el Derecho o al Derecho con la ficción?

Cuando hablamos de ficción quizás lo primero que se nos viene a la mente es el Escritor Julio Verne o las múltiples películas como “La maquina del tiempo”, que por unos momentos nos llevan a un mundo de utopías. En cambio, al referirnos al Derecho lo primero en que pensamos es en leyes, conflictos, abogados, en resumen el mundo objetivo.

Al parecer la ficción y el Derecho son completamente distintos e incompatibles; mientras que una habla de utopías, el otro de realidades. Sin embargo, el Derecho toma a la ficción para crear una realidad, pues “la ley no puede cambiar la realidad, sino a través de la ficción” (*lex non potest facere veritatem, nisi per fictionem*).

VI *Introducción*

El Derecho toma a la ficción para crear la realidad jurídica, ésta no la apreciamos a través de los sentidos pero la comprendemos por la razón, tan es así, que las instituciones que la integran son respetadas por todos los seres humanos, como si se trataran de cosas tangibles, lo que permite mantener la armonía social.

Es precisamente este fin, la razón fundamental del porqué el Derecho toma a la ficción, pues permite darle existencia jurídica a las cosas imaginarias que requiere el ser humano para satisfacer necesidades y por ende lograr la estabilidad social.

Las ficciones están en todo momento de nuestra vida a pesar de ser inadvertidas, pues de la misma manera que vamos perdiendo la capacidad de asombro frente a la tecnología, nos alejamos de reflexionar o hacer conciencia de las ficciones que rodean nuestra vida cotidiana. Tan son parte de nuestra vida que no nos percatamos que sin ellas no podríamos realizar gran parte de nuestras actividades. Tal ha sido su importancia y utilidad en la vida habitual que el Derecho, les ha ido reconociendo su existencia en los diversos ordenamientos; de ahí que se hable de ficciones jurídicas.

El motivo que me llevo a desarrollar este tema, se debió a que constantemente en las diversas materias impartidas en la Facultad se aludía a la persona moral como un ente ficticio pero con pleno reconocimiento en todas las ramas del saber jurídico, de ahí que uno de mis maestros para mejor comprender su naturaleza no jurídica le bautizó como “fantasma”, en razón de que carecía de materialidad y por tanto no podía ser apreciado por los sentidos, sin embargo, en lo jurídico sí vemos las consecuencias de su actuar.

VII *Introducción*

La razón de limitar este trabajo a la materia mercantil fue al considerar que es ésta la encargada de regular los elementos ficticios que permiten modernizar al mundo, pues sin los mismos se paralizaría, y por ende son los más usados, sin percatarnos de que se tratan de cosas imaginarias que el Derecho a través de una ficción les da pleno reconocimiento, produciendo consecuencias objetivas en la realidad jurídica. Estamos tan acostumbrados a esas ficciones, que realmente creemos que se tratan de cosas materiales, y es aquí donde la ficción cumple su objetivo.

A lo largo de este trabajo se observará cómo la ficción se involucra en temas tan reales como es el Derecho y la ley.

CAPITULO I

FICCIÓN JURÍDICA

Desde el inicio de la humanidad, el hombre ha sido implacable en la búsqueda de su “ser”, de entender su propia existencia y el de la naturaleza, en la actualidad no hay datos ciertos sobre esto, se dice que el primer hombre existió aproximadamente hace uno o dos millones de años, pero ¿Cómo saberlo realmente? Si sólo de darle un vistazo a la historia está rodeada de guerras entre los propios hombres, por una idea de poder, que como tal no se puede captar a través de los sentidos, pero si por el intelecto ¿Cómo saber que antes no era así?

El ser humano ha intentado de múltiples formas explicar su “ser”, contradictoriamente en un origen irracional a través de doctrinas míticas, al explicar de una forma imaginaria, intuitiva y quizá descabellada, al mundo por medio de los dioses, al suponer que la humanidad y la naturaleza por si solas no eran capaces de crear lo que extraordinariamente observaba.

Gracias a esta búsqueda realizada a través de la imaginación, dio un gran paso: dejar el saber irracional para alcanzar el saber lógico o el de la razón, y dejar atrás el simple sentido común de la vida cotidiana, para encontrar la verdad objetiva o racional de la naturaleza de las cosas; al intentar sustituir lo sobrenatural por lo natural, lo divino por lo humano, lo celeste por lo terrenal, poniendo a un lado la fe y favoreciendo a la razón.

Así, al hacer un recorrido desde hace dos mil quinientos años se encuentran las primeras explicaciones del mundo real: al considerar “el agua” como el

principio de las cosas, al observar la necesidad por los seres humanos de este elemento para vivir y creer que todo lo que se mueve tiene alma (Tales de Mileto); más adelante se pensó, que el hombre provenía de peces acostumbrados poco a poco a vivir en la tierra (Anaximandro); adicionalmente, surge la teoría de que el principio de las cosas naturales era “el aire”, éste daba origen a la vida y por ende al alma, pues el vocablo alma proviene del latí *anima*, y a su vez del griego *anemos*, aire (Anaximenes).

Posteriormente, con el estudio de las ciencias matemáticas, filosóficas, sociológicas, políticas, entre otras, se traslado el conocimiento obtenido por la observación de la naturaleza al universo humano, donde el saber racional, no era sólo el “saber por saber” sino por la utilidad práctica para el hombre (Sócrates). No obstante, irónicamente se consideró como único mundo real al mundo inteligible, pues el hombre a través de las ideas le dio forma al mundo; esa realidad objetiva o mundo real eran sólo copia, reflejo o imitación del intelecto (Platón). Aún así, el hombre era naturalmente sociable y naturalmente ciudadano, por ello, la sociedad era un hecho natural (Aristóteles).

En el cristianismo, se impuso el dogma de la Iglesia Católica, donde la existencia del mundo y el hombre fueron creados de la nada, por un Dios. La razón prevalecería, bajo la condicionante de no poner en duda la existencia divina. Con esto, se vió nuevamente al ser humano como el centro del universo, al incorporar nuevos conceptos de la existencia del hombre, el mundo y la sociedad; aunque no prescindió de la influencia de la Iglesia Católica, se postuló la solución de los problemas mediante la libertad de razonamiento.

Por esta libertad, el hombre fue conciente de su capacidad nata para transformar la naturaleza y por ende aprovecharla, el resultado fue una realidad

social distinta a la vivida; al incluir el cambio de política de monarquías absolutas a republicas, el empuje comercial de la burguesía con el descubrimiento de América y la apertura de nuevas rutas comerciales, entre otros. Las secuelas fueron la enorme división de las clases sociales, las guerras, miseria y podredumbre. Se pensó que la única forma de salir de esa realidad objetiva era a través de la utopía, el sueño, el arte, la muerte y la locura.¹

El hombre se sustentaría nuevamente en las doctrinas míticas o teorías irracionales, en parte superadas, para crear un mundo en donde la explicación de las cosas e instituciones que lo integran sería a través de la imaginación, entrando a un mundo irreal físicamente pero real en el intelecto. Este mundo sin vida objetiva pero si ficticia es el mundo jurídico, donde lo inmaterial, lo inexistente y lo imaginario, tendrá una existencia ficticia bajo una regulación jurídica.

Sin duda el elemento fundamental para el descubrimiento de las cosas es la imaginación, pues es el comienzo para que el hombre prepare el camino para conseguir lo objetivamente imposible.

Es así, como surgió el Derecho, de la imaginación de la idea ficticia de convivencia armónica entre todos los seres humanos; y digo ficticia, porque desde siempre el hombre buscó y busca el poder bajo un barato discurso de vida, primero fue "él más fuerte sobrevive", después "la guerra armada por territorio", hoy "guerra económica" y mañana iniciará de nuevo el ciclo, y será "guerra de sobrevivencia, una guerra por agua".

¹ DE RÓTTERDAM, Erasmo. *Elogio de la Locura*. Quinta edición. Editorial Porrúa. México. 2000. Página 15.

La idea de ficción es fundamental para entender el surgimiento del Derecho como tal y la creación de una nueva realidad: la jurídica.

1.- Definición de ficción y ficción jurídica

Cuantas veces el ser humano al leer libros o ver películas se sumerge por unos momentos en esa realidad virtual e imaginaria de la “*ciencia ficción*”,² donde se toma lo ficticio como si fuera existente, y se crea así, una nueva realidad.

La ficción es resultado de la necesidad del ser humano de salir de su realidad objetiva, pues cansado de ver miseria, mugre, robos, asesinatos, enfermedades, políticos; busca en el refugio de lo ficticio un mundo distinto. Sin pensar en ese momento, que **la palabra ficción usada en lo coloquial, es tomada por diversas ciencias como elemento o sustento de teorías.**

El ser humano usa la forma ficticia sin sustento físico u objetivo, comprendido por el intelecto, como si se tratara de algo real y tangible, pues es el resultado de la búsqueda de cubrir la necesidad de dar existencia a lo que no la tiene, y se refleja en una utilidad práctica, al permitir mostrar ideas que de otra forma no se les podría dar existencia.

El Diccionario de la Real Academia Española, menciona:

² **Ciencia Ficción:** género de obras literarias o cinematográficas, cuyo contenido se basa en hipotéticos logros científicos y técnicos del futuro.

Diccionario de la Real Academia Española 22ª edición. 2001.

Página Web. <http://buscan.rea/diccionario/drae.htm>.

“Ficción. (Del lat. *Fictio*, -onis.) f. Acción y efecto de fingir **II 2.** Invención, cosa fingida **II 3.** V. Clase de obras literarias o cinematográficas, generalmente narrativas, que tratan de sucesos y personajes imaginarios. Obra, libro de ficción. **II 4. De derecho, o legal. Der. La que introduce o autoriza la ley o la jurisprudencia en favor de alguien;** como cuando el hijo concebido se le tiene por nacido. **II 5.** Ciencia ficción.”

“Ficticio, cia (Del lat. *Fictitius*.) **1.** adjetivo fingido, imaginario o fabuloso. Entusiasmo *ficcitio*. **II 2.** adj. Convencional, que resulta de una convención. El valor del papel moneda es ficticio.”

“Ficto, ta (Del lat. *fictus*) p.p. irregular de fingir”³

Etimológicamente el término **ficticio** significa:

*“Fingido, imaginario, simulado, artificial, falso: latín *ficticius, fictitius, ficticio, de fictus, participio pasado de fingere, formar, hacer, fabricar, fingir, simular.*”*

*“Raíz que proviene del lenguaje indoeuropeo “dhigh-ura”, vocablo perteneciente a la misma familia lingüística de la palabra figura, que significa **a lo que se le da forma**, en particular en esa lengua dar forma a la arcilla.”⁴*

Esto implica que lo **ficticio** con base en su referencia etimológica, **es darle forma a algo**, sin importar si la existencia es imaginaria o simplemente distinta a la realidad objetiva, dando lugar a la creación de una nueva forma de realidad.

Desde siempre han existido dos tipos de realidad: la objetiva, todo lo captado con los sentidos; y la religiosa u ortodoxa, el culto a los muertos. En la antigüedad, la realidad era natural, la desarrollada por si misma; y artificial,

³ Diccionario de la Real Academia Española. *Opus citatus*.

⁴ GÓMEZ DE SILVA, Guido. *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española*. Fondo de Cultura Económica. México 1988. Página 300.

producto de la actividad humana. Para la edad Media, Moderna y Contemporánea, persisten tanto la realidad objetiva como la ficticia; esta última como la religiosa -donde la explicación del mundo es a través de la divinidad- pero en una existencia intelectual, y no supuesta. Con esta concepción de entender la existencia de un Dios en la mente, se toma a la ficción o imaginación como una realidad, sustentada en la subjetividad.

Así, la palabra ficción es tomada como sustento de realidad por el Derecho, pues asume lo ficticio para resolver problemas que por la naturaleza de las cosas no se pueden solucionar; inventa un mundo irreal físicamente, pero captado por el intelecto, y le da una nueva forma a la realidad y crea la realidad jurídica.

Algunos diccionarios especializados en el ámbito jurídico establecen la definición de ficción a saber:

*“Ficción: latín ficto (de fingere, fingir). Procedimiento de la técnica jurídica consistente en **suponer un hecho o una situación distintos de la realidad, para deducir de ello consecuencias jurídicas.** Ejemplo, efecto retroactivo de la partición y de la condición.”⁵*

*“Ficticio: acto que **a pesar de las apariencias no tiene ninguna existencia real.** Ejemplo, enajenación ficticia de los bienes a un amigo, para escapar de la acción de los acreedores.”⁶*

*“Ficción: hay ficción siempre que medie una simulación con la que se pretende encubrir la verdad o hacer creer que no es cierto. **La ficción obra los mismos efectos que la verdad y consiguientemente debe imitar a ésta, huyendo así de lo inverosímil como de lo imposible.***

⁵ Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1986.

⁶ Ídem.

No deben las ficciones extenderse a cosas, personas o hechos distintos a aquellos para los cuales expresa y concretamente han sido admitidos por la ley. La facultad de establecer las ficciones es exclusiva del legislador y extraño en lo absoluto de la potestad judicial.”⁷

“Ficción: fingir que un hecho no acaecido se ha realizado, o que una creación de la mente tiene existencia real. Es un procedimiento usado por la técnica jurídica para justificar determinadas disposiciones que de otra manera no sería posible establecer.

*Debe distinguirse la presunción de la ficción en cuanto la primera es una deducción obtenida de hechos que efectivamente se han realizado, mientras que la **ficción no necesariamente se apoya en hechos reales, es sólo creación de la mente.***

Ejemplos de ficción en el CC se encuentran en el caso de inicio de la personalidad del nacíto al tenerlo por nacido para los efectos previstos por el Código Civil; el efecto del autor de una herencia para establecer el orden de los herederos, la personalidad moral de los entes colectivos, la voluntad del mandante en los actos del mandatario, realizados a nombre de aquel y otros más.”⁸

Considerando lo anterior, las ficciones jurídicas:

- a.- Permiten suponer hechos o situaciones distintas a la realidad objetiva.
- b.- No tienen una existencia real y tangible, a pesar de las apariencias.
- c.- Tienen los mismos efectos de la “verdad”, aunque establezca lo contrario.
- d.- Se cree realizado un hecho, cuando en realidad no sucedió.
- e.- Se finge que las creaciones de la mente tienen existencia real.

El Derecho como ciencia social, es la ciencia más influida por las demás ramas del saber humano, pues precisamente el Derecho es al que le corresponde

⁷ Nueva Enciclopedia Jurídica. Editorial Francisco Seix S.A. de C.V. Barcelona. 1982.

⁸ BAQUEIRO, Edgar. Diccionario Jurídico. Editorial Harla. 1989. Pagina 49.

armonizar las relaciones sociales de los seres humanos en todas sus manifestaciones exteriores;⁹ supone la aceptación por el hombre de la necesidad de ajustar su conducta a un conjunto de normas jurídicas, surgiendo un poder coercitivo para sancionar aquellos que la transgreden. Por ello, el Derecho toma a las ficciones para lograr el cumplimiento de sus objetivos, fines e ideales.

De ahí, la importancia de las ficciones en el orbe del Derecho, porque a través de éstas, se le da existencia imaginaria -captada a través del intelecto- a lo que física y objetivamente no la tiene, produciendo las consecuencias jurídicas requeridas.

El jurista José Francisco Lorca Navarrete¹⁰ efectuó una clasificación de las ficciones con relación a otras ciencias, las cuales se pueden aplicar al Derecho mexicano vigente, estas son:

- A. Ficciones biológicas.
- B. Ficciones sociológicas.
- C. Ficciones técnicas.
- D. Ficciones científicas.
- E. Ficciones filosóficas.

Este autor, se refiere a las ficciones bajo principios éticos, filosóficos y de la técnica jurídica, por ello los estimo de gran trascendencia y utilidad para este trabajo, pues da una visión de la forma y términos en que el Derecho toma

⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho Sucesorio*. Cuarta edición. Editorial Porrúa. S.A. México.2002. Página 266.

¹⁰ LORCA NAVARRETE, José Francisco. *El Derecho Natural, hoy a propósito de las ficciones jurídicas*. Ediciones Pirámide. S.A. Madrid. 1978. Páginas 107-122.

instituciones, figuras o ideas para darle existencia a lo que no la tiene, y así, mantener la armonía social.

A.- Ficciones Biológicas.

Son ficciones que nacen de una conducta determinada, *cuando se supone la existencia de determinadas pautas de comportamiento y se crea ficticiamente un vínculo con otro ser vivo.*

El Derecho mexicano regula, el comportamiento surgido por la relación biológica, que puede llegar a tener o tenga, un ser humano con otro, que aún no lo es, pero llegará a serlo.

Verbi gratia, el artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal, determina:

“Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil [...].

Para efectos jurídicos éste es el inicio de la vida de una persona física, y la legislación por ficción considera al concebido como nacido, bajo lo establecido en el artículo 22 del mismo ordenamiento:

*“La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento que un individuo es **concebido**, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código”.*

La ficción consiste en tomar al **concebido por nacido**, formando una relación biológica entre éste y los progenitores, y por ende trae consecuencias

jurídicas, como: alimentos, filiación, parentesco. Biológicamente aun no es un ser humano pero para el Derecho es ya una persona física.

Con el fortalecimiento de la ciencia y sus avances en la Biología, por ejemplo, la concepción a través de medios mecánicos, la inseminación artificial (especie), la fecundación *in Vitro* o la clonación, repercuten en la sociedad, y por ende el Derecho cambia.

La inseminación artificial tiene dos formas: la "*autoinseminación*" o "*inseminación homóloga*", cuando la mujer es inseminada por el cónyuge o concubino; y la "*heteroinseminación*" en que la mujer es inseminada por un "*tradens*" (quien da el semen o espermatozoide) distinto al cónyuge o concubino, esta forma se puede dar también en mujeres solteras. La concepción a través de este medio genera problemas de filiación y herencia.

Por otro lado, la concepción a través de la fecundación "*In Vitro*" o la clonación tienen un problema adicional respecto a la protección legal; si se piensa en **un óvulo fecundado por el espermatozoide en un laboratorio y posteriormente implantado en una máquina acondicionada como útero; a partir de este momento existe prácticamente la concepción, y por ende se le tendrá por nacido y será sujeto de protección legal.** Pero ¿Quién lo protege? ¿Acaso la máquina usada como sustituto de vientre materno? suena por el momento ilógico, pero en unos años gracias a la tecnología se verán máquinas programadas como si se trataran de humanos. ¿O acaso el biólogo o científico que realizó los medios para crear la concepción, sin haber dado el óvulo o el espermatozoide? Si el científico no es el "*tradens*" no tiene deberes y obligaciones respecto al concebido, simplemente no existe filiación ¿O como siempre, será el papá Estado?

El Derecho jamás alcanzará a la ciencia y entre ellas a la Biología, es necesario realizar estudios e investigaciones para acercarse a ella, sin crear una regulación anacrónica; en México se prohíbe la utilización de estos medios, excepto cuando se trata de procreación;¹¹ por ello, se deben permitir la realización de experimentos, debidamente regulados, para fomentar nuevas tecnologías. Los seres humanos no se detienen ante el futuro tecnológico y si sólo se prohíbe en lugar de darles oportunidad a sus investigaciones, se crearán de todas maneras, pero dentro de un mercado negro.

Con la premura de los cambios y desarrollos científicos y tecnológicos, se vuelve imposible establecer los efectos y alcances de los mismos, no sólo por quien los crea sino por quien los regula. Es aquí, la importancia de los especialistas en

¹¹ El Código Penal para el Distrito Federal, regula la inseminación artificial y el genoma humano, a través de prohibiciones:

1. Establece sanciones para quien utilice “óvulos o espermias para fines distintos a los autorizados por sus donantes”; o bien, realice inseminación artificial sin consentimiento o con violencia; igualmente, si se implanta un óvulo fecundado, si se utilizó un óvulo y espermia ajeno, no autorizado.
2. Sanciona a quien manipula genes humanos que alteren el genotipo, pues sólo se permite su manipulación para la eliminación o disminución de enfermedades graves.
3. Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana.
4. Prohíbe la creación de seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

Se permite la realización de estas actividades, siempre y cuando no se realicen con fines ilícitos, sin embargo, en la legislación mexicana, se considera ilícito, lo contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, por ello, estas actividades pueden considerarse ilegales, por ser contraria a las buenas costumbres, con esto se evitan efectuar estas prácticas científicas, no obstante se realizan en un mercado negro y de ilegalidad.

Derecho, para realizar las propuestas del marco jurídico que regularán la aplicación y efectos de esos desarrollos científicos en la sociedad.

Estos desarrollos permiten que la vida del ser humano sea más simple y por ende su realidad; sin embargo, algunos de éstos se han revertido en perjuicio de la humanidad.¹² Por ello, la importancia por parte del Derecho nacional e internacional de establecer una adecuada regulación, sin prohibir su desarrollo, bajo la condicionante de respetar la dignidad humana, los derechos fundamentales de la persona y los principios éticos y morales que rigen en la sociedad. De otra manera sería una regulación obsoleta, pues la ciencia no se detiene y de todas formas se practicará en un marco de ilegalidad.

Los legisladores deben dejar a un lado la flojera, los compromisos políticos o económicos que los llevan a crear una legislación anacrónica; hoy en día deben hacerlo con mayor celeridad, con la información adecuada y cierta para lograr regular los desarrollos científicos que son ya una realidad; deben establecer límites, condiciones o plazos pero no prohibirlos.

Actualmente uno de los desarrollos más importantes es el “genoma humano” por su utilidad para el tratamiento y prevención de enfermedades antes incurables. En México aún no existe una regulación que no signifique prohibir sobre este tema, a pesar de estar a unos cuantos pasos de lograr descubrir la cadena completa del ADN. Es importante observar desde ahora los problemas que surgirían con esto y la necesidad de ser regulados por el Derecho, ya sea para evitar prácticas, o bien, establecer sanciones a quienes discriminen a las personas por su herencia genética; por ello, es elemental realizar estudios especializados sobre los posibles escenarios, para llegado el momento se logre una adecuada

¹² Antes las bombas atómicas lanzada en 1945 en Hiroshima y Nagasaki; hoy el ciberdelincuente como una nueva forma de delinquir y aterrorizar en determinados casos al hombre.

legislación; pues dependerá de esto, que el conocimiento genético se utilice en favor de la humanidad.

Adicionalmente, con la consolidación del cine de “ciencia ficción”, por la utilización de medios tecnológicos en la creación de los llamados “efectos especiales”, se permite tener una visión del futuro, y se podrá utilizar a esta industria para establecer los posibles principios de la normatividad para impedir el mal uso o abuso del conocimiento genético¹³ en perjuicio del propio ser humano, pues la ciencia ha superado en gran medida al Derecho, por ello, la labor del legislador es aun más urgente, para regular el uso y aplicación de los desarrollos y fenómenos que ya son parte de la realidad.

El Derecho esta íntimamente ligado con las ciencias biológicas, pues se encarga de regularlas y prohibir en determinados casos prácticas o experimentos, que dependerán en todo momento del criterio del legislador, para mantener la armonía social.

¹³ El Genoma Humano es el número total de cromosomas del cuerpo. Los cromosomas contienen aproximadamente 80.000 genes, que son responsables de la herencia. La información contenida en los genes ha sido decodificada y permite a la ciencia conocer mediante cuestionarios genéticos, qué enfermedades podrá sufrir una persona en su vida. Con ese conocimiento se podrán tratar enfermedades hasta ahora incurables.

No obstante, la genética en general ha dado ya grandes frutos a la humanidad. Por ejemplo, el desarrollo de bacterias, plantas e incluso mamíferos, por medio de la ingeniería genética; siendo la mayoría de estos desarrollos de gran utilidad para la humanidad.

Con darle un vistazo a la Historia es fácil percatarse, que todo lo que sirve al hombre puede ser utilizado en su contra, por ello, es necesario establecer diversos escenarios utilizando al cine de ciencia ficción, para tener una visión de lo que será el futuro tecnológico en general, y por ahora sobre materia genética.

Se vislumbra que en poco tiempo se contará con el código genético de cada individuo, lo que dará paso a un registro de identidad biológica. Con ello, se establecerá una nueva normatividad sobre el derecho a la privacidad y la intimidad; siendo necesario establecer nuevos conceptos de regulación jurídica específica sobre el tratamiento y uso que puede darse a esa información, de acuerdo con las exigencias de la propia realidad.

MARTÍNEZ Victor M. y BULLÉ Gory. *Genética Humana y Derecho a la vida privada*. <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/82/2.htm>.

B.- Ficciones Sociológicas.

Son las ficciones creadas con la finalidad de conservar determinadas instituciones.

Las instituciones establecidas en un país permiten mantener la paz o resolver conflictos de intereses, pues la sociedad es cambiante y por ende las normas, para ello, deben de existir principios jurídicos, morales y éticos inmutables, donde le corresponde a los ciudadanos adaptarse a ellos.

Estos principios inmutables son producto de la historia de la humanidad, como la abolición de la esclavitud¹⁴ y la proclamación de la libertad en todos sus aspectos, incluyendo la libertad física y de pensamiento.

En el Derecho mexicano la libertad se limita a lo prohibido en la ley, sin embargo, hay regiones abandonadas por el Estado y alejadas de la civilización, donde la ley son los usos y costumbres que rigen la vida en común; así, las mujeres pueden ser objeto de comercio, al venderse y comprarse como mercancías, pues sus progenitores, a través de esas prácticas habituales disponen de su vida como si se tratara de una propiedad que les pertenece.

Con base en esos hechos sociales de la historia del país, el legislador traslada nociones sociológicas a diversas normas del Derecho positivo mexicano, con la finalidad de mantener principios e instituciones.

¹⁴ Artículo 2º Constitucional: Está prohibida la esclavitud en los Estado Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán por ese sólo hecho, su libertad y protección de las leyes.

Verbi gratia, el artículo 138 ter y sextus del Código Civil para el Distrito Federal:

Artículo 138 ter: *“Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.”.*

Artículo 138 sextus: *“Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideraciones, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.”*

La familia es el núcleo social, con base en sus normas internas, permite la estabilidad de toda la sociedad, y el Derecho incorpora en la ley las ideas de respeto, dignidad, solidaridad entre sus miembros, con el objeto de mantener la institución familiar y por ende la armonía social.

El objeto del matrimonio, marcado por el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal:

*“Matrimonio es la unión libre de un **hombre y una mujer** para realizar la comunidad de vida, en donde ambos **se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua** con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige. “*

La ficción sociológica consiste, en procurar respeto, igualdad y ayuda mutua entre un hombre y una mujer, pues dichos principios son con la intención de conservar la institución, pues las mismas son normas morales, y por ende no existe la coacción jurídica en caso de incumplimiento.

Por otro lado, la Ley General de Sociedades Cooperativas define a ésta, con una orientación sociológica, como refiere en el artículo 2, al señalar:

“La sociedad cooperativa es una forma de organización social integrada por personas físicas con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas, a través de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.”.

La declaración de ayuda mutua establecida en la ley, no determina los alcances que podrá llegar a tener la misma, por lo tanto es una ficción al ser aplicada “como si” realmente la razón de ser fuera conservar la armonía social, sin embargo, como una forma ética y moral depende de cada individuo.

C.- Ficciones Técnicas.

Son las ficciones relacionadas con la interpretación extensiva y el procedimiento analógico.

El vocablo interpretar proviene del latín *interpretāri*, quiere decir:

“Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto; o bien, explicar acciones, dichos o sucesos que pueden ser entendidos de diferentes modos.”¹⁵

La interpretación jurídica es un proceso de comprensión del contenido de uno o varios preceptos legales, con el objeto de determinar el sentido de una norma.

¹⁵ Diccionario de la Real Academia Española. *Opus citatus*

La interpretación de la norma exige el conocimiento claro de lo que es el Derecho, para desentrañar el sentido del precepto normativo; de lo contrario se puede suponer una norma moral, ética o religiosa como jurídica.

Al intérprete del Derecho le interesa conocer el sentido gramatical, como el pensamiento contenido en la estructura lógico-jurídica del precepto legal - supuesto, deber ser y consecuencia- con la finalidad de aplicar la norma general al caso concreto.

Los tipos de interpretación son:

1.- **Popular.** La realiza cualquier persona no experta en temas jurídicos, por ende, con una perspectiva sin tecnicismos.

2.- **Doctrinal.** La efectúan los expertos del Derecho; en México no es obligatoria; no obstante, los jueces suelen fundar sus resoluciones en la doctrina jurídica, cuando se trata de instituciones atípicas.

3.- **Judicial.** Es la realizada por Jueces, Magistrados o Ministros, por ello, es obligatoria para las autoridades inferiores. Es de especial importancia la realizada por los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al dictar tesis y crear jurisprudencia.

4.- **Auténtica o Legislativa.** La lleva a cabo el propio legislador; puede ser contextual: cuando la efectúa en la misma norma o en la ley; y la no contextual: cuando se hace en ley posterior.

Con el problema de la determinación del objeto de la interpretación, surgen escuelas que consideran como finalidad de la interpretación jurídica:

1. La indagación de la voluntad del legislador; o bien,
2. Que una vez promulgada la ley, se desvincula de todo aquello que el legislador quiso establecer en la norma, y ésta adquiere con independencia de la voluntad de su autor, una supuesta voluntad propia, variable según la época histórica, el momento y las circunstancias de su aplicación por el juzgador en cada caso concreto; otras sostienen que,
3. El juzgador en cada caso concreto de aplicación, debe sustraerse a la voluntad presunta del legislador, si el problema no está resuelto en la ley, debe considerarse como si éste estuviera presente en el momento de decidir el conflicto no previsto.

Estas escuelas, crearon su propio sistema o método de interpretación, con base en su propia concepción del Derecho, así, desde la época romana se llevó a cabo esta labor, no obstante, tuvo mayor auge a principios del siglo XIX con motivo de la aplicación del Código Civil francés de 1804; estas son:¹⁶

a.- Sistema Racionalista Clásico. Depende del Derecho natural, concibe a los principios absolutos como sistema de solución de problemas jurídicos.

¹⁶ Véase: GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*. Decimaséptima edición. Editorial Porrúa. México 1998. Páginas 181-198. Y, OVILLA MANDUJANO, Manuel. *Teoría del Derecho*. Séptima edición. Editorial Duero. México. 1990. Páginas 100- 105.

b.- Sistema Tradicional o Exegético. La interpretación de las leyes se apoya en el sentido de las palabras, no se substituye la voluntad del legislador.

c.- Sistema Histórico -Dogmático. La interpretación correcta de la ley, sólo se efectúa, si coincide con el sentido dado en el momento histórico de su promulgación.

d.- Sistema Jurisprudencial Conceptual. El Derecho es un conjunto de relaciones específicas y de principios generales, por ello, permite llenar lagunas de ley con normas implícitas extraídas de las normas expresas; apeándose a la intención del legislador.

e.- Sistema de la Teoría Crítica. De la introspección u observación del interior de las propias instituciones jurídicas de forma crítica, se llega a conceptos y principios inexcusables para someter a unidad y ordenación todas las cuestiones de Derecho concebibles. *Interpretar una voluntad jurídica equivale a comprenderla en su modo de ser concreto que la diferencia de otras voluntades jurídicas* (Stammler).

f.- Sistema del Positivismo Sociológico. La interpretación del Derecho debe realizarse con base en conocimientos profundos y directos de la estructura social y económica de sus instituciones, y no a través de las normas.

g.- Sistema Histórico Comparativo. Se debe interpretar a través del origen, evolución y transformación de las instituciones jurídicas.

h.- Sistema Histórico Evolutivo. La interpretación de las normas se realiza con base en los cambios históricos que modifican la intención; incluso las normas

son algo distinto a la concepción del autor, por ello, el interprete debe dar un nuevo enfoque a la norma vieja.

i.- Sistema de la Libre Investigación Científica. Las normas tienen una naturaleza intencional. La norma jurídica se expresa en el precepto por medio del lenguaje, como instrumento para manifestar la razón humana; se permite indagar si este instrumento de expresión, manifiesta o declara un concepto lógicamente admitido. El Derecho no se agota en los textos legislativos, porque el legislador no puede tener en cuenta todos los casos posibles presentados en la vida social en el momento de elaboración de la norma; se interpreta la norma a través del contenido conceptual del precepto legal.

j.- Sistema de Derecho Libre. Rechaza la interpretación racional y dogmática de los textos legales, pues la ciencia del Derecho no se limita al conocimiento de la norma, sino a su vez crea Derecho. El juez al interpretar la norma, crea preceptos jurídicos con la finalidad de aplicar la justicia; la ausencia de un precepto aplicable lo autoriza para ocupar el lugar del legislador y separarse de los códigos para realizar justicia.

k.- Sistema Analítico o interpretación sistemática. Se efectúa atendiendo a construcciones dogmáticas. Su procedimiento establece definiciones y esclarecimiento de los conceptos de relaciones lógicas, y crea un lenguaje técnico. La interpretación de la norma se establece por su articulación sintáctica y por su relación con las normas de los demás ordenamientos.

l.- Sistema de la Teoría Pura del Derecho o Kelseniano. De la aplicación de una norma grado inferior, el juez o intérprete encuentran en la norma superior el procedimiento de la creación de la norma inferior y el contenido de ésta. Esta

determinación nunca es completa, siempre queda un margen de aplicación, un marco de posibilidades dentro del cual el aplicador de la norma puede moverse legítimamente, bien porque la norma superior haya autorizado el arbitrio del juzgador, o bien porque la disposición de la norma es ambigua y permite varios significados. El juez puede optar por cualquiera de estas posibilidades, ejerciendo un acto de voluntad y en ese sentido, es creador de normas individuadas.

Estos sistemas de la hermenéutica jurídica, dependen de las concepciones teóricas de lo que se debe entender por Derecho, así, algunos sistemas son rígidos y otros permiten gran libertad en la interpretación en el momento de aplicar la norma jurídica, pues es éste, su objeto.

La interpretación se clasifica según la extensión y alcances que a la misma se le asigne en:¹⁷

1.- **Declarativa.** Cuando las palabras de la ley expresan fiel y acabadamente el pensamiento del legislador que le dio vida. En este caso, la interpretación es sencilla, reduciéndose solamente a desarrollar el pensamiento de la norma. Pues, el resultado es coincidente en toda su amplitud con lo expresado en la fórmula del texto.

2.- **Restringida.** Del estudio realizado para desentrañar el sentido del precepto, se concluye, que las palabras expresan más de lo deseado por el legislador al crear la norma.

¹⁷ Ídem

3.- **Extensiva.** El interprete trata de dar o averiguar mayores alcances a los otorgados por la propia ley; por ello, comprueba que las palabras empleadas en el texto expresan menos del verdadero contenido de la norma, así, le da una amplitud mayor a la norma por aplicar.

La interpretación extensiva se observa en el momento de aplicar las normas, se acude a ésta figura, para establecer la ficción de una supuesta voluntad del legislador, pues el intérprete trata de dar o averiguar mayores alcances a los que tiene la propia ley, con la finalidad de atribuirle el valor efectivo.

Tomando las posturas rígidas o de mayor libertad de los diversos sistemas de interpretación, considero que la interpretación debe unificarse, pues el juez al aplicar la norma, en su interpretación de la misma, incluso al interpretar la jurisprudencia -establecida con el fin de indagar sobre lo que quiso decir el legislador-, es totalmente independiente, provocando en algunos casos la aplicación contradictoria en asuntos similares respecto de una misma norma, por ello, la trascendencia de establecer reglas o sistemas de interpretación uniformes.

Es imposible prever todas las conductas del ser humano en los preceptos normativos, pues gracias a la consolidación de la tecnología, sus actividades son cambiantes, sin embargo, por razones de orden, seguridad y justicia, deben esas conductas estar sometidas a normas jurídicas. Por esta imposibilidad y por la existencia de lagunas en la ley se creó la figura jurídica de la analogía, como medio de integración de los textos legales.

La analogía se sustenta en el principio: *“donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición”*, el juzgador crea una nueva y distinta regla fundada

en la identidad de razón, para aplicar un determinado precepto, a un caso no previsto.

Se separa la analogía *legis* de la analogía *juris*. En la primera se parte de un precepto legal singularmente determinado para aplicarlo a un caso no coincidente totalmente con el supuesto de la norma, pero sí, con un elemento común fundamental con el que la norma disciplina.

En la analogía *juris*, no se toma como base un precepto legal concreto y específico, sino todo un conjunto o grupo de normas, referentes a una institución, para desprender de ellas el principio rector determinado de lo que ellas disponen y aplicar dicho principio, por inducción y generalización, al caso no previsto en ninguna de esas disposiciones.¹⁸

Así, la interpretación supone la existencia de una norma, pues precisamente el objeto de esta institución jurídica es aplicarla a casos particulares; cuando se trata de interpretación extensiva, se supone una voluntad legislativa. En la analogía, se aplica un supuesto de ley, como si fuera el específico para un caso concreto, siempre y cuando sea similar en el planteamiento; por ficción se considera la existencia de una norma que en realidad no existe.

¹⁸ En la analogía *juris*, se aplican los Principios Generales de Derecho, como procedimiento de integración de las leyes. Pues se consideran como aquellas normas de validez intrínseca -del Derecho natural- válidas por sí mismas y las ideas fundamentales inspiradas de un sistema concreto de Derecho positivo.

A falta de una disposición formalmente válida, en concordancia con el sistema, el juzgador debe formular un principio con validez intrínseca, generalizando las disposiciones particulares, hasta llegar por inducción a dichos principios.

Estas dos ficciones son reconocidas y aplicadas por el Derecho mexicano. *Verbi gratia*, el Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Artículo 14. En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente:

III. No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos.”

*“Artículo 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su **interpretación jurídica**. A falta de ley se resolverá conforme a los principios generales del derecho.*

D.- Ficciones Científicas.

Son aquellas que *forman nuevos conceptos jurídicos*, como la clasificación de bienes muebles e inmuebles y la constitución de personas morales.

Respecto a los bienes, considerados como cosas en la legislación mexicana, el Maestro Ernesto Gutiérrez y González, sostiene:

“Cosa es toda realidad corpórea o incorpórea interior o exterior al ser humano, susceptible de entrar a una relación de Derecho a modo de objeto o materia de la misma, que le sea útil, tenga individualidad propia y sea sometida a un titular.”¹⁹

¹⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *El Patrimonio*. Séptima edición. Editorial Porrúa, S.A. México.2002. Página 73.

La cosa corporal se capta a través de los sentidos y la cosa incorpórea por medio del intelecto, de ésta última surge la ficción, ya que el Derecho reconoce su existencia sin que exista físicamente, con la finalidad de regular una conducta.

Ejemplo de los bienes considerados como ficciones son los derechos de autor e ideas no percibidas a través de los sentidos, pero la ley reconoce las creaciones literarias y artísticas con la finalidad de proteger al autor para el goce de las prerrogativas y privilegios de su obra.

Lo mismo pasa con el patrimonio moral o algunos derechos de la personalidad, entre otros, el derecho al honor, al nombre, a la vida; son bienes incorpóreos, por ende, no se puedan captar por medio de los sentidos, pero sí con el intelecto, por ello, la ley los reconoce para protección legal.

En los bienes inmuebles por destino (muebles por naturaleza), la ley a través de una ficción cambia su naturaleza física, como si fueran inmuebles. Es así, el caso del mural de Siqueiros ubicado en la torre de Rectoría en Ciudad Universitaria, como tal es un mueble, pues es susceptible de cambiarse de lugar, pero, al estar adherido al edificio se considera como inmueble. Por ficción cambia la naturaleza física de dicho bien.

Las personas ficticias son instituciones jurídicas que surgen de una ficción, no tienen existencia física pero sí jurídica, reconocidas por la ley. El reconocimiento es tal que tienen un tratamiento como si existieran en el mundo objetivo, pues de igual forma que las físicas cuentan con atributos de la personalidad: nombre, nacionalidad, patrimonio, domicilio y capacidad.

El Código Civil para el Distrito Federal reconoce como personas morales en su artículo 25:

- I. La Nación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios;*
- II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;*
- III. Las sociedades civiles o mercantiles;*
- IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;*
- V. Las sociedades cooperativas y mutualistas;*
- VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos de recreo o de cualquier otro fin lícito, siempre que no fuere desconocido por la ley; y*
- VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736”.*

E.- Ficciones Filosóficas.

Son las teorías o concepciones que han intentado explicar el origen del Derecho o de la sociedad o del Estado, haciendo uso de ciertas hipótesis ajenas a una verificación real e histórica del hecho del que parten.

En todas las civilizaciones se ha reflexionado en torno a la sociedad y el Derecho; innumerables filósofos, políticos, historiadores y juristas han elaborado teorías, ideas o doctrinas respecto al posible origen de la sociedad.

Existen una diversidad de posturas con relación al origen de la sociedad y el Estado; el aforismo: *“donde hay sociedad hay Derecho”*, resume la imposibilidad de imaginar una sociedad en donde no exista el Derecho y el Estado, bajo este refrán se han creado diversas teorías con la finalidad de explicar estos conceptos.

Por ejemplo, la relacionada con la potestad divina, donde Dios crea a Adán y Eva para procrear hijos y fundar una gran sociedad; o bien, la leyenda en donde Moisés recibe de Dios, los diez mandamientos, considerados como la base de gran parte de las normas.

Para el Filósofo **Aristóteles** el hombre era naturalmente sociable y naturalmente ciudadano, por ello, la sociedad era un hecho natural.

El Jurista Romano **Cicerón**, postula la existencia de una verdadera ley: *la recta razón que, conforme a la naturaleza, rige para todos los hombres y es inmutable y eterna*. Esta ley impulsa a los hombres al cumplimiento de sus deberes y les prohíbe a su vez hacer el mal. Con base en esto, surge la idea de que la sociedad se forma por los intereses contrapuestos de los hombres y sólo es posible si está amparada por un ordenamiento jurídico estatal.

Con el movimiento intelectual y artístico del Renacimiento, la Ilustración, entre otros, se deja a un lado la postura religiosa "*de Dios creador de todo*", para observar al hombre como el centro del universo, al pensar que con la razón y la inteligencia se podría dominar a la naturaleza y crear un sistema político y social para poder vivir en libertad. Surgen así, nuevas ideas sobre el origen de la sociedad, el Derecho y el Estado.

El Filósofo Político **Nicolás Maquiavelo** "*artífice de la razón del Estado*", considera: éste debería ser gobernado por una dictadura personal alejado de la moral cristiana; quien ostente el poder debe usar la violencia para deshacerse de sus enemigos; debe cuidar su imagen: ante el pueblo ha de ser bondadoso, enérgico e inteligente; la legitimación del poder es eminentemente laica, apartada

completamente de consideraciones religiosas, éticas o derechos naturales; en resumen el “*el poder por el poder*”.

El Filósofo **Jean Bodin** refiere: para la creación del Estado, debe existir un órgano, un núcleo, un centro de donde surjan las leyes; un poder soberano por encima del cual no haya nada ni nadie capacitado para promulgar normas; y una vez promulgada la ley deberá tener un cumplimiento obligatorio. Sin la existencia de este único centro de donde emanan las leyes (soberanía) tampoco existirá el Estado.

El Filósofo **Tomas Hobbes** dice: en la sociedad o mundo primitivo los hombres vivían libremente, sin leyes, sin Estado y sin gobernantes; se dedicaban a la recolección, agricultura o ganadería. Guiados por los instintos egoístas, comenzaron a pelear entre ellos por disputarse las mejores tierras. Algunos, más astutos, a costa de un esfuerzo mayor, acumulaban granos y cosechas en previsión de años de escasez; pero otros, siguiendo el principio del mínimo esfuerzo, robaban a su vecino, al que no le quedaba otro recurso que defenderse exponiéndose a perder la vida. Así, esa sociedad primitiva era una “*guerra de todos contra todos*”; los hombre eran libres, pero a cambio de no tener seguridad para disfrutar su vida, trabajo y bienes. Frente a tal situación los hombres decidieron prescindir de la libertad absoluta y pactaron una sociedad política organizada. Para ello, cedieron una parte de su libertad personal a un tercero; encargado del orden, dictara leyes y obligar a su cumplimiento; se creó así, el Estado – Leviatán,²⁰

²⁰ “[...] ese gran **Leviathan que se llama cosa pública o Estado, en latín *Civitas*, y que no es otra cosa que un hombre artificial**, aunque de una talla mucho mayor elevada y de una fuerza mucho mayor que la del hombre natural, **para cuya protección y defensa ha sido imaginado**. En él, la soberanía es un alma artificial, puesto que da la vida y el movimiento al cuerpo entero. La recompensa y el castigo, son sus nervios. La opulencia y las riquezas de todos los particulares son su fuerza. La salud del pueblo es su función. La equidad y las leyes son para él una razón y una

con el objeto de mantener la seguridad y el orden, dentro del cual los hombres pudieran disfrutar de sus vidas y bienes. La sumisión del hombre a la sociedad sólo nace del temor y las medidas coercitivas que impone la institución estatal. Surge un contrato para controlar el estado natural inherente al individuo, así, éste renuncia a sus derechos a favor de una asamblea o un individuo representativo.

El Filósofo **John Locke** indica: el hombre vivía en un estado natural, sin organización social o política, regido por leyes naturales: derecho a la vida, libertad y propiedad; sin la existencia de persona, organismo o institución, encargada del cumplimiento de éstos derechos; por esta razón, el hombre decide vivir en una sociedad políticamente organizada, dotada de un organismo encargado de preservar los derechos naturales, con base en las leyes. Ese organismo es el Estado.

El Filósofo **Jean Jacques Rousseau** menciona: “[...] *todo dependía radicalmente de la política y que, de cualquier manera que se mirase, ningún pueblo sería jamás sino lo que la naturaleza de su gobierno le hiciese ser [...] ¿Cuál es la naturaleza del gobierno capaz de formar el pueblo más virtuoso, más ilustrado, más prudente? [...]*”. La sociedad se forma a través de un pacto social, es legítimo cuando hay una voluntad unánime de los que desean constituirse como tal, los ciudadanos se comprometen bajo las mismas condiciones y por ende gozan de los mismos derechos. La ley es la única forma de que el hombre sea libre, para ello, se requiere de un gobierno dispuesto a poner la ley por encima del hombre. Ésta se crea por la voluntad del pueblo y el gobierno la ejecuta. Las formas de gobierno: democracia, aristocracia o monarquía; son en ciertos casos lo mejor o lo peor.

voluntad artificiales. La concordia es su salud. La sedición su enfermedad y la guerra civil su muerte [...]”

La **concepción marxista** sostiene: el Estado se crea por y para una clase social, la causante de la culminación de la sociedad primitiva, ésta, basada en principios de igualdad y propiedad común del suelo. La propiedad privada, la opresión, la explotación del hombre por el hombre, el intercambio de los excedentes de la producción, el comercio, entre otros; fueron la causa de ruptura de la sociedad en clases particulares. Resultó la división del trabajo y por ende la de la clase social, desarrollándose una desigualdad económica. A través de la clase dominante se crea al Estado para mantener sus privilegios y prerrogativas sobre los medios de producción y sobre el proletariado.²¹

Todas estas teorías, pretenden explicar el surgimiento del Derecho, el Estado y la sociedad, basándose en meras ideas del posible proceso de creación; no obstante, a través del Derecho positivo, se sabe hoy como fueron las civilizaciones y mañana se sabrá como en esta época se vive. Éste -el Derecho Positivo- no sólo establece instituciones jurídicas, sino políticas, sociológicas y filosóficas; así, muchos de estos aspectos son trasladados a la Constitución, con la finalidad de explicar, el surgimiento del Estado mexicano como república y como federación, el porqué la soberanía es el máximo poder, y el porqué a los gobernados se les otorgan garantías individuales.

Un claro ejemplo, son los artículos siguientes:

“Artículo 5.- La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa [...]”

“Artículo 7.- Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia [...]”

²¹ CHEVALLIER, Jean Jacques. Los Grandes Textos Políticos. Editorial Aguilar. Madrid 1962.

Las ideas por sí mismas son ficciones, que se captan a través del intelecto, el Estado les da un reconocimiento y protección como tales, pero, el hecho del reconocimiento de la libertad de expresión se dió a través de un proceso histórico de lucha. Actualmente ésta libertad se encuentra en los sueños de las personas que desean expresarse, más si lo hacen, se podrán ver amedrentados hasta ser asesinados. Por ejemplo, los múltiples destapes de políticos corruptos o narcotraficantes, realizados por periodistas, son evidencia de la falta de cumplimiento al derecho de la libertad de expresión, por lo que son utopías o ficciones.²²

F.- Ficciones Jurídicas

Diversos autores se refieren a las ficciones jurídicas como mentiras, o para dar reconocimiento a nuevas figuras, o bien, para conocer la realidad; son coincidentes en que son producto de la necesidad, y por ende son tomadas por el Derecho para resolver cuestiones que de otra forma no se podrían solucionar.

El Jurista Alemán Rudolf Von Ihering, indica:

²² No cabe duda, la libertad de expresión puesta en la Constitución no es más que una ficción, a pesar de ser tomada por el Derecho, y por ello, debiera de dejar de ser ficción, para ser una verdad en la realidad jurídica y ser respetada en la realidad objetiva.

En México es peligroso ejercer la libertad de expresión, los escritores, periodistas o cualquier persona que intente indagar sobre políticos, empresarios o narcotraficantes, son amedrentados por la propia autoridad, que se supone, es la obligada de respetar sus derechos.

Antes se peleaba contra otros Estados para conseguir el respeto a los Derechos. Hoy se pelea contra la propia autoridad para que los respete, esto es ya inaudito, no se puede seguir permitiendo que el Estado pisote a los gobernandos, cuando fue creado para vigilar y hacer cumplir la ley, debemos hacer que las cosas se realicen como deben de ser, pues ya es intolerable esta situación. Que el policía sea el ladrón. Que la autoridad nos amedrente.

*“El acto aparente, no persigue más que un fin puramente técnico, el de obtener un resultado aprobado por el Derecho mismo o el medio de una aplicación un tanto forzada de los medios existentes; es una mentira jurídica consagrada por la necesidad, así, la ficción jurídica esquiva las dificultades en lugar de resolverlas, y no es más que la solución científicamente imperfecta de un problema, y merece como el acto aparente, ser llamada una mentira técnica consagrada por la necesidad”.*²³

Adicionalmente señala:

*“Se atribuye a los actos aparentes un origen histórico que creo falso; la ficción como el acto aparente, surgieron desde luego en el terreno del culto religioso y del Derecho eclesiástico, y de ellos fue transportado al dominio del Derecho profano. Los actos aparentes y las ficciones se manifiestan en una y otra parte, sin que nada pruebe que hayan aparecido en una rama del Derecho más bien que en otra; son formas particulares de progreso de una determinada época de la civilización. Las ficciones no son más que auxiliares, y se han tenido acierto en compararlas a las muletas que la ciencia debía arrojar; nada más cierto si la ciencia puede avanzar si tiene para ello recursos.”*²⁴

Por su parte el Jurista Alemán Friedrich Kart Von Savigny, se refiere a las ficciones jurídicas con relación a las persona morales, al mencionar:

“Parte esta teoría de la consideración de que solamente el hombre naturalmente puede ejercitar el señorío de su voluntad, pues sólo el la posee, de tal suerte que sólo él es verdaderamente titular de los derechos subjetivos. Ocurre, sin embargo, que existen supuestos institucionales que precisan de particular consideración: son los casos en que varias personas se agrupan para la consecución de un fin que reviste interés general y además tiene visos de permanencia, y aquellos casos en los cuales un conjunto de bienes quedan afectados a la consecución de un fin que

²³ LORCA NAVARRETE, José Francisco. *El Derecho Natural, hoy a propósito de las ficciones jurídicas*. Ediciones Pirámide. S.A. Madrid. 1978. Página 88.

²⁴ Ídem. Página 89

también es de interés general y permanente [...]. En atención al carácter de interés general y de permanencia del fin así perseguido, el Estado puede otorgar a tales supuestos personalidad jurídica".²⁵

La ficción jurídica para el Filósofo Alemán Hans Vaihinger creador de la filosofía del "Als Ob",²⁶ irrumpe con fuerza en el campo de la filosofía y de la ciencia en general, en merito al éxito y la fortuna alcanzada a través de la aplicación lógica de la partícula "Als Ob". Incluyendo el valor hipotético de dicha partícula, acometió la empresa de explicar las bases de toda ciencia "como si" en realidad existieran.²⁷

Para este autor la ficción tiene como objetivo conocer la realidad a través de la falsificación, contradicción, artificio, rodeo y punto de transito del pensamiento. Así, para lo que sirve la ficción es para el conocimiento de la realidad.²⁸

"La ficción jurídica sólo puede ser una afirmación ficticia de Derecho, no una afirmación ficticia de hechos. (Donde) estos conceptos ficticios quedan abolidos por la historia o vuelven a ser suprimidos por la lógica".²⁹

²⁵ CAPILLA RONCERO, Francisco. *La Persona Jurídica, función y disfunción*. Editorial Tecnos. España. 1984. Página 44.

²⁶ Sistema llamado por él "positivismo idealista", en que afirma que la realidad nunca puede ser conocida y que la ciencia, la filosofía y la religión se basan en "ficciones" (ficcionalismo). Su obra capital es *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus* (La filosofía del "como si". Sistema de ficciones teóricas, prácticas y religiosas de la humanidad en base a un positivismo idealista). http://es.wikipedia.org/wiki/Hans_Vaihinger.

²⁷ LORCA NAVARRETE, José Francisco. *Opus citatus*. Páginas 89, 96, 97.

²⁸ MENDOÇA, Daniel y SCHMILL, Ulises. *Ficciones Jurídicas, Kelsen, Fuller, Ross*. Editorial Fontamara, S.A. México. 2003. Página 25.

²⁹ Ídem. Página 43.

Indica la diferencia entre *fictio juris* (ficción del legislador) y la *praesumptio* (presunción), afirmando:

*“En la praesumptio, se hace una suposición hasta que no se demuestre lo contrario. La fictio, en cambio, es la aceptación de un enunciado o de un hecho, a pesar de que lo contrario sea seguro”.*³⁰

Adicionalmente señala:

*“El juez no puede extender o restringir arbitrariamente las normas; en otras palabras: no puede enlazar un hecho cualquiera con un efecto jurídico cualquiera. Por consiguiente, si quiere subsumir un hecho bajo una norma jurídica que no abarca en este caso, cabe pensar que estamos en presencia de una ficción: el caso debe considerarse “como si” cayera bajo la norma jurídica”.*³¹

El Jurista Austriaco Hans Kelsen se refiere a las ficciones jurídicas con relación a las personas, al concebir a las morales, en una realidad distinta:

*“La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Todo Estado esta necesariamente fundado sobre el Derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aun no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico”.*³²

³⁰ Ídem. Página 35.

³¹ Ídem. Página 42.

³² HANS, Kelsen. *Teoría pura del Derecho*. Undécima edición. Editorial Universidad de Buenos Aires.1973. Página 42.

El término “ficción” alude a cierto tipo de enunciados y usa, explícito o implícito, la expresión “como si” o expresión equivalente traducible al “como si” sin perder el significado. Desde este punto de vista, los sistemas jurídicos contemporáneos siguen siendo ricos en ficciones, pues contienen frecuentemente expresiones como: “A se considera B”, “A se reputa B”, “A es como B”, “A se tiene por B” o “A se entiende como si fuera B”, entre otras. Desde luego, la manera de formular las ficciones es muy variada y dependen, en gran medida, de la técnica legislativa adoptada y del vocabulario elegido para la formulación del Derecho.³³ Esto hace en ocasiones, difícil identificar una ficción o distinguirla de otro tipo de disposiciones.³⁴

El procedimiento de la ficción jurídica es considerado, como una potente herramienta para transformar la realidad; el procedimiento consiste en alterar los hechos, en declararlos otros a los que verdaderamente eran, y sacar de esa alteración las consecuencias de derecho que le hubieran sido adjuntadas a la verdad así disimulada, como si ella hubiera sido la verdad. Pues la realidad resiste y no se le podía subvenir de otra manera que sobre el modo de lo irreal: *lex non potest facere veritatem, nisi per fictionem* (la ley no puede cambiar la realidad, sino a través de la ficción).³⁵

El “como si” resulta ser la formula idónea, en muchos casos de localizar una ficción en la legislación mexicana, pues a través de esta frase se toma un precepto y

³³ MENDOÇA, Daniel y SCHMILL, Ulises. *Opus citatus*. Página 7.

³⁴ En el Derecho mexicano, por el mal uso del lenguaje jurídico, es usual la confusión de preceptos con disposiciones que parecieran ser similares, cuando en realidad no lo son, ejemplo de esto, es la confusión entre robo y despojo, interpretación y analogía.

³⁵ MENDOÇA, Daniel y SCHMILL, Ulises. *Opus citatus*. Página 8 y 9.

se le agrega un artificio contrario a la realidad objetiva, para producir las consecuencias jurídicas deseadas.

El Diccionario de la Real Academia Española define “como”, de la manera siguiente:

*“Como: en sentido comparativo denota idea de equivalencia, semejanza o igualdad, y significa generalmente el modo o la manera que, o a modo o manera de. Es rubio como el oro. Se quedó como muerto. Se encontró con dos como clérigos o como estudiantes. En este sentido corresponde a menudo con si, tal, tan y tanto.”.*³⁶

El Tratadista Niccolò Abbagnano, en su Diccionario de Filosofía define “como si”:

*“Como si” expresión que se halla frecuentemente en las obras de Kant, para indicar el carácter hipotético o simplemente regulador de determinadas afirmaciones. El “como si” Kantiano no es una mera ficción es simplemente la interpretación en términos de operaciones o de comportamientos de proposiciones cuyo sentido literal y metafísico queda fuera de la confrontación y de la confirmación, por lo tanto inexistente. Hans Vaihinger en su filosofía del “como si” lo interpreta como ficción, todos los conceptos y las categorías, los principios y las hipótesis de que se vale la ciencia y la filosofía; son ficciones privadas de validez teórica a menudo íntimamente contradictorias, que son aceptadas y mantenidas sólo en función de su utilidad. Paul Natorp restringió el “como si” al dominio del arte que representaría las cosas como debían ser a “como si” lo que deben ser también en realidad.”*³⁷

³⁶ Diccionario de la Real Academia Española. *Opus citatus*.

³⁷ ABBAGNANO, Niccolò. *Diccionario de Filosofía*. Segunda edición. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 1991.

Este mismo autor define a la ficción como:

“Ficción: una filosofía de la ficción o ficcionalismo es la filosofía del “como si” de Vaihinger, que se propone demostrar que todos los conceptos, las categorías, los principios y las hipótesis del que se vale el saber común, las ciencias y la filosofía, son privadas de toda validez teórica a menudo íntimamente contradictorias que son aceptadas y mantenidas sólo en cuanto resultan útiles. Vaihinger, considera que esta no es una situación patológica sino normal y que la única alternativa que deja es la de un uso informado y astuto de las ficciones como tales. Obviamente en este sentido la ficción no es una hipótesis por que no exige ser verificada y se acerca más al concepto de mito. La filosofía de la ficción es uno de los desarrollados del concepto Kantiano en la filosofía contemporánea del “como si.”³⁸

La ficción tiene por verdad algún hecho o acto que no existe en una realidad objetiva, pero si en una realidad jurídica, sustentada en la subjetividad, donde esas ficciones son verdades irrefutables, por la conveniencia de obtener resultados necesarios o requeridos en esa realidad. Sin embargo, en muchos casos se confunden con otras figuras jurídicas que parecieran ser iguales pero no lo son, como las figuras jurídicas de la apariencia, presunción y analogía.

La ficción y apariencia son dos figuras que parecieran ser iguales o equiparables, en la realidad jurídica, pero para ésta son distintas, pues considera a la apariencia como:

“La situación de hecho en que se presenta una persona ante la sociedad o conglomerado en que habita, y en donde se cree presume por sus integrantes, que tiene una específica calidad jurídica o derecho, cuando en realidad y en el fondo, puede o no tenerlos”.³⁹

³⁸ Ídem

³⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de la Obligaciones*. Décima quinta edición, primera reimpresión. Editorial Porrúa. México 2005. Página 888.

La apariencia es la apreciación o creencia por parte de un conjunto de personas o una en lo individual, respecto el exterior o interior de un individuo o una cosa, con base en sus cualidades o particularidades de los que puede o no tener.

[...] la apariencia es un fenómeno que se da en los miembros de una colectividad, grupo social o en una persona determinada, de una manera ya espontánea o ya inducida por otra persona o por el propio Estado, como es la que logra el propio Ordenamiento jurídico, a través de los registros públicos, en donde la apariencia que se provoca en los miembros de una colectividad o de terceros para efectos registrales, hace surgir tanto a favor de ellos, una presunción juris tantum, a pesar de que el derecho ahí, inscrito o cancelado, pueda o no coincidir con una realidad, como a favor o en contra del titular ahí, inscrito o cancelado, también, una presunción juris tantum; en cambio, la ficción jurídica es el producto del Derecho, mediante la cual se atribuye a una persona o a un acosa, una naturaleza jurídica que en realidad no tiene.”⁴⁰

La apariencia, admita prueba en contrario; en las ficciones jurídicas no existe tal determinación, pues son verdades legales.

*“La ficción jurídica es una antiapariencia por que es una determinación de la ley en donde no cabe la apreciación personal, se establece como realidad que no es tal y, en conclusión, por que se da el proceso contrario a la **apariencia**: en ésta se ve y luego se piensa, y en la **ficción** se piensa en determinado sentido por que se ve lo que la ley dice, y no hay vuelta de hoja”⁴¹*

⁴⁰ CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra. *Teoría Integral de la Apariencia Jurídica*. Editorial Porrúa. México 2006. pagina 185.

⁴¹ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Raúl. *Teoría Jurídica de la Apariencia*. 2002. Página 182. Tesis por la que recibió el grado de Licenciado en Derecho, por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Esta idea de calificar a la ficción como “antiapariencia”: es un elemento contrario a la teoría de la apariencia, ésta se basa en la subjetividad del aglomerado para determinar si una persona o cosa tiene lo que ellos creen, pues quizá, en el fondo se tenga o no determinada calidad o cualidad. En la ficción jurídica es una verdad, donde las apreciaciones o creencias del aglomerado no son trascendentales, pues la ley le da la determinación de lo que es y debe ser.

Otra figura jurídica que suele confundirse con la **ficción**, es la **presunción**; la cual se compone de las preposiciones *prae* y el verbo *sunco*, significa tomar anticipadamente. Con base en las presunciones se deduce un juicio u opinión de las cosas o de los hechos, antes de que estos sucedan.

La ley define a la presunción como:

“La consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar de otro desconocido: la primera se llama legal y la segunda humana.”

Por tanto las presunciones se dividen en:

A.- *Humanas*, cuando de un hecho debidamente probado se deduce otro que es consecuencia ordinaria de aquel.

B.- *Legales*, es la establecida expresamente en ley, nace de manera inmediata y directa de ésta. Este tipo de presunciones se dividen a su vez en:

a.- Presunciones *juris tantum*: admiten prueba en contrario, y

b.- Presunciones *juris et de jure* o de Derecho y por Derecho: no admiten prueba en contrario, y debe estar establecida expresamente por la ley.

Las presunciones parten de hechos regulados por el Derecho. Las ficciones parten de regular ideas de lo inexistente, reconocidas por el Derecho, dándole una naturaleza distinta a la que en rigor le corresponde y resulta una verdad jurídica.

La ficción se utiliza para tener consecuencias necesarias de Derecho y es una regla jurídica que no necesita probarse, por ser una verdad legal. La presunción, se utiliza como medio de prueba, para comprobar hechos.

Por otro lado, está la **ficción** y la **analogía**. En esta última, se justifica su aplicación cuando a una situación no prevista en la ley se aplica un precepto similar o semejante por ser coincidente la razón para resolverlo. Además, es la forma idónea de cubrir lagunas de ley y como forma de integrar los textos. Es para la ley un elemento de aplicación de una misma disposición a todos aquellos casos no previstos, siempre y cuando tengan identidad de razonamientos jurídicos.

Las ficciones son ideas de lo inexistente y son tomadas como verdades en la realidad jurídica. La analogía, es un medio de aplicar normas a hechos no regulados. Así, cuando el Derecho reconoce una situación inexistente, para establecer su regulación recurre a la analogía.

Las ficciones jurídicas son verdades legales, y no requieren apreciaciones subjetivas o pruebas para considerarlas como tales; algunos ejemplos de ficciones jurídicas, son:

Anteriormente en materia penal, se consideraba al secuestro de menores como “delito de robo de infante”, al tomar a un niño “como si” se tratara de cosa mueble, pues evidentemente no lo es, pero se le da el tratamiento como si fuera, a partir del momento del secuestro, pues de lo contrario no se podría sancionar al delincuente.

Tratándose de procedimientos administrativo, éstos son instaurados en una forma fingida ó simulada, pues la autoridad actúa como parte y juez “como si” no lo fuera, fingiendo actuar como órgano jurisdiccional sin serlo, lo que es una ficción, dado que siempre conserva el carácter de órgano administrativo, y en técnica jurídica es violatorio del principio de la división de poderes.

2.- Características y utilidad de la ficción jurídica

El Maestro Ernesto Gutiérrez y Gonzáles comentando al jurista François Geny, define a la **ficción Jurídica** como:

“Procedimiento de la técnica jurídica, en virtud del cual se atribuye a algo, una naturaleza jurídica distinta de la que en rigor le corresponde, con el fin de obtener ciertas consecuencias de derecho que de otra manera no podrían alcanzarse”⁴²

Las ficciones son producto del intelecto basadas en la necesidad del ser humano, que no podría satisfacerse sin la utilización de las mismas. Por ello, el legislador al enfrentar cambios sociales producto de la tecnología, se ve obligado a regular esa nueva forma de vida, y crear figuras tendentes a remediar de la forma más simple lo que físicamente no tiene solución.

Las ficciones jurídicas, no son “*mentiras técnicas o de proclamación de falsedad a sabiendas*”,⁴³ sino el medio para crear una realidad jurídica, producto de ese cambio social, bajo verdades legales.

Verbi gratia: en el mundo actual sin una tarjeta de crédito o débito, se imposibilitaría la cantidad de operaciones efectuadas por minuto hoy en día, y con ello, la rapidez en el pago. El ser humano para cubrir esa necesidad utiliza la tecnología y crea una cinta magnética o un microprocesador (chip), colocándolo en un plástico para facilitar su manejo y por ende sus actividades; le incorpora un

⁴² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Opus citatus*. Página 122.

⁴³ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XII, Editorial, Bibliográfica Argentina. Pagina 186.

valor pues físicamente sería imposible meter el dinero requerido, surgiendo así una ficción.

Cuando esto es contemplado y regulado por el legislador deja de ser una ficción y pasa a ser una verdad en la realidad jurídica.

El Maestro Javier Álamo, define a la ficción jurídica:

*“Idea o invento de lo inexistente, que como creación del legislador, instrumenta y confiere un valor específico a lo que lógica, física y naturalmente es imposible, para darle contenido en un precepto legal y, en virtud de la cual, se atribuye a ciertos supuestos de hecho, efectos jurídicos distintos a los que por su naturaleza real le corresponden, conformando una realidad jurídica legitimada para alcanzar los efectos jurídicos deseados”.*⁴⁴

Este autor señala:

*“[...] el ser humano en su intelecto va generando ideas que no tienen sustento material pero que tienen efectos positivos en su actuar. En ocasiones incluso pueden ser negativos. En los inicios del raciocinio o el entendimiento, quizá por lógica se trataba de adaptar el pensamiento al entorno material pero llegó un momento en que se requirió una forma de pensar sujeta a una disciplina mucho menos rígida a la usual, surgiendo así, como producto de la imaginación, la ficción. [...] la ficción adquiere tanta importancia en la vida ya que es el medio por el que el ser humano puede dar existencia a las cosas que no las tienen –de manera imaginaria– y así, en uso del intelecto, pueden ser apreciadas por los otros individuos. En ocasiones se intenta sobrepasar lo real, creando situaciones tan aparentemente reales, que creemos que en realidad existen y en ese caso la ficción logra su objetivo. [...]”*⁴⁵

⁴⁴ ÁLAMO, Javier. *Notas de Clase de Mercantil*, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

⁴⁵ ÁLAMO, Javier. *Los 140 Tipos del Personas Reconocidas en el Derecho Mexicano*. Editorial Porrúa. México. 2000. Páginas 65 y 57.

Por mi parte defino a la ficción jurídica como:

Mecanismo creado por el Estado bajo los principios de la técnica jurídica con la finalidad de modificar la naturaleza física o jurídica que fáctica o legalmente le correspondería a determinado bien o institución, con el objeto de obtener consecuencias de Derecho deseadas que de otra forma no se lograrían y formar una realidad jurídica de verdades legales, sustentada en la subjetividad.

De la definición propuesta desarrollo los elementos de las ficciones jurídicas:

A.- Mecanismo creado por el Estado bajo los principios de la técnica jurídica.

El Derecho crea al Estado con la finalidad de mantener la armonía social y el respeto a las instituciones, con la aplicación, si es necesario, de la coacción. Por ello, este organismo, a través de sus representantes, establece mecanismos partiendo de la realidad objetiva, donde aprecian, observan y limitan los alcances de la conducta del ser humano con relación a otros hombres, especies o cosas para crear figuras legales, con la finalidad de regular de la forma más simple los efectos jurídicos.

Mecanismo, es: *“la estructura de un cuerpo natural o artificial, y combinación de sus partes constitutivas”*,⁴⁶ utilizado por el Estado para lograr sus fines.

Aplicando este concepto, los senadores y diputados, como representantes de las Entidades Federativas y de los ciudadanos, respectivamente, forman el

⁴⁶ Diccionario de la Real Academia Española. *Opus citatus*

cuerpo natural, pues en teoría, son los que observan de cerca las necesidades de las personas y por ello, presentan las soluciones a través de iniciativas de ley al Congreso de la Unión, como cuerpo artificial, encargado de crear la figura jurídica idónea, para cubrir determinados aspectos.

El mecanismo se establece bajo las pautas de la técnica jurídica, ésta como *el adecuado manejo de los medios que permiten alcanzar los objetivos que persigue el Derecho*. Pero éstos, *se obtienen por la formulación y aplicación de los preceptos*. La técnica de formulación o legislativa: es el arte de la formación y elaboración de las leyes; se enfoca en la realización de fines jurídicos generales. La técnica de aplicación se refiere: a la aplicación del derecho objetivo a casos singulares y por ende a la realización de fines jurídicos concretos.⁴⁷

Las figuras jurídicas que crea el Estado bajo principios de la técnica jurídica, son para regular conductas producto de la necesidades sociales, por lo que en ocasiones, se ve obligado ha reconocer bienes o cosas intangibles, incorpóreas e imposibles de captar por los sentidos, para lograr cubrir determinados aspectos. A estas instituciones inmateriales e inexistentes físicamente, se les reconocen una existencia y eficacia plena en la realidad jurídica, como verdades legales.

La técnica jurídica aplicada a la ciencia, permite obtener los fines del Derecho, sin la necesidad de considerar solamente aspectos razonables, sino en ocasiones los mágicos o fantasiosos, para regular los actos de las personas, y así, mantener la armonía social.

⁴⁷ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Quincuagésima séptima edición. Editorial Porrúa. México. 2004. Páginas 315-320

La técnica jurídica aplicada en el arte, consiste en la actividad del jurista de analizar y seleccionar las conductas del ser humano que deberán ser valoradas de acuerdo con la realidad y los ideales de justicia, para crear la norma; por ello, la importancia y la obligación por parte de los legisladores de conocer las necesidades de los ciudadanos. Adicionalmente, el aspecto de utilizar el léxico jurídico correcto, pues la ley, es considerada como literatura al permitir conocer la sociedad, el Estado, las costumbres, la tecnología y la forma de vida de una determinada civilización.

B.- Con la finalidad de modificar la naturaleza física o jurídica que fáctica o legalmente le correspondería a determinado bien o institución.

El Estado debe mantener los fines del Derecho: paz social, seguridad jurídica, bien común, justicia. Para lograrlo, le da existencia a lo que no la tiene, le incorpora un valor superior a lo que objetivamente corresponde, o bien, transforma instituciones jurídicas; para obtener los efectos jurídicos requeridos.

Por ejemplo, en materia procesal, al realizar el emplazamiento de la demanda, se debe hacer de forma personal al demandado en su domicilio, cuando por alguna causa no se pueda realizar personalmente, se hará por edicto,⁴⁸ considerando esta forma “como si” se hubiera hecho de forma personal. En este

⁴⁸ El artículo 122 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, indica que la notificación por edicto, procede:

- I. Cuando se trate de personas inciertas.
- II. Cuando se trate de personas cuyo domicilio se ignora, previo informe de una institución que cuente con registro oficial de personas; en este caso el juicio deberá seguirse con los trámites y solemnidades a que se refiere el Título Noveno de éste Código.
- III. Cuando se trate de inmatricular un inmueble en el Registro Público de la Propiedad [...].

caso, se transforma la institución de edicto como si fuera notificación personal, para obtener consecuencias deseadas, pues de otra manera no se podría llamar a juicio.

C.- Con el objeto de obtener consecuencias de Derecho deseadas que de otra forma no se lograrían.

Con la consolidación de tecnologías, las actividades del ser humano se han modificado, al grado de ser reducidas a la conexión de la red, para cubrir gran parte de sus necesidades. Pero ¿De qué serviría alcanzar la tecnología, si no hay los medios jurídicos para evitar el síndrome de la “tramitología” y “papeleología”?

El Derecho por este cambio social, producto de la tecnología, se ve en la necesidad de crear normas, que resuelvan todos aquellos conflictos que lleguen a surgir, pues en ocasiones esa actividad no se aprecia con los sentidos. Por ello, el Derecho crea instrumentos imaginarios para lograr consecuencias deseadas, pues sólo así se conseguirían regular.

D.- Formar una realidad jurídica de verdades legales, sustentada en la subjetividad.

Las ideas o inventos tomados por los legisladores mediante un proceso legislativo, permiten agregar un elemento imaginario a determinadas cosas para cambiar la naturaleza real que en rigor les correspondía, para cubrir las necesidades de lo gobernados y crear de esta manera verdades en una realidad jurídica.

Con base en lo anterior se pueden determinar las **características de las ficciones jurídicas**.

1.- Las ficciones tienen plena existencia y sustento legal en el mundo jurídico.

Las ficciones son ideas y sólo pueden existir en el mundo de la imaginación, intelecto o razón, pero como tales no tendrían la fuerza y reconocimiento de las personas y el mismo Estado. Por ello, se crea una realidad distinta para darles plena existencia y otorgarle al hombre derechos, obligaciones o deberes, que sólo a través de esta realidad jurídica pueden ser cumplidos. Pues las ficciones se establecen en normas, lo que permite su plena eficacia.

2.- Las ficciones jurídicas deben ser creadas por el Estado.

Las ideas o ficciones para obtener la calidad de jurídicas, requieren ser creadas por el Estado a través de un proceso legislativo. Instantáneamente, cuando el Estado da ese reconocimiento deja de ser ficción para convertirse en verdad legal, en la realidad jurídica.

3.- Son verdades jurídicas.

Las ficciones no son mentiras, pues no se establece lo contrario al deber ser o a la verdad en el mundo jurídico; son determinaciones de lo que debe ser, por ello, desde el primer momento en que son reconocidas en el Derecho Positivo, son verdades jurídicas y no están sujetas a prueba o presunción.

4.- Crean una realidad jurídica.

Las ficciones no se captan a través de los sentidos, pues, no se pueden oler, tocar, ver, escuchar o paladear, pero la ley las reconoce y crea una realidad distinta a la objetiva. Esa realidad es la jurídica: permite la existencia del Derecho, y por ende, que los seres humanos vivan en armonía, bajo los principios de igualdad, seguridad, justicia y paz.

5.- Normalmente las ficciones jurídicas se localizan a través de las frases: “como si”, “es como”, “se considera como”, “se reputa como”, “se tiene por” o “se entiende como si fuera”, entre otras.

La legislación mexicana utiliza estas frases, para cambiar la naturaleza física o jurídica que en rigor le corresponde a determinados bienes o instituciones, y así, las considerara como si fueran otras.

Las ficciones son utilizadas por todos los seres humanos en su vida cotidiana, aunque no se percate de su uso, pues diariamente se refieren a ellas en una dependencia y necesidad; por ejemplo, la idea de un Dios, donde gran parte de los seres humanos se encomiendan a él, gracias a ésta creencia, hacen que la sociedad marche en armonía; de igual manera funciona en el ámbito legal, donde las ideas son tomadas y puestas en la ley, para mantener la estabilidad social.

El Derecho toma a las ficciones para resolver problemas, que de otra forma no se podría dar solución, le da existencia a lo que no la tiene, le incorpora valores, o bien, cambia la naturaleza que en rigor le corresponde a determinada cosa o institución y crea una realidad distinta, con la finalidad de regular conductas o cubrir necesidades.

Por ejemplo: se aplica la ley a pesar de su desconocimiento, una persona que se encuentre en el supuesto de la norma, se le aplica, con base en el Principio General de Derecho *“la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento”*, la utilidad de esta ficción es cambiar la realidad, y considerar *“como si”* toda persona conociera todas las leyes, y esto es imposible. Sin esta ficción sería imposible aplicar las normas y el Derecho no tendría razón de ser. Pues todas las personas que cayeran en el supuesto, con el sólo hecho de decir que la desconocen, estarían exentas del cumplimiento, por esta razón, las leyes se consideran *“como si”* se conocieran por todos los individuos que habitan en el país.

El hombre como una combinación de razón y sentimientos, y dado que la razón carece de respuesta para todos los problemas, y las cuestiones no pueden resolverse objetivamente, han de plantearse subjetivamente, de aquí la utilidad de las ficciones jurídicas, pues crean realidades que por el momento físicamente no se pueden dar y permiten dar soluciones que razonable y materialmente no la tendrían.

3.- Derecho ¿Realidad o ficción?

¿Qué es la realidad? Pregunta que desde la antigüedad el hombre ha tratado de responder, y lo ha hecho de distintas maneras, a través de la literatura, arquitectura, pintura, teatro, música, escultura, cine y probablemente de miles de otras formas.

Verbi gratia: el Filósofo Alemán Immanuel Kant, a través de su filosofía del “como si” trata de explicar la realidad, al establecer:

[...] sea o no cierto el hombre se comporta como si Dios existiera, como si su alma fuese inmortal y como si fuera el ser más importante de la creación.”.

El Filósofo y Teólogo Alemán Friedrich Hegel, concibe a la realidad como:

“Un proceso interior de desarrollo dialéctico que circula por el mundo natural y por el mundo histórico. Toda realidad es absolutamente cognoscible; nada hay fuera del alcance del sujeto porque la realidad es unitoria, y sujeto y objeto son manifestaciones de una misma idea absoluta. La familia es la base fundamental de toda la sociedad; de ella emana una moral; ésta es la base del Derecho; éste da contenido al Estado; el Estado es la idea social absoluta; la historia no es más que una biografía del Estado y de sus luchas dialécticas con otros Estados. En esta cadena dialéctica todo circula en sentido ascendente y único; el hombre sólo existe dentro del Estado.”

El Filósofo Alemán Martín Heidegger, sobre la realidad indica:

“El punto de partida es reflexionar sobre el ser o la realidad del mundo, pero al intentar alcanzar una respuesta, el hombre chocará con una facultad insalvable: el mismo, el principal portador de la realidad”.

Infinidad de especialistas en Filosofía, Metafísica y Derecho, intentan responder este enigma, explorando las múltiples realidades posibles, en ocasiones

de forma religiosa, histórica o hasta fantasiosa al grado de crear una nueva realidad.

Hoy en día se vive en una sociedad de realidades y no de una realidad, pues se crean por la conveniencia de medios de comunicación, gobiernos, empresas, grupos religiosos y políticos, o simplemente por la necesidad de explicar lo inexplicable.

El problema de definir la realidad y el concepto, desde la antigüedad hasta hoy, son los nuevos caminos tomados por la sociedad cuando ésta cambia; esto se da por la consolidación de novedosas tecnologías, pues hacen que la vida del hombre sea más simple y por ende su realidad.

El hombre en su realidad objetiva siempre se ha enfocado en conocer la verdad, descubrir lo desconocido, ser libre, justo, tener una vida de sabiduría y vivir en armonía; para lograr estos fines, creó normas que al ser cumplidas permitiera a los seres humanos vivir en sociedad. Por ello, la conducta del hombre debe ser coincidente con la descripción de las normas, ya sean morales, religiosas, éticas, sociales o bien las jurídicas. Destacan estas últimas por la aplicación coactiva del Estado a través de sus representantes y son reconocidas como Derecho en su especie de leyes, códigos o reglamentos.

Desde el inicio de la humanidad en una colectividad, existió el Derecho, evidentemente no como ahora se conoce, pero si, como hábitos, costumbres o tradiciones; el hombre al observar estas conductas originó la idea de que esas prácticas formaban sus leyes.

Esas ideas de organización y funcionamiento de los grupos eran ficciones de cómo sería vivir en armonía; así, al dejar de ser simples ideas de “ser” y pasar a un “deber ser” en normas de Derecho, dejaría de ser ficción para formar una realidad.

Pero ¿De qué realidad? Si el Derecho no se puede oler, tocar, sentir, ver, escuchar o paladear; entonces ¿En qué realidad se sitúa el Derecho?

El Diccionario de la Real Academia Española define a la realidad como:

“1.- Existencia real y efectiva de una cosa. 2.- Verdad, lo que ocurre verdaderamente. 3.- Lo que es efectivo o tiene valor práctico, en contraposición con lo fantástico e ilusorio. En realidad. Efectivamente, sin duda alguna. En realidad de verdad. Verdaderamente.”⁴⁹

Ahora bien, ¿Dónde se ubica el Derecho dentro de la realidad? Esto es:⁵⁰

a. En una **realidad objetiva**, como *“lo perteneciente o relativo al objeto en sí y no a nuestro modo de pensar o sentir”*.

b. En una **realidad subjetiva**, se refiere a *“lo perteneciente o relativo al sujeto, considerado en oposición al mundo externo”*

c. En una **realidad virtual**, como *“lo que tiene existencia aparente y no real”*

Al desarrollar cada uno de estos puntos se tiene:

a.- En primer lugar, es ubicar al Derecho en una realidad objetiva cuando no existe materialmente un objeto llamado Derecho, pues evidentemente el sistema normativo carecer de existencia física; sin embargo, el Derecho existe y es real, evidencia de esto, es que todos los hombres están sujetos a sus normas.

⁴⁹ Diccionario de la Real Academia Española. *Opus citatus*.

⁵⁰ Ídem

El Derecho es intangible, pero se materializa en leyes, códigos, reglamentos y otras disposiciones, sin embargo, la idea original es inmaterial.

b.- El segundo supuesto, es ubicar al Derecho en una realidad subjetiva; cuando lo subjetivo se establece en oposición a lo objetivo, pues no se capta a través de los sentidos, pero si, a través del intelecto o la razón. La ficción que dio paso al Derecho, no se puede tocar, ver, escuchar, paladear u oler, pues sólo es una idea, pero se comprende y entiende su contenido a través del intelecto; puede materializarse en normas, pero sólo se comprende a través de la razón; no obstante, la idea original es intangible captada a través de la mente, formando conceptos meramente subjetivos.

Por ejemplo, cuando se habla de los Derechos otorgados por la Constitución, no son objetos materiales o tangibles que se aprecien por los sentidos, pero se logra entender con la razón y apreciar subjetivamente en la mente a esas instituciones jurídicas.

c.- En tercer lugar es ubicar al Derecho en una realidad virtual; conceptuando lo virtual como lo que produce efectos aparentes, aunque en la realidad objetiva no existan. Mentalmente se le da existencia a lo que no la tiene, sin embargo, virtualmente si la tiene. Esto pasa con el Derecho, a pesar de su intangibilidad, existe y es una realidad.

El Derecho es una realidad tanto objetiva, como subjetiva y virtual, sólo depende desde que punto se aprecie. Así, el Derecho surgió de una ficción de aquellos hombres que idearon vivir en armonía y cansados de conflictos, materializaron esa idea en normas que colocaron en una realidad, con la finalidad de ser cumplidas. El Derecho tiene existencia en la realidad jurídica.

La realidad jurídica permite la existencia real y efectiva de todas las instituciones u organismos que atañen al Derecho o se ajusten a él. El mundo objetivo, subjetivo y virtual, están dentro de la realidad jurídica, pues ésta se encarga de regular no sólo lo relacionado con el Derecho, sino incluso hasta aquello que aparentemente está alejado.

El Derecho surge de una ficción, pues sólo eran simples ideas de cómo regular el comportamiento social del ser humano para vivir armónicamente; cuando estas ideas se plasman en una ley, dejan de ser ficción y se vuelve una realidad jurídica sustentada en la subjetividad.

Se concluye, dando respuesta a la pregunta de este tema: “Derecho ¿Realidad o ficción?, **el Derecho surgió de una ficción y paso de un “ser imaginario” a un “deber ser” en la realidad jurídica.**

La palabra Derecho es un *“término polisémico, plurivalente, equívoco, tiene infinidad de significados. Lo mismo se refiere a una calificación sobre la conducta humana, que a un conjunto de conocimientos, que al objeto de estudio de disciplina teóricas, que a los deseos de rectitud y justicia en las mismas relaciones humanas”*⁵¹

El vocablo Derecho proviene del latín *directum*, esto es: *“lo recto, lo que está en pie, que está en línea recta, recto, derecho”, que en sentido figurado significa “lo que está conforme a la regla, a la ley, a la norma”, “lo que no se desvía a un lado ni a otro, lo que es recto, lo que se dirige sin oscilaciones a su propio fin”*.⁵²

⁵¹ OVILLA MANDUJANO, Manuel. *Teoría del Derecho*. Editorial Duero. México. 1990. Página 56.

⁵² VILLORO TORANZO, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa. México. 1980. Página. 120.

Infinidad de autores han incursionado en el problema de definir el concepto de “Derecho”; algunos consideran la imposibilidad de definirlo otros se adhieren a las diversas teorías o corrientes.

El Maestro Eduardo García Maynez, indica:

“Derecho es un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público”⁵³

El Jurista Rafael Rojina Villegas, considera:

“El derecho es un sistema o conjunto de normas que regulan la conducta humana, extrayendo facultades, deberes y sanciones”⁵⁴

El Jurisconsulto Mario Ignacio Álvarez Ledesma, opina:

“El Derecho es un sistema normativo de regulación de la conducta social, producido y garantizado coactivamente por el poder político de una autoridad soberana, que facilita y asegurara la convivencia o cooperación social, y cuya validez esta condicionada por los valores jurídicos y éticos de los cuales es generador y portador, respectivamente, en un momento y lugar histórico determinados”⁵⁵

El Maestro Miguel Villoro Toranzo, propone:

⁵³ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa. México. 135. Página 72.

⁵⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, México. 2000. Página 3.

⁵⁵ ÁLVAREZ LEDESMA, Mario Ignacio. *Introducción al Derecho*. Editorial McGraw-Hill. México. 1995. Página 61

“Derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica”⁵⁶

El Jurista Hans Kelsen, manifiesta:

“El Derecho es el orden coactivo de la conducta humana”

Las anteriores definiciones dan una visión de la realidad en donde el hombre se desenvuelve, son coincidentes todos los axiomas sobre la coacción, pues el ser humano en esta realidad no cumpliría con la ley si no estuviera sujeto a una sanción.

De lo anterior, se desprenden las características siguientes:

A.- El Derecho como “**facultad**” indica: las personas que integran el Estado dan su representación a funcionarios, para ser investidas de facultades y demás elementos necesarios para realizar actos jurídicos previstos en las leyes.

B.- El Derecho como “**conjunto de normas**”, es la aceptación por parte de la colectividad de la necesidad de adecuar la conducta de sus miembros a un conjunto de prescripciones que obliguen a todos sus integrantes.

C.- Las normas jurídicas suponen la existencia de un “**poder coactivo**”; sólo el Estado, a través de sus representantes puede ejercerlo sobre aquellos que transgreden la ley, y la misma establece las sanciones.

D.- El Derecho como ideal de “**justicia**”, con base en esto, se crea la normatividad jurídica, pues tiene como finalidad alcanzarla, para mantener la paz y seguridad social.

⁵⁶ VILLORO TORANZO, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa. México. 1980. Página 127.

E.- El Derecho como “**Ciencia**”, es el conjunto de conocimientos necesarios para garantizar el estudio sistemático de los hechos sociales, a partir de los cuales se determinan los actos sujetos a regulación.

No todas las conductas humanas tienen una regulación directa, pues es imposible generar una norma para cada hecho. El Derecho a través de las leyes intenta garantizar determinadas conductas acorde con las necesidades de la sociedad, bajo la idea de convivencia armónica.

Los preceptos normativos constan de dos elementos: el supuesto, si la hipótesis normativa se realiza, surgen obligaciones o derechos que la misma regula. La disposición, si se actualiza el supuesto surgen las consecuencias.⁵⁷

Las normas que regulan la vida del hombre en sociedad responden a diversos orígenes, tales como: creencias religiosas, mandamientos morales, costumbres o simplemente por inercia.

De esta forma, los hechos sociales son la base de las normas, pues son la realidad que el Derecho debe regular, el problema radica en la determinación de lo que puede o no reglamentar; adicionalmente, la influencia de los intereses políticos, los compromisos económicos y los factores reales de poder o grupos sociales, influyen en la decisión de lo sujeto o no a regulación.

Gran parte de las decisiones adoptadas, son en favor de esos grupos, las consideraciones a éstos, son la causa del desprestigio de las instituciones jurídicas y la deformación del propio Derecho. Lo magnífico sería que el foco de atención apuntara directamente a la sociedad, su realidad, sus necesidades y con ello, establecer el beneficio para la mayoría.

⁵⁷ ÁLAMO, Javier. *Opus citatus*. Página 79.

Envolver o encubrir la realidad social, bajo un régimen de legalidad a través del Derecho, permite injusticia, inequidad, inseguridad y violación a los Derechos Humanos; el Derecho no surgió espontáneamente sino es consecuencia de innumerables luchas⁵⁸ por defender los Derechos naturales; es incongruente e inaceptable, permitir a funcionarios y a particulares violar la ley, y esto en lugar de molestar se convierte en una cualidad, adulándoles como “inteligentes por violar la ley”.

El orbe de normas jurídicas, no siempre es coincidente con la realidad y no forzosamente expresan como es ésta, sino como debe ser. Se intenta regular la conducta producto de la necesidad, sin olvidar a los valores éticos, morales, religiosos, como la base de las relaciones entre humanos y por consecuencia son el sostén para la existencia del Derecho.

El Derecho en la realidad jurídica, reconoce a las ficciones para regular las conductas de las personas, resolviendo necesidades y obteniendo beneficios, que de otra forma no podría conseguir, y de esta forma lograr justicia, seguridad y bien común, como su fines primordiales.⁵⁹

⁵⁸ “Todas estas grandes conquistas que en la historia del derecho puedan registrarse; la abolición a la esclavitud, de la servidumbre, la libre disposición de la propiedad territorial, la libertad de la industria, la libertad de conciencia, no han sido alcanzadas sino después de una lucha de las más vivas que con frecuencia han durado varios siglos, y muchas veces han costado torrentes de sangre”.

VON IHERIN, Rudolf. *La lucha por el Derecho*. Segunda edición. Editorial Porrúa. México 1989. Página 12.

⁵⁹ El Derecho persigue la realización de aquellos fines o valores, que son necesarios para mantener la armonía y permitir la vida en comunidad y son: la justicia, la seguridad jurídica y el bien común:

Justicia: el Filósofo Aristóteles, distingue entre *Justicia Distributiva*: la que tiende directamente al bien común de toda la sociedad, consiste en darle a cada quien lo que le corresponde, según sus méritos. Y la *Justicia Correctiva*: la que regula las relaciones entre los miembros de la sociedad, así mismo tiende al bien de los particulares. Adicionalmente, reconoce a la *Justicia Conmutativa*, al referirse a los contratos y la *Justicia Represiva*, cuando se trata de delitos.

El Maestro Luis Recansens Siches, menciona:

“Gracias al Derecho, muchas personas pueden realizar actos que serían incapaces de cumplir, si tuvieran que contar exclusivamente con sus propias fuerzas naturales. Por ejemplo: envían dinero a países lejanos mediante un cheque o una transferencia bancaria; un teniente domina sobre una compañía; un agente de tránsito detiene la circulación; el propietario de un terreno lo es aunque no esté asentado materialmente en él; etc. En todos esos hechos, y en la innúmero multitud de otros similares, nos hallamos con actos humanos que producen determinados efectos no por sí mismos, sino en virtud de una organización jurídica.”⁶⁰

Seguridad jurídica: la Ley da la sensación a las personas de que sus derechos serán respetados y que no serán alterados o afectados los ya adquiridos, para lo que se crean instituciones jurídicas tendientes a garantizar su protección.

Bien común, a través del Derecho se establecen las condiciones económicas, sociales, culturales, morales y políticas necesarias para el pleno desarrollo material y espiritual del ser humano.

⁶⁰ RECANSENS SICHES, Luis. *Tratado General de Sociología*. Undécima edición. Editorial Porrúa. México 1971. Página 582.

CAPITULO II

LA CIENCIA FICCIÓN EN LA

CIENCIA DEL DERECHO

El Derecho surge paralelamente a la sociedad, y ésta se crea desde los tiempos inmemorables de la humanidad; a través de la pintura, escultura, literatura, arquitectura, música, danza, cine; se expresó la forma de vida de los pueblos, y gracias al arte hoy se conoce la Historia y por ende la del Derecho.

El epítome de la historia de la humanidad es el arte, pues a través de sus formas, elementos, líneas, trazos, claroscuros o contraposiciones se refleja como en un espejo la naturaleza, las emociones o edificaciones de las civilizaciones.

Cada hombre en su época a través del arte describió no sólo su autobiografía sino la de su pueblo; así, con la apreciación de éste - el arte- se logra acercar el pasado al presente, como si se estuviera viviendo.

Para el Maestro Antonio Caso el arte significa:

“El desinterés, la proyección sentimental de la conciencia sobre las cosas que incitan o admiran al espíritu. Toda creación artística procede de una exteriorización de la conciencia sobre lo que incita o conmueve [...] la proyección sentimental, que no halla cabida en las situaciones ordinarias de la vida”⁶¹

⁶¹ CASO, Antonio. *Sociología*. Décimo tercera edición. Editorial Lmusu Wiley. México. 1964. Página 50.

El Maestro Luis Recasens Siches, sostiene:

“El arte enfoca el problema de la realidad por caminos diferentes de los de la ciencia, de los de la religión, de los de la filosofía y de los de la acción. El arte intenta penetrar en la realidad de la vida humana, en la realidad de las relaciones entre el hombre y su mundo por la vía de la expresión de sentimientos estéticos”⁶²

Desde siempre las artes se han caracterizado por personificar en distintas formas, los aspectos más importantes de la civilización: dioses mitológicos, guerras, reyes, pensadores, el culto a los muertos; o bien, el actuar cotidiano o simplemente al ser humano. Todo esto, hoy en día permite conocer desde los utensilios más simples hasta la normatividad más compleja de aquellos pueblos.⁶³

El Derecho ha sido y es tema principal en innumerables obras artísticas, no sólo literarias o cinematográficas, como se verá más adelante; sino en la arquitectura, expresado en el edificio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resultado de la lucha por la justicia y el Derecho a partir de México independiente. En la escultura se halla en la Diosa Themis, considerada como la divinidad de la justicia en la mitología griega. En la pintura a través de los murales, con la culminación de la Revolución mexicana, el Estado buscó la colaboración de los artistas para despertar en el pueblo la cultura por la historia antigua; como ejemplo, Diego Rivera recrea la cultura prehispánica en un sentido populista;

⁶² RECASENS SICHES, Luis. *Opus citatus*. Página 638.

⁶³ De las primeras representaciones artísticas de la humanidad está en la escultura la “Venus esteatopigia” llamada de esa forma por presentar una hipertrofia o aumento en las partes sexuales de una mujer. En la pintura se encuentra la rupestre, en un inicio se halló en cuevas, personificaban animales, contornos de manos o símbolos abstractos; mas adelante se colocó en lugares abiertos donde las figuras humanas se presentaban profusamente. La arquitectura, inicio con la agricultura, pues los pueblos dejaron de ser nómadas para tener una vida sedentaria, crearon viviendas y sepulturas a sus difuntos, permitiendo una vida religiosa con el culto a los muertos. La música se dio por sonidos vocales e instrumentales preferentemente religiosos, ligados a la los ritos y danzas para la caza.

David Alfaro Siqueiros personifica la lucha del pueblo en contra del represivo poder del Estado.⁶⁴

Ulpiano se refiere al Derecho como un arte, al calificarlo como “*el arte de lo bueno y de lo equitativo*”, en otras palabras, el Derecho es el arte de la justicia.

Se debe tener presente, la inmersión de todo el actuar cotidiano del ser humano en la realidad del Derecho, hasta lo que no se cree y quizá aun no se imagina, pues sin importar como se vea ni de donde se mire, todo tendrá una explicación, respuesta y regulación jurídica.

La mal llamada “*ciencia ficción*”, porque si es ciencia⁶⁵ no puede ser ficción, pues aquella implica un conocimiento cierto y verídico de las cosas; debiera denominarse “*ficción científica*”, pues ésta va más lejos de la realidad en forma fantástica bajo ideas y términos científicos.

“Todos conocen las ideas de la relatividad especial, con su noción del *espacio-tiempo*. Uno de los mayores logros conceptuales de esta teoría fue la aserción de que existimos entre *eventos* y no entre *puntos*. Los eventos forman una variedad tetra-dimensional (espacio-tiempo), en la cual cada objeto tiene una extensión temporal. Así, lo que para la física de Newton era un objeto material pequeño, para la teoría de la relatividad es una especie de “gusano largo” que

⁶⁴ La temática predilecta de los muralistas se encuentra en los problemas políticos, económicos, sociales de la “Revolución Mexicana”. Escenas del pueblo en armas y distintos episodios de la lucha social en que campesinos, caciques, obreros, capataces, maestros, sacerdotes, militares, burgueses, entre otros, son las figuras principales personificadas en la pintura. Posteriormente se incluyen asuntos históricos, fiestas, costumbres y tradiciones populares.

⁶⁵ Ciencia, del latín *scientia*: **1.** f. Conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales. **2.** f. Saber o erudición. *Tener mucha, o poca, ciencia. Ser un pozo de ciencia. Hombre de ciencia y virtud.* **3.** f. Habilidad, maestría, conjunto de conocimientos en cualquier cosa. *La ciencia del caco, del palaciego, del hombre vividor.* **4.** f. pl. Conjunto de conocimientos relativos a las **ciencias** exactas, fisicoquímicas y naturales. *Facultad de Ciencias*, a diferencia de *Facultad de Letras*.

atraviesa el espacio-tiempo desde el pasado hacia el futuro. Así mismo, lo que para la mecánica clásica fue un punto material, para la mecánica relativista es una línea en el espacio-tiempo (la "línea del mundo").

Todos acostumbramos dar el crédito por ello a Albert Einstein, debido a su trabajo histórico de 1905. Me permitiré entonces citar unos fragmentos de la novela de H. G. Wells: "The Time Machina". La discusión que sigue se desarrolla entre el inventor del "vehículo del tiempo" y el grupo de sus amigos, al planear una excursión al futuro.

Dice el inventor:

"Sabén Uds., por supuesto que la línea matemática, línea sin ancho, no tiene existencia real. Tampoco la tiene un plano matemático. Estas cosas son solamente abstracciones [...]. Ni tampoco teniendo sólo longitud, altitud y anchura, un cubo posee una existencia real".

"Aquí protesto", dijo Filby. "Obviamente un cuerpo sólido puede existir". "Así piensa la mayoría de la gente. Pero espera un momento, ¿puede existir un cubo instantáneo?". "No te entiendo", dijo Filby.

"¿Puede un cubo que no dura ningún tiempo tener una existencia real?" [...] "Claramente", continuó el viajero del tiempo, "cualquier cuerpo real tiene que extenderse en cuatro direcciones: tiene que tener Longitud, Altitud, Anchura y Duración".

En un fragmento siguiente el inventor constata:

"Bien, no tengo nada en contra de decirles que trabajé sobre esta geometría de cuatro dimensiones desde hace algún tiempo. Algunos de mis resultados son curiosos. Por ejemplo, aquí está el retrato de un hombre en sus ocho años de edad, otro en los quince, otro en diecisiete, otro en veintitrés, etc. Todos ellos son evidentemente secciones, de hecho, representaciones, de su ser tetra-Dimensional, que es una cosa fija e inalterable". (H.G. Wells, "The time Machine").

Al leer "La Máquina del Tiempo" vale la pena echar un vistazo a la primera edición. La fecha fue: 1895. Resulta entonces que H. G. Wells, un autor de ficción científica, de hecho, tiene prioridad en inventar los conceptos básicos de la teoría de la relatividad, tales

como los conocemos hoy (el espacio-tiempo de las cuatro dimensiones, las líneas del mundo, etc). Lo hizo 10 años antes de Albert Einstein (esta anécdota la debo a las discusiones con Constantin Pirón, en Ginebra 1978). ¡Si los físicos en ese entonces hubiesen leído ficción científica, quizás la historia del mundo hubiera tomado un curso diferente!"⁶⁶

Es difícil tomar partido, sobre si la ciencia da las pautas a la creación de ficción, o si ésta se las da a la ciencia. En todo caso al jurista no le toca averiguarlo, pero sí, observar los efectos producidos por la tecnología con relación a la sociedad, por ello, debe estar atento, desde el comienzo de las nuevas ideas; pues si se quedan en mera literatura, el efecto es menor aquel si la ciencia los toma.

El Diccionario de la Real Academia Española, define a lo coloquialmente denominado "*ciencia ficción*", como:

"Genero de obras literarias o cinematográficas, cuyo contenido se basa en hipotéticos logros científicos y técnicos del futuro".⁶⁷

Con referencia a esta última palabra -futuro- se da la relación entre el Derecho y la ciencia ficción o ficción científica, pues el legislador debe tomar conciencia de la premura en la transformación de la sociedad, para intentar regular el futuro, adquirir conciencia de lo expuesto en innumerables obras literarias o cinematográficas, para tratar de ir más haya de la realidad, y así, evitar cometer errores.

⁶⁶ MIELNIK, Bogdan. *Ficción científica y relatividad general*.
http://www.fis.cinvestav.mx/~grupogr/gr_mphysics/fcrg.html

⁶⁷ Diccionario de la Real Academia Española. *Opus citatus*

Retomando las ideas del jurisconsulto Francisco H. Ruiz, parafraseadas por el Maestro Ernesto Gutiérrez y González, al indicar:

“Para legislar no debe tenerse en cuenta solamente las necesidades actuales y manifiestas de la sociedad, porque hay necesidades ficticias cuya satisfacción acarrearía gravísimos males, porque hay legítimas necesidades latentes que es preciso descubrir y remediar; porque hay necesidades antagónicas que es forzoso armonizar y porque el legislador debe tener los ojos fijos en el porvenir.”⁶⁸

“El cambio de las condiciones sociales de la vida moderna impone la necesidad de renovar la legislación, y el Derecho civil, que forma parte de ella, no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de la transformación que las sociedades experimentan.”⁶⁹

La ciencia ficción plantea los posibles escenarios del futuro, por ello, se debe considerar, no sólo para legislar, sino para cambiar hábitos o costumbres propicias o tendientes a la destrucción de la vida, y reflexionar o tomar a la ciencia ficción como un aviso del futuro y no permitir que continúe como una advertencia inútil.

⁶⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Opus citatus*. Página 267.

⁶⁹ Ídem. Página 269.

1.- Influencia del cine y literatura en el Derecho

Adquirir un conocimiento o bien trasmitirlo, de inicio es una tarea ardua, pero puede facilitarse con el método idóneo, el problema de un determinado sistema surge en la aplicación, pues en ese momento, para algunas personas resulta sencillo y para otros complicado, depende de la capacidad de cada una. Están los tradicionales -los libros- como divulgadores de los conocimientos; sin embargo, la rapidez de la radio, la televisión, la red o el cine permiten la participación de los conocimientos ha una velocidad implacable.

Como ejemplo, está la novela como sinónimo de ficción, no obstante, el nuevo periodismo le ha dado un enfoque distinto: crear novelas de realidades fácticas de la sociedad; las noticias dejaron de ser descriptivas para ser narradas novelescamente, con ello, se permite una mayor comprensión y acercamiento de los sucesos, con el sólo hecho de cambiar el método tradicional.

En todo caso lo importante es llegar al conocimiento, y dejar a un lado pesquisas, tomar todos los recursos y elementos para trasmitirlos a las personas. Si la lectura se complica para algunos, el cine, la televisión, la red, entre otros, son la herramienta para lograr conocer la Historia, la Filosofía, la Geografía, la Literatura, el Derecho, etcétera.

El cine tiene una triple naturaleza:

1.- Es una industria por ser creada para la satisfacción de necesidades físicas o materiales del hombre, con fines mercantiles;

2.- Adicionalmente es considerado como el séptimo arte, al procurar transmitir al ser humano emociones o sensaciones, con un ideal estético al impulsar la realización de la belleza;

3.- Por otro lado, es **una forma de divulgación de ideas o una herramienta en la enseñanza de conocimientos.**

La Ley Federal de Cinematografía, indica:

Artículo 4.- La industria cinematográfica nacional por su sentido social, es un vehículo de expresión artística y educativa, y constituye una actividad cultural primordial, sin menoscabo del aspecto comercial que le es característico⁷⁰ [...].

Artículo 14.- La producción cinematográfica nacional constituye una actividad de interés social, sin menoscabo de su carácter industrial y comercial, por expresar la cultura mexicana y contribuir a fortalecer los vínculos de identidad nacional entre los diferentes grupos que la conforman. Por tanto, el Estado fomentará su desarrollo para cumplir su función de fortalecer la composición pluricultural de la nación mexicana [...].

⁷⁰ Artículo 18.- Para los efectos de la Ley Federal de Cinematografía se entiende por **explotación mercantil** de películas, la acción que reditúa un beneficio económico derivado de:

I.- La exhibición en salas cinematográficas, videosalas, transportes públicos, o cualquier otro lugar abierto o cerrado en que pueda efectuarse la misma, sin importar el soporte, formato o sistema conocido o por conocer, y que la haga accesible al público.

II.- La transmisión o emisión en sistema abierto, cerrado, directo, por hilo o sin hilo, electrónico o digital, efectuada a través de cualquier sistema o medio de comunicación conocido o por conocer, cuya regulación se regirá por las leyes y reglamentos de la materia.

III.- La comercialización mediante reproducción de ejemplares incorporados en videograma, disco compacto o láser, así como cualquier otro sistema de duplicación para su venta o alquiler.

IV.- La que se efectúe a través de medios o mecanismos que permitan capturar la película mediante un dispositivo de vinculación para navegación por el ciberespacio, o cualquier red similar para hacerla accesible en una pantalla de computación, dentro del sistema de interacción, realidad virtual o cualquier otro medio conocido o por conocer, en los términos que establezcan las leyes de la materia.

Este séptimo arte como instrumento de transmisión de conocimientos, permite en una cinta cinematográfica instruir sobre uno o varios temas de Economía, Política, Historia, Derecho, entre muchos otros, y adicionalmente, enseña las artes consideradas como bellas.

Con referencia a esto último -que a través de las películas se muestran las bellas artes, y al ser estas la síntesis de la historia de la humanidad- es posible educar o transmitir conocimientos por medio de los filmes; donde se llega a conocer el mundo entero y la historia de cada pueblo, al recrear hombres, ciudades, monumentos, esculturas; desaparecidos por el paso de los años, pero la cinematografía los revive al permitir no sólo regresar al pasado, sino ver la historia como si se viviera el presente.

El cine se apoya en la arquitectura al articular escenografías, desde una iglesia o un pueblo hasta el Partenón o el Coliseo romano; o bien, de la habilidad del camarógrafo para tomar escenas como las propias pinturas de los mas grandes artistas; o montar danzas antiguas para una esplendida coreografía apoyada por la música; de igual forma, la actuación perfecta de los actores para interpretar los rasgos característicos de sus personajes, tomados de las esculturas de los grandes hombres de las civilizaciones; y quizá el complemento más importante, el libreto o la historia con la finalidad de estremecer al espectador para hacerlo reflexionar sobre el tema tratado.

El Derecho ha sido y es tema principal en innumerables obras cinematográficas, algunas se quedan en mera diversión, en otras se observa un conocimiento verídico de temas legales, permitiendo una formación jurídica para los espectadores; invita para entrar al universo de la reflexión jurídica, ética, moral o filosófica, para descubrir que en la impartición de la justicia difícilmente se dejarán de mezclar los aspectos políticos a los legales.

La temática fundamental de algunas películas con relación a juicios o controversias, es la lucha por restablecer la justicia, colocando lo justo en un lado de la balanza y en el otro lo legal. Por ello, difícilmente se podrá establecer, como ficticiamente en muchas películas se hace, una justicia plena, pues en ocasiones ésta contraviene la legalidad o viceversa. Así, dentro de la trama se hace la valoración de testimoniales, periciales, documentales y demás pruebas, con la finalidad de llevar al espectador a un nuevo conflicto entre lo objetivo de éstas y lo subjetivo de su apreciación.

El futuro ha sido la herramienta predilecta en el cine, ir hacia delante e indagar el probable futuro de la humanidad; algunos cineastas han sido optimistas, al pintar un mundo mágico y tecnológico; otros, sólo se limitan a la factible existencia de la especie humana, o bien, planteando una apocalipsis. En materia de Derecho penal, se vislumbra ¿Si se podrá ver el futuro para prevenir los delitos?, ¿Si la autoridad tendrá la capacidad para detener a las personas antes de cometer el delito?, ¿Si se podrá sancionar al que pudo cometerlo? Y ¿Si después de ver el futuro y no se evitará el crimen, quien sería el culpable? Estas y muchas más preguntas tienen respuesta en el cine de ciencia ficción, pues se recrea que en algunos años los delitos podrán ser suprimidos al predecir el futuro y atrapar al culpable antes de cometer el crimen; esto será producto de la aplicación de la tecnología. Sin embargo, resultará la violación a la privacidad, un sistema judicial careciente de principios como el debido proceso, presunción de inocencia, entre otros.⁷¹

No en todas las películas se retoma estrictamente al Derecho, pero se debe reconocer, el trabajo de los cineastas para hacer pensar al espectador sobre temas legales y de justicia, o legalidad contra justicia; al mostrar una realidad difícil de

⁷¹ www.cinejurídico.com

aceptar, porque se vive bajo la corrupción y podredumbre de los gobernantes. El ejemplo de lo anterior, es la película mexicana “La ley de Héroes”, donde refleja sin tapujos la realidad del país, de gobernantes, instituciones y ciudadanos. Permite ver la lucha despiadada por el poder, el intercambio de favores, en suma la barbarie del sistema.

El Derecho va de la mano con la Historia, por desgracia en el cine al retomar estos temas, los pierde en un mundo “hollywoodense”, absurdamente separa la realidad legal o histórica, que puede comercializarse cinematográficamente, por una realidad inexistente jurídica y fácticamente. Por ello, si ya se habla de un tema jurídico ¿Por qué no dejar los absurdos y mejor ver la legalidad en el planteamiento con el toque creativo? Se tiene la historia y los personajes, sólo modificar el libreto y crear filmes con un verdadero sentido jurídico.

El cine busca consolidarse en la Historia con ánimo de hallar allí pautas o modelos para el presente, exhibe películas con referencia a la justicia, desastres de la guerra o naturales, la formación de una nueva moral; con la finalidad de buscar mensajes para poner ha pensar al espectador, al colocar en la balanza distintos valores, no menos importante uno del otro; incluso, la contraposición entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, reflejado normalmente en la subjetividad del juez. Es aquí donde las dobles morales, las dobles intenciones y las dobles verdades, salen a fulgurar.

Problemas como los Derechos humanos, la libertad, la vida, la seguridad, son temas atraídos por el cine, como medio de expresión de las dificultades de este tiempo; por eso, el cine jurídico, ha de corresponder tanto a quienes se inquietan por el Derecho como a quienes sencillamente gozan del cine como una diversión. Aquéllos disfrutarán de un novedoso contacto con el orbe del Derecho y éstos, de

una nueva perspectiva para analizar el cine por su amplitud y sugerencias; es un instrumento fundamental para cinéfilos y juristas.

En 1983 se creó el Instituto Mexicano de Cinematografía (IMCINE) como organismo público descentralizado, entre sus finalidades está la de fomentar la producción y promoción del cine mexicano, e impulsar la industria cinematográfica del país. Para lograr esto, se creó el Programa de Fomento a la Creación Cinematográfica. Por medio de dos Fondos, el “Fondo para la Producción Cinematográfica de Calidad” (FOPROCINE) y el “Fondo de Inversión y Estímulo al Cine” (FIDECINE).⁷²

Bajo esta perceptiva, y al considerar lo establecido en la Ley Federal de Cinematografía, con relación al objeto del “Fondo de Inversión y Estimulo al Cine”, esto es: *el fomento y promoción permanentes de la industria cinematográfica nacional, que permita brindar un sistema de apoyos financieros, de garantía e inversiones en beneficio de los productores, distribuidores, comercializadores y exhibidores de películas nacionales. Aunado a la deferencia realizada por la misma Ley sobre ésta industria como un vehículo de expresión artística y educativa, y constituye una actividad cultural primordial, independientemente de la actividad comercial que produce. Considero se debe destinar parte de éste Fondo, para la creación o producción de películas jurídicas, con la finalidad de educar al espectador, no sólo sobre valores de justicia, como ya se ha venido realizando, sino sobre aspectos netamente legales, como: las garantías individuales, procesales; obligaciones y deberes de los ciudadanos y autoridades, entre otros; pero realizadas con base en las leyes y con el toque creativo, para que resulte como industria, y evidentemente en el aspecto cultural y educativo.*

Incluso, publicar convocatorias en las Universidades de Derecho, Tribunales de Justicia, u otras dependencias u organismos, para quienes estén interesados,

⁷² <http://www.imcine.gob.mx/>

presenten su propuesta de historia o libreto basada en hechos reales de los asuntos tramitados o conocidos por ellos.

Por ello, el cine cultural e histórico debe formar parte de la pedagogía, pues debe tomarse como elemento o material para transmitir conocimientos, en otras palabras, el cine debe ser considerado como herramienta de la literatura, al ser ésta la forma tradicional de hacer llegar la cultura a los hombres. Incluso, debe integrarse a la pedagogía jurídica, para instruir a expertos y bisoños la materia legal; o bien, a toda aquella persona que no este dentro de la abogacía, pero sea una forma de enseñarle sus derechos, obligaciones y deberes jurídicos.

La literatura⁷³ universal centra su atención en el ser humano como tal, expresa aspectos trascendentales o simplemente la vida cotidiana; entre los temas centrales está la justicia, la moral, el Derecho divino y humano. A través de ella se reflejó y refleja el Derecho natural. Que hoy en día conocemos

La literatura y el cine sólo muestran en variadas maneras los Derechos humanos, quizá no lo realicen en muchos de los caso bajo la letra de los preceptos normativos, pero si, bajo una idea clara de los Derechos naturales, en otras palabras, reflejan a estos -los Derechos natos del hombre-, en contraposición de los derechos creados por él.

El Derecho Natural, en si no es un sistema legal, sino de normas morales y éticas, permite calificar de bueno, justo, virtuoso, honesto u honorable, las conductas del hombre. Para los Iusnaturalistas el Derecho son principios

⁷³ La palabra literatura, proviene del latín *litera* que significa letra del alfabeto; es el arte de la expresión intelectual y el arte de escribir obras de valor duradero, es la expresión escrita en toda dimensión.

inmutables íntimamente ligados al ser humano, sólo por el hecho de serlo. Por ende se confronta con la legislación, como consecuencia de la decisión de unos cuantos al crear la ley. El Derecho Natural es lo ideal bajo la teoría de justicia, el Derecho Positivo es lo establecido caprichosamente.

En el Derecho romano, se conoció al Derecho Natural como un método para establecer principios jurídicos mediante una sistematización basada en la naturaleza de las cosas, teniendo en cuenta las relaciones establecidas entre las partes. Fue de gran trascendencia para los romanos que en su nombre se libraron las primeras batallas contra la esclavitud, así como, influir en las resoluciones judiciales.

“El Corpus iuris nos habla también del ius naturales, un Derecho ideal que no existe en la práctica, por que siempre debería orientar, conciente o subconscientemente, la actividad del legislador. Así, aunque la esclavitud exista de lege lata (o sea, en el Derecho positivo), pertenece al ius gentium y encuentre una reglamentación que, en gran parte, por sus características muy romanas, pertenece al ius civile, es una figura que no debía existir de lege ferenda (o sea, en el derecho ideal que debería regirnos). Por eso no pertenece al ius naturales, como Justiniano reconoce expresamente”⁷⁴

El Jurista Romano Cicerón decía:

“La verdadera ley es la recta razón en armonía con la naturaleza; es de aplicación universal, inmutable y sempiterna; no podemos vernos libres de sus obligaciones por obra del Senado o del pueblo, y no necesitamos mirar fuera de nosotros mismos en busca de quien no la explique o interprete. Y no habrá distintas leyes en Roma y en Atenas, o leyes distintas ahora y en el futuro, sino una ley eterna e inmutable que será válida para todas las naciones y todos los tiempos, y habrá un sólo señor y gobernante, es decir Dios, sobre todos nosotros, pues es el autor de ésta ley, su promulgador, y su juez y su sancionador. Si el Derecho tuviera su fundamento en la voluntad de los pueblos, en los decretos de los jueces, entonces tendría uno derecho a desempeñar el oficio de bandido, a cometer adulterio; si tales acciones

⁷⁴ FLORIS MARGADANT, Guillermo. *El Derecho Privado Romano*. Vigésima primera edición. Editorial Esfinge. México. 1995. pagina 98.

obtenían la aprobación de los votos o de las resoluciones de la masa popular”.

Los principios universales como la justicia, la libertad, la seguridad, el bien común, son la base del Derecho Natural, sin embargo, a pesar de su universalidad, el Derecho no podría ser absolutamente justo, pues siempre existen opuestamente dos interesados, lo que para uno es justo, no lo será para el otro. Pero si, al momento de crear las normas jurídicas se debe tomar en cuenta estos principios universales del Derecho Natural.

“El derecho natural no es el mero sentimiento de justicia ni un código ideal de normas, sino el conjunto de criterios y principios racionales – supremos, evidentes, universales- que presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social, que asigna al derecho su finalidad necesaria de acuerdo con la exigencia ontológica del hombre, y establece las bases de selección de las reglas e instituciones técnicas adecuadas para realizar esa finalidad de un medio social histórico.”⁷⁵

Esta idea de tomar los valores o principios del Derecho Natural para crear la legislación, es la influencia de la literatura sobre el Derecho; pues de innumerables escritos que forman ésta, se ha tomado el material más importante del universo, a través del cual se ha transmitido de siglo a siglo los Derechos natos del hombre. Sin ella – la literatura- las luchas por los Derechos probablemente se hubiera olvidado y se resumiría en “interés del momento”; y quizá, el respeto a la vida, a la libertad, no serían contemplados como Derechos trascendentales, sino más bien, el dinero o el poder.

Difícil es aceptar esto, pero es la realidad: el dinero es más importante que la vida, el poder es más importantes que la libertad. Por ejemplo: el sueldo del Presidente de México no es tan significativo, ni aún lo obtenido como coloquialmente se dice “por debajo del agua”, sino es el “poder, las delicias del

⁷⁵ PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Quinta edición. Editorial Jus. México. 1967. pagina 230.

poder". Han muerto infinidad de políticos en el camino hacia la presidencia, cuantos más mueran, no es trascendente, sino sólo el poder.

El fundamento último del Derecho Natural es la naturaleza misma del hombre, por ello, el Derecho considera estas nuevas realidades donde los seres humanos se han desenvuelto; las contempla, por servir como origen de nuevos valores o principios retomados por éste. Sin embargo, éstos principios y la propia realidad no siempre son concurrentes; lo que debería de ser no siempre se ajusta a la realidad y en efecto tampoco al Derecho Positivo, pues al tratar de idealizar se puede caer en ideales utópicos, y no en el deber ser.

El Derecho Positivo se compone por *"reglas jurídicas que están en vigor en un Estado, cualquiera que sea su carácter particular, Constitución, leyes, decretos, ordenamientos, costumbres, jurisprudencia. Estas reglas son positivas en el sentido de que constituyen un objeto de estudio concreto y cierto; son conocidas, tienen un texto, una fórmula fija y precisa, resulta de un conjunto de hechos y de opiniones de cuya existencia no puede dudarse"*.⁷⁶

El Derecho Positivo es el conjunto de normas obligatorias, emanadas de la autoridad del Estado, materializadas en leyes, reglamentos, jurisprudencia, decretos, sentencias; cuyo cumplimiento puede llegarse a exigir en forma coactiva por la propia autoridad estatal.

El verdadero Derecho, decía el Tratadista Ihering, es:

"El que regula la convivencia humana, exista o no en un catálogo de leyes y que hay leyes que existen, pero no se observan y por tanto sólo son fantasmas del Derecho, pero no Derecho en si. Lo que no acontece en la

⁷⁶ PLANIOL, Marcel. RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Editorial Oxford University Press. México. 1999. pagina 26.

realidad, lo que no existe sino en las leyes y sobre el papel, únicamente es un fantasma del Derecho, y por tanto un conjunto de palabras”.

Para el Filósofo Sócrates, el Derecho Positivo:

“Debe cumplirse aunque implique alguna injusticia de los hombres, (de ahí consideró que) la justicia se plasma en tres principios: el orden y paz, el de certeza jurídica y el de seguridad jurídica, sin ello, no podrá imperar la justicia en ningún Estado”.

Por su parte, el Jurista Kelsen, partidario de la corriente positivista, explica y justifica al Derecho por y para el Derecho mismo, al dejar a un lado los elementos ajenos a él, al ignorar todo lo que no responda estrictamente a su definición. Con su teoría “pura” como literalmente significa, pretendió eliminar del Derecho todos los elementos extraños, incluso los valores morales y éticos, pues para él son foráneos a la ciencia jurídica.

“Al caracterizarse como una doctrina “pura” con respecto al derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir que quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Éste es su principio fundamental en cuanto al método.”⁷⁷

Este autor positivista, indica lo que es el Derecho, pero no como debería ser, aísla al Derecho de otras ciencias que influyen en su esencia, como la Sociología, la Ética, la Filosofía, la Política, la Psicología; intervienen directa o indirectamente en el Derecho. Para él, la ciencia jurídica puede conocerse y funcionar independientemente de las demás ramas del saber.

“Esa confusión puede explicarse por referirse esas ciencias a objeto que, indudablemente, se encuentran en estrecha relación con el derecho. Cuando la Teoría pura del Derecho emprenda la tarea de delimitar el

⁷⁷ KELSEN, Hans. *Opus citatus*. Página 15.

conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un secretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto”⁷⁸

Para éste autor el Derecho es “*el sistema de normas que regula el comportamiento humano*”⁷⁹. No obstante, el comportamiento humano, no sólo es regulado por las normas jurídicas, sino también por las normas sociales. El Derecho no es la única ciencia dirigida al conocimiento y descripción del comportamiento humano. Él denomina a las normas sociales como “moral” y la disciplina orientada a su conocimiento y descripción como “ética”. Opina: “*la relación entre el Derecho y la moral radica en la justicia, sin embargo, la moral es irrelevante para el estudio del Derecho.*”

Los valores propagados por el Derecho Natural, como los natos e inherentes del ser humano, no podían estar a la deriva o en discusiones subjetivas, era necesario tomarlos y ponerlos en una ley, para darles la eficacia y congruencia en la realidad, pues evidentemente un principio o una norma no es respetada y obedecida si no hay de por medio una sanción.

La discusión no estriba en si el Derecho en si, es naturalista o positivista, sino de la utilidad de ambos para conservar la armonía social; por una parte se necesita el respeto a la vida, la necesidad de ser libres, tener paz y seguridad, y demás derechos del ser humano, por el sólo hecho de serlo; y por otro lado, una norma encargada de regular y sancionar estos derechos.

La ley es también literatura, como el arte de escribir, pues a través de esta, se logra captar el momento actual de un determinado lugar en aspectos políticos, económicos, sociales o culturales. Por ello, es importante analizar y seleccionar

⁷⁸ Ídem. Página 16.

⁷⁹ Ídem. Página 18.

determinadas conductas del ser humano para ser valoradas con base en los datos de la ciencia, la historia, la filosofía, la moral, la ética; y tomar en cuenta las realidades en donde se desenvuelve el ser humano, para finalmente ser considerados como preceptos jurídicos. El legislador al reflexionar lo anterior, debe encontrar el punto idóneo en la balanza, entre los ideales de justicia y las posibilidades de su regulación en la realidad fáctica.

De gran importancia para el Derecho es el arte de la escritura, por ser el utensilio de comunicación y comprensión de sus contenidos; una idea o concepto mal plasmado en su redacción confunde, no sólo en su interpretación sino en su aplicación; más aún, siendo nuestro Derecho un Derecho escrito, los juristas deben hacer de la lectura, la escritura y por tanto de la redacción un verdadero arte.⁸⁰

El arte de la escritura concede la posibilidad de dar a conocer a los demás seres humanos, el pensamiento del artista, pues sirve como arma de defensa y apoyo a sus convicciones, debe adquirirse por quienes tienen en sus manos el poder de cambiar el curso de la sociedad.

De la misma forma el legislador llamado metafóricamente como el artista del Derecho,⁸¹ es el encargado de dar a conocer a los gobernados el contenido y alcances del Derecho, vía los preceptos jurídicos, bajo la idea de claridad, concisión y coherencia; pues en estos recaen las normas. En consecuencia, si el fin del arte es hacer llegar el mensaje inmerso dentro de la obra, la norma jurídica, deberá también cubrir ese requisito, para trasmitir a los ciudadanos los mensajes apropiados para el entendimiento de la ley. Este objetivo se logra más

⁸⁰ ÁLAMO, Javier. *Opus citatus*.

⁸¹ El Filósofo Platón decía: “el legislador es de todos los artesanos el que más escasea entre los hombres”.

convenientemente con el sostén de la “técnica jurídica”⁸² para facilitar la comprensión de esa norma por todos los seres humanos.

Es necesario hacer una legislación de literatura para las generaciones futuras, para darles las pautas de cómo se vivió en esta época, pues el Derecho más que una norma, implica un conocimiento profundo del momento histórico de determinada sociedad; podrá servir como influencia a las siguientes civilizaciones, quizá no como ejemplo, sino para evitar los mismos errores, todo depende del objetivo o finalidad; para algunos la legislación actual es quizá la mejor, pero para otros y en especial para quienes la practican por ser litigantes o postulantes es en muchos casos la peor.

Por otro lado, probablemente la literatura inmersa en la ley no será necesaria, porque la tecnología permitirá el despliegue de imágenes de cómo se vive hoy; pero al retomar los libros y las películas realizadas de “*la maquina del tiempo*”, sobre el futuro si lo llegará a ver, en una era de especímenes que probablemente no dejarán vivir al ser humano como tal, o quizá, se extinga como en “*el mundo de los simios*”, y esta destrucción no será por la evolución de una especie superior en inteligencia y fuerza, sino será por los propios hombres.

⁸² “El vocablo técnica proviene del latín *technicus*, derivado del griego *τεχνικός*, de *τέχνη*, significa lo relativo a la aplicación de las ciencias y las artes. La técnica en sentido estricto es la aplicación adecuada de los medios para obtener el fin que se persigue. Por su parte, la técnica jurídica conforma una disciplina que proporciona las reglas necesarias para la realización práctica de las normas jurídicas. La técnica no examina la rectitud de las valoraciones pues esa es tarea de la filosofía; tampoco examina el buen funcionamiento que se logre en la solución escogida, ya que esto corresponde al arte.

A diferencia del arte, la técnica no se interesa por la esencia del Derecho, sino por ver su utilidad y su realización.

Bajo cualquier régimen de Derecho se debe recurrir a esa técnica para la elaboración de una legislación positiva, e esta se le llama simplemente técnica legislativa, la cual a su vez para lograr sus fines deberá recurrir a la ficción.”.

ÁLAMO, Javier. *Opus citatus*. Página 77.

Se debe pensar para el mundo jurídico siempre en el futuro y no en lo actual, porque se debe continuar con la lucha por el mejoramiento integral de la nación, contra la miseria, contra la ignorancia y contra la injusticia; además, *“en el momento de mencionar lo actual deja de serlo, para convertirse en un pasado cercano”*.

2.- El Derecho como reflejo tardío de la tecnología

“El mundo ha revolucionado lentamente pero a pasos agigantados”.⁸³ El ser humano a partir de ser considerado como tal, se ha encargado de transformar o adaptar a su forma de ser, pensar o actuar en determinada época, toda la naturaleza. En la actualidad se ha perdido la capacidad de asombro respecto a las primeras revoluciones industriales, tecnológicas y naturales, al dejar de ser significativas en la vida cotidiana, es tal la costumbre a ellas y la creación de nuevas tecnologías, que aquellas parecen ser de menor trascendencia, al olvidar por un momento, que gracias a esos cambios, hoy se vive con comodidad.

Pareciera que la forma de comunicación verbal siempre ha existido, el poder intercambiar ideas con otras personas, fue gracias a la invención de un lenguaje oral; quizá este sea el primer cambio trascendental realizado por el ser humano. Prender una fogata, calentar un objeto fue posible por el descubrimiento y control del fuego. La creación de utensilios o armas, la domesticación de animales, y otros más, permitió en gran parte la prosperidad del hombre.

Con el cambio de nómada a sedentario, se logró la interacción entre distintas familias, esto se logró por el descubrimiento del ciclo biológico de las plantas y por ende el invento de la agricultura. Adicionalmente, con el establecimiento definitivo de las comunidades, sus miembros tuvieron tiempo libre, permitiéndoles un desarrollo intelectual, artístico y social; dando paso a la más importante invención de la humanidad, la escritura.

⁸³ Si el tiempo de evolución del ser humana se mide por los años de vida promedio de éste, es lento; pero, al ser medido por los millones de años transcurridos desde la formación de la galaxia, sólo han sido unos cuantos.

En el México prehispánico se desarrollaron grandes y tecnológicas civilizaciones, prosperas en distintas ciencias, sólo por mencionar algunas: en Astronomía, con la creación del calendario azteca, donde precisaban el paso del tiempo; Arquitectura, al construir innumerables centros religiosos y culturales; Medicina, al descubrir y aplicar las propiedades curativas de inmensidad de plantas; Literatura, al inventar su propio lenguaje escrito; Historia, al forjar leyendas, mitos y costumbres antiguas; Derecho, al crear sus normas legales en materia penal, mercantil, familiar.

El vocablo tecnología proviene del griego *τεχνολογία*, de *τεχνολόγος*, de *τέχνη*, arte, y *λόγος*, tratado y significa:

- “1.- Conjunto de teorías y de técnicas que permiten el **aprovechamiento práctico del conocimiento científico**.
- 2.- Tratado de los términos técnicos.
- 3.- Lenguaje propio de una ciencia o de un arte.
- 4.-Conjunto de los instrumentos y procedimientos industriales de un determinado sector o producto.”⁸⁴

El artículo 3º, fracción V Constitucional, señala:

*“Además de impartir la educación preescolar, primaria y secundaria, señaladas en el primer párrafo. El Estado promoverá y atenderá todos los tipos y modalidades educativos –incluyendo la educación superior– necesarios para el desarrollo de la nación, **apoyará la investigación científica y tecnológica, y alentará el fortalecimiento y difusión de nuestra cultura;**”.*

Con base en este precepto, la política del actual presidente de México, Vicente Fox Quesada, ha tomado como lema y base la tecnología, al prometer *“computadoras e Ingles a todas las comunidades indígenas”*, incluso, aquellas con una

⁸⁴ Diccionario de la Real Academia Española. *Opus citatus*.

economía paupérrima en el país; pues se tiene la idea de ser el medio idóneo para terminar no sólo con la pobreza económica sino también educativa y cultural del país.

Se han suscitado diversas controversias, respecto al derecho, el acceso, los medios y los beneficiarios de la tecnología. Hoy en día no se puede hablar de una aplicación ecuánime de ésta, pues en la realidad, se pretende utilizar la incorrecta para determinado lugar, como el caso de computadoras a los pueblos indígenas, cuando en éstos no hay luz eléctrica.

Cada gobierno establece en el Plan Nacional de Desarrollo, las prioridades a cubrir en determinado periodo, queda al arbitrio de los gobernantes si la educación es más importante que la alimentación, o si una computadora es más importante que un tractor, y así sucesivamente.

Sin puntualizar todas las prioridades, la educación ha sido y es una de las principales, por ello, innumerables gobiernos se han comprometido en establecer escuelas de todos niveles dentro del país e instituir diversos programas de estudios. De estos, un programa destacado es el desarrollado por la "*Comisión Nacional de Libros de Texto Gratuitos*", encargado de imprimir en el idioma español y en diversos dialectos, los libros sin costo para los estudiantes dentro del nivel obligatorio del país.

Evidentemente este programa para la ciudad y el campo es de gran beneficio, pues con esto no hay pretexto para hacer llegar la cultura, y su utilización en la ciencia y tecnología.

A través de estos libros se transmiten en el idioma español o en dialectos, la historia de México y universal, matemáticas, física, química, sociales, entre otras; si

bien es cierto, se trata de un excelente programa, el índice de analfabetismo es inconcebible en las comunidades indígenas del país, pues si está en español o en su dialecto, de nada les sirve. Incluso si supieran leer, la realidad expuesta en los libros, esta fuera no sólo del contexto del campo, sino de infinidad de comunidades paupérrimas establecidas en la ciudad.

Se pretende enseñar a quien no conoce lo básico de tecnología, no una televisión, no un radio, no un teléfono, sino una cama, un baño, agua potable, luz eléctrica. Lo contradictorio es lo presentado en los libros gratuitos, por ejemplo, enseñan “la necesidad de lavarse las manos después de defecar o ir al baño”, y muestra un fotografía de una persona abriendo la llave del agua, cuando muchos niños ni siquiera se imaginan la posibilidad de obtener de esa manera el agua en su casa.

La tecnología avanza y no hay forma de detenerla, camina tan rápido, que cuando se cree alcanzada, ya existe una nueva, y la anterior se vuelve vetusta. Ésta siempre será benéfica, su uso en ocasiones no es tan positivo, pues se ha llegado a aplicar en contra de la propia humanidad. Es aquí donde el Derecho debe entrar y cumplir con la finalidad de organizar armónicamente a la sociedad; no en prohibir por prohibir como acostumbran los legisladores, esto sería inútil y sólo haría crecer los mercados negros, sino regular el uso o aplicación adecuado de la tecnología.

La tecnología vive y se utiliza, bajo la premisa de “*lo que no esta prohibido esta permitido*”, el problema surge cuando se pretende regular, pues pasa por la apreciación, consideración o problemas personales de los legisladores, y después se entra a los del grupo político y finalmente al Congreso, cuando termina el proceso, la tecnología presuntamente ha regular ya fue reinventada ya ni siquiera se usa, y por ende la ley es totalmente anacrónica.

Los legisladores ya no ven el porvenir como dice el Maestro Ernesto Gutiérrez y González, probablemente es difícil crear leyes para lo existente en la imaginación o quizá ni en ésta exista, pero sería útil darle un vistazo al pasado y ver como dice él Maestro:

“Piense Ud Alumna (o), si el legislador de principios del Siglo XX, tenía que ocuparse de legislar sobre aeronáutica, y se reirá Ud. si pensará que sí, pues apenas hace poco más de 95 años que se inicia el vuelo automotor en una máquina más pesada que el aire, y unos 50 años, que ese fenómeno de la “aviación”, cobra toda la importancia que hoy se le atribuye, y que es materia de continua legislación.”

“Piense también si hace 50 años se tenía por el legislador necesidad de emitir normas sobre “implantes”, no “trasplantes” como se dice a lo bestia, de órganos y partes de un cuerpo a otro cuerpo humano.”

“Y así le puedo dar muchos “piense” y meditará que en verdad el avance de las ciencias tiene gran repercusión en la actividad de los legisladores, para el efecto de tener en armonía las relaciones sociales de los individuos para los cuales se emiten las leyes.”⁸⁵

Es difícil legislar o regular sobre el futuro, porque descubrir el rumbo probablemente tomado por la sociedad con referencia a la nueva tecnología y el cambio social, se vuelve complicado; sin embargo, se debe pensar, especular, reflexionar, meditar, sobre los posibles y diferentes escenarios del futuro, para tener las bases de cómo se regulará; y no como actualmente pasa, alcanzado el futuro, apenas se comienza a pensar, y cuando se logra regular, la ley es anacrónica u obsoleta.

Hoy en día el legislador parece competir por el premio “al que dicte el mayor número de leyes ganara...”, pues su papel legislativo lo ha ido desmeritando, en ocasiones dicta preceptos imposibles de aplicar, utiliza una

⁸⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Opus citatus*. Página 266.

pésima redacción al grado de confundir la aplicación de la norma y lo peor, por lucirse dicta leyes en contra de los principios consagrado en la propia Constitución y de otras disposiciones; pues son tantas las leyes que no se percatan de la existencia de una disposición que se opone a lo que pretenden.

Esta son algunas razones de por que las leyes, aun las de mayor importancia, son desde la iniciativa hasta el momento de ser Derecho positivo obsoletas, pues en la realidad no se regula como debiera de ser, sino como le interesa o favorece a un grupo en particular y no a toda la sociedad.

Por eso, ante las nuevas circunstancias sociales, las leyes, no sólo las antiguas como evidentemente se supone seria, sino también las recién creadas, no se aplican a la realidad. Es tan poco el compromiso del gobernante, que no le interesa el verdadero fin del Derecho: mantener la armonía con miras en el porvenir, previniendo las posibles catástrofes sociales; sino sólo cumplir con los encargos o intereses de grupos reducidos.

Los legisladores regulan lo expuesto por la tecnología, cuando ésta modifica las relaciones sociales, cuando por fin se crea la ley, la mayor parte es para prohibir; cuando por fin sucede, esa tecnología ya no se usa por primitiva, por tanto la ley es obsoleta al regular figuras desaparecidas en la práctica.

La tecnología se mueve con fines económicos y mercantiles; el Derecho protege fines sociales, pero por desgracia, pone más interés en la defensa de fines políticos y de la plutocracia; esta es la principal razón de por que el Derecho esta tan lejos de alcanzar la tecnología.

Socialmente es inexplicable la lentitud para regular las nuevas conductas formadas por la modernización y avances científicos; enigmático es entender por

que la tecnología no se aplica según las necesidades de determinadas comunidades, pretendiendo utilizar la que para un lugar es completamente obsoleta; y aun más misterioso, es comprender el atraso por quien crea el derecho y permite que sea un reflejo tardío de la tecnología.

La tecnología es la herramienta o la cura más importante para terminar con desastres naturales, sociales, incluso con la pobreza, siempre y cuando se establezca la correcta.

La tecnología es tan rápida, por su espíritu de lucro, que por ello, el Código de Comercio, debe ser una disposición netamente creada con miras al porvenir, y contradictoriamente es una de las disposiciones menos actualizadas.

El Código de Comercio actual data del año 1887, promulgado en 1889 por el entonces presidente Porfirio Díaz y entró en vigor ese mismo año;⁸⁶ esta es quizá la legislación con mayor vigencia dentro del sistema legal mexicano. Se han realizado reformas, pero aun perdura; pues implícitamente conlleva valores éticos entrañados en el cuerpo de sus preceptos sobre materia mercantil, sin embargo, en la actualidad por los avances tecnológicos no son suficientes.

Lo especialistas en Derecho, deben saber sobre tecnología, pues el ámbito jurídico rodea todo lo existente o no, y los avances tecnológicos deben ser regulados, y para poder hacerlo se debe tener conciencia y sapiencia de ese

⁸⁶ "Por decreto del 4 de junio de 1887, el Poder Legislativo autorizó al Ejecutivo para reformar total o parcialmente el Código de Comercio, y el General Porfirio Díaz, titular del Poder Ejecutivo en esa época, integró para tal efecto una comisión compuesta por tres vocales, los Licenciados Joaquín D. Casasús, José de Jesús Cuevas y José María Gamboa; y como Secretario, don Roberto Núñez. El proyecto fue promulgado el 15 de septiembre de 1889, convirtiéndolo en el actual Código de Comercio, el cual entró en vigor el 1º de enero de 1890, declarando abrogadas las leyes mercantiles preexistentes sobre las materias que en este Código se tratan".

QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. *Ciencia del Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa. México. 2002. Página 133.

conocer tecnológico. Adicionalmente, está el problema de resolver conflictos sobre tecnología, y no sólo, sobre Derechos de autor por patentes o contratos de transmisión de tecnología, sino cuando se susciten por su aplicación; si el Juez o Magistrado no tiene idea de los alcances de los programas de computación o de sus elementos, entre muchos más ¿Como resolverá la litis?⁸⁷

⁸⁷ Tecnología y Derecho ¿Un matrimonio imposible? Es el título de un artículo publicado en internet, por el Sr. Luis Camacho, explica los problemas que los especialistas en tecnología se enfrentan al querer demandar a una persona por el uso sin autorización de su tecnología.

“Que nos hayamos acostumbrado no quiere decir que sea bueno. Ni siquiera deseable. Pero la invasión de palabras extranjeras que padece nuestro querido idioma, además de inevitable, a veces llega a hacerse asfixiante. Y de eso sólo nos damos cuenta cuando nos toca padecerlo. Pese que llevemos nuestro coche al "parking" en lugar de al aparcamiento (sic), o que hagamos un "training" en vez de un curso de formación. Incluso que en nuestra tarjeta de visita ponga "manager" en lugar de gerente o "CEO" en vez de consejero delegado. O que paguemos "royalties" en vez de comisiones por la patente que contratamos para nuestra fábrica, y que miremos el "ranking" en lugar de la clasificación para ver cómo está posicionada nuestra empresa. Pero de eso a lo que está pasando con la jerga tecnológica hay un abismo.

Todo esto viene a cuento de un problema que nuestra empresa está padeciendo en estos días a causa de una demanda judicial que hemos tenido que interponer contra otra compañía por una cuestión que no hace al caso.

La raíz del litigio está muy clara, al menos para los que trabajamos en el sector de las nuevas tecnologías de la información, y más concretamente en el mundo de Internet y de las empresas puntocom. Sin embargo, el problema surge cuando tienes que transmitir los hechos a los profesionales del derecho, porque entonces nos topamos con la constatación de que hablamos idiomas radicalmente distintos.

Nuestro primer problema surgió cuando decidimos que necesitábamos demostrar que en determinada dirección de la red se encontraban ciertos contenidos. Y para ello, lógicamente, acudimos a un notario para que diera fe del hecho. Cuál sería nuestra sorpresa al comprobar que en el siglo XXI la mayoría de los notarios no disponen de conexión a la red, y muchos de los que la tienen no saben cómo usarla, salvo para consultar las bases de datos legislativas.

Para hacer la historia corta diré que una vez que conseguimos que un notario accediese a levantar acta de lo que le pedíamos, y después de más de dos horas en la notaría peleándonos con varios de los empleados para que comprendieran lo que pretendíamos hacer, fuimos nuestro abogado y yo mismo los que tuvimos que redactar el acta que posteriormente firmaría el notario. Porque nadie conseguía explicar de una forma clara algo aparentemente tan simple como que tecleando cierta "URL" aparecía en pantalla la página cuya copia se adjuntaba, y que picando sobre determinado "link" aparecía una nueva página cuya copia impresa también se incorporaba al acta.

Pero no se terminaron ahí nuestros problemas. De hecho, sólo acababan de empezar. Porque después de eso había que redactar una demanda que fuera comprensible para el juez que había de instruir el proceso. Y después de la experiencia con el notario, **¿quién podía arriesgarse a esperar que el juez en cuyas manos terminaría nuestra demanda supiera algo de Internet?**

Así que díganme, amigos, **cómo puede alguien intentar explicarle a un neófito que jamás ha navegado por la red, por muy juez que sea, el significado de conceptos como links, dominios, banners, frames, hosting, direcciones IP, pasarelas de pago, sitios web, certificados digitales, plataformas escalables, código HTML, o cosas por el estilo. Y todo ese curso acelerado de jerga tecnológica había que hacerlo en medio del texto de una demanda judicial.**

Si ya es arriesgado iniciar un pleito sobre conceptos absolutamente conocidos, dado que nunca podemos prever la interpretación que harán los jueces sobre los hechos juzgados, ¿qué no puede suceder si los hechos a juzgar son, en su mayoría, absolutamente incomprensibles para quien debe fallar sobre ellos?

Y tampoco tranquiliza pensar que el juez encargue un dictamen a un perito judicial para que le haga un dictamen sobre el caso, porque ¿quién nos asegura que la interpretación que hará de determinados conceptos será la misma en que nosotros apoyamos nuestra reclamación?

Por si eso fuera poco, no podemos olvidar que para que una demanda sea coherente, desde el punto de vista del derecho, debe ir revestida de toda la parafernalia del lenguaje jurídico, lo cual obliga no sólo a comprender sino a **traducir la jerga técnica a jerga jurídica. ¡Casi nada!** Pero el problema no es sólo de los profesionales del derecho, que en su inmensa mayoría llevan un considerable desfase respecto a otros sectores de la sociedad en lo que a conocimiento de la tecnología se refiere. Muchas veces el problema reside en que las propias partes interesadas que intervienen en un contrato desconocen los significados exactos de los conceptos que están manejando en su acuerdo, interpretando de manera diferente sus derechos y obligaciones respecto de unos términos técnicos que no dominan suficientemente y que no tienen traducción en nuestro idioma. Y no cabe duda de **que esta situación genera una elevada inseguridad jurídica para todos.**

Por eso, tal vez convendría, antes de firmar un contrato con un cliente, sentarse con él y con tranquilidad intentar explicarlo qué es exactamente lo que está contratando, a qué se está obligando él y a qué nos obligamos nosotros. E incluso, no estaría de más incorporar al contrato un glosario con la definición en términos claros y precisos de todas las palabras y conceptos técnicos que salpican el documento que regirá nuestra relación con el cliente.

Sin duda, es un trabajo adicional, y también corremos el riesgo de que una profundización en detalles que el cliente no había considerado pueda hacer peligrar la firma del contrato. Pero lo que está fuera de toda discusión es que es preferible no firmar un contrato a terminar en los tribunales. Especialmente, si luego tienes la tarea añadida de impartirles un curso de formación acelerada en terminología técnica a abogados y jueces. ¡Y pagando por ello!"

Ya son necesarios los Jueces y Magistrados especialistas en las nuevas tecnologías, pues de ellos dependerá la resolución de controversias derivadas por la aplicación de ésta, evidentemente si los encargados de impartir justicia, desconocen el fondo de la litis, sólo se caerá en aberraciones.

En todo caso, será conveniente la apertura de nuevos juzgados, especializados en tecnología o nuevas tecnologías, encargados de revisar el adecuado funcionamiento y regulación, de todos aquellos avances tecnológicos. El lenguaje del cibernético, del científico, del especialista debe ser conocido por el juzgador.

La falta de conocimientos tecnológicos por parte de los actuales gobernantes es la única explicación para negarse y no aceptar los cambios en la impartición de justicia. Ya el papel y la firma autógrafa, no son la única forma de plasmar la voluntad. El internet da la seguridad del papel y la firma electrónica de la autógrafa; se puede comparar los hacker o cracker a los falsificadores de firmas o documentos; la inseguridad es la misma, no aumenta por la tecnología, los delincuentes sólo modifican sus actos delictivos. Es el miedo a los cambios radicales, lo que no permite la prosperidad, y por ende la continuidad de las ideas retrogradadas.

Delitos, problemas, fraudes y demás, van a existir mientras las personas no mantengan la fuente de empleo, mientras se enseñe con palabras y no con el ejemplo valores éticos o morales, o bien, nazcan con perfil de delincuentes; llegará el tiempo donde se podrá saber las características, no sólo físicas sino intelectuales de las personas antes de su nacimiento, y se podrán modificar si es necesario, para eliminar el perfil de delincuente.

La Universidad Nacional Autónoma de México a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, por conducto del Doctor Enrique Cáceres Nieto y otros;⁸⁸ Trabajan en el diseño de un “*sistema experto*” basado en la inteligencia artificial para apoyar a los jueces en la toma de decisiones, con el cual se espera mejorar y agilizar la impartición de justicia en México.⁸⁹

El Doctor Enrique Cáceres Nieto Indica:

“Lo que pretendemos es auxiliar a los jueces en la toma de decisiones, resolviendo algunos de los problemas que típicamente encontramos en el razonamiento judicial práctico. Este sistema experto, cobra particular importancia ante la necesidad de estandarizar el derecho, pues es común que jueces de distintos tribunales resuelvan en forma muy diferente un mismo caso -algunos conceden el amparo, otros sobreseen y otros más requieren-, lo cual se traduce en una justicia sin equidad.”.

Los “*sistemas expertos*” son programas de cómputo derivados de la inteligencia artificial, los cuales reproducen el mecanismo de raciocinio de un experto humano para la resolución de problemas concretos. Se analizan los conocimientos y la manera de resolver los problemas de un perito en derecho, a fin de repetir dicho proceso artificialmente.

El sistema en desarrollo, está encaminado específicamente a la solución de los juicios ejecutivos mercantiles, pues son el mayor índice de casos pendientes en los juzgados.

⁸⁸ Los Juristas Edgar Ramón Aguilera y Pablo Arrocha; la Doctora Sandra Castañeda, especialista en el área de cognición e inteligencia artificial; la Maestra Estela del Valle, especialista en psicología cognitiva; y el Doctor Felipe Lara, Director del Centro de Ciencias Aplicadas y Desarrollo Tecnológico (CCADET) de la UNAM.

⁸⁹ Noticias CONACYT: <http://www.conacyt.mx/>

El Doctor menciona:

“Que no se busca sustituir a los jueces por computadoras, ni restarles autonomía en sus decisiones, sino poner a su alcance un recurso que maximice las posibles soluciones a un conflicto legal. No obstante, si un juez no acepta la decisión propuesta por el sistema, entonces deberá justificar el por qué, a fin de alimentar el programa para que éste vaya “aprendiendo.”

El proyecto consta de tres etapas: la primera implica el desarrollo teórico desde el punto de vista de la epistemología del Derecho, y ya concluyó. El siguiente paso será diseñar las herramientas para obtener la información de los especialistas;⁹⁰ tarea nada sencilla, pues para ello se requiere penetrar en el inconsciente humano.⁹¹

Para sortear el obstáculo de cómo obtener la información se tiene pensado emplear una estrategia basada en el diseño de problemas, la cual consiste en plantear a las autoridades en materia de juicios ejecutivos mercantiles una serie de casos con el propósito de ser resueltos y, sobre la marcha, señalen cuales fueron las estrategias seguidas.

Una vez procesada la información, ésta pasará a manos de los ingenieros, quienes desarrollarán el programa de cómputo. Esto constituye la tercera y última etapa del proyecto.

⁹⁰ “Cuando hablamos de expertos hablamos de personas que poseen conocimiento compilado o condensado. Qué significa esto: pues que el especialista decide, pero no sabe como lo hace”, comenta el Doctor Cáceres.

⁹¹ “El problema con el conocimiento compilado es que radica en el inconsciente. Un ejemplo: cuando estás aprendiendo a manejar un automóvil te mantienes consciente de todo, o al menos tratas de estarlo, de todas las reglas; primero el cluch, luego primera, etc; pero con el paso del tiempo este conocimiento se condensa, ya no lo haces consciente, sino en automático”.

Finalmente alude:

“En principio, la función de nuestro sistema será poner el conocimiento de los expertos, que son muy pocos, al alcance de quienes aún no tienen ese grado de pericia en el manejo de las leyes; con una ventaja adicional: quienes no son expertos lo serán en la medida que interactúen con el sistema”.

Hoy es una necesidad crear tecnología para ser utilizada por Jueces o Magistrados, como la desarrollada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pero también es ya una necesidad cambiar las formalidades con relación a la interposición de las demandas, notificaciones, acuerdos, audiencias; todo esto se podría realizar a través de una conexión a la red, gracias a la tecnología, y a los bajos costos de su acceso.

Si bien es cierto, México es un país en vías de desarrollo, y por ende, no todas las personas tienen acceso a la tecnología; pero quienes la tienen, por su condición económica, cultural o social, ¿Por qué continuar sin la aplicación de ésta? Hoy por hoy se podría mantener la forma de tramitar los juicios, pero también implementar un sistema cibernético,⁹² al incorporar la opción de demandar o iniciar procedimientos civiles, mercantiles, administrativos, a través de medios tecnológicos, esto es:

Modificar el Código Civil, de Comercio, Administrativo, los de procedimientos, y demás leyes, implementando un sistema que incluya la forma

⁹² **Cibernética:** del francés *cybernétique*, este del inglés *cybernetics*, y este del gr. κυβερνητική, arte de gobernar una nave. Es el estudio de las analogías entre los sistemas de control y comunicación de los seres vivos y los de las máquinas; y en particular, el de las aplicaciones de los mecanismos de regulación biológica a la tecnología. Ha sido considerada como puente entre las ciencias, el punto de conexión entre los mundos tecnológicos y humano.

de demandar a través de conexión de la red, por medio de una pagina Web, resguardada con antivirus contra hacker.⁹³

Entre las disposiciones ha incluir, podrían ser:

1.- La obtención de la firma electrónica avanzada⁹⁴ ya sea a través de Fedatarios Públicos, o bien, se podría crear un organismo encargado de expedir y

⁹³ **Internet:** red informática mundial, descentralizada, formada por conexión directa entre computadoras u ordenadoras (máquina electrónica, analógica o digital, dotada de una memoria de gran capacidad y de métodos de tratamiento de la información, capaz de resolver problemas matemáticos y lógicos mediante la utilización automática de programas informáticos) mediante un protocolo especial de comunicación (éste, es un conjunto de reglas que permiten estandarizar un procedimiento respectivo; es en lo que se basa el funcionamiento de internet).

Web: del Ingles *web*: red, malla. Red informática.

Pagina Web: documento situado en una red informática al que se accede mediante enlaces de hipertexto (texto que contiene elementos a partir de los cuales se puede acceder a otra información).

Hacker: del ingles *hack* recortar. Son conocidos como "white hats" (sombremos blancos) o "black hats" (sombremos negros o cracker -rompedores-). Delincuentes informáticos: usan sus conocimientos con fines maliciosos, instrucción de redes, accesos ilegales a sistemas gubernamentales, robo de información, distribución de material ilegal, fabricación de virus.

Virus: programa de computadora u ordenador que puede infectar otros programas modificándolos para incluir una copia de sí mismo. Los virus informáticos tienen básicamente la función de propagarse, replicándose, pero algunos contienen además una carga dañina (payload) con distintos objetivos, desde una simple broma hasta realizar daños importantes en los sistemas, o bloquear las redes informáticas generando tráfico inútil. El funcionamiento de un virus informático es conceptualmente simple: ejecutando un programa infectado (normalmente por desconocimiento del usuario) el código del virus queda almacenado (residente) en la memoria RAM (memoria temporal para almacenar resultados intermedios y datos similares no permanentes) del ordenador, aun cuando el programa que lo contenía haya terminado de ejecutarse. El virus toma entonces el control de los servicios básicos del sistema operativo, (conjunto de programas destinado a permitir la comunicación del usuario con la computadora y gestionar sus recursos de manera eficiente) infectando los posteriores ficheros ejecutables que sean abiertos o ejecutados, añadiendo su propio código al del programa infectado y grabándolo en disco, con lo cual el proceso de replicado se completa.

Antivirus: son programas cuya función es detectar y eliminar virus informaticos y otros programas maliciosos (malware).

controlar las firmas electrónicas; con la finalidad de tener la certeza del actor y posteriormente del demandado.

2.- La creación de juzgados encargados de impartir justicia a través de estas nuevas formalidades.

3.- Los postulantes podrán solicitar su firma electrónica, para patrocinar cualquier juicio; o bien, Estados Unidos Mexicanos, a través de la Secretaría de Educación Pública expida cédulas profesionales electrónicas.

4.- Teniendo la firma podrá ingresarla a la página Web, adjuntando la demanda, lo cual fungirá como oficialía de partes común del Tribunal, en ese momento aparecerá los datos de expediente y el juzgado de turno.

5.- El juzgado, revisará la demanda y emitirá el acuerdo donde admita, requiera o deseche, la cual será notificada en la lista de publicaciones por internet.

⁹⁴ El artículo 97 del Código de Comercio establece:

La Firma Electrónica se considerará Avanzada o Fiable si cumple por lo menos los siguientes requisitos:

- I. Los Datos de Creación de la Firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al Firmante;
- II. Los Datos de Creación de la Firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del Firmante;
- III. Es posible detectar cualquier alteración de la Firma Electrónica hecha después del momento de la firma, y
- IV. Respecto a la integridad de la información de un Mensaje de Datos, es posible detectar cualquier alteración de ésta hecha después del momento de la firma.

Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona demuestre de cualquier otra manera la fiabilidad de una Firma Electrónica; o presente pruebas de que una Firma Electrónica no es fiable.

Hoy ya se utiliza esta forma, pero sólo aparece la lista de publicaciones, se puede utilizar esta misma con un hipervínculo, y marcar el espacio indicando que se ha dado por notificado.

6.- El emplazamiento, tendrá que ser de la forma tradicional. Las notificaciones personales, se harán a través de listas en internet y al correo electrónico indicado para ese efecto.

7.- Al contestar la demanda, el demandado podrá elegir si continúa el procedimiento a través de medios tecnológicos o el tradicional.

8.- Los demás escritos de trámite podrán presentarse de esa misma forma y las periciales, a través de las firmas electrónicas de los peritos, obtenidas de la misma forma que los postulantes.

9.- Las audiencias podrán desahogarse a través de video-audiencias, con excepción, de las de conciliación, testimoniales, confesionales, pues perderían la esencia de la misma, sin embargo, para todas aquellas audiencias de mero trámite, se podrán efectuar a través de medios tecnológicos. O bien, incluir en la ley, la forma de ofrecer estas pruebas a través de éstos medios, y será el arbitrio del oferente de la prueba si utiliza el tradicional o no.

En la actualidad se puede ya implementar esta nueva forma a la Ley, para poderla llevar a la práctica, como todo, al principio se encontrara errores, problemas y dificultades, pero si no se inicia desde ahora, nunca se podrá avanzar.

Si se comienza a ver a la ciencia ficción no como un mero entretenimiento, sino como una forma de adaptarse al futuro, se pueden tomar desde ahora las

mejores decisiones para un buen porvenir; y evitar la sorpresa de tener contacto con inteligencias extraterrestres, circular a través del ciberespacio, viajar a una velocidad superior a la de la luz, el cambio de colores de las paredes para estimular la energía vital, la felicidad o la calma. Y si se llega, tener la capacidad intelectual para vivir la nueva realidad, y los conocimientos suficientes para no frenar el cambio, tratando de regular y no prohibir la modernidad.

3.- La Ciencia del Derecho es sólo ciencia ficción en comercio ambulante

Definir a la ciencia conlleva un colosal trabajo y el más poderoso reto del investigador que pretende adentrarse a los caminos más azarosos del conocimiento, la ciencia como actividad –como investigación- pertenece a la vida social; en cuanto se la aplica el mejoramiento del medio natural y artificial, a la invención y manufactura de bienes materiales y culturales, la ciencia se convierte en tecnología. De ahí su utilidad pues a través de ella se logra comprender el mundo, sus fenómenos observables o perceptibles de forma racional, lógica y sistemática.⁹⁵

La palabra ciencia proviene del latín *scienti*, equivalente del griego *episteme*, se define:

“Como el conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales”⁹⁶.

De la ciencia se observan algunas definiciones, entre ellas: la considerada como una actividad reflexiva del hombre para comprender el mundo en donde vive, comprenderse a sí mismo y utilizar en su beneficio lo que integra el universo, transformándolo mediante la aplicación de conocimientos de su propia inteligencia. El hombre de ciencia aprovecha en beneficio de la humanidad las reflexiones originadas en torno a la naturaleza y las grandes riquezas creadas por ella misma.

⁹⁵ QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. *Ciencia del Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa. México. 2002. pagina 76.

⁹⁶ Diccionario de la Real Academia Española. *Opus citatus*.

La ciencia históricamente ha tenido diferentes concepciones, las cuales se pueden distinguir de acuerdo con la validez reconocida a cada una de éstas. En un principio se concibió a la ciencia como un conocimiento de validez absoluta, con el grado máximo de certeza. Posteriormente, éste concepto se fue modernizando y actualmente es concebido como un conocimiento de verdades refutables, pues puede calificarse de validez sin el grado de absoluta, esto es: como un conocimiento verificable, con la posibilidad de fallar en algún momento, pudiendo éste ser en consecuencia más bien falaz o no cierto.

La ciencia se clasifica en:

Ciencias formales: se encargan del estudio de los principios formales del conocimiento humano, basándose éste en el razonamiento y las cantidades numéricas como soporte y explicación a las interrogantes del problema presentado.

Ciencias Fáticas: estudian los conocimientos de los fenómenos de manera separada, en la rama científica en la que éstas ocurran, formando grupos naturales y culturales. La ciencia natural estudia los fenómenos de la naturaleza y la cultural los desarrollados por la sociedad.

La ciencia es una relación específica entre un sujeto que conoce y un objeto conocido; el sujeto que conoce puede considerarse poseedor del saber humano, y el objeto conocido es lo situado fuera de él, todo su entorno. Es también un método para llegar a la esencia de los fenómenos, o un medio de descubrir las relaciones causa-efecto, particular-general, forma-contenido.⁹⁷

La ciencia busca explicar la realidad mediante leyes, las cuales posibilitan aplicaciones prácticas (la tecnología). El conocimiento científico es un conocimiento

⁹⁷ QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. *Opus citatus*. Página 78

objetivo a través de sistemas verificables, obtenidos metódicamente y comunicados en un lenguaje construido con reglas precisas y explícitas donde se evita la ambigüedad y los sin sentidos de las expresiones.

Este conocimiento científico es aplicable a las ramas o ciencias humanas “*las que, como la psicología, antropología, sociología, historia, filosofía, etc., se ocupan de aspectos del hombre no estudiados en las ciencias naturales*”.⁹⁸

El Derecho es una ciencia social o humana por observar y estudiar las conductas sociales del hombre, bajo un conjunto sistemático y metódico de conocimientos fundados en los hechos sociales en relación con sus causas próximas, desarrolla un cuerpo ordenado o sistema de conocimientos; pues no se trata de meras opiniones o creencias, sino de conocimientos comprobables racionales y prácticos, apoyados en la técnica jurídica.

*“La Ciencia Jurídica es la Ciencia del Derecho, la ciencia cuyo objeto es el Derecho”, por su parte el Derecho “es un sistema o conjunto de normas que regulan la conducta humana, extrayendo facultades, deberes y sanciones” con la finalidad de vivir en armonía.*⁹⁹

El Derecho como ciencia tiene como finalidad establecer leyes, con base en conceptos generales, en las características en común de las cosas y en la repetición de los actos y hechos sociales. Formando un grupo de nociones y elementos metódicos de un objeto, siendo éste, la convivencia armónica bajo un régimen de legalidad, seguridad, paz, libertad, basado en ideales de justicia; a través de datos,

⁹⁸ Diccionario de la Real Academia Española. *Opus citatus*.

⁹⁹ VILLORO TORANZO, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa. México. 1980. pagina 70.

explicaciones, principios generales; retomados en preceptos jurídicos con la finalidad de crear la ley.

La Ciencia Jurídica, para conocer el fondo, origen, principios y aplicación del Derecho, lo clasifica o divide sólo para su estudio, por ello, se dan las ramas del Derecho Civil, Mercantil, Penal, Administrativo, Constitucional, Electoral, entre otros.

La rama del Derecho Mercantil, tiene como objeto el comercio, pues de una forma sistemática y metódica estudia el surgimiento, las personas, los actos y los bienes relacionados con la actividad comercial, con base en el lucro y su realidad.

La geografía característica de cada lugar, permitió el surgimiento de distintas culturas, unas al margen de ríos o mares, otras a mitad de la selva; cuando las comunidades con culturas diversas interactúan, conocen productos creados con base en las necesidades de su ambiente. Por esta convivencia se dan cuenta, que unos producían en abundancia algunos bienes que los otros no tenían y, a su vez, carecían de otros que ellos producían en exceso; surgiendo así el intercambio.

El intercambio no fue un proceso sencillo, se considera como el primer sistema “la guerra”, como el medio más violento pero eficaz para destruir poblaciones y tomar riquezas y bienes de estos; no sólo pensar en una guerra o invasión bélica, sino a través de la económica o política. De igual forma “el robo” es la forma más antigua de pasar de mano en mano bienes requeridos por los seres humanos.

Cuando los pueblos se dieron cuenta de la posibilidad de efectuar el intercambio de una manera menos violenta, como lo eran las guerras, robos,

engaños o cualquier otra forma pendenciera, se ideó un sistema eficaz y retribuible a todos los involucrados; es así como surgió el “comercio”.

Los sumerios, eran un conjunto de ciudades situadas alrededor de las orillas del Éufrates y del Tigris, lo que fue Mesopotamia y actualmente es Irak, considerada como la primera civilización del mundo; históricamente se conocieron como buenos guerreros y comerciantes, dentro de las prácticas utilizadas por estos, era el uso de sus anillos como sellos de garantía de buena fe y así crearon el crédito como ayuda para la producción y cambio de mercancías.

En Babilonia Hammurabi,¹⁰⁰ se encargó de unificar al país y organizó política, jurídica y religiosamente su imperio. En el Código que lleva su nombre se recogen todas las leyes expedidas. Se consideró un pueblo de comerciantes, por lo cual se emitieron normas para regular esa actividad, como el préstamo con interés, contrato de sociedad, depósito de mercancías, el contrato de comisión, entre otras instituciones.

Los fenicios habitaron Siria, con tierras poco aptas para la agricultura, por ello desde un inicio se abocaron al mar, considerándolos navegantes por excelencia, y rompieron con la tradición del comercio terrestre, crearon un Derecho marítimo, entre lo destacado está el principio: *“Todos los propietarios de las mercancías cargadas en un navío, deben contribuir a reparar las pérdidas sufridas por algunos de los propietarios cuyas mercancías se arrojan, echan al mar para salvar el navío”*.

En México existió el comercio en pequeña y gran escala; el primero de ellos se desarrolló en mercados o tianguis donde cada determinado número de días se acudía para intercambiar productos, cada población tenía su propio mercado,

¹⁰⁰ Código de Hammurabi. Edición preparado por Lara Peinado, Federico. Editorial Nacional. Madrid.

normalmente se colocaba a orilla de la plaza, la mayor parte de las operaciones comerciales se realizaban mediante el trueque: se intercambiaban excedentes de productos alimenticios y de mercancías elaboradas en el hogar – alfarería, tejidos-. Adicionalmente, circulaba una especie de moneda, con la función de concordar los valores del intercambio. Las monedas utilizadas fueron: la semilla de cacao, el algodón, oro en polvo, el cobre, las plumas de quetzal.

De los grandes mercados destacan el de cerámica de Cholula, el de esclavos de Azcapotzalco y el de varias mercancías de Tlatelolco,¹⁰¹ la actividad en estos centros comerciales dependía de la cantidad de mercaderes y compradores que acudían en cada ciudad.

Respecto al comercio en abundancia o en gran medida fue monopolio de los grandes comerciantes o pochtecas,¹⁰² formando un imperio, sólo accesible por vínculos de sangre entre las familias pochtecas, o bien, si el Tlatoani les otorgaba

¹⁰¹ “[...] Desde que llegamos a la gran plaza, que se dice el Tlatelulco, como no habíamos visto tal cosa, quedamos admirados de la multitud de gentes y mercaderías que en ella había y del gran concierto y regimiento que en todo tenían [...]. Digamos de las fruteras, de las que vendían cosas cocidas, mazamorreras y malcocinado [...] todo género de loza hecha de mil maneras, desde tinajas grandes y jarrillos chicos, que estaban por sí aparte; y también los que vendían miel y melcochas y otras golosinas que hacían como muéganos [...] y tenían allí sus casas, donde juzgaban tres jueces y otros como alguaciles ejecutores que miraban las mercaderías. Olvidando se me había la sal y los que hacían navajas de pedernal [...]. Ya querrían haber acabado de decir todas las cosas que allí se vendían, porque eran tantas de diversas calidades, que para que lo acabáramos de ver e inquirir, que como la gran plaza estaba tan llena de gente y toda cercada de portales, que en dos días no se viera todo [...]”.

“Tiene esta ciudad muchas plazas, donde hay continuos mercados y trato de comprar y vender. Tiene otra plaza tan grande como dos veces la de la ciudad de Salamanca, toda cercada de portales alrededor, donde hay cotidianamente arriba de sesenta mil ánimas comprando y vendiendo; donde hay todos los géneros de mercaderías que en todas las tierras se hallan [...]” – Hernán Cortés-

DÍAZ DEL CASTILLO, Bernal. *Historia Verdadera de la Conquista de la Nueva España*. Editorial Porrúa. México. 1990.

¹⁰² El Pochteca era: traficante, vendedor, realizaba prestamos, hacía contratos, acumulaba y multiplicaba riquezas.

ese calidad. Contaban con privilegios como: la exención del tributo personal, derecho a adquirir tierras, contaban con un código mercantil y jurídico exclusivo, permitiéndoles ser juzgados por sus propios tribunales, contaban con ceremonias religiosas particulares, normalmente se confundían con la nobleza. Lograron tener poder por la acumulación de riqueza, comerciar bienes exóticos y por los servicios prestados al Estado. Estos grandes privilegios y la importancia frente a la sociedad fue el foco de atención en la colonización por los españoles.

En la Colonia a través de la Casa de Contratación de Sevilla, se realizaba el comercio entre España y las Indias, fue considerada como la empresa particular de los Reyes católicos, formando el monopolio comercial.

Consumada la Independencia de México y a partir del fortalecimiento de la situación económica y política del país, fueron invalidadas la mayoría de las disposiciones establecidas del monopolio español en las Indias, así, se abrió las fronteras a todos aquellos países con el deseo de efectuar comercio con o en México. Adicionalmente, como rezago o limitantes de la Colonia, no se logró el desarrollo de la industria, imposibilitando satisfacer las necesidades del pueblo, por ello, se importaron artículos de autoconsumo y se eliminaron las aduanas para facilitar el comercio.

El primer Código de Comercio en México entró en vigor el 27 de mayo de 1854, creado con base en el Código Francés de 1808; del cual se tomó el sistema métrico decimal, facilitó en gran medida la actividad comercial.

La doctrina ha incursionado en la definición del Derecho Mercantil, así, para el Jurista Jorge Barrera Graf, es:

*“La rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de la empresa, la actividad del comerciante, individual y colectivo, y los negocios que recaigan sobre las cosas mercantiles”.*¹⁰³

Por su parte el Maestro Raúl Cervantes Ahumada indica:

*“Es el conjunto coordinado de estructuras ideales, pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicios destinados al mercado general”.*¹⁰⁴

El Jurisconsulto Roberto Mantilla Molina sostiene:

*“Es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a cierto actos, y regulan éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”.*¹⁰⁵

Para el Jurista Joaquín Rodríguez Rodríguez es:

*“(...) como el derecho de los actos en masa realizados por la empresa”.*¹⁰⁶

Son numerosos los conceptos doctrinales producidos a lo largo del estudio de la ciencia mercantil, de los cuales se establecen los elementos siguientes: actos de comercio, el reconocimiento de personas físicas y morales como comerciantes, el lucro como sustento de la materia mercantil y la empresa.

¹⁰³ BARRERA GRAF, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Tercera reimpresión. Editorial Porrúa. México 1999. Página 33.

¹⁰⁴ CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Derecho Mercantil*, primer curso. Segunda edición. Editorial Porrúa. México. 2002. Página 28.

¹⁰⁵ MANTILLA MOLINA, Roberto. *Derecho Mercantil*. Vigésima novena edición, sexta reimpresión. Editorial Porrúa. México 1999. Página 20.

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Derecho Mercantil*. Vigésima primera edición. Editorial Porrúa. México 1994. Página 12

El Maestro Javier Álamo,¹⁰⁷ respecto al acto de comercio, señala:

“Como aquel que establece una relación en el intercambio de bienes y servicios. Una parte vende y obtiene un diferencial respecto al precio que originalmente pagó, obteniendo así una ganancia o lucro; otra compra y recibe un bien o servicio, pero ambas reciben un satisfactor apreciado subjetivamente. Esto implica un beneficio económico, intrínseco para una de las partes, puede verse desde dos puntos de vista:

Subjetivo.- En atención a las personas que realizan el acto.

Objetivo.- Atendiendo al Acto que se realiza.”

En atención a las personas que realizan el acto, pueden ser físicas o morales; el artículo 3 del Código de Comercio indica quienes son comerciantes:

“Artículo 3.- se reputan en derecho comerciantes:

I.- Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;

II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;

III.- Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de estas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.”

Más adelante el artículo 12, expresa cuales son las personas con impedimento para realizar el comercio:

“Artículo 12.- no pueden ejercer el comercio:

I.- Los corredores;

II.- Los quebrados que no hayan sido rehabilitados;

III.- Los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en estos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión.”

Por el al acto que se realiza, el artículo 75 del Código de Comercio, enumera los actos de comercio.

“Artículo 75.- la ley reputa actos de comercio:

¹⁰⁷ ÁLAMO, Javier. *Opus citatus*. Página 102.

I.- *Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;*

II.- *Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;*

III.- *Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;*

IV.- *Los contratos relativos y obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio; V.- Las empresas de abastecimientos y suministros;*

VI.- *Las empresas de construcciones, y trabajos públicos y privados;*

VII.- *Las empresas de fábricas y manufacturas;*

VIII.- *Las empresas de trasportes de personas o cosas, por tierra o por agua; y las empresas de turismo;*

IX.- *Las librerías, y las empresas editoriales y tipográficas;*

X.- *Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda;*

XI.- *Las empresas de espectáculos públicos;*

XII.- *Las operaciones de comisión mercantil;*

XIII.- *Las operaciones de mediación de negocios mercantiles;*

XIV.- *Las operaciones de bancos;*

XV.- *Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior;*

XVI.- *Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas; XVII.- Los depósitos por causa de comercio;*

XVIII.- *Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos;*

XIX.- *Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;*

XX.- *Los vales u otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;*

XXI.- *Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;*

XXII.- *Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;*

XXIII.- *La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo;*

XXIV. *Las operaciones contenidas en la ley general de títulos y operaciones de crédito;*

XXV. *Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este Código.*

En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial."

Los actos de comercio se componen por la producción, intermediación y consumo de bienes y servicios, con la finalidad de obtener un lucro o ganancia; siendo éste el motor del comercio.

El termino lucro proviene del latín *lucrum*, significa "ganancia o provecho que se saca de una cosa" y se define como la ganancia, utilidad o plusvalía obtenida de vender o comprar ciertos bienes o servicios.

El mismo autor indica:

"Generalmente la empresa surge a partir del momento en que una persona realiza una serie de actos dirigidos y tendientes a lograr algo específico; el vocablo gramaticalmente implica el deseo de emprender algo importante. Es cierto que el término empresa evoca la mercantilidad como lo hace el mismo diccionario en posterior acepción, no obstante en cualquier rama del derecho se encuentra a la empresa como elemento importantísimo.

Como una derivación o consecuencia de los actos de comercio, se desarrolla la empresa mercantil, noción que implica la repetición reiterada, constante, organizada y sostenida de actos de comercio en una forma sistemática y programada, encaminados siempre a un objeto específico con el fin de obtener un lucro".¹⁰⁸

La empresa proviene del latín *impresa* y significa:

"1.- Acción o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo.

¹⁰⁸ Ídem. Páginas 53 y 54,

- 2.- *Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos.*
- 3.- *Lugar en que se realizan estas actividades.*"¹⁰⁹

La Abrogada Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones de 1997, definía la empresa como:

"Las personas físicas o morales que realicen actividades comerciales, industriales o de servicios, en uno o varios establecimientos, con exclusión de los locatarios de mercados públicos que realicen exclusivamente ventas al menudeo, y personas físicas que efectúen actividades empresariales en puestos fijos o semifijos ubicados en la vía pública, o como vendedores ambulantes; [...]".¹¹⁰

De allí se desprende la división entre un comercio de gran escala, en la colonia monopolio de los pochtecas, no muy alejado de la actualidad, pues hoy en día, *verbi gratia*, pochteca es sinónimo del Sistema Financiero Mexicano.¹¹¹ En

¹⁰⁹ Diccionario de la Real Academia Española. *Opus citatus*.

¹¹⁰ La nueva ley del 21 de enero de 2005, omitió definir la empresa.

¹¹¹ Entidad Financiera: son los intermediarios financieros autorizados por la SHCP y en algunos casos por la CNBV para captar, administrar, orientar y dirigir tanto el ahorro como la inversión pública. Las entidades financieras que integran el sistema financiero son:

1.- Entidades financieras del sector bancario: Banxico, instituciones de banca múltiple y banca de desarrollo, fideicomisos públicos del Gobierno Federal y los encomendados al Banxico, sociedades financieras de objeto limitado, filiales de instituciones financieras del exterior organizadas como bancos múltiples o sociedades financieras de objeto limitado.

2.- Entidades financieras del sector bursátil: especialistas bursátiles, sociedades de inversión, casas de bolsa, sociedades operadoras de sociedades de inversión, filiales de instituciones financieras del exterior organizadas como casas de bolsa o especialistas bursátiles, sociedades de inversión o sociedades operadoras de sociedades de inversión.

3.- Entidades financieras del sector asegurador y afianzador: instituciones de seguros, intermediarios de reaseguro, instituciones de fianzas, sociedades mutualistas de seguros, filiales de instituciones financieras del exterior organizadas como instituciones de seguros o de fianzas.

4.- Entidades financieras del sector organizaciones y actividades auxiliares del crédito: almacenes generales de depósito, sociedades de ahorro y préstamo, empresas de factoraje financiero, arrendadoras financieras, uniones de crédito, casas de cambio, filiales de instituciones financieras del exterior organizadas como organizaciones auxiliares del crédito o casas de cambio.

contraste, y de igual forma que con los aztecas, el comercio de menor escala aun se realiza a través de mercados, plazas, tianguis o ambulantes; el mercado de Tlatelolco que asombro a los conquistadores, por su inmensidad y abundancia en mercancías se convirtió tristemente en Tepito.

Los mercados sobre ruedas, tianguis y plazas, son parte importante de la cultura e historia de México, quizá el aspecto y conocimiento sobre estos se ha ido deteriorando. No obstante, se debe hacer conciencia de su influencia e importancia sobre la economía nacional al ser una importante fuente de empleo.

Sin entrar a detalles, ni tomar partido, pues esta fuera de este trabajo, hace algunos años se le preguntó al entonces jefe del Gobierno del Distrito Federal el Señor Andrés Manuel López Obrador por parte del periodista José Gutiérrez Vivó ¿Por qué no quitaba a todos los ambulantes o comerciantes informales del centro de la ciudad?; son de las pocas respuestas congruentes de un político, sin entrar a populismo contestó: *“no tengo un trabajo que ofrecerles a cada uno de esos comerciantes, y mientras no haya trabajo no puedo desemplearlos”*, y tiene mucha razón, no sólo se desemplea al comerciante sino se afecta a toda la familia dependiente de ese trabajo.

No es estar a favor o en desacuerdo con los mercados o puestos ambulantes, pues en algún momento todas las personas se vuelven parte de ellos, al adquirir productos en él, y en otros casos sancionan lo implícito de su actividad. Por desgracia el país no está en condiciones de dar trabajo digno a cada uno de ellos, y

5.- Entidades financieras de los sistemas de ahorro para el retiro: administradoras de fondos para el retiro (AFORES), sociedades de inversión especializadas para el manejo de fondos para el retiro (SIEFORES).

6.- Entidades financieras del sistema de ahorro y crédito popular: sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, sociedades financieras populares.

DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús. *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*. Cuarta edición. Editorial Porrúa. México 2002. Páginas 82-84.

si el Estado les ha dado un permiso, es por que las plazas, son también un servicio público, y como tal merece respeto tanto las personas como el lugar. Y por ser comerciantes, tiene derechos y obligaciones, establecidos en la legislación mercantil.

El servicio de plazas, mercados o comercio ambulantes está a cargo del Municipio, pues así lo indica el artículo 115, fracción III, inciso d) Constitucional, el cual establece:

“Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes: [...] d) Mercados y centrales de abasto.”

Por ello, depende de éste - el Municipio- establecer los lineamientos y necesidades tanto de la comunidad requirente de este servicio como de quien lo presta. Para lo cual están obligados a expedir reglamentos o bandos municipales, para regular dicha actividad.

Debiera regular al comercio informal, a través de normas eficaces, y no sólo expedir bandos o reglamentos para cumplir momentáneamente, sino realmente adecuarlos a las necesidades de las comunidades. Establecer programas de reordenamiento, limpieza, educativos, salud, impuestos, pero realmente llevados a cabo y no se queden en meras intenciones. Con respecto a los impuestos, deben ser cobrados, y educar a los comerciantes informales sobre la importancia de contribuir al Estado, a pesar de la corrupción de gran parte de los políticos o autoridades, el dicho popular y con justa razón es *“para que pago impuestos si sólo mantengo a los funcionarios pillos”*. Sin embargo, es necesario luchar contra la podredumbre del sistema y defender ante todo la ley e imaginar un país sin contribuciones, sería aún peor.

La autoridad se queja del crecimiento del llamado comercio informal, pero contradictoriamente no hace ofertas de un empleo establecido. Adicionalmente, es el propio Municipio quien expide los permisos, así, es decisión arbitraria de los gobernantes la utilización de los espacios públicos para prestar el servicio de mercados; y con la misma facultad puede quitarlos.

La autoridad sólo puede hacer lo que la ley le permite; y cuando decide hacer un programa de retiro o reubicación de mercaderes ambulantes, es su obligación efectuarlo con estricto apego a la ley, e iniciar el o los procedimientos necesarios.

Por desgracia no sólo para los mercaderes ambulantes, sino para todos aquellos comerciantes en gran o pequeña escala, que realizan su actividad a través de permiso, licencia, autorización, franquicia o concesión por parte del Estado; pues en el momento que decide retirarla, es juez y parte en el procedimiento.

El comercio informal se ha vuelto un problema no sólo en México, sino en el mundo, pues diariamente salen noticias de diversas partes sobre el ambulante, la causa principal es la falta de empleo con salarios y prestaciones, ya no se puede decir justas, sería una ficción, sino por lo menos bajo los lineamientos de la ley laboral; esto es consecuencia de la inestabilidad de la economía no sólo nacional sino internacional; la corrupción de los gobernantes; el desvío de recursos; entre muchos más.

De los programas implementados para terminar con este asunto, se encuentra el procedimiento de reubicación, teóricamente tiene como finalidad, cambiar el lugar de los mercaderes sin afectar su derecho a ejercer el comercio, sin embargo, en la práctica es la forma oculta de violar los derechos.

El caso concreto y de referencia de los antes indicado, es por la experiencia adquirida con base en el juicio de reubicación del mercado de Tlalnepantla.

En la zona centro del municipio de Tlalnepantla de Baz, Estado de México, hace aproximadamente cincuenta años se estableció en un inmueble construido para ello, el mercado "Filiberto Gómez"; evidentemente la zona en esa época no tenía el flujo de personas de hoy en día, por ello, los mismos comerciantes solicitaron al entonces Presidente Municipal, autorización para establecer ferias, para atraer compradores; con base en esa solicitud año con año se colocaban distintas ferias, y en muchos casos los feristas se quedaban en las calles a la redonda.

Con este cambio social, al establecerse puestos ambulantes, fijos y semifijos; la autoridad en lugar de retirarlos, como quizá correspondía, pues no formaban parte del mercado; les otorgo permiso para ejercer el comercio en vía pública.

Durante años, creció el comercio informalizado en esa zona, según lo permitió el propio Ayuntamiento, hasta el grado de tener una base de datos de dos mil ambulantes con permiso expedido por el propio Municipio. Sin embargo, la falta de control en ese ramo, y por la corrupción de funcionarios municipales, se permitió el establecimiento de muchos más comerciantes.

Se permitió ese crecimiento, por fines políticos, pues los postulantes a Presidentes Municipales, Diputados, y demás funcionarios que debían ser electos; prometían a los mercaderes su estancia en la vía pública a cambio de votos y apoyo en sus campañas.

El último permiso expedido formalmente fue en 1996, coincidiendo con el año gobernado por un Presidente Municipal priísta; las nuevas corrientes y los

nuevos ideales de partido, no menos corruptos que los anteriores, pusieron la mira, ya no en cobrarles “por debajo del agua” como se dice coloquialmente a los mercaderes una cuota adicional, sino crear en inmuebles las plazas públicas, para obtener en una sola exhibición el dinero anteriormente obtenido poco a poco.

Se crean plazas comerciales, bajo la idea de mejorar la calidad de quien ejerce el comercio informal. Se sigue el procedimiento administrativo de licitación y se compra el inmueble, pero como se sabe, se da al funcionario una participación adicional; posteriormente se venden los locales a precios estratosféricos. La idea de las plazas es buena, el problema en la práctica es el aspecto cultural, pues se prefieren los lugares abiertos.

A los ambulantes de la zona centro de Tlalnepantla formalmente se les dio permiso hasta 1996 y durante los siguientes años -sin la expedición de un nuevo documento- la autoridad seguía cobrando el derecho al uso de la vía pública.

En 2004, se iniciaron los procedimientos supuestamente de reubicación, comenzaron a realizar visitas de verificación con base en las cuales determinaron infracciones. Absurdamente se estableció como infracción la de obstrucción de la vía pública; claro, y es de risa, pues sí la autoridad les expidió permiso para ejercer el comercio en vía pública, obviamente se limitaba el paso.

La autoridad debió continuar con los procedimientos, citar a la garantía de audiencia para ofrecer y desahogar pruebas, periodo de alegato y finalmente dictar resolución, y de ser necesario esperar el lapso de impugnación hasta tener sentencia firme. Pues es lo establecido en la ley como una obligación o un “deber ser”, y no como “un debería ser”.

No es de asombrarse que como siempre pasa en el “*Derecho administrativo al estilo mexicano*”¹¹² no se siguió el procedimiento como la ley determina, sino como los funcionarios ordenaron a sus inferiores jerárquicos, sin importar la existencia de violaciones a la ley, y a las garantías individuales otorgadas por la Constitución.

En algunos procedimientos se cito a audiencia, en otros no; en unos más, se dicto resolución y en otros no, sin embargo, con el uso de la fuerza pública y en un uso abusivo de facultades por la autoridad; demolieron, destruyeron y robaron, puestos y mercaderías de los comerciantes ambulantes. Sin importar que los procedimientos tenían como única finalidad reubicar.

Después de lo ocurrido se interpuso demanda de nulidad; y la autoridad responsable, al ser juez y parte en los procedimientos administrativos en común, integró los expedientes, como si realmente los hubiese tramitado con legalidad. Si no se cito para audiencia, se completaba con un citatorio y razón de notificación, aludiendo haberse entregado en mano propia y negándose a firmar el comerciante, por supuesto llevaban dos testigos, trabajadores del Ayuntamiento; y así, paso con las notificaciones de las resoluciones y demás trámites.

Posteriormente la Sala Regional del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, declaró la nulidad de las resoluciones, por violaciones al procedimiento; sentencias confirmadas por la Sala Superior del mismo Tribunal.

No obstante, el problema radica en que se desalojó a los comerciantes, sin respetar la ley por parte de la autoridad, y en un uso abusivo de sus facultades. Y mientras se termina con el procedimiento y se llega a ejecución de sentencia, miles de familias han sufrido los rezagos del desempleo.

¹¹² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al Estilo Mexicano*. Segunda edición. Editorial Porrúa. México. 2003.

No es estar a favor o en contra de los mercados o comerciantes informales, es estar a favor y del lado de la legalidad, y si se les expidió un permiso, reconocido al iniciar los procedimientos, tenían Derecho a ser vencidos o vencedores en juicio.

La consecuencia de lo anterior, se da por que la autoridad administrativa es juez y parte, por obvias razones no hay imparcialidad, y si, una enorme inseguridad en la impartición de justicia, si es que existe en materia administrativa.

Entonces, ¿Cuál es la razón de la división de poderes? Si el Poder Ejecutivo, no sólo en algunos casos tiene facultad de legislar, sobre comercio exterior, o bien al reglamentar las leyes del Congreso. Sino también facultad judicial, al resolver controversias suscitadas entre los gobernados y el Estado.

Esta absorción de facultades por parte del Ejecutivo, es causa del mal entendimiento del sistema presidencial, pues se cree, al Presidente de Estados Unidos Mexicanos como el jefe supremo del país, y de él dependen todas y cada una de las decisiones; al olvidar que es una Republica Representativa, Democrática y Federal; y el Supremo Poder reside en el pueblo, y sólo para el efecto de su ejercicio se divide en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sin que uno sea jerárquicamente superior al otro.

El Derecho nace de una ficción, y se convierte en realidad cuando es reconocida por la ley; se toma a las ficciones para aplicar el Derecho, no para burlarse de las instituciones, como pasa en los procedimientos administrativos de comerciantes ambulantes, evidentemente no de grandes empresas, pues es mayor su influencia política y económica en la vida nacional para ser dañados, como es el caso de los pequeños mercaderes.

Es importante reformar la existencia de los Tribunales Administrativos, pues van en contra de la Constitución, en todo caso ¿Cual seria el sentido del Poder Judicial? Tienen importancia o utilidad los Tribunales Administrativos al resolver conflictos entre los órganos del propio Estado, o bien, entre sus propias dependencias o autoridades, pero no así cuando se trate de particulares y el Estado, incluso cuando el Estado otorgue licencias, concesiones, permisos o autorizaciones a particulares, pues si bien tiene facultades para retirarlas, se debe considerar el deterioro de valores morales y éticos de los funcionarios, para subsanar esto, se deben tramitar, todos los conflictos ante autoridad judicial para evitar que la autoridad administrativa sea juez y parte.

Aunque se ha emitido jurisprudencia dictaminando como inconstitucionales los Tribunales Administrativos, otras tantas le han dado su voto a favor, la discusión continua, por lo tanto, en el lapso de dicha disputa y mientras se llega al final, se podrían hacer modificaciones y tramitar los procedimientos administrativos con las mismas garantías de los procedimientos judiciales, en lo específico comenzar con tener un boletín administrativo con la finalidad de publicar los acuerdos y no se queden en meras listas que pueden ser cambiadas por la propia autoridad. Que la autoridad emisora del acto, no sea la misma que decida la legalidad.

La Ciencia del Derecho, es ciencia ficción, como en lo coloquial se debe entender esta, en comercio ambulante, como se expuso en líneas anteriores, donde la autoridad viola los Derechos otorgados por la Constitución y demás disposiciones a los mercaderes, a pesar de ser permisionarios para ejercer el comercio en vía pública, poniéndolos dentro del marco legal, y como tal tienes obligaciones pero también derechos.

CAPITULO III

ELEMENTOS FICTICIOS EN EL

DERECHO MERCANTIL

Las ficciones jurídicas son el **mecanismo creado por el Estado bajo los principios de la técnica jurídica, con la finalidad de modificar la naturaleza física o jurídica que fáctica o legalmente le correspondería a determinado bien o institución, con el objeto de obtener consecuencias de Derecho deseadas que de otra forma no se lograrían y formar una realidad jurídica de verdades legales, sustentada en la subjetividad.**

Las ficciones son producto del intelecto basadas en la necesidad del ser humano, que hasta el día de hoy, no podría satisfacer sin la utilización de las mismas. De tal forma el legislador al enfrentar cambios sociales, producto de la tecnología se ve obligado a regular esa nueva forma de vida, y crear figuras jurídicas para remediar de la forma más simple lo que físicamente no tiene solución.

El Derecho mercantil utiliza las ficciones jurídicas como sustento de la mayoría de sus instituciones; pues la base, la fuente o el elemento esencial de ésta rama es el lucro; sin este componente no existiría el comercio. Por ello, las personas que efectúan éstos actos, utilizan cosas existentes física o intelectualmente, crea nuevas, modifica o reinventa las conocidas; y por ende se requiere respeto y cumplimiento de esas figuras jurídicas, para lo cual establece reglas materialmente imposibles de aplicar, si no fuera por las ficciones jurídicas.

1.- PERSONAS FICTICIAS:

Sociedades Mercantiles

El vocablo persona proviene del *latín persōnae, máscara de actor, personaje teatral, este del etrusco phersu, y este del gr. πρόσωπον.*

Para su definición se divide en:

a.- Física: Individuo de la especie humana.

b.- Jurídica: Der. Organización de personas o de personas y de bienes a la que el derecho reconoce capacidad unitaria para ser sujeto de derechos y obligaciones, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones".¹¹³

La palabra persona desde el origen etimológico conlleva un elemento ficticio, se trataba de las mascararas usadas por los actores en la antigüedad para ocultar su rostro al tiempo de hacer sonar su voz, pues no todos los seres humanos se consideraban personas, así, se portaban las mascararas en los teatros para personificar a quienes no lo eran.

Los romanos no consideraban a todos los seres humanos persona, pues para tener ésta calidad debían ser libres y no esclavos¹¹⁴ (*status libertatis*), ser romanos y no extranjeros (*status civitatis*), y ser independientes de la patria potestad (*status familiae*).¹¹⁵

¹¹³ Diccionario de la Real Academia. *Opus citatus*.

¹¹⁴ Los esclavos eran considerados como bienes muebles, comparados con los metales preciosos como el oro.

¹¹⁵ FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Opus citatus*. Página 120.

Desde la abolición de la esclavitud, todo ser humano es persona. No es en modo alguno necesario que tenga plena conciencia de sí, ni que este dotado de inteligencia y voluntad. Se llama persona, en el lenguaje jurídico, los seres capaces de tener derechos y obligaciones. Más brevemente, se dice que la persona es todo sujeto de derechos.¹¹⁶

El Código Civil para el Distrito Federal, no define a la persona física, pero se deduce al ser considera como tal desde la concepción, o bien, cuando nace un ser humano, como lo establece el artículo 22, al señalar:

“La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”.

Las personas físicas no sólo crean a su imagen y semejanza otras personas físicas, ya sea como antiguamente sólo se realizaba, esto es, a través de la voluntad de dos individuos de distinto sexo por medio del coito; o en la actualidad por los medios mecánicos de concepción, pues se requiere de la voluntad de un especialista, para llevar a cabo la concepción, donde el vientre de una mujer, es reemplazado por una maquina. Sino también se crean al igual que las físicas las personas llamadas ficticias, morales, colectivas o jurídicas; éstas también son sujetos de derechos y obligaciones.

La figura de la persona colectiva en el Derecho Romano, surgió gradualmente en la práctica, estas son: las corporaciones, personas colectivas

¹¹⁶ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. *Opus citatus*. Página 20.

compuestas de miembros asociados voluntariamente o por tradición; y las fundaciones, afectaban un patrimonio a un fin determinado.¹¹⁷

La personalidad moral es la atribución de derechos y de obligaciones a otros sujetos distintos a los seres humanos. Esto implica la dificultad de comprender como la personalidad jurídica puede tener otros sujetos diferentes a los hombres y determinar la amplitud de los derechos que aquella implica. Cuatro teorías disciernen sobre el problema de la personalidad moral,¹¹⁸ estas son:

1.- *Teoría de la ficción doctrinal.* La personalidad moral aparece como una pura ficción, creada inútil y abusivamente por la doctrina; se debiera de eliminar de la ciencia jurídica, por las razones siguientes:

a) Es inútil atribuir o inventar derechos subjetivos, a esas personas morales.

b) La idea de personalidad moral, superficial y falsa, trae como consecuencia la propiedad colectiva al lado de la propiedad individual. Por ello, la idea de personalidad moral debe ser reemplazada por la noción de propiedad colectiva. La personalidad moral es concebida por la ley cuando hay propiedad colectiva y desde el momento de abandonar la idea de personalidad, desaparecen las dificultades que crea esa ficción.

c) Los derechos y obligaciones no tienen necesariamente por base a las personas. Existirían patrimonios sin dueños, basados en la afectación a un fin único de todos los bienes que forman parte de ellos.

¹¹⁷ FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Opus citatus*. Página 116.

¹¹⁸ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. *Opus citatus*. Página 30.

2.- *Teoría de la ficción legal.* Las personas físicas son los únicos verdaderos sujetos de derechos, pero, por concesión, la ley les da ficticiamente una personalidad calcada en las suyas a ciertos establecimientos considerados útiles.

3.- *Teoría de la realidad técnica.* No hay imposibilidad en concebir derechos atribuidos a otros seres diferentes a los individuos humanos. **El hecho, de ser sujetos de derecho, lejos de ser una ficción, es, pues, una realidad lógica y a veces necesaria. Esta realidad de las personas morales se considera puramente técnica; basada en la idea de la existencia de derechos para el interés de los hombres. Por eso, los hombres y en su interés mismo, crean seres sobre los cuales harán descansar derechos destinados a beneficiar a los individuos.**

4.- *Teoría de la realidad objetiva.* Muestran a las personas morales con los mismos caracteres objetivos de las personas físicas y en consecuencia responde a la definición filosófica de la persona.

a) *Teoría orgánica.* La persona moral es un organismo tan completo y tan único como la persona humana, pues la vida de la agrupación con personalidad es tan independiente de la vida de sus miembros, como la vida del hombre es independiente de la de cada una de sus células.

b) *Teoría de la voluntad.* Las agrupaciones tienen una voluntad propia, distinta a la de sus miembros.

El Maestro Guillermo Frolis Margadant, sostiene:

“[...] es más amplio el concepto de persona, que el de ser humano, a causa de la existencia de personas que no son seres humanos, y para lo cual se utiliza el término de “personas morales”. La designación no es muy

acertada, pues una sociedad anónima, a pesar de ser persona moral, puede comportarse de modo inmoral”¹¹⁹

No obstante, del vocablo “*moral*” se desprenden diversas acepciones, tales como:

“1.- Perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia.

2.- Que no pertenece al campo de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia. Prueba, certidumbre moral.”¹²⁰

Estas personas se denominan morales, no por su buen o mal comportamiento; se refiere a la segunda acepción; son todas aquellas creadas por la necesidad del ser humano de trabajar en grupo y lograr los fines propuestos, se captan por el intelecto o la razón, y tienen una existencia sólo en el orbe jurídico.

Más adelante, el citado autor indica:

“La expresión “persona jurídica” tampoco es muy correcta, ya que la figura opuesta “persona física”, pertenece igualmente al terreno jurídico”

Es un pleonasma al designar a estos entes como “*persona jurídicas*”, pues tanto las físicas o ficticias son reconocidas dentro del mundo del Derecho, y si es así, evidentemente son jurídicas.

¹¹⁹ FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Opus citatus*. Página 116.

¹²⁰ En las otras acepciones el diccionario dice: 3. Que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano. Aunque el pago no era exigible, tenía obligación moral de hacerlo.4. f. Ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia.5. f. Conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a físico.6. f. Ánimos, arrestos.7. f. Estado de ánimo, individual o colectivo.8. f. En relación a las tropas, o en el deporte, espíritu, o confianza en la victoria. Moral, del latín *morālis*. Diccionario de la Real Academia Española. *Opus citatus*.

Adicionalmente, estos entes también son denominadas “*personas colectivas*”, pues se confunde la idea con el requisito de necesitar en algunos casos por lo menos dos personas ya sean físicas o ficticias para constituirla; sin embargo, constituida ésta, nace una persona distinta a los creadores, y estos no son parte de la persona ficticia, pero si, en algunos casos realizan actos en su representación.

Sobre este punto también concluye el Maestro Margadant en que:

“Estas personas sin existencia física son entidades sin realidad material, reconocidas por el Derecho objetivo como posibles centros de imputación de derechos y deberes subjetivos. Deben su existencia a una “ficción”.

Las personas ficticias o etéreas, no existen físicamente, no tienen corporeidad que permita captarlas a través de los sentidos, pero, en la realidad jurídica, si tienen existencia, como si se tratara de las físicas.

Estas personas ficticias, son las constituidas por personas físicas o etéreas, reconocidas por el Derecho, y se les imputan derechos y obligaciones que no son los propios de quienes las constituyen, con el objeto de lograr el fin establecido en el estatuto; para lo cual desde su nacimiento cuentan con capacidad de goce y ejercicio.

Para saber quiénes son personas en Derecho, se debe acudir a la ley positiva establecida en determinado lugar y tiempo, pues sólo ésta determina qué, quiénes, cuándo y cómo se les dará reconocimiento a ciertas instituciones de persona.

Por ejemplo, la asociación en participación no crea persona, se trata de un simple contrato regulado en la Ley General de Sociedades Mercantiles; sin embargo, la Ley del Impuesto Sobre la Renta, le da tratamiento de persona sólo para efectos fiscales. De lo anterior se desprende, que dos leyes vigentes en un

determinado lugar y tiempo, le dan a una figura legal, distinto tratamiento jurídico.

El Código Civil para el Distrito Federal indica quienes son personas morales, determinando:

“Artículo 25. Son personas morales:

“I. La Nación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios;

II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;

III. Las sociedades civiles o mercantiles;

IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;

V. Las sociedades cooperativas y mutualistas;

VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos de recreo o de cualquier otro fin lícito, siempre que no fuere desconocido por la ley: y

VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.”

En materia mercantil, las personas ficticias son las sociedades que se les atribuye dicha calidad y son reconocidas por la ley.

El Jurista Cesar Vivante define a la sociedad mercantil como:

“Una persona jurídica porque tiene voluntad propia, con medios destinados a conseguir el fin propio. Su voluntad se forma necesariamente con el concurso de los socios, porque toda persona jurídica obra por medio de órganos humanos.”¹²¹

La sociedad mercantil constituye un sujeto de derechos distintos de las personas de los socios que están interesados en la misma: ella es el verdadero titular de los derechos y obligaciones que se crean por su actividad.”

¹²¹ Léase organismos humanos, pues los órganos son los componentes del organismo.

La sociedad mercantil surge mediante un contrato que se califica de acto constitutivo [...] por el cual dos o más personas convienen en formar con sus aportaciones un fondo social con el fin de partir las ganancias que pueden obtenerse en el ejercicio de uno o más actos de comercio”¹²²

Para el Maestro Raúl Cervantes Ahumanda la sociedad mercantil es:

“Una estructura jurídica que antológicamente, tiene una existencia ideal, es una persona jurídica; un sujeto de obligaciones y derechos, un ser generador de voluntad, capaz de realizar actos jurídicos; titular de un patrimonio, responsable frente a terceros de las consecuencias de su actividad jurídica. Es la creación de Derecho moderno.”¹²³

Por su parte el Licenciado Roberto Mantilla Molina, menciona:

“La sociedad mercantil es el acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo con las normas que para alguno de los tipos sociales en ella previstos señala la ley mercantil.”¹²⁴

El Jurista Joaquín Rodríguez Rodríguez alude:

“En las leyes mercantiles, no encontramos una definición del contrato de sociedad; para hallarlo hay que acudir al Código Civil, que en su artículo 2688 lo define diciendo que por él los socios se obligan mutuamente a cambiar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial. Suprimida esta última nota negativa, el resto de la definición es aplicable a la sociedad mercantil”¹²⁵

¹²² VIVANTE, Cesar. *Tratado de Derecho Mercantil*. Versión española, traducida por Ricardo Espejo de Hinojosa. Editorial Reus S.A. Madrid. Página 304.

¹²³ CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Opus citatus*. Página 101.

¹²⁴ MANTILLA MOLINA, Roberto. *Opus citatus*. Página 35.

¹²⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Opus citatus*. Página 120.

La Maestra Elvia Argelia Quintana Adriano sostiene:

“La sociedad mercantil nace a través de la voluntad de los socios plasmada en el acta constitutiva acordada en la asamblea general de socios, órgano supremo de la sociedad, la cual, por requisito impuesto, por la ley General de Sociedades Mercantiles, deberá protocolizarse ante notario público y ser inscrita en el Registro Público de Comercio; de no hacerlo, serán sociedades mercantiles irregulares. Por su parte, para las sociedades extranjeras resulta indispensable el registro para que puedan iniciar sus actividades de comercio.”¹²⁶

En el mundo jurídico a las sociedades mercantiles se les reconoce plena existencia y se les confieren atributos de la personalidad como si se tratara de personas físicas, los cuales son:

Nombre. La sociedad cuenta con un nombre pudiéndose establecer de dos formas, una de ellas como razón social, el cual se instaura con los nombres de uno o varios de los socios; el segundo puede ser una denominación y es una designación libre realizada por los socios.

El nombre sirve para identificar y diferenciar una persona de otra. Se requiere de un permiso expedido por la Secretaría de Relaciones Exteriores, para utilizarlo en una determinada sociedad, el cual no debe coincidir con los otorgados con anterioridad.

Nacionalidad. La sociedad al igual que las personas físicas cuenta con una nacionalidad y será el lugar donde se haya constituido la persona ficticia.

¹²⁶ QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. *Opus citatus*. Página 361.

Patrimonio. A la sociedad se le atribuye tanto un patrimonio moral como pecuniario, este último se conforma por aportaciones de bienes o de derechos, y forman el capital social, pero con el tiempo se va conformando el patrimonio.

Capacidad. Las sociedades desde el momento de ser constituidas o reconocidas por la ley se les atribuyen personalidad, por ello, se les otorga capacidad de goce y de ejercicio.

Domicilio. Para las sociedades no se requiere un lugar específico, es suficiente con señalar la ciudad.

Las sociedades mercantiles implican elementos ficticios del Derecho, pues se tratan de personas imaginarias, no apreciadas por los sentidos, pero realizan actos a través de sus representantes, que traen consecuencias jurídicas y su reconocimiento de existencia en el orbe jurídico.

En la práctica misma del comercio persiste radicalmente el comerciante persona ficticia, sobre el comerciante persona física, esto se da, por la economía nacional, por que la mayoría de los comerciantes individuales no tienen el capital suficiente para enfrentar la competencia desleal de las grandes empresas, por ello, las personas físicas en la actualidad tienden a reunir su capital con el de otras personas físicas y constituir sociedades, permitiéndoles tener competitividad.

El constante temor del riesgo, hace que las personas inviertan parte del capital en una sociedad, para realizar determinados fines, y en caso de siniestro no perder todo su patrimonio, pues sólo estarán obligados al pago de sus acciones; esta es la razón de por que la Sociedad Anónima, como sociedad de capital, es la

mayor utilizada, pues no se comprometen ilimitada, subsidiaria o solidariamente¹²⁷ como en las sociedades de personas.

Las sociedades de personas o *intuitu personae*, responden no sólo con su capital, sino los socios responden con su patrimonio de modo ilimitado, subsidiaria o solidariamente

Las sociedades de capitales o *intuitu capitales*, responden con su capital, y los socios no están obligados a cumplir con su patrimonio particular. Existen las sociedades de capital fijo, donde se determina el monto de capital social, y sólo puede alterarse, por modificación de estatuto. Por el contrario, las sociedades de capital variable, pueden aumentar y disminuir el capital sin modificar el estatuto, pero debe mantenerse el capital mínimo.

Bajo la Ley General de Sociedades Mercantiles los tipos de sociedades son: Sociedad en Nombre Colectivo, Sociedad en Comandita Simple, Sociedad en Comandita por Acciones, Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad Anónima, Sociedad Cooperativa, Sociedad Extranjera y Sociedad Irregular.

Existen también en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público¹²⁸ y en la Ley de Sociedades de Solidaridad Social.¹²⁹

¹²⁷ **Solidaridad:** se presenta en una obligación y hay pluralidad de acreedores, de deudores, o de ambos, y cada acreedor puede exigir el todo del objeto, y cada deudor debe pagar todo el objeto, no obstante que ese objeto es divisible, física o económicamente.

Mancomunidad: se da en una sólo obligación cuando hay pluralidad de sujetos acreedores, de deudores o de ambos, y el objeto a pagar se considera dividido en tantas partes cuantos acreedores y deudores haya.

¹²⁸ La Sociedad de Responsabilidad Limitada de Interés Público sólo se constituirá cuando se trate de actividades de interés público y particular conjuntamente, a juicio de la Secretaría de la Economía Nacional (artículo 1). Se regirá por las disposiciones generales de la Ley de Sociedades Mercantiles y por las especiales relativas a las sociedades de responsabilidad limitada (artículo 5).

Las Sociedades de capitales son las más utilizadas, no obstante, hay otras instituciones recurridas, sin la necesidad de formar persona ficticia, pero en la práctica cotidiana funcionan como tales. Por ejemplo los contratos de asociación en participación,¹³⁰ de fideicomiso,¹³¹ de concesión¹³² o de franquicia¹³³

¹²⁹ La Sociedad de Solidaridad Social (triple S) se constituye con un patrimonio de carácter colectivo, cuyos socios deberán ser personas físicas de nacionalidad mexicana, en especial ejidatarios, comuneros, campesinos sin tierra, parvifundistas y personas que tengan derecho al trabajo, que destinen una parte del producto de su trabajo a un fondo de solidaridad social y que podrán realizar actividades mercantiles. Los socios convendrán libremente sobre las modalidades de sus actividades, para cumplir las finalidades de la sociedad (artículo 1). Se requiere como mínimo 15 socios (artículo 4).

¹³⁰ La **asociación en participación** es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.

¹³¹ En virtud del **fideicomiso**, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.

¹³² La **concesión** es un acto jurídico, tipo guión administrativo (contrato de adhesión), discrecional, por el cual una persona que debe prestar un servicio público, o es propietaria de ciertos bienes, encomienda temporalmente, bajo su control y vigilancia, a una empresa designada concesionaria, para que ésta obtenga una ventaja pecuniaria, la prestación del servicio público en beneficio directo e inmediato de la colectividad, o la explotación de los bienes, en beneficio directo del concesionario, e indirecto de la misma colectividad.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Opus citatus*. Página 909.

¹³³ La **franquicia** es un contrato en el cual a una de las partes, el franquiciatario, se le concede una autorización para que explote una marca fundamentalmente, o cualquier otro signo distintivo cuyo titular es la contraparte, el franquiciante. O bien, la franquicia es cuando se concede el derecho de promover, vender o distribuir productos o servicios conexos a la marca u otro símbolo comercial del franquiciante; el franquiciatario actúa con base en un plan o sistema de mercado prescrito por el franquiciante, de tal manera que se da una comunión de intereses en la comercialización de bienes o servicios; como prestación el franquiciatario hace a su contraparte un pago en razón del resultado de la explotación de la franquicia. En la franquicia se transmite un conocimiento comercial de "como hacer" (Know how).

Sociedad en Nombre Colectivo

La Sociedad en Nombre Colectivo existe bajo una razón social y todos los socios responden, de modo subsidiario, ilimitado o solidariamente de las obligaciones sociales.

Las cláusulas del contrato con finalidad para suprimir la responsabilidad ilimitada o solidaria de los socios, no producirá efecto legal alguno con relación a terceros.

La razón social se formará con el nombre de uno o más socios y cuando en ella no figuren la de todos se le añadirá las palabras “y compañía”. Cualquier persona extraña que permita figurar su nombre responderá ilimitada o solidariamente.

Los socios no pueden ceder sus derechos sin el consentimiento de todos los demás, y sin él, tampoco pueden admitirse otros nuevos, salvo pacto en contrario, en donde se indique que bastará el consentimiento de la mayoría. Los socios gozarán del derecho del tanto¹³⁴.

La Ley de La Propiedad Industrial, en el artículo 142, comprendido en el capítulo de licencias y transmisión de derechos, indica: *“Existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.”*

VÁZQUEZ DEL MERCADO, Óscar. *Contratos Mercantiles*. Decimosegunda edición. Editorial Porrúa. México. 2003. página 577.

¹³⁴ **Derecho del Tanto:** es el que se da a los coposeedores –copropietarios, coherederos o socios– para adquirir en igual de bases que un tercero, la parte de coposesión que un coposeedor desee enajenar.

El contrato social podrá modificarse por unanimidad de los socios, o bien, si se pacto por mayoría. La administración estará a cargo de uno o varios administradores, podrán ser socios o extraños. El capital social mínimo es la quinta parte del capital inicial.

Sociedad en Comandita Simple.

Existe bajo una razón social y se compone de uno o varios socios comanditados, los cuales responden de manera subsidiaria, ilimitada o solidariamente, de las obligaciones sociales; y de uno o varios comanditarios, únicamente están obligados al pago de sus aportaciones.

La razón social se forma con los nombres de uno o más socios comanditados. La administración es a cargo de los socios comanditados o extraños.

Sociedad en Comandita por Acciones.

Esta sociedad se define y opera como la Sociedad en Comandita Simple, la diferencia es que en ésta el capital social estará dividido en acciones y no podrán cederse sin el consentimiento de la totalidad de los socios comanditados y el de las dos terceras partes de los comanditarios.

Estas dos sociedades dejaron de usarse, pues tenían como finalidad allegarse de capital a través de la aceptación de socios comanditarios, en la actualidad esta forma de incrementar capital es obsoleta, pues con poner a la venta

Derecho de preferencia por el tanto o **Derecho por el Tanto**: es la facultad pactada entre comprador y vendedor para que éste adquiera la misma cosa vendida con preferencia que un tercero, si el comprador desea enajenarla, o bien es la facultad otorgada por un propietario a otra persona, un "tercero", para que adquiera si lo desea, una cosa con preferencia a cualquier otro sujeto.

valores se adquiere capital. Por otro lado a los comerciantes no les interesa responder ilimitadamente, sino sólo por el total de sus acciones.

Sociedad de Responsabilidad Limitada

Se constituye entre socios obligados al pago de sus aportaciones, las partes sociales puedan estar documentadas por títulos negociables, a la orden o al portador; sólo serán cesibles en los casos y con los requisitos establecidos en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Existe bajo una denominación o razón social, a la cual se les acompañará las palabras "Sociedad de Responsabilidad Limitada" o bien, "S. de R.L."; en caso de omisión, los socios responderán de modo subsidiario, ilimitada o solidariamente.

Esta sociedad tendrá como máximo cincuenta socios; quienes aportaran y mantendrán como mínimo un capital social de tres mil pesos, el cual se dividirá en partes sociales.

La administración de la sociedad estará a cargo de uno o más gerentes, podrán ser socios o extraños. Pero será la asamblea de los socios, el órgano supremo.

Sociedad Anónima

Existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones.

La denominación será libre, pero deberán emplearse las palabras "Sociedad Anónima" o bien, "S. A."

Se requiere como mínimo dos socios y un capital social de cincuenta mil pesos. El capital social se dividirá en acciones, estarán documentadas por títulos nominativos, servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio.

La administración estará a cargo del administrador único, o bien, de un consejo de administración. La vigilancia le corresponderá a uno o varios comisarios.

El órgano supremo es la asamblea general de accionistas. Las asambleas son: constitutivas, ordinarias y extraordinarias.

La *asamblea general constitutiva*, se establece con la finalidad de crear una sociedad anónima, se ocupa:

- 1.- De comprobar la existencia de la primera exhibición prevenida en el proyecto de estatuto.
- 2.- De examinar y aprobar el avalúo de lo bienes aportados por los socios.
- 3.- Deliberar acerca de la participación que los fundadores se hubieren reservado de las utilidades.
- 4.- Nombrar administradores y comisionarios.

La *asamblea ordinaria*, se instaura para tratar temas no establecidos como asuntos extraordinarios. Deberá celebrarse por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses siguientes a la clausura del ejercicio social y se ocupará, además de los asuntos incluidos en el orden del día, de:

- 1.- Discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores, con relación a la situación política, financiera y económica de la sociedad.

2.- Nombrar el Administrador o Consejo de Administración y a los Comisarios.

3.- Determinar los honorarios de los Administradores o Comisarios, sino se establecieron en el estatuto.

La *asamblea extraordinaria*, se establece cuando se traten los asuntos siguientes:

- 1.- Prórroga de la duración de la sociedad.
- 2.- Disolución anticipada de la sociedad.
- 3.- Aumento o reducción del capital social.
- 4.- Cambio de objeto de la sociedad.
- 5.- Cambio de nacionalidad de la sociedad.
- 6.- Transformación de la Sociedad.
- 7.- Fusión con otra sociedad.
- 8.- Emisión de acciones privilegiadas.
- 9.- Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce.
- 10.- Emisión de bonos.
- 11.- Cualquier otra modificación del contrato social.
- 12.- Los demás asuntos para los que la ley o el contrato social exija un quórum especial.

Sociedad Cooperativa

La Sociedad Cooperativa es una forma de organización social integrada por personas físicas con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas a través de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

En su funcionamiento deberá observarse los principio de libertad de asociación y retiro voluntario de los socios; una administración democrática;

limitación de intereses en algunas aportaciones de los socios sí así se determina; distribución de los rendimientos en proporción a la participación de los socios; fomento a la educación cooperativa y de la educación en la economía solidaria; participación, respecto al derecho individual de los socios, y promoción en la integración cooperativa respecto al derecho individual de los socios y promoción de la cultura.

Sociedades Cooperativas de Consumo. Son aquéllas cuyos miembros se asocian con el objeto de obtener en común artículos, bienes y/o servicios para ellos, sus hogares o sus actividades de producción.

Sociedades Cooperativas de Producción. Aquéllas cuyos miembros se asocian para trabajar en común en la producción de bienes y/o servicios, aportando su trabajo personal, físico o intelectual. Independientemente del tipo de producción a las que estén dedicadas, estas sociedades podrán almacenar, conservar, transportar y comercializar sus productos, actuando en los términos de la Ley General de Sociedades Cooperativas.

Sociedad Cooperativa Ordinaria. Sólo requieren de su constitución legal.

Sociedades Cooperativas de Participación Estatal. Se asocian con autoridades, para la explotación de unidades productoras o financiar proyectos de desarrollo económico.

Bajo la misma visión existen cooperativas de vivienda y escolares.

La autoridad suprema en la Sociedad Cooperativa es la Asamblea General. El órgano ejecutivo de la Asamblea General, es el Consejo de Administración, el cuál tendrá la representación y firma social. La supervisión estará a cargo del Consejo de Vigilancia.

El capital está integrado con las aportaciones de los socios, podrán ser en efectivo, bienes, derechos o trabajo; y se documentarán en certificados nominativos.

El objeto primordial de la sociedad cooperativa es eliminar la intermediación, y poner en práctica estrategias de actividades y procesos productivos.

Sociedad Extranjera

Es la sociedad legalmente constituida con base en la legislación de su país. Para ejercer el comercio en México, requiere de su inscripción en el Registro Público del Comercio, siempre y cuando se le autorice por parte del Gobierno Federal por conducto de la Secretaría de Economía. Adicionalmente, debe publicar anualmente un balance general de la negociación, autorizado por un Contador Público.

El Maestro Javier Álamo indica que esta sociedad conlleva una doble ficción, la primera, como la propia del ente ficticio, y la segunda, del supuesto de ser constituida como si se hubiera hecho en términos de una legislación acorde con la mexicana.

Sociedad Irregular

Son las sociedades no inscritas en el Registro Público del Comercio, y se exteriorizaron como tales frente a terceros, consten o no en escritura pública. A estas sociedades se les reconoce personalidad.

Quien realice actos jurídicos como representante o mandatario de una sociedad irregular, responderá del cumplimiento de los mismos frente a terceros,

subsidiaria, solidaria o ilimitadamente; independientemente de la responsabilidad penal en que pudiesen incurrir.

La finalidad de crear personas ficticias en materia mercantil, entre otros, es formar una persona con poder de organización social, político y económico. Estructurar a un grupo de personas con la finalidad de obtener lucro con la realización del fin establecido. Delimitar la porción de patrimonio que se desea invertir en determinado negocio.

En la práctica las Sociedades en Comandita Simple y por Acciones, se han vuelto obsoletas, pues los inversionistas de una negociación prefieren limitarse al pago de las acciones, y así evitan el uso de su demás capital en el cumplimiento de las obligaciones de la sociedad; por ello, las Sociedades de Responsabilidad Limitada y la Anónima, son de mayor uso.

Por tanto de estas dos últimas es la Sociedad Anónima la más usada, dada la facilidad de mover el capital, a pesar de necesitar inicialmente 50 mil pesos; esto es, por que en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, aunque el capital inicial es de 3 mil pesos, éste se forma por partes sociales, y para cederlo se requiere del consentimiento de los socios que tengan la mayoría del capital social.

A los comerciantes les interesa invertir el capital, para obtener mayor utilidad o lucro, por ello, crean personas ficticias de capital, pues sólo les interesa el dinero no la persona.

2.- VALORES EN:

A. Papel:

- a. Títulos de créditos.**
- b. Billetes.**
- c. Vales.**
- d. Boletos.**
- e. Cupones.**

B. Metales:

Moneda.

C. Tarjetas plásticas.

- a. Crédito.**
- b. Débito.**
- c. Servicios.**
- d. Monedero.**

D. Instrumentos

El Derecho mercantil, no se detiene por la falta de objetos materiales para realizar el comercio, pues como ya se estudió, crea personas imaginarias para efectuarlo y a lo existente le da una connotación diferente, le agrega un derecho y de ser un simple objeto, le da un valor, y con ello, se vuelve verdaderamente indispensable para el ser humano.

El Estado a través de sus órganos, establece a que cosas, objetos o instrumentos se les da valor, no el intrínsecamente por ser de determinado material, sino el designado a su arbitrio. Un determinado objeto puede tener el costo de la moneda de menor denominación, pero al agregarle un valor, ese objeto vale mil millones de veces más.

El objetivo del Derecho mercantil, es utilizar todos los medios necesarios para lograr el comercio, y por ende facilitar dicha actividad, no importa si se trata de simples papeles, metales, plásticos o instrumentos, los utiliza y les agrega un valor, para realizar negociaciones.

Un elemento esencial con referencia al comercio es la forma de pago, si se trata de pago en efectivo o a través de un cheque, o bien, si es el caso del pago al contado o a plazo, lo que implica en determinados casos un crédito.

Si el elemento esencial del comercio es el lucro, el crédito es un medio para obtenerlo, pues de nada serviría tener un producto o servicio, con posibilidades de comercializarlo, si quien lo desea no tiene la liquidez suficiente para pagarlo, así, al utilizar la figura del crédito, se obtiene el pago a plazo pero va implícita la ganancia.

La palabra **crédito** proviene del latín *crédere*, significa creer, esto es:

“prestar dinero o suministrar mercancías sin más garantías que la confianza en la persona a quien se dan”.

En términos económicos, el crédito es un instrumento de cambio para facilitar y agilizar la circulación de la riqueza, al mismo tiempo multiplicar la capacidad productiva de los capitales.

Jurídicamente el crédito es la entrega de bienes para ser reintegrados, por quien recibe, en el futuro. Título o “papel” en el que el valor se materializa.

El crédito tiene como características generales:

- a) La existencia de la relación deudor-acreedor;
- b) La confianza en la relación;
- c) El tiempo pactado para su término, y
- d) Los intereses o precios por la disposición de los fondos.¹³⁵

En Babilonia con Hammurabi, se reguló el préstamo gratuito o a título oneroso, sobre cereales, aceite, lana, ladrillos y plata; se especificaba el interés que dependía del objeto del préstamo.

En la Edad Media con la influencia abrumadora del cristianismo, se detuvo la actividad crediticia, pues se consideraba el cobro de intereses un acto de usura, y por lo tanto un pecado; los cristianos dejaron de realizar dicha actividad, y por

¹³⁵ PROSA CARNET. *El dinero de plástico; historia del crédito al consumidor y de los nuevos sistemas de pago en México*. Editorial J.R. Fortson y Cía S.A. de C.V. México. 1990.

ÁLAMO, Javier. *Apuntes de clase de títulos de crédito*, profesor de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.

ende fueron los practicantes de otras religiones, los explotadores de la figura del crédito, así los judíos se consolidaron como los prestamistas de aquella época.¹³⁶

Los pueblos conquistados por los aztecas eran sacrificados para alimentar con su sangre a los dioses, y éstos fueran bondadosos con la lluvia y las cosechas; sí las víctimas pagaban el tributo les perdonaban y ya no eran sacrificadas. Como se trataba de pueblos vencidos en batalla, no contaban con los medios para pagar el impuesto, por lo tanto se les otorgaba un crédito.

Como resquicios de la Colonia, surgieron las tiendas de raya en las haciendas, para abastecer a los trabajadores, les suministraba bienes y les otorgaban crédito.

Hasta antes de las leyes de Reforma, el poder económico lo ostentaba la Iglesia Católica, así, la idea de usura lo cambio por *interese*, (aquel que se encuentra entre), se refiere a la diferencia entre la cantidad adeudada bajo un contrato y lo realmente pagado. El préstamo con fines lucrativos se empezó a ver como una compensación. Desde entonces se empleó la palabra “interés” permitida por la Iglesia en vez de “usura”. Con base en esto y por la acumulación de la riqueza, la Iglesia realizó la mayor parte de los préstamos, con intereses bajos; y no sólo, no fue a las clases sociales paupérrimas, sino a los grandes comerciantes, los agricultores ricos o los hacendados; pues con esto aseguraba el pago. Por lo tanto el “interés” se convirtió en la motivación primordial del crédito.

¹³⁶ Esta idea de la usura como pecado, influyo a los legisladores del Código de Comercio vigente de 1889, pues en el artículo 362 indica, *para el caso de no pactar intereses, será el seis por ciento anual*; en la actualidad resulta anacrónica.

Desde la Colonia se estableció la primera institución oficial de crédito denominada Banco de Avío, no fue hasta después de la Revolución mexicana, que surgió el verdadero auge de las instituciones bancarias con relación al crédito.

La actividad crediticia ha desempeñado un rol fundamental en el desarrollo económico del país. Hoy por hoy, es quizá el mecanismo primordial para realizar todo tipo de actividades comerciales; como la compra de productos de autoconsumo en un centro comercial, o bien, la celebración de empréstitos sobre el crédito de la Nación. El crecimiento de las operaciones produjo la necesidad de inventar mecanismos para facilitar el comercio, trajo como resultado la incorporación de valores a determinados objetos, para evitar el manejo de efectivo; como ejemplo los títulos de crédito, las tarjetas plásticas, los medios electrónicos, entre muchos más.

A. Papel:

Hace algunos siglos los chinos utilizaron cortezas vegetales, restos de tejidos de algodón y otras fibras, para crear una pasta muy fina y una vez seca y pulida crearon el papel. Hoy el tema predilecto es la tecnología y con ello la invención del papel y la tinta electrónicos.¹³⁷

El papel tradicional mantiene un valor no sólo intrínsecamente sino por la utilidad dada en cada momento. Uno de los más importantes, es que en él se ha escrito la historia.

El término utilidad proviene del latín *utilitas, ātis*; significa: *“provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo”*.¹³⁸ Etimológicamente denota la función o propiedad de servir o poder ser usado para algo.

Se reputa útil cuando los hombres juzgan adecuado para alcanzar uno o varios fines, considerados capaces de satisfacer ciertas necesidades humanas.

Precisamente la utilidad es:

“La aptitud que se le atribuye a los bienes de servir como medios de satisfacción directa o indirecta de una o varias necesidades, atendiendo a la

¹³⁷ La pantalla de sólo 0,3 milímetros de espesor se puede enrollar, doblar o guardar en un bolsillo. La calidad de la imagen es superior a la de una pantalla de cristal líquido, de momento sólo se pueden utilizar dos colores: blanco y negro, rojo y azul u otros. En cuanto a la capacidad de almacenamiento de información, su pequeño grosor no impide guardar en el papel todo lo que se desea, más información incluso que en el disco duro de una computadora. El Quijote, las portadas de todos los diarios nacionales, información bursátil... el límite está en el que quepa en el disco duro que va acoplado al pequeño módem del aparato. Este prototipo fue presentado por un grupo de científicos de E Ink Corporation en Cambridge, Massachusetts.
<http://www.el-mundo.es/navegante/2003/05/08/laimagen/1052382874.html>.

¹³⁸ Diccionario de la Real Academia Española 22ª edición. *Opus citatus*.

calidad y a la cantidad de ellos, así como la importancia del destino que se le asigne”¹³⁹.

La utilidad del bien constituye su “valor de uso”. Así, la palabra valor tiene dos significados, como un valor de uso, expresa a veces la utilidad de algún objeto en particular; y la segunda, como un valor de cambio, es el poder de comprar otros bienes que la posesión de ese objeto confiere.¹⁴⁰

El papel, como un simple objeto, es útil de distintas formas, como envoltura de regalo o para plasmar un dibujo o pintura; pero en el mundo jurídico es útil cuando se le agrega un derecho a través de una ficción, y de ser un simple papel o documento se vuelve un valor.

Bajo esta idea, el Derecho toma objetos para cubrir determinadas necesidades, a través de una ficción les incorpora un valor, dando por resultado una institución jurídica, tales como: títulos de crédito, billetes, vales, boletos o cupones.

¹³⁹ ZAMORA, Francisco. *Tratado de Teoría Económica*. Undécima edición. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 1972.

¹⁴⁰ Ídem.

a. Títulos de créditos.

“El trueque era inapropiado y reconocido como tal, aun en sistemas económicos primitivos. El principal problema que afrontaba una economía de trueque consiste en que se requiere para el intercambio una doble coincidencia de necesidades. Esto significa que si la señora Hanford desea adquirir pan pero sólo tiene zapatos, para que se presente el intercambio deberá buscar a alguien más (al Señor Ferry, por ejemplo), que sea panadero y que necesite zapatos. La búsqueda del señor Ferry involucra el empleo del tiempo, hay un costo de oportunidad en el tiempo empleado en buscar una contraparte que desee el intercambio.

Los metales no acuñados eran apreciados para propósitos religiosos y de ornamentación, así como por su durabilidad y alto valor para usos monetarios y no monetarios. Los lingotes (barras de oro y plata no acuñadas) no obstante, presentan serias desventajas como medio de pago. Los pesos y aparatos de prueba para garantizar no siempre estaban disponibles en el sitio de intercambio, y la adulteración del peso y la calidad introdujeron un costo implícito de transacción. Sin embargo, la acuñación de monedas representaba una solución para los problemas que significaban los lingotes como dinero. (Este hecho marcó también el ingreso del gobierno en asuntos monetarios; y este papel ha continuado, para bien o para mal). El sello real impreso sobre un trozo de metal certificaba un determinado peso o pureza del metal. Los nombres de muchas unidades monetarias que todavía existen hoy (libras, liras y siclos) originalmente fueron unidades de peso.

Aunque la acuñación representaba un avance importante en el desarrollo del dinero continuaba registrándose algunas desventajas. Entre las de mayor importancia estaban las siguientes:

1.- La posibilidad de que el dinero fuera robado durante su transporte o almacenamiento.

2.- Costos de transporte.

3.- La ausencia de un retorno en la forma de intereses sobre las monedas.

En buena parte como resultado del peligro del robo, nació la práctica de colocar lingotes preciosos y monedas en custodia de los orfebres. Puesto que éstos estaban acostumbrados a trabajar con metales preciosos, habían establecido, por necesidad, el medio de protegerlos. Esto les daba el derecho

natural de recibir y guardar las monedas de oro y plata para los precavidos dueños. Los dueños, que se constituyeron en los primeros “depositantes” en la historia de la banca, sin duda esperaban que los custodios de su riqueza monetaria la conservaran intacta. Los custodios bien habrían podido prestar ese servicio como un favor para sus amigos pero, a medida de que esta práctica se hacía más necesaria, el orfebre comenzó a cobrar comisiones.

*En esta primera etapa de la historia de la banca, el depositante que deseaba efectuar un pago por una transacción acudía al custodio, redimía algunas de sus monedas y las utilizaba para efectuar el correspondiente pago. La inconveniencia de este procedimiento es evidente. Ciertamente, resultaría mucho más fácil transferir un **título** en cambio de las monedas del depositante que transferir las monedas mismas. Comenzaron a utilizarse como pagos los recibos de depósito (papeles que servían de documentos de respaldo para las monedas de metal precioso en custodia), debidamente firmados por el custodio. Estos primeros **pagarés del orfebre** eran aceptables a su portador por una razón: éste consideraba que los pagarés podrían ser cambiados por monedas de oro en el taller del orfebre. Se había dado un importante paso en la evolución del dinero. Las personas comenzaron a utilizar **títulos de papel** (en cambio de las monedas de metal precioso o especies) como medio de pago.”¹⁴¹*

La Ley de Mercado de Valores indica: *las acciones, las obligaciones y demás títulos de crédito que se emitan en serie o en masa; son considerados valores.*

El artículo 1 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, menciona: *los títulos de crédito son cosas mercantiles, de igual forma, su emisión, expedición, endoso, aval o aceptación, y las demás operaciones que en ellos se consignen, son actos de comercio.*

La ley define a los títulos de crédito como: *los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna.*

¹⁴¹ LEROY MILLER, Roger y PULSINELLI, Robert W. ***Moneda y Banca***. Segunda edición. Editorial McGraw-Hill. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1992. Páginas 58 y 59.

De la definición anterior, se desprende que no sólo se refiere a un derecho de crédito, como su nombre lo indica, sino a un derecho literal, puede ser cualquier otro.¹⁴² Con base en esto se les ha dado el nombre de *títulos valor* o *valores literales*; este último lo señala el artículo 111 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por este valor incorporado o agregado, se tratan de *documentos constitutivos* de derechos, por ello, se vuelve indispensable tener el documento para poseer el derecho consagrado en él.

Para el Jurista Cesar Vivante el Título de Crédito es:

*“Un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en él.”*¹⁴³

Las características que diferencian a los títulos valor de otros documentos son la incorporación, la legitimación, la literalidad, la autonomía y la abstracción.¹⁴⁴

Incorporación.

El Maestro Ernesto Gutiérrez y González indica:

“El título de crédito es un documento que lleva incorporado un derecho, en tal forma, que el derecho va íntimamente unido al título y su ejercicio esta condicionado por la exhibición del documento. La

¹⁴² Por ejemplo: el artículo 19 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito indica: “ Los títulos representativos de mercancías atribuyen a su poseedor legítimo el derecho exclusivo a disponer las mercancías que en ellos se mencionen”. Los títulos de crédito no siempre implican un crédito, por ello, es conveniente denominarlos títulos valor. Sin embargo, estos no representan mercancías como señala este precepto, pues esta figura es exclusiva de las personas, pero si, acreditan o documentan las mercancías mencionadas en ellos.

¹⁴³ VIVANTE, Cesar. *Opus citatus*. Página 334.

¹⁴⁴ Ídem. Páginas 335-355.

incorporación del derecho al documento es tan íntima, que el derecho se convierte en algo accesorio al documento. Generalmente los derechos tienen existencia independiente del documento que sirve para comprobarlos, y puede ejercitarse sin necesidad estricta del documento; pero tratándose de títulos de crédito el documento es lo principal y el derecho lo accesorio; el derecho ni existe ni puede ejercitarse, sino en función del documento y condicionado por él.”¹⁴⁵

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, menciona:

*Artículo 17: “El tenedor de un título tiene la obligación de exhibirlo para ejercitar **el derecho que en él se consigna**. Cuando sea pagado debe restituirlo.”*

*Artículo 20: “El secuestro o cuales quiera otro vínculo **sobre el derecho consignado en el título**, o sobre las mercancías por él representadas (léase documentado), no surtirán efectos si no comprenden el título mismo.”*

De tal forma, **la incorporación implica la agregación ficticia de un derecho, y sólo se tiene éste si se posee el documento.**

“El Título es un documento necesario para ejercitar el derecho, porque en tanto el título exista, el acreedor debe exhibirlo para ejercitar cualquier derecho, tanto principal como accesorio, de los que en el se contienen, no puede realizar ninguna modificación en los efectos del título, sin hacer constar en el mismo.”

Legitimación.

Quien tiene el derecho, debe legitimarse, esto es, poseer el documento. Los títulos pueden poseerse de forma nominativa o, al portador o innominada.

Los **títulos nominativos** son expedidos a favor de una persona, cuyo nombre se consigna en el texto mismo del documento. Y pueden cederse a través

¹⁴⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Opus citatus*. Página 134.

de endoso¹⁴⁶ o cualquier otro medio legal; subrogándose el adquirente en todos los derechos incorporados en el documento.

Son **títulos al portador** o innominados, los no expedidos a favor de persona determinada, contengan o no la cláusula “al portador”. Y pueden transmitirse por simple tradición.

¹⁴⁶ El endoso debe constar en el título relativo o en hoja adherida al mismo, y llenar los requisitos siguientes:

- 1.- El nombre del endosatario;
- 2.- La firma del endosante o de la persona que suscriba el endoso a su ruego o en su nombre;
- 3.- La clase de endoso;
- 4.- El lugar y la fecha.

El endoso debe ser puro y simple. Toda condición a la cual se subordine, se tendrá por no escrita. El endoso parcial es nulo. Puede hacerse en blanco, con la sola firma del endosante. En este caso, cualquier tenedor puede llenar con su nombre o el de un tercero, el endoso en blanco o transmitir el título sin llenar el endoso.

Por medio del endoso, se puede transmitir el título en propiedad, en procuración y en garantía.

El endoso en propiedad transfiere la propiedad del título y todos los derechos a él inherentes. El endoso en propiedad no obligará solidariamente al endosante, sino en los casos en que la ley establezca la solidaridad. Cuando la ley establezca la responsabilidad solidaria de los endosantes, éstos pueden librarse de ella mediante la cláusula “sin mi responsabilidad” o alguna equivalente.

El endoso en procuración, no transfiere la propiedad; pero da facultad al endosatario para presentar el documento a la aceptación, para cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para endosarlo en procuración y para protestarlo en su caso. El endosatario tendrá todos los derechos y obligaciones de un mandatario. El mandato contenido en el endoso no termina con la muerte o incapacidad del endosante, y su revocación no surte efectos respecto de tercero.

El endoso en garantía, atribuye al endosatario todos los derechos y obligaciones de un acreedor prendario respecto del título endosado y los derechos a él inherentes, comprendiendo las facultades que confiere el endoso en procuración.

Literalidad.

“Se dice que el derecho expresado en el Título de crédito es literal porque su existencia se regula a tenor del documento”.

El derecho incorporado es el mencionado en el documento. El artículo 13 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito indica:

“En el caso de alteración del texto de un título, los signatarios posteriores a ella se obligan, según los términos del texto alterado, y los signatarios anteriores, según los términos del texto original. Cuando no se pueda comprobar si ha sido puesta antes o después de la alteración, se presume que lo fue antes.”

Autonomía.

El derecho del titular es “derecho independiente”, en el sentido de que “cada persona que va adquiriendo el documento adquiere un derecho propio”, distinto del derecho que tenía o podía tener el que le transmitió el título.¹⁴⁷

La autonomía en los Títulos de crédito consiste, en la independencia de la causa que los originó, y como documentos ejecutivos como lo señala el artículo 1391 del Código de Comercio, se requiere para ejercitar el derecho incorporado a él, poseer el documento, sin la necesidad de relacionarlo con la causa que lo motivo.

El artículo 12 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, señala:

“La incapacidad de algunos de los signatarios de un título de crédito, el hecho de que en este aparezcan firmas falsas o de personas imaginarias, o la circunstancia de que por cualquier motivo el título no obligue a alguno de los signatarios, o a las personas que aparezcan como tales, no invalidan las obligaciones derivadas del título en contra de las demás personas que lo suscriban”.

¹⁴⁷ ÁLAMO, Javier. *Opus citatus*. Página 142.

Abstracción.

Tanto el deudor no sabe quién es su acreedor, como este último tampoco sabe quien es su deudor, ya que ambos recíprocamente son abstractos hasta el momento en que se deba pagar el título. Sin embargo en el "*interin*" entre que un acreedor recibe por endoso y cobra el documento no conoce necesariamente a su deudor y lo mismo pasa para el deudor.¹⁴⁸

Los fines económicos y mercantiles ocasionan el avance de la tecnología, los nuevos productos y medios harán revolucionar las instituciones jurídicas, la existencia de un papel electrónico, suplirá al tradicional. Las disposiciones deberán ser modificadas y crear figuras legales con las mismas características de los títulos de crédito, bajo la aplicación de nuevos mecanismos tecnológicos.

Pero por ahora, par tener el derecho consagrado en los títulos de crédito se requiere tener el papel, y que la ley les otorgue esa calidad, si no, no son títulos de crédito.

La ley indica como títulos de crédito, los siguientes:

Letra de cambio.

El artículo 76 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, indica: para ser considerado un documento como letra de cambio, y así poderle incorporar el derecho o valor a través de una ficción, debe contener.

¹⁴⁸ Ídem.

- I. *La mención de ser letra de cambio, inserta en el texto del documento.*¹⁴⁹
- II. *La expresión del lugar y del día, mes y año, en que se suscribe.*
- III. *La orden incondicional al girado de pagar una suma determinada de dinero.*
- IV. *El nombre del girado.*
- V. *El lugar y la época del pago.*
- VI. *El nombre de la persona a quien ha de hacerse el pago; y*
- VII. *La firma del girador o de la persona que suscriba a su ruego o en su nombre.*

Del anterior precepto se desprende la definición de este título, como: **el documento que contiene la orden incondicional que el girador da al girado para que pague al tomador o beneficiario una suma determinada de dinero, en el lugar y fecha que se conviene o que la ley exprese.**

Pagaré

El artículo 170 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, indica los elementos para considerar a un documento como pagaré, los cuales son.

- I. *La mención de ser pagaré, inserta en el texto del documento.*
- II. *La promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero.*
- III. *El nombre de la persona a quien ha de hacerse el pago.*
- IV. *La época y el lugar del pago.*
- V. *La fecha y el lugar en que se suscriba el documento; y.*
- VI. *La firma del suscriptor o de la persona que firme a su ruego o en su nombre.*

Del anterior artículo se establece la definición de este título, como: **la promesa incondicional de pago de una suma determinada de dinero por parte del suscriptor hacia el tenedor o beneficiario.**

¹⁴⁹ Más de un simple formalismo, de insertar dentro del documento la leyenda de ser una “letra de cambio” es una solemnidad, pues sin este requisito no existirá el título de crédito.

Cheque

El artículo 176 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, indica los requisitos necesarios para estimar un documento como cheque, son:

- I. *La mención de ser cheque, inserta en el texto del documento.*
- II. *El lugar y la fecha en que se expide.*
- III. *La orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero.*
- IV. *El nombre del librado.*
- V. *El lugar del pago, y.*
- VI. *La firma del librador.*

Del artículo 175, se deduce la definición de cheque como: **el documento suscrito por una persona llamada librador, cuando previamente se expida el formato o esqueleto por una Institución bancaria, denominada librado, siempre y cuando el librador haya dispuesto de fondos y tenga autorización para librar cheques, por parte del librado, a favor de un tenedor o beneficiario.**

Obligaciones Societarias

El artículo 210 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito indica: las obligaciones societarias deben contener:

- I. *Nombre, nacionalidad y domicilio del obligacionista, excepto en los casos en que se trate de obligaciones emitidas al portador, esto es: que se inscriban en el Registro Nacional de Valores e intermediarios y se coloquen en el extranjero entre el gran público inversionista.*
- II. *El importe del capital pagado de la sociedad emisora y el de su activo y de su pasivo, según el balance que se practique precisamente para efectuar la emisión;*
- III. *El importe de la emisión, con especificación del número y del valor nominal de las obligaciones que se emitan;*
- IV. *El tipo de interés pactado;*

- V. *El termino señalado para el pago de interés y de capital y los plazos, condiciones y manera en que las obligaciones han de ser amortizadas;*
- VI. *El lugar del pago;*
- VII. *La especificación, en su caso, de las garantías especiales que se constituyan para la emisión, con expresión de las inscripciones relativas en el registro publico;*
- VIII. *El lugar y fecha de la emisión, con especificación de la fecha y numero de la inscripción relativa en el registro de comercio;*
- IX. *La firma de los administradores de la sociedad, autorizados al efecto;*
- X. *La firma autógrafa de los administradores de la sociedad, autorizados al efecto, o bien la firma impresa en facsímil de dichos administradores, a condición, en este ultimo caso, de que se deposite el original de las firmas respectivas en el registro publico de comercio en que se haya registrado la sociedad emisora.*
- XI. *La firma autógrafa del representante común de los obligacionistas, o bien la firma impresa en facsímil de dicho representante, a condición, en este ultimo caso, de que se deposite el original de dicha firma en el registro publico de comercio en que se haya registrado la sociedad emisora.*

Las obligaciones societarias son los títulos de crédito que documentan o acreditan a los tenedores sobre la participación individual en un crédito colectivo constituido a cargo de una sociedad anónima emisora.

Acciones.

Las acciones no se incluyen en la enumeración de los títulos de crédito de la respectiva Ley, pero se establecen como tales en el artículo 111 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, al señalar:

“Las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas (léase documentadas) por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se registrarán por las disposiciones relativas a valores literales, en los que sean compatibles con su naturaleza y no sea modificado por la presente ley”

El Maestro Ernesto Gutiérrez y Gonzáles menciona:

*"[...] en materia mercantil, la aportación que hace el socio en dinero o en especie, le da derecho a recibir un "papelito", en donde consta el valor de lo que ha dado, y a este papelito se le denomina "acción", y a la misma la ley de la materia le confiere la naturaleza jurídica de un título de crédito "*¹⁵⁰

Más adelante explica: el dinero o cosas aportadas por los socios para integrar el capital social, deja de ser de ellos y pasa a ser de la nueva persona moral, pero en calidad de préstamo; los socios son acreedores de la sociedad y ese crédito se convierte en acción. **La acción es el papel que a través de una ficción jurídica se le incorpora el reconocimiento de crédito y los derechos para intervenir en la sociedad.**¹⁵¹

Certificados de Participación

El artículo 228-a de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito indica: los certificados de participación, son:

a. El derecho a una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase que tenga en fideicomiso irrevocable para ese propósito la sociedad fiduciaria que los emita;

b. El derecho a una parte alícuota del derecho de propiedad o de la titularidad de esos bienes, derechos o valores;

c. O bien, el derecho a una parte alícuota del producto neto que resulte de la venta de dichos bienes, derechos o valores.

Los certificados de participación son títulos de crédito que documentan o acreditan el patrimonio en afectación de un fideicomiso.

¹⁵⁰ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Opus citatus*. Página 131.

¹⁵¹ Ídem. Páginas 154-156

Certificados de depósito y bonos de prenda.

El artículo 229 de la Ley de Títulos y operaciones de Crédito, señala:

“El certificado de depósito acredita la propiedad de mercancías o bienes depositados en el almacén general de depósito que lo emite. El bono de prenda, acredita la constitución de un crédito prendario sobre las mercancías o bienes indicados en el certificado de depósito correspondiente.”¹⁵²

¹⁵² La Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito señala que los Almacenes Generales de depósito tendrán por objeto el almacenamiento, guarda o conservación, manejo, control, distribución o comercialización de bienes o mercancías bajo su custodia o que se encuentren en tránsito, amparados por certificados de depósito y el otorgamiento de financiamientos con garantía de los mismos. También podrán realizar procesos de incorporación de valor agregado, así como la transformación, reparación y ensamble de las mercancías depositadas a fin de aumentar su valor, sin variar esencialmente su naturaleza. Sólo los almacenes estarán facultados para expedir certificados de depósito y bonos de prenda.

Los certificados podrán expedirse con o sin bonos de prenda, según lo solicite el depositante, pero la expedición de dichos bonos deberá hacerse simultáneamente a la de los certificados respectivos, haciéndose constar en ellos, indefectiblemente, si se expide con o sin bonos. El bono o bonos expedidos podrán ir adheridos al certificado o separados de él.

Los almacenes llevarán un registro de los certificados y bonos de prenda que se expidan, en el que se anotarán todos los datos contenidos en dichos títulos, incluyendo en su caso, los derivados del aviso de la institución de crédito que intervenga en la primera negociación del bono. Este registro deberá instrumentarse conforme a las reglas de carácter general que emita la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Los almacenes generales de depósito podrán ser de tres clases:

I. Los que se destinen a recibir en depósito bienes o mercancías de cualquier clase y realicen las demás actividades a que se refiere la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, a excepción del régimen de depósito fiscal y otorgamiento de financiamientos;

II. Los que además de estar facultados en los términos señalados en la fracción anterior, lo estén también para recibir mercancías destinadas al régimen de depósito fiscal; y

III. Los que además de estar facultados en los términos de alguna de las fracciones anteriores, otorguen financiamientos conforme a lo previsto en esta Ley, debiendo sujetarse a los requerimientos mínimos de capitalización que al efecto establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante disposiciones de carácter general.

El certificado de depósito como el bono de prenda, deberán contener:

1. La mención de ser "certificado de depósito" y "bono de prenda", respectivamente;
2. La designación y la firma de la institución emisora;
3. El lugar del depósito;
4. La fecha de expedición del título;
5. El número de orden.
6. Señalar si el depósito se realizó con designación individual o genérica de las mercancías.
7. La especificación de las mercancías o bienes depositados, que sirvan para su identificación;
8. El plazo señalado para el depósito;
9. El nombre del depositante;
10. Pago de derechos, impuestos o responsabilidades fiscales, en su caso;
11. Indicar si esta o no asegurada la mercancía;
12. El costo por el depósito a favor del almacén.

Conocimiento de embarque

Este título de crédito se menciona como tal en la Ley de Navegación, en su artículo 98, del cual se desprende la definición siguiente:

Es el documento en que consta el contrato de transporte de mercancías por agua, expedido por la empresa naviera o el operador a cada embarcador, y será un título que documentará o acreditará las mercancías objeto del transporte.

La mercancía transportada, sólo podrá ser entregada al poseedor del conocimiento de embarque, el cual puede ser nominativo, a la orden o al portador; además, puede ser negociable y transferible por cesión, endoso o simple tradición.

Carta de porte

Es el documento expedido por el porteador (transportista) a favor del cargador (quien solicita el transporte), y será un título que documentará o acreditará las mercancías objeto del contrato de transporte terrestre, estas deberán ser entregadas al consignatario o poseedor del papel.

En la carta de porte se expresaran:

- 1.- El nombre y domicilio del cargador (quien solicita el transporte);
- 2.- El nombre y domicilio del porteador (transportista);
- 3.- El nombre y domicilio de la persona a quien o a cuya orden vayan dirigidos los efectos, o si han de entregarse al portador, de la misma carta (destinatario);
- 4.- La designación de los efectos, con expresión de su calidad genérica, de su peso y de las marcas o signos exteriores de los bultos en que se contengan;
- 5.- El precio del transporte;
- 6.- La fecha en que se hace la expedición;
- 7.- El lugar de la entrega al porteador;
- 8.- El lugar y el plazo en que habrá de hacerse la entrega al consignatario;
- 9.- La indemnización que haya de abonar el porteador en caso de retardo, si sobre este punto mediare algún pacto.

La carta de porte puede ser a favor del consignatario o destinatario, a la orden de este o al portador.

Serán títulos de crédito, todos aquellos documentos reconocidos por la ley, como tales;¹⁵³ de las ventajas obtenidas por estos documentos, es que traen aparejada ejecución, permitiendo garantizar el cumplimiento en el pago.

¹⁵³ Son títulos de crédito, entre otros que reconoce la ley:

Títulos de Crédito Públicos:

a.- **CETES** (Certificados de Tesorería de la Federación): se emiten por el Estado Federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como agente colocador.

Es valido afirmar que estos documentos no tienen una existencia real, pues se trata únicamente, de constancias expedidas por la Tesorería de la Federación, a través del Banco de México, que además no pueden circular, pues deben mantenerse permanentemente en depósito del propio Banco por conducto del INDEVAL, que para tal efecto abre y conserva cuentas de depósito a favor de los tenedores, que en realidad son depositantes de efectivo. En tales condiciones, el traspaso de estos certificados se efectúa mediante simples transferencias operadas por el INDEVAL, que expide al adquirente una o más constancias de titularidad.

Los Cetes son títulos de crédito, siempre al portador y a cargo del Gobierno Federal, pagaderos en el Distrito Federal en las oficinas del Banco de México. Podrán expedirse con cupones para su pago, que también serán títulos de crédito para los efectos del cobro de dichos rendimientos. Se pueden emitir a 28, 91, 182 y 360 días.

b.- **PAGAFES**: son pagarés, se emiten igual que los Cetes, pero se cotizan en dólares. Duración hasta de 365 días.

c.- **Bonos Simples**: títulos con la misma naturaleza que las obligaciones societarias.

d.- **BONDES** (bonos de desarrollo): se emiten para efectos de desarrollo del Distrito Federal.

e.- **BIDS** (bonos de indemnización bancaria): se utilizan para indemnizar la expropiación de los bienes de los banqueros.

f.- **UDIBONOS**: títulos respaldados con el valor de unidades de inversión.

g.- **Bonos Globales**: se colocan en el extranjero.

Títulos de Crédito Bancarios

a.- **Certificados de Aportación Patrimonial (CAP's)**: son títulos de crédito que documentan el capital social de las Sociedades Nacionales de Crédito. Estos documentos se expiden en dos series: la A, documenta el 66% del capital social, y la B, el 24 % restante.

Los certificados serie A sólo pueden estar en manos del Gobierno Federal, se emiten en título único y son intrasmisibles. Los certificados serie B podrán emitirse en uno o varios títulos y son susceptibles de ser adquiridos por personas físicas y morales mexicanas (debe figurar en el estatuto la cláusula de exclusión directa o indirecta de extranjeros). Ninguna persona puede adquirir esta clase de certificados por más de 5 % del capital pagado; sólo el Gobierno Federal y las sociedades de inversión comunes pueden detentar dichos certificados en un porcentaje mayor al señalado.

Derechos Patrimoniales: dan la posibilidad de participar de las utilidades de la institución y en la cuota de liquidación en proporción a las aportaciones, así como recibir el reembolso de los certificados a valor en libros, cuando se reduzca el capital social.

Derechos Corporativos: otorgan la capacidad de remover a los miembros del consejo directivo y comisarios correspondientes a esta serie; de integrar la comisión consultiva y de adquirir en igual de condiciones y en proporción al número de sus certificados, aquellos que se emiten en caso de aumento de capital.

b.- Acciones de las Sociedades Anónimas Bancarias: son títulos de crédito que documentan el capital social, sirven para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio. Se consideran títulos valor por lo determinado en el artículo 111 de la Ley General de Sociedades Mercantiles: “[...] se registrarán por las disposiciones relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la presente ley.”

No obstante, se ha considerado que estos títulos carecen de los atributos de incorporación y literalidad. Del primero, por cuanto no son suficientes para ejercitar los derechos que en ellos se consignan, pues para ello es indispensable que el accionista se encuentre inscrito en el libro correspondiente: “la sociedad considera como dueño de las acciones a quien aparezca inscrito como tal en el registro a que se refiere el artículo anterior”. De tal suerte, el carácter de accionista, pero también el ejercicio de sus derechos, resulta de un documento extracartular, como es el registro de que se trate, lo que no ocurre en título de crédito alguno.

En lo referente al principio de literalidad, cabe decir que estos documentos no consignan derecho literal de especie alguna, pues tanto el reembolso de su valor nominal como el pago de los dividendos, están igualmente condicionados por circunstancias extradocumentales, como lo son la situación patrimonial de la emisora, la percepción o no de utilidades y el acuerdo del órgano social respectivo.

El capital de las instituciones de banca múltiple, estará formado por una parte ordinaria documentada por la serie O y; podrá integrarse por una parte adicional, documentada en serie L, que podrá emitirse hasta por un monto del 40 % del capital social ordinario, previa autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Las acciones serán de igual valor, dentro de cada serie, conferirán a sus tenedores los mismos derechos, y deberán pagarse íntegramente en efectivo en el momento de ser suscritas. Físicamente no obran en poder de sus titulares, sino que de modo permanente deben de estar depositadas en el INDEVAL.

c.- Certificados de depósito bancarios: el depósito constituye la principal operación pasiva de los bancos; el depositante entrega una suma de dinero a una institución de crédito para su ahorro o inversión a la vista o a plazo, obligándose la misma a restituir la suma que ampara el recibo de depósito más un interés en la misma especie.

Estos documentos deben consignar la indicación de que se trata de certificados de depósito bancarios de dinero, la mención del lugar y fecha en que se suscriben, el nombre y la firma del

emisor, la suma depositada, el tipo de interés pactado, el régimen de su pago, el plazo de retiro y el lugar señalado para ello.

d.- **Bonos bancarios y sus cupones:** son títulos de crédito emitidos en serie, que incorporan una parte alícuota de un crédito constituido a cargo de un banco, los cuales pueden ser adquiridos por personas físicas o morales mexicanas o extranjeras.

Características: son títulos al portador; se emiten en serie, en gran número, para ser ofrecidos a tomadores indeterminados; se podrán emitir en moneda nacional o extranjera.

Deben contener:

- La mención de ser bonos bancarios y títulos al portador;
- La expresión del lugar y fecha en que se suscriban;
- El nombre y la firma de la emisora;
- El importe de la emisión, con especificación del número y valor nominal de cada bono;
- Tipo de interés;
- El plazo para el pago del capital y del interés;
- Las condiciones y las formas de amortización;
- El lugar de pago único;
- Los plazos o términos y condiciones del acta de emisión.

e.- **Obligaciones Subordinadas y sus cupones:** las obligaciones son títulos de crédito emitidos en serie a cargo de la institución emisora que documentan la participación individual de sus tenedores en un crédito colectivo y las cuales, son pagaderas a prorrata después de cubrir sus responsabilidades y producir acción ejecutiva respecto a la misma, previo requerimiento ante fedatario público.

Las obligaciones subordinadas se distinguen de las ordinarias por tener un régimen de prelación; dentro de los propios acreedores subordinados, se establece un orden de prelación, de acuerdo al cual, en caso de liquidación o quiebra del emisor se paga; en primer lugar a los acreedores del banco, en segundo lugar a los tenedores de emisiones más antiguas, y en tercer término a los titulares de las acciones.

ÁLAMO, Javier. *Opus citatus*.

DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús. *Opus citatus*. Páginas 370-375, 494.

DÍAZ BRAVO, Arturo. *Títulos de Crédito*. Editorial Iure editores, S.A. de C.V. México. 2002. Páginas 181-199.

b. Billetes.

*“[...] se puede obtener ganancia en actividades tales como la impresión de papel moneda o acuñamiento de monedas y en lograr que la comunidad acepte estos elementos como dinero. La diferencia entre el costo de imprimir dinero y el valor del cambio de éste se conoce como **seigniorage**; durante siglos los gobiernos y los banqueros han luchado por los privilegios del seigniorage. [...] **nos referimos aun caso extremo de un gobierno que pide la colaboración de las personas para aceptar su papel moneda.***

La liga del Norte era una confederación de provincias del norte de Argentina que se formó en contra del dictador Rosas y su manera de asignar los ingresos federales por conceptos de aranceles. Debido a que se redujeron los fondos federales para este grupo en rebelión, ellos optaron por fundar un banco de préstamos hipotecarios (Banco Hipotecario), emitiendo billetes. Estos billetes no tuvieron buena aceptación por parte del público y como resultado se publicó el siguiente decreto:

Tucumán, 5 de abril de 1841

El gobierno se ha sorprendido al informarse que algunos ciudadanos corruptos se oponen a la circulación del papel moneda y, en consecuencia, acuerda y decreta:

ARTÍCULO 1.- *Quien quiera que rehúse recibir el papel moneda puesto en circulación por el Banco Hipotecario de las provincias de la liga del Norte sufrirá la pena de muerte y, aquellos que cierren sus negocios para no hacer ventas, le serán confiscados sus bienes.*

ARTÍCULO 2.- *Se aplicará la misma pena a quien directa o indirectamente contribuya a desacreditar el dinero en circulación, ya sea mediante la elevación de los precios fijados para los bienes en venta o por cualquier otro método.*

ARTÍCULO 3.- *La evidencia para la verificación de estos crímenes será escuchada verbal y rápidamente, de manera que ningún caso tendrá una duración superior a 24 horas.*

ARTÍCULO 4.- Publíquese y comuníquese en forma acostumbrada e inclúyase en el registro oficial."¹⁵⁴

Desde la Colonia, el saqueo de metales preciosos, fue la principal actividad de los españoles; por ello, en la Independencia, el país se vio sumergido en una falta liquidez, con la guerra, se abandono el campo, la minería, la pequeña industria y todos los demás oficios o profesiones, pues todo el esfuerzo humano se abocó a esta lucha. Provocó una crisis económica, pues si el circulante estuvo formado exclusivamente por monedas metálicas de oro, plata y cobre, el poco trabajo en las minas detuvo la extracción de metales utilizados para moneda; lo que permitió, usar otra forma de hacer circular la riqueza, como es el papel moneda.

Suplir la moneda metálica por el papel moneda, no fue un proceso sencillo; no fue la simple disposición de las autoridades de incorporarle al papel un valor, lo difícil fue la aceptación de un simple papel como dinero, cuando el mismo no tenia, ni tiene intrínsecamente el valor propio de las monedas.¹⁵⁵

¹⁵⁴ LEROY MILLER, Roger y PULSINELLI, Robert W. *Opus citatus*.

¹⁵⁵ En el México independiente con Iturbide, se vivió una economía deteriorada, rezago de la lucha, por ello, en 1822 se autorizó la creación de un banco de emisión de cédulas, pagarés o *haré-buenos*, denominación de los billetes, éstos debían circular en diversas denominaciones. Sin embargo, el uso de plata u oro como dinero, hizo fracasar la idea del papel. El rechazo al papel como dinero se trato de frenar, al ser impreso sobre bulas papales canceladas, esperando su aceptación por la religiosidad del mexicano. El billete no gozó de la aceptación del público usuario y pronto fue retirado de la circulación.

En 1864, durante el Imperio de Maximiliano de Habsburgo, se retomó el proyecto de emitir billetes, bajo un parámetro distinto: el responsable de la emisión era un banco privado, El Banco de Londres, México y Sudamérica; bajo la aceptación voluntaria.

La emisión de billete encontró condiciones favorables, durante el gobierno del general Porfirio Díaz. Se estableció conforme a la Ley de Instituciones de Crédito de 1897; cada Estado de la República contó con, cuando menos, un banco privado emisor de billetes; además del Banco Nacional de México con presencia en toda la República, y del de Londres y México, cuya concesión

El dinero es aquello universalmente aceptado como tal en una economía por los vendedores de bienes y servicios como pago por estos, y por los acreedores como pago por deudas. Se dice que es el más líquido de los activos, porque puede ser fácilmente intercambiable por un bien o servicio. Existen dos principales: dinero-mercancía (monedas de oro y plata –se estudiará más adelante-) y dinero-crédito o fiduciario¹⁵⁶.

fue ratificada. De esta manera, México adoptó al billete como medio de pago de aceptación generalizada. Los billetes de estos bancos se emitieron, con el respaldo metálico correspondiente.

Con la Revolución mexicana se escaseo nuevamente la moneda, y por ende el descrédito del billete de banco, por la falta de respaldo.

El general Victoriano Huerta ordenó a los bancos privados de emisión, entregar el respaldo metálico de los billetes a su gobierno y emitir cantidades gigantescas de billetes sin éste. Con esto, se arruinó rápidamente el sistema bancario mexicano, y con él, el uso y la aceptación del billete.

Venustiano Carranza, autorizó a numerosos jefes revolucionarios la emisión de sus propios billetes, vales y cartones para allegarse fondos. En lugar de resolver el problema monetario de la República, lo complicó. Estos documentos el pueblo mexicano denominó genéricamente "bilimbiques", únicamente valían en tanto su emisor ejercía el poder y la autoridad en una determinada región, produciendo una severa inflación.

Ante la desconfianza del papel moneda, el único válido sería el emitido por los carrancistas y, para protegerse de las falsificaciones, se ordenó la fabricación de billetes mucho más sofisticados. Estos billetes se pusieron en circulación en mayo de 1916; y se les conoce como "infalsificables", con esto se pretendió sustituir a las emisiones anteriores, unificar la circulación de billetes y así recuperar la confianza.

En el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada en febrero de 1917, se establece el monopolio de la emisión a un Banco único, autorizado para emitir papel moneda en el país, y de una Comisión Nacional Bancaria, encargada de vigilar las operaciones de las instituciones de crédito.

<http://www.banxico.org.mx/cMoneda/InfoNumismatica/HistoriaBilleteMex/HistoriaBilleteMex.html>

¹⁵⁶ LEROY MILLER, Roger y PULSINELLI, Robert W. *Opus citatus*. Páginas 21-24.

El término fiduciario proviene del latín *fiducia*, significa fe o confianza. El valor de los pagos se basa en la confianza del público para que éste se pueda cambiar por bienes y servicios. Bajo el patrón monetario fiduciario, el dinero, ya sea en la forma de efectivo o cuenta corriente, no es convertible en una cantidad fija de oro y plata o en algún metal precioso.

Una economía utiliza dinero fiduciario o crédito cuando emplea dinero que no posee valor como mercancía o cuyo valor no monetario es inferior a su valor en uso monetario. Por ejemplo, constituye dinero fiduciario una moneda de cobre cuyo valor, en cobre derretido, es de 10 centavos, pero su valor monetario es de 1 peso.

El dinero fiduciario conlleva dos subclases: dinero fiduciario emitido por gobierno y bancos centrales (papel moneda) y el emitido por instituciones financieras (cheques).

Las monedas tienen un valor impreso en ellas, normalmente superior al valor comercial del metal utilizado para crearlas, no obstante, tienen un valor intrínseco. En cambio el papel moneda, son solamente pedazos de papel y por tanto tienen un valor intrínseco ínfimo. A pesar de ello, los billetes son dinero en razón de su aceptabilidad (esto es: porque constituye dinero por su aceptación a cambio de bienes y servicios) y de la predecibilidad de su valor (pues se conoce el poder adquisitivo).

Aceptado el papel moneda, como un medio para facilitar el pago, y la seguridad de tener el respaldo en metal, se estableció en la Constitución de 1917, en su artículo 28 la creación de un Banco único de emisión de billetes, controlado por el Estado; fue hasta 1925 cuando empezó a funcionar.

El Banco central, se creó bajo la tesitura de una sociedad anónima de participación estatal mayoritaria, posteriormente como un organismo público descentralizado, en la actualidad se considera como un organismo autónomo.

La exposición de motivos de la Ley del Banco de México, indica:

“[...] para que se garantice cabalmente la posibilidad de que el Banco Central cumpla con la función que se le asigna este no formará parte de la Administración Pública Federal, por lo que no queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 90 Constitucional, sino que será un organismo del Estado mexicano con facultades autónomas en lo relativo al ejercicio de sus funciones y su administración [...]”.

Las funciones del Banco de México son¹⁵⁷:

a. Proveer a la economía del país de moneda nacional.

La moneda nacional, comprende tanto a la metálica como la de papel.

Los billetes emitidos por el Banco de México deberán contener:

- 1.- La denominación con número y letra;
- 2.- La serie y número;
- 3.- La fecha del acuerdo de emisión;
- 4.- Las firmas en facsímile de un miembro de la junta de gobierno y del cajero principal;
- 5.- La leyenda “Banco de México”,
- 6.- Y las demás características señaladas por el propio banco.

El Banco podrá fabricar sus billetes o encargar la fabricación de estos a terceros. Contará con una reserva de activos internacionales, con el objeto de

¹⁵⁷ DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús. *Opus citatus*. Página 95.

coadyuvar a la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional mediante la compensación de desequilibrios entre los ingresos y egresos de divisas del país.

La reserva se constituirá con:

1.- Las divisas y el oro, propiedad del Banco Central, libres de todo gravamen y cuya disponibilidad no esté sujeta a restricción alguna;

2.- La diferencia entre la participación de México en el Fondo Monetario Internacional y el saldo del pasivo a cargo del banco por el mencionado concepto, cuando dicho saldo sea inferior a la citada participación, y

3.- Las divisas provenientes de financiamientos obtenidos con propósitos de regulación cambiaria.

No sólo es incorporarle el valor al papel para crear el billete, sino se trata de un sistema complejo: de mantener el respaldo de cada billete circulante y conservar el poder adquisitivo del papel moneda, para así evitar devaluaciones o fugas de capital.

Adicionalmente, no se pueden poner en circulación billetes sin respaldo, porque en todo caso conllevaría a una inflación. En la actualidad el respaldo, es el Producto Interno Bruto, pues depende de éste el valor adquisitivo de la moneda.

El Maestro Jesús de la Fuente Rodríguez, indica: *para lograr la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda, es necesaria una eficiente política monetaria, entendiéndose por esta:*

“El conjunto de acciones que realiza el Banxico para intentar controlar la cantidad de dinero que circula en la economía y de esta manera

afectar el nivel de precios [...] la excesiva expansión monetaria es la fuente subyacente de las presiones inflacionarias de la economía”¹⁵⁸.

b. Promover el sano desarrollo del sistema financiero:

- 1.- Regular la intermediación y los servicios financieros.
- 2.- Operar como acreedor de última instancia para instituciones de crédito.
- 3.- Operar con entidades financieras.
- 4.- Sancionar a los intermediarios.

c. Propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pago.

El Banco de México constituye el sistema de pagos de forma directa y como regulador.

De forma directa al suministrar los billetes y monedas colocados en circulación, así como canjearlos. Asegura el circulante necesario en todo el país, y que goce de aceptación sin riesgo de falsificación.

Como regulador, al expedir disposiciones con la finalidad de propiciar el buen funcionamiento del sistema de pagos.

¹⁵⁸ Ídem. Página 100.

c. Vales.

*“En un artículo del Journal of Political Economy, escrito en 1985, Daniel S. Hamermesh y James M. Johannes nos ofrecen evidencias impactantes en el sentido de que los **cupones para comida** que suministra el gobierno norteamericano a los necesitados son un sustituto de M1. Ellos destacan que **dichos cupones sirven como medio de pago y se usan como sustituto del dinero en efectivo o depósitos a la vista en muchas transacciones. Los autores citan la prensa popular para ofrecernos ejemplos en los cuales se han utilizado estos cupones para comprar botes, automóviles, armas con silenciador, marihuana y aun una casa de US \$35, 000.***

Los autores señalan que estas estampillas representan cerca de US \$11, 000 millones en el ingreso personal en los Estados Unidos y concluye que estos cupones pueden sustituir por M1 sobre la base de uno en uno. Ellos han llegado hasta el punto de realizar un estimativo de la oferta monetaria que incluye dinero en cupones para alimentos; esta reserva de dinero indica que las asignaciones de cupones para comida y, por tanto, la oferta monetaria, se eleva en forma automática durante las recesiones. Debido al programa de cupones para comida, la oferta monetaria se eleva automáticamente en época de recesión y cae en tiempos de prosperidad; ambos movimientos se realizan en una dirección estabilizadora.”¹⁵⁹

En los vales de despensa, de gasolina u otros, se incorpora por una ficción jurídica, el valor en dinero indicado en el papel.

Por ejemplo, los vales de despensa son una prestación del salario, por parte de los patrones a los trabajadores para garantizar que parte del producto del trabajo se destine a bienes de primera necesidad.

Los vales de gasolina, permiten tener el control de las erogaciones realizadas por los comerciantes sobre ese bien.

¹⁵⁹ LEROY MILLER, Roger y PULSINELLI, Robert W. *Opus citatus*. Página 41.

d. Boletos.

Los boletos de transporte, de fiestas o eventos, de rifas o sorteos, o de cualquier otra índole, se les incorporan el valor en dinero que se pago por su adquisición. Pues para hacer uso de la prestación consignada en el mismo, se requiere el papel.

El artículo 6 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, indica:

“Las disposiciones de este Capítulo no son aplicables a los boletos, contraseñas fichas u otros documentos que no estén destinados a circular y sirvan exclusivamente para identificar a quien tiene derecho a exigir la prestación que en ellos se consigna.”

Los boletos de sorteos, son documentos al portador, únicamente sirven para identificar al tenedor en la rifa; en el momento de su adquisición se les incorpora el valor en dinero pagado por ellos, y si resulta ser el número premiado, adicionalmente se les incorpora instantáneamente el valor del premio obtenido.

La Ley Orgánica de la Lotería Nacional para la Asistencia Pública en sus artículos 8 y 9 señala:

Artículo 8: “Los billetes que emite la Lotería Nacional para la Asistencia Pública son documentos al portador que, en los términos del artículo 6º. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sirven únicamente para identificar a su tenedor como participante en el sorteo señalado en los mismos billetes”

Artículo 9: “El pago de los premios y reintegros obtenidos en cada sorteo se hará únicamente contra la presentación y entrega material de los billetes.”

e. Cupones.

Los cupones son documentos adheridos a los títulos de crédito y dan derecho a lo consignado en él.

El artículo 23 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito señala:

“En el caso de títulos nominativos que llevan adheridos cupones, se considerará que son cupones nominativos, cuando los mismos estén identificados y vinculados por su número, serie y demás datos con el título correspondiente.

Únicamente el legítimo propietario del título nominativo o su representante legal podrán ejercer, contra la entrega de los cupones correspondientes, los derechos patrimoniales que otorgue el título al cual estén adheridos.

Por ejemplo, las obligaciones llevarán adheridos cupones, en los cuales se podrá consignar los intereses pactados. La ley determina que el cobro de los cupones o intereses sobre obligaciones prescriben a los tres años de su vencimiento.

A los cupones se les incorpora el derecho para adquirir frutos civiles¹⁶⁰ u otros derechos patrimoniales consignados en el.

¹⁶⁰ **Frutos civiles:** los alquileres de los bienes inmuebles, las rentas de los inmuebles, los réditos de los capitales y todo aquello que no siendo producto por la misma cosa directamente, viene de ella por contrato, por última voluntad o por la ley.

Frutos industriales: las que producen las heredades o fincas de cualquier especie mediante el cultivo o el trabajo.

Frutos naturales: las producciones espontáneas de la tierra, las crías y demás productos de los animales.

B. Metales.

“El Sir Thomas Gresham (1519-1579) era el asesor financiero de la Reina Isabel I. se cree que él es el autor de la frase “El mal dinero retira de la circulación al dinero bueno”.

Para comprender la ley de Gresham, como se le conoce, se debe definir primero la expresión “mal dinero”. Esta definición se puede hacer tomando como ejemplo la moneda de diez centavos de dólar. Las que se acuñaron después de 1965, tenía un contenido en metálico de valor inferior a diez centavos. Las monedas de diez centavos acuñadas antes de 1965 tenían un valor en metálico superior a 10 centavos. Las acuñadas después de 1965 constituían mal dinero y las acuñadas antes de 1965 constituían buen dinero. Los términos malo y bueno solamente se refieren al valor no monetario del dinero. Si se les permite escoger, las personas prefieren atesorar el buen dinero al malo. La posesión del dinero bueno hace más rico a su propietario. Porque tiene un valor superior al valor nominal.

El mal dinero desplaza al bueno, solamente cuando existe una tasa de intercambio fijado por el gobierno entre dos clases de monedas. En el caso de las monedas de diez centavos acuñadas antes de 1965 y con posterioridad a ese año, la tasa de cambio fijado por la ley era de uno por uno. Si no hubiera existido una tasa de cambio fija, los vendedores habrían podido expresar el precio de los bienes de dos formas diferentes: en términos de las monedas antiguas o el de las nuevas.

Analicemos la compra de un bien, por valor de un dólar con posterioridad a 1965. Un comerciante había podido expresar el precio del producto, por ejemplo, en diez monedas de diez centavos acuñadas con posterioridad a 1965 y en siete monedas de diez centavos acuñadas antes de 1965. Si éste hubiera sido el caso, ambas monedas habrían coexistido en circulación. Durante la guerra civil, por ejemplo, tanto los dólares en oro como los dólares de los Estados Unidos en papel moneda permanecieron en circulación, a pesar de que se habían impreso un gran número de dólares en papel para financiar la guerra civil contra el sur. ¿Por qué? Porque cada bien o servicio tenía dos precios: uno en términos de dólares oro y otro en dólares de papel. En esa época no existía entre dólares oro y billetes una tasa de cambio fija e impuesta por el gobierno.

Sir Thomas Gresham (así reza la historia) le explico a la Reina Isabel I lo que había sucedido con la oferta monetaria; él observo que aquellas

monedas con mayor contenido de plata habían dejado de utilizarse como medio de pago en Inglaterra. Las monedas con menor contenido de plata eran intercambiadas por bienes y servicios. Enrique VIII (padre de Isabel) había reducido el contenido de plata en las monedas de 92.5 % de plata pura, a sólo 33 % en 1545. Sin embargo, se había reducido igualmente el valor nominal de la moneda. No es sorprendente que sólo haya permanecido en circulación las monedas que poseían una tercera parte de la plata pura.”¹⁶¹

Los metales han tenido una relevante importancia no sólo en el mundo del comercio, sino en la edad de los metales; los primeros utilizados por el hombre, fueron el oro, cobre y hierro, dando nombre a las distintas etapas de la historia en que se utilizó para la creación de utensilios, herramientas u objetos determinado metal.

Antes de la Conquista, México tenía como sistema de intercambio al trueque y para coordinar los valores de las mercancías a intercambiar se estableció una forma de moneda, como: el cacao, para operaciones normales, el valor de éste dependía de la escasez en determinada región; en polvo o en barra el oro se utilizó para operaciones con mayor valor, o bien, para el pago de tributo a los aztecas; otras monedas fueron el jade y el algodón.

La historia muestra que el dinero intrínsecamente ha tenido diferentes valores y ha existido de diversas formas, confirmando con ello la ficción que envuelven, en razón del valor que se da a una cosa determinada al margen de su costo real.¹⁶²

Como ejemplo de las diversas formas de dinero a lo largo de la historia están:

hierro

plumas de pájaro carpintero

cuero

¹⁶¹ LEROY MILLER, Roger y PULSINELLI, Robert W. *Opus citatus*. Página 28.

¹⁶² Álamo, Javier. *Opus citatus*. Pagina 136.

cobre	plumas	oro
bronce	vidrio	plata
vino	mostacilla	cuchillos
ron	tabaco	botes
maíz	herramientas agrícolas	resina
sal	pedras redondas sin centro	arroz
caballos	barras de sal cristalizada	vacas
ovejas	caparazón de caracol	esclavos
dientes de delfín	juego de cartas	papel
cabras	caparazón de tortugas	cigarrillos
barbas de ballena	colmillos de jabalí	

La mayoría de los tipos de dinero utilizados eran *dinero-mercancía*; éstos constituían mercancía física. La historia del dinero se ha alejado de ese dinero-mercancía (monedas de oro y plata) para orientarse hacia el dinero-crédito o fiduciario, como las cuentas corrientes (papel moneda, títulos de crédito emitidos por el gobierno -ya referidos en líneas anteriores-).

Dinero-mercancía:

1.- Dinero en cuerpo cierto (*full-bodied money*): cualquier dinero cuyo valor como bien en términos no monetarios equivalga a su valor como medio de pago. Por ejemplo, las monedas acuñadas cuyo contenido metálico tenía un valor en uso no monetario igual a su valor de cambio como dinero (oro).

2.- Dinero en cuerpo cierto representativo -documentado- (*representative full-bodied money*): es el dinero (papel o moneda) con un valor insignificante en sí mismo, pero cuenta con el respaldo de una mercancía como el oro o la plata.

Desde 1821 el mundo ha permanecido en lo que se ha denominado el patrón oro clásico (1821-1914), el patrón de cambio oro (1925-1931) y el sistema de Bretton Woods (1946-1971).¹⁶³

Patrón oro puro.

Para establecer un sistema de monedas de oro puro son necesarios tres elementos.

1.- Sólo las monedas oficiales de oro acuñadas por el gobierno se pueden utilizar como dinero.

2.- El gobierno se compromete, cuando el público así lo demanda a comprar oro del público a un precio fijo y a convertir el oro en monedas de oro. Por ejemplo, si una persona descubre oro puede venderlo al gobierno y obtener un valor predeterminado de monedas de oro acuñadas oficialmente.

3.- El gobierno venderá oro al público al precio fijado. Si ésta interesado en el valor de sus monedas de oro puede venderlas al gobierno por una cantidad predeterminada de oro no acuñado, el cual, por consiguiente, no es dinero.

La demanda de monedas de oro está determinada por la riqueza de la comunidad, sus preferencias y el costo de oportunidad para la tenencia del dinero (tasa de interés). La oferta y la demanda de monedas de oro determinan el nivel de precios.

Un *patrón de oro puro* internacional se establece cuando un número de países se acoge a un patrón de moneda oro. En tal sistema, cada gobierno acuerda comprar y vender sus determinadas monedas de oro (los estadounidenses los

¹⁶³ LEROY MILLER, Roger y PULSINELLI, Robert W. *Opus citatus*. Páginas 589-596.

llamarían “dólares”, los británicos “libras esterlinas”). Las tasas de cambio entre los diferentes países son necesariamente fijas¹⁶⁴.

El *patrón oro puro* nunca ha existido, porque es extremadamente costoso de operar; el descubrimiento, la extracción y la acuñación de oro son actividades en extremo caras. Por ello, no es sorprendente que las naciones buscaran forma de ahorrar el empleo de oro para sus patrones oro doméstico e internacional.

Patrón oro clásico (1821-1914)

Las formas más obvias de economizar oro fue encontrar sustitutos del dinero, como el papel moneda suministrado por el gobierno y depósitos bancarios producidos en forma privada –cheques–.

Durante el periodo *patrón oro clásico*, una nación podía tener un *patrón oro modificado*, al mantener una proporción fija de los pasivos bancarios en relación con el oro o una porción fija de de pasivos bancarios en relación con los pagarés y el oro del gobierno.

El papel moneda y los depósitos sustituyeron al oro en el campo doméstico y las reservas internacionales –divisas de países bastante reputados– sustituyeron al oro en el campo internacional.

Patrón de cambio oro (1925-1933)

Durante la Primera Guerra Mundial se presentó el colapso del *patrón oro clásico*. Sólo los EE. UU., permanecieron con un patrón oro, otras naciones no se comprometieron a mantener un precio fijo del oro.

¹⁶⁴ La tasa de cambio es el precio de una divisa en términos de una moneda doméstica. Puede ser Fija, cuando es predeterminado el valor; y flotante, cuando se determina mediante la oferta y la demanda.

Desde 1925 hasta 1931, el patrón oro se restableció internacionalmente, a medida de que los principales países que negociaban en los mercados internacionales establecieron un *patrón de cambio oro*. Bajo este patrón, la mayoría de los países mantuvieron oro, dólares o libras esterlinas como reservas; los EE. UU y el Reino Unido mantuvieron sólo reservas en oro. Bajo este patrón, la mayoría de los países esterilizaron los flujos de oro, con el fin de aislar sus economías de las consecuencias de ajustarse a los desequilibrios en los pagos internacionales.

En 1931, la Gran Bretaña, al enfrentar flujos masivos de oro y de capital abandonó el patrón oro; fue entonces cuando dicho patrón entro en colapso.

Sistema Bretton Woods

En 1944, los representantes de las principales naciones que negociaban en los mercados internacionales se reunieron en Bretton Woods, para crear un nuevo sistema de balanza de pagos internacionales para remplazar el patrón oro abandonado a comienzos de los años treinta. La conferencia tuvo dos objetivos principales:

- 1.- Crear un sistema monetario encargado de ayudar a la reconstrucción de los países devastados por la Segunda Guerra Mundial.
- 2.- Crear un sistema de tasas de cambio fijas y los medios para corregir los desequilibrios en las balanzas de pagos.

Se llego a un acuerdo, del cual surgió la creación del Fondo Monetario Internacional, encargado de administrar las cláusulas del acuerdo y prestar divisas a los países miembros con déficit en la balanza de pagos. Cada uno de los miembros del FMI, con excepción de EE. UU., establecería un valor para su

moneda en términos de dólares u oro. El gobierno del país con un déficit en la balanza de sus pagos se veía obligado a compensar el superávit con dólares de los EE UU para respaldar el precio de su propia moneda.

Para 1971 en EE. UU., existía el problema del dólar sobrevalorado, por ello, el 15 de agosto, se anuncio por el presidente Nixon un programa para eliminar el exceso de la oferta de dólares en el mercado de divisas, y así evitar la caída del precio del dólar con relación a la libra y otras monedas. El programa incluía la suspensión de la convertibilidad de dólares a oro.

Moneda

La moneda metálica no es el único dinero circulante, pues está dentro de la lista a lado de los billetes, tarjetas plásticas, y otros; sin embargo, es el más aceptable, no por su facilidad de portabilidad, pues en esto le supera el billete, y aun más una tarjeta de plástico, sino, por su valor intrínseco, y porque se cree, que es más difícil de falsificar.

Actualmente, la moneda tiene un valor intrínseco por el metal utilizado, pero no es igual al valor agregado o incorporado por el Estado, pues éste es superior a aquel.

La moneda ha sido desde siempre reconocido como dinero, no se requirió aceptación pues su valor intrínseco permitió el desarrollo pleno de esta forma de intercambio.

El dinero se considera como el medio de intercambio generalmente aceptado. Comúnmente se considera a los billetes y monedas como dinero, por su facilidad de cambiar inmediatamente por bienes o servicios requeridos.

El dinero es el más líquido de los activos. Un activo es líquido cuando puede ser fácilmente intercambiable por un bien o servicio sin altos costos de transacción, y con relativa seguridad en cuanto su valor nominal. El dinero se puede convertir fácilmente en otras formas de activo, y conservar siempre el mismo valor nominal.

El dinero tiene cuatro funciones básicas:

- 1.- Medio de pago.
- 2.- Depósito de valor.
- 3.- Unidad de cuenta (patrón monetario)
- 4.- Patrón de pagos diferidos.

El dinero como medio de pago

Quienes participan en el mercado lo aceptan como pago, los individuos pueden vender sus productos por dinero y utilizar ese dinero para hacer compras en el futuro. El dinero hace posible la especialización: las personas tienden a especializarse en áreas donde se tenga una ventaja comparativa y reciban pago en dinero por el fruto de su trabajo; estos pagos a su vez los pueden intercambiar por los frutos del trabajo realizados por otros seres humanos.

El dinero como depósito de valor

El dinero a pesar del transcurso del tiempo, mantiene su valía, pero deben pagar un costo de oportunidad, esto es: el diferencial entre los ingresos en intereses que podrían ser obtenidos, por esa misma cantidad de dinero depositado (invertido) en un activo generador de un mayor interés.

El dinero como unidad de cuenta (patrón monetario)

Es una forma de asignar un valor específico a los bienes y servicios económicos; se utiliza para medir el valor de los bienes y servicios relacionados con otros bienes y servicios. Esta constituye la medida o el común denominador. El dólar por ejemplo, es la unidad monetaria de los EE.UU.; como el peso¹⁶⁵ es la unidad monetaria de México. Es el patrón que permite a los individuos comparar fácilmente el valor relativo de los bienes y servicios.

El dinero como patrón de pago diferido

En este caso se involucra simultáneamente el uso de dinero como medio de pago y unidad de cuenta. Las deudas generalmente se definen en términos de unidad de cuenta; estas se pagan con un medio de pago monetario. Esto es, una deuda se especifica en una determinada cantidad de dólares o pesos y se paga en efectivo o con cheque.

Como mínimo, el dinero tiene cinco propiedades:

a.- **Portabilidad.** El dinero debe ser fácil de portar y transferir para realizar compras en diferentes sitios; sin éste elemento, no será ampliamente utilizado.

b.- **Durabilidad.** El dinero sin la cualidad de duración física, perderá su valor como moneda, por ello, se crean con aleaciones de distintos metales, para lograr una dureza y así con el tiempo no se desgaste, para mantener su valía. El dinero no siempre se ha caracterizado por su durabilidad; los soldados romanos recibían su pago en sal (de ahí el origen de la palabra salario), material sin durabilidad en climas lluviosos o húmedos.

¹⁶⁵ El origen común del peso y del dólar se remontan al siglo XVII y XVIII, era habitual el empleo de monedas mexicanas y españolas, llamados "piastros", "taleras" o "piezas de 8 reales". El signo "\$" significa una columna envuelta por un listón sinuoso, se denominaba columnaria; se derivó de la palabra peso abreviada con la grafía "Ps".

c.- **Divisibilidad.** El dinero debe ser fácilmente divisible en partes iguales para permitir la compra de unidades más pequeñas. El Estado debe crear monedas o billetes con valores diversos, para poder hacer los pagos exactos y necesarios. Algunas monedas han sido indivisibles, por ejemplo, en los países africanos, durante varias épocas, se han utilizado las vacas como dinero, aunque, una fracción de vaca es una entidad totalmente diferente en comparación a una vaca completa. El *pecus* romano (de donde viene pecuniario) tenía el mismo carácter.

d.- **Uniformidad.** Para ser útil, el dinero debe ser estandarizado. Sus unidades deben ser de igual calidad sin diferencias físicas entre sí. Solamente si existe estandarización del dinero, las personas podrán tener certeza de lo recibido cuando realizan transacciones. La calidad y características de los materiales de monedas y billetes deben ser iguales, para tener la certeza del valor agregado.

e.- **Reconocimiento.** El dinero debe ser fácilmente reconocible, si no fuera así, las personas tendrían dificultad para determinar si lo que tienen en su poder es dinero o un activo inferior. Las características del dinero debe ser conocido por todos, para evitar la introducción de dinero falso.

Hoy en día el dinero comúnmente se compone de monedas, papel moneda, tarjetas plásticas o instrumentos electrónicos; todas estas clases de dinero poseen éstas cinco propiedades.¹⁶⁶

El Estado a través de una ficción jurídica incorpora a un trozo de metal, un valor, el cual es superior al intrínseco de éste. Y su valor esta respaldado en el Producto Interno Bruto del país. Éste -el PIB- es el valor en pesos de todos los bienes y servicios finales producidos anualmente en la economía del país.

¹⁶⁶ LEROY MILLER, Roger y PULSINELLI, Robert W. *Opus citatus*. Páginas 15-20.

El Maestro Javier Álamo indica:

“En la actualidad la ficción ha llegado a sus extremos pues no existe respaldo metálico, sino simplemente la decisión de cada estado de conferirle un valor a su moneda, en teoría sustentado en el producto Interno Bruto. El último reflejo de esta cuestión se aprecia en el Euro, moneda que sin respaldo metálico pretende unificar sistemas de cambio en la Unión Europea.”¹⁶⁷

¹⁶⁷ Álamo, Javier. *Opus citatus*. Pagina 136.

C. Tarjetas Plásticas.

“El escritor inglés H.G. Wells, conocido universalmente por sus obras literarias de ciencia ficción, publicó en 1985 una novela intitulada La maquina del tiempo. En ella narró cómo un brillante científico inventó un aparato capaz de trasladar a una persona a la época que quisiera, lo mismo en el pasado que en el futuro, con el simple hecho de maniobrar algunas palancas y oprimir varios botones. Si se supone por un momento que este relato no fuese imaginario, sino que efectivamente la máquina hubiera sido inventada y funcionara, sería posible imaginar una historia como la que sigue:

El 1985, huyendo de los temibles y corpulentos policías ingleses, un famoso carterista logra llegar al sótano donde se encuentra la máquina del tiempo. Apurado, escuchando el golpeteo de la puerta que quieren forzar sus seguidores, el ladrón programa la máquina para viajar a 1990. Cuando por fin los policías logran entrar al sótano, ven a su presa dentro de un extraño artefacto; pero en el momento en que se disponen a aprehenderlo, el aparato con todo y su tripulante se esfuma ante su miradas perplejas.

El forajido llega a su destino a mitad de la noche, y se encuentra en una calle desierta. Logra identificar algunos edificios, con lo que confirma que todavía está en Londres. Lo primero que piensa es que necesita dinero, pues con la huida dejó abandonado su botín. Para su fortuna, descubre muy cerca de donde estaba un elegantísimo restaurante abierto; entra en él y se acomoda en su mesa esquinada para poder ver bien a los comensales. Se trataba de hombres y mujeres muy peinados, aunque sus ropas le parecen un poco exóticas.

Ve entrar a un sujeto corpulento fumando un gran puro; sus ojos expertos descubren un pequeño bulto en el pecho del hombre. Una carterera jugosa, supone, y en menos de los que canta un gallo, al ir al baño, tropieza con el caballero, le ofrece sus disculpas y se desliza como una sobra fuera del lugar. En un callejón oscuro, con las manos temblorosas por la ansiedad, el carterista se apresta a revisar su trofeo. Es de piel fina y se siente muy cargada, piensa contento. Cuando abre la carterera, una larga tira de material transparente se desparrama de sus manos, como si fuera una boa que se desenrosca. El ladrón contempla sorprendido cómo la tira contiene diez o doce tarjetas de vistosos colores, hechas de un material muy extraño: duro, pero flexible. Desesperado, sigue revisando la carterera; nada, ni un sólo

penique. Escogí mal la época –piensa desalentado-. Aquí ya no existe el dinero.

Y es que, en realidad, en este tiempo el uso del dinero en efectivo está cada vez más restringido. Los impresionantes avances en los campos de la comunicación y la informática, entre otros factores, han permitido desarrollar un sustituto del dinero contante y sonante, mucho más seguro, de fácil manejo y con un sin número de ventajas adicionales: las tarjetas plásticas.¹⁶⁸

En la época primitiva el hombre para cubrir sus necesidades recurrió al trueque, hasta que invento la medida aceptada universalmente para realizar el intercambio, la moneda, como sal, maíz o esclavos; después de un desarrollo comercial a causa de procesos histórico bélicos y a falta de metales se estableció un mecanismo de incorporar el valor de una moneda de oro o plata, entre otros, al papel, dando pie al billete o papel moneda. Con el desarrollo de la tecnología, en el siglo pasado, se invento una forma diferente de realizar el pago y así obtener bienes y servicios: el dinero o tarjeta de plástico.

El dinero de plástico no implica la creación de monedas y billetes de éste material, sino, sólo una tarjeta a la cual se le incorpora a través de una ficción, el valor de liquidez o crédito de una persona, frente a un acreedor o acreditante; “como si” se metiera el dinero al trozo de plástico.

El procedimiento conlleva tres componentes: el tarjetahabiente – consumidor-, los comerciantes afiliados al acreditante, y el banco emisor de la tarjeta –acreedor o acreditante-.

El consumidor pide los servicios al acreditante o bien solicita un crédito; celebra un contrato de depósito bancario o de apertura de crédito, u otro. Se otorga una tarjeta plástica al consumidor. Con esta, el tarjetahabiente puede realizar los

¹⁶⁸ PROSA CARNET. *Opus citatus*. Páginas 89 y 90.

pagos de bienes y servicios solicitados a los afiliados, en lugar de utilizar monedas metálicas o billetes.

Los comerciantes afiliados llenan un pagaré o vaucher, identifican al consumidor y el monto a pagar, éste, es firmado por el tarjetahabiente y recibe una copia como comprobante. El comerciante con el pagaré lo entrega al banco, quien lo paga y a su vez descuenta la comisión por el servicio prestado.

Así, el tarjetahabiente, sólo debe cubrir al banco los gastos realizados con su tarjeta, normalmente en un plazo de un mes; ya sea al pagar el total de sus compras, o bien, hacerlo a través de financiamiento en pagos diferidos, además de cubrir los intereses.

Este dinero o tarjeta de plástico, conlleva beneficios al tarjetahabiente, como: seguridad y comodidad al no portar con efectivo; le permite tener crédito en diversos establecimientos donde acepten la tarjeta, sin mayor trámite que pagar con ella; controla sus gastos al tener un registro de todas las operaciones realizadas, para lo cual se le expide un estado de cuenta.

Para el comerciante también hay beneficios al aceptar las tarjetas, como: aumenta el volumen de ventas, por el crecimiento de la clientela, pues al contar con un crédito le permite allegarse de más bienes y servicios; se le liquida por completo las mercancías, pues corre a cargo del acreedor o acreditante el pago de los bienes, sólo con presentar el pagaré; reduce gastos y riesgos por el manejo de dinero en efectivo.

Las Instituciones bancarias o bien el acreedor o acreditante, cuentan con beneficios al otorgar las tarjetas, como: aumentar su cartera de clientes, pues es esta la encargada del manejo y administración del efectivo, y por ende corre todos los

riesgos, quitándole al tarjetahabiente esa preocupación, así, si hay pérdida de efectivo, al distribuirse es menor su efecto. Obtiene liquidez, al manejar el efectivo y cobrar por ese servicio.

a. Crédito.

Las tarjetas de crédito se originaron en Europa en el siglo pasado, en los hoteles lujosos, no sólo servían para permitir el pago diferido a sus mejores clientes, sino para identificarlos en toda la línea hotelera.

En Estados Unidos de América, se utilizó la tarjeta de crédito en 1924, cuando la compañía General Petroleum expidió una tarjeta para adquirir combustible. Ulteriormente se emitieron por almacenes comerciales y expendios de gasolina.

Después de concluida la Segunda Guerra Mundial, pues durante ésta se restringió el crédito y por ende se eliminó esta forma de pago. Comenzó la “era del dinero de plástico”, gracias a Franc McNamara, hombre de negocios en Nueva York, ideó un mecanismo para que los tarjetahabientes pudieran comer en algunos de los mejores restaurantes de la ciudad sin llevar en el bolsillo monedas metálicas o billetes: creó una organización para garantizar el pago de los consumos realizados por sus socios denominada “Club de los Comensales” (Diners Club).

Con base en el éxito de ésta tarjeta, en 1951 el Franklin Nacional Bank, emitió la primera tarjeta de crédito bancaria.

El proceso no fue tan sencillo, la falta de experiencia de los bancos, los llevó a tener pérdidas, pues fue alta la inversión del desarrollo y operación de planes para tarjetas de crédito; adquisición de equipo adicional; capacitación del personal;

en publicidad para persuadir al público de las ventajas de utilizar este sistema, entre otros.

En 1966, un grupo de bancos en Nueva York, organizó el sistema de Interbank, en forma de cooperativa; se afiliaron más instituciones bancarias, y emitieron una tarjeta de crédito en común, hoy la MasterCard. Al mismo tiempo pero en California, el Bank of America emitió el sistema de tarjetas BankAmericard, a la cual se afiliaron otros bancos; mas tarde se creó el consorcio¹⁶⁹ VISA (Visa International Service Association) y compró los derechos de esas tarjetas, hoy se conocen con éste nombre.

La consolidación de estos dos consorcios permitió el avance en el uso del dinero plástico, y por ende su propagación y uso en todo el mundo.

En México se fundó en 1953 el Club 202, S.A. con el objeto de expedir tarjetas de identificación a los funcionarios y empleados de una empresa para al firmar las cuentas de sus gastos en los lugares donde aceptarían la garantía de que la institución les pagaría en nombre del cliente; así nació la tarjeta de crédito Club 202. Posteriormente se fusionó con "Diners Club". Ulteriormente aparecieron las tarjetas American Express y Carte Blanche.

Ya para 1968, el Banco Nacional de México emitió la primera tarjeta de crédito bancaria en toda América Latina; se denominó Bancomático, afiliada a Mastercard. La segunda tarjeta mexicana fue la de Bancomer, afiliada a Visa.

Al principio, servía para marcar mecánicamente los datos del consumidor en un pagaré, y el número de tarjeta debía revisarse en un libro, ahora se hace

¹⁶⁹ El consorcio es un contrato a través del cual se reúnen varias personas físicas o morales para realizar un fin en común, por su concurrencia en la prestación de servicios o bienes en el mercado. No forman una persona moral, y los beneficios obtenidos son para cada quien, pero con esto se trata de evitar un comercio desleal.

automáticamente, pues es la llave de entrada a terminales electrónicas que se encuentran en establecimientos y en cuestión de segundos autorizan el crédito al tarjetahabientes; o bien, a terminales computarizadas de cajeros bancarios.

Gracias a las modernas computadoras, hoy se facilita el manejo de datos de millones de tarjetahabientes, permitiendo la aceptación generalizada del dinero de plástico, y por ende, el aprovechamiento de los avances tecnológicos que facilitan las relaciones comerciales, y la obtención del lucro.¹⁷⁰

La ley de Instituciones de Crédito señala: *éstas podrán expedir tarjetas de crédito con base en el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.*

La Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 291, define al contrato de apertura de crédito como:

“En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.”

El artículo 296 de la misma disposición, señala:

“La apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación, en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor.”

El artículo 302, define al contrato de cuenta corriente:

¹⁷⁰ PROSA CARNET. *Opus citatus.*

“En virtud del contrato de cuenta corriente, los créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes, se anotan como partidas de abono o de cargo en una cuenta, y sólo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituye un crédito exigible y disponible.”

El Banco de México expide reglas con base en las cuales las Instituciones de Banca Múltiple y las Sociedades Financieras de Objeto Limitado deben emitir y operar las tarjetas de crédito,¹⁷¹ entre otras:

1.- La expedición de tarjetas se hará invariablemente con base en un Contrato de Apertura de Crédito,¹⁷² por medio del cual la emisora -Instituciones de Crédito o Sociedades Financieras de Objeto Limitado-¹⁷³ se obligue a pagar por

¹⁷¹ Reglas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 2004.

¹⁷² El Contrato deberá establecer claramente:

- 1.- Los medios de pago y fechas de acreditamiento.
- 2.- El número de días para hacer el pago.
- 3.- El número de días para reestablecer la línea de crédito dependiendo del medio de pago utilizado.
- 4.- La manera para determinar las tasas de interés.
- 5.- Los conceptos y periodicidad de las comisiones correspondientes tanto a la tarjeta del titular como a las tarjetas adicionales, estableciendo que la emisora no podrá cobrar comisiones por conceptos distintos a los señalados.
- 6.- La manifestación del titular de que la emisora le hizo saber previo a la firma del contrato, el monto de las comisiones vigentes cobradas por cada uno de los conceptos previstos en el propio contrato.
- 7.- La aceptación del titular para que la emisora proporcione sus datos personales a los demás integrantes del grupo financiero perteneciente, para ofrecer servicios adicionales.
- 8.- La elección del titular para que la emisora pueda o no proporcionar sus datos personales a terceros distintos de los señalados en el número anterior, para fines promocionales relacionados con bienes o servicios.
- 9.- El procedimiento para que el titular pueda modificar la aceptación o negativa establecidas en los dos puntos anteriores.
- 10.- El momento a partir del cual cesa la responsabilidad del Titular por el uso de la tarjeta, en caso de robo o extravío.

¹⁷³ La Sociedad Financiera de Objeto Limitado, es aquella persona moral, autorizada discrecionalmente por la SHCP, escuchando la opinión de la CNBV y del Banco de México, para captar recursos provenientes de la colocación de instrumentos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y otorgar créditos para determinada actividad o sector.

cuenta del titular -persona que celebre el contrato con la emisora- los bienes, servicios y, en su caso, el efectivo, proporcionado por los establecimientos a los tarjetahabientes.

2.- Las tarjetas podrán ser de uso exclusivo en territorio nacional, o bien, de uso en territorio nacional y en el extranjero.

3.- Las tarjetas se expedirán siempre a nombre de una persona física; cuando los contratos se celebren con personas morales, las tarjetas respectivas se expedirán a nombre de las personas físicas designadas por aquéllas. Serán intransferibles y deberán contener al menos, lo siguiente:

- a.- La mención de ser tarjetas de crédito y si su uso está restringido al territorio nacional, o bien, su uso podrá hacerse tanto en el territorio nacional como en el extranjero.
- b.- La denominación social de la emisora.
- c.- El número de la tarjeta.
- d.- El nombre del tarjetahabiente y espacio para su firma autógrafa o codificada electrónicamente.

Se busca coadyuvar en el fortalecimiento del ahorro, la ampliación de la capacidad productiva y la reactivación económica, mediante la especialización en el otorgamiento de créditos a sectores o actividades específicos que no eran atendidos por otras entidades financieras.

Con relación a los servicios de tarjeta de crédito, los mismos se realizan a través de un programa de otorgamientos de créditos por medio de una tarjeta de crédito. Al respecto la Sociedad Financiera de Objeto Limitado otorga una línea de crédito para personas o empresas, asignándoles un monto y un número de cuenta. La vigencia es por un año prorrogable automáticamente por períodos iguales sucesivos. Los riesgos los absorbe la sociedad, ya que esta analiza y autoriza la apertura de la línea de crédito. La apertura puede ser nacional o internacional.

DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús. *Opus citatus*. Páginas 555-560.

e.- La mención de sujetar al titular a las disposiciones establecidas en el contrato correspondiente.

f.- La mención de ser intransferible, y

g.- La fecha de vencimiento.

4.- La emisora sólo podrá cargar a la cuenta, lo siguiente:

a.- El importe de los pagos de bienes, servicios, impuestos y demás conceptos realizados por el tarjetahabiente, así como las disposiciones de efectivo, cuando éste:

I.- haya suscrito pagarés u otros documentos que sean aceptados por la emisora y se hayan entregado al establecimiento respectivo;

II.- los haya autorizado, o

III.- haya solicitado por vía telefónica o electrónica a los establecimientos la compra de bienes o servicios, siempre y cuando los bienes adquiridos sean entregados en el domicilio que éste indique;

b.- Los intereses pactados;

c.- Las comisiones que se establezcan en el contrato;

d.- Los gastos por cobranza, únicamente cuando exista una gestión de cobro conforme a los mecanismos establecidos en el contrato.

5.- La emisora deberá contar con un seguro para cubrir el saldo insoluto de la cuenta al momento del fallecimiento del titular, o bien, absolver dicho saldo ante tal evento.

6.- En caso de robo o extravío de la tarjeta, una vez avisada a la Emisora, ésta deberá bloquearla y sólo podrá efectuar cargos a la cuenta por operaciones celebradas con anterioridad.

7.- En caso de que el titular no esté de acuerdo con alguno de los cargos en su estado de cuenta, podrá objetarlo dentro del plazo señalado por la emisora, el cual no podrá ser menor a noventa días naturales contados a partir de la fecha de corte, pudiendo el titular dejar de hacer el pago de dichos cargos, así como el de cualquier otra cantidad generada con motivo de éstos, en tanto no se resuelva la aclaración.

Con las tarjetas de crédito, se consumen bienes y servicios, sin pagarlos en lo inmediato, trae beneficios hacia el usuario, como el no descapitalizarse al momento, sino diferir los pagos; el problema radica, si llegado el momento no se tiene liquidez, produciendo con ello inflación.

b. Débito

Por regla general el depósito de dinero es irregular, así lo determina el artículo 267 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, al señalar:

“El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras, transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie [...]”.

Una de las formas de retirar el dinero depositado es a través de una tarjeta de débito. Éstas, son denominadas como tarjetas de efectivo, tarjetas de cheques o tarjetas de cajero automático, porque es como traer monedas o billetes metidos dentro del plástico; pues a través de ésta los tarjetahabientes disponen únicamente de su dinero previamente depositado en sus cuentas bancarias y no de efectivo que aún no tienen como en el caso de las tarjetas de crédito.

Con las tarjetas de débito se pagan bienes o servicios, como si se tratara de efectivo, pues al mostrarla se suscribe un pagaré a favor del comerciante, y éste al presentarlo a la institución bancaria, descuenta del saldo el monto previamente depositado. A través de medios electrónicos la confirmación del débito se realiza inmediatamente.

Con las tarjetas de debito, es como traer efectivo, pues se le incorpora al plástico el valor del dinero que realmente se tiene. No hay crédito ni inflación. El problema surge cuando se roban o se pierde la tarjeta, porque es como perder el dinero en efectivo, si es que no se aviso a la institución emisora, de tal suceso.

c. Servicios.

Quien expide estas tarjetas, da el servicio de pagar los bienes y servicios del tarjetahabiente por un tiempo y crédito determinado.

Se paga por el tarjetahabiente por una determinada cantidad, durante un mes, y al terminar este tiempo, el usuario debe pagar el total de lo erogado.

American Express, se ha consolidado como una de las empresas más importantes en el mundo que realiza este servicio.

d. Monedero electrónico.

Los monederos electrónicos son como las bolsas o carteras de las personas. Son tarjetas con una cinta magnética o un chip, a la que se le agrega el valor del dinero.

El consumidor paga todos sus bienes y servicios con el monedero en lugar de hacerlo con efectivo, ésta se programa y se le incorpora el valor del dinero a

través de un dispositivo de lectura; cuando la tarjeta se pasa por un lector, el monto o valor incorporado disminuirá, y un nuevo valor será reescrito o incorporado a la tarjeta de manera instantánea.

D. Instrumentos

“La revolución en dinero y banca conduce a una revolución paralela en dinero y robo bancario. Willie Sutton, según se afirma, dijo que había robado bancos porque era allí donde estaba el dinero. Desde luego los Willie Sutton de hoy deben de estar versados en tecnología de computadores y sistema de transferencia electrónica.

La mayoría de las transacciones financieras se mueven, decodifican, por líneas telefónicas; más de un billón de dólares se transmite a diario en los Estados Unidos mediante una compleja red financiera. Para un moderno e inteligente ladrón de bancos resulta posible realizar la instalación de una línea telefónica de cajeros automáticos, usando equipos electrónicos de tan sólo varios cientos de dólares; luego, mediante la grabación y repetición de las instrucciones dadas a la máquina, el asaltante puede enviar el mensaje para tomarlos.

Los bancos han intentado reforzar su seguridad para prevenir tales robos. Una forma es codificar los datos o descodificar los números de identificación personal de los clientes a través del computador (o, incluso todas las instrucciones), de acuerdo con alguna ecuación matemática. La codificación estándar de los datos del gobierno de los Estados Unidos, la ecuación más ampliamente usada, es en apariencia tan efectiva que no ha sido posible para los ladrones de bancos irrumpir en ella, al menos todavía. Los computadores necesarios (metales, equipos, etc.) para tal proceso de codificación pueden, sin embargo, incrementar en más de US\$ 5,000 el costo de un cajero automático; de hecho, sólo unos pocos bancos han estado dispuestos a pagar el precio.

Si bien no es factible que un ladrón de banco, escudriñador de computadoras intervenga el sistema ATM, ciertamente, valdría una fortuna el tiempo para correr detrás del dinero trasladado entre los bancos por las redes de transferencia electrónica de fondos, por los que fueron trasladados en 1988 unos cien billones de dólares entre la Reserva Federal y los bancos miembros. Además, tales fondos fueron codificados sólo parcialmente.”¹⁷⁴

El aprovechamiento de la tecnología ha facilitado la forma de vida del ser humano, al ser aplicada a todos los servicios requeridos, y por ende, facilita el

¹⁷⁴ LEROY MILLER, Roger y PULSINELLI, Robert W. *Opus citatus*. Páginas 21-24.

manejo de información de una manera rápida y oportuna al cambiar los documentos por tarjetas inteligentes.

Las tarjetas inteligentes son tarjetas de plástico similares en características físicas a las de crédito, pero se les inserta un circuito integrado. Este circuito puede ser de sola memoria o contener un microprocesador (cpu) con un sistema operativo; permite mayor eficacia en el uso de tarjetas de crédito tradicional en cuanto a rapidez y seguridad para el usuario.

Tienen la capacidad de almacenar cualquier tipo de información. Utiliza clave de acceso o nip, o bien, es posible incorporar tecnología mas avanzada como identificación de huella digital o lectura de retina. Después de agotado el cupo total de la tarjeta inteligente es posible volver a cargar un nuevo cupo. ¹⁷⁵

¹⁷⁵ **Clases de tarjetas inteligentes:**

A.- Tarjeta Inteligente de Contacto

Estas tarjetas son las que necesitan ser insertadas en una terminal con lector inteligente para que por medio de contactos pueda ser leída; existen dos tipos de tarjeta inteligente de contacto:

1.- Tarjetas Inteligentes Sincrónicas: Son tarjetas con sólo memoria y la presentación de esta tarjeta inteligente y *su utilización se concentra principalmente en tarjetas prepagadas para hacer llamadas telefónicas*. Son cargadas previamente con un monto o valor que va decreciendo a medida que se utiliza, una vez consumido el monto se vuelve desechable, se utilizan a nivel internacional para el pago de peajes, teléfonos públicos, maquinas dispensadoras y espectáculos.

2.- Tarjetas Asincrónicas: Son tarjetas inteligentes con microprocesador.

B.- Tarjetas Inteligentes sin Contacto

Son similares a las de contacto con respecto a lo que pueden hacer y a sus funciones pero utilizan diferentes elementos de transmisión.

C.- Tarjetas Superinteligentes:

Servicios más comunes:

Tarjetas para celular. Se incorpora en la tarjeta de plástico o papel una clave, se digita en el teléfono celular y se incorpora el valor de la misma, vía red en la memoria del servidor, la registra y si confirma el número, el monto lo agrega en el chip de la tarjeta inteligente contenida en el aparato, conforme se use, se descontará y el valor incorporado se irá reduciendo. Ese valor se registra tanto en el servidor como en el chip.

Monedero electrónico bancario. El chip contiene información acerca del saldo monetario de la tarjeta en función de su uso, en los establecimientos afiliados y su carga en cajeros automáticos. Depende del uso, se desincorporará el valor agregado inicialmente.

Tarjetas telefónicas. En este sector es donde las tarjetas inteligentes han tenido un mayor uso. El chip contiene información acerca del saldo pendiente de uso en cabinas telefónicas preparadas para ello. Son cargadas previamente con un monto o valor que va decreciendo a medida de su uso, una vez consumido el monto se vuelve inservible.

El valor se incorpora en el chip, es el instrumento que realiza la operación decreciente del valor.

Estas cumplen las mismas funciones que las tarjetas inteligentes con microprocesador pero tienen un teclado, una pantalla LCD y una pila. Esta tarjeta permite funcionar totalmente independiente por esto no hay necesidad de insertarla en una terminal.

Estas, con el tiempo serán el instrumento de identificación único, que contenga un registro de todos los datos de una persona, desde pasaportes, licencias, actas de nacimiento, cedula profesional, registro de elector; hasta historiales clínicos y genéticos, entre otros.

Tarjetas virtuales

Las tarjetas dejaron de ser de plástico o mejor dicho materializables, producto del crecimiento tecnológico y la apertura a un comercio electrónico, existen tarjetas de crédito y debito virtuales, se consideran extensiones de las de plástico o bien de la cuenta bancaria, estas sólo se pueden utilizar para realizar compras por Internet.

De la línea de crédito de la tarjeta convencional, o del saldo disponible en la tarjeta de débito, virtualmente se incorpora una cantidad a estas tarjetas, y con este valor podrá hacer operaciones.

Si no se dispuso de todo o parte del valor en dinero incorporado virtualmente a esta tarjeta, se devolverá el monto a la cuenta bancaria de crédito.

Esto es parte ya de un presente, muy probablemente, en unos cuantos años, sea historia, pues las innovaciones tecnológicas siguen creciendo, a niveles no sólo inalcanzables sino imaginables, todas aquellas películas de la llamada "ciencia ficción" son ya una realidad, material o virtual, pero utilizadas y obtenidas en el presente.

3.- REPRESENTACIÓN

Por comisión

El Maestro Ernesto Gutiérrez y González, define a la representación como:

“El medio que establece la ley, o de que dispone una persona capaz, para obtener, a través del empleo de la voluntad de otra persona capaz, los mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado el capaz o validamente un incapaz”¹⁷⁶

A. Representación establecida por ley

a. Representación de Incapaces.

El artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, señala:

Tienen incapacidad natural y legal:

1.- Los menores de edad.

2.- Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puede gobernarse, obligándose a manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

b. Representación de Capaces:

Personas Físicas. Cuando la ley impone la representación de personas capaces, por así convenir a intereses, o bien, en favor de una economía procesal,

¹⁷⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Opus citatus*. Página 438.

Por ejemplo: el albacea representa a los herederos, y no como se dice en la práctica jurídica, representa a la sucesión, pues esta no forma persona; y debe tenerse presente que la representación sólo opera sobre personas.

En caso de que en un juicio sean mas de dos actores, el juez pedirá la designación de un representante común, en caso de no ser indicado, lo hará el juez entre ellos, normalmente designa al primero nombrado.

Personas Ficticias. Cuentan con capacidad de goce y ejercicio desde que surgen a la vida jurídica, evidentemente estas personas sólo pueden actuar a través de sus representantes. Por ello, la figura jurídica de la representación, es la más importante para estos entes, pues sólo a través de esta podrán cumplir el fin para lo cual fueron creadas.

Las facultades de representación en personas ficticias del Estado, se dan por ley a los funcionarios. En caso de asociaciones, sociedades civiles o mercantiles, las facultades de representación se establecen en el estatuto.

B. Representación voluntaria

Se establece por un acto unilateral de voluntad, de propuesta a una persona capaz para que realice actos jurídicos en nombre de otra, y si acepta habrá un acuerdo de voluntades.

Poder

El Maestro Ernesto Gutiérrez y González indica por poder:

“Una declaración unilateral de voluntad en virtud de la cual, una persona a la que se le designa como “poderdante”, manifiesta que confiere su representación a otra persona que puede o no saber que se le quiere

constituir en “representante”, y a la cual, la ley le designa como “apoderado”.¹⁷⁷

Por su parte el jurista Miguel Ángel Zamora Valencia indica por poder o apoderamiento:

“El acto unilateral de la voluntad por medio o por conducto del cual se confiere la representación voluntaria. Para otorgar un poder, basta la comparecencia del interesado ante el Notario (si se hace en escritura pública) o la actividad individual del sujeto (si se hace documento privado), para expresar su deseo de conferir a una persona ciertas facultades para que ésta pueda realizar determinados actos a nombre del poderdante”¹⁷⁸.

Mandato

El artículo 2546 del Código Civil del Distrito Federal, señala:

El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.

La figura del mandato conlleva distintos tipos,¹⁷⁹ los cuales son:

a.- Mandato con representación. Es el contrato por el cual, el mandatario, se obliga a ejecutar por cuenta del mandante el o los actos jurídicos por éste encargados, y además este mandatario debe declarar esa calidad ante quien corresponda, al momento de practicarlos o el acto jurídico que se le encomienda realizar. De esta manera la relación jurídica se establece únicamente entre el

¹⁷⁷ Ídem. Página 452.

¹⁷⁸ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. *Contratos Civiles*. Octava edición. Editorial Porrúa. México 2000. Página 259.

¹⁷⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Opus citatus*. Páginas 449-453.

mandante y la persona frente a la cual actúa el mandatario, y por lo mismo no responde de las consecuencias lícitas derivadas de los actos celebrados.¹⁸⁰

b.- Mandato sin representación. En este caso, el que actúa por cuenta de otro, no se ostenta como mandatario, al celebrar los actos jurídicos encargados. Y así se pacta expresamente dentro del contrato.

El artículo 2560 del Código Civil para el Distrito Federal, señala.

El mandatario, salvo convenio celebrado entre él y el mandante, podrá desempeñar el mandato tratándose en su propio nombre o en el del mandante.

c.- Mandato sin representado. El Maestro Javier Álamo señala: existen dos casos en que la ley autoriza un contrato de mandato sin representado, los cuales son:

1.- Al emitir obligaciones societarias, antes de ser adquiridas, se designa un representante común de los futuros tenedores. Antes de saber a quienes se representarán, ya existe el representante.

2.- En la emisión de certificados de participación, cuando se emiten se designa a un representante de los futuros poseedores de los títulos de crédito. El representante no sabe a quien representara, y los representados al momento de adquirir los títulos sabrán quien será su representante.

Lo peculiar es que se pierde la naturaleza "*intuite personae*", ya que quienes serán representados no designan al representante.

¹⁸⁰ Ídem

d.- Mandato general. El mandatario se obliga a ejecutar los actos por cuenta del mandante, pueden consistir en administrar los bienes, o bien, los enajene, o si es el caso, se haga cargo de todos los actos judiciales.

El artículo 2554 del Código Civil del Distrito Federal, señala:

*“En todos los **poderes generales para pleitos y cobranzas** bastará que se diga que se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna.*

*En los **poderes generales para administrar bienes**, bastará expresar que se dan con ese carácter para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas.*

*En los **poderes generales para ejercer dominio**, bastará que se de con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones, a fin de defenderlos”.*

e.- Mandato especial. El mandatario se obliga a ejecutar un acto o serie de actos específicos por cuenta del mandante.

Así en la parte final del artículo antes citado menciona:

“Cuando se quiera limitar, en los tres casos antes mencionados (esto es, limitar los poderes generales), las facultades de los apoderados, se consignarán las limitaciones, o los poderes serán especiales”

f.- Mandato judicial. Es aquel en el cual se le confiere facultades al apoderado para actuar en procedimientos judiciales.¹⁸¹

El artículo 2586, señala:

¹⁸¹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. *Opus citatus*. Página 277.

“Que el mandato judicial será otorgado en escritura pública, o en escrito presentado y ratificado por el otorgante ante el Juez de los autos [...]”.

g.- Mandado irrevocable o de garantía. El mandante garantiza el cumplimiento de una obligación al mandatario; sin embargo, pueden ser revocados, pero se debe indemnizar al mandatario por los daños y perjuicios ocasionados.

El artículo 2596, indica:

“El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca; menos en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación contraída. En estos casos tampoco puede el mandatario renunciar al poder. La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno, debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le causen.”

h.- Mandato como endoso en procuración. El artículo 35 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito señala:

“El endoso que contenga las cláusulas “en procuración”, “al cobro”, u otra equivalente, no transfiere la propiedad; pero da facultad al endosatario para presentar el documento a la aceptación, para cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para endosarlo en procuración o protestarlo en su caso. El endosatario tendrá todos los derechos y obligaciones de un mandatario. El mandato contenido en el endoso no termina con la muerte o incapacidad del endosante, [...]”.

El artículo 273 del Código de Comercio, marca:

“El mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil. El comitente el que confiere comisión mercantil, y comisionista el que la desempeña.”

La comisión puede efectuarse con representación o, sin ella o a nombre del comisionista; en este caso el comisionista tendrá acción y obligación directamente con las personas con quien contrate, sin declarar quien es el comitente.

El comisionista no necesita poder a través de escritura pública, sólo recibirlo por escrito o de manera verbal, en este último caso deberá expedirse por escrito, antes de concluir el encargo.

Cuando el comisionista no acepta la comisión, deberá avisar inmediatamente al comitente; sin embargo, esta obligado a realizar los actos tendientes a conservar los efectos enviados por el comitente, hasta la designación de un comisionista. Pero aceptada esta deberá concluir la.

El comisionista personalmente debe realizar todos los actos encargados y podrá delegarlos con autorización del comitente.

El comitente si es el caso, debe proveer de fondos; además de remunerar al comisionista, pagar sus gastos y desembolsos.

La comisión concluye: por revocación hecha por el comitente en cualquier tiempo; por muerte o inhabilitación del comisionista; sin embargo, la comisión no termina por muerte o inhabilitación del comitente.

Sobre esto último - que la comisión no termina por muerte o inhabilitación del comitente-; se dispuso de esa manera por los fines económicos en juego, pues se supone la obtención de un lucro en todo acto de comercio.

No obstante, la comisión es un mandato especial aplicado a actos de comercio, y como tal sólo opera para personas, y evidentemente con la muerte, las personas se convierten en cosas. La regla general indica que deberá de darse por terminado el contrato de mandato, pero la ley especial señala su continuación, y bajo esta tesis se aplica la especial.

El comisionista ya no actúa en nombre del comitente, sino en nombre de los herederos, aunque no se sepa quienes son, pues en el momento del fallecimiento,

por disposición de ley, se retrotraen todos los efectos de aceptación o repudiación de la herencia. Y los beneficios o pérdidas por actos realizados por el comisionista retribuyen en a los herederos, sobre la masa hereditaria¹⁸².

El Maestro Javier Álamo, señala:

“La ficción en este caso durante el interin que va desde el momento en que muere el comitente hasta aquel en que el comisionista finaliza el desempeño de su encargo [...]. Para fines prácticos el Derecho imagina la aun existencia del comitente a pesar de que este ya murió [...]. El planteamiento tiene otro enfoque de mayor profundidad jurídica [...] en que realmente el comisionista continua actuando pero como representante de los herederos [...].”¹⁸³

La representación, o bien la comisión en materia mercantil, es la figura más importante dentro de la institución jurídica de las personas morales, pues sin ésta, aquellas no podrían realizar sus fines. Y bien, las sociedades mercantiles sin la figura de representación no tendrían el mayor caso de su existencia.

Adicionalmente es uno de los medios para realizar diversos actos de comercio en un mismo tiempo y en distintos lugares, “como si” se tratara de la misma persona.

Además, permite a las personas sin capacidad de ejercicio, la facultad de realizar actos “como si” fueran capaces.

¹⁸² “Se llama masa o acervo hereditario, al conjunto de bienes, derechos y obligaciones pecuniarias que se han de transmitir a los herederos o legatarios, al momento en que fallece el que fue titular de los mismos”.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Opus citatus*.

¹⁸³ ÁLAMO, Javier. *Opus citatus*.

La figura jurídica de representación, con excepción para las personas morales, ha decrecido, pues el uso eminente de la tecnología en comunicaciones y la aceptación y regulación de un comercio electrónico, han suplido a esta figura, pues ya no se requiere la presencia física de una persona, o bien un comisionista, para celebrar acuerdos de voluntades. A través de una computadora o una tarjeta super-inteligente conectada a la red, se pueden realizar miles de operaciones a un mismo tiempo, que le causen efectos a una persona, como si los hubiera hecho de forma personal o a través de un representante. Incluso resulta difícil saber quien realiza los actos, vía Internet -a distancia-, es menor o mayor de edad.

4.- POR CONTRATO DE:

A. Depósito irregular.

El artículo 2516 del Código Civil define al depósito como:

“Un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir un acosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando lo pida el depositante.”

El Código de Comercio en su artículo 332, señala como depósito mercantil:

“Si las cosas depositadas son objeto de comercio, o si se hace a consecuencia de una operación mercantil”

El depósito se constituye con la entrega¹⁸⁴ real o jurídica de un determinado bien al depositario, y éste tiene la obligación de devolver esa cosa al depositante.

La ley permite, cuando se trata de bienes fungibles,¹⁸⁵ si así se acordó entre depositante y depositario, se podrán entregar otros bienes de la misma calidad y

¹⁸⁴ El artículo 334 del Código de Comercio señala: *“el depósito queda constituido mediante la entrega al depositario de la cosa que constituye su objeto”*.

El artículo 2284 del Código Civil, indica:

“La entrega puede ser real, jurídica o virtual.

La *entrega real* consiste en la entrega material de la cosa vendida, o en la entrega del título si se trata de un derecho.

Hay *entrega jurídica* cuando, aun sin estar entregada materialmente, la ley la considera recibida por el comprador.

Desde el momento que el comprador acepta que la cosa vendida queda a su disposición, se tendrá por *virtualmente recibido* de ella, y el vendedor que la conserve en su poder sólo tendrá los derechos y obligaciones de un **depositario**.”

cantidad; y se considerará “como si” se entregarán los mismos bienes objeto del depósito.

Por ejemplo, la moneda metálica o el billete, son bienes fungibles por excelencia, por ello, en el momento de ser depositados, se podrán devolver al depositante otros del mismo valor, “como si” se restituyeran los mismos.

Esta forma de realizar el depósito la ley la considera como depósito irregular, pues lo regular o normal es la devolución del bien objeto del depósito, y en este caso, se reintegra otro igual “como si” fuera aquel.

El artículo 267 de la ley de Títulos y Operaciones de Crédito, indica:

“El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.”

“Artículo 268. Los depósitos que se constituyan en caja, saco o sobre cerrado, no transfieren la propiedad al depositario, y su retiro quedará sujeto a los términos y condiciones que en el contrato mismo se señalen.”

Entonces, la ficción consiste en entregar otros bienes “como si” fueran los que en realidad se dieron en depósito.

¹⁸⁵ *Cosa fungible* es la que se puede sustituir por otra al momento de hacer un pago, por que ambas tienen el mismo poder liberatorio.

El *poder liberatorio* es la aptitud jurídica o económica que se le atribuye a las cosas o bienes, para librar a un deudor de sus obligaciones, mediante la entrega de ello al hacer el pago.

B. Prenda Irregular.

La definición de prenda se establece en el artículo 2856 del Código Civil para el Distrito Federal:

“La prenda es un derecho real¹⁸⁶ constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago”

Artículo 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala:

“En materia de comercio, la prenda se constituye:

¹⁸⁶ *Derecho Real* es el poder jurídico que se ejerce, directa e inmediatamente sobre una cosa, para obtener de ella el grado de aprovechamiento que le autoriza su título legal al que ejerce el poder, y es oponible *erga omnes*, a todo el mundo. Ídem. Página 254.

El Código Civil determina cuales son los derechos reales:

Propiedad: es el derecho que tiene un propietario de una cosa de gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.

Usufructo: es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos.

Uso: da derecho para percibir de los frutos de una cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y su familia, aunque ésta aumente.

Habitación: da, a quien tiene ese derecho, la facultad de ocupar gratuitamente, en casa ajena, las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia.

Servidumbre: es un gravamen real impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño.

Hipoteca: es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley.

Prenda: es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

I.- *Por la entrega al acreedor, de los bienes o títulos de crédito, si estos son al portador;*

II.- *Por el endoso de los títulos de crédito en favor del acreedor, si se trata de títulos nominativos, y por este mismo endoso y la correspondiente anotación en el registro, si los títulos son de los mencionados en el artículo 24;*

III.- *Por la entrega, al acreedor del título o del documento en que el crédito conste, cuando el título o crédito materia de la prenda no sean negociables, con inscripción del gravamen en el registro de emisión del título o con notificación hecha al deudor, según que se trate de títulos o créditos respecto de los cuales se exija o no tal registro;*

IV.- *Por el depósito de los bienes o títulos, si estos son al portador, en poder de un tercero que las partes hayan designado y a disposición del acreedor;*

V.- *Por el depósito de los bienes, a disposición del acreedor, en locales cuyas llaves queden en poder de este, aun cuando tales locales sean de la propiedad o se encuentren dentro del establecimiento del deudor;*

VI.- *Por la entrega o endoso del título representativo (léase documentado) de los bienes objeto del contrato o por la emisión o el endoso del bono de prenda relativo;*

VII.- *Por la inscripción del contrato de crédito refaccionario o de habilitación o avío, en los términos del artículo 326;*

VIII.- *Por el cumplimiento de los requisitos que señala la ley general de instituciones de crédito, si se trata de créditos en libros."*

La prenda opera de la misma forma que el depósito irregular, en el sentido de que si los bienes muebles dejados en garantía prenda son fungibles, al momento de devolverlos pueden ser restituidos por otro bien de la misma calidad y cantidad, "como si" se entregara el mismo bien objeto de la prenda. A esta forma se le denomina **prenda irregular**.

Así, los artículos 335 y 336 del Código de Comercio señalan:

Artículo 335. *“Cuando se den en prenda bienes o títulos fungibles, la prenda subsistirá aun cuando los títulos o bienes sean substituidos por otros de la misma especie”*

Artículo 336. *“Cuando la prenda se constituya sobre bienes o títulos fungibles, puede pactarse que la propiedad de estos se transfiera al acreedor, el cual quedara obligado, en su caso, a restituir al deudor otros tantos bienes o títulos de la misma especie. Este pacto debe constar por escrito.*

Quando la prenda se constituya sobre dinero, se entenderá transferida la propiedad, salvo convenio en contrario.”

La prenda se da sobre bienes muebles y, por regla general se perfecciona con la entrega real o jurídica de los mismos para constituir la garantía, restituyendo esos mismos bienes. Sin embargo, es irregular, cuando se reintegran otros bienes como si fueran los mismos. Adicionalmente, se da la forma de **prenda sin transmisión de posesión, y cumple la misma función de garantía “como si fuera la ordinaria”**

El artículo 346, de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, señala:

“La prenda sin transmisión de posesión constituye un derecho real sobre bienes muebles, que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión de tales bienes [...]”.

Este precepto establece una entrega jurídica de la prenda por disposición de la ley, como lo señala el artículo 2859 del Código Civil para el Distrito Federal.

*“Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor, porque así lo haya estipulado con el acreedor o **expresamente lo autorice la ley**. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efectos contra terceros, debe inscribirse en el registro Público”.*

C. Asociación en participación (ISR)

El artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, indica que la asociación en participación:

“Es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aporten bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio”

Como está definición lo indica, la asociación en participación es un contrato y no forma persona moral, y por ende no tiene personalidad jurídica, pues esta figura sólo opera para personas.

Adicionalmente, la ley aclara: *la asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón o denominación; y no estará sujeta a registro; y el asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociantes.*

A pesar de lo anterior, la ley pareciera ser contradictoria al determinar:

“Las asociaciones en participación funcionan, se disuelven y liquidan, a falta de estipulaciones especiales, por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, en cuanto no pugnen con las disposiciones de este capítulo.”

No le reconoce personalidad, pero si utiliza las reglas de liquidación de una persona moral; no se contradice en el fondo pues la disolución supone el término del vínculo entre asociante y asociado, y la liquidación lo es respecto al patrimonio.

Las personas morales, dependen de la legislación que les da esa calidad, en un tiempo y lugar determinado. A es éste contrato, aunque no es persona, el artículo 8 la Ley del Impuesto Sobre la Renta, considera esta figura “como si” se tratara de persona, sólo para efectos fiscales.

El artículo 8 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, señala:

*“Cuando en esta ley se haga mención a persona moral, se entienden comprendidas, entre otras, las sociedades mercantiles, los organismos descentralizados que realicen preponderantemente actividades empresariales, las instituciones de crédito, las sociedades y asociaciones civiles y la **asociación en participación** cuando a través de ella se realicen actividades empresariales en México.”*

Esta institución, a pesar de estar regulado en la Ley General de Sociedades Mercantiles, no forma persona, pues este contrato no es societario; pero a través de una ficción, la ley fiscal le da trato y reconocimiento “como si” fuera persona.

D. Fideicomiso (ISR)

El artículo 381 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito señala:

“En virtud del fideicomiso, el fideicomitente trasmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.”

Esta institución, como tal es un contrato, o bien, una operación de crédito, y no constituye persona moral, sin embargo, se ha retomado como ente en algunas disposiciones, “como si” se tratara de una persona.

Así, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, considera a estos contratos u operaciones de crédito “como si” se tratara de Entidades; para una ley son simples acuerdos de voluntad, para otra, forma un organismo o persona.

El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, señala:

*“El Poder Ejecutivo de la Unión se auxiliara en los términos de las disposiciones legales correspondientes, de **las siguientes Entidades de la Administración Publica Paraestatal:***

I.- Organismos descentralizados;

II.-Empresas de Participación Estatal, Instituciones Nacionales de Crédito, Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito e Instituciones Nacionales de Seguros y de Fianzas, y

III.- Fideicomisos”.

Estos contratos mercantiles de fideicomisos, reconocidos por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal “como si” fueran entes, los define en el artículo 47 como:

“Aquellos que el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen, con el propósito de auxiliar al ejecutivo federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos.

En los fideicomisos constituidos por el gobierno federal, la Secretaria de Hacienda y Crédito Publico fungirá como fideicomitente único de la Administración Publica Centralizada”.

Adicionalmente, el artículo 40 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, sostiene:

*“Los **fideicomisos públicos** que se establezcan por la Administración Publica Federal, que se organicen de manera análoga a los*

*organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, que tengan como propósito auxiliar al ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias, **serán los que se consideren entidades paraestatales** conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y quedaran sujetos a las disposiciones de esta ley.*

La Ley del Impuesto Sobre la Renta indica que instituciones jurídicas las considera como personas morales, en su artículo 8, el cual señala:

*“Cuando en esta ley se haga mención a persona moral, **se entienden comprendidas, entre otras**, las sociedades mercantiles, los organismos descentralizados que realicen preponderantemente actividades empresariales, las instituciones de crédito, las sociedades y asociaciones civiles y la asociación en participación cuando a través de ella se realicen actividades empresariales en México.”*

Dentro de este precepto no se señala expresamente a los fideicomisos como entes, sin embargo, al mencionar “entre otras” establece la norma como no limitativa; así, en el *Título II de las personas morales*, menciona a los fideicomisos, de lo cual se deduce que esta operación de crédito –en tratándose de fideicomiso de Estado- se consideran “como si” fueran entes o personas, para la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

Las ficciones jurídicas son de gran utilidad para el Derecho mercantil, pues a través de estas, se pueden realizar diversas operaciones para facilitar el comercio, y por ende la obtención de un lucro, a través de actos, “como si” en realidad se hicieran otros. Permitiendo disponibilidad de bienes y por ende tener liquidez.

Como se estudió, al depositar o dejar en garantía prenda, el beneficiario puede disponer de esos bienes para obtener frutos, con la

obligación de entregar otros de la misma especie y calidad, y se considera “como si” se restituyeran los mismos.

Respecto a la asociación en participación y fideicomisos de Estado se les atribuye la calidad de personas, como si, se hubieran cumplido con todas las formalidades establecidas por la ley, para la creación de personas morales.

5.- FIRMA ELECTRÓNICA

Hoy en día se habla de tarjeta de crédito virtual, dinero virtual, banco virtual, compras virtuales, amigos virtuales, novios virtuales. Ésta palabra es la de moda, a todo lo inexplicable se le califica como tal, pues las innovaciones tecnológicas son tales que no necesitan materializarse, sino sólo considerar su existencia ficticia, para comprender y entender su función.

La tecnología hace revolucionar a la sociedad, apenas hace algunos siglos se consideró a la agricultura como la primera revolución tecnológica, hoy se habla de vida virtual y mañana... Este cambio produce la transformación de las necesidades, al grado de ser satisfechas con la sola conexión a la red, por ello, el Derecho debe regular ese nuevo comportamiento, esto es, normar los actos jurídicos celebrados virtualmente entre las personas, desde un contrato de compraventa hasta un contrato de matrimonio; incluso, la nueva forma de delinquir, pues el robo, ya no es violento al sólo entrar al sistema de una computadora teclear unas cuantas claves y transferir millones de pesos. Esto es lo nuevo y es lo que el Derecho debe regular.

El Derecho con relación a la regulación de los actos jurídicos celebrados virtualmente, considero está en la segunda etapa. La primera fue aceptar el cambio social e incursionar en su legislación a partir del año dos mil. La segunda, desde mi punto de vista, fue el hecho de considerar a estos actos virtuales como si se trataran de los tradicionales y atribuirles los mismos efectos jurídicos, (por ejemplo, considerar a la firma electrónica como si fuera autógrafa y entrar al mundo de las ficciones jurídicas, para lograr normar de la forma más simple las nuevas conductas). La tercera etapa, será cuando estos actos jurídicos virtuales no

se consideren más como si fueran los tradicionales, pues éstos ya habrán desaparecido.

Antes de entrar a la definición de la firma electrónica y la necesidad de su creación, es necesario *grosso modo*, conocer como funciona la tecnología donde se utiliza, ésta ya figura jurídica de la firma electrónica o virtual.

Internet

“Todo el mundo habla de Internet, pero pocos lo conocen. Para verificar esta teoría habría que preguntarse ¿cuántos mexicanos saben leer y escribir?, y de este número de personas, ¿cuántos cuentan con un acceso a una computadora?; de esta nueva cantidad ¿cuántos se comunican o utilizan los servicios de Internet? Con esta metodología podremos comprobar que quienes utilizan Internet es un número muy pequeño en proporción a la población de nuestro país.”¹⁸⁷

“Pero, desde cualquier punto de vista que se pretenda adoptar para el estudio de Internet, hay que partir de la aseveración de que nunca había existido una red como ésta en toda la historia de la cultura humana, sin embargo, siempre ha existido el propósito de establecer comunicación universal entre todos los pueblos, y es ese propósito el que finalmente, llevo a la creación y desarrollo de Internet.”¹⁸⁸

“Internet nació a raíz de la Guerra Fría, al difundirse el miedo de una posible guerra nuclear; la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada (Advanced Research Projects Agency, ARPA) del Ministerio de Defensa de los Estados Unidos de América comenzó un proyecto de investigación denominado **Arpanet** con la

¹⁸⁷ OVILLA BUENO, Rocío. *Internet y el Derecho Positivo Mexicano*.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art6.htm>.

¹⁸⁸ REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro. *La Firma Electrónica y las Entidades de Certificación*. Editorial Porrúa. México. 2003. Pagina 9.

finalidad de mantener las comunicaciones en caso de estallar una guerra atómica.

El objetivo de este sistema era conectar unas cuantas instituciones: la Universidad de California, Los Ángeles; el Standford Research Institute; la Universidad de California, Santa Bárbara y la Universidad de Utha. Porque éstas realizaban proyectos de desarrollo de armamento y sistemas de seguridad nacional para la defensa estadounidense. La red tenía que estar diseñada para en caso de ataque nuclear nunca se interrumpiera la comunicación entre el Pentágono y los científicos que trabajan en proyectos de defensa.

La confiabilidad de la red radicaba, que en caso de interrupción de los enlaces por un ataque militar, el tráfico de información se desviaría automáticamente a otro 'nodo'.

En 1983 el Departamento de Defensa estadounidense aísla la parte militar de la Red (Milnet) de Apanet. La aparición del PC de IMB, en 1981, y del Macintosh de Apple, en 1984, es un importante paso para abrir la Red a los hogares y sentar las bases de la generalización de su uso. También en 1984 se introduce el aludido sistema de nombres de dominio o DNS. Los problemas originados por la escasa capacidad de transmisión con respecto a lo requerimientos, se superaron en gran parte con la creación del sistema operativo UNIX, si bien había sido inventado en 1969 cuando en Berkeley, financiados por la ARPA, le adaptaron el protocolo TCP/IP.

El fundamento de Internet es el TCP/IP, un protocolo de transmisión que asigna a cada máquina conectada un número específico, llamado "número IP" (actúa a modo de "número teléfono único") como por ejemplo 192.555.26.11.

El protocolo TCP/IP sirve para establecer una comunicación entre dos puntos remotos mediante el envío de información en paquetes. Al transmitir un mensaje o una página con imágenes, por ejemplo, el bloque completo de datos se divide en pequeños bloques que viajan de un punto a otro de la red, entre dos números IP determinados, siguiendo cualquiera de las posibles rutas. La información viaja por muchos ordenadores intermedios a modo de repetidores hasta alcanzar su destino, lugar en el que todos los

paquetes se reúnen, reordenan y convierten en la información original.

La gran ventaja del TCP/IP es que es inteligente. Como cada intercambio de datos está marcado con números IP determinados, las comunicaciones no se cruzan. Y si los paquetes no encuentran una ruta directa, los ordenadores intermedios prueban vías alternativas. Se realizan comprobaciones en cada bloque para que la información llegue intacta, y en caso de perderse alguno, el protocolo lo solicita de nuevo hasta obtener la información completa.

TCP/IP es la base de todas las máquinas y softwares sobre el que funciona Internet: los programas de correo electrónicos, transferencia de archivos y transmisión de páginas con textos e imágenes y enlaces de hipertexto. Cuando es necesario, un servicio automático llamado DNS convierte automáticamente esos crípticos números IP a palabras más inteligibles (como: www.universidad.edu) para que sean fáciles de recordar.

En 1990 dejó de existir Arpanet y fue liberado el siguiente gran servicio de la Red: ARCHIE (primer servicio de búsqueda de información en Internet). Al siguiente año apareció el servicio denominado World Wide Web (conocido más por sus siglas *www* que antecede a la mayoría de las direcciones de Internet) fue desarrollada por Tim Berners - Lee, del Laboratorio Europeo de Estudios sobre Física de las Partículas (CERN). Berners buscaba facilitar la comunicación entre los científicos que convivían en su laboratorio y desarrolló la base del lenguaje de marcación de hipertextos (HTML), permite relacionar frases o elementos de un documento con otros. Lo que llevó finalmente a la creación del sistema de navegación a saltos.

La *www* se convirtió en el sistema más usado, rebasando al sistema de transferencias de archivos (FTP por sus siglas en inglés). Los sistemas multimedia que permiten ahora manejar textos, datos, audio, imagen y video han convertido a éste servicio -la *www*- y a su principal vehículo el lenguaje HTML, en la manera de comunicarse mundialmente.

También en la época de los 90s aparecieron los sistemas comerciales de conexión telefónica -dial up-, brindan al usuario

doméstico el acceso a la red mundial, mediante una renta mensual o anual (servicio de ISP, Internet Service Providers). El único límite tecnológico hasta el momento es la capacidad del medio de transmisión (cableado telefónico en principio, actualmente radioespectro y satélite).

Después de los investigadores universitarios y de los empleados de instituciones públicas, las compañías privadas y los individuos han visto ahora los beneficios obtenidos al viajar a través de las redes, por ello, Internet es una federación de Redes en constante desarrollo y en la actualidad es de acceso general.”¹⁸⁹

“México fue el primer país de América hispana en conectarse a la Red en 1989, (España lo hizo en 1990). Los primeros sitios mexicanos fueron de índole académicos y se encontraban en el Instituto Politécnico Nacional, el Instituto de Estudios Superiores de Monterrey, la Universidad de las Américas (Puebla), la Universidad de Guadalajara y la Universidad Nacional Autónoma de México. Hasta 1994, las entidades comerciales empiezan a conectarse. El crecimiento del uso de Internet en los organismos públicos mexicanos ha encontrado diversas dificultades, entre las que se han señalado la reciente aceptación burocrática de la cultura tecnológica, la falta de infraestructura, la poca disponibilidad y falta de información pública gubernamental, al margen del problema social del analfabetismo informático.”¹⁹⁰

“Jurídicamente en México se ha calificado al Internet como Servicio de Valor Agregado, definida en el artículo 3 de la Ley Federal de Telecomunicaciones:

Servicios de valor agregado: los que emplean una red pública de telecomunicaciones y que tienen efecto en el formato, contenido, código, protocolo, almacenaje o aspectos similares de la información transmitida por algún usuario y que comercializan a los usuarios información adicional, diferente o reestructurada, o que implican interacción del usuario con información almacenada

¹⁸⁹ *Ibidem*. Páginas 15-21.

¹⁹⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *Lo público y lo privado en Internet*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2004. Pagina 58.

Ésta definición ha sido rebasada en la actualidad, pero para prestar el servicio público de Internet se requiere un certificado de servicio de valor agregado que otorga la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

En el plano legislativo poco se ha logrado para regular y restringir la información y todo lo que en la Internet se publica, esto en gran medida debido a la anatomía misma de la gigantesca red. Por ello, este tema es motivo de discusión y debate no sólo en México sino en el mundo. Actualmente en países como Estados Unidos de América y en la gran mayoría de las naciones europeas, se han hecho algunos avances en torno a una legislación que promueva el uso prudente y ético de la Internet, todo esto sin limitar el derecho a la información y a la libre expresión de las ideas.

Internet es un conjunto de redes, redes de ordenadores y equipos físicamente unidos mediante cables que conectan puntos de todo el mundo. Estos cables se presentan en muchas formas: desde cables de red local (varias maquinas conectadas en una oficina) a cables telefónicos convencionales, digitales y canales de fibra óptica que forman las "carreteras" principales. Esta gigantesca Red se difumina en ocasiones porque los datos pueden transmitirse vía satélite, o a través de servicios como la telefonía celular, o porque a veces no se sabe muy bien a dónde está conectada.

Las siglas **html**, significan Hiper Text Markup Language (Lenguaje de Marcas de hipertextos). Permite saltar de una página a otra en un mismo documento o hacia otro que podría estar localizado al extremo opuesto del planeta.

A estos textos, no continuos ni lineales, se pueden leer como saltando las páginas hacia cualquier lado se les llama hipertexto o hipermedia. Los navegadores (browser) permiten visualizar la forma amena y atractiva, toda la información en la pantalla del monitor.

La palabra **WEB** significa: World Wide Web (la "telaraña" o "maraña mundial"). La WWW puede definirse básicamente como tres cosas: hipertexto, que es un sistema de enlaces que permite saltar de unos lugares a otros; multimedia, que hace referencia al tipo de contenidos que puede manejar (texto, gráfico, vídeo, sonido y otros) e Internet, las base sobre las que se transmite la información.

El aspecto exterior de la www son las conocidas “paginas Web”. Una ventana muestra al usuario la información deseada, en forma de texto y gráfico, con los enlaces marcados en diferente color subrayados. Haciendo un clic con el ratón se puede “saltar” a otra página, quizá instalada en un servidor al otro lado del mundo. El usuario también puede “navegar” haciendo pulsando sobre las imágenes o botones que formen parte del diseño de la página.

Las páginas de la www están situadas en servidores de todo el mundo (sitios Web), y se accede a ellas mediante un programa denominado “navegador” (browser). Este programa emplea un protocolo llamado **http**, que funciona sobre TCP/IP, encargado de gestionar el aspecto de las páginas y los enlaces.

Cada página Web tiene una dirección única en Internet, en forma de URL. Un URL indica el tipo de documento (página Web o documento en formato HTML), y el de las páginas hipertexto de la www comienza siempre por http.

La Web proporciona algunas opciones interesantes: se puede circular saltando de un sitio a otro y volviendo rápidamente a los sitios anteriores. La información puede presentarse en forma de tablas o formularios. El usuario puede en esos casos completar campos (por ejemplo, una encuesta) y enviarlos por correo electrónico con sólo hacer clic sobre el botón “enviar” de su pantalla. La Web también facilita el acceso a información gráfica, películas o sonido de forma automática.

Cada vez son más las empresas que publican información en la Web, y encontrarla es también cada vez más fácil: casi todos los nombres de los sitios Web comienzan por el URL que indica que se trata una página Web en formato *HTML* (*http://*) seguido de las letras características de la *Web* (*WWW*), el nombre de la empresa (por ejemplo, *IBM*) y terminan con el identificador de empresa (*.com*) o país (*.es*). Es decir, si una persona se conecta con *http://www.ibm.com* visitará las páginas de IBM en E.U., y con *http://www.ibm.com.es*, las de IBM España. Pocas son las empresas de gran tamaño que no tienen su propia página Web hoy en día.

Los **dominios** son categorías que identifican de manera general la clase de empresa u organización conectadas y a los países, por ejemplo:

Edu: institución educativa.
Mil: militar.
Gov: institución pública.
Org: organismos y entidades sin ánimo del lucro.
Net: empresas de redes y telecomunicaciones.
Com: comercial.

Los dominios asignados a los países se identifican mediante un código de dos letras que aparecen al final de la dirección, por ejemplo:

Argentina: ar.
Colombia: co.
Chile: cl.
Ecuador: ec.
México: mx.

El **Internic** es la entidad que se ocupa de registrar los dominios terminados en .com, .net, .edu, .mil, .gov.

Uno de los usos más frecuentes de Internet es el **correo electrónico**: enviar y recibir mensajes a cualquier otra persona conectada sin necesidad de cartas, teléfonos, faxes o contestadores, con la ventaja de recibir información editable o archivos especiales para trabajar. El correo electrónico es rápido y efectivo, y al haberse convertido en algo global, es casi tan importante como el fax o el teléfono.

El correo electrónico (e-mail) es tal vez el principal servicio de Internet, y sin duda el de mayor importancia histórica. Cada persona conectada cuenta con un "buzón electrónico" personal, simbolizado en una dirección de correo: esos nombres con la letra arroba (@). El buzón de correo electrónico sirve para enviar y recibir mensajes a otros usuarios, y por eso no hay nunca dos nombres iguales. La primera parte de una dirección identifica habitualmente a la persona y la segunda a la empresa u organización para la que trabaja, o al proveedor de Internet. Así, una dirección como *jgarcia@merlin.upt.edu*

identificaría, a un usuario de nombre Joaquín García (jgarcia), cuyo buzón estuviera (@ significa en Ingles "at", es decir, "en") en un ordenador llamado Merlín (.merlin), en la Universidad Politécnica de Toledo (.upt), centro universitario (.edu). El correo electrónico permite enviar texto o archivos codificados como texto, generalmente de pequeño tamaño (gráficos u hojas de cálculo, por ejemplo).

Internet también se presenta como un vasto **almacén de información**. Hay miles de bases de datos y recopilaciones de información sobre todos los temas imaginables: médicos, históricos, periodísticos y económicos.

Otra de las utilidades más comunes es el entretenimiento: los usuarios encuentran en los grupos de noticias de Usenet, en las listas de correo y en el IRC (**Internet Relay Chat** es un protocolo de comunicación en tiempo real basado en texto, el cual permite debates en grupo o privados) una forma de comunicarse con otras personas con las que comparten intereses y aficiones. No tienen por qué ser necesariamente temas técnicos: hay grupos de charlas sobre cualquier tema imaginable, desde las más modernas técnicas de programación de ordenadores hasta series de televisión.

Chat es una palabra en ingles cuya traducción significa conversar, pero a esta altura se convirtió en un término específico para designar el encuentro entre dos o más personas en Internet que mantienen una conversación en tiempo real. Para chatear basta con tener una PC, con conexión a Internet, elegir un apodo o nick e ingresar en alguna sala. En poco tiempo se convirtió en una verdadera pasión de multitudes, porque reúne las tres características del éxito: fácil, divertido y gratis.

Contra lo que muchos suelen creer, el chat no es una característica más de internet, sino que es un servicio. La diferencia es que internet es la red pura y exclusivamente la red física de computadoras conectadas, mientras que el chat, la web y el correo electrónico son servicios montados sobre esa red.

El problema de utilizar este medio de comunicación son los llamados **Hacker**, una definición sencilla es todo aquel que ingresa a un sistema informático sin permiso. Los primeros en intentarlo fueron estudiantes de un instituto en Massachussets, por los 60s.

Desde entonces evolucionaron y se perfeccionaron junto a la tecnología.

El lema que siguen a rabiarse es que la información debe estar al alcance de todos y sobre todo cuando es tecnológica. La satisfacción se encuentra cuando se logra violar un sistema público, generalmente lo miran y luego se van, siendo esa una gloria efímera, costándole la condena social y la represión de las legislaciones.

Existen también los crackers, actúan con fines maliciosos, y los desarrolladores de virus. En algunas empresas se trata de brindar un servicio seguro con unos servidores, cuentan con una herramienta llamadas Firewalls para detectar y bloquear la acción de los hackers y crackers. Como ejemplo, la página web de Banamex, ofrece este servicio a sus cuentahabientes que realizar operaciones a través de Internet.

No obstante, Internet, es la infraestructura global de la información, superautopista de la información, son frases similares que identifican a un grupo de proyectos que están impulsando a un grupo de países con el fin de alcanzar mayores niveles de desarrollo económico, social y político para sus pueblos. Todos estos proyectos o modelos de la sociedad avanzada están basados en las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones y de la informática.

En el universo de Internet, entre otras cosas, se observa el manejo del mercadeo y publicidad. Este se ha convertido para productos, bienes y servicios, dando **que existen ya centros comerciales virtuales en donde se puede arrendar un local donde se puede vender los productos y servicios. Si el comercio internacional hace parte de sus actividades actuales o futuras "bien vale la pena entrar al mundo de Internet".**¹⁹¹

Internet y Derecho

"[...] Los cambios que producen las nuevas tecnologías no afectan solamente a las realidades sobre las cuales el derecho opera, y en las que el derecho se genera: se producen cambios en el mismo derecho.

¹⁹¹ http://www.sindominio.net/biblioweb/telematica/hist_internet.html.

El profesor americano Ethan Katsh investiga el impacto de la electrónica en el derecho. En su trabajo *The Electronic Era and the Transformation of the Law* publicado en 1989, analiza lo que puede esperarse en la era electrónica revisando la evolución del derecho a través del tiempo y los cambios que la imprenta produjo. Dice que **estamos en un mundo donde lo impreso será sustituido por las tecnologías electrónicas de la información y las palabras impresas en un papel, por palabras e imágenes y sonidos aparecidos en una pantalla**. Estas nuevas tecnologías –se pregunta- son simplemente más eficientes que las anteriores, son simplemente envases? Es simplemente (obtener) más rápido la información? O, por el contrario, el uso de la información en un nuevo formato, particularmente en una institución donde la información es un valioso commodity, ¿cambiará a la institución, al usuario y a aquellos en contacto con el usuario?; ¿será esto un nuevo tipo de institución donde sea posible hacer nuevas cosas con la información y vinculada a ella, e interactuar en forma diferente con la información?; ¿harán estos cambios posibles nuevos tipos de relaciones jurídicas y permitirán a la gente interactuar con el derecho en nuevas formas?; ¿será el derecho más o menos accesible de lo que ha sido?; ¿será la ley o los derechos tan seguros en el ambiente electrónico?; ¿cambiará la ley más rápido y más frecuentemente?; ¿cambiará el rol de los abogados?; ¿nos veremos como insiders y nos identificaremos con el derecho o nos sentiremos alejado de él?; ¿tenderán las nuevas tecnologías a afirmar el status quo o producirá el efecto contrario?

Afirma Katsh que **el derecho se está mudando de las bibliotecas y de los libros, de los juzgados en augustos edificios, del mundo de los contratos escritos y de las carpetas donde son archivados, de las oficinas de los abogados. Y se mudan a un mundo donde la información estará más en las pantallas que en el papel, con más posibilidades de interactuar con el derecho y que desafiara la forma tradicional de ejercer la profesión y sus conceptos hacia un ambiente donde el valor de la información crece, a un mundo de espacios más flexible, de nuevas relaciones.**

Reconoce, empero, que el nuevo ámbito que emerge no es fácil de advertir. Advierte que la pantalla luminosa –en cierta forma parecida a un libro- tiene sin embargo, propiedades muy diferentes que nos presenta cambiantes formas e imágenes, con semejanza e

ilusiones, con información y datos que vienen y se van, como algo dinámico coloreados y animados.

Su tesis principal es que **el gran cambio que se avecina y todas sus consecuencias en el derecho, tienen que ver con el nuevo uso de las tecnologías de la información, que afectan al derecho porque el derecho se vincula con la información y la comunicación.**

En otros trabajos Katsh explica como las computadoras ha cambiado las nociones de tiempo y espacio, y por que tal cambio tendrá incidencia en el derecho. En uno de ellos, señala que las nuevas tecnologías de la información tienen extraordinarias capacidades para superar problemas de espacio y distancia, porque ha cambiado la forma de cómo interactuamos con información distante, intentando demostrar la aparición de una nueva relación con el espacio, en la forma como pensamos sobre la distancia y trabajamos en y con espacios electrónicos, que provocarán cambios en el derecho que ya están apareciendo y que aparecerán en el futuro.

Menciona Katsh, [...] **cómo la información cambia de algo tangible a algo electrónico, los mismos cambios ocurrirán en las instituciones y procedimientos legales que han sido orientadas alrededor de particulares espacios físicos, y en los conceptos y prácticas legales que han dependido de relaciones establecidas en espacios particulares [...]. La invasión de los espacios legales por el ciberespacio, de todas formas, va más allá de los espacios y objetos físicos mencionados por la ley.** Por ejemplo, el derecho escribe y define muchos temas y conceptos en términos de espacio. Así, la privacidad no solamente implica control sobre cierto tipo de información sino que involucra términos de espacio, como las zonas de privacidad, para describir su naturaleza. La jurisdicción en el área de la ley que está más directamente vinculada al control sobre personas y espacios [...]. Todas estas partes están afectadas por el ciberespacio porque si hay un mensaje en los nuevos medios, es que los tradicionales basamentos, tanto sean físicamente territoriales o conceptuales, son más porosos en un área en que la información es digital en esencia.”¹⁹²

¹⁹² REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro *Opus citatus*. Páginas 22 y 23.

“La sociedad de la información nace con el progreso técnico, el cual nos permite almacenar, guardar, modificar, encontrar y comunicar “información”, sin importar la manera de hacerlo, sin tener ningún límite de espacio, tiempo o volumen. [...].

Este progreso tecnológico se basa en las redes de comunicación existentes entre diversos sistemas informáticos. Al mismo tiempo trae consigo beneficios para una nueva sociedad, la cual nacerá de la modificación de la estructura y organización de la actual. Sin embargo, la importancia de la transferencia de información y de los nuevos medios de comunicación trae consigo dificultades jurídicas de una nueva naturaleza.

Estas cuestiones son difíciles de resolver, puesto que la utilización de redes no conoce fronteras, lo que entraña la necesidad de una armonización a nivel internacional para poder alinear las diversas legislaciones nacionales. Ésta es una de las razones por las cuales en México se creó una nueva Ley Federal del Derecho de Autor, se modificó la Ley de la Propiedad Industrial y se hicieron reformas al Código Penal.

Tal vez [...] no sea vasta la literatura jurídica relativa a Internet, pero esto no quiere decir que existan “lagunas” jurídicas, o que no se legisle al respecto. No hay que olvidar que una de las características del derecho es su generalidad, razón por la cual es flexible y puede adaptarse a conflictos ocasionados por la utilización de las nuevas tecnologías, como es el caso de Internet. Por Internet, lo que circula es información, la cual se caracteriza por su inmaterialidad; y corresponde al derecho mercantil, al derecho civil y en especial al derecho de la propiedad intelectual regular las cuestiones inmateriales. [...]

¿Cómo adaptar las reglas aplicables a los derechos de los autores cuando la copia de alta calidad, instantánea, fácil y gratuita está al alcance de todos?

La tendencia internacional es la de regular Internet desde una perspectiva de derecho de la competencia económica, como si los bienes que circularan sobre Internet fueran bienes materiales, tangibles. Sin embargo, los bienes que circulan se caracterizan por su inmaterialidad, por su “virtualidad”.

¿De qué manera el derecho puede aprehender al Internet? Puesto que se trata de la relación entre Internet y derecho, ¿cuántas relaciones jurídicas pueden existir? Varias, desde el momento que existen bienes que se comercializan o se ponen a disposición de un cierto público, una relación jurídica nace, llámese venta, renta, compra, licencia, adaptación, cesión de derechos, por mencionar sólo algunas de ellas. Pero también pueden nacer actos ilícitos, como es el caso del robo, fraude, abuso de confianza, infracción, imitación, pornografía, piratería, contrabando, etcétera. [...]

Internet y el Derecho Positivo Mexicano

[...] hay en el ordenamiento jurídico mexicano diversas disposiciones que regulan algunas de las situaciones conflictivas que existen. Para explicarlo mejor, habría que partir de la hipótesis de que el Internet es solamente un medio alternativo de comunicación y de información.

[...] al lado de las ventajas que encontramos con la utilización de Internet podemos encontrar también desventajas y abusos. Entre los abusos identificados en Internet, se encuentran los siguientes: revisionismo, pedofilia, contrabando, lavado de dinero, juegos y sustancias prohibidas. Existe una lista negra con una veintena de infracciones graves. La llegada de las nuevas tecnologías otorga nuevas formas de expresión de comportamientos sociales, sin embargo, no hay que olvidar que los hechos sociales siguen siendo los mismos.

¿Cuál es el rol del derecho frente a Internet? ¿Cuáles son los principios que deben guiar una reglamentación de Internet? ¿Cuáles los valores? ¿Qué derecho? ¿Qué reglas? ¿Quién hará estas reglas?

1. La validez de las normas jurídicas por aplicar

Estamos de acuerdo con el maestro Vivant de que al hablar de regulación de Internet, hay que hablar de regulaciones en plural, puesto que son diversos modos de regulación que hay que coordinar: la regulación impuesta por los usuarios, aquella impuesta por los actores involucrados en las redes, y, por último, aquellas impuestas por los Estados. Procedamos a explicar en qué consisten estas reglas.

Las normas reguladoras de la conducta humana que se aplican en el llamado ciberespacio, no son exclusivamente jurídicas. Puesto que existe un alto grado de conciencia de los usuarios de Internet. Y son ellos mismos quienes han logrado marcar ciertas pautas de conducta en el ciberespacio.

La regulación impuesta por los usuarios es un código de conducta sobre lo que no debe hacerse, de tal forma que los mismos usuarios tienen una respuesta sobre determinadas manifestaciones negativas de la conducta humana rechazando al usuario, ya sea pidiendo un referéndum para que se acepte o no su presencia o bloqueando su correo electrónico por el exceso de mensajes que se le envíen. Es un principio de autorregulación.

Además de esta autorregulación por parte de los usuarios, existe otra relativa a una regulación impuesta por los actores involucrados, al respecto podemos observar que existen diversas tentativas de adopción de códigos deontológicos, los cuales son elaborados por los actores de Internet, como son los usuarios, el Estado y los explotadores de la infraestructura de comunicación necesaria para acceder a Internet. En este código se pretende dar una definición de los actores y servicios en Internet, tener principios generales de conducta, la creación de un organismo de autorregulación cuyas funciones sean de prevención, regulación e información; en este código se hacen menciones expresas sobre las libertades y derechos fundamentales y sobre la protección de los derechos de la propiedad intelectual, así como referencias en cuanto a la protección de los consumidores.

Pero como lo que nos interesa son las normas jurídicas por aplicar, entonces nos preguntamos ¿Cuál es el derecho que puede aplicarse a la circulación de información sobre Internet? Nosotros consideramos que la respuesta debe darse en tres dimensiones. La primera en torno a los derechos de las personas, el segundo en torno al derecho de autor, y la tercera relativa a las actividades de intercambio comercial. Además de que estaremos hablando de normas nacionales, normas supranacionales y normas internacionales.

A. Internet y la protección de datos personales

Por lo que respecta a los derechos de las personas, podemos tener una doble visión de las cosas: podemos apreciar la protección de los derechos de la persona humana, como la libertad, y también lo podemos apreciar como un límite a esta libertad. Es decir como un derecho subjetivo y al mismo tiempo como una obligación de hacer o de no hacer.

Si lo que nos interesa es la libertad de las personas humanas, podemos encontrar una primera regulación a nivel constitucional: "*Artículo 7. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia, ninguna autoridad puede establecer previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresoras, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública*".

Además del artículo 9, referente a la libertad de expresión y la libertad de manifestación de las ideas.

Si lo que nos interesa es asegurar el respeto de los derechos de la personalidad, cuando ciertas informaciones que le conciernen sean transmitidas por Internet a nivel nacional, entonces habría que dirigirnos hacia los derechos de la personalidad, regulados por nuestro Código Civil y por el Código Penal, fundamentalmente, y algunos artículos de la Ley Federal del Derecho de Autor.

A nivel internacional, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), deja entrever una disposición sobre la protección de las personas.

Artículo 2105. Divulgación de información:

Ninguna disposición en este Tratado se interpretará en el sentido de obligar a ninguna de las Partes a proporcionar o dar acceso a información cuya divulgación pudiera impedir el cumplimiento de las leyes de la Parte o fuera contraria a sus leyes que protegen la privacidad de las personas, los asuntos financieros y las cuentas bancarias de clientes individuales de las instituciones financieras.

Una inquietud creciente existe sobre este tema en México, inquietud que se manifiesta en la nueva Ley Federal del Derecho de Autor, la cual en su artículo 109 nos indica:

Artículo 109. El acceso a la información de carácter privado relativo a las personas contenida en las bases de datos a que se refiere el artículo anterior, así como la publicación, reproducción, divulgación, comunicación pública y transmisión de dicha información, requerirá la autorización previa de las personas de que se trate.

Quedan exceptuados de lo anterior, las investigaciones de las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia, de acuerdo con la legislación respectiva, así como el acceso a archivos públicos por las personas autorizadas por la ley, siempre que la consulta sea realizada conforme a los procedimientos respectivos.

La redacción de este artículo permite la confidencialidad de los datos nominativos que circulen sobre Internet. Pero aunque sin lugar a dudas constituye un avance, creemos que en México falta aún concretar esta norma jurídica, poniendo a disposición de los quejosos una infraestructura que les permita resolver sus controversias en la materia. Tal vez al instar a otros países, México pudiera llegar a crear una comisión que se encargara de vigilar el efectivo cumplimiento de esta disposición.

No hay que olvidar que a nivel internacional existen diversas legislaciones que ya regulan sobre la materia. Conviene hacer notar la existencia de una directiva europea relativa a la protección de las personas físicas con respecto a los datos de carácter personal y su comercialización, directiva adoptada el 24 de octubre de 1995. El objetivo de la directiva es asegurar la protección de la vida privada de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal contenidos en diversos archivos, estén estos archivos automatizados o no. Los Estados miembros de la Comunidad Europea no pueden restringir o prohibir la libre circulación de datos, excepto en el caso de que no exista una adecuada protección en el país importador de estos datos.

Por ejemplo, si en México no existe una protección adecuada, tal vez la Comunidad Europea prohíba todo tipo de circulación de información nominativa entre la Comunidad y nuestro país. Podría comprenderse el grave problema que esto ocasionaría, si tan sólo consideramos las transacciones financieras, las cuales son nominativas.

Todos estos instrumentos jurídicos permiten la protección de los usuarios de Internet. Respeto a su vida privada, evitar que cualquiera pueda llegar a la memoria de su computadora y tener acceso a todos sus archivos, y evitar que sus datos nominativos sean utilizados para diferentes fines para los cuales autorizó su utilización. Estas normas constituyen un respeto mínimo a la dignidad de la persona humana.

B. Internet y los derechos de autor

Las autopistas de la información desafían las premisas del derecho de autor, desde el término de protección para un autor a la propia definición acerca de cuáles derechos emergen de la creación y de conceptos internacionales que limitan la protección del derecho de autor al territorio de cada país.

Por lo que respecta al derecho de autor, hay que tener siempre presente que el objeto de protección del derecho de autor es una obra del espíritu, la cual puede ser un sonido, música, una imagen, un texto o un conjunto de todos estos elementos. El derecho de autor protege, lo que concierne a una creación literaria y artística. No es la función de la obra lo que se protege, puesto que las ideas son de libre circulación, lo que se protege es la forma, aún si las últimas modificaciones a la Ley Federal del Derecho de Autor protegen también lo que releva de la técnica (como es el caso de los programas de computación, bases de datos, etcétera).

En materia de derechos de autor, la pregunta es: ¿cómo asegurar la protección de la obra que se difunde vía una red de información? En la Ley Federal del Derecho de Autor mexicana podemos encontrar múltiples ejemplos de normas que regulan el fenómeno Internet.

Es necesario que las obras que sean reproducidas vía Internet estén anteriormente protegidas como creaciones intelectuales; el derecho de autor protege las obras que tengan una forma de expresión original, comprendiéndose en el sentido de original, la mayor parte de las veces, como una forma de manifestación de la personalidad del autor. Como ejemplo veamos algunas de las normas jurídicas que protegen la circulación de obras por medio de Internet.

El artículo 27 de la Ley Federal de Derechos de Autor regula los derechos patrimoniales de los titulares del derecho de autor y nos indica:

Art. 27. Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir;

I. La reproducción, publicación, edición, fijación de su obra [...] por cualquier medio;

II. La comunicación pública de su obra;

a) La representación, recitación y ejecución pública;

b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento;

c) El acceso público por medio de la telecomunicación;

III. La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, cable, fibra óptica, microondas, vía satélite o cualquier otro medio análogo.

Podemos observar que hoy en día todo tipo de información está disponible sobre Internet, pero que existe un límite para que toda reproducción de una obra circule sobre Internet, y este límite está constituido por los derechos patrimoniales y morales del autor de una obra. Así pues, vemos que este artículo 27 otorga la facultad a todo titular del derecho patrimonial de decidir acerca de la publicación, edición, representación, transmisión, acceso, ejecución o reproducción de su obra, tratándose de una reproducción tradicional, como es el caso de una fotocopia o de una reproducción vía Internet o medio análogo.

Además de que los autores, quienes conservan su derecho moral, pueden oponerse a toda mutilación, deformación o cambio de su obra, situación que se presenta muy seguido por medio de las redes, ya que algunos usuarios tienen tendencia a crear sus páginas Web con diseños o textos de otros autores, y en ocasiones lo adaptan a sus propios gustos, sin consultar al autor de la obra.

Quisiéramos recordar, también, que en el caso del derecho de autor ya han habido algunos litigios por reproducciones ilícitas rea-

lizadas por medio de Internet, baste recordar como ejemplo, el caso de una condena realizada por un tribunal francés contra dos estudiantes de una escuela: éstos estudiantes reprodujeron, sin autorización del titular de los derechos de autor, textos de las canciones de dos compositores franceses: Jacques Brel y Michel Sardou; tal reproducción de los textos nada tendría de excepcional si hubiere sido una copia de carácter privado, sin embargo, los estudiantes introdujeron los textos en una página Web, a la cual todo el mundo tenía acceso. Esta reproducción dejó de tener el carácter de privado, aun cuando los abogados defensores intentaron crear nuevos conceptos, tales como el de "domicilio virtual"; pero el Tribunal consideró que de todas formas era una reproducción y que no existía el llamado "domicilio virtual", ni ninguna privacidad puesto que la vocación de una página Web es invitar a todo público a venir a visitarla. El tribunal condenó a los estudiantes por esta violación a los derechos de autor.

A partir de esta decisión de la justicia, algunos autores han tratado de hacer una distinción entre lo que es una comunicación privada y lo que es una comunicación pública, cuando se utiliza el Internet. La mayoría de ellos han llegado a la conclusión de que los mensajes mediante el llamado correo electrónico revelan una comunicación de tipo privado. Mientras que lo exhibido en una página Web constituye una comunicación pública. Habría excepciones, por ejemplo, cuando se trate de un mensaje enviado a un número significativo de personas, éste perdería el carácter de privado.

Podemos dar otro ejemplo de norma jurídica aplicable a Internet en la misma Ley Federal del Derecho de Autor. Veamos, ahora el caso de las infracciones comerciales.

Art. 231. De las infracciones en materia de comercio.

Constituyen infracciones en materia de comercio las siguientes conductas cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto:

I. Comunicar,...;

II. Utilizar...;

III. Producir, reproducir, almacenar, distribuir, transportar o comercializar copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por los derechos de autor o por los derechos conexos, sin la autorización de los respectivos titulares en los términos de esta ley;

Este artículo atañe a todas las reproducciones de obras que se realicen por cualquier medio, incluso Internet, el problema consiste en saber ¿cuándo constituye una reproducción?, ¿cuándo hay una imagen parcial o total de la obra en la pantalla de la computadora?, ¿cuándo se graba en el disco duro o en un disquete?, o ¿cuándo se realiza una impresión del archivo? La problemática es saber cuándo se trata de un derecho del usuario y cuándo de una restricción impuesta por el autor.

¿Cuáles son los actos que constituyen una reproducción? Podemos tener una doble respuesta según la visión que queramos darle a la pregunta; en primer lugar, puede existir una visión deductiva, analizando los elementos que caracterizan una reproducción y comparándolos con un caso dado; en segundo lugar, si tenemos una visión prospectiva, lo que nos preguntaremos ¿cuál es el problema que queremos resolver con la calificación jurídica de una reproducción?

Y en el fondo, una reproducción de obra constituye una habilitación que la ley realiza en favor de un autor para que éste permita o prohíba este acto por razones de índole económica.

La distinción realizada entre el derecho de representación y el derecho de reproducción ocurre en la medida en que la misma se inscribe en una lógica de difusión de obras en forma analógica; tal vez en un futuro próximo, cuando todas las obras se creen o circulen en forma digital, habría que cambiar estos conceptos.

Con la finalidad de poder llevar un control de las obras protegidas por el derecho de autor que circulan en Internet, la comunidad internacional ha lanzado dos propuestas. La primera de ellas es poner un identificador digital no visible al usuario a cada una de las obras desde el momento de su registro, esto con la finalidad de que quien desee utilizar esta obra pueda dirigirse a alguna sociedad de gestión colectiva e identificar al autor y/o al titular para pedir una autorización para reproducir su obra. La segunda propuesta es que

cuando hay una transmisión de información, esta información debe de estar en términos criptográficos para garantizar su confidencialidad, solamente que esta segunda propuesta se encuentra confrontada con problemas de seguridad nacional de los Estados, pero de esto hablaremos un poco más adelante.

C. Internet y la comercialización de bienes y servicios

Habiendo visto que Internet puede llegar a todos los hogares del mundo en un tiempo mínimo y con una gran calidad de imagen, sonido y texto. Muchos comerciantes desean poder vender sus productos por Internet. El derecho que puede aplicarse aquí es el derecho común. Si lo que se realiza es una venta o un arrendamiento se aplicarán las normas pertenecientes a los códigos Civil y de Comercio. La problemática actual respecto a Internet es sobre cómo garantizar la seguridad de las transacciones comerciales.

Los problemas en cuanto a la seguridad de las mismas se han dado ya: personas que pagan por medio de su tarjeta bancaria, y cuyos datos son pirateados para realizar otras compras. Sin embargo, se dejan entrever algunas soluciones como es el caso de la posible utilización de técnicas de criptografía o de la firma electrónica y del tercero de confianza.

En el caso de la criptografía, es cierto que daría una seguridad en las transacciones, pero la mayor parte de los países se oponen, debido a que la criptografía es un técnica reservada para fines militares, tales como la defensa nacional, y existe el temor de que grupos terroristas, extremistas o racistas puedan servirse de esta técnica para organizarse vía Internet. Por ejemplo, en Francia toda criptografía de carácter privado esta prohibida.

En cuanto a la firma electrónica, el problema consiste en cómo saber que la persona que teclea esa firma electrónica es verdaderamente quien dice ser, la duda existe puesto que no hay ningún contacto personal, y es aquí donde interviene la figura del tercero en confianza (a quien algunos empiezan a llamar notario cibernético) que servirá como un certificador de que la persona jurídica tiene tal número de identificación y que efectivamente quiere realizar esta transacción.

Cabe hacer notar que existen también problemas relativos al uso de la información comercial y profesional que se encuentran confrontados a los conceptos tradicionales del derecho de autor y del copyright.

Estas son algunas de las normas jurídicas y de los problemas concernientes a la comercialización de bienes y servicios sobre Internet; como hemos podido constatar, existen normas reguladoras de la comercialización de bienes y servicios. Veamos ahora otras concernientes a la aplicación de las normas jurídicas.

2. La eficacia de las normas jurídicas existentes

Habiendo comprobado que existen normas válidas en el derecho positivo mexicano, nos preguntaremos si estas normas son eficaces, es decir si es posible que tengan una aplicación.

La dimensión internacional de Internet y la dificultad de localizar el acceso y la utilización crean un malestar, puesto que el paso por las redes que integran Internet, la multiplicidad de operadores y de usuarios, y ciertas prácticas como son la creación de los "sitios espejo" o anónimos, dificultan la exacta localización de posibles infractores o delincuentes. Además de los problemas de aplicación de leyes a los cuales se encuentra confrontada la utilización del Internet.

Si el difusor de la oferta o de la venta o de la prestación de un servicio y el comprador se encuentran en el mismo país, la ley interna de ese país se aplicará, pero si uno de estos dos contratantes se encuentra en un país diferente el problema de aplicación de leyes se dará.

En el caso de ventas internacionales, es necesario determinar cuál será la ley aplicable a una operación jurídica. Existen convenciones internacionales que regulan este conflicto de leyes al uniformizar reglas que permiten la aplicación directa de las mismas.

Entre las convenciones internacionales que nos permiten determinar cual será la ley por aplicar a las operaciones comerciales sobre Internet se encuentran: el Convenio de Viena; los convenios de Berna y de Ginebra relativos a la protección del derecho de autor; los Acuerdos de Propiedad Intelectual que regulan al Comercio (ADPIC); las diversas directivas europeas relativas a la protección de programas de computadoras, bases de datos y de derechos conexos, y la Convención de la Haya, entre otras.

Como podemos observar no existe un vacío jurídico para regular las actividades sobre Internet, sino más bien un exceso de normas jurídicas para aplicar.

Es necesaria una armonización internacional que nos permita aplicar el mismo contenido de una norma jurídica en diferentes países. Corresponde a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual realizar estos avances, sin olvidar que en nuestros días la Organización Mundial del Comercio (OMC, antes GATT) ha influido en la regulación de los bienes relativos a la propiedad intelectual, por medio de los Acuerdos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de Mercancías Falsificadas (ADPIC). Además que nuestro país tiene diversos Tratados de Libre Comercio en los cuales se ha incluido un capítulo dedicado a cuestiones de la propiedad intelectual.

Internet y una prospectiva del Derecho mexicano

México no puede intentar regular Internet sin tomar en cuenta el contexto jurídico internacional. De hecho, ningún país puede permitirse regular el fenómeno Internet aisladamente, puesto que la utilización masiva de Internet es sin fronteras; si se quiere regular eficazmente el mismo se tendrán que realizar más acuerdos internacionales que tiendan a armonizar las reglas aplicables a estos problemas.

La cuestión importante es ¿quién será el Estado o los Estados, o tal vez grupos de presión que decidirán las reglas por aplicar? No habría que olvidar que los valores de un país a otro cambian, se transforman y algunos prevalecen. Que estos valores que siempre han orientado a la sociedad mexicana no sean influidos de manera negativa por otros, ajenos a nuestra idiosincrasia, sobre todo si es en

perjuicio de los usuarios o de los creadores de una obra del espíritu. Cada legislador, al realizar reformas a nuestras leyes, deberá preguntarse ¿Qué valores, para qué sociedad?

Los problemas que México tendrá en el futuro con respecto a Internet serán problemas relacionados con la aplicación de leyes (conflicto de leyes en el tiempo y en el espacio), y la determinación del juez competente para resolver un conflicto dependerá de la cultura y de la sensibilidad del juez en la interpretación de las normas por aplicar. En cuanto al conflicto de leyes se tendrán que adoptar principios bien definidos, tal vez sea mejor la aplicación de la ley del lugar donde se constató la infracción, puesto que si la infracción se inició fuera del territorio nacional, una sanción dada no será eficaz. Entonces hay que aplicar la ley en el territorio nacional, y este principio es el cual por el momento parece que deberá aplicarse.

Otras dificultades deberán resolverse, como es el caso de los llamados sitios "espejo", o en materia de derecho procesal civil se presentarán los problemas de la prueba.

En cuanto a la protección de la propiedad intelectual en el mercado de la información, podemos decir que los productos y servicios no resultan efectivamente protegidos, es necesario el establecimiento de normas domésticas e internacionales claras, para la protección de la propiedad intelectual. Estas nuevas normas deberán estar equilibradas entre los intereses de los creadores y de los usuarios.

Deberá existir un compromiso con los creadores para proteger los frutos de su labor, y al mismo tiempo asegurar que el contenido de sus obras estará a disposición del público en general

Se pide la creación de legislaciones nacionales e internacionales de efectiva aplicación para poder luchar eficazmente contra las actividades de piratería.

En cuanto al acceso abierto del mercado de la información, se dice que la protección de la propiedad intelectual y acceso abierto del mercado con las mejores maneras para estimular el desarrollo de productos locales y alcanzar las necesidades culturales e individuales. De eso se trata, de verlo siempre con una perspectiva

de mercado y de consumidores potenciales. Hasta el momento Internet es más un lugar para intercambiar ideas y buscar información, que un lugar de transacciones comerciales; ¿qué pasa con los “internautas”?, ¿habrá que tomarlos en consideración o no para los debates en torno a la regulación de Internet? Ellos representan una población inquieta y respetuosa, ¿habría que tomarse en consideración la “netetiqueta” que se tiene?

Lo que desean los grupos de interés es que “la infraestructura de la información proporcione pleno acceso a la información económica y comercial para asistir a los esfuerzos de facilitación del comercio y alentar el apoyo para esas actividades”.

Es necesario armonizar el derecho de autor y reconciliar las diferencias entre los sistemas de derechos de autor y copyright. Aún cuando en el fondo estos sistemas de protección del autor no son tan diferentes.

En las redes debe existir un derecho a controlar el acceso de todos los usuarios, este acceso controlado permitirá recuperar el valor del proveedor de la información y del productor del contenido. Sin embargo, considero necesario que el derecho moral continúe siendo un pilar del derecho de autor.

(Concluyo que) el derecho positivo mexicano permite regular la mayor parte de las transacciones realizadas sobre Internet. No existe un vacío jurídico. Por lo tanto, no es necesario crear una legislación específica ad hoc. Sin embargo, cuando hablamos de regulación sobre Internet, no debemos limitarnos exclusivamente al campo jurídico. Deben realizarse campañas de información y de sensibilización sobre las ventajas y desventajas de la utilización de Internet. Al cuadro legislativo y reglamentario existentes deben agregarse una lista de consejos sobre la elaboración de contratos. Así como hacer prioritaria la educación de los usuarios y actores de Internet.

En el caso de que se realicen infracciones vía Internet, los jueces tendrán que considerar los principios de la libre competencia; de la responsabilidad civil y penal; de la protección de los consumidores y de los contratos, ya que este arsenal jurídico podrá

dar las respuestas específicas e individuales a posibles conflictos sobre Internet.

La aplicación del principio de responsabilidad conducirá a los jueces a sancionar civil o penalmente a los prestadores del servicio, y a los servidores que no tomen medidas de seguridad, considerando el avance de la tecnología.

El jurista es una persona que tiene los conocimientos técnicos jurídicos necesarios para la creación, interpretación y aplicación de normas. Pero para que esas normas se encuentren acordes con la realidad, es necesario que ellas representen a la sociedad actual, estas normas jurídicas deben estar bien adaptadas a la misma. Es por esta razón que el futuro del jurista será participar activamente en grupos interdisciplinarios de trabajo. El jurista debe escuchar el punto de vista de todos los actores involucrados, pero no solamente aquellos que tienen intereses personales por defender, sino también aquellos que defienden los valores y la cultura de la sociedad humana.

Es necesario que el Estado mexicano favorezca la creación de redes y servicios, y que nuevos "sitios" mexicanos se desarrollen, esto nos permitiría fomentar la utilización del idioma español en Internet, así como expresar y defender nuestra identidad cultural. Además, la transición hacia la libre concurrencia de servicios de telecomunicaciones puede llegar a sernos más favorable, entre más servicios de calidad tengamos. Puesto que estamos insertos en un sistema neoliberal, hay que prever las armas jurídicas para poder luchar por la defensa y salvaguarda de "lo nuestro".

Hay que inculcar en los usuarios la manipulación juiciosa de las tecnologías de la comunicación, pero también hay que abrirles los ojos sobre lo que no debe hacerse. Es decir, hay que abordar el campo de la educación cívica con una dimensión no solamente nacional, sino internacional.

Agregaremos, por último, que cuando se realizan transmisiones públicas de información a través de Internet, no hay

que olvidar que las sanciones impuestas por el derecho no son virtuales sino muy reales.”¹⁹³

El uso de Internet se ha expandido rápidamente y sobre todo el mundo, por ello, gran parte de las personas utilizan esta vía para efectuar actos jurídicos, el problema consiste en garantizar la seguridad de los actos. Por esta razón se creó la firma electrónica para manifestar la voluntad de los contratantes y al otorgarle la misma fuerza jurídica que la autógrafa permite tener seguridad.

La firma electrónica para efectos mercantiles, se define en el artículo 89 del Código de Comercio, como:

“Firma Electrónica: los datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos,¹⁹⁴ o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al Firmante en relación con el Mensaje de Datos e indicar que el Firmante aprueba la información contenida en el Mensaje de Datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio.”

La firma en general e incluso la electrónica es una forma de manifestar la voluntad, sin embargo, el Código de Comercio, le atribuye los mismos efectos “como si” fuera una autógrafa, siempre y cuando se trate de una “firma electrónica avanzada o fiable”.

El artículo 97 del Código de Comercio señala que **la Firma Electrónica se considerará avanzada o fiable** si cumple por lo menos los requisitos siguientes:

¹⁹³ OVILLA BUENO, Rocío. *Opus citatus*.

¹⁹⁴ **Mensaje de Datos:** La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.

“I. Los Datos de Creación de la Firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al Firmante;

II. Los Datos de Creación de la Firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del Firmante;

III. Es posible detectar cualquier alteración de la Firma Electrónica hecha después del momento de la firma, y

IV. Respecto a la integridad de la información de un Mensaje de Datos, es posible detectar cualquier alteración de ésta hecha después del momento de la firma.

Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona demuestre de cualquier otra manera la fiabilidad de una Firma Electrónica; o presente pruebas de que una Firma Electrónica no es fiable.”

La ficción consiste en considerar a la firma electrónica avanzada¹⁹⁵ como autógrafa, al producir los mismos efectos jurídicos que esta, pues es la forma de manifestar la voluntad entre dos o más personas, que realicen convenios o contratos a través de medios electrónicos.

Y es ésta la función primordial de la firma electrónica, pues a través de ella, se manifiesta la voluntad de crear, transferir, modificar o extinguir, derechos y obligaciones, realizados o exteriorizados por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología.

Los datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el firmante genera de manera secreta¹⁹⁶ y utiliza para crear su firma electrónica, a fin de lograr el

¹⁹⁵ La Firma electrónica es el género y hay especies, como son: la firma digital, lector de retina o el identificador de voz.

¹⁹⁶ **Criptografía.**

Del griego κρυπτός, oculto, y -grafía, escribir.

vínculo entre dicha firma electrónica y el firmante¹⁹⁷. Tendrá el mismo valor “como si” fuera la manuscrita en relación con los datos en papel.

El artículo 93 del Código de Comercio, menciona:

“Cuando la ley exija la forma escrita para los actos, convenios o contratos, este supuesto se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos, siempre que la información en él contenida se mantenga íntegra y sea accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en el que se encuentre o represente.

Cuando adicionalmente la ley exija la firma de las partes, dicho requisito se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos, siempre que éste sea atribuible a dichas partes.

En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán, a través de Mensajes de Datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.”

Adicionalmente, el artículo 97, indica:

f. Arte de escribir con clave secreta o de un modo enigmático.

La Criptografía fue utilizada desde las primeras civilizaciones, para enviar mensajes durante los procesos bélicos, para evitar que la información fuera conocida por el enemigo, en caso de ser interceptada.

Actualmente es el arte o la ciencia de cifrar y descifrar información, utilizando técnicas matemáticas para hacer posible el intercambio de mensajes, y sólo puedan ser leídos por las personas a quien van dirigidos.

La finalidad es garantizar el secreto en la comunicación entre las personas y; asegurar que la información enviada sea autentica, tanto el remitente sea realmente quien dice ser, y el contenido del mensaje enviado no haya sido modificado en su tránsito.

¹⁹⁷ Artículo 89 del Código de Comercio.

“Cuando la ley requiera o las partes acuerden la existencia de una firma en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si se utiliza una firma electrónica que resulte apropiada para los fines para los cuales se generó o comunicó ese mensaje de datos.”

Los contratantes al usar firmas electrónicas para mayor seguridad pueden solicitar los servicios de certificación.

El **Certificado** es todo Mensaje de Datos u otro registro que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de firma electrónica.¹⁹⁸

Podrán prestar el servicio de Certificación y por ende expedir los certificados, previa acreditación ante la Secretaría de Economía:

- 1.- Los notarios públicos y corredores públicos;
- 2.- Las personas morales de carácter privado, y
- 3.- Las instituciones públicas, conforme a las leyes que les son aplicables.¹⁹⁹

El procedimiento para la expedición de certificados, es el siguiente:

“El fedatario hace constar “el reconocimiento de firma y la fe de hechos” realizada a solicitud del compareciente, quien exhibe un documento denominado “solicitud-requerimiento de certificación de firma digital”. Dicho documento contiene la clave pública como propia del compareciente, la cual se encuentra vinculada a una clave privada y se relaciona con los datos del titular. Además se entrega el disquete con el archivo electrónico que contiene dicha información para su proceso, validación y registro.

Por su parte, el fedatario receptor levanta declaración unilateral de voluntad donde constata la capacidad legal del compareciente, así como su identidad, dice que tuvo a la vista los documentos del caso, que leyó y explicó el instrumento y además se

¹⁹⁸ Artículo 89 del Código de Comercio.

¹⁹⁹ Artículo 100 del Código de Comercio.

firmó en su presencia. A continuación, expide un certificado digital usando el kit de operación respectivo.

El procedimiento es muy similar en el caso de personas morales, si bien en este caso el notario debe constatar los pormenores que se refieren a la legal existencia y capacidad de la empresa, la satisfacción de los requisitos estatutarios, las atribuciones del representante y la cadena de las decisiones societarias para el acto específico.

El convenio prevé también la certificación de sitios web con el perfil legal y comercial de una empresa determinada, caso éste en el cual el fedatario da asimismo fe de la declaración de voluntad del usuario, expide el certificado digital y finalmente emite el "sello de sitio certificado".

También se podría certificar una transacción electrónica elaborando el documento en el protocolo electrónico del fedatario y enviándolo a través de la red. Los contratantes lo firman digitalmente y entonces el notario lo autorizaría incorporándolo definitivamente a su protocolo.

Una vez registrados los certificados, el notario puede proceder a la expedición del testimonio respectivo.²⁰⁰

A través de la utilización de los certificados en la celebración de los actos de comercio por medios electrónicos se otorga certeza jurídica y seguridad informática; adicionalmente, puede pedir se de fe de las calidades y cualidades de los bienes objeto de los contratos, y así obtener el comerciante permanencia en su actividad, por su desempeño de honestidad o seriedad, obteniendo incluso publicidad y por ende aumento en sus ventas.

²⁰⁰http://premium.vlex.com/doctrina/REDI_Revista_Electronica_Derecho_Informatico/Mexico_Las_preguntas_mas_comunes_contratacion_electronica/2100-130326,01.html

La evolución del comercio es producto del avance tecnológico, por ello, hablar de contratos mercantiles, no implica necesariamente un documento con una firma manuscrita, sino, un mensaje de datos, signado con una firma electrónica. Lo mismo pasa, respecto al lugar físico donde se ofrecen bienes, pues hoy sólo se requiere tener un espacio en la red, para exhibir los productos.

El Código de Comercio en el artículo 89, dispone:

En los actos de comercio podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. Para efectos del presente Código [...] a la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada a través de éstos, se le denominará mensaje de datos.

Los mensajes de datos, tendrán plenos efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria, respecto de cualquier información, contenida en ellos.²⁰¹

El creciente y rápido desarrollo de la tecnología en materia de comunicación, ha sido la base, no sólo para transformar a las personas en su vida cotidiana, sino la forma de cómo se manejan las sociedades mercantiles o las personas físicas comerciantes; dando pie a una evolución del comercio, al dejar

²⁰¹ Se presumirá que un Mensaje de Datos proviene del emisor si ha sido enviado:

- 1.- Por el propio emisor;
- 2.- Al usar medios de identificación, tales como claves o contraseñas del emisor o por alguna persona facultada para actuar en nombre del Emisor respecto a ese mensaje de datos;
- 3.- Por un sistema de información programado por el emisor o en su nombre para que opere automáticamente.

Salvo pacto en contrario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el emisor tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo.

a.- Si el emisor o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal;

b.- Si el emisor o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

atrás barreras u obstáculos mercantiles, con relación a las formalidades tradicionales; para que un acto de comercio exista, sea valido y eficaz, ya no se requiere el papel, pues los contratos vía electrónica, tienen los mismos elementos y efectos de derecho como si se hubieran establecido en documentos.

Este cambio produjo la necesidad de modificar el marco legal para reconocer efectos jurídicos al uso de medios electrónicos en la formulación de ofertas y su aceptación, lo que motivo en el dos mil la realización diversas reformas al Código Civil Federal, de Procedimientos Civiles, al de Comercio, entre otras leyes,²⁰² para regular y establecer los medios electrónicos, ópticos o cualesquier otras tecnologías, como formas de manifestar la voluntad y darle validez a los contratos electrónicos. Verdaderamente su uso se ha difundido con gran velocidad para realizar miles de operaciones mercantiles.

La exposición de motivos para la reforma de estos preceptos, entre otras cosas, señaló:

1.- Se consideró como base jurídica la Ley Modelo en materia de Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), adaptándose a la realidad nacional, como: el principio de “neutralidad del medio”, la ley habla en general de la tecnología y no en particular, pues evidentemente, ésta es superior en países de primer mundo.

²⁰² En México se reconoce la firma electrónica, entre otras leyes:

- a.- Ley del Mercado de valores, artículo 91.
- b.- Ley Aduanera, artículo 36.
- c.- Ley Federal de Protección al Consumidor, Artículos 1 fracción VIII, 24 fracción IX-bis, 76.
- d.- Ley Federal de Derechos de Autor, artículos 101, 102, 103, 104, 123.
- e.- Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, artículos 26, 27, 56, 65 y 67.
- f.- Código Fiscal Federal.
- g.- Reglamento interno del Banco de México.

2.- Se reflexionó sobre la importancia de la actividad comercial para el desarrollo económico de México, por ello, era ya una necesidad la actualización de la legislación mexicana sobre la materia. **Se reconoció la validez jurídica de los actos, contratos o convenios comerciales celebrados entre no presentes por vía electrónica, del mismo modo que se reconocen los actos celebrados mediante documentos consignados en papel; esto se conoce como el principio de “equivalente funcional”.** Así, se busca facilitar el comercio electrónico dando igualdad de trato a los contratos con soporte informático “como si” fueran consignados en papel.

La información consignada por medios electrónicos ofrece el grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, siempre y cuando se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos. La adopción del criterio de “equivalente funcional” no da lugar al establecimiento de normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico que las aplicables a la documentación consignada sobre papel.

3.- El uso de la International Net “Internet” y de la World Wide Web “WWW”, ha revolucionado el comercio mundial y desde luego el nacional, al permitir el contacto instantáneo y barato entre vendedores, inversionistas, anunciantes y financieros de todas las regiones del mundo.

4.- Se consideró la validez de la contratación a distancia, o entre no presentes,²⁰³ mediante el cual se celebran operaciones comerciales muy importantes. **No debe existir razón alguna para negar validez jurídica a los contratos celebrados por medio de mensajes electrónicos, ya que cumplen con la**

²⁰³ Podrá incluso considerarse entre presentes con el uso de la comunicación con cámara web, dentro de lo que se conoce como “tiempo real”.

finalidad, o razón de ser de los requisitos establecidos por la ley a los contratos tradicionales, superando inclusive en muchos aspectos a aquellos celebrados en papel. En virtud de lo cual los contratos celebrados por medios electrónicos deben tener validez probatoria.

5.- Se reflexionó sobre el desarrollo del comercio electrónico y su crecimiento, el cual tendrá lugar exista o no, ordenamiento legal alguno que reconozca y regule de algún modo su desarrollo, en razón de lo cual se pretendió crear un adecuado marco legal par no obstruir las transacciones, y ofrecer un nivel de seguridad jurídica aceptable.

6.- Se consideró la validez de la oferta y la aceptación o rechazo de la misma, realizadas a través de mensajes de datos. **Se estableció el reconocimiento del mensaje de datos electrónico con la misma validez de la forma escrita, por cumplir con los mismos requisitos de forma de los contratos y demás documentos legales** firmados manuscritamente por las partes.

7.- Se reconoció efectos jurídicos, validez y fuerza probatoria de los mensajes de datos, como elementos probatorios para ser valorados por el Juez, y no fuera una decisión arbitraria de éste. Pues en ellos se consta la obligación contraída por los suscriptores. Siempre y cuando la información se haya mantenido integra e inalterada y, que sea accesible para consultas ulteriores.

8.- Reconoce derechos de los consumidores, en la Ley de Protección al Consumidor, para aquellos que efectúen operaciones a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología.

9.- Los actos realizados por estos medios, deben ser inscritos en el Registro Público del Comercio, pues sólo así surtirán efectos frente a terceros.

De la exposición de motivos para la reforma de algunos preceptos del Código de Comercio y otras disposiciones en materia de tecnología, y la adición misma; le otorgan a la firma electrónica los mismos efectos “como si” fuera una autógrafa; y el mensaje de datos, “como si” se cumpliera con el requisito de forma escrita de los actos jurídicos.

El considerar por parte del legislador a la firma electrónica como autógrafa, permite certidumbre jurídica respecto de los actos jurídicos celebrados por Internet, se trata en la mayoría de los casos de convenios suscritos internacionalmente, donde las fronteras físicas se han eliminando. No obstante, la contratación a distancia a través de medios virtuales, trae aparejada diversos problemas.

Si bien es cierto, la mayoría de los países forman parte de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), por tanto la legislación interna de estos países, concurre con las leyes modelos emitidas por esta organización. Un ejemplo de esto es la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre firmas electrónicas. Lo establecido en esta ley, fue tomado por el legislador mexicano, y se incorporaron las disposiciones en el Código de Comercio, con ello, en caso de controversias entre contratantes a través de medios tecnológicos y la utilización de la firma electrónica, podrá resolverse bajo los Principios Generales del Derecho Internacional Privado,²⁰⁴ establecidos tanto en el Código Civil o de Comercio y en las disposiciones análogas de los distintos países:

²⁰⁴ Pereznieto Castro, Leonel. Derecho Internacional Privado. Parte General. Séptima edición, editorial Oxford. México, 2001. paginas 144-163, 183, 220-240.

Lex rei sitae: en caso de controversia rige la ley del lugar de los bienes, este principio se establece en el artículo 13 fracción III del Código Civil Federal, el cual determina:

“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 registrarán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros”.

Lex regit actum: los actos jurídicos se regulan por la ley del lugar en donde se realizan; se establece este principio en el artículo 13, fracción IV, del Código Civil Federal:

“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 Republica tratándose de materia federal; y”

Lex Loci executionis: rige la ley del lugar donde se ejecutan los actos, por tanto el juez competente debe ser en razón del lugar donde debe cumplirse la obligación respectiva. El artículo 13, fracción V, del Código Civil Federal determina:

“Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se registrarán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.”

Lex fori: ley del fuero, esto es, el derecho interno; el Juez debe recurrir a su propio derecho para saber que se entiende por forma del acto, celebrado en el extranjero y con derecho extranjero; se aplicará la ley del lugar donde se sigue el procedimiento judicial. El artículo 14, fracción III del Código Civil Federal, sostiene:

“No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos.”

Mobilia sequuntur personam: “los bienes muebles siguen a las personas”; la ley aplicable es el del domicilio de las personas, así como el domicilio del propietario de los bienes muebles. El artículo 24 fracción IV de Código Federal de Procedimientos Civiles, establece este principio:

“Por razón de territorio es tribunal competente:

IV. El del domicilio del demandado, tratándose de acciones reales sobre muebles o de acciones personales o del estado.”

Lex mercatoria: son aplicables las prácticas, usos y costumbres de los comerciantes. El artículo 1445, cuarto párrafo, del Código de Comercio, señala:

“En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.”

Forum loci executionis: la determinación del juez competente se hace en razón del lugar donde deba cumplirse la obligación. El artículo 24 de Código Federal de Procedimientos Civiles, recoge este principio:

“Por razón de territorio es tribunal competente:

- I. El del lugar que el demandado haya señalado para ser requerido judicialmente sobre el cumplimiento de su obligación*
- II. El del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación.”*

Lex causae: la ley aplicable es la ley extranjera designada, incluidos sus propios conceptos y categorías. El artículo 14 de Código Federal de Procedimientos Civiles, establece este principio:

“En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente:

I. Se aplicaría como lo hería el Juez extranjero correspondiente, para lo cual el Juez podrá a llegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho. [...]”

La legislación mexicana es amplia para el caso de resolver controversias suscitadas entre particulares ubicados en distintos países, el problema radica en la conveniencia económica de iniciar un procedimiento, dependerá del capital aportado en la operación, de ahí la importancia de establecer contratos previsores de cualquier situación y que en el mismo se resuelva cualquier conflicto, acorde con los principios establecidos en ambas legislaciones.

El principio de *“neutralidad del medio”* establecido en la Ley Modelo y retomado en el Código de Comercio, consiste en legislar la tecnología en general y no en una en particular, pues la misma es superior en países desarrollados que en los del tercer mundo, y lo mismo pasa con las élites socio-económicas. La tecnología tiene un costo de adquisición, normalmente mayor en los países subdesarrollados, lo que hace difícil su acceso, pero el costo es más alto si no se tiene. La tecnología es una inversión en cualquier negociación, empresa o sociedad. Por ejemplo, si una industria de telas careciera del teléfono, fax o correo electrónico, sería difícil de localizar y por ende contratarla, perdiendo oportunidad de trabajo.

Adicionalmente, para las personas que por su situación económica, social y educativa, tienen acceso a la tecnología, era necesaria para ellos, la regulación de

los actos jurídicos celebrados por vía electrónica y la creación de una figura jurídica que respaldará la voluntad plasmada a través de mensajes de datos.

Con Internet se han modificado incluso las conductas sociales y así actualmente se habla de ciberdelitos, ciberseguridad, la generación "N", el día de Internet, entre otros.

Las conductas delictivas a través de la red, son la moda. Lo "retro" son los tatuajes, la ropa deslavada, las navajas, distintivos de las llamadas bandas y la propia violencia física; hoy se requieren computadoras, conexión a la red y saber usar la tecnología para cometer fraudes, prostitución infantil, terrorismo, piratería y robos.

"El notable aumento de la criminalidad en Internet alarma hoy a expertos y usuarios de las redes de computadoras. Sólo en el año 2005 los delitos informáticos causaron en el mundo pérdidas económicas ascendentes a 67 mil millones de dólares.

Grupos organizados de verdaderos "gánsteres cibernéticos", utilizan cada vez más esta vía para cometer todo tipo de fechorías, que incluyen desde el robo de grandes sumas de dinero a bancos y empresas, hasta la apropiación de bases de datos, el espionaje económico, industrial, militar y tecnológico, el chantaje y la extorsión.

Así crece de manera inusitada el número de hackers (los llamados piratas informáticos) dedicados a diseñar programas malignos por encargo de esta suerte de mafia electrónica, mientras cambian también las formas de expresión de tales ataques.

Ello explica que si hace apenas tres años lo habitual era la infección de millones de computadoras a la vez, en la actualidad dichas acciones van dirigidas a puntos más específicos, pero muy beneficiosos en materia de ganancias como son los bancos.

La forma de ataque más de moda en nuestros días es el denominado robo de identidad (phishing), que se basa en el robo a distancia de las

credenciales de autenticación de un individuo o empresa, lo cual permite hacer estafas millonarias.

Una de las vías empleadas es suplantar, por ejemplo, la identidad del servidor de un banco de modo que los clientes se relacionen con este y escriban sus datos personales sin detectar el engaño.

Con ello el atacante obtiene toda la información que le ofrece la propia víctima y asume su identidad, lo cual le permitirá manejar el dinero a su antojo, e incluso, puede transferirlo a otra cuenta bancaria y desfalcar al verdadero propietario.

Los servicios más golpeados por el robo de dinero a través de Internet son los de la banca electrónica, subastas en línea, tarjetas de crédito, y el comercio electrónico.”²⁰⁵

En México, el Secretario de Comunicaciones y Transportes, Pedro Cerisola, señaló:

“Los delitos relacionados con pornografía infantil son 50% del total de los delitos y esos son los que más dañan, porque dañan a la sociedad en sus propias bases. Luego tenemos los delitos de fraude, el manejo y manipulación de información, y los delitos de los famosos 'hackers' o de vandalismo virtual”, detalló a la prensa el funcionario.

Al participar en un foro en la Cámara de Diputados, sobre la legislación en materia de delitos cibernéticos, Cerisola agregó que este tipo de delitos “son inaceptables en forma absoluta”, por lo que el gobierno de México mantiene un programa permanente de lucha en contra de la pornografía infantil a través de Internet. En el foro se concluyó que es indispensable proteger la integridad de niños y jóvenes, para que éstos no sean utilizados en actividades ilícitas a través de Internet.

El año pasado, una unidad especializada en “ciber-delitos” de la Policía Federal Preventiva de México (PFP) anuló 390 sitios de Internet que exponían pornografía infantil en sus páginas, y detuvo a 20 personas relacionadas con su distribución. Más de la mitad de los sitios electrónicos, 197, fueron creados en la ciudad de México, además que las autoridades también hallaron siete sitios en los que se alentaba el ciber-terrorismo.”²⁰⁶

²⁰⁵ http://www.cubaperiodistas.cu/000_INFO/846.htm

²⁰⁶ <http://actualidad.wanadoo.es/carticulos/64688.html>

La mayoría de los países se han enfocado en establecer la seguridad en la red de redes. México a través de la Policía Federal Preventiva creó la “ciberpolicía” encargada de la delincuencia en el espacio de Internet. Aquí, sólo los especialistas tecnológicos son los trabajadores, éstos persiguen a los delincuentes, recogen las informaciones, frenan las actividades de los *crackers*, arrestan a los creadores de virus y previenen el terrorismo, todo esto producido a través de internet.

“Ejerciendo sus atribuciones legales y para garantizar la presencia de la autoridad en la supercarretera de la información, desarrolló en México la primera Unidad de Policía Cibernética, que además de las acciones preventivas en materia de delitos cometidos en Internet y usando medios informáticos, cuenta con un área específica en materia de prevención y atención de denuncias de delitos contra menores, como existen en los países desarrollados.

Los crímenes cometidos en agravio de menores a través de una computadora y otros medios han tenido un incremento sin precedentes, tanto en México como en el mundo, derivado de la velocidad del desarrollo tecnológico y con las crecientes oportunidades de acceso a Internet. La red ha sido utilizada por organizaciones criminales de pedófilos que promueven y transmiten pornografía infantil; también, se sabe de las operaciones de bandas internacionales de prostitución, que utilizan sistemas informáticos como medio de promoción y sobre todo de reclutamiento.

Otro tipo de crímenes que se han incrementado de manera considerable son el fraude cibernético, la piratería de software, la intrusión a sistemas de cómputo, el hackeo, la venta de armas y drogas por internet y el ciberterrorismo las cuales son amenazas para la sociedad.”²⁰⁷

La ciberpolicía tiene como finalidad:

“La identificación y desarticulación de organizaciones dedicadas al robo, lenocinio, tráfico y corrupción de menores, así como a la elaboración, distribución y promoción de pornografía infantil, por cualquier medio.

Localización y puesta a disposición ante autoridades ministeriales de personas dedicadas a cometer delitos informáticos.

²⁰⁷.http://www.ssp.gob.mx/application?pageid=pcibernetica_sub_2&docName=¿Quiénes%20somos?&docId=418

Realización de operaciones de patrullaje anti hacker, utilizando internet como instrumento para detectar a delincuentes que cometen fraudes, intrusiones y organizan sus actividades delictivas en la red.

Análisis y desarrollo de investigaciones en el campo sobre las actividades de organizaciones locales e internacionales de pedofilia, así como de redes de prostitución infantil.”²⁰⁸

La sociedad ha evolucionado -para bien o para mal-. Antes, las palabras en la conversación, cartas o los libros eran la puerta para adquirir o transmitir cualquier información. Después apareció la radio, fue la entrada favorita durante mucho tiempo hasta la llegada de la televisión, pero fue el teléfono el que logro acortar los tiempos en la comunicación. Actualmente para los jóvenes el acceso a la comunicación e información es la computadora conectada a la red.

“La generación que apareció después de la segunda Guerra Mundial (y que comprendió aproximadamente de 1946 a 1963) recibía toda la información a través de la radio y la televisión, conocida en algunos medios como generación baby boom. La radio y la televisión eran la ventana para ellos.

Después de la generación baby boom apareció la generación X cuyo nombre obedecía a tres principales razones:

- 1. X de la palabra eXclusión: símbolo de la exclusión social y psicológica. Una generación en la que abundan los desempleados. No hay más lugar para ellos. Se sienten excluidos, enajenados y rechazados.*
- 2. Invisible, sin identidad propia, difícil de definir, por eso se llama la generación X.*
- 3. También se llaman PANTS: tendencia Personal, Amusement (diversión), Natural, Trans-border (unisex, no hay distinción de sexo), Self-love, de 23 a 35 años de edad, usan computadora e Internet.*

Hace algunas décadas se considero a la generación X con mucha preocupación por sus actitudes diferentes y "llamativas". Ahora es el

²⁰⁸ Ídem.

nacimiento de la generación N; es decir, la generación Net. Se habla de ellos constantemente y con mucha curiosidad por sus peculiaridades y por su estrecha relación con las computadoras y el network.

Esta generación Net:

- *Prefieren la computadora a la televisión.*
- *Crecieron junto a la computadora desde la infancia.*
- *Nacieron después de 1977.*
- *Están armados con la Digital Literacy (literariedad digital) es la capacidad en otro nivel para descifrar las informaciones.*
- *Pueden "sobrevivir" conectándose con network aunque no tengan el apoyo de sus padres ni de sus maestros.*
- *Son muy creativos. Odian el estilo estereotipado. Odian copiar la vida de otros, mucho menos copiar la vida de los adultos.*
- *Sólo existen dos respuestas a toda pregunta: sí o no, con toda la claridad. Están acostumbrados al sistema de computación bit 0 y 1: encendido o apagado.*
- *En el ambiente de network se está en igualdad. Es horizontal, no resiste el sistema vertical del orden.*
- *Hacen los trabajos que ellos quieren.*
- *Trabajan con varias ventanas de trabajo abiertas al mismo tiempo.*
- *Están dirigiendo la revolución digital en el escenario de network.*
- *Sus lemas: independencia, variedad, creatividad, personalidad propia, participación en network.*
- *Por lo tanto, son muy hábiles para manejar la computadora, el network y la comunicación digital.*

*Net es la generación que creció con Internet. La clave para "descifrarlos" es Internet. Prefieren la comunicación recíproca al estilo de Internet (chat). A la generación net le encanta usar los signos de "emoticon": emoción + icono: por ejemplo, ^ ^, -_- , *_* , J... Es una manera para expresar los sentimientos a través de las letras de teclado.*

Pero, hay aspectos negativos y positivos de la generación net que tienen fuerte impacto tanto en los individuos que forman parte de dicha generación como en la sociedad en la que están insertos (y con el Internet, podríamos decir que en la sociedad de todo el mundo). Hablaremos de algunos de ellos.

La generación net lleva en sí misma el vicio de web: Webaholism (webaholismo: vicio de web), webaholics (webahólicos: la persona con vicio

de web). Los jóvenes net a veces no pueden dormir por preocuparse por los e-mails que puedan llegar durante la noche. Trabajan de 5 a 10 horas sin parar con la computadora sin fijarse en el horario.

No están protegidos contra la información antisocial: pornografía, armas, violencia, informaciones falsas, violencia verbal en la comunicación en Internet.

Por otra parte, tienen el conocimiento y la habilidad suficientes para manejar la computadora y las informaciones tanto técnicas como de tecnología. Tienen amigos y vecinos a través de Internet. No les interesa tanto el que vive al lado de su casa como los amigos del espacio cibernético. Admiran a los héroes del cyberspace; por ejemplo, los campeones de los torneos de juego, los hackers que manejan técnicas increíbles y hasta los crackers que hacen actividades ilegales en el mundo cibernético.

Quieren competir con otros para mostrar su capacidad y conocimiento sobre la computación. Aunque algunos de ellos producen los virus cada vez más fuertes para ver si alguien puede producir el programa de antivirus en contra. Compiten con los hackers de otros países. La tentación de entrar al network de defensa nacional y de los grupos de inteligencia es muy fuerte, ya que es una oportunidad que ellos ven de burlarse de las instituciones y de su autoridad. Son muy inteligentes.

En el área de las oficinas apareció un grupo muy particular de la "tribu" de SOHO (Small Office, Home Office). Hoy en día, muchas compañías tienen sólo oficinas pequeñas con pocos o ningún empleado. En ocasiones, el presidente de la compañía es el único empleado. Algunas más han prescindido de las oficinas. Solucionan todos los asuntos de negocios desde la casa en donde tienen todas las informaciones necesarias. No se necesita andar en la calle sufriendo el tráfico ni gastando el tiempo en desplazarse. Otros más entregan sus encomiendas a la oficina matriz a través de Internet. Todo ello está cambiando la estructura y el concepto básico de las compañías.

Esta revolución informática que ha llegado hasta crear nuevos estilos de trabajo, nuevos conceptos de empresa, se presenta como el lugar ideal para los jóvenes de la generación net, ya sea como empleados o dueños. En los últimos años, han aparecido dueños y empleados muy jóvenes que

*manejan su capacidad creativa sin límite. En esta área, los miembros de la generación net son unas estrellas.*²⁰⁹

La importancia de Internet ha llegado a los niveles de considerar el día 17 de mayo, como el *día de internet*, se estableció con la finalidad de reducir la llamada "*brecha digital*", esto es, la distancia entre los conectados y los desconectados, entre quienes acceden a la red y quienes todavía no la comprenden. Permitir la libertad de la información sin violar el derecho a la privacidad. Así como, estimular el desarrollo social, económico y educativo de las personas.

La sociedad continuará su evolución ¿Hasta dónde?, hasta donde el ser humano lo permita, hoy los amigos son las computadoras, las relaciones interpersonales son aburridas, los delincuentes sólo han cambiado la forma de operar, lo importante es que los valores se trasmitan a todos esos jóvenes de la generación Net, pero sólo podrán participarse a través del ejemplo, esto es lo difícil; por ello, el Derecho debe estar siempre a la vanguardia, pues es el encargado de frenar o permitir los cambios sociales en forma armónica, de ahí la importancia de que el legislador este siempre un paso adelante de la tecnología, con una permanente visión del y hacia el futuro.

²⁰⁹ <http://sincronia.cucsh.udg.mx/joon.htm>

Conclusiones

1.- Las ficciones surgen del proceso intelectual entre la imaginación y la razón, ya que sin estas no es admisible hablar de aquellas. No se trata de la nada inventada por mentes fértiles, sino es el resultado del proceso mental del hombre para explicar algo más allá de las meras visiones materiales de los hechos, ya que no sólo lo apreciado por los sentidos son las únicas verdades.

2.- La palabra ficción denota tanto en lo coloquial como etimológicamente “imaginar”, de ahí, que es usada por el ser humano como forma de salir de la realidad objetiva a través de sueños, ideas y pensamientos; y por otro lado, es tomada por la Ciencia del Derecho para reconocer la realidad jurídica, para darle plena eficacia a las instituciones que la integran.

3.- Las ficciones jurídicas surgieron desde que el hombre creó el propio Derecho, pues éste surge precisamente de la idea de aquellos hombres de vivir en un mundo armónico, creando un organismo imaginario (Estado) encargado de realizar el fin primordial de concordia entre los hombres. Cuando esos hombres les dan reconocimiento a las ficciones se convierten en una realidad subjetiva produciendo consecuencias objetivas en el mundo jurídico.

4.- Dado que en Derecho no todas las cuestiones se plantean de forma objetiva, pues en ocasiones se trata de cosas inmateriales, se crean figuras jurídicas para resolver de la forma más simple los planteamientos, de ahí, la utilidad de las ficciones jurídicas, que a través de ellas se modifica la naturaleza física o jurídica que fáctica o legalmente le correspondería a determinado bien o institución; para regular conductas o cubrir necesidades que materialmente no se pueden obtener.

5.- Para que la ficción sea útil es necesario que las personas se ubiquen en el supuesto normativo, para que así sea aplicable el precepto que la regula, ya que antes de ubicarse en la norma lo único que existe es el contenido de la ley.

6.- Se ha tenido la idea equivocada de considerar a las ficciones como mentiras, cuando en la realidad jurídica si son verdades, pues establecen lo que debe ser. No implican falacias, engaños o absurdos, sino plena comprensión de la realidad con la finalidad de explicar concientemente algo que de otra manera quedaría en la incompreensión.

7.- El futuro es el tema concurrente entra la ciencia ficción y la Ciencia del Derecho, la primera proyecta los posibles escenarios que tomará la sociedad en función de la tecnología, y es aquí donde el legislador con base en esos planteamientos debe prever los posibles cambios para que en el momento de llegar al futuro se tengan los principios de cómo regular determinada conducta, con la finalidad de que el Derecho ya no continúe como un reflejo tardío de los cambios tecnológicos y por ende sociales.

8.- Es necesaria la regulación del comercio informal, tanto para el otorgamiento de los permisos como para la cancelación, revocación o modificación de los mismos, pues el deterioro de los valores de los funcionarios ha provocado un uso abusivo de facultades. De ahí la necesidad de delimitar las facultades jurisdiccionales del poder administrativo en los casos de resolver los conflictos que se susciten entre el permisionario y el Estado.

9.- La Ciencia del Derecho Mercantil se sustenta en ficciones jurídicas para obtener lucro como su fin primordial, al crear realidades imaginarias que producen

consecuencias jurídicas objetivas. Sin las cuales, el mundo moderno quedaría completamente paralizado.

10.- Las sociedades mercantiles son elementos ficticios en el derecho mercantil, pues se trata de personas imaginarias con pleno reconocimiento y eficacia no solo en el mundo jurídico, sino en el objetivo; al grado de ser considerarlas como si realmente fueran materiales, y es aquí, donde la ficción de las personas morales cumple su finalidad al hacer creer que en realidad existen en el mundo objetivo.

11.- El constante temor al posible robo del dinero en efectivo –billetes, monedas- el costo por su transporte y resguardo; fueron los motivos desde la época del orfebre y su continuidad hasta hoy, a respaldar la idea de incorporar un determinado valor a un simple papel, plástico, metal o instrumento; pues evidentemente se vuelve materialmente imposible agregar un derecho o un valor a una cosa, pero es posible a través de la ficción de la incorporación, donde el derecho o el valor está íntimamente ligado al documento.

12.- Con la apertura y reconocimiento legal del comercio electrónico el comisionista tiende a desaparecer, pues a través del Internet una persona puede realizar diversas operaciones entre no presentes o presentes en el llamado “tiempo real”, sin la utilización del comisionista. Por ello, esta figura ahora surge como intermediario de conflictos, creando incluso “agencias arbitrales” como meras conciliadoras, sin el respaldo legal, pues si no se resuelve el mismo se tendrá que acudir a las instancias jurisdiccionales.

13.- El Derecho está íntimamente ligado a la tecnología, pues ésta modifica las relaciones del ser humano, y precisamente al Derecho le corresponde regular

ese cambio social, por ello el legislador en el año dos mil adicióno en el Código de Comercio la forma de celebrar actos jurídicos a través de medios electrónicos, considerando a ésta forma como si se tratara de los tradicionales, esto es: el “mensaje de datos” con la posibilidad de ser consultado posteriormente, como si se tratara de un documento escrito. La “firma electrónica avanzada” como si se tratara de la firma autógrafa.

14.- El origen de la ya figura jurídica de la firma electrónica y su consideración como si se tratara de autógrafa, se debió a la necesidad de garantizar la seguridad de los actos celebrados vía Internet, pues se requirió certeza de quienes contratan, integridad de la operación y evitar que extraños modificaran la información.

15.- No es necesaria la creación de una ley que regule los actos jurídicos celebrados vía Internet o una que regule a la firma electrónica, pues es suficiente que se establezcan las definiciones, formalidades, características, elementos y requisitos de los mismos en las leyes que establezcan el uso de los medios electrónicos. Lo que urge es el establecimientos de mecanismos y disposiciones para la resolución de conflictos, aunque la ley no es omisa, pues se pueden llegar a aplicar los Principios Generales de Derecho Internacional Privado, convenios internacionales o las propias disposiciones internas, es necesario establecer preceptos precisos; incluso la especialización de Jueces y Magistrados, en temas de tecnología.

PROPUESTA

1.- La ficción jurídica debe ser un tema tratado en el plan de estudios de la Facultad de Derecho, para que los estudiantes que ingresen o cursen, tengan una visión amplia de cómo surge el Derecho, y con ello comprendan gran parte de las instituciones que lo integran. Esto, para que los que hoy son estudiantes y mañana sean postulantes, legisladores o jueces perciban los efectos jurídicos del correcto uso de las figuras jurídicas, y así mejorar su regulación o aplicación en el momento en que sean Licenciados en Derecho.

Con ello, por ejemplo, en la práctica profesional se evitará:

- a. Considerar a la “sucesión” como persona moral, sin que la misma funcione simuladamente como tal, o alguna ley le de ese trato. Incluso el albacea se considera como representante de la misma, cuando lo es de los herederos.
- b. La admisión de una demanda en vía ejecutiva mercantil cuando la acción esté respaldada por el contrato donde se estableció el crédito, sin que el mismo se trate de algún título de crédito. Pues en su caso tendrá que admitirse y tramitarse en la vía ordinaria.
- c. El uso de la palabra representación como sinónimo de cosa, documentar mercancías o actuar a través de un órgano. Pues la misma sólo opera para personas y no objetos, ni órganos, como hoy en día frecuentemente se utiliza.

Propongo el establecimiento de cursos a los ya jueces, magistrados, ministros y legisladores, para que se actualicen respecto a las ficciones jurídicas y ya no continúen cometiendo errores garrafales, como en los ejemplos anteriores.

2.- El incorporar valor a simples papeles ha sido la solución para que la riqueza se transfiera con mayor rapidez y seguridad. Sin embargo, los especialistas en tecnología especulan que en diez años el papel escaseará y quizá hasta se prohíba su uso, de ahí que propongo, que los medios tecnológicos suplan al papel; como siempre al inicio será difícil aceptarlo, pero así como se aceptó el papel moneda, se aceptará el papel electrónico.

Hoy el papel moneda ha sido suplido por el dinero plástico porque se tiene su respaldo, ficción sobre ficción. Pero llegará el día donde ya no haya billetes ni monedas, y el dinero será solo el valor que se incorpora al instrumento (chip) de la tarjeta de plástico. Cuando se llegue a esto, el legislador debió haber considerado que el respaldo podrá ser la memoria de una computadora, y deberá regular las formas de tecnología, la seguridad y los mecanismos de controversia.

3.- Para todos los comerciantes formales o no, que realicen actos con base en concesiones, autorizaciones o licencias otorgadas por el Estado, en caso de revocación, cancelación o modificación de la misma es necesario que se resuelvan conforme al Código de Comercio para proteger a los comerciantes y colocarlos simuladamente en un plano de igualdad frente al Estado. Por ello propongo la reforma del artículo 1050 del Código de Comercio: *“Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de la partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil o administrativa (Estado) la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles.”* Esto ya es una necesidad para evitar el uso abusivo de facultades jurisdiccionales de los funcionarios del Poder Ejecutivo.

4.- Propongo la reforma en materia procesal respecto a la tramitación de juicios para que se incorpore como forma adicional la interposición de demandas, procedimientos o recursos vía Internet con la utilización de la firma electrónica avanzada, para ello, se podrán utilizar las ficciones jurídicas para darle a esta nueva forma los mismos efectos jurídicos como si se tratara del tradicional, por lo que es necesario se efectúe:

a. Un estudio en las dependencias que ya utilizan Internet y firma electrónica avanzada para realizar algún trámite. Por ejemplo, observar las ventajas, desventajas, problemas y seguridad del SAT con la presentación de la declaración anual a través de medios electrónicos.

b. La creación de un órgano para la expedición de firmas electrónicas avanzadas y el Secretario de Educación Pública emita cédulas profesionales electrónicas.

c. La apertura de juzgados encargados de la tramitación de estos procedimientos, la especialización de jueces y magistrados en materia de tecnología.

d. La creación de un programa cibernético, fácil, rápido y seguro en su uso, para que opere como oficialía de partes, archivo y secretaría del juzgado.

e. El establecimiento preciso de formalidades a seguir, donde se podrán utilizar las ficciones jurídicas para darles los mismos efectos jurídicos que los tradicionales, lo que permitirá tener seguridad en el uso de esta nueva forma, como:

- El “mensaje de datos” que contenga la demanda tendrá los mismos efectos que el tradicional.
- La “firma electrónica” que suscriba el “mensaje de datos”, se considerará como una firma autógrafa.
- El acuse de recibo será el propio número de demanda, con los mismos efectos como si se tratará del sello de presentación del escrito, ante la oficialía de partes común.
- La presentación de documentos originales, se tendrán que adjuntar al “mensaje de datos”, teniendo los mismos efectos como si se hubieran presentado de forma física. El Juez podrá solicitar se presenten de forma material y deberá hacerse antes del emplazamiento.
- La celebración de audiencias a través de las cámaras web, en “tiempo real”, con excepción de las que requieran la comparecencia física, como el caso de las audiencias de conciliación, desahogo de testimoniales o confesionales, a menos que se hayan ofrecido a través de medios electrónicos; tendrán los mismos efectos como si se hubieran desahogado ante la presencia judicial.

f. Prever todas aquellas situaciones con relación a las posibles fallas del sistema cibernético. Los problemas que surjan serán los mismos que hoy se viven, será el modo de operar el que cambie.

Con esta reforma se obtendrían beneficios como ahorros de tiempo, gastos por combustible, menos contaminación, fin de los aglomeramientos, entre muchos más.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBAGNANO, Nincola. *Diccionario de Filosofía*. Segunda edición. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 1991.
- ÁLAMO, Javier. *Los 140 tipos de personas reconocidas por el derecho mexicano*. Editorial Porrúa. México. 2000.
- ÁLVAREZ LEDESMA, Mario Ignacio. *Introducción al Derecho*. Editorial McGraw-Hill. México. 1995.
- ARCE GARGOLLO, Javier. *Contratos Mercantiles Atípicos*. Sexta edición. Editorial Porrúa. México. 1999.
- BAQUEIRO, Edgar. *Diccionario Jurídico*. Editorial Harla. México. 1989.
- BARRERA GRAF, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Tercera reimpresión. Editorial Porrúa. México 1999.
- BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo. Y otros. *Lecciones de Teoría del Derecho*. Editorial McGraw-Hill. Madrid. 1997.
- CAPILLA RONCERO, Francisco. *La persona jurídica, función y disfunción*. Editorial Tecnos. España. 1984.
- CASO Antonio. *Sociología*. Décimo tercera edición. Editorial Lmusas Wiley. México. 1964.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Derecho Mercantil*. Segunda edición. Editorial Porrúa. México. 2002.
- CHEVALLIER, Jean Jacques. *Los grandes textos políticos*. Editorial Aguilar. Madrid. 1962.
- CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra. *Teoría Integral de la Apariencia Jurídica*. Editorial Porrúa. México. 2006.

- DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús. Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Cuarta edición. Editorial Porrúa. México. 2002.
- DE RÓTTERDAM, Erasmo. Elogio de la Locura. Quinta edición. Editorial Porrúa. México. 2000.
- DÍAZ BRAVO, Arturo. Títulos de Crédito. Editorial Iure editores, S.A. de C.V. México. 2002.
- DÍAZ DEL CASTILLO, Bernal. Historia verdadera de la Conquista de la Nueva España. Editorial Porrúa. México. 1989.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. Lo público y lo privado en Internet. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2004.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo. El Derecho Privado Romano. Vigésima primera edición. Editorial Esfinge. México. 1995.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Decimaséptima edición. Editorial Porrúa. México. 1998.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Quincuagésima séptima edición. Editorial Porrúa. México. 2004.
- GÓMEZ DE SILVA, Guido. Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española. Fondo de Cultura Económica, México 1988.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de la Obligaciones. Décima quinta edición, primera reimpresión. Editorial Porrúa. México 2005.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El Patrimonio. Séptima edición. Editorial Porrúa, México. 2002.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho Sucesorio. Cuarta edición. Editorial Porrúa. México. 2002.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho Administrativo y Derecho Administrativo el Estilo Mexicano. Segunda edición. Editorial Porrúa. México. 2003.

- HAMMURABI, Código de. Edición preparada por Lara Peinado, Federico. Editorial Nacional. Madrid. 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Undécima edición. Editorial Universidad de Buenos Aires. 1973.
- LEROY MILLER, Roger y PULSINELLI, Robert W. *Moneda y Banca*. Segunda edición. Editorial McGraw-Hill. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1992.
- LORCA NAVARRETE, José Francisco. *El Derecho Natural, hoy a propósito de las ficciones jurídicas*. Ediciones Pirámide. S.A. Madrid. 1978
- MANTILLA MOLINA, Roberto. *Derecho Mercantil*. Vigésima novena edición, sexta reimpresión. Editorial Porrúa. México 1999.
- MENDOÇA Daniel, SCHMILL Ulises. *Ficciones Jurídicas, Kelsen, Fuller, Ross*. Editorial Fontamara, S.A. México. 2003.
- OVILLA MANDUJANO, Manuel. *Teoría del Derecho*. Séptima edición. Editorial Duero. México. 1990.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel. *Derecho Internacional Privado, Parte General*. Séptima edición, editorial Oxford. México. 2001.
- PLANIOL Marcel y RIPERT Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Editorial Oxford University Press. México. 1999.
- PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Quinta edición. Editorial Jus. México. 1967.
- PROSA CARNET. *El dinero de plástico; historia del crédito al consumidor y de los nuevos sistemas de pago en México*. Editorial J.R. Fortson y Cía S.A. de C.V. México. 1990.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. *Ciencia del Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa. México. 2002.
- RECANSSENS SICHES, Luis. *Tratado General de Sociología*. Undécima edición. Editorial Porrúa. México. 1971.

- REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro. La Firma Electrónica y las Entidades de Certificación. Editorial Porrúa. México. 2003.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil. Vigésima primera edición. Editorial Porrúa. México. 1994.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, México. 2000.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Raúl. Teoría Jurídica de la Apariencia. 2002. Tesis por la que recibió el grado de Licenciado en Derecho, por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- VÁZQUEZ DEL MERCADO, Óscar. Contratos Mercantiles. Duodécima edición. Editorial Porrúa. México. 2003.
- VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, México 1999.
- VIVANTE, Cesar. Tratado de Derecho Mercantil. Versión española, traducida por Ricardo Espejo de Hinojosa. Editorial Reus S.A. Madrid. 1980.
- VON IHERIN, Rudolf. La lucha por el Derecho. Segunda edición. Editorial Porrúa. 1989.
- ZAMORA, Francisco. Tratado de Teoría Económica. Undécima edición. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 1992.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Octava edición. Editorial Porrúa. México. 2000.

ENCICLOPEDIAS:

- Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XII, Editorial, Bibliográfica Argentina. 2003.
- Nueva Enciclopedia Jurídica. Editorial Francisco Seix S.A. de C.V. Barcelona. 1982.
- Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1996.

Legislación.

Constitución Política de los Estados Unidos.
Código Civil para el Distrito Federal
Código de Comercio.
Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones.
Ley de Instituciones de Crédito.
Ley de Navegación.
Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público.
Ley de Sociedades de Solidaridad Social.
Ley de Banco de México.
Ley del Impuesto Sobre la Renta.
Ley del Mercado de Valores.
Ley Federal de Cinematografía.
Ley Federal de Entidades Paraestatales.
Ley Federal de Juegos y Sorteos.
Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.
Ley General de Sociedades Cooperativas.
Ley General de Sociedades Mercantiles.
Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
Ley Orgánica de la Lotería Nacional para la Asistencia Pública.

OTRAS FUENTES

CABRERA, Luis. *Tecnología y Derecho ¿Un matrimonio imposible?*
<http://www.masterdisseny.com/masternet/dedo/00004.php3>., consultada el 13 de diciembre de 2005.

Diccionario de la Real Academia Española 22ª edición. 2001.
Pagina Web. <http://buscan.rea/diccionario/drae.htm>., consultada desde agosto de 2005 asta junio de 2006.

MARTÍNEZ BULLÉ, Victor Manuel. *Genética Humana y Derecho a la vida privada.*
<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/82/2.htm>, consultada el 14 de septiembre de 2005.

MIELNIK, Bogdad. *Ficción científica y relatividad general*.

http://www.fis.cinvestav.mx/~grupogr/gr_mphysics/fcrg.html, consultada el 12 de octubre de 2005.

Noticias CONACYT: <http://www.conacyt.mx/>, consultada el 18 de diciembre de 2005.

OVILLA BUENO, Rocío. *Internet y el Derecho Positivo Mexicano*.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art6.htm>, consultada el 20 de diciembre de 2005.

<http://www.el-mundo.es/navegante/2003/05/08/laimagen/1052382874.html>, consultada el 15 de diciembre de 2005.

<http://www.banxico.org.mx/cMoneda/InfoNumismatica/HistoriaBilleteMex/HistoriaBilleteMex.html>, consultada el 2 de enero de 2006.

<http://www.Tecnología.Monografías.com>, consultada el 20 de enero de 2006.

http://www.sindominio.net/biblioweb/telematica/hist_internet.html, consultada el 20 de octubre de 2005.

http://premium.vlex.com/doctrina/REDI_Revista_Electronica_Derecho_Informativo/Mexico_Las_preguntas_mas_comunes_contratacion_electronica/2100-130326,01.html, consultada el 15 de octubre de 2005.

http://www.cubaperiodistas.cu/000_INFO/846.htm, consultada el 20 de octubre de 2005

<http://actualidad.wanadoo.es/carticulos/64688.html>, consultada el 13 de agosto de 2005.

http://www.ssp.gob.mx/application?pageid=pcibernetica_sub_2&docName=¿Quiénes%20somos?&docId=418, consultada el 28 de noviembre de 2005.

<http://sincronia.cucsh.udg.mx/joon.htm>, consultada el 25 de enero de 2006.

<http://www.cinejurídico.com>, consultada el 28 de diciembre de 2005.

<http://www.imcine.gob.mx/>, consultada el 15 de enero de 2006.