

UNIVERSIDAD LATINA S. C.



**Universidad
Latina**

**INCORPORADA A LA UNAM.
FACULTAD DE DERECHO.**

“Análisis Jurídico de los Contratos Civiles por internet”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

ESPECIALISTA EN DERECHO CIVIL.

P R E S E N T A:

RODRIGO OJEDA URIBE.

ASESOR:

MAESTRO VÍCTOR AMAURY SIMENTAL FRANCO

MÉXICO D. F. 2010.



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.

DEDICATORIAS

Mi tesis la dedico con todo mi amor y cariño.

A la vida por la familia que me dio, a la que expreso mi eterno agradecimiento por su apoyo y confianza, para lograr todos y cada uno de los objetivos que me he propuesto.

A mi madre, Carmen Uribe Almanza a quien dedico mi vida entera, por ser la razón de mí existir, ejemplo de amor, bondad y perseverancia, este triunfo es de los dos.

A mi padre Raúl Enrique Ojeda Silva por brindarme los recursos necesarios para realizar mis estudios y estar a mi lado dándome su apoyo y consejos, con la esperanza de en un futuro llegar a ser tan buen padre como él.

A mis hermanos Maricarmen, Enrique, Jimena y a mi amigo Marco Antonio Avilés Ávila, por creer en mí y estar a mi lado apoyándome en los momentos más importantes, siendo los cómplices y testigos de cada paso que doy, con todo mi corazón les doy las gracias.

A mis sobrinos Gloria María, Janet Ameyalli, Raquel, Daira Paulina, Adrian Humberto, Miguel Enrique y Valeria Elizalde Romero, les doy las gracias con toda mi alma por tantos momentos de felicidad y por motivarme a ser una mejor persona de la cual se sientan orgullosos, soy afortunado de tenerlos.

Al Lic. Ramón Humberto Ojeda Silva y a su maravillosa familia por su incondicional apoyo en este momento tan importante, siendo siempre un gran ejemplo de amor, generosidad y bondad.

A todos gracias.

Agradecimientos

A la Universidad Latina mi casa de estudios y sus profesores quienes me han forjado como un profesional en esta etapa como estudiante, tanto dentro como fuera de las aulas de clase.

Un reconocimiento especial a mí asesor el Mtro. Víctor Amaury Simental Franco, mi eterno agradecimiento por su amistad, paciencia, dedicación, esfuerzo y su valioso tiempo, que hicieron posible esta tesis.

A mis compañeros de clases quienes me acompañaron en esta trayectoria de aprendizaje y conocimientos.

A mis amigos Diana Montes, Cecita Romero, Liliana Acevedo, Gabriela Aguirre, Antonio Macías y Víctor Girón, por su apoyo y constantes muestras de cariño, nunca los olvidare.

Al Lic. José Manuel Moreno Aguiñiga, Procurador de la Defensa de los Trabajadores al Servicio del Estado y a mis demás compañeros de esa procuraduría a su digno cargo, mi admiración y reconocimiento por la excelente labor que desempeñan.

Al Lic. Rubén Mérida González, Subprocurador de la Defensa de los Trabajadores al Servicio del Estado por su apoyo y confianza, brindándome la oportunidad de integrarme en su equipo de trabajo.

Al Lic. Marco Antonio Martínez Zarazúa, Procurador Auxiliar de la Defensa de los Trabajadores al Servicio del Estado por su amistad, sus enseñanzas y por permitirme crecer profesionalmente.

Al Jefe Chucho y su familia jurídica, que siempre han tenido abiertas las puertas a personas dispuestas a aprender.

TÍTULO DE LA TESIS: ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS CONTRATOS CIVILES POR INTERNET.

TESISTA: RODRIGO OJEDA URIBE.

ASESOR: MTRO. VÍCTOR AMAURY SIMENTAL FRANCO.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO

1.1.- Roma.	1
1.1.1.- El formalismo Romano.	2
1.1.2.- El consensualismo en Roma.	4
1.1.3.- El sistema contractual Romano.	5
1.2.- Edad Media.	9
1.2.1.- La Alta Edad Media.	11
1.2.2.- La Baja Edad Media.	13
1.3.- Edad Moderna.	16
1.3.1.- España.	16
1.3.2.- El resto de Europa Occidental.	18
1.4.- Edad Contemporánea.	20
1.4.1.- Liberalismo.	20
1.4.2.- Socialismo.	22

CAPÍTULO II. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

2.1.- Definición de contrato.	25
2.2.- Elementos de existencia.	27
2.2.1.- Objeto.	28
2.2.2.- Solemnidad.	32
2.2.3.- Consentimiento.	32
2.2.3.1.- Formación del consentimiento.	35

2.2.3.2.- Expresión del consentimiento.	36
2.2.3.3.- Consentimiento expreso.	37
2.2.3.4.- Consentimiento tácito.	38
2.2.3.5.- Expresión verbal del consentimiento.	38
2.2.3.6.- Expresión escrita del consentimiento.	39
2.2.3.7.- El error obstáculo.	40
2.3.- Elementos de validez.	42
2.3.1.- Capacidad.	43
2.3.2.- Ausencia de vicios en el consentimiento.	46
2.3.2.1.- El error.	49
2.3.2.2.- La violencia.	52
2.3.2.3.- La lesión.	54
2.3.3. Objeto, motivo o fin lícitos.	55
2.3.4. Formalidad.	57
CAPÍTULO III. CONTRATOS ENTRE AUSENTES.	
3.1.- Contratos realizados entre sujetos presentes.	59
3.1.1.- Diferencias con los contratos realizados entre personas no presentes.	60
3.2.- Solución legal al contrato entre ausentes.	62
3.2.1.- Teléfono.	63
3.2.2.- Correo.	64
3.2.3.- Telégrafo.	65
3.3.- Otros medios electrónicos.	66
3.3.1.- Fax.	67
3.3.2.- Internet.	68
3.3.2.1.- Revolución informática.	69

3.3.2.2.- Características del internet.	69
3.3.2.3.- Orígenes.	71
3.3.2.4.- Nociones y definición de internet.	72
3.3.2.5.- Efectos del internet a nivel gubernamental.	74

CAPÍTULO IV. PROBLEMÁTICA DE LOS CONTRATOS REALIZADOS VÍA INTERNET.

4.1.- Inseguridad jurídica de las partes.	79
4.1.1.- Criptografía y firma digital.	82
4.2.- Imposibilidad de constatar la capacidad del contratante.	84
4.3.- La vulnerabilidad de los datos.	85
4.4.- El error y el fraude.	88
4.5.- Problemas relacionados con la autenticación y el tiempo.	91
4.6.- Ventajas inherentes al internet como medio para la celebración de contratos.	93

CAPÍTULO V. ANÁLISIS CRÍTICO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL A LA CONTRATACIÓN REALIZADA VÍA INTERNET.

5.1.- Solución en la legislación vigente en México.	96
5.1.1.- En el Código Civil Federal y Código Federal de Procedimientos Civiles.	98
5.1.2.- En el Código de Comercio.	100
5.1.3.- En la Ley Federal de Protección al Consumidor.	104
5.1.4.- Comentarios respecto a la legislación reformada.	106
5.2.- Desbordamiento del marco jurídico con el uso de las nuevas tecnologías.	107
5.2.1.- Problemática subsistente en la legislación mexicana.	110

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En el mundo entero los avances tecnológicos han fomentado la creación de nuevas formas contraer obligaciones, que han permitido al hombre el acceso a formas de contratación a través del medios electrónicos de una manera más rápida, sin pérdida de tiempo, ni papeleo, para lo cual solo se requiere de presionar un botón, en aceptar para generar las mismas consecuencias jurídicas que en un contrato ordinario, sujetando las partes a los derechos y obligaciones en los términos que establecieron.

El presente estudio tiene como objeto, el análisis jurídico de los contratos realizados por medios electrónicos, los cuales por su forma, objeto y medios de creación, dan origen a una amplia y compleja gama de contratos, cabe señalar que resultaría demasiado extenso y poco práctico intentar estudiar todas las consecuencias jurídicas y en las distintas ramas de derecho, así que limitaremos el objeto de estudio al análisis jurídico de los contratos civiles creados por internet.

Debemos destacar que en México el uso de la tecnología del internet se limita a las pocas personas que tiene una computadora y el servicio internet, que es considerado como la principal herramientas de comunicación global, que de manera personalizada brindar acceso a la sociedad a la información deseada, pero que lamentablemente también puede ser utilizada indebidamente, por lo que es necesaria su correcta regulación a efecto de evitar su mal uso y abuso por parte de los usuarios y servidores, de ahí la justificación de la tesis se sustenta principalmente en la gran importancia de la contratación vía internet, ya que si bien es cierto, nuestra legislación regula este tipo de contratos, los avances tecnológicos y las nuevas tendencias hacen que nuestras leyes resulten insuficientes para la resolución de los conflictos que se llegaran a generar entre las personas que contratan a través del internet, demostrada su importancia en el hecho de que forman parte de nuestra vida cotidiana como uno de los principales generadores de derechos y obligaciones, que muchas veces traen aparejadas consecuencias jurídicas distintas a las esperadas, en virtud de la territorialidad, idioma en el que estén

redactados, la información especializada, el lenguaje técnico y la redacción con el que se realizan, así como de los problemas generados por la aplicación de una legislación distinta a la nuestra en la interpretación de dichos contratos, la falta de información y los vacíos legales que permiten el establecimiento de cláusulas que pueden afectar los intereses de alguno de los contratantes

Este trabajo de tesis, por cuestiones de metodología jurídica y académica se divide en cinco capítulos que permiten el desarrollo ordenado de los temas planteados y una mejor comprensión de los mismos al lector, dividiéndose de la siguiente forma:

El capítulo primero se verán los antecedentes históricos del contrato, desde su principal antecedente en el periodo de la Roma clásica y su evolución hasta la época actual. En el capítulo segundo se hace un estudio detallado de las generalidades de los contratos, tratando de establecer un concepto y los elementos necesarios para su constitución. El capítulo tercero, entraremos al estudio de los contratos entre ausentes, donde se abordara el análisis de los contratos realizados entre sujetos presente y las diferencias con los contratos realizados entre personas no presente, de igual modo se hará el estudio de los principales medios electrónicos reconocidos por la Ley como generadores de derecho. En el capítulo cuarto se hará el estudio detallado de la problemática derivada de los contratos realizados vía internet. Por último, en el capítulo quinto análisis crítico del Código Civil Para el Distrito Federal, haciendo un comparativo con otros ordenamientos que de igual forma resultan aplicables a los contratos civiles por internet y la problemática que enfrentan este tipo de contratos en su regulación.

La metodología seguida fue con base en los métodos de investigación documental, un análisis histórico y finalmente una revisión analítica de la institución a estudio.

El presente trabajo ofrece un listado de bibliografías actuales que nos ofrecen una panorámica del objeto de estudio, su origen y evolución con una perspectiva a futuro que busca adaptarse a los avances tecnológicos.

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO

1.1 ROMA.

Es reconocido que Roma constituye la gran fuente en torno a la cual se han alimentado la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo occidental, sus juristas propusieron una teoría de las obligaciones y sistematizaron casuísticamente la materia de los contratos, arrojando múltiples reglas que aún hoy en día constituyen la base de la teoría del contrato seguida en gran parte del mundo.

El origen etimológico de la palabra contrato,¹ procede de Roma (del latín *contractus* que es la expresión sustantivada del verbo *contrahere* que significa contraer), pero igualmente en Roma el contrato sufrió una constante evolución, tal y como veremos más adelante.

Los romanos no elaboraron una definición de contrato, sin embargo en el Digesto refiriéndose a la convención podemos encontrar lo siguiente: “*convienen los que de diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar; así también los que, por diversos movimientos del ánimo, consienten en una misma cosa, esto es, se encaminan a un mismo parecer*”,² el tratamiento que le dieron a este fue más de tipo casuístico que genérico, en consecuencia tal y como lo expresa Fernández de Buján,³ tampoco “elaboraron una categoría general y abstracta que recogiese esta noción jurídica”⁴ y como todas las instituciones que conforman lo que hoy denominamos como derecho romano, su desarrollo fue de manera paulatina.

¹ Contrato significa entonces, “lo contraído”. Cfr. Fernández de Buján, Federico, *Sistema contractual romano*, 3ª. ed., Madrid, Dykinson, 2007, p. 103.

² Digesto libro 11, ley 1, párrafo 3, título 14.

³ En el mismo sentido cfr. Guarino (coord), *Dizionario Giuridico Romano*, 3ª ed., Nápoles, Edizioni Simone, 2003, pp.124 y 125

⁴ Fernández de Buján, Federico, ob. cit., p. 109.

Grandes romanistas, tal como Margadant, coinciden en atribuirle al *nexum* -vinculo generador de obligaciones- la categoría de ser el acto prístino con los atributos jurídicos necesarios para reconocerle la calidad de contrato, en otras palabras, para muchos es el antecedente más antiguo *directo* del contrato moderno. Básicamente el *nexum* -cuando se cumplía con la solemnidad del *nexum* o del *mancipium* que las palabras que se pronuncien sean ley- consistió en un forma primitiva de préstamo, se discute la naturaleza contractual de esta figura, toda vez que el antiguo derecho romano contemplaba como sanción para el incumplimiento en este acto, una especie de maldición que se refleja en torno a la siguiente manifestación: “si el deudor no me reembolsa, sea *damnatus*”.

Contemporáneo del *nexum* es la *mancipatio*, inicialmente puede equipararse a una compra-venta, es decir fue el modo arcaico de adquirir la propiedad. “Este modo de solemne de adquirir es sólo eficaz respecto de *res Mancipi* y entre ciudadanos romanos...se requiere para él la presencia de cinco testigos, las dos partes, un *libripens* (portabalanza), una balanza y un pedazo de bronce (símbolo del precio, recuerdo de una época premonetaria)”.⁵

1.1.1 EL FORMALISMO ROMANO.

En los primeros tiempos en Roma el convenio (el acuerdo de voluntades en sentido lato) no es suficiente para generar obligaciones, es decir para que tenga relevancia jurídica, para que tal acuerdo generara consecuencias jurídicas era menester, que fuese manifestado conforme a las reglas, fórmulas (formas) que la ley exigía, si se omitía el cumplimiento de tales disposiciones, la sanción podía variar dependiendo del tipo de transgresión, desde una nulidad (convalidable en algunos casos) hasta la inexistencia, sin embargo la sanción más grave era que dejaba de producir una situación jurídica amparada por acciones procesales (otro aspecto de la inexistencia). Dice Bonfante que

⁵ Margadant S, Guillermo Floris, *El Derecho Privado Romano*, 12ª. ed., México, Esfinge, 1983, p. 263.

las causas que se manifiesten sin las formas legales para constituir un contrato, “se presentan en el derecho romano como excepciones”.⁶

Esta realidad que ofrecía la manera de contratar en la época arcaica del derecho romano en el sentido de que la forma representaba el elemento esencial del contrato, sin la cual carecía de acción jurídicamente protegida para exigir en dado caso su cumplimiento, es originada por diversas causas: en los albores del surgimiento del derecho en cualesquiera sociedad, las normas (jurídicas) que integran el incipiente ordenamiento jurídico en cuestión están de tal manera ligadas a las norma religiosas y de carácter estrictamente social que es difícil distinguir en donde terminan unas y donde empiezan otras, esta realidad a su vez es originada por otra, en este caso la suprema autoridad que regularmente concentraba en torno a un solo órgano estatal-político (ya sea este unipersonal o colegiado) las funciones en estricto sentido de orden público-gubernativo (administrativa-ejecutiva, jurisdiccional y legislativa) además de las de corte religioso.

Otra razón que llevo a dar tal jerarquía a la forma como elemento esencial son las características que como pueblo tenían los romanos, un pueblo constituido, principalmente, por agricultores, pequeño propietarios con el correspondiente apego a la tierra y a los productos que de ella obtenían, más enfocados al autoconsumo que al intercambio comercial, razón que tenía como consecuencia una lógica desconfianza hacia actividades que, en general, realizaban poco.

Este formalismo al que hemos aludido, diferente al contemporáneo, primeramente se reflejo en torno a fórmulas verbales, si durante la celebración del contrato en cuestión se omitía el cumplimiento de tal forma, tal acuerdo carecía de acción judicial para reclamar su cumplimiento. En tiempos posteriores, si las partes se apartaban de dichas formulas, “el negocio no se podía considerar como contrato *verbis*. En algunos casos, podría tener validez

⁶ Bonfante, Pedro, *Derecho romano*, 5ª. ed., trad. de Luís Bacci y Andrés Larrosa, Madrid, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1979, p. 410.

como alguna otra forma de contrato; en otros, sería un pacto vestido; pero con frecuencia, no sería más que un pacto nudo”.⁷ La alta religiosidad que distinguió a los romanos incidió en que estos procedimientos que dieron origen a los contratos verbales, tuvieron como fuente a operaciones religiosas que posteriormente serían secularizadas; la *stipulatio*, el contrato verbal por excelencia es el mejor ejemplo de lo anteriormente expuesto. Los otros contratos verbales más comunes fueron: *la dictio dotis*, la *promissio iurata liberti* y el *negotium per aes et libram*.

1.1.2 EL CONSENSUALISMO EN ROMA.

El paso dado entre la solemnidad que rigió al contrato y el consensualismo tuvo como punto intermedio el reconocimiento de los contratos reales; éstos ya no requerían como elemento esencial para el reconocimiento de eficacia jurídica a la solemnidad, simplemente con la entrega de la cosa objeto del contrato se perfeccionaban. Dice Néstor De Buen en cuanto a que esta especie de contratos, “si bien no sancionan situaciones nuevas, ya que no cabe duda de que antes que aparezcan en la vida jurídica como figuras nominadas, existían las necesidades y las operaciones mismas que las identifican, en cambio las resuelven con mayor eficacia”.⁸

La evolución que tuvo el derecho romano respecto del contrato derivó en el reconocimiento de “exaltar el acuerdo –*conventio, consensus*-, erigiéndolo en requisito dominador. En el Derecho justiniano, contrato es todo acuerdo capaz de constituir a una persona en deudora de otra. Se refiere el acuerdo de voluntades a toda clase de negocios, ya se encaminen a la constitución de

⁷ Margadant S., Guillermo F., op. cit, p. 383.

⁸ De Buen Lozano, Néstor. *La decadencia del contrato*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2000, p. 9.

obligaciones o de derechos reales, ya a la modificación o extinción de cualquier relación jurídica”.⁹

En los contratos donde el elemento forma ha ya perdido su papel predominante para la perfección del contrato, “el consentimiento opera...de tal modo que bastará que se establezca sobre la cosa y el precio para que surja la obligación, aun cuando ésta pueda quedar aplazada o condicionada por voluntad de las partes”.¹⁰

El consensualismo significó, indudablemente, un avance significativo en la evolución del contrato, el cual se despojó de los pesados ropajes a los cuales estaba ceñido en las épocas preclásicas del derecho romano, sin embargo no todos los contratos fueron susceptibles de hacer a un lado el complejo, y a veces hasta risible, sistema formal (hoy diríamos solemne) al cual estaba constreñido la contratación en la Roma antigua. Tal como indica Petit, la simple convención bastó para que hubiese contrato.¹¹

1.1.3 EL SISTEMA CONTRACTUAL ROMANO.

Al lado de los *contractus*, existieron diversos convenio y pactos (acuerdos que generaban consecuencias jurídicas) actos estos últimos que fueron absolutamente diferenciados del contrato; en cambio la figura del *contractus* enmarcó un concepto mucho más restringido del que se le atribuye al contrato contemporáneo. Como ya hemos dicho el derecho romano nunca ofreció una reglamentación genérica de los contratos, sino que los reguló de

⁹ Iglesias, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, México, Esfinge, 1997, p. 401.

¹⁰ De Buen Lozano, Néstor. op. cit. p. 11.

¹¹ Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de José Fernández González, Madrid, 1940, p. 372.

manera casuística;¹² los actos que a la luz de la doctrina y teoría contemporánea les daríamos el carácter de contrato, no necesariamente tuvieron tal categoría en Roma.

Es posible encontrar clasificaciones del contrato bajo un criterio netamente romanista, no obstante que los grandes juristas clásicos y posclásicos de Roma, seguramente desconocieron algunas “especies” de contratos que permiten hoy en día, ofrecer clasificaciones “romanas” del contrato diferentes y más complejas a las ofrecidas por ellos mismos.

Sabemos a través de las *Instituciones de Gayo*, que los juristas romanos clasificaron los contratos en las siguientes categorías: reales, verbales, literales y consensuales. Tal clasificación atañe a negocios del *ius civile vigentes en la época clásica. Fuera de ella quedan el nexum* –figura que en la historia de la *obligatio* ocupa una posición especial, no bien conocida por los mismos juristas romanos-, así como los contratos innominados –acogidos éstos a la sanción pretoria”.¹³

Juan Iglesias comenta que es de añadirse un quinto miembro, los contratos que se forman *re et verbis*, una combinación que requiere la regla verbal aunada a la entrega de la cosa.¹⁴ Margadant¹⁵ ofrece una clasificación tripartita de los contratos, en categorías que a la vez tienen subdivisiones:

1. Contratos nominados, subdivididos en:
 - a) Contratos *verbis*;
 - b) Contratos *litteris*;
 - c) Contratos reales; y

¹² cfr. Messineo, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, trad. de Fontanarrosa, Sentis, Melendo y Volterra, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, Pág.50.

¹³ Iglesias, Juan, *op. cit.*, p. 402.

¹⁴ Íd.

¹⁵ Margadant S., Guillermo F., *op. cit.*, pp. 380 y 382

d) Contratos consensuales.

2. Contratos innominados, subdivididos en:

a) *Do ut des* (doy para que des, como la permuta);

b) *do ut facias* (doy para que hagas);

c) *Facio ut des* (hago para que des);

d) *facio ut facias* (hago para que hagas, es decir un intercambio de servicios).

3. Aparte de los contratos nominados e innominados, se deben mencionar a los *pactos vestidos* (pretorios, adyectos y legítimos). “Se parecían en todo a los contratos, sobre todo desde que la introducción de los contratos consensuales demostró que la forma no era un elemento indispensable de los contratos... Sin embargo, los juristas romanos no querían clasificarlos como “contratos”; no pueden olvidar que siempre se trataba de *parvenus*, de pactos originalmente nudos que hacía muy poco tiempo habían sido promovidos al rango de pactos vestidos”.¹⁶

Juan Iglesias¹⁷ nos ofrece otros criterios de clasificación en verdad interesantes:

1. Contratos bilaterales y unilaterales, conforme a que sean obligaciones generadas para una sola de las partes, como ocurre en prácticamente todos los contratos *verbis y litteris*, y en el mutuo, o ya sea para las dos partes, como acontece en el arrendamiento, la permuta, la compraventa, etc. Desde entonces surge la sinonimia entre bilaterales y sinalagmáticos; a su vez estos contratos se dividen en perfectos e imperfectos, según sean prestaciones recíprocas o no.

2. Contratos *ius gentium et ius civile*, lo cual depende de que sean celebrados entre romanos (que entonces aplicaría el *ius civile*) o las

¹⁶ Margadant S., Guillermo F., op. cit., pp. 381, 382 y 383.

¹⁷ Cfr. Iglesias, Juan, op. cit., pp. 403 y 404.

partes sean romano y extranjeros o solamente extranjeros (donde regularía el *ius gentium*).

3. Contratos *bonae fidei et stricti iuris*, en los contratos de estricto derecho el juzgador debe limitarse a resolver con un sí o un no sobre la existencia de la pretensión del actor, mientras que en los contratos de buena fe el juez debe resolver valorando las circunstancias de cada caso en particular.

Nos parece valiosa la clasificación que elabora en torno al conjunto del sistema contractual romano Fernández de Buján:¹⁸

- Contratos unilaterales y bilaterales. Se entiende de entrada que todo contrato es bilateral como acto que le da origen, ya que precisa la presencia de dos o más voluntades; la bilateralidad, en este caso implica, que se generan obligaciones recíprocas para las partes, como lo sería la *compraventa*, por otro lado unilateral será aquel contrato que sólo genere obligaciones para una de las partes, tal sería el caso del *mutuo*.
- Contratos onerosos y gratuitos. “Se denominan contratos onerosos a aquellos en los que existe equilibrio entre el recíproco interés patrimonial de las partes intervinientes. Son gratuitos, por el contrario, aquellos contratos en los que el interés sólo se puede reconocer expresamente a favor de una de las partes contratantes”.¹⁹
- Contratos de buena fe y de derecho estricto. “Se denominan contratos de derecho estricto aquellas relaciones contractuales que dan lugar a un *iudicium stricti iuris*. Son contratos de buena fe, aquellos que dan lugar a un *iudicium bonae fidei*. Las obligaciones que surgen de los mismos, pueden reclamarse mediante el ejercicio de una acción de buena fe”.²⁰

¹⁸ Fernández de Buján, Federico, ob. cit., p. 115.

¹⁹ *Ibidem*. p. 117.

²⁰ *Ídem*.

1.2 EDAD MEDIA.

Prácticamente es unánime la coincidencia de señalar la caída del Imperio Romano de Occidente (476 d. J.C.) como la fecha o momento enfático que indica el paso entre la Edad Antigua y la Edad Media.

Efectivamente hubo cambios en la regulación del contrato, pero fueron de manera sosegada e inicialmente significaron una innegable regresión, a soluciones muchísimo más rigurosas, a una formalidad ya superada y a una limitación franqueada por la concepción dominante de la vida y de la sociedad, existente en tales tiempos.

Siguiendo a Néstor de Buen es posible resumir que “la Edad Media no aporta novedades importantes en la evolución del contrato. Las condiciones económicas precarias en que se desenvuelve, la guerra constante, la escasez de comunicaciones y una cultura que se encierra en los monasterios, impiden que el derecho privado y su institución esencial, el contrato, puedan avanzar en forma notable por encima de la evolución del derecho romano”.²¹

No obstante lo anterior, el derecho canónico “enriqueció” de diversas maneras a nuestra institución, en cuanto a que la doctrina cristiana sensibilizó las reglas de cumplimiento del contrato, en torno a una concepción mucho más humanitaria del ordenamiento jurídico, veremos que la flexibilización de la norma jurídica no necesariamente incide en un mejoramiento real de las condiciones sociales de la comunidad.

Aun cuando, tal y como manifestamos en líneas anteriores, en general la teoría del contrato no tiene un desarrollo notorio en esta época, hay un aspecto singular que merece atención, el contrato *feudal*. Es complicado discernir si éste contrato dio origen a la forma de desarrollo social de esta etapa de la historia, o si ya, una vez instalada esta concepción de organización social fue legalizada (o legitimada) a través de esta institución.

²¹ De Buen Lozano, Néstor, op. cit., p. 17.

Paúl Ourliac realiza un estudio pormenorizado del contrato de feudo, quien al respecto dice:

Este contrato se llevaba a cabo por el homenaje. Entrañaba obligaciones a cargo del vasallo y del señor, obligaciones severamente sancionadas por la costumbre”.²²

“El homenaje tomó las formas de la *commendatio* franca; ponía frente a frente a dos hombres: uno que iba a servir y otro que deseaba ser jefe; el primero unía y las ponía reunidas en las manos del segundo, símbolo indudable cuyo sentido se acentuaba algunas veces todavía más porque se arrodillaba aquél. Después, jefe y subordinado se besaban en la boca, símbolo de acuerdo y de amistad, y con algunas breves palabras, el vasallo se reconocía el “hombre” de su contraparte, el juramente de fe, *sacramentum fidelitatis*.²³

El señor adoptaba a un nuevo vasallo dándole armas o un símbolo (briznas de paja, un bastón); lo reconocía así como a uno de los suyos. Pero en la mayor parte de los casos no se limitaba a esas simples relaciones personales.²⁴

A partir del siglo XII, se substituyó más sencillamente por un documento; la confesión por la que el vasallo reconocía tener del señor aquello que se contenía expresamente en el documento: la relación, la “enumeración”.

²² Ourliac, Paul, *Historia del derecho*, trad. de Arturo Fernández Aguirre, Puebla, Cajica, 1952, tomo I, p. 244.

²³ Ídem.

²⁴ Idem.

1.2.1 LA ALTA EDAD MEDIA.

Es dividida la Edad Media en dos grandes segmentos (junto a una inicial etapa de transición) el primero es conocido como la Alta Edad Media, que es cuando quedan por completo en el olvido las reglas de convivencia social dictadas en la época romana, para ser sustituidas por las del nuevo sistema, caracterizado principalmente por el surgimiento de los señores feudales, por el predominio absoluto de la Iglesia Católica como institución política sucesora en gran medida del Imperio Romano de Occidente, por un sistema de producción prácticamente de autoconsumo, y por supuesto, por el aislamiento geográfico. El inicio de esta fase lo podemos ubicar en el siglo VI d.C. para finalizar entre el siglo XI y XII d.C. tampoco es factible señalar fechas precisas, porque algunas regiones dejaron esta etapa antes que otras.

Entre las peculiaridades del formalismo que imprimió el derecho germánico podemos mencionar que el contrato requería una forma audible y visible (Brunner).²⁵ “La entrega de una *wadia* (vara) o *fertuca* (tallo) constituye un elemento esencial. La promesa se perfecciona mediante la *palmata* (es decir un apretón de manos) y las palabras solemnes”.²⁶

La influencia de los germanos y de su derecho menos desarrollado que el Romano, llevan a retornar a un formalismo singular, diferenciado de las prácticas romanas, el derecho se torna consuetudinario; es cierto que el derecho romano es visto con respeto y en múltiples regiones es norma positiva (en ocasiones coexisten como derecho positivo tanto el derecho romano como las variantes vernáculas del derecho germánico).

De Buen hace alusión a una serie de características a destacar en esta época, relacionadas con el contrato, como el hecho de que, en múltiples contratos reales para perfeccionarse era necesario también la entrega de *arras*,

²⁵ Brunner, Heinrich, *Historia del derecho germánico*, 8ª. ed., trad. de José Luís Álvarez López, Barcelona, Labor. 1936. pp. 208 y ss.

²⁶ De Buen Lozano. op. cit. p. 19.

que el contrato celebrado ante la presencia judicial era especialmente preferido, que el documento donde se plasmaba una deuda no solamente era necesario para la constitución del crédito, sino también en el momento del cumplimiento del mismo, porque en dicho documento se acostumbraba indicar la devolución de la *wadia* o la *cautio* que había servido como garantía “si la devolución era imposible, el acreedor libraba una carta mortuoria, una *epístola evacuatoria* que declaraba extinguida la deuda”.²⁷

Posteriormente ya no fue necesaria la *epístola evacuatoria*, el crédito quedaba saldado cuando al mismo tiempo que al pago de la deuda era entregada la *cautio*, momento en que era invalidado inmediatamente a través de lo que se conoció como *cassatura*, o simplemente era destruida, nos encontramos ya ante los antecedentes primigenios de los títulos al portador.

La única región del mundo latino donde el derecho continuó desarrollándose en la Edad Media es España, esto es a través de las compilaciones. En España dadas las condiciones históricas que vive durante prácticamente toda la Edad Media (diferentes en aspectos de mucha importancia a las comunes al resto de Europa), el desarrollo del ordenamiento jurídico es constante y se nota una evolución que trasciende a factores y épocas, por lo cual no palpamos una diferencia absoluta (dentro de la Península Ibérica) entre el régimen jurídico positivo de la Alta Edad Media y la Baja Edad Media.

No obstante existen elementos similares a toda Europa, como el que, en los albores de la Edad Media, expone Levaggi:²⁸

“El carácter materialista que tienen las obligaciones se debe no sólo a los resabios de apego a los símbolos primitivos, sino también a la técnica rigurosa de la contratación romana. Los únicos contratos a los que se les da

²⁷ De Buen Lozano, Néstor. op. cit. Pág. 20.

²⁸ Levaggi, Abelardo, *Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, p. 24, citando a Rianza y García Gallo.

validez son a los solemnes. Las Partidas siguen en materia de contratos, como en la mayor parte de sus leyes, la doctrina del derecho común... donde la legislación castellana alcanza una solución original es en el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348. La Ley única de su Título XVI se aparta del formalismo (sic) del derecho romano para consagrar...el principio espiritualista, hijo de la moral cristiana y del derecho canónico”.

Las *Partidas*, consideramos, si marcan una diferencia sustancial respecto a la normatividad previa, además de significar la hispanización de normas originalmente romanas; entre los puntos a destacar de las partidas encontramos las siguientes, la palabra contrato ya es mencionada, situación que no acontece en las anteriores compilaciones; incipientemente abordan la teoría general del contrato; son reguladas las problemáticas relativas a la capacidad y al consentimiento viciado, en especial el relativo al error por virtud de la persona, de la cosa o de la naturaleza de la cosa, y se le da un reconocimiento especial a la importancia que la violencia tiene para invalidar una promesa.

1.2.2 LA BAJA EDAD MEDIA.

En este período es cuando el derecho vuelve a presentar un auge en cuanto a su desarrollo, como manifestación humana que es, se ve influido por las variables sociales humanas, el factor económico, la situación política, la cuestión demográfica, los conflictos bélicos, los descubrimientos aportados por la ciencia y la tecnología, la lista es prácticamente innumerable.

El derecho romano se vuelve a estudiar a fondo, primeramente por aquellos que fueron conocidos como los Glosadores (denominados así por las anotaciones marginales –glosas- hechas a las fuentes directas, a fin de hacer entendible el antiguo derecho romano y aplicable a las situaciones del momento). Se está ya en el tiempo donde surgen las primeras universidades (en especial la de Bolonia), y es en ellas donde el ambiente académico propicia el estudio de las instituciones romanas.

El derecho romano vuelve a tener reconocimiento tanto en la práctica como en la doctrina, pero la importancia que adquiere la *glosa* supera a las mismas fuentes originales, y lo que no es registrado por los glosadores no tiene valor forense. Posterior a los glosadores, surgió un nuevo grupo de estudiosos, los postglosadores, quienes durante mucho tiempo fueron demeritados por varias razones, pero que independientemente de ello, fueron un elemento clave en la difusión del derecho romano y en su reintroducción en la vida social de la Edad Media.

Después de un largo período de incubación, la religión cristiana por medio de la Iglesia Católica controló el ámbito religioso de toda Europa, el poder político que este hecho desencadenó, se vio reflejado en todos los aspectos de la vida. Como entidad política (que de hecho fue) la Iglesia Católica, promovió el desarrollo del pensamiento, una de estas manifestaciones, el derecho canónico, que se vio enriquecido por el pensamiento de los grandes filósofos Santo Tomás de Aquino, principalmente, y en menor medida Guillermo de Ockham y Santo Tomás Moro (quien vivió en plena etapa de transición entre la Edad Media y el Renacimiento –principio de la Edad Moderna-, 1478-1535, pero su pensamiento es todavía representativo del medioevo). Parte del éxito que alcanza el derecho canónico es debido a Ramón o Raymundo de Penyafort (1175-1275), “autor de la colección de las *Decretales* realizada bajo el Papa Gregorio IX, y de la *Summa de Poenitentia et de Matrimonio*”.²⁹

Siguiendo a Levaggi, deducimos que el derecho canónico al liberarse de las cargas formalistas, le da un giro al derecho de las obligaciones, concediéndole acción a los pactos nudos. Santo Tomás, reconoce lo preciso del formalismo por lo cambiante de la voluntad humana, pero aún así enuncia la norma de que toda promesa obliga, siempre que no sea ilícita y que las condiciones económicas no cambien “por su promesa el hombre se obliga

²⁹ De Buen Lozano, Néstor, ob.cit., p. 34.

respecto de otro hombre”.³⁰ El criterio se funda en el mandato de que quien no respeta la palabra otorgada, peca.

Sigue diciendo el mismo Levaggi³¹ que son tres las ideas a destacar en cuanto hace a las aportaciones del derecho canónico hacia el contrato: 1º, el respeto de la promesa, pero también la necesaria libertad para el contrato, que no existe cuando la voluntad se encuentra viciada o ha sido arrancada por coacción; 2º, la razón, que justifica al acto por su finalidad. Es preciso que la voluntad tenga una causa, pero la obtención de esta debe estar supeditada a una causa razonable; 3º, la moral, que reconoce la importancia de analizar la intención de las partes, en cuanto a lo que los lleva a contratar (objeto y fin), aunque restringido solamente a la ejecución del contrato, el cual no debe convertirse en un vínculo de iniquidad, impidiendo que una de los contratantes lesione a la otra.

La rapidez, característica del tráfico mercantil, requiere de disposiciones menos solemnes, sin menoscabo de la seguridad jurídica. “Resistido por los romanistas, el principio voluntarista tiene mayor aplicación en el campo del derecho comercial que en el del civil”.³²

Esto evidenció una razón más para que la ciencia jurídica volviese a ser motivo de estudio. Las causas que generaron el resurgir del pensamiento jurídico actuaron conjuntamente, es decir, aisladamente no hubiesen incidido en el cambio que se presentó, todas en cierto sentido fueron causa y efecto de las otras, en este sentido, el sentimiento marcial-bélico reflejado en las cruzadas (a las cuales, la luz de la ciencia ha descubierto más fines comerciales que religioso-espirituales) y por supuesto en la lucha de reconquista emprendida por los reinos cristianos de la Península Ibérica en contra de los árabes, que significaron un intercambio cultural muy fuerte, que

³⁰ Levaggi, Abelardo, ob. cit., p. 21.

³¹ Levaggi, Abelardo, ob. cit., p. 22. Quien reconoce seguir el pensamiento de Ourliac y Malafosse, sin citar mayores datos.

³² *Ibíd.* p. 23.

enriqueció sobremanera todos los aspectos culturales de los pueblos europeos, y que se vio por supuesto reflejado en el campo jurídico.

Por lo tanto podemos notar un desarrollo bastante similar del contrato en la Edad Media respecto del vivido en Roma, De Buen lo explica claramente: “Hay una época primitiva, que acoge un sistema verbal y solemne; una época de transición en la que las necesidades económicas exigen el contrato real y, finalmente, una tercera etapa en la que el consensualismo empieza a imponerse para dar lugar a una forma de crear obligaciones y derechos”.³³

1.3 EDAD MODERNA.

Existe coincidencia de los historiadores para señalar que corresponde a los siglos XV y XVI señalar la fase de transición de la Edad Media a la Edad Moderna. La Edad Moderna a su vez culmina a finales del siglo XVIII en torno al movimiento revolucionario generado por la Revolución Francesa y la Independencia de los Estados Unidos de América, y por el colapso de las Monarquías absolutistas de Europa.

1.3.1 ESPAÑA.

Durante la fase final de la Edad Media, fue en España donde la ciencia jurídica tuvo mayor realce, tanto desde el aspecto académico, como de manera destacada, en el legislativo. En la Edad Moderna, la continuidad en el estudio del Derecho por parte de España fue la regla; la labor compiladora fue en realidad extensa, y debe agregarse a *Las Partidas*, los títulos del *Ordenamiento de Montalvo* y las *Leyes del Toro*, *la Nueva y la Novísima Recopilación*, y en el aspecto mercantil, el de las *Ordenanzas de Bilbao*.³⁴

³³ De Buen Lozano, Néstor. ob. cit. p. 37.

³⁴ De Buen, Nestor. ob. cit. p. 42.

Es de resaltarse que esta legislación no sólo tenía aplicación en España, sino también en sus colonias ultramar, en específico la Nueva España, y llegaron aun a tener vigencia en el México independiente.

En esta etapa, los recopiladores españoles son influenciados principalmente por el derecho romano, entra en franca decadencia la aplicación del derecho visigodo, siendo Castilla el último reducto donde tiene aplicación normatividad que tenga como base tal derecho, a través del *Fuero Juzgo*.

El derecho canónico, tal como debía esperarse, en una sociedad de una religiosidad tan arraigada como la española de ese entonces, también influyo en la legislación de la época. Es de resaltarse la sistematización que la *Novísima Recopilación*, tiene en relación al contrato.

“En la *Novísima* se destina a los contratos el Libro Décimo en particular en el Título Primero denominado precisamente “De los contratos y obligaciones en general” se contienen las disposiciones que desde nuestro punto de vista moderno podríamos calificar de parte general del contrato”.³⁵

“De la Parte General, la Ley 1, que tiene su antecedente en el *Ordenamiento de Alcalá*, y la Ley 2, Tít. 16, Lib. 5 de la *Recopilación*, consagran el principio de la preponderancia de la voluntad en la formación de los contratos. Es interesante destacar como se establece categóricamente que cuando haya constancia de que alguien se quiso obligar hacia otro, no podrá invocarse como excepción el incumplimiento de las formalidades o inclusive solemnidades necesarias. Bastará, pues, el acuerdo de voluntades para que surja a la vida jurídica el contrato”.³⁶

Puede afirmarse que se ve reconocido el principio de que el contrato es un acto generador de obligaciones, independientemente de que previamente haya sido configurado por la ley. Se reconoce la eficacia jurídica de los

³⁵ Ídem.

³⁶ *Ibíd.* p. 44.

contratos innominados, de igual manera que en Roma fueron reconocidos los *pactos nudos*.

Ligado al trabajo legislativo, la labor dogmática-docente, también desarrolló la idea de contrato. Francisco García lo confirma con la definición que aporta respecto al contrato: “Contrato es un legítimo consentimiento de muchos, que sobre alguna cosa convienen”,³⁷ es de resaltarse, la importancia que plenamente, ya se le reconoce al consentimiento, como elemento esencial en la celebración de los contratos.

1.3.2 EL RESTO DE EUROPA OCCIDENTAL.

Otras naciones europeas, tuvieron un desarrollo jurídico, en relación al contrato y a la teoría de las obligaciones menos destacado, que el tenido en España. Esta etapa histórica fue notoriamente dominada por Europa, erigiéndose, sin lugar a dudas en el centro de la cultura mundial, en torno al cual giraron las culturas periféricas.

En Francia el desarrollo de la ciencia política, conlleva al ulterior desarrollo conceptual del contrato. Afirma De Buen que “quizá a través del derecho público es donde alcanza mayor relevancia la figura que nos ocupa. La obra de Rousseau, *El contrato social* (1762) rinde homenaje a la libertad individual, como medio adecuado para crear la voluntad general, que se inspira, a su vez, en un interés común. Las leyes serán actos de la voluntad general y el Estado un organismo regido por las leyes emanadas de aquella voluntad general, cuando adopte la forma republicana”.³⁸

Se sabe que la revolución industrial, significó el cambio entre una forma de producir basada en la manufactura por otra basada en la maquinaria, la

³⁷ García, Francisco, *Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos* (1583), Pamplona, Eurisa, Universidad Navarra, 2003, p. 61.

³⁸ De Buen, Néstor. ob. cit. p. 48.

invención de la maquina de vapor, desplazó como principal fuente de energía productora a la fuerza animal (ya sea animal en estricto sentido o humana). Esto significó un aumento en la producción, y sentó las bases para el desarrollo del capitalismo, entendiéndolo como un fenómeno que conlleva la acumulación de capital en detrimento de la fuerza del trabajo (la famosa plusvalía).

Todo este conjunto de elementos histórico-sociales, para la teoría del contrato le devinieron en el fortalecimiento de las ideas de corte liberal; el dejar hacer, dejar pasar francés tuvo consecuencias directas en el ámbito jurídico; que alcanzarían su clímax en una nueva etapa de la historia de la humanidad.

El campo jurídico no iba a permanecer inmune a tales eventos, tal y como poco tiempo después afirmaría León Duguit y su discípulo Georges Scelle, a una dinámica social debe corresponder una dinámica jurídica³⁹, una verdad incuestionable.

Por las anteriores consideraciones que podemos deducir que en esta fase histórica de la humanidad quedaron, firmemente asentados, algunos principios que regirían en el desarrollo de la teoría general del contrato y que tales fueron, en gran medida aportados por el conocimiento español. En esta etapa, el contrato adquiere una fuerza tal, que deja de ser considerado un acto que tenga únicamente inferencia en el campo de las relaciones humanas privadas (derecho civil y derecho mercantil), trascendiendo al ámbito del llamado derecho público, para posteriormente integrarse también al derecho social.

Y también en la fase final de esta etapa empiezan a ser notados los primeros atisbos de una regulación divergente para los contratos dependiendo, de que, se trate de contratos puramente civiles o de contratos mercantiles. Reconociéndoseles mucha mayor libertad de convención a los actos

³⁹ Citados por: Acosta Romero, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo* 13ª. ed., México, Porrúa, 1993, pág.19.

mercantiles, en los cuales el elemento consensual es lo primordial, siendo más formalista la regulación relativa a los civiles.

1.4. EDAD CONTEMPORÁNEA.

Se reconoce como fecha de inicio de esta etapa, el año en que triunfa la Revolución Francesa: 1789. La Edad Contemporánea es la continuación de la Edad Moderna, principalmente en cuanto al proceso del surgimiento de una nueva forma de pensar y actuar de la población, de la nueva clase social burguesa que en esta fase alcanzaría el predominio absoluto sobre los factores productivos, alcanzando el control del poder en todas sus manifestaciones, económica, cultural, pero sobre todo política.

Esta etapa continúa hasta nuestros días, el capitalismo como modo de producción fue y ha sido cobijado por una corriente ideológico-política conocida como liberalismo.

1.4.1 LIBERALISMO.

En los ordenamientos jurídicos de los países en que tuvo vigencia el liberalismo, alcanzando su cumbre representativa en el Código Napoleón, una de las máximas obras legislativas de todos los tiempos, por la elegancia, orden, sistematización, pureza de pensamiento, y por las aportaciones que significó para la ciencia jurídica en general y en particular para la teoría general de las obligaciones y del contrato; sin embargo dejó diversas lagunas jurídicas, y en su afán de liberalismo incurrió en excesos que a la larga llevarían a su total revisión .

En esta fase, la preeminencia de la voluntad como elemento preponderante en el perfeccionamiento adquiere su más alta cúspide, simplemente no tiene límite (exceptuando la ilicitud). Siguiendo a Levaggi “basta que la voluntad quiera para que, bajo la única reserva de que no invada

la esfera de la voluntad ajena, tenga el poder jurídico necesario para realizarlo (doctrina de la autonomía de la voluntad). Así se reconoce a la voluntad una autonomía contractual casi ilimitada”.⁴⁰

El contrato se convierte en la figura jurídica central en torno a la cual gira el resto del ordenamiento jurídico. “La justicia no es ya una exigencia superior a la que los contratantes deben someterse, sino el resultado de la libre competencia... nadie puede estar vinculado sin haberlo querido, y toda vinculación libremente aceptada es justa... la fuerza obligatoria del contrato se impone tanto a las partes como al juez”.⁴¹

El “respeto” dado al concepto de libertad (absoluta) implicó, como se percibe, un exceso en su aplicación, partiendo de premisas no correctas (como la igualdad del hombre, cierta en sí, pero no, en cuanto a la realidad de los hechos, donde existe tanta desigualdad en todos los ámbitos humanos), lo cual devino, en el desprestigio del liberalismo, principalmente en los segmentos más bajos de la sociedad. “Para la economía liberal, el contrato desempeña un papel fundamental, y la libertad de trabajo, libertad de industria, libertad de comercio, son los pilares del nuevo orden económico”.⁴²

Comenta De Buen que, posiblemente la norma más importante en el Código Napoleón (refiriéndose a la materia contractual) sea la “contenida en el artículo 1134 en el que textualmente se expresa que: “Los convenios legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre las partes. No podrán ser revocados sino por mutuo consentimiento, o por las causas que la ley señale. Deberán ser ejecutados de buena fe”. Este precepto resume, con una precisión inimitable, muchos siglos de evolución jurídica. De él se dice que plasma el principio jurídico sobre el que descansa toda la sistemática contractual del siglo XIX y parte del actual”.⁴³

⁴⁰ Levaggi, Abelardo, ob. cit., p. 25.

⁴¹ Ibídem. p. 26.

⁴² Ídem.

⁴³ De Buen, Néstor, ob. cit. p. 55.

1.4.2. SOCIALISMO.

La terminología liberal-burguesa usada en el ordenamiento jurídico es aplicada bajo sus respectivas adaptaciones por los Estados socialistas, que en muchos casos llevan a un significado totalmente opuesto al originario de la palabra usada. El contrato, a la luz del ordenamiento jurídico vigente en la URSS, a manera de ejemplo y como modelo seguido por la mayor de los Estados socialistas.

Inicialmente se considera al contrato como la principal fuente generadora de las obligaciones, así lo disponía el artículo 106 del Código Civil al estatuir: *Las obligaciones se derivan de los contratos y de las demás fuentes indicadas en la Ley. Especialmente del enriquecimiento injusto y del daño causado por una persona a otra.* Los artículos subsiguientes del 107 hasta el 151 nos permiten conocer lo que sería el tratamiento genérico dado a los contratos, y de su lectura apreciamos que no existe diferencia de fondo respecto a la legislación vigente en países con un modo de producción diferente y sustentado en la ideología liberal (tal y como sería un caso ejemplar: México).

La práctica se aleja fatalmente de esta sencillez que encontramos en la teoría, primero porque muchos bienes se encontraban fuera del comercio, o sujetos a una restricción comercial que en la práctica hacía inviable tenerlos como objetos válidos en una relación contractual.

Segundo porque precisamente en relación a esa serie de bienes y servicios respecto de los cuales existía prohibición expresa de tenerlos como objeto de un contrato, encontramos que son comercializados de manera monopolizante por el Estado a través de diferentes formas administrativas adoptadas ex profeso.

Al respecto comenta Ioffe lo siguiente: "... ocupa un lugar preeminente el contrato económico, es decir, el contrato planificado, que se celebra entre las organizaciones socialistas y sirve de vehículo para la distribución de la

producción (el contrato de suministro), para la ejecución de determinados trabajos (el contrato de suministro), para la prestación de otros servicios entre las diferentes organizaciones socialistas (el transporte, la expedición, etc.), a fin de asegurar el cumplimiento de la tarea planificada de cada una de ellas y, por tanto, el cumplimiento del plan de la economía nacional en su totalidad. No es de extrañar, por ello, que la gran mayoría de las disposiciones promulgadas en el período que nos ocupa, concernientes al derecho contractual, se consagren a la estructuración jurídica de las relaciones planificadas-contractuales entre las organizaciones socialistas”.⁴⁴

Al lado del conjunto de “contratos” planificados encontramos aquellos denominados genéricamente como *compraventas al por menor*. Ioffe explica adecuadamente esta situación: “Al atribuir gran importancia a dicho contrato, que a raíz de la victoria del socialismo era casi la única forma de servicio a la población prestado por el sistema mercantil socialista, el legislador se preocupó no sólo de su regulación en derecho civil, sino también de asegurar la observancia más estricta posible, por parte de las sociedades mercantiles, de sus obligaciones hacia los consumidores. El incumplimiento de la principal de dichas obligaciones, la venta de mercancías, con su peso exacto y cabal medida, se considera... como un fraude al Estado y un robo al consumidor, que acarrearán la aplicación de sanciones penales a las personas culpables de los citados actos”.⁴⁵

En todo ordenamiento jurídico encontramos relacionadas las distintas ramas que integran la totalidad del árbol jurídico, sin embargo no es frecuente encontrar una mezcla tan aleccionadora (en sistemas jurídicos modernos, como lo fue el soviético) entre una figura netamente del “derecho privado” (civil) con el público (penal). En síntesis el contrato es un concepto jurídico abordado a conciencia por el socialismo real, que sin embargo es adaptado en gran

⁴⁴ Ioffe, Olimpiad Solomonovich, *Derecho civil soviético*, trad. de Miguel Luban, México, Instituto de Derecho Comparado. Universidad Nacional Autónoma de México, 1960, p. 247.

⁴⁵ *Ibíd.* p. 266.

medida a otras instituciones jurídicas conexas sólo tangencialmente a la esencia del contrato, el cual bastante restringido conserva su esencia en la precitada compraventa al por menor, y por supuesto en diversos “acuerdos” no reconocidos “oficialmente” por el sistema gubernamental, pero existentes en la realidad social, bajo el conocido como *mercado negro*.

CAPÍTULO II. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

2.1.- DEFINICIÓN DE CONTRATO.

Etimológicamente la palabra contrato proviene del latín *contractus*, derivado a su vez del verbo *contrahere*, que significa reunir, lograr, concertar. El contrato es una figura jurídica que surgió en Roma, aunque puede decirse que el contrato ha existido de una u otra manera, con el nombre que se le quiera dar, en todas las culturas y civilizaciones humanas.

Conceptos de contrato hay como autores que abordan el tema, igualmente el Código Civil para el Distrito Federal da una definición de lo que debe entenderse como contrato, conocida esta definición en el campo doctrinal mexicano como la definición legal, la cual a la letra dice lo siguiente:

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

Se complementa este artículo con lo dispuesto por el artículo inmediato precedente del mismo código, el cual expone:

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

De los anteriores artículos se tiene, que el convenio es el genero y el contrato es la especie.

En general podemos afirmar que la mayoría de los autores que abordan el tema, están conformes con lo que dice la anterior definición, aunque no dejan de marcar ciertos matices que le dan una cierta singularidad a su respectiva definición.

Algunos tratadistas consideran una doble naturaleza del contrato, considerándolo tanto una especie típica de acto jurídico, así como una norma jurídica especializada; por el contrario otros autores manifiestan que es únicamente un “acto jurídico celebrado de acuerdo con determinadas normas jurídicas”⁴⁶

Entre el cúmulo de autores que han definido lo que es el contrato consideramos pertinente transcribir las de los siguientes tratadistas:

Rafael de Pina: En su significación semántica, contrato es el pacto o convenio entre partes sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. El contrato no es, a nuestro entender, una norma jurídica, en el mismo sentido en que lo son la ley y la costumbre, por ejemplo, sino un acto jurídico celebrado de acuerdo con determinadas normas jurídicas.⁴⁷

Sergio T. Azúa Reyes: Contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear o transferir entre si derechos y obligaciones. De su naturaleza explica que, es un acto jurídico bilateral o plurilateral, o si se prefiere, dos o más actos jurídicos emanados respectivamente de dos o más personas, que concurren a la realización de un negocio en el que se encuentran interesadas.⁴⁸

Ignacio Galindo Garfías: El contrato es un acto jurídico y como tal, es un acto de voluntad de las partes que en él intervienen. Es el acto jurídico típico del derecho privado y se caracteriza porque las declaraciones de voluntad de las partes que lo celebran son concurrentes, convienen en crear entre sí, relaciones jurídicas; forman un acuerdo de voluntades o consentimiento, lo que

⁴⁶ Pina de, Rafael. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO Volumen III. Pág. 265

⁴⁷ Pina de, Rafael. Op. Cit. pp. 265.

⁴⁸ Azúa Reyes, Sergio T. TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Págs. 49 y 51.

constituye propiamente, el elemento esencial del contrato. También considera este autor que, el contrato puede ser considerado como acto jurídico por una parte y como norma individualizada de conducta desde otro punto de vista (Kelsen).⁴⁹

Víctor Amaury Simental Franco: Un acto jurídico bilateral, en donde interviene la voluntad de dos o más partes, con el fin de crear o transferir derechos y obligaciones entre sí, que es reconocido por una norma jurídica.⁵⁰

2.2.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

El contrato se constituye por una serie de elementos, siendo los principales, ya que sin ellos no podría tener vida, los llamados elementos de existencia, también denominados esenciales, estos son dos: el objeto y el consentimiento (la solemnidad es un tercer elemento de existencia, presente en otros actos jurídicos, tal como el matrimonio, pero no en los contratos). El objeto y el consentimiento son mencionados por el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal, y con respecto a la solemnidad, como lo dice Ernesto Gutiérrez y González del texto del artículo 228 del mismo código se llega a la conclusión de que si se acepta a la solemnidad como elemento de existencia, aunque no sea éste un elemento constante.⁵¹ El efecto directo de no satisfacer alguno de los elementos de existencia es que no surja el contrato, es decir es imposible que genere consecuencia jurídica alguna como acto jurídico.

⁴⁹ Galindo Garfías, Ignacio. TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS. pp. 67 y 68.

⁵⁰ Simental Franco, Víctor Amaury, CONTRATOS. CONSIDERACIONES EN TORNO A SU DEFINICIÓN, Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2008.

⁵¹ Gutiérrez y González, Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. Pág. 296.

2.2.1.- OBJETO.

Tal como lo que indica Bernardo Pérez Fernández del Castillo, en su libro Contratos Civiles, podemos analizar el objeto conforme a dos categorías distintas, el objeto jurídico y el objeto material. Considerando al objeto jurídico en una subdivisión de objeto directo y objeto indirecto.⁵²

El objeto jurídico directo del contrato, se desprende de la naturaleza jurídica del mismo, y se entiende como la creación y transmisión de derechos y obligaciones.⁵³

El objeto jurídico indirecto del contrato equivale al objeto directo de la obligación, es decir, a la conducta de dar, hacer o no hacer.

“El objeto material del contrato, se refiere a la cosa que se tiene que dar, al hecho que se tiene que realizar y a la conducta de la que debe abstenerse”.⁵⁴

Debido a que por su misma naturaleza, el contrato es obligacional, podemos afirmar que existe aún cuando no haya objeto material en el momento de contratar, v.g. el caso de la venta de cosa futura. Por el contrario si no se crean o transfieren derechos y obligaciones estamos ante un acto que no corresponde al contrato, es decir no existe, nunca nace.

Las obligaciones de dar pueden ser agrupadas en cuatro rubros distintos:

⁵² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. CONTRATOS CIVILES. Pág.24

⁵³ Cabe mencionar, que no es unánime esta acepción de objeto directo del contrato, Miguel Ángel Quintanilla García alega en su libro DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, página 53, que el objeto directo del contrato “es precisamente la operación que se celebre y que en realidad en su número es ilimitada, pues lo mismo podría ser de compraventa, de permuta, de arrendamiento o bien de cualquier otro contrato, inclusive innominado”.

⁵⁴ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Op.cit. p. 25.

- 1.- Traslativas de dominio.
- 2.- Traslativas de uso.
- 3.- De restitución de cosa ajena.
- 4.- Pago de cosa debida.

Es el artículo 2011 del Código Civil para el Distrito Federal, el que dispone las distintas formas que puede revestir la obligación de dar.

En el caso de contratos que generan obligaciones de dar, el objeto material consiste en la cosa cuyo dominio o uso se transmite. Como requisitos esenciales de la cosa están los siguientes:

- a).- La cosa debe ser físicamente posible;
- b).- La cosa debe ser jurídicamente posible.

“La cosa es físicamente posible cuando existe en la naturaleza o puede existir; por lo tanto, hay una imposibilidad física cuando no existe, ni puede llegar a existir”.⁵⁵

La cosa es jurídicamente posible, nos dice Rafael Rojina Villegas, cuando está en el comercio y cuando es determinada o determinable por el derecho; por lo que, son cosas imposibles jurídicamente las que están fuera del comercio y las que no pueden determinarse.⁵⁶

Lo anterior se desprende de lo que indica el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1825:

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

De los tres supuestos que señala el artículo 1825, el existir o que pueda existir en el medio físico no implica problema alguno su comprensión.

⁵⁵ Rojina Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL III. p. 61.

⁵⁶ *Ibíd.* p. 62.

Cuando la cosa objeto del contrato no es susceptible de ser determinada estamos ante un caso concreto de inexistencia del contrato por no cumplirse con uno de los elementos de existencia. Nos dice Rojina Villegas que en el derecho existen tres niveles para la determinación de las cosas: determinación individual, determinación en especie y determinación en género.⁵⁷

Para que la cosa sea posible jurídicamente, esta tiene que ser susceptible de ser determinada ya sea individualmente o en especie, para el derecho no tiene significado que la cosa sea determinable en género (al menos en lo que corresponde al objeto como elemento de existencia de los contratos).

La cosa deberá estar en el comercio, si no se cumple con este presupuesto la existencia del contrato es imposible. Si interpretamos a contrario sensu el artículo 748 del Código Civil se entiende que las cosas están en el comercio, ya sea por su misma naturaleza o por disposición de la ley.

Artículo 748. “Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley”

A su vez el artículo 749 del mismo ordenamiento jurídico indica cuando las cosas están fuera del comercio.

Artículo 749. “Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular”.

Gutiérrez y González define la comerciabilidad: “resulta ser entonces, la aptitud que tienen las cosas para ser objeto de un contrato por no impedírselos ni la naturaleza ni la ley”.⁵⁸

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. cit. p. 290

“Lo inmerciable respecto de una cosa, significa que ésta, o no puede ser objeto de relación jurídica alguna, o bien que, pudiendo ser objeto de alguna relación jurídica, no es reductible a propiedad privada”.⁵⁹

Conviene hacer la distinción entre inmerciable e inalienable; inmerciable es sinónimo de no ser susceptible de apropiación particular, ya sea por su naturaleza o por disposición legal; mientras que la inalienabilidad no impide que la cosa esté dentro del comercio pero la ley, por distintas razones, impide su enajenación, la imposición de gravámenes o su modificación.

Cuando el objeto se refiere a un hecho o a una abstención, nos encontramos que este también debe cumplir con los requisitos de: ser posible física y jurídicamente. El artículo 1827 del Código Civil dispone que:

“El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

- I Posible;
- II Lícito”.

La posibilidad física esta enfocada a que no haya una ley natural que impida la realización del hecho, v.g. sería imposible la llegada del hombre a la luna a través de un brinco, el contratar en base a este hecho simplemente llevaría a la inexistencia del contrato por la imposibilidad física del hecho objeto del contrato.

Respecto a la imposibilidad jurídica tenemos que no debe existir una incompatibilidad entre el hecho objeto del contrato y alguna norma jurídica, lo cual implica un obstáculo que impide su realización.

⁵⁹ Ibidem. p. 291.

2.2.2.- SOLEMNIDAD.

Ya antes indicamos que este elemento no es constante, por el contrario es casi hipotética su existencia en los contratos, en otros actos jurídicos de naturaleza distinta al contrato si es más usual encontrar a este elemento, como lo serían los testamentos, actos del registro civil, juramentos, etcétera.

El ejemplo típico de la solemnidad en un contrato sólo es el matrimonio, pero en realidad hoy la mayoría de investigadores sobre el tema le otorgan al matrimonio una naturaleza jurídica distinta del contrato.

La solemnidad en si es una forma o un conjunto de formas elevado a la categoría de elemento esencial o de existencia. Nos explica Gutiérrez y González que del texto del artículo 2228 del Código Civil, se llega a la conclusión de que nuestro sistema jurídico si acepta a la solemnidad como un elemento esencial.⁶⁰

Artículo 2228. “La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de sus autores del acto, producen la nulidad relativa del mismo”.

En sentido contrario, se lee que si se trata de actos que son solemnes, no habrá nulidad, sino inexistencia.⁶¹

2.2.3.- CONSENTIMIENTO.

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades destinadas a crear o transferir derechos y obligaciones entre si, el cual tiene que ofrecer una manifestación exterior.

⁶⁰ Gutiérrez y González, Ernesto. Ob.cit. p.296.

⁶¹ Ídem.

Está integrado por dos elementos: a) la oferta o policitud, y b) la aceptación, que si no se dan estos elementos el consentimiento no llega a existir, pero estos elementos por si mismos pueden ser productores de consecuencias de derecho.

Al consentimiento (en el contrato) se le entiende como el acuerdo de voluntades que tienen como fin crear o transferir derechos y obligaciones entre las partes, el cual tiene que revestir una forma que la misma ley determina. Julien Bonnecase nos da la siguiente noción del consentimiento: “El consentimiento es el acuerdo de voluntades constitutivos del contrato. Dos o más personas, por tanto, dos voluntades, son necesarias, por lo menos, para que haya consentimiento y, por ende, contrato. Pero el contrato puede existir entre un mayor número de personas, como lo demuestran las sociedades”.⁶² Bejarano Sánchez simplifica diciendo que: (son) “dos quererres que se reúnen y constituyen una voluntad común”.⁶³

En apartado anterior mencionamos someramente que este elemento del contrato (el consentimiento) es el elemento esencial del contrato, no dejando de lado al objeto, sin exagerar lo que le da esa naturaleza especial dentro del cúmulo de actos jurídicos al contrato, es el consentimiento.⁶⁴

Del concepto surgen elementos que deben ser explicados, en principio, aclaramos que nos referimos al consentimiento en el contrato, ya que otros actos jurídicos bilaterales o multilaterales requieren un acuerdo de voluntades, que en estricto sentido es lo que significa el consentimiento.

Acuerdo de voluntades, estas voluntades para su estudio se dividen en:

- a) oferta o policitud, y
- b) aceptación.

⁶² Bonnecase, Julien. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL. p.794.

⁶³ Bejarano Sánchez, Manuel. Ob. Cit. p.54.

⁶⁴ Como dato adjunto, y sin estar descubriendo el hilo negro, el consentimiento es al contrato lo que la voluntad es al acto jurídico en general.

Por si mismas tanto la oferta como la aceptación son declaraciones unilaterales de voluntad y por lo tanto son generadoras de consecuencias jurídicas.

“La oferta o policitud que puede ser expresa o tácita, es la propuesta de celebrar un determinado contrato, propuesta que le dirige una de las partes a la otra, misma que tendrá que ser aceptada, formándose así el consentimiento”.⁶⁵

También la aceptación puede manifestarse de manera expresa o tácita, lo trascendente para efectos de constituir el consentimiento, es que esta debe ser un allanamiento total a la oferta inicial, ya que si se sugiere, aunque sea mínimo, algún cambio a la oferta inicial, nos encontramos frente a una nueva oferta la cual deberá ser aceptada por quien fue el prístino oferente.

Ahora bien, la aceptación no solo debe ser un allanamiento total a la oferta, sino también debe hacerse en el momento en que sea aun válida la oferta, como nos lo dice Bejarano Sánchez:

“La aceptación útil deberá ocurrir durante la vida de la oferta y sólo entonces habrá consentimiento y contrato. Si la propuesta fuera retirada antes de la aceptación, o antes de que el destinatario conociera la oferta, no habría contrato; asimismo, la aceptación, también puede ser retirada, haciendo llegar al proponente la retractación antes que la aceptación (Art. 1808 del C.C.)”.⁶⁶

En cuanto a que este acuerdo de voluntades tenga como fin ya sea la transmisión o creación de derechos y obligaciones, esto es por la naturaleza del contrato, ya antes mencionamos que hay actos jurídicos que requieren de acuerdo de voluntades, pero no tienen como fin la creación de derechos y obligaciones, tal sería el caso de un convenio; abundando en el tema hay acuerdos de voluntades que crean y/o transfieren derechos y obligaciones,

⁶⁵ Quintanilla García, Miguel Ángel. Op.cit. p.44.

⁶⁶ Bejarano Sánchez, Manuel. Ob. cit. p. 60.

pero que indudablemente se alejan irremediabilmente de lo que es un contrato, el ejemplo más claro lo constituye una sentencia judicial derivada de un cuerpo colegiado.⁶⁷

La última parte del concepto indica que este debe revestir una “forma” que la misma ley indique, por forma nos referimos a una manifestación exterior de este acuerdo de voluntades, el Código da reglas para la interpretación del consentimiento, cuando éste no es lo suficientemente claro, en cuanto a lo que quisieron manifestar las partes.

2.2.3.1 FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.

La doctrina esta conforme en que, el consentimiento queda formado cuando hay una aceptación lisa y llana (que se reduce a un si) a la oferta o policitud.

Borja Soriano lo define de la siguiente manera: “A veces el consentimiento se forma sencillamente exponiendo una parte las condiciones del contrato a la otra y aceptándolas ésta desde luego lisa y llanamente. Otras veces, tratándose de contratos complicados, generalmente, se redacta un proyecto de contrato que las partes estudian y modifican hasta que se llega de común acuerdo a una redacción definitiva”.⁶⁸

“El consentimiento no surge espontáneamente, sino que está precedido por una serie de tratos o conversaciones previas, que tienen como punto inicial una oferta y, como consecuencia normal de ella, la aceptación por aquel a quien se ha hecho”.⁶⁹

⁶⁷ Este es un ejemplo claro en donde hay *consentimiento*, pero no es este el consentimiento que nos interesa, restringimos la palabra consentimiento (en este trabajo) en lo relativo al contrato.

⁶⁸ Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. p. 121.

⁶⁹ Pina de, Rafael. Ob. Cit. p. 280.

Bien nos dice Rafael de Pina, que la etapa preliminar del contrato, constituida por los tratos y negociaciones previas antes mencionadas, no existen realmente en el denominado “contrato de adhesión”, coincidimos en su apreciación de que la naturaleza contractual queda realmente en entredicho en este tipo de “contratos”, en lo particular le negamos la naturaleza jurídica del contrato.⁷⁰

Bejarano Sánchez, menciona una característica del consentimiento, que posiblemente por ser tan “evidente”, es omitida por muchos autores, vale transcribir lo que nos dice con respecto a este punto:

“El consentimiento (y por ende el contrato) no es la oferta sola ni es la aceptación sola. Ambas se reúnen y se funden. El acuerdo de voluntades se forma cuando una oferta *vigente* es aceptada lisa y llanamente”.⁷¹

Artículo 1804. “Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo”.

2.2.3.2 EXPRESIÓN DEL CONSENTIMIENTO.

Aunque suene a perogrullada, la expresión del consentimiento, es la manera (forma) en que exteriormente es manifestado el mismo. Nuestro Código, acepta dos formas en que puede ser expresado el consentimiento, la expresa y la tácita.

Artículo 1803. “El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultara de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a

⁷⁰ Ídem.

⁷¹ Borja Soriano, Manuel. Ob. Cit. p.122.

presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente”.

La expresión del consentimiento, es un punto de vital importancia para el contrato, para el consentimiento en si, ya que de eso depende el surgimiento de responsabilidad contractual para las partes, en posteriores apartados y capítulos estudiaremos los distintos tipos de expresión que hay del consentimiento, y cuales son los sistemas de regulación cuando el contrato no se realiza entre personas presentes.

Al respecto es muy aleccionador lo que nos dice De Buen Lozano:

“El problema (la expresión del consentimiento) que, en consecuencia, nos interesa dilucidar, en cuanto constituye el centro del tema que abordamos, es el de esa exterioridad que se anota como elemento necesario del consentimiento, ya que puede existir alguna discrepancia, real o aparente entre la voluntad interna y la voluntad declarada”.⁷²

2.2.3.3. CONSENTIMIENTO EXPRESO.

Por consentimiento expreso entendemos, la voluntad acordada de las partes, que trasciende por elementos palpables externos al conocimiento de los demás; esto es, por manifestación expresa de la voluntad se entiende, que esta habrá de exteriorizarse por medio de signos inequívocos, principalmente la palabra (en forma oral) o de forma escrita (preferentemente por la seguridad jurídica que implica).

⁷² Buen de Lozano, Néstor. Op.cit. p. 184.

2.2.3.4. CONSENTIMIENTO TÁCITO.

Aunque suene repetitivo, aclaramos que cuando decimos “consentimiento tácito”, nos estamos refiriendo a la expresión tácita del consentimiento, adquiere especial relevancia este punto, en si es fuente de un cúmulo de problemas jurídicos establecer cuando se ha perfeccionado realmente el consentimiento en este supuesto.

Concernientemente es muy ilustrativo Sergio T. Azúa Reyes: “El consentimiento tácito resulta de hechos o actos que lo presuponen o autorizan a presumirlo, como cuando concluido el tiempo de vigencia del contrato de arrendamiento el propietario no pide la devolución del inmueble, antes bien, se manifiesta complacido al recibir el pago de la renta. En este caso el consentimiento no se está manifestando expresamente, ni verbal, ni por escrito, ni por signos; la celebración de un nuevo contrato se está proponiendo por hechos o actos que lo presuponen, es un consentimiento tácito”.⁷³

El problema se presenta cuando, no hay una regulación específica al caso en concreto, y alguno de los contratantes considera que si se llego al acuerdo de voluntades, y por el contrario su co-cóntatante no lo considera así. Pero en si este ya es un problema que corresponde resolver al órgano jurisdiccional dependiendo del caso en cuestión, ya que hipótesis podrían darse *ad infinitum*.

2.2.3.5. EXPRESIÓN VERBAL DEL CONSENTIMIENTO.

Ahora corresponde el estudio a una de las maneras que puede revestir el consentimiento expreso, que es la forma verbal.

⁷³ Azúa Reyes, Sergio T. Op. cit. p. 64

Al decir forma verbal,⁷⁴ se da la referencia a la forma hablada, es decir no hubo, ni se dio un documento que sirva como soporte al acuerdo de voluntades planteado. Aquí entra una situación problemática, el caso de los sordomudos, obviamente no hay comunicación hablada, en el sentido de emitir sonidos bucales articulados con significado, pero el lenguaje mímico, por la naturaleza del mismo, en cierto sentido puede ser homologado con el hablado, por la esencia de los dos, como lo es la espontaneidad.

Conforme a lo anterior, ubicaríamos en el mismo grupo de expresión verbal del consentimiento, tanto al lenguaje hablado en estricto sentido, como al mímico o hecho a través de señas; claro que con ciertas limitantes, ya que una persona que no sepa el lenguaje de los sordomudos que este en un “diálogo” con una persona con esas características, difícilmente podríamos decir que están de acuerdo en algo seriamente.

2.2.3.6. EXPRESIÓN ESCRITA DEL CONSENTIMIENTO.

Indudablemente que es este uno de los puntos que enfrenta menor dificultad, tanto para ser explicado como para la realización de contratos, por la seguridad jurídica que implica para las partes.

Entrando en materia, la expresión escrita del consentimiento es: la manifestación exterior del consentimiento (del acuerdo de voluntades de las partes en un contrato) realizada por medio de la palabra escrita, y que como consecuencia lógica es plasmada en un documento que *debe* constar por lo menos en original duplicado, firmado por las partes que contratan y de ser posible, aunque no es necesario que sea firmado por testigos.

⁷⁴ Para algunos autores la denominación adecuada es **oral**, realmente como se le denomine, no constituye un problema total, sino por el contrario, es una discusión verdaderamente superflua.

Anteriormente mencionamos y criticamos la denominación de los *contratos de adhesión*, sin entrar a fondo en el tema, este es lugar adecuado para hacerlo. Los *contratos de adhesión*, son un fiel ejemplo de consentimiento expresado de manera escrita, no hay punto que quede en el aire o acuerdo verbal.

Pero, de verdad podemos decir que hay consentimiento, o acuerdo de voluntades, cuando una sola de las partes impone cláusulas, condiciones, términos, etcétera, y la otra o acepta o no hay contrato, sin posibilidad de influir en la redacción final del contrato, realmente es muy objetable decir que hubo consentimiento en el sentido estudiado no solo en este trabajo, sino en la Teoría General de los Contratos.

Esto sin contar la intervención del Estado, para regular y/o limitar la libertad contractual imponiendo limitaciones al oferente, con el fin de evitar una carga excesiva para el aceptante.⁷⁵

2.2.3.7. EL ERROR OBSTÁCULO.

En subtema precedente estudiamos “los vicios del consentimiento”, encuadrando como uno de ellos al error, ahí someramente se menciona al error obstáculo, aquel que genera no la nulidad del acto en cuestión, sino la inexistencia del mismo.⁷⁶

“El error, es decir la discordancia de la realidad con lo pensado, afecta al consentimiento de las partes o de una de ellas de tal forma que el acto jurídico puede resultar viciado en diferentes grados, según sea el nivel de error padecido. El error en su grado máximo se da cuando las partes no se han

⁷⁵ No debemos perder de vista que las empresas que se sirven de este tipo de contratos, son ya sea monopolios u oligopolios, y finalmente el consumidor no tiene verdaderas opciones para contratar con otro oferente.

⁷⁶ Supr. 1.3.2. Ausencia de vicios en el consentimiento. p. 17.

puesto de acuerdo sobre la naturaleza del contrato, o sobre su objeto, no obstante que piensan estarlo”.⁷⁷

“Este máximo grado de error, llamado error-obstáculo o error impediendo (sobre la naturaleza o sobre el objeto) impide la formación del contrato, por lo que en el caso nos encontramos ante la inexistencia del mismo, por faltar uno de los elementos esenciales (Art. 2224)”.⁷⁸

El error obstáculo es subdividido en dos tipos de error por Quintanilla García, diciéndonos lo siguiente:

“a) Error sobre la naturaleza del contrato.

Cuando las partes sufren un error tan grande que es imposible determinar la presentación del consentimiento, es más podemos afirmar, que en realidad no hubo consentimiento, el ejemplo típico lo constituye el caso de que una persona piense que el objeto que está recibiendo es en donación cuando en realidad la contraparte que se lo está entregando piensa que va a recibir un determinado precio como contraprestación. En este ejemplo no es posible encontrar el consentimiento, porque una de las partes cree estar celebrando un contrato de compraventa y la otra lo supone de donación, como el error es tan grande, recae sobre la propia naturaleza del contrato, no existe consentimiento y ese acto jurídico que celebraron las partes resultara inexistente. En realidad faltó la causa que era el motivo determinante para contratar.

b) Error sobre la identidad misma del objeto material del contrato.

El ejemplo típico lo encontramos en el supuesto de que una persona piense que está adquiriendo la casa número 3 de la Avenida Madero en pleno centro de la ciudad, y la otra le está vendiendo la casa número 3 de la Avenida

⁷⁷ Azúa Reyes, Sergio T. Ob.cit. p. 90.

⁷⁸ Ídem.

Madero, pero en Coyoacán. En este caso, el error es tan grande que en realidad no existe el consentimiento, supuesto que una de las partes está pensando adquirir un objeto, cuando en realidad la otra está pensando en vender otro diferente. También falta la causa”.⁷⁹

El denominado *error obstáculo*, es una de las manifestaciones que puede revestir la ausencia del consentimiento por no haberse determinado el objeto del contrato adecuadamente, lo que trae concomitantemente la inexistencia del contrato en cuestión, esto debido a que las voluntades de las partes se encuentran en una discrepancia de tal magnitud, que jurídicamente es imposible hacerlas coincidir (a las voluntades).

Confirma lo anterior lo expuesto por Sánchez Medal: “El consentimiento (.....) no existe cuando no hay coincidencia en las dos voluntades, lo que ocurre principalmente en los casos del llamado *error obstáculo*, que corresponde al “*error in corpore*” o error sobre el objeto-cosa del contrato (el comprador creyó adquirir una finca y el vendedor creyó que enajenaba otra), y al “*error in negotio*” o error sobre la clase de contrato que se celebra (se recibe una suma de dinero en la creencia de que se le ha hecho una donación, pero el que la entrega creyó que se daba en mutuo tal cantidad)”.⁸⁰

2.3.- ELEMENTOS DE VALÍDEZ.

El artículo 1795 del Código Civil interpretado a contrario sensu, indica cuales son los elementos de validez del contrato, que son: a) capacidad de las partes; b) ausencia de vicios en el consentimiento; c) objeto, motivo o fin lícitos; d) consentimiento expresado en la forma que la ley establece.

La diferencia entre los elementos de validez y los elementos de existencia, consiste en la sanción que el derecho les aplica cuando estos no se

⁷⁹ Quintanilla García, Miguel Ángel. Ob. cit. p. 44.

⁸⁰ Sánchez Medal, Ramón. Op. cit. p. 28.

cumplen, mientras que para los elementos de validez la sanción consiste en una nulidad ya sea relativa o absoluta, mientras que, para la ausencia de algún elemento de existencia implica la inexistencia del contrato; como es lógico deducir los efectos jurídicos de la sanción correspondiente (nulidad relativa -o anulabilidad-, nulidad absoluta, o inexistencia) son muy distintos.

En el caso de la inexistencia, el acto jurídico en general, y del contrato en particular, no producen efecto jurídico alguno entre las partes ni frente a terceros, es la nada jurídica; frente a eso la nulidad relativa, efecto de no cumplirse con los elementos de validez (excepción hecha del objeto, motivo o fin ilícito, el cual puede producir la nulidad absoluta o relativa), tiene como características principales: 1) siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos; 2) es susceptible de ser convalidada y de prescribir.

La nulidad absoluta es la consecuencia de tener como objeto, motivo o fin del contrato un hecho ilícito, esta a diferencia de la nulidad relativa no es susceptible de ser convalidada, ni de prescribir; pero a diferencia de la inexistencia, el contrato existe, y mientras no sea pronunciada la nulidad por el órgano jurisdiccional respectivo, produce sus efectos jurídicos provisionalmente.

2.3.1.- CAPACIDAD.

La capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, y hacerlos valer;⁸¹ se divide en: capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce es la aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. Al respecto es muy claro lo que dice el artículo 22 del Código Civil:

⁸¹ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. p. 391.

“La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en 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”.

Ahora bien, la capacidad de goce es plena en México para los mexicanos y mexicanas, pero no es así en todos los casos, existen ciertas excepciones en donde se restringe la capacidad de goce. Las más comunes son:

1. Para las personas físicas por sentencia judicial, ya sea civil, penal y/o administrativa.
2. Para los extranjeros, quienes tienen restringida esa capacidad en ciertos casos.
3. A las corporaciones religiosas y ministros de culto.
4. Instituciones de beneficencia.
5. A las sociedades mercantiles por acciones.

Con respecto a la capacidad de ejercicio, esta se refiere a la aptitud de poder ejercer por sí mismo sus derechos y obligaciones. Dicho de otra manera, “es la aptitud jurídica de ejercitar o para hacer valer los derechos que se tengan, y para asumir por sí mismo, deberes jurídicos”.⁸²

Existen dos tipos de incapacidad de ejercicio:

- La general;
- La especial.

⁸² *Ibíd.* p. 393.

La incapacidad general esta regulada en el artículo 450 del Código Civil:

Artículo 450. “Tienen incapacidad natural y legal:

I Los menores de edad;

II Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

III (Derogada).

IV (Derogada)”.

“Estos incapacitados sólo pueden ejercer sus derechos por medio de su representante legal; padres en el ejercicio de su patria potestad o tutor”.⁸³

Al respecto nos habla el artículo 23: “La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes”.

La incapacidad especial se da, como nos dice Pérez Fernández del Castillo,⁸⁴ cuando personas mayores que no se ubiquen en la hipótesis del artículo 450, se ven impedidos de actuar por la relación que tienen con una persona o respecto de un bien.

Ejemplo típico del primer caso, es el tutor que no puede contratar con su pupilo; y de la segunda especie lo son los administradores que no pueden

⁸³ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Op. Cit. p. 29

⁸⁴ ídem.

comprar los bienes que administran y a los jueces y abogados que tampoco pueden comprar los bienes que fueron objeto del litigio en el que intervinieron.⁸⁵

2.3.2. AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.

Este tema es uno de los cuales existe mayor polémica entre los tratadistas, mientras que para algunos sólo son dos realmente los vicios del consentimiento o de la voluntad,⁸⁶ para algunos otros autores son tres o cuatro; fuera de la cantidad, también se discute cuáles son y cuáles no lo son. Considero pertinente iniciar el estudio de este punto con lo que dice el Código al respecto.

Artículo 17. “Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación más el pago de los correspondientes daños y perjuicios”.

Artículo 1812. “El consentimiento no es valido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo”.

⁸⁵ Conviene hacer la mención que en la doctrina hay cierta discrepancia de como denominar esta figura, mientras que algunos se inclinan por denominarla legitimación o falta de legitimación, otros simplemente la definen como casos de incapacidades especiales.

⁸⁶ Hasta en la denominación de estos vicios hay desacuerdo, mientras que para algunos autores lo correcto sería nombrarlos vicios de la voluntad, para otros lo adecuado es llamarles vicios del consentimiento, al respecto considero que esta es una discusión bizantina, siempre y cuando se especifique claramente a que sé esta uno refiriendo.

Artículo 1816. “El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquella, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico”.

Artículo 1820. “El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”.

Artículo 2228. “La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, producen la nulidad relativa del mismo”.

Apegándonos a lo que indica el artículo 1812, tres serían los vicios del consentimiento, error, violencia y dolo. Rojina Villegas se adhiere en cuanto al estudio a esta corriente, y nos dice lo siguiente:

“En cuanto al error, determinamos ya sus grados, para distinguir: a) el que destruye la voluntad, originando la inexistencia del acto jurídico o del contrato; b) el que simplemente vicia el consentimiento y motiva la nulidad relativa del negocio jurídico y finalmente, c) el error que es indiferente en cuanto a la validez del acto o contrato”.⁸⁷

“En cuanto al dolo, partimos de la distinción fundamental que distingue al dolo principal que nulifica al contrato y el incidental que carece de efectos en cuanto a la validez del mismo. Para el primero insistimos en que el dolo no es por sí mismo un vicio de la voluntad, sino que sólo se considera como tal en tanto que induce a un error determinante de la misma”.⁸⁸

El mismo autor con respecto a la violencia, “la violencia, empleada esta palabra en un sentido genérico comprensivo de las especies que las escuelas

⁸⁷ Rojina Villegas, Rafael. Ob. cit. p. 137.

⁸⁸ Ídem..

llaman “fuerza, miedo o intimidación”, es toda coacción grave irresistible e injusta ejercida sobre una persona razonable con el objeto de determinarla, contra su voluntad a aceptar una obligación o a cumplir una prestación dada”.⁸⁹

Otra corriente doctrinal apegándose al criterio de José Castán Tobeñas, considera que en realidad los vicios del consentimiento o de la voluntad se reducen a dos, que son: a) el error (falta de conocimiento), y b) violencia (falta de libertad).⁹⁰ A la misma conclusión llega Manuel Borja Soriano: “Para mí, como se ve por la definición, el dolo y la mala fe no son vicios del consentimiento, sino que la Ley los considera como causa del error, que si es uno de esos vicios”.⁹¹

Sergio T. Azúa Reyes, considera que en realidad son tres los vicios del consentimiento, considera adecuado lo manifestado por Castán,⁹² en cuanto a que los vicios del consentimiento se reducen a dos, el error y la violencia, pero agrega a la lesión, ya que no la ubica ni dentro del error ni de la violencia.

Ramón Sánchez Medal⁹³ igualmente consideró que a tres se reducen los vicios del consentimiento, el error, la violencia y la lesión.

Algunos otros autores entre ellos Bernardo Pérez Fernández del Castillo, indican que en realidad, de acuerdo al Código los vicios del consentimiento son el error, dolo, mala fe, violencia y la lesión.⁹⁴

Otra corriente encabezada por Ernesto Gutiérrez y González,⁹⁵ indica que los vicios de la voluntad son:

⁸⁹ Ibíd. p. 138.

⁹⁰ Galindo Garfías, Ignacio. Ob. cit. p. 32

⁹¹ Borja Soriano, Manuel. Ob. cit. p. 220.

⁹² Azúa Reyes, Sergio T.. Op. cit. p. 89.

⁹³ Sánchez Medal, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. p. 50.

⁹⁴ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Ob. cit. p. 31.

⁹⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. cit. p. 328.

- El error;
- La violencia;
- La lesión; y
- La reticencia.

Por último Néstor de Buen Lozano, piensa que solamente constituye vicio del consentimiento el error. Al respecto dice: “La suma ignorancia y notoria inexperiencia que en el art. 17 se invocan como determinantes de la lesión, son también, a su manera, estados mentales productores del error”.⁹⁶

2.3.2.1.- EL ERROR.

El error constituye uno de los vicios del consentimiento más complejo, de acuerdo a la gravedad del mismo es la sanción que sufre el acto jurídico en específico, pudiendo ir desde la inexistencia (en el caso del error obstáculo), la nulidad relativa (en este caso se le denomina error nulidad), hasta una simple rectificación de los términos del contrato (cuando se trata del error indiferente).

Por error en un sentido general, se entiende una falsa concepción de la realidad; trasladándolo al campo contractual civil, el error “será un falso concepto sobre algún aspecto del contenido de la relación contractual”,⁹⁷ pero concepto al fin y al cabo, aunque este sea erróneo.

Gutiérrez y González nos menciona, que tratadistas de la talla de Savigny, han llegado a considerar que el error no es impedimento para perfeccionar el consentimiento, y más aún que para el derecho el error debe ser indiferente.⁹⁸

⁹⁶ Buen de Lozano, Néstor. LA DECADENCIA DEL CONTRATO. p. 189.

⁹⁷ Quintanilla García, Miguel Ángel. Op. cit. p.86.

⁹⁸ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit. p. 327.

“No se debe ignorar el error por el Derecho; pero tampoco se debe aceptar que determine siempre en el acto la inexistencia o nulidad en su caso. La posición justa será aquella que considere al acto en que la voluntad fue dada por error, como un acto anulable, y sólo cuando el error sea de las dos voluntades, sobre la naturaleza del acto que celebran, o sobre el objeto del mismo, entonces sí, el acto será inexistente. Esta es la posición que adopta el Código Civil”.⁹⁹

El error que nos interesa en lo relativo a este tema (ausencia de vicios en el consentimiento), es el denominado error nulidad, el cual a su vez se divide en error de hecho y en error de derecho. Al respecto el Código nos dice lo siguiente:

Artículo 1813. “El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivo y no por otra causa”.

“El error de hecho se da cuando recae sobre la naturaleza y características del objeto material del contrato”.¹⁰⁰

“El error de derecho es la falsa opinión de un contratante sobre una regla jurídica aplicable al contrato que procede de la ley o de su interpretación. En ambos casos para nulificar el contrato son necesarias dos características; que recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad, y que éste se haya expresado claramente en el contrato o se desprenda de su interpretación”.¹⁰¹

Sergio T. Azúa Reyes hace un estudio muy pormenorizado del error, amén de distinguir, como lo hace el Código, entre error de hechos y de

⁹⁹ Ibidem. p 330.

¹⁰⁰ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Op. cit. p. 32.

¹⁰¹ Ídem.

derecho, alude a la proveniencia del error: a) cuando proviene de las dos partes, b) de una sola de las partes, y c) de un tercero. En el primer supuesto es clara la nulidad que sufre el acto; en el segundo supuesto, si el error es exclusivo de la parte perjudicada, en el sentido de no haber sido inducido a él por nadie, será un acto valido; y en el tercer supuesto, si la parte beneficiada no estuvo al corriente de los engaños hechos al perjudicado, también será un acto valido, aunque la parte afectada podrá responsabilizar al tercero por su actuar ilícito.¹⁰²

Nos dice también Azúa Reyes, que debe atenderse al error por las circunstancias que lo provocan¹⁰³, lo cual conduce a la división del error, en:

1. Error fortuito.
2. Error provocado.

El error fortuito, es derivado de la equivocación espontánea ya sea de una sola de las partes o de quienes hayan intervenido en la celebración del contrato. Al respecto son muy ilustrativas las ideas de varios autores mexicanos (Azúa Reyes, Borja Soriano, Gutiérrez y González, etc.), ya que claramente hacen una distinción, del error en el cual, la o las partes han llegado sin que haya mediado ninguna conducta que los haya impelido a eso, de aquel otro error en el cual se ha incurrido, pero que si ha habido conductas que indebidamente, han guiado a él.

Ahora bien, cuando el error es mantenido por mala fe (mejor dicho: mala intención), estamos en presencia de un típico error fortuito, pero cuando se llega al error a través del dolo presenciamos un ejemplo claro de error provocado.¹⁰⁴

¹⁰² Azúa Reyes, Sergio T. Ob. cit. p.92.

¹⁰³ Id.

¹⁰⁴ Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. cit. p. 330.

El artículo 1815 se ocupa de esto al decir:

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

Es muy clara la definición, quizás el único punto de crítica sería en el uso de la conjunción “o” en cuanto al dolo, más afortunado sería el uso de la “y”, pero en sí, no es una omisión que impida entender el sentido de la norma, que explica que la diferencia existente entre el dolo y la mala fe, consiste en el actuar del sujeto beneficiado, ya que mientras que en el dolo tiene una actitud activa, realizando actos que conlleven al error.

En lo referente a la mala fe (mala intención) el beneficiado tiene una actitud francamente pasiva, consistente en no sacar del error al perjudicado a sabiendas de que ha incurrido en él.

En cuanto a la nulidad que afecta al contrato por este vicio en el consentimiento, nos encontramos a una nulidad relativa o anulabilidad, es decir es susceptible de ser confirmado el contrato, o de caducar la acción para solicitar su anulación.

Para concluir, diremos que cuando las partes que han celebrado el contrato han incurrido, ambas, ya sea en dolo o mala intención, no tendrán el derecho a invocar la nulidad del contrato.

2.3.2.2.- LA VIOLENCIA.-

Así como en el error lo que se afecta es el derecho de conocer, lo que se afecta con la violencia es a la voluntad, por falta de libertad.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Sánchez Meda, Ramón. Op. cit. p. 30.

El artículo 1819, nos dice con respecto a la violencia:

“Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable en los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado”.

Este artículo puede implicar confusión y/o duda, ya que en un sentido estricto abre la posibilidad a que, cuando se ejerza fuerza física en un sujeto, para otorgar su voluntad para la realización de un contrato, éste exista, siendo que en este supuesto, nunca nació el contrato, porque una voluntad en realidad nunca fue acorde con él; en este supuesto (aplicación de la fuerza física para el otorgamiento de la voluntad) estamos en presencia de la ausencia de uno de los elementos de existencia –el consentimiento-, más bien a lo que se refería el legislador es a un temor real de ejercer la fuerza física.¹⁰⁶

Como violencia podemos entender, el miedo causado por la amenaza de sufrir un daño personal o de parientes cercanos, ya sea físico, patrimonial, o moral, y que como consecuencia, se otorga la voluntad para la realización de un acto jurídico.

Sánchez Medal nos indicaba en su obra “De los Contratos Civiles”, que la violencia requiere de un requisito objetivo, “es necesario que las amenazas sean ilegítimas o contrarias a derecho, por lo que las consideraciones sobre los provechos y perjuicios que puedan resultar de celebrar o no un determinado contrato, no constituyen o engendran ese vicio de la voluntad”.¹⁰⁷

El otro elemento objetivo se desprende del enunciado del artículo 1819, o sea la amenaza que implique peligro de perder la vida, la salud, los bienes, de si mismo o de parientes hasta el segundo grado en línea colateral o de los ascendientes o descendientes.

¹⁰⁶ Bejarano Sánchez, Manuel. Ob. cit. Pág. 130.

¹⁰⁷ Sánchez Medal, Ramón. Ob. cit. pp.58 y 59.

Nos dice el mismo autor que, “no es un requisito objetivo que la violencia proceda de la otra parte, ya que puede provenir de un tercero, aun sin saberlo la parte beneficiada”.¹⁰⁸

El mismo Sánchez Medal, nos explica que no es suficiente con los requisitos objetivos antes expuestos, para que estemos en presencia de la violencia como vicio del consentimiento, sino que es necesaria la presencia de un elemento -aspecto (sic)- subjetivo, que consiste en que la amenaza sea seria, “de tal naturaleza que pueda impresionar a una persona razonable, de acuerdo a lo que expresa el Código Napoleónico, o sea que no sea una mera “balandronada” (sic), pero no al extremo tampoco de que necesariamente sea de tanta gravedad que pueda quebrantar a los hombres más firmes, en la forma que lo exigía el Derecho Romano “*qui in hominem constantissimum cadat*”.¹⁰⁹

Como consecuencia de la violencia, el acto esta afectado de nulidad relativa.

2.3.2.3.- LA LESIÓN.-

Este vicio, tiene ciertas características especiales, que lo diferencian claramente de los otros vicios de la voluntad. Su regulación se encuentra en el artículo 17,¹¹⁰ el cual ya antes transcribimos.

Podemos definir a la lesión como: el vicio del consentimiento, que afecta a una sola de las partes que intervienen en un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, provocado por la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, que trae como consecuencia un lucro excesivo evidentemente desproporcionado del co-contratante con respecto a lo que él mismo se obliga.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Ibid. p.60.

¹¹⁰ Infra. apartado 1.3.2. p.13.

“Para que se produzca la lesión, se necesita que haya una desproporción manifiesta entre la prestación y la contraprestación, como pueden ser intereses excesivos, si se trata de un préstamo, precio exagerado o insignificante de una compraventa.

Pero además de esa desproporción objetiva, debe darse un elemento subjetivo, a saber, la explotación de la penuria, la inexperiencia o ligereza de la otra parte, o suma necesidad”.¹¹¹

Este vicio en el consentimiento, trae como consecuencia, la nulidad relativa del contrato, de acuerdo a lo que indican los artículos 17, 2228 y 2230.

2.3.3. OBJETO, MOTIVO O FIN LÍCITOS.

La licitud en el contrato, es la necesidad de las partes de cumplir con lo que ordenan las leyes de orden público, y las buenas costumbres. “En este sentido, entenderemos por leyes de orden público, aquellas que no permiten que la voluntad de los particulares las contradigan; además son irrenunciables los derechos que de ellas emanan”.¹¹²

En cuanto a las buenas costumbres, “debemos entender el concepto de moralidad que prevalece en un lugar y tiempo determinados”¹¹³; como es lógico inferir, el concepto buenas costumbres, varía de un lugar a otro, así como de una etapa histórica a otra.

Al respecto nos habla el artículo 8°:

¹¹¹ Gutiérrez y González Ernesto. Ob. cit. p.372.

¹¹² Olave Ibarra, Olaf Sergio. OBLIGACIONES Y CONTRATOS CIVILES. p. 72

¹¹³ Ídem.

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

Conforme a lo anterior, el objeto del contrato debe ser lícito, al objeto que se refiere la norma jurídica, es al objeto indirecto del contrato, es decir a la conducta de dar, de hacer, o de no hacer, ya que por sí mismo, no hay objeto o bien material que sea ilícito, esto depende del uso que se le de al mismo; y en este sentido, las conductas, ya sean de hacer, de abstenerse o de dar, no deben ser contrarias ni a las leyes de orden público, ni a las buenas costumbres.

En cuanto al fin o motivo, al respecto el legislador, se refería a la razón que tiene el contratante para realizar el acto, algunos autores le dan la equivalencia, a lo que en otras latitudes se le denomina “la causa del contrato”, no es el objetivo del presente trabajo dilucidar si la naturaleza jurídica del fin o motivo es el equivalente a la causa.

Pero si podemos decir que, estos (el fin o el motivo), varían como contratos y contratantes haya, es un elemento netamente subjetivo al momento de celebrar el contrato, que a diferencia del objeto, puede afectar a solo uno de los contratantes.

Dicho de otra manera, “es el móvil, individual e íntimo y por lo tanto diferente en cada caso”.¹¹⁴

La nulidad que afecta al contrato, cuando este elemento de validez no se cumple, es la de mayor grado, ya que no puede ni ser confirmada, ni prescribir con el tiempo, es una nulidad absoluta, aunque dependiendo del grado de violación a la norma jurídica, puede darse la nulidad relativa.

¹¹⁴ Id.

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

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

2.3.4. FORMALIDAD.

Aunque el Código en su artículo 1796, impone la regla del consensualismo para el perfeccionamiento de los contratos, en la extensa numeración que hace de los contratos, adopta la regla contraria, es decir se apega al formalismo.

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

Y viene a reforzar esto, al artículo 1832, que aunque deja abierta la posibilidad de la interpretación del contrato de acuerdo su naturaleza y/o indicios de quien se obligo, no deja de lado la posibilidad de que la ley indique una forma específica, para que el contrato sea plenamente valido.

Artículo 1832. “En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”.

La forma, es simplemente la manera en que debe exteriorizarse la voluntad, de acuerdo a lo que indique la norma jurídica.

El Código da la oportunidad a las partes en un contrato, de que, si en un determinado caso no se cumplió con la formalidad que demanda la ley para que el acto tenga validez, puedan ocurrir ante el órgano jurisdiccional a exigir que se le dé al contrato la forma legal.

Artículo 1833. “Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario, pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal”.

Por último, el artículo 1834, da una regla para cuando los contratos deban ser otorgados en la forma escrita, y esta es que deben ser firmados por todos los que tomen parte en él, o que lo haga otra persona a su ruego, además de incluir la huella digital del interesado.

Artículo 1834. “Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación.

Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó”.

CAPÍTULO III. CONTRATOS ENTRE AUSENTES.

En este capítulo se conocerá la problemática que plantea el no estar presentes las partes al momento de celebrar el contrato, por metodología estudiaremos primero al contrato realizado entre presentes, para posteriormente marcar las diferencias que hay con respecto del contrato celebrado entre no presentes.

3.1. CONTRATOS REALIZADOS ENTRE SUJETOS PRESENTES.

El ideal jurídico para contratar, implica que “el que quienes contraten estén presentes”, esto trae como supuesto la seguridad jurídica de las partes. Además de las ventajas que implica la contratación entre presentes, la vida diaria, la necesidad de la gente de encontrarse en varias partes a la vez, ha obligado al derecho a crear múltiples herramientas que posibiliten la contratación,¹¹⁵ aun cuando las partes no estén una frente a la otra.

En base a lo explicado por Gutiérrez y González, podemos hacer una subdivisión del perfeccionamiento del consentimiento entre personas presentes en: a) cuando se hace la oferta y no se otorga plazo para aceptar, y b) cuando en la oferta se otorga plazo para aceptar.

El primer supuesto es el más común, y también es el que menos complicación presenta, ya que estando ahí las partes, se hace la oferta o policitud, y si es aceptada en ese momento, se perfecciona el consentimiento. En ese momento debe perfeccionarse el consentimiento, si no hay aceptación inmediata las partes se liberan de cualquier tipo de responsabilidad. Así lo señala el artículo 1805 primer párrafo:¹¹⁶

¹¹⁵ No sólo el derecho ha implementado innovaciones, sino también le ha dado validez a la utilización de inventos que han revolucionado la vida del hombre, como lo han sido el telégrafo, el teléfono, y más recientemente, el fax, y el internet.

¹¹⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit. p. 266.

“Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente”.

El segundo supuesto se refiere al caso, en que estando presentes las partes, es señalado un plazo para la aceptación de la oferta, lapso de tiempo en el cual el oferente esta obligado a mantener vigente la oferta para el caso de ser aceptada, lo cual es la conclusión lógica a la que se llega de la interpretación a contrario sensu del artículo antes señalado, y de lo que dispone el artículo 1804:

“Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo”.

“En el Código vigente se considera que durante todo el tiempo concedido como plazo para la aceptación, el oferente no puede retirar su oferta y si pretende hacerlo su retractación no surte efectos legales; que en tal virtud, aun cuando la retire durante el plazo, si la otra parte acepta, el contrato se ha formado y tendrá acción para exigir el cumplimiento, y no simplemente el pago de daños y perjuicios como ocurría en el Código de 1884”.¹¹⁷

Como vemos los contratos realizados entre personas presentes, presentan “pocas complicaciones” con respecto a los contratos realizados entre personas no presentes (en cuanto a lo concerniente a su perfeccionamiento).

3.1.1 DIFERENCIAS CON LOS CONTRATOS REALIZADOS ENTRE PERSONAS NO PRESENTES.

Del contrato entre ausentes se puede decir, hablando en plural, que: “son aquellos contratos en que la aceptación definitiva no se da en presencia

¹¹⁷ Rojina Villegas, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO TOMO V. VOLUMEN I. OBLIGACIONES. p. 275.

de la otra parte. Es indiferente que las partes se hayan reunido o no anteriormente a los fines de discutir el proyecto de contrato.

En principio cualquier contrato puede celebrarse entre ausentes. Esto es así, aun cuando se requiera el empleo de formas solemnes, siempre que esas formalidades puedan cumplirse separadamente para cada una de las partes por ejemplo prestando cada una de ellas su consentimiento por ante notarios”.¹¹⁸

Encontramos diferencias obvias como lo es la no presencia física de las partes, así como la ignorancia en un lapso de tiempo de la respuesta a la oferta, y del conocimiento de la misma por el oferente. Realmente el perfeccionamiento del consentimiento entre sujetos no presentes ha significado un problema difícil de resolver por el Derecho para dar una respuesta satisfactoria a la sociedad.

El problema es, saber en que momento ha quedado perfeccionado el consentimiento, cuando las partes no se encuentran presentes en la celebración del contrato en cuestión. Son cuatro las distintas posibilidades (Teorías):

I.- Teoría de la declaración, la cual considera como el momento en que ha quedado perfeccionado el consentimiento, aquel en que el aceptante declara su acuerdo con la oferta realizada por el peticitante. Declaración que bien puede ser verbal o escrita.

II.- Teoría de la expedición, la cual nos dice que se perfecciona el consentimiento cuando el destinatario de la peticitación expide su contestación ya sea por correo, telégrafo, etcétera.

¹¹⁸ Ibíd. p. 276. Citando a Planiol y Ripert, TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS, t. VI, pp. 210 a 212, La Habana, 1946.

III.- Teoría de la recepción, esta considera que el momento en que se perfecciona el consentimiento, es cuando el policitante recibe la contestación, que esta bajo su dominio.

IV.- Teoría de la información, considera que cuando el proponente se entera (informa) del contenido afirmativo de la respuesta, ha quedado perfeccionado el consentimiento.

A partir del 29 de mayo del 2000, la legislación federal únicamente acepta la teoría de la recepción, lo cual es un gran acierto de los legisladores, al unificar los cuerpos legales que normaban lo concerniente al momento de perfeccionar el consentimiento (Códigos Civil y de Comercio). Pero anterior a esta reforma, nuestro marco jurídico federal admitía las teorías de la recepción, y la de la expedición; en materia civil la teoría de la recepción (artículo 1807),¹¹⁹ la teoría de la expedición correspondió a otra rama (Derecho Mercantil, artículo 80 del Código de Comercio).

3.2. SOLUCIÓN LEGAL AL CONTRATO ENTRE AUSENTES.

Ya vimos que nuestro sistema jurídico finalmente adoptó el sistema de la recepción, pero dependiendo del medio de comunicación es cuando será aplicado este sistema, es decir habrá casos en que aun cuando las partes no se encuentren materialmente presentes, el derecho considerará la ficción jurídica de su presencia material y le conferirá las mismas reglas que si estuviesen presentes las partes.

¹¹⁹ “Nuestro Código Civil vigente acepta el tercer momento, es decir los contratos por correspondencia (sic) quedan celebrados cuando el oferente recibe la contestación, aun cuando no se entere de ella, excepto para el **contrato de donación en el cual se requiere que el donatario entere al donante que acepta y lo haga en vida de él**”..Ibidem. p. 190.

3.2.1. TELÉFONO.

El contrato celebrado por teléfono, es un claro ejemplo, de un contrato en el cual no hay presencia material de las partes, pero por las características de este medio, la regla para considerar perfeccionado el consentimiento, es la misma que si estuviesen presentes las partes, esto debido a que existe realmente la posibilidad material de discutir entre las partes los pormenores del contrato que se esta celebrando.

“Las palabras y el consentimiento son llevados al co-contratante personalmente y en la práctica con la misma rapidez, que entre presentes, por lo que estos contratos son, desde el punto de vista del tiempo empleado en celebrarlos, entre presentes; pero, desde el punto de vista del lugar en que se celebran, entre ausentes. El contrato por teléfono es válido y puede ser probado en los mismos casos y en las mismas condiciones que en los contratos verbales. El uso de confirmar por correo los contratos hechos por teléfono no impide que el concurso de los consentimientos sea creador de obligaciones. Sin embargo, debido a la ausencia de testigos que hayan oído a las partes, si no media la confirmación por carta y en caso de denegación, solamente la aceptación tácita, o bien, el silencio permitirán establecer la existencia de la obligación”.¹²⁰

Relativo a la contratación hecha por teléfono, nos habla el Código en su artículo 1805, el cual dice lo siguiente:

“Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarlo, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente, la misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono”.

¹²⁰ Ibidem. p. 275. Citando a Planiol y Ripert. Op. cit. p. 212 y 213.

3.2.2. CORREO.

Este medio de comunicación tiene características especiales, por cuanto a su naturaleza mediática y también en la forma de ser abordado por nuestro sistema jurídico. En párrafo precedente mencionamos los sistemas teórico-jurídicos que existen para considerar perfeccionado el consentimiento entre sujetos no presentes, y también indicamos, que nuestro país logró la unificación legal para aceptar una sola teoría (la de la recepción).

Abundando en el último sistema mencionado, éste implica que el proponente reciba en su domicilio, la respuesta afirmativa sin objeción alguna de parte del aceptante, (aunque más bien en el lugar señalado como origen de la oferta, pudiendo ser por lógica un lugar distinto al domicilio real del oferente, en cuyo caso hablaríamos del domicilio convencional).

“Se considera en este sistema que no basta que el aceptante deposite en el correo su contestación, porque el oferente no sabe si existe o no aceptación alguna, ya que pueden existir causas ajenas a la voluntad de las partes que impidan llegar la contestación al oferente. Puede extraviarse, por ejemplo, la carta, o sufrir una demora por un trastorno en las comunicaciones, y sería entonces injusto ligar al oferente desde el momento de la expedición de la carta, si ésta, por causas ajenas a su voluntad, no llega a su poder e ignora durante algún tiempo que se encuentra ya obligado a sostener ciertos precios o condiciones desde determinado momento, que es el de la expedición, que desconoce en lo absoluto”.

“Sostiene esta teoría, desde un punto de vista jurídico, que para que haya consentimiento no basta con que haya acuerdo de voluntades, sino que debe existir la posibilidad física de que este acuerdo se conozca (...). En la teoría de la recepción se sostiene que desde el punto de vista jurídico, para que haya consentimiento, el oferente debe estar en condiciones materiales de conocer la respuesta dada a su policitud, y que la única forma material de

que lo esté, es determinando que el contrato se celebra cuando reciba la contestación”.¹²¹

3.2.3. TELÉGRAFO.

Las características que tiene este medio de comunicación llevan a una regulación diferente a la que se tiene tanto para el correo como para el teléfono, no podemos decir que las partes se encuentran en una situación de inmediatez en cuanto al conocimiento de sus planteamientos, ofertas o contraofertas; pero tampoco hay la espera que significa el correo, estamos en un punto intermedio entre el teléfono y el correo. Gutiérrez y González nos dice lo siguiente al respecto:

“Aquí en el caso del telégrafo, al contrario de la propuesta por teléfono, no puede decirse que las partes estén en contacto directo, pues lo que el presunto aceptante recibe no es la vibración fonoelectrica del oferente, sino sólo un papel en donde se asientan palabras que fueron transmitidas por impulsos eléctricos o electrónicos, pero no hubo contacto directo con el proponente”.¹²²

Nos explica también Gutiérrez y González, que por las razones antes expuestas es imposible que el contrato realizado por este medio, deba ser considerado como celebrado entre presentes, sino entre sujetos no presentes.

“Sin embargo, como este medio de contratar se presta para que individuos de mala intención perjudiquen a otros, el acto no puede surtir efectos entre las partes, si no se cumple con estos requisitos:

a).- Que las partes previamente hayan convenido en usar la vía telegráfica para hacerse ofertas y contra-ofertar.

¹²¹ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 277.

¹²² Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit. p. 273.

b).- Que le documento original en que se escribe el mensaje, o telegrama original, vaya firmado por el oferente, y lo mismo la contestación; y

c).- Que en el texto del telegrama se usen signos convencionales, que también deben haber pactado con anticipación las partes, para identificar como auténticos los documentos”.¹²³ Tal y como dispone el Código en su artículo 1811:

“La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos”.

3.3. OTROS MEDIOS ELECTRÓNICOS.

El desarrollo tecnológico ha llevado a que hoy en día se utilicen medios de comunicación mucho más eficientes y rápidos, que en los hechos crean la ficción material de la presencia física, por la inmediatez con que es conocida la voluntad de una persona con respecto de otra u otras. El Derecho no puede permanecer ajeno a estas innovaciones tecnológicas, y tiene que dar una respuesta satisfactoria para las situaciones conflictivas que surjan por el uso de las mismas. Tal es el caso del teléfono, que aun cuando realmente no hay presencia material de quienes contratan, por la naturaleza del medio en cuestión se considera por una ficción jurídica como si estuviesen presentes las partes en la celebración del contrato respectivo. Por otra parte a otros medios de comunicación como el correo y el telégrafo fueron sujetos a una normatividad distinta por la ley, y se marcaron reglas a seguir para considerar perfeccionado el consentimiento cuando estos medios de comunicación hayan sido elegidos como vía por la cual sea celebrado un contrato.

¹²³ Ídem.

Pero para dos medios relativamente nuevos como lo son el fax y el internet, aun no hay una regla en especifico o estas si las hay son superficiales y más bien dejan al aplicador de la norma a la interpretación de la misma.

Aclarando que en el fuero federal y en materia mercantil ya esta regulado lo concerniente a los contratos celebrados por medios electrónicos (Fax e Internet), ópticos o de cualquier otra tecnología. Sin ser (desde nuestro punto de vista), la competencia federal la idónea para dirimir los conflictos que se generen por el uso de las nuevas tecnologías como medios para la celebración de contratos civiles.

3.3.1. FAX.

En el Código no hay disposición específica que regule la contratación hecha a través de este medio, siguiendo las reglas que la Constitución¹²⁴ nos da para la resolución de las controversias en materia civil, y en base a lo que nos dice Gutiérrez y González¹²⁵, podemos afirmar que se deben aplicar las reglas del artículo 1811 relativas al uso del telégrafo.

Si bien, hay quien difiere en cierto grado con esto último. Quintanilla García afirma lo siguiente: “Pensamos que este precepto (Art. 1811) se puede aplicar al nuevo sistema del “Telex” y del “Fax”, pero sin el requisito de la firma de los contratantes y sí con el de los signos convencionales, que en el “Fax” se reflejan en los datos que aparecen en la parte superior de los documentos”.¹²⁶

¹²⁴ Artículo 14 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, último párrafo:

“En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

¹²⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. cit. p. 274.

¹²⁶ Quintanilla García, Miguel Ángel. Op. cit. p. 50.

La discusión doctrinal en cuanto a como se debe entender la regulación de la contratación a través de este medio, es notoria, aun cuando haya pocos tratadistas que aborden el tema, simplemente no hay acuerdo, esto es confirmado, por Robles Farías: “Si aplicamos en forma analógica las reglas de los contratos por telégrafo a los celebrados por medios electrónicos, tendremos que los requisitos para su validez son los siguientes:

Si el contenido del contrato es mercantil:

1. Contrato normativo previo. Que los contratantes hayan admitido ese medio previamente y en contrato por escrito.
2. Signos o claves convencionales. Que los documentos transmitidos por fax u otro medio electrónico, reúnan las condiciones o signos convencionales pactados por las partes, si así se convino.

Si se trata de un contrato de naturaleza civil: Además de los requisitos anteriores:

3. Firmas autógrafas. Que los documentos originales contengan las firmas autógrafas de los contratantes”.¹²⁷

3.3.2. INTERNET.

Doctrinalmente, es un medio ignorado por la gran mayoría de los autores debido a lo nuevo y en cierto grado tecnificado que es este medio. La reforma (del 29 de mayo del 2000) que subsana la omisión de tratar lo relativo a la contratación mediante Internet, fue de carácter federal, es así como los códigos locales, incluido el del Distrito Federal quedaron sin cambios en la materia.

¹²⁷ Robles Farías, Diego. REVISTA DE DERECHO PRIVADO AÑO 6 NÚM. 18. p. 72.

Dos son las herramientas principales del Internet que pueden ser utilizadas para la celebración de contratos:

1. El correo electrónico; y
2. El chat (o conversación en línea).

Los dos instrumentos tienen características distintas, mientras que el primero es similar al correo ordinario; el segundo se asemeja al teléfono. Por lo cual un solo medio (Internet) debe ser regulado desde dos puntos de vista distintos.

3.3.2.1. REVOLUCIÓN INFORMÁTICA.

Vivimos una revolución en cuanto a la forma de acceder a la información, de disponer de la misma, de poder comunicarse instantáneamente a un costo muy bajo con otras personas a cualquier punto del planeta, con todos los cambios y usos que esto conlleva, por eso es que el título de este capítulo no es una exageración ni mucho menos, simplemente es un calificativo que describe adecuadamente la etapa histórica que estamos viviendo.

3.3.2.2. CARACTERÍSTICAS DEL INTERNET.

Tenemos que partir por la explicación de algunos términos o conceptos indispensables, para la cibernética y computación, en cuanto a su aplicación para el Internet, tales como: red, ordenador, *host*, dirección IP.¹²⁸

Red.- es un conjunto de ordenadores, conectados entre sí, que pueden comunicarse compartiendo datos y recursos.

¹²⁸ Esebbag Benchimol, Carlos, y Martínez Valero, Julián. INTERNET. pp.22, 23, 24, 25, 26, 27 y 28.

Ordenador.- para efectos prácticos homologaremos al ordenador con la computadora personal.

Host.- es una expresión en inglés que traducida literalmente significa anfitrión, es cualquier ordenador que puede enviar o recibir información a otro ordenador.

Dirección IP.- es el número asignado a cada ordenador, que sirve para distinguirlo de cualquier otro ordenador en el mundo.

Expuesto lo anterior podemos decir que el Internet es una red de redes de ordenadores, que permite a éstos comunicarse de forma directa y transparente, compartiendo información y servicios a la mayor parte del mundo.¹²⁹

Por otra parte, el Internet, como medio de comunicación ofrece ventajas importantes, en comparación con los medios de comunicación tradicionales, tal como nos lo dice Becerra Ramírez, “el correo electrónico poco a poco toma su lugar junto al correo tradicional, el teléfono o el fax. El correo electrónico se describe simplemente por el hecho de enviar mensajes de la computación. El correo electrónico presenta ventajas considerables frente al correo tradicional, al teléfono y al fax.

En principio, en el plan económico, la utilización del correo electrónico es, sin duda, la manera de correspondencia menos costosa; por ejemplo, permite intercambiar instantáneamente documentos electrónicos voluminosos con personas situadas en diferentes partes del mundo”.¹³⁰

¹²⁹ Esebbag Benchimol, Carlos y Martínez Valero, Julián. Ob. cit. p.23.

¹³⁰ Becerra Ramírez, Manuel. REVISTA DE DERECHO PRIVADO Año 8, Núm. 22. pp. 7 y 8.

3.3.2.3 ORÍGENES.

Norma Alicia Sosa dice, que Internet nace aproximadamente hace cuatro décadas como un proyecto militar del Departamento de Defensa de EE.UU., con el nombre de ARPANet,¹³¹ “así como la II Guerra Mundial trajo consigo la creación y funcionamiento del primer auténtico ordenador –llamado así desde 1955- (en ese caso para corregir el tiro a distancia de la gran artillería de tierra y aire) también INTERNET tuvo origen bélico”.¹³²

“En el año de 1973 la red atraviesa el océano al crear conexiones con algunos sitios de Noruega e Inglaterra. En el año de 1977, a iniciativa de la Universidad de Wisconsin, se adiciona a la red el correo electrónico”.¹³³

“Los primeros conceptos acerca de la red se desarrollaron en el año 1973, realizándose las primeras pruebas de interconexión de redes en julio de 1977. se puede considerar que Internet ya estaba en actividad, en los Estados Unidos, alrededor de 1982 y a finales de la década de los 80 comienza a expandirse internacionalmente, incluyendo a usuarios y redes de distintas partes del mundo. Algunas herramientas básicas de “navegación” y búsqueda de información, como Copher o Archie, fueron introducidas en 1990”.¹³⁴

“Sin embargo, hasta alrededor del año 1993, el uso de Internet estaba, en su mayor parte, limitado a círculos técnicos, científicos y académicos. La gran mayoría de la población, incluidas personas familiarizadas con la informática y el uso de ordenadores, nunca habían oído hablar de Internet. En determinado momento se produce un punto de inflexión en el cual todos los medios de difusión comienzan a hablar de Internet, el gran público empieza a interesarse por el tema, la Red comienza a insertarse en los distintos ámbitos

¹³¹ Sosa, Norma Alicia. REVISTA JURÍDICA No 31, Universidad Nacional de Tucumán. p. 238.

¹³² Villar Palasi, José Luis. REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA. p. 495.

¹³³ Becerra Ramírez, Manuel. Op. cit. p. 5.

¹³⁴ Ibidem. p. 63.

de la sociedad y a tener implicaciones económicas importantes. Surge *World Wide Web, la telaraña mundial*".¹³⁵

"World Wide Web fue desarrollada inicialmente en el CERN (Laboratorios Europeo de Física de Partículas) en Ginebra. Los trabajos iniciales comenzaron en 1989 y entre finales de 1990 y comienzos de 1991 aparecen el primer servidor Web y un *browser* (navegador) para interfaces de tipo texto. El objetivo perseguido entonces era que los físicos europeos en el ámbito de altas energías, cuyos grupos de trabajo estaban dispersos por varios países, pudiesen intercambiar conocimientos y datos de modo eficiente".¹³⁶

"El sistema se extendió rápidamente por todo el mundo abarcando a las instituciones más diversas y permitiendo el acceso a todo tipo de información. Actualmente la responsabilidad principal, en la promoción WWW y en el desarrollo de normas, corresponde al Consorcio W3 (W3 consortium).¹³⁷

3.3.2.4. NOCIONES Y DEFINICIÓN DE INTERNET.

Esebbag Benchimol y Martínez Valero nos dicen las siguientes características del Internet: "World Wide Web y los programas diseñados para navegar en ella, han facilitado enormemente el uso de los recursos de Internet (.....). Estas características son:

- Realización de la mayoría de los procedimientos mediante documentos de *Hipertexto*, que permiten utilizar de forma muy sencilla los distintos recursos disponibles y navegar intuitivamente por las distintas fuentes de información mediante los *hiperenlaces*.

¹³⁵ Ídem.

¹³⁶ Ibíd. p. 64.

¹³⁷ Ídem.

- Uso de técnicas multimedia. Un documento de hipertexto puede combinar textos, imágenes, vídeo, sonido, representaciones de realidad virtual, etc. La unión de las técnicas multimedia con el uso de los hiperenlaces se ha dado en llamar *Hipermedia*. La activación de un enlace puede producir, por ejemplo, un sonido estereofónico, visualizar una fotografía o mostrar una animación.
- Los navegadores Web incorporan también los protocolos anteriores, y de esta integran servicios de Internet predecesores de W3, por ejemplo, FTP, Gopher o News permitiendo manejar casi todos los servicios de la Red desde una sola aplicación y con sencillos procedimientos”.¹³⁸

Ahora bien con respecto al concepto de Internet, ya antes dijimos que otra denominación del Internet, es la de red de redes, explicando la razón del porque esta nomenclatura,¹³⁹ nos dice Gabriela Barrios Garrido que: “el Internet es una red gigante que interconecta una innumerable cantidad de redes de computadoras locales, por lo que no es una entidad física o tangible. Es la red de redes: pequeñas Redes de Área Local (LAN o Local Área Network), Redes de Área Metropolitana (MAN o Metropolitan Área Network) y grandes Redes de Área Amplia (WAN o Wide Área Network), que conectan a los sistemas informáticos de miles de organizaciones en el mundo. Se conectan a través de líneas telefónicas regulares hasta líneas de alta velocidad, fibra óptica, satélites y microondas”.¹⁴⁰

La misma autora nos dice: “Es imposible determinar su tamaño en un momento dado, aunque su crecimiento ha sido extraordinario en pocos años. En 1981, menos de 300 computadoras estaban conectadas al Internet; para 1989, eran menos de 90 mil computadoras. En 1993, aproximadamente un

¹³⁸ Ibidem. p.66.

¹³⁹ Ver infra. Página 43.

¹⁴⁰ Barrios Garrido, Gabriela. BOLETÍN DE POLÍTICA INFORMÁTICA Núm. 2, 1997. p.

millón de computadoras estaban conectadas y, hoy en día, se calcula que son 9 millones 400 mil equipos huéspedes alrededor del mundo, de los cuales, aproximadamente 60% se encuentran localizados en los Estados Unidos”.¹⁴¹

3.3.2.5 EFECTOS DEL INTERNET A NIVEL GUBERNAMENTAL.

Gabriela Barrios Garrido al respecto menciona que: “El gobierno juega un papel fundamental en la creación de contenidos informativos nacionales y estadísticos que estén disponibles al público vía Internet. se está fomentando una política de desarrollo del Internet a través de estrategias de acceso a la masa estudiantil en bibliotecas y gobiernos estatales, los cuales son esfuerzos menores que deben sumarse a las alternativas privadas (cafeterías, librerías y diversos lugares con terminales de acceso)”.¹⁴²

De acuerdo a la estructura en que el Estado Mexicano está constituido, se divide el ejercicio del poder en tres funciones, que se les denomina: Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Los tres en la actualidad utilizan Internet.

De entre los tres quien (por su misma naturaleza jurídica) más lo emplea, es el Ejecutivo; ya hoy en día las distintas Secretarías de Estado tienen su página WEB, es común encontrar que ofrezcan casi todas las dependencias del ejecutivo (en sus tres esferas competenciales; Federal, Estatal y Municipal) su dirección de correo electrónico (e-mail) como una manera de que el ciudadano haga llegar sus inquietudes, quejas y comentarios al servidor público.

También por economía y como una forma de facilitar la comunicación entre las distintas dependencias gubernamentales cada vez es más frecuente que se de el envío de información dentro de su estructura a través del correo electrónico.

¹⁴¹ Barrios Garrido Gabriela. Ob. cit. p. 2.

¹⁴² Barrios Garrido, Gabriela. Op. cit. p. 21.

En cuanto al Legislativo encontramos que de igual manera tiene su página Internet, en donde se da información relativa a la historia, integración, funciones y actividades de la legislatura federal; y ya también la mayoría de las legislaturas estatales cuentan con su página en Internet con las mismas características de la Federal; también ofrecen su dirección de correo electrónico, para que el sentir ciudadano pueda acceder a ellos de manera más directa.

Y en lo concerniente al Poder Judicial, éste no ha quedado atrás en cuanto al uso de Internet, por el contrario está a la vanguardia en la aplicación de la informática y por consiguiente cuenta con su página WEB y correo electrónico.

Por último el efecto que más debe preocupar a nivel gubernamental, de la utilización de Internet, son las consecuencias jurídicas que acarrea su uso, y la manera en que, por ende, deben ser resueltas por el sistema normativo jurídico vigente. Y es en este punto en que las tres esferas del poder público se conjugan dentro de sus atribuciones para darle respuesta a este nuevo problema que ya se presenta en la sociedad mexicana para el caso en concreto.

El Legislativo comenzó a dar los primeros pasos relativos a la legislación en la materia, y el 29 de mayo del año 2000, entraron en vigor reformas que contemplaron las transacciones hechas vía Internet y posibles mecanismos jurídicos que contribuyan a solucionar hipotéticas controversias judiciales.

El Ejecutivo junto con el Poder Judicial dentro de sus ámbitos de acción tiene mejores disposiciones legales para responder más adecuadamente a las necesidades de la población.

Dice Raúl Trejo Delarbre, respecto al interés estatal en cuanto a la aplicación del Internet:

“No se puede prescindir del Estado. En algunas ocasiones se hace demagogia con la suposición de que las fuerzas del mercado se bastan para moderar el intercambio dentro de la sociedad. En otras, se pretende que el Estado se basta sólo para proveer y regular. Ninguno de ambos extremos ha funcionado en incontables experiencias históricas, de tal suerte que con o sin nuevas corrientes de interpretación y organización de los sistemas políticos, pareciera claro que el Estado tiene tareas insustituibles, de la misma forma que la sociedad necesita garantías –y reglas- para desplegar sus mejores capacidades”.¹⁴³

“En el caso del ciberespacio, puede considerarse que no habría navegación posible –Internet no hubiera existido- de no ser posible por los patrocinios estatales. Fue debido al interés estatal, primero con fines bélicos, luego académicos y más recientemente con el propósito de estimular el intercambio de información y crear un soporte a la educación que, en varios países la Internet nació y creció. Así sucedió especialmente, pero no solo en los Estados Unidos. Es ese interés, surgido a su vez de la necesidad de la sociedad para que existan regulaciones capaces de impedir, o al menos moderar, la preponderancia de los consorcios más fuertes, el que requeriría de una intervención estatal constante en el impulso a políticas específicas de crecimiento, diversificación, promoción y regulación de las redes”.¹⁴⁴

¹⁴³ Trejo Delarbre, Raúl. Op. Cit. p.186.

¹⁴⁴ Ídem.

CAPÍTULO IV. PROBLEMÁTICA DE LOS CONTRATOS REALIZADOS VÍA INTERNET.

El Internet, abordado desde el punto de vista jurídico, no solamente presenta problemas en lo relativo a la formación y reglas aplicables a los contratos civiles (y mercantiles), sino de una u otra manera afecta o tiene efectos sobre la gran mayoría de las ramas del Derecho, entre los problemas jurídicos relacionados con Internet y que no son abordados por esta tesis están:

- a) la extraterritorialidad;
- b) la propiedad de la información;
- c) delitos vía Internet;
- d) la libertad de expresión;
- e) la propiedad industrial;
- f) los derechos de autor;
- g) en el orden laboral; etc.

Son varios los posibles conflictos que se generan al utilizar el Internet como medio a través del cual se celebra un contrato. Esto es debido a la naturaleza física de Internet, que consiste en su intangibilidad e imposibilidad de constatar la veracidad del ofertante, en cuanto a su existencia material (al menos instantáneamente).

La doctrina aun no tiene un criterio unificado, en cuanto al objeto material de los contratos informáticos y así, los siguientes tratadistas nos comentan:

- A. Juan José Ríos Estavillo: "Respecto al objeto del contrato..., se entiende por tal la operación jurídica por la cual se crean, modifican, transmiten o extinguen relaciones obligacionales sobre bienes y servicios informáticos".¹⁴⁵

¹⁴⁵ Ríos Estavillo, Juan José. DERECHO E INFORMÁTICA EN MÉXICO. p.108.

- B. Gabriela Barrios, Marcia Muñoz y Camilo Pérez: Consideran que son aquellos “que utilizan los medios informáticos para la realización de un contrato que podría considerarse como principal”.¹⁴⁶
- C. Julio Téllez: “Son el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir derechos u obligaciones que tienen como objeto la transmisión de bienes (equipos periféricos, dispositivos, etcétera) o prestación de servicios (asistencia, formación, mantenimiento, programas, etc.)”.¹⁴⁷
- D. Emilio del Peso Navarro: Este autor distingue entre contratos informáticos y contratos electrónicos; indicando que los contratos informáticos son aquellos que tienen como objeto los bienes informáticos, mientras que los contratos electrónicos son en los que el medio para llegar a un acuerdo de voluntades ha de ser necesariamente electrónico.¹⁴⁸

Vemos que no existe acuerdo en este punto entre algunos de los principales tratadistas del tema en nuestro país, es irrelevante para nuestro estudio si le damos una denominación en especial a los contratos realizados vía Internet, y en sí es, posiblemente, más adecuada la denominación de contratos informáticos, a aquellos contratos que versen sobre intercambio o soportes de carácter informático.

Y en esto último coincidimos con Emilio del Peso: “En resumen, en la contratación informática el objeto del contrato es la Informática mientras que en la contratación electrónica la Informática es la herramienta que sirve para que

¹⁴⁶ Barrios Garrido, Gabriela; Muñoz de Alba M., Marcia; Pérez Bustillo, Camilo. INTERNET Y DERECHO EN MÉXICO. pp. 59 y 60.

¹⁴⁷ Téllez Valdes, Julio. DERECHO INFORMÁTICO. pp. 97, 98, 99.

¹⁴⁸ Peso Navarro, Emilio del. INFORMACIÓN Y ANÁLISIS JURÍDICOS ABZ. No. 29, SEPTIEMBRE de 1996. p.17.

se pueda perfeccionar la contratación, con independencia de que el objeto de ésta sea informático o no”.¹⁴⁹

Todo esto lleva a una serie de problemas, que desarrollamos en los siguientes subtemas. El primer tema a tratar es el de la inseguridad jurídica de quienes contratan vía Internet, pero antes de abordarlo, hay un punto que afectando a los usuarios de Internet, en estricto sentido no puede englobarse dentro de lo que es la inseguridad jurídica; el problema es el uso cada vez más extensivo e indiscriminado de los “*contratos de adhesión*”.

4.1. INSEGURIDAD JURÍDICA DE LAS PARTES.

Para entender claramente la inseguridad jurídica que afecta a los usuarios de Internet cuando realizan contratos a través de este medio; primero definiremos que es la seguridad jurídica.

Adame Goddard nos dice que “la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, establecidos previamente... La seguridad jurídica puede entenderse desde dos puntos de vista: uno objetivo y otro subjetivo. Desde el punto de vista subjetivo, la seguridad equivale a la certeza moral que tiene el individuo de que sus bienes le serán respetados; pero esta convicción no se produce si de hecho no existen en la vida social las condiciones requeridas para tal efecto: la organización judicial, el cuerpo de policía, leyes apropiadas, etc. Desde el punto de vista objetivo, la seguridad equivale a la existencia de un orden social justo y eficaz cuyo cumplimiento está asegurado por la coacción pública”.¹⁵⁰

Por lo anterior deducimos que para que haya seguridad jurídica es necesario un ordenamiento jurídico que regule la conducta de los individuos,

¹⁴⁹ Peso Navarro, Emilio del. Ob. cit. p. 17.

¹⁵⁰ Adame Goddard, Jorge. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. p. 2885.

organismos y forma de gobierno dentro de una sociedad, y además que este ordenamiento sea eficaz, es decir el ordenamiento jurídico por sí mismo no es una garantía de que haya seguridad jurídica, sino que éste debe incluir los mecanismos que hagan posible su aplicación efectiva a la población.

Los documentos informáticos ofrecen tanta inseguridad en general como cualquier otro tipo de documento, pero una gran proporción de quienes contratan a través de este tipo de documentos, sufren de inseguridad jurídica por la ignorancia en los métodos posibles para dar autenticidad y veracidad al documento informático en cuestión.

Davara Rodríguez, menciona con relación a lo antes mencionado, que: “La manipulación de un documento tiene su mayor peligro en la mala fe, en lo que podríamos considerar como una modificación del contenido para, mediante engaño, llevar al ánimo del que lo interpreta un sentido opuesto del que tiene el documento original. Y parece ser que esto es más fácil de realizar con los documentos electrónicos, informáticos y/o telemáticos; pero lo que se olvida es que, precisamente, las posibilidades de protección de la información por medios tecnológicos son mayores y mas seguras que las que se ofrecen por los medios que tradicionalmente empleamos; y, si basamos la fehaciencia en el reconocimiento y adveración por quien corresponda, esto también se puede realizar en los documentos tecnológicos”.¹⁵¹

Lo anteriormente explicado es con respecto al documento que sirve de base para la celebración del contrato en cuestión, pudiendo denominarlo como documento negocial informático.¹⁵²

Como dijimos anteriormente (con respecto a los documentos informáticos), “los riesgos de las transacciones vía Internet no son superiores a los de las transacciones que se hacen día a día por teléfono o fax. Sin

¹⁵¹ Davara Rodríguez, Miguel Ángel. DE LAS AUTOPISTAS DE LA INFORMACIÓN A LAS SOCIEDADES VIRTUALES. p. 148.

¹⁵² Ídem.

embargo, muchas de estas operaciones, como la venta de bienes o la prestación de servicios de información, traen aparejados riesgos diversos, sobre todo en lo referente a la seguridad y a la confidencialidad, así como a la falta de documentos probatorios de la realización del contrato y las pruebas de aceptación de la o las ofertas”.¹⁵³

Rocío Ovilla, nos menciona en cuanto a la problemática que significa utilizar Internet para las transacciones comerciales: “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”.¹⁵⁴

La misma autora comenta que aunque la criptografía sea una posibilidad efectiva para resolver las aristas que trae como consecuencia la inseguridad en las transacciones vía Internet, debido a que la mayoría de los países consideran a la criptografía como una técnica reservada para fines militares y por ende de seguridad nacional, se oponen a su uso para fines de carácter privado, por temor a que sea usada esta técnica por terroristas, extremistas o racistas.¹⁵⁵

“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 quienes algunos empiezan a llamar notario cibernético) que servirá como un certificador de que

¹⁵³ Barrios Garrido, Gabriela, et. al. Ob. cit. p. 58.

¹⁵⁴ Ovilla Bueno, Rocío. BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO. Año XXXI. No. 92. Mayo-Agosto 1998. pp. 432 y 433.

¹⁵⁵ Ídem.

la persona jurídica tiene tal número de identificación y que efectivamente quiere realizar esta transacción”.¹⁵⁶

4.1.1. CRIPTOGRAFIA Y FIRMA DIGITAL.

Barceló y Vinje explican claramente que son la firma electrónica y la encriptación: “Tanto las firmas digitales como la encriptación se basan en las tecnologías de la encriptación. Realmente, una firma digital es esencialmente un mensaje encriptado, que acompañan un documento electrónico. No obstante, como se describe más abajo, las firmas digitales y la encriptación tiene diferentes funciones y usualmente se basan en diferentes tipos de técnicas criptográficas.

“Tal como se usa en la Comunicación, “encriptación” es el término empleado para describir los sistemas de clave simétrica usados para mantener la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas. Mediante el intercambio de mensajes encriptados usando criptosistemas simétricos..., los interlocutores en una comunicación buscan asegurarse de que ellos (y solamente ellos) serán capaces de leer el contenido de los mensajes.

“En los sistemas de claves simétricas, tanto el emisor como el receptor usan la misma clave para encriptar y desencriptar los mensajes: el emisor encripta un mensaje con la clave simétrica y lo envía al receptor, el cual posee la misma clave y la usará para desencriptar el mensaje”.¹⁵⁷

Comentan Barceló y Vinje que “la firma digital (electrónica) se utiliza para alcanzar integridad y autenticidad de los datos, esto es, seguridad de las comunicaciones electrónicas. Por medio del uso de la tecnología de firma digital, el receptor de una comunicación electrónica puede estar seguro de que

¹⁵⁶ Ídem.

¹⁵⁷ Barceló, Rosa Julia y, Vinje, Thomas. DERECHO DE LA ALTA TECNOLOGÍA. Año X, número 115. Argentina, marzo 1998. pp. 12 y 13.

el emisor es realmente quien dice ser (esto es denominado frecuentemente función de autenticación de la firma digital).

“La tecnología de la firma digital se basa en sistemas de encriptación asimétricas, en los cuales se usan claves diferentes para la encriptación y para la desencriptación. Con sistemas asimétricos cada parte recibe dos diferentes claves. Una clave se usa para transformar ciertos datos en una forma aparentemente ininteligible. Estos datos se agregan a un documento electrónico y efectivamente constituyen la firma digital misma. Otra clave se usa para verificar una firma digital devolviendo los datos a su forma inteligible original”.¹⁵⁸

Davara Rodríguez también nos habla de la firma electrónica, asegura que en realidad confiere una seguridad aun mayor que la que brinda la firma autógrafa. Con respecto a la firma autógrafa indica: “La firma manuscrita no es un método de autenticación totalmente fiable. En el caso de que se reconozca la firma, el documento podría haber sido modificado en cuanto a su contenido – falsificado- y en el caso de que no exista la firma autógrafa parece que ya no exista otro medio de autenticación”.¹⁵⁹

De igual forma Davara Rodríguez, menciona las razones por las cuales se les debe dar a las nuevas tecnologías tanta o más fiabilidad que a las firmas manuscritas: “Las nuevas tecnologías de la información, unidas a otras técnicas, dan fiabilidad al documento –muy superior en ocasiones a la de la firma –mediante procedimientos lógicos de control basados, como método idóneo de seguridad, en la criptografía, altamente fiable para proteger la información y que, adecuadamente normado y aceptado, proporciona seguridad sobre el contenido del mensaje y es camino lógico hacia la autenticación electrónica”.¹⁶⁰

¹⁵⁸ *Ibíd.* p. 13.

¹⁵⁹ Davara Rodríguez, Miguel Ángel. *op. cit.* p. 150.

¹⁶⁰ *Ibidem.* p. 151.

4.2. IMPOSIBILIDAD DE CONSTATAR LA CAPACIDAD DEL CONTRATANTE.

Anteriormente estudiamos a la capacidad, como uno de los elementos de validez del contrato, así como la sanción jurídica que implica que no se cumpla debidamente con este elemento. Marcel Planiol y Georges Ripert, alegan en cuanto a la necesidad de cumplir con este elemento de validez: “La capacidad es la aptitud de una persona para celebrar un acto jurídico válido. Si esta aptitud hace falta, el acto jurídico será anulable incluso cuando reúna todas las demás condiciones necesarias en cuanto al fondo y a la forma”.¹⁶¹

Existen dos tipos de incapacidad,¹⁶² la general y la especial y, las dos pueden ser causa de conflictos en la contratación vía Internet; veamos el porqué:

El uso de Internet (al igual que el teléfono), no permite claramente con quien se está en, por lo cual tranquilamente un sujeto incapaz puede celebrar cualquier tipo de contrato.

Ejemplos hay infinidad en cuanto a la incapacidad que puede afectar a una, o más de las partes que intervienen en la celebración de un contrato. Esto lo confirma Hance, mencionando como una posibilidad el que un menor acceda a una página pornográfica de Internet y que, conociendo el número de la tarjeta de crédito de sus padres, acceda a imágenes evidentemente prohibidas a menores de edad.¹⁶³

¹⁶¹ Planiol, Marcel y, Ripert, Georges. DERECHO CIVIL. p. 847.

¹⁶² Supra. apartado 1.3.1.pp. 12 y 13.

¹⁶³ Hance, Oliver y, Dionne Balz, Suzan. UNDER THE DIRECTION OF OLIVER HANCE. P.157.

Afirma Emilio del Peso: “Desde el punto de vista jurídico el concepto de seguridad se refiere a la autenticación de la identidad del usuario y a las huellas que deja la transacción y que pueden ser utilizadas como prueba”.¹⁶⁴

Rodríguez Adrados al respecto indica: “El receptor de un mensaje electrónico necesita tener seguridad no sólo de la integridad de su texto, sino muy especialmente de la identidad de la persona que lo ha enviado; sin ambas seguridades, la objetiva y la subjetiva, el mensaje no servirá de vehículo adecuado para el tráfico jurídico en redes abiertas y quedaría supeditado a casi imposibles verificaciones si hubiera que llegar a la vía judicial”.¹⁶⁵

4.3. LA VULNERABILIDAD DE LOS DATOS.

Otro de los problemas que trae aparejado el uso de Internet en el intercambio contractual es la vulnerabilidad de los datos. Tres tipos de vulnerabilidad afectan a los datos transferidos por Internet:

- 1) vulnerabilidad por falta de seguridad física;
- 2) vulnerabilidad por falta de seguridad lógica y;
- 3) vulnerabilidad por falta de seguridad jurídica.¹⁶⁶

Como dice Davara Rodríguez, la seguridad de los sistemas tecnológicos, en este caso en específico las transacciones realizadas vía Internet, y por ende de los datos e información contenidos en los documentos que se utilizan para formalizar un acuerdo de voluntades, requieren de técnicas, equipos, herramientas tecnológicas y procedimientos especializados.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Peso Navarro, Emilio del. Op. cit. p. 17.

¹⁶⁵ Rodríguez Adrados, Antonio. EL DOCUMENTO NEGOCIAL INFORMÁTICO. ANALES No. 28, 1998. p. 448.

¹⁶⁶ Davara Rodríguez, Miguel Ángel. Op. cit. p. 153.

¹⁶⁷ Ídem.

Para darle seguridad tanto lógica como física a los datos que viajan a través del Internet, es necesaria una conjunción entre los conocimientos técnicos de especialistas en seguridad informática y el sentido común.

Tan es un problema de gran trascendencia (la vulnerabilidad de los datos), que en el Derecho Comparado, existe en muchos países desarrollados regulación legal al respecto, y México no pudo quedarse atrás. Rocío Ovilla Bueno, hablando de la protección de datos personales (desde el punto vista jurídico), expresa lo siguiente:

“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”.¹⁶⁸

“A nivel internacional, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), deja entrever una disposición sobre la protección de las personas”.¹⁶⁹

Artículo 2105 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
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.

¹⁶⁸ Ovilla Bueno, Rocío. Ob. cit. p.426.

¹⁶⁹ Ídem.

Comenta Ovilla Bueno que en México ha causado una inquietud creciente este tema, plasmando ese interés en la Ley Federal del Derecho de Autor, que en su artículo 109 indica:

Artículo 109. El acceso a la información de carácter privado relativo a las personas contenidas 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 que se trate.

Quedan exceptuadas 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.

Los artículos precedentes, de distintos ordenamientos, hacen énfasis, en proteger los datos e información que transita por Internet, dejando de manifiesto la vulnerabilidad que afecta a todo tipo de información. En este aspecto en particular (la vulnerabilidad de los datos), se escudan los detractores de los documentos informáticos, alegando los problemas e inseguridad que plantea a los usuarios de dichos elementos, por lo cual hay quienes les niegan toda validez. Opinamos en consonancia con lo que nos dice Rodríguez Adrados: “Si la voluntad puede declararse por gestos, y aun por silencios, ¿cómo no se va a poder declarar por medio de un ordenador?”.¹⁷⁰

Pero no todo son desventajas, por el contrario los documentos informáticos, tienen ciertas preeminencias por sobre los documentos típicos o de papel; el mismo Rodríguez Adrados indica: al documento informático, se le señalan una serie de ventajas sobre el documento de papel, especialmente la rapidez de su formación, suprimiendo las barreras de espacio y tiempo; la

¹⁷⁰ Rodríguez Adrados, Antonio. Ob. cit. p.440

inmensa capacidad de almacenamiento de la información; y fácil transportabilidad..., instantánea utilizando medios electrónicos.¹⁷¹

4.4. EL ERROR Y EL FRAUDE.

Tanto el error como el fraude son otras dos posibilidades a las que puede llevar el uso de Internet, en el intercambio contractual. En capítulo precedente estudiamos al error, los tipos de error que existen y la sanción legal que conlleva al contrato que incurre en él. Por otra parte el fraude en el sistema jurídico mexicano se le concibe como:

Artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal.- Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

El artículo 387 del mismo ordenamiento legal regula casos de fraude específicos, y la fracción VIII, es relevante para el estudio que estamos realizando: "Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de estas ventajas usurarias por medios (sic) de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado".

Como vemos hay tres características en cuanto al fraude que pueden afectar de manera determinante a las transacciones que se realicen por Internet:

- I. El que engañando a uno.
- II. Aprovechándose del error.
- III. Valiéndose de la ignorancia.

¹⁷¹ Ibidem. P. 442.

“Se puede enviar un documento de una forma y con un contenido determinado y éste ser sometido a un proceso o tratamiento que modifique la información, lo que puede ocasionar –nos dice Davara Rodríguez-, por error o fraude, que se produzcan situaciones que no eran las queridas; más aún, si tenemos en cuenta que, en ocasiones, los mensajes enviados por estos medios son grabados en un soporte magnético que necesita después ser nuevamente leído para dárselo al destinatario, por ejemplo, en forma escrita, se puede pensar que nunca se trata del mensaje original”.¹⁷²

Ahora bien, también veamos al error no sólo humano, sino el que es causado por fallas mecánicas, obviamente este es un error fortuito no ligado directamente con el elemento humano, pero aún en este caso el efecto sería el mismo viéndolo desde la perspectiva de la veracidad y autenticidad del contenido del documento referido y de la identidad del usuario. Comenta Davara Rodríguez, que surge una pregunta ante tales efectos: “los documentos que han sido recibidos por medios telemáticos y, posiblemente, procesados por un ordenador, ¿en qué medida son fiel reflejo de la información que originariamente contenían?”.¹⁷³

Notemos que estos documentos corren un doble riesgo, sufrir o estar afectados por algún error en su contenido, error que puede deberse a fallas en el medio de comunicación empleado, al equipo utilizado, en fin fallas de carácter mecánico, como también a errores humanos, que en caso de ser intencionales conllevarían al fraude, que se facilita su consecución por la mayor facilidad de manipulación que ofrecen los mensajes electrónicos en comparación con otros medios. “Estos mensajes se prestan a ser objeto de una serie de operaciones en corto espacio de tiempo y, en ocasiones, con pocas posibilidades de ser descubiertos”.¹⁷⁴

¹⁷² Davara Rodríguez, Miguel Ángel. Ob. cit. pp. 159 y 160.

¹⁷³ Ídem.

¹⁷⁴ Ídem.

Dice Davara Rodríguez en cuanto a hoy en día la tecnología despunta cada vez más, sorprendiéndonos cotidianamente, y creando sistemas y medios de seguridad en las telecomunicaciones que hacen cada vez menos factible el error debido a fallas mecánicas, pero no por eso el riesgo deja de estar latente.

Evidentemente la mejor solución a los problemas que plantean tanto el error como el fraude en el intercambio de documentos electrónicos con fines de contratar, o como contrato en sí, no es creando sanciones civiles y penales a estas situaciones (invalidez, nulidad o inexistencia en cuanto al contrato, civilmente hablando; multa, reparación del daño y, en su caso, privación de la libertad, cuando se incurra en el fraude), sino previniendo. En palabras de Davara Rodríguez:

“Es necesaria una protección del dato y de la información realizada por un procedimiento que actúe a “priori”. Un procedimiento preventivo; sin embargo, todos sabemos que la protección jurídica tiene su eficacia “a posteriori” por lo que, sin olvidarnos de ella, no la consideramos la única o más adecuada, sino el complemento de las otras protecciones preventivas –física y lógica-... independientemente de su protección jurídica y la posibilidad de tipificación como delito,¹⁷⁵ lo más efectivo ante el fraude es la **prevención**”.¹⁷⁶

El primer subtema de este capítulo, fue denominado “Inseguridad Jurídica de las partes”, con el fin de resaltar el peligro que corre la garantía de seguridad jurídica, pero no es la única garantía individual que puede verse afectada; cuando hay un fraude y, también por un error fortuito, es notoriamente afectada la garantía de **propiedad**.

¹⁷⁵ En el caso de México, si se contempla este delito como tal, y el tipo penal admite la posible conducta realizada vía Internet.

¹⁷⁶ Davara Rodríguez, Miguel Ángel. Op. cit. p. 161.

4.5. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA AUTENTICACIÓN Y EL TIEMPO.

Hemos estudiado, en los subcapítulos precedentes cuatro de los principales problemas inherentes al uso de Internet, cuando éste es usado como medio para celebrar un contrato, la autenticación y el tiempo, complementan la problemática que plantea el uso de esta tecnología. Entendiendo a la autenticación (o autenticación), como la acción de darle validez o reconocimiento legal a un acto o documento. Normalmente en los documentos típicos (de papel), la autenticación viene dada por la firma autógrafa, y en situaciones que requieren una formalidad especial, ya sea la validación hecha por un Notario Público, o celebrados ante la autoridad legalmente reconocida v.g. actos del estado civil, ante Juez u Oficial del Registro Civil.

Nos dice Davara Rodríguez: “Mientras no se solucione este problema (la autenticación en los documentos electrónicos), la firma tradicional debe ser sustituida por otros medios electrónicos que nos permitan autenticar un documento con el riesgo consabido de la incertidumbre legal que conlleva la aceptación de estos posibles remedios”.¹⁷⁷

El mismo Davara Rodríguez comenta lo siguiente: “Como es lógico, esto trae consigo dudas en la autenticación de los documentos transmitidos por medios electrónicos, que hacen desistir en buena parte de este tipo de comunicación”.¹⁷⁸ Coincidimos en que no por el choque que representa el uso de esta tecnología con los medios tradicionales de autenticar un documento debemos ignorar esta tecnología o desalentar su uso, por el contrario, de la mano también de avances de la tecnología se deben encontrar herramientas que permitan dar le validez a los distintas operaciones que se realizan por este medio, adecuando los adelantos tecnológicos y por ende las necesidades de la población de tener seguridad jurídica en cuanto a utilizar estos avances;

¹⁷⁷ Davara Rodríguez, Miguel Ángel. Ob. cit. p. 168.

¹⁷⁸ Ídem.

consecuentemente el Derecho adecuar sus normas a la nueva realidad social. Así lo dice Davara Rodríguez: “Pero no debemos caer en el desánimo, ya que la tecnología nos ofrece unas posibilidades que se están utilizando en la práctica, y no podemos quedar descolgados de esta realidad. Lo que tenemos que hacer es buscar respuestas claras y seguras a los problemas de autenticación de estos documentos”.¹⁷⁹

Son tres las opciones existentes hoy en día para darle solución al problema que ofrece la autenticación de los documentos electrónicos en general, son:

- El uso de técnicas criptográficas para la transferencia de documentos.
- La denominada firma electrónica.
- La puesta en marcha del notario electrónico.

El principal problema que conlleva el tiempo en cuanto a las transacciones vía Internet, es la inmediatez,¹⁸⁰ lo cual trae como efecto que sea menor el tiempo para estudiar las cláusulas o condiciones que se ofrecen en cuanto a la celebración de un contrato.

“Surge el problema, en caso de que la información llegue tarde o incida en sentido distinto al deseado sobre información o en la toma de una decisión, de a quien se achaca la responsabilidad y que nivel de riesgo es aceptable para cada una de las partes. Piénsese, por ejemplo, en un acuerdo consistente

¹⁷⁹ Ídem.

¹⁸⁰ “Problema”, que visto desde otro ángulo no solo no es un problema, sino por el contrario una de las tantas ventajas que ofrece la utilización del Internet, tema (las ventajas) que estudiaremos más a fondo en el siguiente subcapítulo.

en un gran movimiento financiero que afecta, dependiendo de la velocidad de ejecución, a otros acuerdos o actos relacionados en el tiempo”.¹⁸¹

De acuerdo a lo expresado por Oliver Hance y Suzan Dionne, el tiempo también tiene importancia en cuanto al momento de considerar perfeccionado el consentimiento, tema que abordamos en el Capítulo III del presente trabajo. Textualmente nos dicen lo siguiente: “Determinar el tiempo y lugar de formación del contrato es esencial, desde sus identidades, entre otras cosas, el momento de la transferencia de la propiedad (y el riesgo) en el caso de una venta, además de la ley aplicable a el contrato y la jurisdicción competente para escuchar cualquier tipo de disputas que pudiesen surgir”.¹⁸²

4.6. VENTAJAS INHERENTES AL INTERNET COMO MEDIO PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS.

Internet es un medio innovador con diversas ventajas que en mucho superan a las adversidades que implica su uso. Una de sus principales características es la inmediatez en la comunicación de las personas, para algunos (los menos) esta característica no es una ventaja, sino por el contrario una desventaja, olvidando cuestiones de carácter subjetivo, no se puede negar la gran ventaja desde el punto de vista de medio de comunicación, que tiene el Internet.

Otro aspecto que le confiere un gran atractivo al Internet, es la libertad que se vive con el uso de él, también hay quienes a esta virtud le encuentran sus peros, y no son para soslayarse, la libertad en un momento dado puede ser malinterpretada y transformarse en libertinaje (en el mejor de los casos), o llevar al caos. Pero el que se le de buen uso a la libertad en Internet, que se le sepa aprovechar y que no se abuse de ella, es un problema que, si no pudiese ser superado por la sociedad, debe ser resuelto por el sistema normativo de

¹⁸¹ Davara Rodríguez, Miguel Ángel. Op. cit. p.168.

¹⁸² Hance, Oliver, y Dionne Balz, Suzan. Ob. cit. p.154.

cada Estado, o ser materia de un tratado internacional. Sinceramente consideramos que lo mejor en este punto es rescatar los valores de la convivencia humana y evitar, en la medida de lo posible, la intervención estatal, que restrinja la libertad que se goza hoy en día en el Internet.

La comodidad es otra gran ventaja de Internet, que puede ser desglosada en varios aspectos:

1. De uso. No se requieren grandes conocimientos técnicos o especializados para “navegar” por Internet. ni tampoco de un lugar en específico, muy por el contrario, el sistema de uso de Internet es casi idéntico en todo el mundo (variando solo en cuanto a cuestiones de carácter lingüístico).
2. De tiempo. No tiene Internet un horario, se dispone de cualquier hora de las veinticuatro del día para utilizar este medio, además de que la transferencia de grandes volúmenes de información (verdaderas enciclopedias) no lleva más allá de unos cuantos minutos.
3. De economía. Estar conectado a Internet, y por ende hacer uso de todas sus herramientas y posibilidades, cuesta únicamente una llamada telefónica local (existen servidores que si cobran para dar el servicio de Internet, pero en realidad el costo de las tarifas es bajo, y tiende a cero, porque hoy en día es preferible para los servidores tener muchos usuarios, como atractivo para la publicidad. Por otra parte el ahorro que le significa a los usuarios para acceder a todo tipo de información es incuestionable.

Comenta Ana I. Piaggi: “En el caso de bienes tangibles, internet es una herramienta de promoción eficaz para el acceso instantáneo a todos los mercados, que permite detectar y desarrollar nichos, donde los pequeños productores pueden encontrar ventajas competitivas; y, como las distancias entre oferente y demandante desaparecen, quedan eliminadas las resultantes de la ubicación geográfica.

“De hecho, el comercio electrónico amplía la posibilidad de promocionar y vender en el exterior servicios tradicionalmente poco transables, como turismo y servicios profesionales (asesoramiento contable y de auditoría, arquitectura y diseño, ingeniería, legal, bienes raíces y capacitación a distancia)”.¹⁸³

Y con respecto a la información, no solo es una gran ventaja su uso en la economía que significa para los bolsillos de todos sus usuarios ya sean personas morales como universidades, institutos de investigación organismos gubernamentales, organizaciones no gubernamentales; así como para las personas físicas en general: estudiantes, investigadores, curiosos, etc. Sino lo más importante es el poder acceder a información que por otros medios esta virtualmente cancelada, ya sea por las restricciones estatales (censura), como por imposibilidad física (como sería el caso de un sujeto que requiera información de la Biblioteca del Congreso de EU., o del Museo del Louvre en Francia y que viviese en otra parte del mundo).

¹⁸³ Piaggi, Ana I. CONTRIBUCIONES. No. 4, octubre-diciembre 1999. Argentina. p. 182.

CAPÍTULO V. ANÁLISIS CRÍTICO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL A LA CONTRATACIÓN REALIZADA VÍA INTERNET.

5.1. SOLUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN MÉXICO.

Como indicamos anteriormente, hubo reformas a la legislación mexicana el 25 de mayo del año 2000 que contemplaron el comercio por vía electrónica, las cuales posteriormente el 29 de agosto del 2003 (en materia de firma electrónica) fueron complementadas, los cuerpos normativos que sufrieron modificaciones al respecto, son los siguientes:

1. El Código Civil Federal (fecha en que son separados el Código Civil Federal del Código Civil para el Distrito Federal, teniendo vida independiente desde esa entonces).
2. El Código Federal de Procedimientos Civiles.
3. El Código de Comercio.
4. La Ley Federal de Protección al Consumidor.

El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos indica que:

“Esta Constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados”.

Conforme al anterior artículo, tenemos que en nuestro país no solamente existe legislación interna con respecto a las transacciones hechas vía Internet, sino que también existen tratados internacionales que la abordan (aunque sea

de modo tangencial, y refiriéndose al tratamiento de la información y confidencialidad de la misma), como lo es el TLCAN (Tratado de Libre Comercio para América del Norte).¹⁸⁴

Las reformas publicadas el 29 de mayo del 2000, relativas a las transacciones realizadas vía Internet, tuvieron como marco de referencia a la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,¹⁸⁵ siendo en algunos de los artículos reformados, no sólo una guía, sino una copia exacta, lo cual no es una crítica, ya que la finalidad de la citada ley, es lograr una cierta homologación en las distintas legislaciones internas, debido a la naturaleza del medio, que no respeta fronteras, regímenes, idioma, ni raza.

Razón por la cual, es más que necesaria una legislación si no mundial, por todos los obstáculos que enfrentaría una tarea legislativa de tal magnitud, si que los distintos Estados de la comunidad internacional, aprueben una legislación interna que sea en la medida de lo posible lo más similar posible, para evitar fraudes a la ley, y también para darle mayor certeza a los usuarios de este sistema de comunicación. cuando lo utilicen como medio para la celebración de contratos principalmente. Lo cual indudablemente deberá contribuir de manera significativa al establecimiento de relaciones comerciales internacionales armoniosas.

Hay que reconocer que la reforma a los distintos ordenamientos legales que a continuación se transcriben, es realmente un buen trabajo legislativo, por factores que vale la pena comentar; no se dejó pasar mucho tiempo para dar respuesta y solución jurídica a una problemática en realidad reciente, razón para aplaudir al poder legislativo; se prestó oídos a las sugerencias de los asesores especialistas en la materia, situación que se deja sentir en la

¹⁸⁴ Infra. p. 66

¹⁸⁵ Es pertinente la copia textual de dicha disposición internacional, pero por su extensión es preferible ubicarla al final de este trabajo. Lo cual hacemos en el apéndice *Ley Modelo*.

terminología utilizada, que evita errores y malas interpretaciones; si considerásemos perfecta esta reforma legal no tendría razón de ser este trabajo, admitimos que es buena, sin embargo es perfectible en muchos aspectos.

5.1.1. EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL Y CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

El Código Civil Federal fue reformado en sus artículos 1803, 1805, 1811 y 1834 bis¹⁸⁶ dando los primeros pasos para una regulación de los contratos celebrados vía Internet, textualmente dicen lo siguiente:

“Artículo 1803. El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

I.- Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos; y

II.- El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Artículo 1805.- Cuando la oferta se haga a una persona presente sin fijación de plazo para aceptarla el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplica en la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de esta en forma inmediata.

¹⁸⁶ Reformas publicadas el 29 de mayo de 2000 en el Diario Oficial de la Federación.

Artículo 1811.-

Tratándose de la propuesta y aceptación hecha a través de los medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá la estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos.

Artículo 1834 bis.- Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesibles para su ulterior consulta.

En los casos en los que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de los medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige”.

En cuanto al Código Federal de Procedimientos Civiles, fue adicionado el artículo 210-A en los siguientes términos:

“Artículo 210-A.- Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.

Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es

posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.

Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que tal información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta”.¹⁸⁷

5.1.2. EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.

El Código de Comercio¹⁸⁸, a su vez fue reformado en los siguientes términos:

“Artículo 80.- Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedaran perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.

Artículo 89.- Las disposiciones de este Título regirán en toda la República Mexicana en asuntos del orden comercial, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales de los que México sea parte. Las actividades reguladas por este Título se someterán en su interpretación y aplicación a los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional del Mensaje de Datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la Firma Electrónica en relación con la firma autógrafa. En los actos de comercio y en la formación de los mismos podrán emplearse los medios electrónicos,

¹⁸⁷ Ídem.

¹⁸⁸ Ídem.

ópticos o cualquier otra tecnología. Para efecto del presente Código, se deberán tomar en cuenta las siguientes definiciones:

Certificado: Todo Mensaje de Datos u otro registro que confirme el vínculo entre un Firmante y los datos de creación de Firma Electrónica.

Datos de Creación de Firma Electrónica: Son los datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el Firmante genera de manera secreta y utiliza para crear su Firma Electrónica, a fin de lograr el vínculo entre dicha Firma Electrónica y el Firmante.

Destinatario: La persona designada por el Emisor para recibir el Mensaje de Datos, pero que no esté actuando a título de Intermediario con respecto a dicho Mensaje.

Emisor: Toda persona que, al tenor del Mensaje de Datos, haya actuado a nombre propio o en cuyo nombre se haya enviado o generado ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de Intermediario.

Firma Electrónica: Los datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos, 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.

Firma Electrónica Avanzada o Fiable: Aquella Firma Electrónica que cumpla con los requisitos contemplados en las fracciones I a IV del artículo 97. En aquellas disposiciones que se refieran a Firma Digital, se considerará a ésta como una especie de la Firma Electrónica.

Firmante: La persona que posee los datos de la creación de la firma y que actúa en nombre propio o de la persona a la que representa.

Intermediario: En relación con un determinado Mensaje de Datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho Mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él.

Mensaje de Datos: La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.

Parte que Confía: La persona que, siendo o no el Destinatario, actúa sobre la base de un Certificado o de una Firma Electrónica.

Prestador de Servicios de Certificación: La persona o institución pública que preste servicios relacionados con Firmas Electrónicas y que expide los Certificados, en su caso.

Secretaría: Se entenderá la Secretaría de Economía.

Sistema de Información: Se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma Mensajes de Datos.

Titular del Certificado: Se entenderá a la persona a cuyo favor fue expedido el Certificado.

Artículo 90.- Salvo pacto en contrario, se presumirá que el mensaje de datos proviene del emisor si ha sido enviado:

I.- Usando medios de identificación, tales como claves o contraseñas de él, o

II.- Por un sistema de información programado por el emisor o en su nombre para que opere automáticamente.

Artículo 91.- El momento de recepción de la información a que se refiere el artículo anterior se determinará como sigue:

I.- Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción, ésta tendrá lugar en el momento en que ingrese en dicho sistema, o

II.- De enviarse a un sistema del destinatario que no sea el designado o de no haber un sistema de información designado, en el momento en que el destinatario obtenga dicha información.

Para efecto de este Código se entiende por sistema de información cualquier medio tecnológico utilizado para operar mensajes de datos.

Artículo 92.- Tratándose de la comunicación de mensajes de datos que requieran de un acuse de recibo para surtir efectos, bien sea por disposición legal o por así requerirlo el emisor, se considerará que el mensaje de datos ha sido enviado, cuando se haya recibido el acuse respectivo.

Salvo prueba en contrario, se presumirá que se ha recibido el mensaje de datos cuando el emisor reciba el acuse correspondiente.

Artículo 93.- Cuando la ley exija la forma escrita para los contratos y la firma de los documentos relativos a esos supuestos se tendrán por cumplidos tratándose de mensaje de datos siempre que éste sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

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.

Artículo 94.- Salvo pacto en contrario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el emisor tenga su domicilio y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo.

Artículo 1205.- Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, de mensajes de datos, reconstrucción de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad.

Artículo 1298-A.- Se reconoce como prueba los mensajes de datos. Para valorar la fuerza probatoria de dichos mensajes, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada”.

5.1.3. EN LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

Por último, también fue modificada la Ley Federal de Protección al Consumidor,¹⁸⁹ añadiéndole el artículo 76 bis.

“Artículo 76 bis.- Las disposiciones del presente Capítulo aplican a las relaciones entre proveedores y consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. En la celebración de dichas transacciones se cumplirá con lo siguiente:

I. El proveedor utilizará la información proporcionada por el consumidor en forma confidencial por lo que no podrá difundirla o transmitirla a otros proveedores ajenos a la transacción, salvo autorización expresa del propio consumidor o por requerimiento de autoridad competente;

¹⁸⁹ Ídem.

II. El proveedor utilizará alguno de los elementos técnicos disponibles para brindar seguridad y confidencialidad a la información proporcionada por el consumidor e informará a éste, previamente a la celebración de la transacción, de las características generales de dichos elementos;

III. El proveedor deberá proporcionar al consumidor, antes de celebrar la transacción, su domicilio físico, números telefónicos y demás medios a los que pueda acudir el propio consumidor para presentarle sus reclamaciones o solicitarle aclaraciones;

IV. El proveedor evitará las prácticas comerciales engañosas respecto de las características de los productos, por lo que deberá cumplir con las disposiciones relativas a la información y publicidad de los bienes y servicios que ofrezca, señaladas en esta Ley y demás disposiciones que se deriven de ella;

V. El consumidor tendrá derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, en su caso, formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor;

VI. El proveedor respetará la decisión del consumidor en cuanto a la cantidad y calidad de los productos que desea recibir, así como la de no recibir avisos comerciales, y

VII. El proveedor deberá abstenerse de utilizar estrategias de venta o publicitarias que no proporcionen al consumidor información clara y suficiente sobre los servicios ofrecidos, y cuidará las prácticas de mercadotecnia dirigidas a población vulnerable, como niños, ancianos y enfermos, incorporando mecanismos que adviertan cuando la información no sea apta para esa población”.

5.1.4. COMENTARIOS RESPECTO A LA LEGISLACIÓN REFORMADA.

Se advierte una notoria disparidad entre los distintos cuerpos normativos reformados, mientras que la reforma hecha al Código de Comercio y a la Ley Federal del Consumidor es evidentemente, más profunda, en tanto que, la relativa al Código Civil Federal y al Código Federal de Procedimientos Civiles es realmente escueta.

Es oportuno mencionar al respecto lo expuesto por Vera Vallejo en la Conferencia denominada Normatividad sobre Comercio Electrónico, que junto con Nicolás Cáceres, dictó en la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, el día 5 de julio de 2001, en la cual señaló que las reformas hechas a nuestro ordenamiento jurídico del 29 de mayo de 2000, fueron realizadas pensando en resolver el comercio electrónico, es decir, se le dio más importancia a la actividad mercantil, que a las convenciones de carácter civil; siendo ese el motivo por el cual, el Código de Comercio y la Ley Federal del Consumidor son reformados más acuciosamente que los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles Federales.

En dicha ponencia se indicó que las adiciones hechas a los ordenamientos civiles fueron hechas pensando más que nada en la supletoriedad que ejercen los mismos en los cuerpos normativos mercantiles. Consideramos que por el contrario al ser supletoria la materia civil, se debió realizar una reglamentación más completa. Fue erróneo pensar en reformar los ordenamientos civiles federales únicamente con el fin de servir como legislación supletoria, ya que el potencial de actos jurídicos regulados por los ordenamientos civiles puede ser superior en cuanto a diversidad, que los de carácter mercantil. Por lo cual se debió haber realizado una reforma más equilibrada entre estos distintos cuerpos normativos.

5.2. DESBORDAMIENTO DEL MARCO JURÍDICO CON EL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

Probablemente hasta antes de la entrada en vigor de las reformas del 29 de mayo de 2000 a distintos ordenamientos legales, la realidad superó con creces al ordenamiento jurídico, lo cual es lógico por múltiples circunstancias, algunas notorias a simple vista. Novoa Monreal describe un aspecto evidente que explica la razón por la cual en una sociedad contemporánea occidental como la mexicana siempre su marco jurídico es superado por la movilidad social:

“Desde el término de la Primera Guerra Mundial, el mundo en general y con ello casi la totalidad de los países, han tomado un ritmo muy veloz en su movilidad. Un torbellino de inventos, descubrimientos, avances técnicos, modificadores culturales, acontecimientos políticos, luchas sociales, conflictos bélicos y nuevos fenómenos de organización social, han puesto en ebullición a la mayor parte de las antiguas sociedades en reposo. Con ello la disociación entre la ley y la realidad social se transforma en un problema notorio, que ni el sociólogo ni el jurista pueden pasar por alto”.¹⁹⁰

Novoa Monreal, explica que en un sistema jurídico como el nuestro (derecho escrito) y de acuerdo a la etapa histórica que nos toca vivir, es mucho más complicado, sino imposible, que pueda estar realmente al día el sistema normativo. “En momentos de transformación social tan rápida, lo más que se consigue es que cuando el legislador se percata de que la norma ha quedado obsoleta, intente una modificación de ella. Pero esta modificación se realiza con relación al momento en que ella se estudia y elabora. Desde entonces hasta que se la pone en vigencia transcurre un lapso que hace que la modificación llegue ya retrasada. Y a poco andar, las nuevas circunstancias

¹⁹⁰ Novoa Monreal, Eduardo. EL DERECHO COMO OBSTÁCULO AL CAMBIO SOCIAL. p.37

sociales vuelven a convertirla en definitivamente obsoleta. Puede repetirse el procedimiento, pero volverá a presentarse el mismo problema”.¹⁹¹

Lo expuesto sirve para darnos cuenta que, de una u otra manera la realidad social siempre estará un paso adelante del cuerpo normativo, aun cuando se tenga la mejor voluntad de legislar y resolver lo más pronto posible las situaciones conflictivas que se presenten.

Son múltiples los factores que inciden para afirmar que la normatividad jurídica ha sido superada por el uso de las nuevas tecnologías y adelantos científicos, nuestro tema se refiere a sólo uno de ellos la cibernética y computación, en una sola de sus aplicaciones como lo es el Internet, pero hay tantos adelantos como imaginación hayan tenido los autores de ciencia ficción de principios del siglo XX, como bien dicen la ciencia ficción nos alcanzó.

Los conceptos que dominaron el pensamiento liberal del siglo XIX fueron rápidamente superados, y lógicamente con ello nuestra disciplina, el Derecho; surgieron varias ramas jurídicas, que es innegable su independencia del tronco que las vio nacer, algunas desde antes independientes del Derecho Civil, por cuestiones que algunos consideran meramente prácticas, más que científicas, pero es indiscutible que disciplinas como el Derecho Administrativo, Laboral, Económico, Ecológico, entre otras ramas, tienen una verdadera independencia y vida propia; disciplinas éstas que al igual que las normas que las integran, fueron la respuesta que dió el legislativo a los problemas de la sociedad contemporánea, pero aún así, en muchos aspectos la vida diaria sigue superando al trabajo legislativo.

Como puede deducirse en todo producto nuevo hay errores, existen puntos susceptibles de perfeccionar, en el caso del Derecho, la normatividad debe ajustarse de la mejor manera posible a las necesidades que requiere la sociedad, y no al revés. Por otra parte, el conjunto de nuevas normas jurídicas y las reformas a las existentes, tienen que promulgarse, de acuerdo a las

¹⁹¹ Ídem.

reglas constitucionales, y también ser ubicadas en un contexto armónico con las demás disciplinas jurídicas, que constituyen el Derecho o cuerpo normativo de un Estado.

En el caso de las reformas en comento, tienen principalmente un defecto, mientras que la legislación en materia mercantil tuvo un gran despliegue técnico-jurídico, abarcando en sus supuestos normativos en gran medida la problemática que se presenta, en materia civil fue una reforma definitivamente pobre, quizá el motivo del legislador, fue pensar que la problemática principal se presentaría en el ámbito comercial, olvidando que en los actos entre particulares de naturaleza civil, se pueden presentar tantas situaciones conflictivas como en el ámbito mercantil, o aún más. La otra gran omisión, la han realizado las legislaturas locales, ya que es en la competencia del fuero común donde también surgirán situaciones conflictivas susceptibles de litigio.

Es de destacar que hasta el momento ninguna legislación local ha regulado en la materia, por consiguiente pudiésemos pensar que se trata en realidad de competencia federal la regulación de este problema, pero atendiendo a que la federación viene dada por lo que señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no encontramos disposición alguna que faculte o instruya a la Federación para considerar dentro de su ámbito de competencia la regulación al respecto (contratos civiles realizados vía Internet) aclarando que en materia comercial en estricto sentido, y de conformidad con lo que indica el artículo 73 fracción X Constitucional, el Congreso de la Unión tiene facultad para legislar en cuanto al comercio.

Por lo tanto en realidad la facultad para legislar y regular los intercambios contractuales entre particulares cuando realizan actos de naturaleza eminentemente civil, corresponde a las Entidades Federativas, de acuerdo con el criterio preceptuado por el artículo 124 Constitucional, que a la letra dice:

Artículo 124.- Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados.

5.2.1. PROBLEMÁTICA SUBSISTENTE EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

En lo concerniente a los contratos civiles debido a no haberse legislado en las distintas entidades federativas, y al no existir todavía cuerpo legal competente para resolver los conflictos que acarree la utilización del Internet, subsiste un alto porcentaje de la problemática original.

Se vio con anticipación que la problemática que se vive con el uso de Internet, es en cuanto a cinco grandes problemas, ninguno es resuelto a plenitud:

a).- La inseguridad jurídica entre las partes.- Persiste la inseguridad, principalmente cuando se trata de actos de naturaleza civil, porque en cuanto a actos de comercio si debe considerarse resuelto este problema.

b).- La imposibilidad de constatar la capacidad del contratante.- En el Código de Comercio este problema si es resuelto (artículo 90 del Código de Comercio), más no en materia civil.

c).- Vulnerabilidad de los datos.- Con respecto a la vulnerabilidad de los datos, en ninguna de las ramas se da una respuesta satisfactoria.

Salvo prueba en contrario, se presumirá que se ha recibido el mensaje de datos cuando el emisor reciba el acuse correspondiente.

¿A qué tipo de acuse se refiere el legislador?, escrito o por medios electrónicos, con esa simple duda, pierde atingencia en lo relativo el citado artículo, aunque alguna jurisprudencia podría venir a aclarar este punto en materia mercantil. Pero en materia civil, simplemente no hay nada al respecto.

d).- El error y el fraude.- Como no se implemento un mecanismo que de verdadera fiabilidad a este tipo de transacciones, perdura el problema. Recordando que como sugerimos en el subtema de referencia, la mejor manera de evitar este tipo de conflictos es encontrando formulas que prevengan las conductas indeseables.

e).- Problemas relacionados con la autenticación y el tiempo.- La solución directa a este problema consistió en implementar la “firma electrónica”.

Por lo anterior, puede advertirse que con el objetivo de dar una respuesta pronta a un problema de reciente creación, se actuó con cierta premura, que implicó no aportar una solución jurídica, si no perfecta, si más idónea a la situación compleja que se empieza a vivir por la sociedad actual relativa al uso de Internet en los acuerdos de voluntades de naturaleza civil.

CONCLUSIONES

1.- La etapa por la cual atraviesa la humanidad en este momento se caracteriza por una serie de descubrimientos científicos que desbordan la imaginación, lo cual ha alterado significativamente los patrones de conducta de la gente.

2.- El desarrollo tan notorio ha traído consecuencias sumamente desagradables:

I.- Acrecentamiento de la desigualdad social, que además de ser deplorable e injustificable moralmente, también es peligrosa para la convivencia humana y para el desarrollo de la sociedad.

II.- La excesiva explotación de los recursos naturales, sin la debida planeación, ha dejado en peligro la supervivencia de la especie humana y de toda la vida en la Tierra, en las próximas generaciones.

III.- La acumulación del conocimiento en un número reducido de personas, con el aprovechamiento del mismo para beneficio de una minoría de la población humana, en detrimento de las grandes masas.

3.- Del último punto de la conclusión dos es del cual se deriva esta tesis, está siendo objeto de regulación la aplicación de una tecnología, de múltiples usos, cuando esta es usada como medio por el cual se celebran contratos, convenios o actos jurídicos en general.

4.- Internet es un gran adelanto científico y tecnológico para la humanidad, que ofrece múltiples posibilidades en interacción social, de entre ese cúmulo de posibilidades, obviamente se pueden lograr grandes beneficios para la sociedad; pero también pueden ser utilizadas con fines netamente particulares y egoístas, empleando las herramientas del Internet para las actividades más dañinas y reprochables del ser humano como todo tipo de delitos, que fácilmente pueden quedar impunes, entre los cuales pueden mencionarse: la pornografía infantil, el tráfico de personas, el tráfico de estupefacientes y de armas, así como la promoción de ideologías racistas, fascistas, satánicas, etc.

5.- Son muchas las opciones que brinda Internet para que, mal empleadas, trastorquen el orden jurídico, por lo cual se ve inmersa, de manera directa la rama del Derecho Penal, en la corrección y prevención de tales conductas antijurídicas, viéndose implicadas, entre otras disciplinas jurídicas: el Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial, el Derecho Laboral, el Derecho Internacional tanto Público como Privado, el Derecho Bancario, principalmente; y lógicamente afectando los derechos humanos de muchas personas.

6.- El uso del Internet, en el campo contractual civil, en nuestro país, aún es incipiente por diversos factores, principalmente la pobreza, que impide el acceso de las grandes mayorías al uso de la computadora y por ende del Internet, pero esto no es óbice para que entre un segmento reducido de la población mexicana, surjan conflictos que deban ser resueltos jurídicamente, y que tengan una respuesta convincente por la norma jurídica que haya de regularlos. Es decir que no sean resueltos única y exclusivamente por el buen criterio del Juez y por la aplicación analógica de las normas preexistentes.

7.- Las necesidades dictadas por el interés mundial por diseñar respuestas a la conflictiva que genera el intercambio contractual realizado a través de medios electrónicos, incidieron que el Congreso de la Unión a iniciativa presidencial, dictará una serie de reformas a distintos ordenamientos legales que diese solución a la problemática planteada, reforma que a decir verdad, en cuanto a técnica y coordinación estuvo muy bien realizada, tanto, que resolvió un viejo planteamiento de algunos juristas mexicanos, como lo es el de unificar el criterio a considerar para el perfeccionamiento del consentimiento entre personas no presente.

8.- Aún son necesarias diversas acciones como un mayor intercambio de ideas, un estudio pormenorizado de las actuales reformas, desde distintos enfoques y por distintos estudiosos con el fin de ofrecer la más adecuada solución a los conflictos que surjan por el uso del Internet, en donde el Gobierno de manera directa intervenga fomentando esta discusión doctrinal, organizando foros, coloquios, mesas redondas, de ninguna manera el Estado puede desdeñar la importancia que el Internet adquiere día a día en el mundo contemporáneo.

9.- Debe legislarse en materia del fuero común cuando los contratos sean celebrados a través de Internet. Mientras tanto habrá un vacío jurídico inexcusable para las legislaturas estatales, más aun vistas las reformas de los ordenamientos federales, que muy bien pueden servir de ejemplo, y sin menoscabar la dignidad y autonomía estatales, pudiesen ser copiadas textualmente sin el menor problema. Ya que si no se legislara en las entidades federativas del país, quedarían sin respuesta objetiva por parte del ordenamiento jurídico una gran cantidad de contratos y de litigios, a excepción de los conflictos de naturaleza mercantil, y los que surjan del fuero federal.

BIBLIOGRAFÍA

AZÚA REYES, Sergio T. "Teoría General de las Obligaciones. 2ª. Ed. Editorial Porrúa. México 1997, p. 380.

BARRIOS GARRIDO, Gabriela, MUÑOZ DE ALBA M., Marcia y PÉREZ BUSTILLO, Camilo. "Internet y Derecho en México". Mc Graw Hill. México 1998, p.180.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. "Obligaciones Civiles". Cuarta Edición. Oxford University Press Harla. México 1997, p. 545.

BONNECASE, Julien. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Biblioteca Clásicos del Derecho. Volumen 1. Oxford University Press Harla México. México 1999, p.1047.

BORJA SORIANO, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones". 15ª. Edición. Editorial Porrúa, México 1997, p. 732.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. "De las autopistas de la información a las sociedades virtuales". Editorial Aranzadi, España 1996, p. 191.

DIEZ QUINTANA, Juan Antonio. "181 Preguntas y respuestas sobre el Juicio de Amparo". Editorial PAC. México, p. 1998.

ESEBBAG BENCHIMOL, Carlos y MARTÍNEZ VALERO, Julián. "Internet". Anaya Multimedia. Madrid 1998, p. 352.

GALINDO GARFÍAS, Ignacio. "Teoría General de los Contratos". Editorial Porrúa, México 1996, p. 479.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones". 11ª. Edición. Editorial Porrúa, México, p. 1225.

HANCE, Oliver y DIONNE BALZ, Suzan. "Under the direction of Oliver Hance". Best of Editions and Mc Graw Hill E.U.A1996, p. 371.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. "Diccionario Jurídico Mexicano" Tomo I. Novena Edición. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1996, p. 810.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. "Instituciones de Derecho Civil" Tomo VI. Volumen I. Editorial Porrúa, México 1997, p. 387.

NOVOA MONREAL, Eduardo. "El Derecho como obstáculo al cambio social". 12ª Edición. Siglo veintiuno editores. México 1997, p. 255.

OLAVE IBARRA, Olaf Sergio. "Obligaciones y Contratos Civiles". 7ª. Edición. Ed. Banca y Comercio. México 2000, p. 271.

PÉREZ FERNÁNDEZ del CASTILLO, Bernardo. "Contratos Civiles". 2ª. Edición. Editorial Porrúa, México 1994, p. 308.

PINA, Rafael de. "Elementos de Derecho Civil Mexicano" Tomo III Obligaciones Civiles, Contratos en General. 8ª. Edición. Editorial Porrúa, México 1993, p. 384.

PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Georges. "Derecho Civil". Biblioteca Clásicos del Derecho. Volumen 8. Oxford University Press Harla México. México 1999, p. 1563.

RÍOS ESTAVILLO, Juan José". "Derecho e Informática en México" Informática jurídica y Derecho de la informática. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1997, p. 175.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil" Tomo III Teoría General de las Obligaciones. 20 a. Edición Editorial Porrúa , México 1997, p. 543.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil" Tomo IV Contratos. 24ª edición. Editorial Porrúa, México 1996, p. 548.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. "De los Contratos Civiles" 15ª. Edición. Editorial Porrúa, México 1997, p. 629.

SEIX, Francisco. "Nueva Enciclopedia Jurídica" Tomo V. Francisco Seix Editor, Barcelona 1953.

TÉLLEZ VALDES, Julio. "Derecho Informático" 2ª. Edición. Mc Graw Hill. Serie Jurídica, México 1995, p. 283.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. "Contratos Civiles y sus Generalidades" 3ª. Edición. Librería Font S.A., Guadalajara, Jal. México 1976, p. 356.

ARTÍCULOS Y REVISTAS

BARCELÓ, Rosa Julia y VINJE Thomas. "Hacia un marco europeo de las firmas digitales y la encriptación", Derecho de la Alta Tecnología. Año X. No.15 Marzo de 1998. Argentina.

BARRIOS GARRIDO, Gabriela "México ante la nueva normatividad global de la tecnología de información. ¿Qué está pasando con el Internet?", Boletín de Política Informática No.2 1997. INEGI. México.

BARROSO, Porfirio. "Ética y deontología de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (internet)", Revista Iberoamericana de Derecho de la Información Año I. No.1 Mayo-Agosto de 1998. Programa Iberoamericano de Derecho de la Información de la Universidad Iberoamericana, Fundación Manuel Buendía y Revista Mexicana de Comunicación. México.

- BECERRA RAMÍREZ, Manuel. "El internet y su problemática jurídica", Revista de Derecho Privado Año VIII No. 22 Enero-Abril de 1997. Universidad Nacional Autónoma de México – Mc Graw Hill. México.
- CATALÁ, Pierre. "Escritos y firmas digitales", Derecho de la Alta Tecnología. Año X. No.120 Agosto de 1998. Argentina.
- DEVOTO, Mauricio. "Claves para el éxito de una estructura de firma digital", LA LEY Año LXIV. No.39 Febrero de 2000. Argentina.
- LOOS, Alexander. "La contratación Electrónica con proveedores bajo la legislación alemana", Derecho de la Alta Tecnología. Año XI. No. 131 Julio de 1999. Argentina.
- LOYO, Cristina. "Internet: retos para México", Comercio Exterior. Agosto de 1997. Banco Nacional de Comercio Exterior. S.N.C. México.
- OLARREAGA, Manuel y FRAGA, Daniel. "La utilización de Internet en el campo comercial", boletín de Política Informática. No.10. 1996. INEGI. MÉXICO.
- OVILLO BUENO, Rocío. "Internet y derecho. De la realidad virtual a la realidad jurídica", Boletín Mexicano de Dereho Comparado. Año XXXI No. 92 Mayo – Agosto de 1998. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. p. 591.
- PESO NAVARRO, Emilio del. "Resolución de Conflictos en el Intercambio Electrónico de Documentos", ABZ Información análisis jurídicos. No. 29. 1º. De septiembre de 1996. Morelia, Mich. México.
- PIAGGI, Ana I. "El comercio electrónico y el nuevo escenario de los negocios", Contribuciones Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung A.C. Octubre- Diciembre de 1999. Argentina.

RAMÍREZ, Miguel Ángel. “El comercio electrónico: ¿una revolución en marcha?”, Comercio Exterior. Volumen 49. No. 10. Octubre de 1999. Banco Nacional de Comercio Exterior. S.N.C. México.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. “El documento negocial informático”, Anales No.28. 1998. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, España.

SIMENTAL FRANCO, Víctor Amaury, “Contratos. Consideraciones en torno a su definición, Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2008

SOSA, Norma Alicia. “Internet: comunicación y futuro”. Revista Jurídica No. 31. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Tucumán Argentina. p. 305. Argentina.

VILLAR PALASI, José Luis. “Implicaciones Jurídicas de Internet”, Anales No.28. 1998. Real academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, España.

LEGISLACIÓN Y TRATADOS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

Ley Modelo para el Comercio Electrónico de la Convención de las Naciones Unidas para el Comercio Internacional (No ratificada por México).

Ley Federal de Protección al Consumidor.

Ley Federal del Derecho de Autor.

Código de Comercio.

Código Civil Federal

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Penal para el Distrito Federal