



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

POSGRADO EN DERECHO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

FICCION JURÍDICA.  
LA FICCION JURÍDICA FRENTE A DIVERSAS FIGURAS LEGALES.  
(CASOS PRACTICOS DE APLICACION).

TESIS  
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE  
MAESTRÍA EN DERECHO

PRESENTA:  
DIANA LUCÍA CONTRERAS DOMÍNGUEZ

TUTOR PRINCIPAL:  
DR. AUGUSTO SÁNCHEZ SANDOVAL.  
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN, UNAM.

MIEMBROS DEL COMITÉ:  
DR. AUGUSTO SÁNCHEZ SANDOVAL.  
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN, UNAM.  
DRA. MAGDALENA DE LOURDES ESPINOSA Y GÓMEZ.  
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN, UNAM.  
DR. LUIS ANTONIO HUACUJA ACEVEDO.  
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN, UNAM.  
DR. DELIO DANTE LÓPEZ MEDRANO.  
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN, UNAM.  
MTRO. NICÉFORO GUERRERO ESPINOSA.  
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN, UNAM.

MÉXICO, D.F. DICIEMBRE 2012.



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

*A mi madre, a la memoria de mi padre y  
a mi hermano, con amor y gratitud.*

*A mis maestros y amigos,  
por compartir sus conocimientos  
y experiencias de vida.*

FICCIÓN JURÍDICA.  
LA FICCIÓN JURÍDICA FRENTE A DIVERSAS FIGURAS LEGALES  
(CASOS PRÁCTICOS DE APLICACIÓN).

INTRODUCCIÓN.....8

CAPÍTULO I.  
DERECHO ¿REALIDAD O FICCIÓN?

1. La realidad que la ciencia construye.....12

2. Concepciones del Derecho.....21

2.1. Iusnaturalismo.....23

2.2. Positivismo Jurídico.....39

2.2.1. Kelsen.....40

2.2.2. Bobbio.....42

2.2.3. Hart-Dworking.....44

2.2.4. Ferrajoli.....48

2.3. Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos y Juicio de Amparo.....50

3. Derecho como ciencia y arte.....55

3.1. Aspectos de la Ciencia del Derecho: Ciencia, Filosofía, Arte y Técnica.....56

4. El Derecho y las Artes.....59

CAPÍTULO II.  
FICCIÓN JURÍDICA

1. Ficción y Ficción Jurídica.....65

1.1. Filología y Concepto de Ficción Jurídica.....69

1.2. Elementos de la Ficción Jurídica.....75

2. Clasificación de las Ficciones Jurídicas.....80

2.1. Legislativa: Terminológica y Normativa; y Jurisprudencial.....80

2.2. Tipificadoras y Equiparadas.....82

2.3. Vivas y Muertas.....83

2.4. Creativas, Dogmáticas y Teóricas.....83

2.5. Biológicas, Sociológicas, Filosóficas, Científicas y Técnicas.....84

2.6. Por su trascendencia en la práctica jurídica.....93

3. El qué y el porqué de las Ficciones Jurídicas.....94

4. Supuestos de la Ficción Jurídica.....96

5. El Derecho como realidad jurídica.....98

CAPÍTULO III.  
LA FICCIÓN JURÍDICA  
FRENTE A DIVERSAS FIGURAS LEGALES.

1. La Ficción Jurídica y la Teoría de la Apariencia.  
1.1. Concepto.....101

1.2.	Elementos de la Apariencia.....	102
1.3.	Apariencia del buen Derecho.....	105
1.4.	Distinción entre Ficción y Apariencia.....	109
2.	La Ficción Jurídica y la Teoría de la Presunción.	
2.1.	Etimología.....	111
2.2.	Concepto.....	111
2.3.	Distinción entre Ficción y Presunción.....	117
3.	La Ficción Jurídica y la Teoría de la Analogía.	
3.1.	Etimología y concepto.....	117
3.2.	Distinción entre Ficción y Analogía.....	120
4.	La Ficción Jurídica y la Teoría de la Interpretación.	
4.1.	Etimología y Concepto.....	121
4.2.	Interpretación Conforme.....	123
4.3.	Distinción entre Ficción e Interpretación.....	125
5.	Ficción, Justicia y Equidad	
5.1.	Concepto de Justicia.....	126
5.2.	Especies de Justicia.....	128
5.3.	Justicia y Equidad.....	129

#### CAPÍTULO IV.

#### FICCIONES JURÍDICAS EN PARTICULAR.

1.	POR MINISTERIO DE LEY.	
1.1.	La ignorancia de la Ley no exime de su cumplimiento.....	134
1.2.	Retroactividad.....	136
1.3.	Subrogación.....	136
1.4.	Tacita reconducción o prorroga de contrato de arrendamiento.....	137
2.	PERSONA MORAL.	
2.1.	Etimología y concepto.....	138
2.2.	Atributos de la personalidad.....	143
2.2.1.	Nacionalidad.....	144
2.2.2.	Patrimonio.....	145
2.2.3.	Nombre.....	145
2.2.4.	Domicilio.....	145
2.2.5.	Capacidad.....	146
2.2.6.	Estado Civil.....	147
2.3.	Derecho Civil.....	148
2.4.	Derecho Mercantil.....	149
2.5.	Derecho Administrativo.....	151
2.5.1.	Estado Federal.....	152
2.5.1.1.	Elementos del Estado: Territorio, Población y Poder.....	153
2.5.2.	Entidad Federativa.....	155
2.5.3.	Municipio.....	155
2.5.4.	Sector Paraestatal.....	155
2.5.4.1.	Descentralizados.....	156
2.5.4.2.	Empresas de Participación Estatal.....	157

2.5.4.3.	Fideicomisos. ....	159
2.5.5.	Sector Autónomo. ....	160
2.5.5.1.	Banco de México. ....	160
2.5.5.2.	Instituto Federal Electoral. ....	161
2.5.5.3.	Organización Internacional. ....	161
3.	REPRESENTACIÓN.	
3.1.	Establecida por la Ley.....	163
3.1.1.	Incapaces. ....	163
3.1.2.	Capaces. ....	165
3.1.2.1.	Personas Físicas. ....	165
3.1.2.2.	Personas Morales o Ficticias. ....	165
3.2.	Voluntaria. ....	165
3.2.1.	Por Poder. ....	166
3.2.2.	Por Mandato. ....	167
3.2.2.1.	Con representación. ....	167
3.2.2.2.	Sin representación. ....	167
3.2.2.3.	Sin representados. ....	167
3.2.2.4.	Judicial. ....	168
3.2.2.5.	Irrevocable o de Garantía. ....	168
3.2.2.6.	Endoso en procuración. ....	168
3.2.2.7.	Comisión Mercantil. ....	169
4.	INCORPORACIÓN DE VALORES.	
4.1.	Papel.....	171
4.1.1.	Títulos de Crédito. ....	173
4.1.1.1.	Características. ....	175
4.1.1.2.	Ejemplos de Títulos de Crédito. ....	178
4.1.2.	Billetes. ....	179
4.1.2.1.	Banco de México como responsable en la emisión.....	184
4.1.2.1.1.	Funciones. ....	184
4.2.	Metales. ....	185
4.2.1.	Dinero Mercancía. ....	187
4.2.2.	Moneda. ....	188
4.2.2.1.	Funciones básicas del dinero. ....	189
4.2.2.2.	Propiedades mínimas del dinero. ....	190
4.3.	Tarjetas Plásticas. ....	192
4.3.1.	Crédito. ....	196
4.3.2.	Débito. ....	196
4.4.	Instrumentos. ....	196
4.4.1.	Tarjetas virtuales. ....	197
4.4.2.	Sistema de Pagos Electrónicos Interbancarios (SPEI).....	198
4.4.3.	Firma Electrónica. ....	198
4.4.3.1.	Internet. ....	200
4.4.3.2.	Internet y la Nueva Economía. ....	204
4.4.3.3.	La sociabilidad en Internet. ....	205
4.4.3.4.	Los movimientos sociales en Internet. ....	206

4.4.3.5.	Sociedad en Red. ....	208
4.4.3.6.	Internet y Derecho. ....	209
4.4.3.7.	Ley de Firma Electrónica Avanzada. ....	214
5.	POR CONTRATO.	
5.1.	Clausula Calvo. ....	218
5.2.	Depósito irregular. ....	219
5.3.	Prenda irregular y sin transmisión de la posesión. ....	221
5.4.	Asociación en Participación (Impuesto Sobre la Renta). ....	222
5.5.	Fideicomiso Público (Impuesto Sobre la Renta).....	223
5.6.	Retroactividad por condición resolutoria. ....	224
6.	SUCESORIAS POR CAUSA DE MUERTE.	
6.1.	Testamento como medio para la proyección de la voluntad después de la muerte. ....	226
6.2.	Sucesión legítima y representación del albacea. ....	227
6.3.	Aceptación y repudiación de la herencia. ....	227
6.4.	Presunción de muerte del ausente. ....	228
6.5.	Premorencia y Conmorencia. ....	229
6.6.	Reconocimiento del concebido no nacido. ....	229
7.	PROCESALES.	
7.1.	Afirmativa y Negativa Ficta. ....	231
7.2.	Confesión ficta procesal.....	232
7.3.	Objeción de documento. ....	233
7.4.	Consignación en pago. ....	233
	CONCLUSIONES. ....	235
	COMENTARIO FINAL.....	244
	BIBLIOGRAFÍA.....:	246



## INTRODUCCIÓN.

Se vive en ficciones y se necesitan para sobrevivir, con ellas se crean realidades infinitas. Están en todo momento de la existencia humana a pesar de ser inadvertidas, pues de la misma manera que se pierde la capacidad de asombro frente a la tecnología, se aleja de reflexionar o hacer consciencia de las ficciones que rodean la cotidianidad: Dios, fe, karma, amor, esperanza, felicidad, Derecho, Estado, justicia. Son tan parte de la vida que se olvida que sin ellas no se podrían realizar gran parte de las actividades diarias.

La ciencia jurídica es dinámica, la cual no puede permanecer estática frente a los avances sociales, científicos y tecnológicos, pues debe evolucionar con los mismos a la par. Para ello, se apoya en ciertos mecanismos que además de facilitar la aplicación del Derecho coadyuvan a su perfeccionamiento y desarrollo. En esta evolución han sido de gran ayuda las ficciones, pues a través de ellas se considera “como si” el modelo jurídico encajara con la realidad empírica.

La ficción jurídica es la herramienta primordial para la producción y aplicación del Derecho, al grado de que su creación se ha vuelto imprescindible, y es justamente aquí donde cumple su función, cuando lo ficticio se establece como una verdad legal; pues nadie dudaría de la existencia del Estado y del Derecho, aunque de éstos sólo las consecuencias tienen una realidad empírica o material.

El desarrollo de este trabajo titulado “Ficción Jurídica. La ficción jurídica frente a diversas figuras legales (casos prácticos de aplicación)” se ha estructurado en cuatro apartados. Se estudiará que la realidad científica y social es una construcción del ser humano, y dentro de esta se encuentra la realidad jurídica, misma que se puede ver como ciencia y arte. La ciencia jurídica requiere de herramientas para la producción y aplicación del Derecho, para lo cual se apoya de las ficciones y otras teorías como la apariencia, la presunción, la analogía y la interpretación para cumplir su objetivo. Se conocerá que entre las diversas ficciones jurídicas destaca la persona moral, si se considera que el Estado –como

especie de la persona moral– es quien elabora la ley que le da reconocimiento a otras ficciones jurídicas menos notorias pero no por ello menos importantes.

El Capítulo I. “Derecho ¿Realidad o Ficción?” tiene por objeto dar un panorama general de cómo se construye la realidad por la ciencia, pues en cada época el ser humano ha confiado en cierto tipo de conocimiento y sólo se permite renunciar al mismo si quién lo cuestiona ha demostrado sin lugar a duda que tiene razón. Los nuevos conceptos de las ciencias han ocasionado un cambio en la visión de la realidad, lo que en su momento fue toda una revolución científica hoy es anacrónico; desde Copérnico que expulsó al hombre del centro del universo, hasta la teoría de las supercuerdas, que fusiona la teoría de relatividad con la teoría de la mecánica cuántica, que supone que todo lo que sucede en el universo surge de las vibraciones de una única entidad: microscópicos lazos de energía.

En esta realidad o realidades construidas se crea al Derecho, como ciencia social, es la ciencia más influida por las demás ramas del saber humano, pues le corresponde armonizar las relaciones sociales de los seres humanos en todas sus manifestaciones exteriores. El Derecho como realidad no sólo se establece como ideología y ciencia jurídica sino como arte. Tiene su filosofía, su ciencia, su técnica y su arte. La primera señala qué es el Derecho en relación con el universo; la segunda enseña los principios, la validez y permanencia del orden jurídico; la tercera aplica los principios para una mejor comprensión, entendimiento y práctica del Derecho, y; finalmente, el arte –su aura– permite elegir la norma como más justa ante una circunstancia determinada. El Derecho es por su objeto, su método y estructura una ciencia, pero por el manejo de sus componentes es un arte.

El Capítulo II. “Ficción Jurídica”, proporciona distintas definiciones de ésta, al ser un procedimiento de la técnica jurídica, por medio de la cual se atribuye a algo, una naturaleza jurídica distinta de la que en rigor corresponde, con el fin de obtener ciertas consecuencias de Derecho, que de otra manera no podrían alcanzarse, bajo la filosofía del “como si”.

El procedimiento de la ficción jurídica es una importante herramienta para transformar la realidad; pues la ley no puede cambiarla, sino a través de la ficción. Así, el Estado, el Derecho y demás instituciones legales, surgen de una ficción pero se establecen como una realidad jurídica. Ésta –la realidad jurídica– se construye de valores y hechos que se adaptan a un lugar y tiempo determinados.

El Capítulo III. “La Ficción Jurídica frente a diversas figuras legales” tiene como finalidad establecer etimología, concepto, elementos y su distinción con la ficción, de las teorías de la Apariencia, Presunción, Analogía e Interpretación.

Se contempla a la Apariencia, como la apreciación o creencia por parte de un conjunto de personas o una en lo individual, respecto al exterior o interior de una persona o una cosa, con base en sus cualidades o particularidades de las que puede o no tener. La Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido. La Analogía es un proceso de integración de Derecho en virtud del cual el mandato de una norma se aplica a un supuesto no expresamente previsto en ella ni regulado en el ordenamiento jurídico, por existir identidad de razones entre ambos supuestos. La Interpretación es un proceso de comprensión del contenido de uno o varios preceptos legales, con el objeto de determinar el sentido de una norma y así aplicarla.

Por otro lado, la ficción jurídica es el producto del Derecho, mediante la cual se atribuye a una persona o a una cosa, una naturaleza jurídica que en realidad no le corresponde, con la finalidad de obtener las consecuencias deseadas; esto es, son verdades legales irrefutables, que no requiere de apreciaciones subjetivas o pruebas en contrario.

El Capítulo IV. “Ficciones jurídicas en particular”, tiene por objeto analizar una serie de ficciones con trascendencia en la vida práctica, tales como: por ministerio de ley, persona moral, representación, incorporación de derechos, contractuales, sucesorias y de procedimiento; sin por ello asumir que quedan incluidos todos los

géneros, especies y subespecies, que en el mundo jurídico son utilizados y se requieren; pues en la elaboración jurídica no existe límite alguno.

El sistema jurídico mexicano es rico en ficciones, la manera de formularlas es muy variada y dependen, en gran medida, de la técnica legislativa adoptada y del vocabulario elegido para la formulación del Derecho. Sin embargo, frecuentemente alude a cierto tipo de enunciados y usa, explícito o implícito, la expresión “como si” o expresión equivalente traducible al “como si” sin perder el significado.

La finalidad de este trabajo es analizar el conocimiento jurídico a través de la ciencia, la filosofía, el arte y la técnica; desde lo teórico hasta lo práctico, para conocer el Derecho como ficción y realidad.

## CAPÍTULO I. DERECHO ¿REALIDAD O FICCIÓN?

1. LA REALIDAD QUE LA CIENCIA CONSTRUYE.

2. CONCEPCIONES DEL DERECHO.

2.1. Iusnaturalismo.

2.2. Positivismo Jurídico.

2.2.1. Kelsen.

2.2.2. Bobbio.

2.2.3. Hart-Dworkin.

2.2.4. Ferrajoli.

2.3. Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos y Juicio de Amparo.

3. DERECHO COMO CIENCIA Y ARTE.

3.1.1. Aspectos de la Ciencia del Derecho: Ciencia, Filosofía, Arte y Técnica.

4. EL DERECHO Y LAS ARTES.

1. LA REALIDAD QUE LA CIENCIA CONSTRUYE.

Infinitos son los planteamientos que inquietan al ser humano, desde siempre se ha preguntado: ¿Por qué, por qué la vida? ¿Para qué, para qué nuestra vida?<sup>1</sup> ¿Qué significa pensar o sentir? ¿Qué es la mente? ¿Existe realmente la mente? ¿Es imprescindible que las estructuras importantes sean de naturaleza biológica (cerebros) o podrían también estar asociadas a componentes electrónicos?<sup>2</sup> ¿Cómo es posible que una conciencia pueda surgir realmente a partir de un objeto material (un cerebro)?<sup>3</sup> ¿Cómo sabemos lo que creemos saber?<sup>4</sup> ¿Cómo

---

<sup>1</sup> Xirau, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, 13ª Ed. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 9.

<sup>2</sup> Penrose, Roger, *La mente nueva del emperador*, 2ª Ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 12-14.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 361.

<sup>4</sup> Watzlawick, Paul (comp), *La realidad inventada*, 3ª Ed. México, Gedisa Mexicana, 2005, p 15.

evoca nuestro cerebro, la abrumadora multiplicidad de este mundo multicolor que experimentamos en todo momento durante la vigilia y en ocasiones también en sueños?<sup>5</sup> ¿Por qué el mundo y nosotros mismos somos así y no de otro modo? ¿Por qué existimos?<sup>6</sup> ¿Qué es el hombre? No lo sé pero aquí está.<sup>7</sup> ¿Por qué o para qué explicar el vivir y a los seres vivos?<sup>8</sup> Ante tales cuestionamientos ¿Existen respuestas reales o empíricas? Y en todo caso ¿Qué es la realidad? Estas interrogantes y sus discernimientos van en aumento, y se multiplican al ser tratados por una parte por las ciencias “duras” y por otra por las sociales o humanas, pues un mismo planteamiento se interpreta o se trata de diversas formas e incluso contradictorias. Sin embargo, este contraste permite nuevos planteamientos y conclusiones, lo que da pie a la evolución del conocimiento.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Von Foerster, Heinz, “Construyendo una Realidad”, en Watzlawick, Paul (comp), *La realidad inventada*, 3ª Ed. México, Gedisa Mexicana, 2005, p. 42.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p.149.

<sup>7</sup> Koninck de, Thomas, *De la dignidad humana*, España, Dykinson, 2006, p.15.

<sup>8</sup> Los seres humanos modernos vivimos en conflicto, hemos perdido la confianza en las nociones trascendentes que antes daban sentido a la vida humana bajo la forma de inspiraciones religiosas, y lo que nos queda a cambio, la ciencia y la tecnología, no nos da el sentido espiritual que necesitamos para vivir. Hay frustración y enojo en los jóvenes que buscan saber qué hacer ante un mundo que los adultos hemos llevado en el camino de la destrucción. ¿Qué hacer? Yo pienso que el conocimiento acompañado de la reflexión que nos hace conscientes de nuestro conocimiento y de nuestros deseos, nos hace responsables porque nos hace conscientes de las consecuencias de nuestros actos y actuamos según nuestro deseo o no deseo de esas consecuencias, y nos hace libres porque nos hace conscientes de nuestra responsabilidad y podemos actuar según si queremos o no queremos vivir las consecuencias de nuestro actuar responsable... El amor es el fundamento del vivir humano, no como una virtud sino como la emoción que en lo general funda lo social, y en particular hizo y hace posible lo humano y al negarlo en el intento de dar un fundamento racional a todas las relaciones y acciones, nos hemos deshumanizado volviéndonos ciegos a nosotros mismos y a los otros. En esta ceguera hemos perdido en la vida cotidiana la mirada que permite ver la armonía del mundo natural... y vivimos en lucha contra él. Maturana Humberto, y Varela Francisco, *De máquinas y seres vivos*, Aargentina, Lumen, 2004, pp.31-33.

<sup>9</sup> Las ciencias humanas y las ciencias “duras” (nos referimos aquí en especial a la biología y en una buena parte a las ciencias cognitivas) difieren considerablemente en sus ambiciones en cuanto a las “grandes cuestiones” son más audaces que nunca en su propuesta de cómo se formó el cosmos y se originó la vida, cómo evolucionaron las especies y cuál es el destino del universo. En contraste, para las ciencias humanas ha sido una época de dispersión, de fragmentación, de diseminación que resiste todo intento de integración en gran escala. Jean-Pierre Dupuy y Francisco Varela, “Circularidades creativas: para la comprensión de los orígenes”, en Watzlawick, Paul y Krieg, Peter (comps), *El ojo del observador*, 3ª Ed. México, Gadisa Mexicana, 2005, pp. 232 y 233.

El vocablo ciencia con base en su etimología significa lo mismo que la palabra conocimiento,<sup>10</sup> de ahí, que en la historia del pensamiento occidental ha sido utilizada para referirse a cualquier conocimiento cuya validez ha sido defendida con fundamentos metodológicos, sin importar en que dominio fenomenal es sostenido.<sup>11</sup>

Considerando que las condiciones del conocimiento humano son diversas: físicas, celulares, celébrales, psíquicas, sociales, culturales; esto es, se manifiestan tanto en la célula más pequeña como en el pensamiento más elaborado.<sup>12</sup> Se requiere de cierta validez para determinar qué tipo de conocimiento es científico; validez que da el método científico.

La palabra ciencia ahora se utiliza con mayor frecuencia para referirse sólo al conocimiento que recibe su validez por medio de un método en particular, específicamente, el método científico. Este énfasis progresivo en el método científico se ha dado bajo dos suposiciones generales, implícitas o explícitas, tanto de los científicos como de los filósofos de la ciencia, a saber: a) que el método científico, ya sea a través de la verificación, la corroboración, o la negación de la falsificación, revela, o al menos connota, una realidad objetiva que existe independientemente de lo que los observadores hagan o deseen, incluso si no puede ser conocida por completo; y b) que la validez de las explicaciones y declaraciones científicas se apoya en su conexión con dicha realidad objetiva.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> El diccionario de la Real Academia Española señala que el termino ciencia proviene del latín *scientia*; y significa conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales... <http://lema.rae.es/drae/?val=ciencia>. Consultada el 14 de febrero de 2012.

<sup>11</sup> Maturana, Humberto, *La realidad: ¿objetiva o construida?* 2ª Ed. España, Anthropos, 2009, t.I., pp. 63 y 64.

<sup>12</sup> Morin Edgar, "Cultura y Conocimiento" en Watzlawick, Paul y Krieg, Peter (comps), *op. cit.*, nota 9, p.73.

<sup>13</sup> La ciencia es el dominio de las explicaciones y declaraciones científicas que los científicos generamos por medio de la aplicación del criterio de validación de explicaciones científicas. Como tal, los científicos abordamos la ciencia con la explicación y comprensión de nuestra experiencia humana (vida humana), y no con la explicación y comprensión de la naturaleza o la realidad como si éstas dominios objetivos de existencia independientes de lo que hacemos. La experiencia humanan está libre de contenido. En nuestra experiencia no nos encontramos con cosas, objetos, o naturaleza como entidades independientes como podría parecernos en la ingenuidad de la vida diaria; vivimos en la experiencia, en la práctica de vivir de seres humanos en el flujo de ser sistemas vivientes en el lenguaje como algo que nos sucede en nuestro interior y a nosotros mismos mientras lo lenguajeamos. Esta es la razón por la que mientras que los científicos explicamos nuestra experiencia como seres humanos al reformularla con elementos suyos a través

Señala Karla Popper que uno de los problemas tanto de la filosofía como de la ciencia es entender el mundo lo que incluye al ser humano.

Creo, sin embargo, que, al menos, existe un problema filosófico por el que se interesan todos los hombres que reflexionan: es el de la cosmología, el problema de entender el mundo —incluidos nosotros y nuestro conocimiento como parte de él—. Creo que toda la ciencia es cosmología, y, en mi caso, el único interés de la filosofía, no menos que el de la ciencia, reside en las aportaciones que ha hecho a aquélla; en todo caso, tanto la filosofía como la ciencia perderían todo su atractivo para mí si abandonasen tal empresa.<sup>14</sup>

Por ello el trabajo del científico consiste en proponer teorías y en contrastarlas, a través del método de ensayo y error.<sup>15</sup>

Para quienes buscan la aplicabilidad práctica, pero se sienten atraídos aún en mayor medida por la aventura de la ciencia y por los descubrimientos que una y otra vez nos enfrentan con cuestiones nuevas e inesperadas, que nos desafían a ensayar respuestas nuevas e insospechadas.<sup>16</sup>

Para este autor, la ciencia no pretende alcanzar la verdad definitiva sino constituye uno de los motivos más fuertes de la investigación científica, pues permite

---

de la aplicación de criterios de validación de explicaciones científicas, nos encontramos generando ciencia como un dominio cognitivo que nos extrae de la experiencia y que nos mantiene en el lenguaje. Los seres humanos existimos en el lenguaje en un flujo de coordinaciones consensuales de coordinaciones consensuales de acciones que ponemos de manifiesto en el lenguaje. Los objetos, la consciencia, la autoreflexión, el ser, la naturaleza, la realidad, etc.; todos lo que los seres humanos hacemos y somos se lleva a cabo en el lenguaje porque usamos en el lenguaje para generarlo, pero no como una abstracción o mero discurso, sino igual de concreto como cualquier operación en el flujo de las coordinaciones consensuales de las acciones en las que surgimos y existimos. El hecho que existimos en el lenguaje, y constitutivamente no podemos existir fuera de éste porque estamos constituidos dentro de él, y el hecho que al ser en el lenguaje sólo generamos experiencias en el lenguaje, no nos limita, sino que al contrario, es la condición que hace posible que la ciencia sea un dominio explicativo en el que cualquier cosa que pongamos de manifiesto en él se convierte en parte de nuestra existencia como seres humanos. Maturana, Humberto, *op. cit.*, nota 11, pp. 63, 64, 95 y 96.

<sup>14</sup> Popper, Karl, *La lógica de la investigación científica*, 2ª Ed. España, Tecnos, 2008, p.16.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 38.



descubrir problemas más profundos y por lo tanto nuevas respuestas que a la vez se contrastan, se derriban y así sucesivamente.<sup>17</sup>

Por ello, sin importar qué se pregunte y cómo se responda, todo está en la mente del ser humano, cada quien construye, de forma individual, subjetiva y bajo su propia experiencia su mundo. Como refiere Paul Watzlawick, cada ser humano va construyendo su realidad y así:

Toda realidad es, en el sentido más directo, la construcción de quienes creen que descubren e investigan la realidad. La realidad supuestamente hallada es una realidad inventada y su inventor no tiene conciencia del acto de su invención, sino que cree que esa realidad es algo independiente de él y que puede ser descubierta; por lo tanto, a partir de esa invención, percibe el mundo y actúa en él.<sup>18</sup>

Construir una realidad individual permite establece para ese ser humano la seguridad de su propia existencia, de su propia mente, y de su realidad, que no necesariamente tiene que ser la misma para otro, pues aunque se vive en un mismo planeta, y se logrará conocer todas las leyes de la naturaleza, cada quien las identifica e interpreta de distinta forma; como dice Heinz von Foerster, se vive en un medio ambiente sin saber de él, esto es:

¡Vivimos en un medio ambiente, hemos estado viviendo toda nuestra vida en un medio ambiente, sin saber de él!... desde entonces es que: es él (-el hombre-) que lo inventa todo y también en cuanto percibimos nuestro medio ambiente, nosotros lo estamos inventando. Todo descubrimiento trae tanto dolor como alegría: dolor, mientras se lucha con un nuevo conocimiento; alegría, cuando se gana ese conocimiento. Veo como único fin de mis reflexiones el de reducir el dolor y aumentar la alegría para aquellos quienes no han descubierto eso hasta hora. Y para aquellos que ya lo han descubierto, que sepan que no están solos. El descubrimiento que todos debemos hacer para nosotros mismos, es el siguiente postulado: El medio ambiente, tal y como nosotros lo percibimos, es invención

---

<sup>17</sup> La ciencia nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables... su avance se encamina hacia una finalidad infinita: la de descubrir incesantemente problemas nuevos, más profundos y más generales, y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas. *Ibidem* 259-262.

<sup>18</sup> Watzlawick, Paul, *op. cit.*, nota 4, p. 15.

nuestra.<sup>19</sup> “Allí afuera” efectivamente no hay luz ni color, sólo existen ondas electromagnéticas; tampoco hay “allí afuera”, sonido ni música, sólo existen fluctuaciones periódicas de la presión del aire, “allí afuera” no hay ni calor ni frío, sólo existen moléculas que se mueven con mayor o menor energía cinética media, y demás. Finalmente “allí afuera” no hay con toda seguridad dolor.<sup>20</sup>

Si la realidad que se vive es construida de forma individual, es el ser humano en particular el único que decide cómo actuar y es por ello responsable. En suma es una mala pregunta ¿Qué es la realidad? sino cómo se construye y cuáles son las leyes que se van marcando en cada época; puesto que:

En todas las épocas el hombre ha confiado en cierto tipo de conocimiento. Cada uno, ya sea realista o escéptico, obtiene conclusiones útiles de las experiencias y aprende en la vida cotidiana muchas cosas de las que, por razones prácticas no puede permitirse dudar.<sup>21</sup>

Los nuevos conceptos de las ciencias han ocasionado un cambio en la visión de la realidad; lo que en su momento fue toda una revolución científica hoy es anacrónico, como fue la de Copérnico, que expulsó al hombre de su soñada situación de privilegios en el centro del universo. Kepler al establecer las leyes sobre el movimiento de los planetas en su órbita alrededor del sol. Newton al describir la ley de gravitación universal y las bases de la mecánica clásica mediante las leyes que llevan su nombre. Faraday al descubrir las leyes del campo electromagnético. Rutherford al proponer un célebre modelo atómico.<sup>22</sup>

Desde principios del siglo pasado, con el nacimiento de la mecánica cuántica, Planck demostró que la luz se propaga en paquetes de energías. Einstein que el efecto fotoeléctrico podía explicarse suponiendo que la luz está hecha de

---

<sup>19</sup> Von Foerster, Heinz, *op. cit.*, nota 5, p. 38.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>21</sup> Von Glasersfeld, Ernst, “Despedida de la objetividad”, en Watzlawick, Paul y Peter Krieg (comp.) *op.cit.* nota 4, p. 21.

<sup>22</sup> Espinosa y Gómez, Magdalena de Lourdes, *Conciencia, lenguaje y derecho*, Tesis Doctoral, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 35, 36 y 42.

partículas de energía pura. Para Bohr los electrones se encuentran sólo en ciertas orbitas alrededor del núcleo atómico, y la emisión de luz ocurre en paquetes de energía cuando un electrón brinca de una órbita a otra. Los físicos estaban ¡perplejos!, la luz era una onda y ahora una partícula (fotón).<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Bohr señala que para ver un electrón en cuanto partícula, éste no manifestará ningún comportamiento de onda, y viceversa; ya que la intervención del observador obliga a los objetos atómicos a manifestarse de una u otra forma, incompatible la una con la otra. El principio de incertidumbre de Heisenberg, implica que la observación de un sistema atómico, hecha por un humano, tenga consecuencia sobre su realidad objetiva.

Surgieron diversas interpretaciones, entre ellas la de Copenhague: un átomo o una partícula como el electrón, puede estar en varios estados simultáneamente. Es el acto de observarlo el que lo obliga a pasar a uno de esos estados y manifestarse en él. Es el acto de observar lo que asigna realidad a las cosas.

En la mecánica cuántica, un sistema se describe por su “función de onda”, que es la solución de Schrödinger, esto es, no permite saber cuándo un sistema pasará de un estado a otro; sólo permite saber, cuál es la probabilidad de que lo haga. En los átomos, los electrones pueden efectuar “saltos cuánticos” de una órbita a otra, sin que se pueda predecir cuándo lo harán; y es precisamente este indeterminismo lo que a Einstein no le parecía.

Un sistema atómico estaría en todas sus posibles estados mientras no sea observado; Schrödinger señala: Supongamos que ponemos un núcleo radiactivo en una caja, si nadie la observa, el núcleo estará en dos estados simultáneamente: ha emitido y no ha emitido radiación. Si ponemos ahora un detector Geinger que, a su vez, acciona un mecanismo que destapa una botella con gas venenoso, y colocamos un gato en la caja, el felino estará en dos estados: vivo o muerto.

La interpretación de Copenhague, no fue del agrado de todos los físicos, entre sus críticos Einstein, pensó, que la mecánica cuántica, era una teoría del mundo más profundo y que le daría lugar a una concepción de la realidad más acorde con las ideas intuitivas. Ideó junto con Podolsky y Rosen un experimento mental en el que dos partículas atómicas están inicialmente en interacción y, en algún momento se separan. De acuerdo con la mecánica cuántica, si se mide la posición de una de las partículas se deduce la posición de la otra y asignarle, así, la realidad física a las posiciones en el espacio tanto de una como de la otra partícula. Del mismo modo, midiendo la velocidad de una, puede deducirse la velocidad de la otra y así asignarle realidad física a las velocidades de las dos. Para Einstein era una “acción fantasmal”.

Dos o más partículas atómicas pueden estar en un “estado invertido”, esto es, al hacer una medición en una influye instantáneamente en la otra, aun si las dos se encuentran en extremos opuestos de la galaxia. Tal “comunicación” instantánea viola uno de los principios de la relatividad: nada puede viajar más rápido que la luz. Pero el “espacio” no tiene existencia en el mundo cuántico.

John Bell, en 1965, encontró una manera cuantitativa de comprobar si efectivamente existe la “acción fantasmal”. Las partículas no tienen realidad física antes de ser detectadas; sólo después de realizar las mediciones y comprobar los datos es posible deducir que una partícula “supo” instantáneamente lo que le sucedió a su compañera lejana. Bell demostró que es posible cuantificar la correlación entre los fotones, de tal modo que es posible distinguir tajantemente entre la predicción de la mecánica cuántica y cualquier otra que no implique la existencia de la acción fantasmal.

En 1982 en Francia fue realizado por primera vez, y en 1997 en Ginebra, el experimento que confirmaba las predicciones de la física cuántica. En el mundo de los átomos donde rigen las leyes de la física cuántica se pone entre dicho los conceptos de espacio y tiempo. El espacio pierde su sentido habitual y se manifiesta por la intervención del sujeto que observa. Los experimentos en las últimas dos décadas han establecido plenamente la existencia de una interacción que no respeta ninguna separación espacial.

Los objetos del mundo atómico no tienen dimensión o extensión, sólo algunos parámetros específicos como la masa, la carga eléctrica o el espín (giro); son objetos que a veces se comportan como partículas y a veces como onda, dependiendo de cómo el sujeto decide observarlos. Electrones o fotones pueden estar simultáneamente en varios puntos del espacio e influir unos en otros como si el espacio y el tiempo no existieran para ellos; como fenómenos, sólo existen para el ser humano, que los percibe con los sentidos, con el intermedio de aparatos de medición que extienden la posición sensitiva en forma extraordinaria.<sup>24</sup>

Todas estas innovaciones en un principio fueron mal recibidas, porque antes de renunciar a una ley bien establecida, la comunidad obliga al científico que la cuestiona a demostrar sin lugar a duda que tiene razón.<sup>25</sup>

Comprender la nueva visión del universo físico y con ello esta nueva realidad, no resulta del todo fácil para los que están inmersos en estos conceptos, no se diga para los que no conocen el lenguaje y aún más, cuando se vive en un mundo de percepciones, donde se requiere ver, oler, escuchar, tocar o paladear, para considerar que “algo” es real, de lo contrario, se trata de sueños, imaginación,

---

Hacyan, Shahan, *De la física cuántica a la metafísica kantiana*, México, UNAM, Instituto de Física, 2001.p.15-25.

<sup>24</sup> *Ídem.*

<sup>25</sup> Se entregó el Premio Nobel de Química por el descubrimiento de los cuasicristales a Daniel Shechtman, profesor del Instituto de Tecnología en Haifa, Israel, de la Universidad de Iowa y del Departamento de Energía de los Estados Unidos. Schechtman descubrió los cuasicristales en 1982, y sus resultados fueron mal recibidos por la comunidad científica de la época, porque identificaban estructuras con simetrías que parecían ser matemáticamente imposibles. “Parecía violar uno de los más sagrados principios de la cristalografía”... Shechtman revisó sus resultados una y otra vez, hasta que finalmente los presentó ante sus colegas, quienes lo ridicularizaron y le solicitaron su renuncia al grupo...“La cristalografía clásica estaba en peligro y había que salvarla”. Transcurrieron dos años para que Shechtman publicara sus resultados en un artículo en *Physical Review Letters* junto con John Cahn, un reputado científico del National Bureau of Standards, demostrando que sus resultados eran válidos. “Cuando Cahn firmó junto a Shechtman avalando los resultados, el mundo creyó la noticia”... “no es que el descubrimiento haya sido mal recibido; es sólo que antes de renunciar a una ley bien establecida, la comunidad obliga al científico que la cuestiona a demostrar sin lugar a duda que tiene razón”. [http://www.fisica.unam.mx/noticia\\_nobelquimica2011.php](http://www.fisica.unam.mx/noticia_nobelquimica2011.php). Consultada 8 de enero de 2012.

pensamiento, locuras, al grado de considerarlo imposible; como señala Humberto Maturana: “Todo conocer depende de la estructura del que conoce”,<sup>26</sup> puesto que:

Nosotros tendemos a vivir un mundo de certidumbre, de solidez perceptual indisputada, de donde nuestras convicciones prueban que las cosas sólo son de la manera que las vemos, y lo que nos parece cierto no puede tener otra alternativa. Es nuestra situación cotidiana, nuestra condición cultural, nuestro modo corriente de ser humano... Toda experiencia cognoscitiva involucra al que conoce de una manera personal, enraizada en su estructura biológica, donde toda experiencia de certidumbre es un fenómeno individual ciego al acto cognoscitivo del otro, en una soledad que sólo se trasciende en el mundo que se crea con él... No vemos el “espacio” del mundo, vivimos nuestro campo visual; no vemos los “colores” del mundo, vivimos nuestro espacio cromático... Pero cuando examinamos más de cerca cómo es que llegamos a conocer ese mundo, siempre nos encontramos con que no podemos separar nuestra historia de acciones – biológicas y sociales– de cómo nos aparece ese mundo. Es tan obvio y cercano que es lo más difícil de ver.<sup>27</sup>

El mundo en que se vive es invariablemente lo que el ser humano ha hecho de él; con el aprovechamiento práctico del conocimiento científico, esto es, la tecnología,<sup>28</sup> se ha modificado la vida, la estructura y la organización de la sociedad; por una parte trae consigo beneficios que han permitido un bienestar al hombre, pero por otra, esos beneficios han sido utilizados en contra del ser humano y el medio ambiente, pues lo que se busca es tener dominio o control sobre ellos, incluso a costa de su propia destrucción.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Maturana, Humberto y Varela, Francisco, *El árbol del conocimiento*, Argentina, Lumen, 2003, p. 19.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 5-10.

<sup>28</sup> Conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico. Tratado de los términos técnicos. Lenguaje propio de una ciencia o de un arte. Conjunto de los instrumentos y procedimientos industriales de un determinado sector o producto. Diccionario de la Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=tecnologia>. Consultada 16 de febrero de 2012.

<sup>29</sup> En nuestra cultura moderna occidental hablamos de la ciencia y la tecnología como fuentes de bienestar humanos. Sin embargo, generalmente no es el bienestar humano lo que nos hace valorar a la ciencia y a la tecnología, sino más bien, las posibilidades de dominación, de control sobre la naturaleza, y de la riqueza ilimitada que parecen ofrecer. Luchamos contra una naturaleza hostil, decimos, y buscamos el conocimiento científico como si fuera un instrumento que no permitiría controlar y manipularla, en lugar de comprenderla. También hablamos del progreso en la ciencia y la tecnología en términos de control y dominación, y no en términos de comprensión y coexistencia

En esta realidad o realidades se crea al Derecho, como ciencia social, es la ciencia más influida por las demás ramas del saber humano, pues precisamente le corresponde armonizar las relaciones sociales de los seres humanos en todas sus manifestaciones exteriores, aún con paradojas.

Creemos generalmente que somos libres, que podemos tomar decisiones o determinar el dónde, el cómo y el cuándo actuar. Pero estos sentimientos y comportamientos están condicionados por la prefabricación de una “realidad” que ha sido impuesta por otros. El mundo que nos rodea es un laberinto en el cual somos libres de correr, pero no de salir, pues estamos obligados por la contradicción jurídica, de que nuestra conducta debe apegarse a las normas aunque no las conozcamos, pues la ignorancia de la ley no exime a nadie de su cumplimiento.<sup>30</sup>

## 2. CONCEPCIONES DEL DERECHO.

La interrogación ¿Qué es el Derecho?, es un tópico que aparece en casi todos los libros jurídicos;<sup>31</sup> así, por concepciones del Derecho se entiende un conjunto de respuestas, con cierto grado de articulación, a una serie de cuestiones básicas en relación con el Derecho:<sup>32</sup>

---

responsable. Los conceptos de control y dominación implican la negación de aquellos que es controlado y dominado, a la vez que la coloca como algo distinto e independiente de uno...

La ciencia moderna ha surgido en una cultura que valora la apropiación y la riqueza, que trata al conocimiento como una fuente de poder, que aprecia el crecimiento y el control, que respeta las jerarquías de dominación, que estima las apariencias y el éxito, y que ha perdido de vista a la sabiduría y no sabe cómo cultivarla. Los científicos, en nuestro esfuerzo por hacer lo que más nos gusta –básicamente la investigación científica– con frecuencia somos víctimas de las presiones, deseos y objetivos de nuestra cultura, y pensamos que la expansión de las ciencias justifica cualquier cosa, y nos cegamos ante la sabiduría y cómo se aprende. La sabiduría se engendra en el respeto por los demás, en el reconocimiento de que el poder surge a través de la sumisión y la pérdida de la dignidad, en el reconocimiento de que el amor es la emoción que constituye la conciencia social, la honestidad, y la confianza, y en el reconocimiento de que el mundo que vivimos es siempre, e inevitablemente, lo que hacemos de él. Pero si la ciencia y el conocimiento científico no nos da la sabiduría, al menos no la niegan, y al estar conscientes de esto permite a los que escapan de la ambición por el éxito y el deseo de control y la manipulación, la posibilidad de aprenderla y vivir en ella. Maturana, Humberto, *op. cit.*, nota 11, pp. 98-101.

<sup>30</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *Epistemologías y sociología jurídica del poder*, UNAM, 2012, p.54.

<sup>31</sup> Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, 5ª. Ed., México, Fontamara, 2008, p. 9.

<sup>32</sup> Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*, México, UNAM, 2005 p. 15.

a). Cuáles son sus componentes básicos; b) Qué se entiende por Derecho valido y cómo se trazan los límites entre el Derecho y el no Derecho; c) Qué relación guarda el Derecho con la moral y con el poder; d) Qué funciones cumple el Derecho, qué objetivos y valores deben –o pueden– alcanzarse con él; e) Cómo puede conocerse el Derecho, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico; f) Cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del Derecho; g) y quizá algunas otras.<sup>33</sup>

Para contestar estas interrogantes, es necesario determinar las causas del Derecho: eficiente, material, formal y final. La causa eficiente responde a la interrogante ¿De dónde surge? Es el hombre quien lo crea, ya que no es dado en la naturaleza. La causa material responde a ¿Qué es? y es la unión de los datos ontológicos –hechos– y axiológicos –valores–. Esta unión de hechos y valores se materializan, objetivan o cosifican en la norma jurídica, construida mediante conceptos, preposiciones y argumentos expresados por la palabra escrita con lo cual se le dará forma tangible al contenido intangible; esto es, la causa formal y responde a ¿Cómo es?. Su causa final responde ¿Para qué sirve? Y es para resolver el caso concreto.<sup>34</sup>

Se pueden considerar tres conceptos clásicos de Derecho: Santo Tomas: Derecho (ley) es ordenación de la razón, encaminada al bien común. Marx: El Derecho y el Estado es un instrumento de dominación de una clase sobre otra. Kelsen: El Derecho es un conjunto de normas coactivas. La diferencia ideológica e histórica entre estos autores, hace pensar que no están hablando de lo mismo. Kelsen refiere cómo está estructurado. Marx aborda el problema de para qué sirve y cuál es su función en la sociedad. Santo Tomas cómo debería ser o cuándo es justo. Ante esto, resulta difícil una definición o un concepto unánime para determinar qué es Derecho.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> *Ídem.*

<sup>34</sup> Espinosa Gómez, Magdalena, “Qué es y para qué sirve el derecho”, en Cáceres, Enrique (coord.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, pp. 147 y 148.

<sup>35</sup> Manuel, Atienza, *op.cit.* nota 31, p. 48 y 49.

## 2.1. IUSNATURALISMO.

La concepción iusnaturalista del Derecho parte de la existencia de principios morales, éticos, de justicia universalmente válida, innata a la naturaleza humana y que resultan absolutos, eternos e inmutables.<sup>36</sup> El sistema jurídico es tal, en la medida en que se acerca a ellos. Su idea fundamental es la existencia de un Derecho anterior a cualquier norma jurídica positiva creada por el hombre, y superior a esta. Se han considerado como periodos o teorías más significativas de este sistema de pensamiento: el antiguo, el cristiano y el racionalista.<sup>37</sup>

El IUSNATURALISMO ANTIGUO o TEOLÓGICO, que en términos generales se preocupó por determinar la esencia del Derecho y por mostrar las conexiones existentes entre el orden jurídico y un orden de naturaleza superior que, en último término, remitía a una idea de tipo religioso.<sup>38</sup> Toma el concepto de “naturaleza” y por ende el de “naturaleza humana” como el punto donde emana la dignidad del hombre y sus derechos naturales. El ser humano busca la virtud, siendo la más sobresaliente, la Justicia.<sup>39</sup>

Abarca a los autores griegos y romanos de la antigüedad; como principales exponentes: Sócrates, Platón, Aristóteles, y miembros de la Escuela Estoica como Cicerón y Séneca.

Respecto al PERIODO MÍTICO, la Historia del Derecho ha demostrado que los pueblos primigenios consideran sus leyes positivas como inspiradoras y protegidas por dioses nacionales. Para los babilonios, el dios solar Shamash es el inspirador del Código de Hammurabi. Numa Pompilio, habría legislado para los romanos, inspirados por la Ninfa Egeria. Entre los cretenses se aseguraba que

---

<sup>36</sup> Hoffmann Elizalde, Roberto, *Sociología del derecho*, México, UNAM, 1989, p.86.

<sup>37</sup> Bouzan Ortiz, José Alfonso y López Duran, Rosalio, “El iusnaturalismo antiguo”, en Bouzan Ortiz, José Alfonso (coord.), *Epistemología y derecho*, México, UNAM, 2007, pp. 93 y 94.

<sup>38</sup> Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 32, p. 48.

<sup>39</sup> Bouzan Ortiz, José Alfonso y López Duran, Rosalio, *op. cit.* nota 37, p 98-108.



Minos recibió las Leyes de Zeus.<sup>40</sup> El uso de las palabras *thémis* (voluntad de los dioses) y *díke* (logos o razón que gobierna el mundo) se refleja la evolución de la idea de justicia y con ella la del Derecho. *Themis* era el decreto de carácter sacro, revelado al rey por los dioses mediante oráculos, de ahí que esta palabra pasó a ser sinónimo de ley divina y destino. *Díke* (hija de Zeus y Themis), significó regla interior, al ser el logos o razón que reside en el interior del cosmos; supone un orden interno de la vida social y de las cosas.<sup>41</sup> En otras palabras, la justicia y el Derecho fueron personificados en forma de divinidades.

No hay fecha cierta que indique la transición entre lo mítico y lo filosófico; sin embargo, la doctrina del Derecho Natural nace con la Filosofía. Este sistema de pensamiento se caracteriza por ser una reflexión racional, por oposición a la religiosa; el criterio de conducta humana es el orden de la naturaleza; y es una exigencia de comportamiento que todo hombre conoce por su conciencia moral.<sup>42</sup>

Los PRESOCRÁTICOS se han considerado como los primeros filosóficos que se ocuparon del conocimiento en una forma distinta a la mítica o religiosa, elaboraron planteamientos o ideas con la finalidad de encontrar un fundamento del ser de las cosas naturales, su causalidad y su elemento primigenio, del cual estaban formadas todas las cosas. Principalmente su filosofía es de la naturaleza.<sup>43</sup>

El propósito de los primeros iusnaturalistas era más bien conservador: ante las crecientes dudas del valor de las leyes vigentes, querían exaltar su fundamentación, por lo menos en substancia, en la voluntad divina. Tal parece ser la mente de Heráclito de Éfeso, el primer iusnaturalista conocido: "Todas las leyes humanas están nutridas de la única ley divina".<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, 20ª Ed. México, Porrúa, 2007. p.17.

<sup>41</sup> Bouzan Ortiz, José Alfonso y López Duran, Rosalio, *op. cit.* nota 37, p 98-108.

<sup>42</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 40, pp. 17 y18.

<sup>43</sup> Bouzan Ortiz, José Alfonso y López Duran, Rosalio, *op. cit.* nota 37, p 98-108.

<sup>44</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 40, p. 19.

Sujetar la legislación vigente a un criterio de razón superior a la voluntad del legislador implica la negación a la validez incondicional del régimen jurídico establecido; esto es, el Derecho Natural coloca a la razón como último criterio de validez de las leyes positivas.<sup>45</sup>

Sófocles en el pasaje de la Antígona, opone un derecho divino al humano, pues responde a la opinión universal de que las leyes humanas deben sujetarse a una Justicia que vienen de más arriba. En cierto modo, toda teoría del Derecho Natural debe reducirse a una referencia a Dios como autor de la naturaleza.<sup>46</sup>

Con los SOFISTAS se dio un avance en el desarrollo de la concepción del Derecho Natural, se estableció la distinción entre ley positiva o convencional y la ley por naturaleza, al considerar que el Derecho Positivo (*Nomos*) no es ni eterno ni algo universalmente válido; significa tan sólo algo que existe por institución convencional humana.<sup>47</sup>

ANTÍFONA DE ATENAS concluye que es lícito traspasar la ley, con tal que nadie lo advierta, pero quien trata de violar alguna de las leyes que han crecido con nosotros por naturaleza, éste se echa encima la desgracia, que no es menor porque quede oculta a los hombres; ni es mayor porque los hombres la adviertan; pues el mal no descansa en la pura opinión, sino en la verdad.

Para PROTÁGORAS DE ABDERA el orden natural consistiría en cierta sociabilidad que poseen todos los hombres, pues sin ella no podrían “reunirse y ponerse en seguridad construyendo ciudades”.

CALICLES reconoce que, si es verdad que en el orden biológico impera la ley del más fuerte, en el orden humano, se trata de poner un freno a la fuerza de los poderosos. La “justicia natural” –la biológica– se manifiesta en el orden animal y en el orden internacional: la “humanan” persigue la igualdad de los hombres.

ALCIDAMAS señala “Dios hizo libres a los hombres; la naturaleza no hizo a nadie esclavo”.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, p.20

<sup>46</sup> *Ídem*.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 21

<sup>48</sup> *Ibidem*, pp. 21-23.

Los sofistas sostienen que el Derecho es relativo, mutable, expresión del arbitrio y de la fuerza; que la justicia carece de fundamento natural, pues señalan que todas las leyes serían iguales. Por su parte Sócrates enseña a respetar las leyes escritas y no escritas que los sofistas minimizaban, al valer para todos los hombres y les son impuestas por los dioses, sosteniendo su fe en una justicia superior, cuya validez no precisa de una sanción positiva ni una formulación escrita.<sup>49</sup>

Para SÓCRATES, la obediencia a las leyes de la polis es un deber ciudadano, su filosofía es la crítica al hombre, aplicado a fines morales y es lo que va a aplicar al problema de la obediencia a la ley. Por ello, el hombre justo debe obedecer aún las leyes injustas, norma que llevó a la práctica, cuando acusado de haber corrompido a la juventud y de haber introducido nuevos dioses, es condenado a muerte al beber la cicuta, sentencia que por motivos morales cumplió.<sup>50</sup>

Sócrates: ¿Y qué daño es ése?, ¿a qué resultados conduce?, ¿a cuál afecta de los elementos del desobediente?... al cuerpo, ya que es éste el que se arruina (responde Critón). Sócrates: Con relación a lo justo y lo injusto, lo vergonzoso y lo honesto, lo bueno y lo malo... Nuestra sola preocupación ha de ser qué dirá acerca de lo justo y de lo injusto... si es justo que yo trate de salir de aquí sin la anuencia de los atenienses, o no lo es... el que es víctima de una injusticia no debe devolverla, pese a la opinión del vulgo, ya que en ningún caso debemos hacer cosa injusta... víctima de una injusticia (te la han ocasionado los hombres, no nosotras, las leyes); pero, si escapas de la ciudad, devolviendo tan vergonzosamente injusticia por injusticia, mal por mal, quebrantando los convenios y acuerdos que con nosotras concertaste y dañando a quienes menos deberías dañar, es decir, a ti mismo, a tus amigos, a tu patria y a nosotras, en ese caso nosotras seremos duras contigo, mientras vivas...<sup>51</sup>

La Justicia se plasma en tres principios que pertenecen al Derecho Natural y sirven para fundamentar filosóficamente el Derecho Positivo, y servirán como

---

<sup>49</sup> Hoffmann Elizalde, Roberto, *op. cit.*, nata 36, p 85.

<sup>50</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 40, pp. 24 y 25.

<sup>51</sup> Platón, *Los diálogos de Platón: Critón – Sócrate*, versión electrónica.

base relacional de la autoridad de las decisiones judiciales: el de orden y paz, el de certeza jurídica y el de seguridad jurídica.<sup>52</sup>

Proclama la necesidad de cultivar las virtudes como medio de perfeccionamiento personal. El mal equivale a la ignorancia, de modo que la enseñanza es lo que permite al hombre ser bueno; el hombre bueno es el hombre sabio, por lo que el reconocimiento de la propia ignorancia, “sólo sé que nada sé”, es el primer paso para alcanzar el conocimiento;<sup>53</sup> esto es, se llega al saber después de poner en duda lo que se cree saber sin tener más pruebas de ello que la propia creencia, y procede siempre mediante la ironía.<sup>54</sup>

Sin embargo, los críticos sostienen que esta filosofía no produjo grandes resultados morales y era por ser excesivamente optimista. “Sócrates mismo lo fue hasta un grado intolerable.”<sup>55</sup> Así, Friedrich Nietzsche se pregunta sobre la irrelevancia de pensar que los grandes sabios son tipos “decadentes” o que aparecen en momentos en que las sociedades presentan síntomas de decadencia.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 40, pp. 26-27.

<sup>53</sup> Bouzan Ortiz, José Alfonso y López Duran, Rosalio, *op. cit.* nota 37, p 102.

<sup>54</sup> Xirau, Ramón, *op. cit.*, nota 1, p. 48.

<sup>55</sup> Sorel, Georges, *Reflexiones de la violencia*, Argentina, La Pleyade, p. 16.

<sup>56</sup> Es decir, “el nacimiento de la tragedia” y considera a Sócrates y Platón como síntomas de la decadencia griega. Para él, no se sale de la decadencia por el sólo hecho de hacerle la guerra a ella misma. Los filósofos escogieron como remedio y salvación una expresión de la decadencia, pero modificándola, no eliminándola... Y sí, la respuesta fue construir a la *razón*, como *principio universal* para el control de los hombres, dividiendo lo Uno de lo *Phycis humana*, cercenándolo en *razón e instinto* y despojándolo de cualquier otra influencia natural, como lo son la sensualidad, las emociones, las pasiones, el poder y cualquier otra manifestación del *principio del placer* por considerarlos como bajos e indignos. Esas expresiones de la naturaleza humana, se fueron convirtiendo en el objeto directo del control individual y social, que permanece hasta nuestros días. Este es el inicio de la *tragedia* que acabó con el mundo pre-socrático del *hombre autónomo* y de su relación divina con el cosmos. El nuevo cambio de paradigma servirá de base para las ideologías futuras, pues no se trata de cualquier “razón” como principio universal, sino que tendrá que ser la “razón particular” del dominante, que se hará “universal” para todos los dominados y sólo ella será la “razón” válida; cualquier otra racionalidad chocará al poder y la convertirá en loca, desquiciada o ilícita... Esta “razón” se inventa con la única capaz de “controlar” y sublimar el *Espíritu*, para llevarlo por el camino de la santidad. Entonces, la pureza de la razón se mide en cuanto satisface la voluntad del dominante, que impone a las personas, la negación a ser sí mismas, y la aceptación de él como modelo único. En consecuencia, santo es el dócil, el puro, el que se flagela a sí mismo

En todos los tiempos los sapientísimos han juzgado igual sobre la vida: *no vale nada...* Siempre y en todas partes se ha oído de su boca el mismo tono, un tono lleno de duda, lleno de melancolía, lleno de cansancio de la vida, lleno de oposición a la vida. Incluso Sócrates dijo al morir: “vivir significa estar enfermo durante largo tiempo”... Yo me di cuenta de que Sócrates y Platón son síntomas de decaimiento, instrumentos de la disolución griega, pseudogriegos, antigriegos... Los juicios de valor sobre la vida, en favor o en contra, no pueden, en definitiva, ser verdaderos nunca: únicamente tienen valor como síntomas –en si tales juicios son estupideces–. Hay que alargar del todo los dedos hacia ella y hacer el intento de agarrar esta sorprendente figura *que el valor de la vida no puede ser tasado*. No por un viviente, porque éste es parte, es más, incluso objeto de litigio, y no juez; no por un muerto, por una razón distinta. –El que por parte de un filósofo se vea un problema en el *valor* de la vida no deja de ser, pues, incluso un reparo contra él, un signo de interrogación puesto junto a su sabiduría, una falta de sabiduría.– ¿Cómo?, ¿y es que todos esos grandes sabios no solo habrían sido decadentes, sino que ni siquiera habrían sido sabios?<sup>57</sup>

Las ideas de Sócrates son conocidas por medios indirectos, a través de las críticas de sus enemigos, los libros de sus discípulos, entre ellos Platón, este filósofo tenía como preocupación fundamental la de encontrar una forma de vida feliz para los hombres, tanto en su vida individual como en su vida social; señaló

---

para matar sus propias sensaciones; el obediente que renuncia a la vida propia por el amor sublimado hacia el que manda. Así, se contribuyó a construir la *moral contranatural*, la *moral enfermiza*, que para dominar lo instintivo de la vida, dividiendo lo indivisible: el ser humano, en cuerpo y razón. Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas ideológicos y control social*, México, UNAM, 2008, pp. 43-46.

<sup>57</sup> Sócrates pertenecía, por su ascendencia, a lo más bajo del pueblo: era plebe, feo. Los antropólogos entre los criminalistas dicen que el criminal típico es feo: monstruo de aspecto, monstruo de alma. Pero el criminal es un *decadente*...

En él todo es exagerado, bufo, caricatura, todo es a la vez oculto, lleno de segundas intenciones, subterráneo. –Yo intento averiguar de qué idiosincrasia procede aquella ecuación socrática de razón = virtud = felicidad: la ecuación más extravagante que existe y que tiene en contra suya, en especial, todos los instintos del heleno antiguo...

Antes de Sócrates la gente, en la buena sociedad, repudiaba los modales dialecticos: eran considerados como malos modales, comprometían a uno. A la juventud se la prevenía contra ellos. ... el dialectico es una especie de payaso: la gente se ríe de él, no lo toma en serio. –Sócrates fue el payaso que se *hizo tomar en serio*: ¿qué ocurrió aquí propiamente?–.

... El moralismo de los filósofos griegos a *partir* de Platón tiene unos condicionamientos patológicos; y lo mismo su aprecio de la dialéctica. Razón = virtud = felicidad significa simplemente: hay que imitar a Sócrates e implantar de manera permanente, contra los apetitos oscuros, una luz *diurna* - la luz diurna de la razón. Hay que ser inteligentes, claros, lucidos a cualquier precio: toda concesión a los instintos, a lo inconsciente, conduce *hacia abajo*...

Nietzsche, Friedrich, *Crepúsculo de los ídolos*, 2ª Ed., España, Alianza, 2001, pp. 43-50.

que para llegar a establecer una teoría del comportamiento humano, una moral o una teoría del Estado, es antes necesario saber qué es el hombre y, para conocer de verdad al hombre, es antes necesario saber qué es y cómo vino a ser el mundo que se vive.<sup>58</sup>

En la filosofía de PLATÓN se distingue entre el mundo sensible (mutable, relativo, contingente) y el mundo de las ideas (inmutable, absoluto, necesario).<sup>59</sup> Considera que el conocimiento es innato, no se aprende algo totalmente nuevo, sino que se recuerda algo que se tenía ya en el espíritu, si bien en forma oscura y confusa. Señala que conocer es recordar. El que conoce es el que es capaz de proceder mediante la razón que todo lo ilumina y es igualmente capaz de escapar de los sentidos que todo lo obscurecen.<sup>60</sup>

Explicación que realiza a través del mito de la caverna:

Por lo que se refiere al estado en que se encuentra la naturaleza humana con relación a la ciencia y la ignorancia, puede hacer una comparación con el cuadro que te voy a trazar. Imagina una especie de cavernosa vivienda subterránea, provista de una larga entrada, abierta a la luz, que se extiende a lo ancho de toda la caverna y unos hombres que están en ella desde niños, atados por las piernas y el cuello de modo que tengan que estarse quietos y mirar únicamente hacia adelante, pues las ligaduras les impiden volver la cabeza; detrás de ellos, la luz de un fuego que arde algo lejos y en plano superior, y entre el fuego y los encadenados, un camino situado en alto; y a lo largo del camino suponte que ha sido construido un tabiquillo parecido a las mamparas que se alzan entre los titiriteros y el público, por encima de las cuales exhiben aquéllos sus maravillas... Púes bien, contempla ahora, a lo largo de esa paredilla, unos hombres que transportan toda clase de objetos cuya altura sobrepasa la de la pared, y estatuas de

---

<sup>58</sup> Xirau, Ramón, *op. cit.* nota 1, pp. 46 y 54.

<sup>59</sup> Sólo este último posee plena realidad; el mundo sensible, que se desliza entre el ser y el no ser sólo tiene realidad en cuanto participa del mundo inteligible o de las ideas. Los sentidos por los cuales conocemos el mundo sensible, no suministran un verdadero saber, sino una mera opinión. El saber verdadero es una ardua conquista de la razón cuando, en lucha con los sentidos, logra superar sus engañosas apariencias y elevarse hasta la complementación de las ideas. Estas ideas, aplicadas a la Justicia y al Derecho, significa que sólo existe una verdadera y absoluta justicia, aquella que conocen los verdaderos filósofos por medio de su razón. Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 40, p.28.

<sup>60</sup> Xirau, Ramón, *op. cit.* nota 1, pp. 57-59.

hombres o animales hechas de piedra y de madera y de toda clase de materias; entre estos portadores habrá, como es natural, unos que vayan hablando y otros que estén callados...

Sócrates: En primer lugar ¿crees que los que están así han visto otra cosa de sí mismos o de sus compañeros sino las sombras proyectadas por el fuego sobre la parte de la caverna que está frente a ellos?

Glaucón: -¿Cómo podrían ver, si durante toda su vida han sido obligados a mantener inmóviles las cabezas?

Sócrates: ¿Y de los objetos transportados, pueden ver otra cosa que las sombras de los mismos?

Glaucón: ¿Qué otra cosa van a ver?

Sócrates: Luego no hay duda que sólo tendrán por realidad las sombras de los objetos antes mencionados.<sup>61</sup>

En *La República*, Platón desarrolla su concepción de Estado y de Justicia. La Justicia sólo se alcanza mediante la sabiduría. El mejor gobernante es el filósofo, porque ama la sabiduría, la unidad, la armonía y la justicia, que es la base de todo Estado. Señala que nadie hace el mal voluntariamente y que el mal es el resultado de la ignorancia, por ello, el filósofo como el poseedor del conocimiento absoluto y perfecto no podrá desear el mal ni ser causa de la injusticia. Para que alguien pueda llegar a ser gobernante se requiere de una educación en la música y la gimnasia; ambos implican una armonía: la del cuerpo y la del alma. La música implica una formación espiritual que comprende las letras, las artes y las ciencias.<sup>62</sup>

ARISTÓTELES, a diferencia de Platón, tendrá en cuenta los acontecimientos del mundo físico, hasta el punto que muchas de sus obras pertenecen más a la ciencia que a la filosofía. Su interés por los fenómenos naturales contribuyó a fomentar una filosofía realista, en la cual las cosas están compuestas de materia y forma, y pueden ser conocidas en su esencia por los hombres. La materia constituye su posibilidad de ser, la forma la realización plenaria de su acto de ser.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Platón, *La república*, p. 159, versión electrónica.

<sup>62</sup> Xirau, Ramón, *op. cit.*, nota 1, pp. 72-86.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 76.

Desarrolló una teoría de la justicia como igualdad de cosas en los intercambios y como proporción en las distribuciones. El hombre obtendrá su pleno desarrollo al vivir en sociedad, y ésta –la sociedad– a través de la justicia. Marca la distinción entre lo justo natural como lo que en todas partes tienen la misma fuerza y no depende de la resolución de los hombres; y el justo legal lo que determina la ley positiva. La ley es una norma general, pero los hechos que debe normar surgen de la vida práctica, por ello, la equidad debe suplir las imperfecciones de la ley positiva.<sup>64</sup>

El pensamiento de Aristóteles respecto al Derecho Natural puede sintetizarse en:

1).- Inmutabilidad y objetividad del Derecho Natural, impreso y conocido en la naturaleza humana; 2).- Fundamento del Derecho Positivo en el Natural, ya que la ciudad, con su régimen propio que podrá diferir, es un hecho natural; 3).- Mutabilidad de la Justicia legal –positiva– que no impide su obligatoriedad; y 4).- Vinculación especial de cada ciudadano con la ciudad (*polis*) concreta en que vive; primeramente, por naturaleza, con lo justo natural de la misma; en segundo lugar, con sus tradiciones nacionales; y, en tercer lugar, con sus leyes escritas.<sup>65</sup>

Posterior a los tres grandes, la FILOSOFÍA ESTOICA concebía un orden racional del universo, y este –el universo– como una sola sustancia. Para ellos la mezcla Dios y la naturaleza son una misma cosa (una misma sustancia). “Sabio es, el que es capaz de sentir de asentir y de entender, por tener una conciencia total del orden de todas las cosas”.<sup>66</sup>

ZENÓN concibe el universo como un eterno ciclo, piensa que el universo, que se inicia con el fuego, habrá de acabarse y renovarse infinitamente en el fuego que todo lo purifica. Así el mundo es a la vez eterno y limitado, continuo y repetido, eternamente el mismo en sus eternas renovaciones.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 40, pp.31 y 34.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>66</sup> Xirau, Ramón, *op. cit.*, nota 1, pp. 102-107

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 102.



En la obra de SÉNECA se hace referencia a la existencia de una Ley Natural, que domina al mundo y que se refleja en cada conciencia individual, haciéndose participe al hombre por su propia naturaleza de una ley que vale universalmente.<sup>68</sup>

CICERÓN identifica al Derecho como la “recta razón” conforme a la naturaleza y señala que el verdadero Derecho es de aplicación universal, inmutable y eterna.<sup>69</sup>

El DERECHO NATURAL CRISTIANO abarca desde el siglo primero hasta el XVI, lo que incluye importantes periodos filosóficos, como la patrística y la escolástica. Se fundamenta en el concepto de naturaleza humana, considerada como una naturaleza racional, pero creada por Dios, del cual devienen como causa final, su dignidad y derechos personales. En la patrística sobresalen pensadores como San Agustín, San Isidro de Sevilla, San Gregorio de Niza, San Juan Crisóstomo y otros. La escolástica es un movimiento intelectual desarrollado en la Edad Media, como principales exponentes: Santo Tomas de Aquino, Guillermo de Ockham y los llamados filósofos tomistas.<sup>70</sup>

Toda la obra de SAN AGUSTÍN revela un constante anhelo de verdad de conocimiento y fe: “No salgas de ti mismo; vuelve en ti. En el interior del hombre habita la verdad”. Ir de camino hacia la verdad es más bien regresar a nosotros mismos. Veamos, desde dentro, el sentido de este camino; veamos también el sentido de este último objeto del conocimiento que es, en la vida y en la obra de San Agustín, Dios mismo.<sup>71</sup>

Para SANTO TOMAS DE AQUINO “La ley es cierta medida y regla de los actos, según la cual es inducido alguno a obrar o retraerse de hacerlo”. La ley es, en primer término, una regla para la acción. Pero esta regla existe en varios niveles. En su forma más alta la ley es la regla eterna que Dios ejerce en su gobierno del mundo creado. Dios, creador, es también supremo legislador del mundo. Si la ley es importante en cuanto se refiere a la cosa pública, a los negocios de la ciudad humana, es absolutamente esencial si la consideramos, siguiendo la prueba por la causa final, como el orden divino del universo. La ley humana es “La participación de la ley

---

<sup>68</sup> Hoffmann Elizalde, Roberto, *op. cit.*, nota 36, p 85

<sup>69</sup> *Ídem.*

<sup>70</sup> Bouzan Ortiz, José Alfonso y López Duran, Rosalio, *op. cit.* nota 37, p. 108.

<sup>71</sup> Xirau, Ramón, *op. cit.*, nota 1, pp. 128-142.

eterna en la creatura racional”. Existen dos leyes humanas. Una, la que nos otorga la razón, la que nos hace participar en la ley divina: tal es la ley natural. Otra, la que cada país, cada ciudad, cada civilización desarrolla por uso y costumbre la ley positiva que los hombres han adquirido por convención, costumbre y hábito. Bien dirigida, la ley positiva puede llegar a coincidir con la ley natural; pero esta coincidencia no es una necesidad absoluta.<sup>72</sup>

GUILLERMO DE OCKHAM, reduce todo el conocimiento a los datos de la experiencia. Lo que no sea verificable por experiencia o no provenga de la fe, deberá rechazarse como tal: “Negar validez a todos los conceptos que no puedan aclarar en la experiencia misma”.<sup>73</sup>

El DERECHO NATURAL CLÁSICO RACIONALISTA abarca los pensadores de la época de la Ilustración, del siglo XVI al XVIII, hace referencia algunos hechos de importancia cultural y social, como el Enciclopedismo, la Declaración de Derechos y Deberes del Ciudadano, la caída de la monarquía absoluta, la aparición del Estado moderno, la separación de poderes, el control social y la limitación de poderes del gobernante. La filosofía ética da paso a la filosofía política. Su idea de Derecho Natural se fundamenta en la razón humana, que deben ser tutelados por la autoridad y prudencia del gobernante, el cual detenta el poder por encargo de los ciudadanos.<sup>74</sup> Destacan las ideas de Francisco de Victoria, Francisco Suarez, Hugo Grocio y Samuel Pufendorf.

FRANCISCO DE VICTORIA abre la Teología a todos los progresos de las ciencias modernas. Los teólogos españoles no admiten dispersión del saber. Esto quiere decir que los hallazgos de una ciencia, deben ser incorporados a través de la Filosofía y de la Teología, en un saber universal. Cada verdad enriquece la verdad. Realismo es abrir los ojos al mundo tal cual es para poder mejor formular los dictámenes de la conciencia, “guiado por lo cual el hombre tiene que hacer un orden en la naturaleza y en la sociedad, con la ciencia y con la ley”. Sin ese continuo someter la realidad a las valoraciones de Justicia de la conciencia no puede haber verdadero Derecho.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> *Ibidem*, pp. 161-177.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 186 y 187.

<sup>74</sup> Bouzan Ortiz, José Alfonso y López Duran, Rosalio, *op. cit.* nota 37, p 108-109.

<sup>75</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de filosofía del derecho*, 6ª Ed. México, Porrúa, 2006, pp. 190-192.

Dos son las ideas fundamentales que inspiran todo el pensamiento político de FRANCISCO SUAREZ: a) La creencia de que en el tiempo se está realizando un orden eterno, fundado en la Verdad y la Justicia; y b) La fe en la misión del hombre para conocer y coparticipar en la realización de ese orden.<sup>76</sup> El Derecho Natural no representa un conjunto acabado de normas que, partiendo de principios generales, llegan a conclusiones y determinaciones para los casos previsibles; es más bien “una función viviente del espíritu humano”. Por eso habla de ley natural como de “una cierta fuerza de la naturaleza humana”.<sup>77</sup> De la parte más elevada de nuestro ser, de nuestro entendimiento en cuanto dirijo a la acción, brota una fuerza que a la vez nos exige, motiva o impulsa a obrar bien y justamente, y nos ilumina en forma muy general sobre las grandes líneas de lo que es bueno y justo. Esta fuerza es *a priori* (es decir, existe antes de toda experiencia y permanece “en nuestros corazones” antes y después de que la actualicemos) universal (porque la viven todos los hombres) e inmutable (porque en todos los hombres y en todos los tiempos se da en forma igual, aunque puede haber grados en su mayor o menor vivencia. Esta fuerza es la ley natural.<sup>78</sup>

GROCIO proclama su convicción de que, al lado de los Derechos históricos propios de los países particulares (Derecho Romano) existe un Derecho que es común a varios pueblos o a los gobernantes de ellos, por tener sus fundamentos o en la naturaleza o en las leyes divinas o por haber sido

---

<sup>76</sup> Rechaza la afirmación según la cual “la ley natural consiste en la naturaleza racional del hombre, tomada en sí misma, y en cuanto no implica contradicción y es fundamento de toda honestidad de los actos humanos”. Si se fundamenta el Derecho Natural en la naturaleza racional tomada en sí misma, entonces será justo todo aquello que esté conforme hasta con las imperfecciones de esa naturaleza. Si encontramos que por naturaleza los hombres son ambiciosos, vanidosos o tienden a la lujuria, entonces la satisfacción de los apetitos de ambición, vanidad y lujuria es justa porque esos apetitos son “naturales”. “La naturaleza racional, considerada en sí misma, en cuanto tal es una esencia, y no manda ni muestra la honestidad o malicia, ni dirige ni ilumina, ni tiene efecto alguno de ley, a no ser que queramos usar muy equívoca y metafóricamente el nombre de la ley, el cual destruye toda discusión” La ley natural tiene su origen en la razón en cuanto “los efectos de la ley, que pueden ser considerados como los efectos propios de la ley natural, provienen de forma inmediata de un dictamen de la razón, porque ese dictamen dirige, obliga y es una regla de la conciencia, la cual reprocha o aprueba los actos cometidos. El dictamen de la razón es más que una operación lógica, “está escrito en los corazones de los hombres”, es la expresión de la “luz racional por el cual el hombre participa de la ley eterna que le dicta lo que debe hacer o lo que debe evitar. La ley es fruto por igual de la razón y de la voluntad. Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 75, pp. 192-195.

<sup>77</sup> o “un juicio actual del pensamiento en el cual se da la ley natural” o “aquella ley existente en nuestro pensamiento para que podamos dirigir entre el bien y el mal”. “También se puede llamar ley natural a la luz natural del entendimiento capaz por sí misma de dirigirnos en la acción, porque los hombres, aunque nada piensen o juzguen en un momento dado, siguen conservando en sus corazones la ley natural. Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 75, pp. 200-201.

<sup>78</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 75, p. 202.

“introducidos por las costumbres por un pacto tácito”. Por encima de los criterios cambiantes, como son la utilidad y la ley del más fuerte, quiere llegar a lo eternamente justo y bueno y lo encuentra en las tendencias permanentes de la naturaleza humana y en el orden de la razón. El hombre es el único animal que posee el instrumento de la palabra y, además, la facultad de entender y de actuar los preceptos o principios generales. El Derecho Natural es el conjunto de preceptos “emanados de las tendencias internas de la naturaleza humana y que tienen su fuente mediata en Dios”. Las propósitos eran buscar soluciones, racionales y sistemáticamente fundadas, de la Justicia eterna que está muy por encima de los discernimientos cambiantes de los hombres.<sup>79</sup>

Lo que más preocupa a PUFENDORF, como buen miembro de la ilustración, es el asunto de lograr una convivencia pacífica y civilizada, y es lo que va a incorporar a su definición de ley natural: esta es: “La que de tal manera está de acuerdo con la naturaleza racional y social del hombre que fuera de ella no pueda darse una sociedad honesta y pacífica para el género humano; o si se prefiere, aquella que, por una propia eficacia congénita, tienen una bondad como natural o utilidad respecto a todo el género humano”. De allí que la ley fundamental de la naturaleza es esta: “Corresponde a todo hombre, en cuanto le sea posible, el fomentar una sociedad pacífica y el conservarla así contra los demás, y tal que esté de acuerdo con la índole y el fin del género humano universal”.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> En la explicación de esos propósitos se debe a la filosofía estoica. El estoicismo había pretendido ser una filosofía realista, más preocupada en encontrar respuestas a los problemas concretos de la conducta y de la felicidad del hombre que de enzarzarse en sutiles cuestiones metafísicas, una filosofía que deducía sus proposiciones de la razón común a todos los hombres, por consiguiente una filosofía cosmopolita, aplicable a todos los hombres y al alcance de todos ellos. El enfoque estoico difiere del tradicional en lo siguiente: 1) el concepto de “naturaleza” ya no es un concepto ontológico sino descriptivo de la realidad. 2) Lo justo no es una exigencia ontológica sino la meta de una tendencia humana. 3) El Derecho Natural no es un orden ontológico que hay que descubrir sino un orden lógico vivido por el hombre. 4) El Derecho ya no se identifica con lo justo sino con las leyes que declararon lo justo. 5) La razón deja de ser un mero instrumento para conocer la verdad y se convierte en el receptáculo de las leyes. Como primeros principios de Grocio, enumera tres que toma de Cicerón: “hay que abstenerse de lo que pertenece a otro y restituir aquello que sea de otro o las ganancias que de allí hayamos sacado; existe la obligación de cumplir lo prometido; hay que reparar el daño culpable y castigar a los hombres según lo merezcan. Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 75, pp. 274-278, 308.

<sup>80</sup> Esta es la famosa *socialitas* o sociabilidad, defendida por Pufendorf como ley fundamental del Derecho Natural y a partir de la cual va a deducir gran parte de sus conclusiones jurídicas. No se trata de un concepto ontológico: no está afirmando, como lo hizo Aristoteles, que el ser humano no puede lograr su perfección integral sino es vinculando a otros hombres en una sociedad. Es una mera regla muy útil para sacar conclusiones y que, en el lenguaje moderno, quiere decir esto: el hombre debe comportarse como un ser civilizado, tomando decisiones libres y bien pensadas, y respetando a los demás, y no como gañan cualquiera que carece de control de sí mismo y que esta desprovisto de educación. Claro, la definición de vida civilizada será de acuerdo con los ideales de la cultura de la Ilustración: un hombre civilizado es el que obedece y respeta a su soberano y a las leyes, que vive una vida morigerada y honrada, que ahorra y cuida de su patrimonio, que es buen padre de familia y no abusa de sus subordinados. El Derecho Natural es

Para KANT la Moral y el Derecho están formados por “juicios normativos”, esto es, la ley universal de la libertad; sin embargo, los juicios normativos de la moral son categóricos y los del Derecho hipotéticos.<sup>81</sup> El jurista justo abandonará el método empírico (positivo) y utilizar los principios mólales allegados por la razón.<sup>82</sup>

Si no se quiere caer en tautología, o bien remitir a lo que proponen las leyes de algún país en algún tiempo, en vez de dar una solución general, esta pregunta (¿qué es el Derecho?) puede muy bien sumir al *jurisconsulto* en la misma perplejidad en que se encuentra el lógico ante el desafío al que está llamado: *¿qué es la verdad?* Lo que sea de derecho (*quid sit iuris*), es decir, lo que dicen o lo han dicho las leyes en un determinado lugar y en un tiempo determinado, aún puede muy bien indicarlo: pero si también es justo lo que se proponían y el criterio general para reconocer tanto lo justo como lo injusto (*iustum et iniustum*), permanecerán ocultos para él si no abandona durante largo tiempo aquellos principios empíricos, y busca las fuentes de aquellos juicios en la mera razón (si bien aquellas leyes pueden servirle para ello perfectamente como hilo conductor) para elegir los fundamentos de una posible legislación positiva. Una doctrina jurídica únicamente empírica es (como la cabeza de madera en la fábula de Fedro) una cabeza, que pude ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene sesos...<sup>83</sup>

Define al Derecho como “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la

---

el conjunto de normas que se abstraen para ese “estado natural” ideal, que es el mundo ideal de los hombres civilizados, que nada tienen que ver con el estado natural de los hombres bárbaros descrito por Hobbes. “Las costumbres bárbaras no forman el estado natural.” Por consiguiente, el Derecho Natural no es el producto de un acuerdo entre los pueblos, sino que se abstrae por la razón a partir de la consideración de la naturaleza oideal del hombre. “El genuino fundamento del Derecho Natural se busca en la condición del hombre” un ser civilizado, que posea sociabilidad. Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 75, pp. 325-327.

<sup>81</sup> El imperativo categórico o voz imperiosa de la conciencia que exige al sujeto el cumplimiento de tal o cual acción, aunque la libertad humana puede desobedecer a ese mandato; el hipotético expresa la necesidad práctica de poner determinada acción en la hipótesis de que no se quiera sufrir la coerción del Estado que sanciona el incumplimiento de las normas jurídicas. Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota. 40, pp. 52 y 53.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 54-56.

<sup>83</sup> Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, 4ª. Ed., España, Tecnos, 2008, p. 38.

libertad.”<sup>84</sup> Por ello, refiere que el Derecho más estricto es el más injusto, sin que se pueda remediar por el camino jurídico, sino a través de la conciencia.<sup>85</sup>

El siglo XX ha permitido el RENACIMIENTO DEL DERECHO NATURAL, como reacción al positivismo. La nueva declaración de los Derechos Humanos, tiene origen y fundamento en el hombre mismo, son esenciales, derivados de la dignidad inherente de la persona, no pertenecen a la sociedad, son naturales. Estos derechos se reconocen (no se crean) por los ordenamientos positivos; su desconocimiento es una injusticia. Las normas que los reconocen, los garantizan y regulan, incluyen nociones del Derecho Natural, como lo propio de la naturaleza del hombre.<sup>86</sup>

Ante este renacimiento, Henkel señala que antes de estudiar el Derecho en su estructura fundamental interna, se debe ver, en primer lugar, como la parte de un todo: como sector parcial del mundo humano de la experiencia, y, desde este aspecto, plantear la cuestión de cómo se ensambla el Derecho en el todo del orden ontológico de este mundo; para ello, se basa en la idea de la estructura estratificada del mundo, de la doctrina filosófica de Nicolai Hartmann: “El cosmos se presenta, expresándolo metafóricamente, como una construcción escalonada, y su orden, como un orden escalonado, dentro del cual se puede percibir cuatro estratos: inorgánica, orgánico, psíquico y espiritual”.<sup>87</sup>

El estrato inferior lo forma el mundo de los cuerpos inanimados, de las materias muertas, el campo de la naturaleza inorgánica, de lo físico-material; este constituye la base del mundo real y sobre la que se estructuran todos los estratos superiores del ser. Sobre este, se eleva el sector de lo orgánico, el mundo de los seres vivos, se desarrolla en el mundo de lo corpóreo-material; las leyes no sólo

---

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 45

<sup>86</sup> Bouzan Ortiz, José Alfonso y López Duran, Rosalio, *op. cit.* nota 37, p 109-111.

<sup>87</sup> Henkel, Heinrich, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1968, p. 24.

dominan el devenir y el ser del ser vivo individual, sino también su coexistencia con otros seres vivos. Sobre este mundo de lo orgánico se eleva el estrato del ser psíquico, que se vincula a un organismo sustentado por lo corporal. El estrato superior del ser, sustentado por lo psíquico y reposado sobre los estratos inferiores de lo corporal-orgánico, es el ser espiritual; este mundo está reservado exclusivamente al hombre y por lo tanto es el de mayor dependencia, así, el espíritu del hombre, no puede derogar las leyes de la psique ni excluir las leyes de la corporeidad y de lo orgánico que le sustenta.<sup>88</sup>

Para Henkel el Derecho tiene su existencia en el espíritu común de la agrupación humana. Éste –el espíritu común– se manifiesta en un sector de ideas y de tendencias comunes sustentado por una conciencia de muchos individuos que se activa mediante sus manifestaciones personales de voluntad. Este espíritu, tanto individual (conciencia y voluntad personal) como colectivo, se manifiestan en los objetos, esto es, espíritu objetivado. El espíritu individual se objetiva en una obra de arte, el espíritu común se objetiva en el lenguaje y en el Derecho.<sup>89</sup>

El IUSNATURALISMO CONTEMPORÁNEO, posterior a las dos guerras mundiales, expresa una lógica opuesta al poder del Estado y coloca la dignidad humana como el máximo valor jurídico. Radbruch señala que tomar distancia del derecho natural llevó a la sociedad a la época de una pérdida de valores morales, donde cualquier norma merece llamarse norma jurídica por derivar del poder, por injusto que sea su contenido.<sup>90</sup>

El concepto de Derecho, un concepto cultural, es decir, un concepto referido a un valor, nos impulsó hacia el valor jurídico, hacia la idea del Derecho: El Derecho es aquello cuyo sentido estriba en servir a la idea del Derecho. Encontramos la idea del Derecho en la justicia y determinamos la esencia de ésta, de la justicia igualitaria, como igualdad: tratamiento igual de los hombres y relaciones iguales, y correspondiente desigualdad a los

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, pp. 25-28.

<sup>89</sup> *Ibidem*, pp. 32-38.

<sup>90</sup> Bouzan Ortiz, José Alfonso y López Duran, Rosalio, *op. cit.* nota 37, pp. 114-118.

desiguales. La idea de Derecho conlleva tres aspectos: su adecuación a un fin o finalidad, como ordenación de la vida común y, la seguridad jurídica que exige positividad del Derecho. Esta última, no exige sólo la vigencia de los preceptos jurídicos que la fuerza establece y que se cumplen de hecho, sino que tiene también ciertas exigencias respecto a su contenido...<sup>91</sup>

Se ha interpretado la obra de Dworkin como una “nueva versión del iusnaturalismo” o “neoiusnaturalismo”, pues refiere que el razonamiento jurídico invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y de creación de precedentes. Estos principios son específicamente morales, los cuales toman importancia en los casos difíciles. Por lo tanto, la tesis del positivismo de separar el Derecho y la moral es falsa.<sup>92</sup>

Quando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas.<sup>93</sup>

## 2.2. POSITIVISMO JURÍDICO

La cuestión entre el Derecho Natural y el positivismo es que suelen usarse con significados muy distintos. Los iusnaturalistas han estado de acuerdo en señalar: Que además y por encima del Derecho Positivo existe un Derecho Natural, esto es, un conjunto de normas o principios válidos para todos los tiempos y lugares.

---

<sup>91</sup> Radbruch, Gustav, *Filosofía del derecho*, España, Reus, 2007, pp. 143-147.

<sup>92</sup> Dworkin no es un autor iusnaturalista porque no cree en la existencia de un Derecho Natural que está constituido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables. La teoría del autor americano no es una *caja de caudales trascendental* que permite solucionar todos los problemas y que fundamenta la validez y la justicia del Derecho. Rechaza el modelo de razonamiento típico del naturalismo –que se basa en la existencia de una moral objetiva que el hombre puede y debe descubrir–. Intenta construir una tercera vía –entre el iusnaturalismo y el positivismo–. Parte del presupuesto de que el razonamiento moral se caracteriza por la construcción de un conjunto consistente de principios que justifican y dan sentido a nuestras instituciones. Las instituciones de nuestros juicios son los datos básicos, pero esos datos y esos juicios deben acomodarse al conjunto de principios. Esta tarea reconstructivo-racional del pensamiento moral no es exclusiva de este, ya que se puede extender al pensamiento jurídico. el propósito es reinstaurar la relación íntima entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico. Calsamiglia, A., “Ensayo sobre Dworkin”, en Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 5ª. Ed., España, Ariel, 2002, pp. 11-12.

<sup>93</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 5ª. Ed., España, Ariel, 2002, p. 72.



Que el Derecho Positivo es tal si concuerda con el Derecho Natural, es decir, si es justo. De lo contrario sería apariencia o corrupción de Derecho o ley.

Para los iuspositivistas, las afirmaciones básicas serían: Que el Derecho es el ordenamiento jurídico vigente en cuanto fenómeno social y variable históricamente, independiente de su posible justicia o injusticia; sin embargo, si se identifica al Derecho con justicia, se considera como criterios de esta, sólo los determinados por el propio Derecho.<sup>94</sup>

En términos generales, desde la perspectiva normativista se ve al Derecho como una realidad previamente dada, como un conjunto de normas dadas para ser contempladas y descritas, esto es, como un sistema de normas.<sup>95</sup>

#### 2.2.1. KELSEN.

KELSEN considera al Derecho como un sistema de normas, limita a la ciencia del Derecho al conocimiento y descripción de normas jurídicas y de las relaciones que ellas constituyen entre los hechos por ellas determinados; esto es; el objeto de la ciencia del Derecho, es la norma jurídica y la conducta humana, pero sólo ésta –la conducta humana– en la medida en que está determinada en las normas jurídicas, en cuanto es contenido de las normas jurídicas. La conducta humana regulada a través de las normas, distingue entre una teoría estática y una teoría dinámica del Derecho. La primera tiene como objeto el Derecho como un sistema de normas con validez, el Derecho en su estado de equilibrio; la segunda, el proceso jurídico en el que el Derecho se produce y aplica, el Derecho en su movimiento.

La norma jurídica se expresa en el lenguaje, sin constituir proposiciones, más bien prescripciones que ordenan, permiten o facultan, no “informan”. La diferencia que se da entre una ley publicada en el diario oficial y un comentario jurídico científico de esa ley, o bien entre un código y un tratado, se muestra que los enunciados

---

<sup>94</sup> Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 31, pp. 44-45.

<sup>95</sup> Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 32, p. 28-38.

deónticos formulados por la ciencia del Derecho, describen la ley, no obligan, ni facultan, y pueden ser verdaderos o falsos; mientras que las normas producidas por la autoridad judicial, que si obligan y facultan son válidas o invalidas. Así, los hechos empíricos no son ni verdaderos ni falsos, sino que existen o no existen, mientras que los enunciados sobre esos hechos pueden ser verdaderos o no verdaderos.

Para reproducir el sentido específico con el cual la norma jurídica se dirige a los órganos y sujetos del Derecho, no puede formularse el enunciado jurídico sino como una oración que afirma que, conforme a un determinado orden jurídico positivo, bajo determinadas condiciones, debe producir determinadas consecuencias. El Derecho lo concibe como un orden coactivo, este, se cumple aún contra la voluntad del afectado por ellos, y en caso de oposición, se recurre a la fuerza pública.<sup>96</sup>

La finalidad del Derecho es provocar una conducta humana socialmente deseable, para obtenerla se sirve de la coacción. El Derecho será un sistema coactivo de normas escalonadas en graduación jerárquica, en la que cada una funda su validez en la anterior hasta llegar a una ley suprema, la Constitución.

Kelsen al reducir la ciencia jurídica al estudio de las normas jurídicas, limita la noción del Derecho, al no aprovechar las aportaciones de otras ciencias, bajo su propio enfoque y método. Es la conducta social del ser humano lo que preocupa a la ciencia jurídica y no sólo las relaciones lógicas entre un presupuesto y un efecto jurídico, de no ser así, el Derecho sería sólo un medio para aplicar la fuerza coercitiva del Estado.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 15ª Ed. México, Porrúa, 2007, pp. 84-89 y 122.

<sup>97</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 40, pp. 58-61.

### 2.2.2. BOBBIO.

BOBBIO señala que “No existe otro Derecho que el Derecho Positivo”; sin embargo, aclara que no niega el Derecho Natural, simplemente niega que sea Derecho en la misma medida que el Derecho Positivo.<sup>98</sup> Considera que es útil distinguir tres aspectos a partir de los cuales ha sido presentado históricamente el positivismo jurídico:

1).- Como un modo de acercarse al estudio del Derecho. 2).- Como una determinada teoría o concepción del Derecho. 3) Como una determinada ideología de justicia.<sup>99</sup>

El positivismo jurídico como un modo de acercarse al estudio de Derecho, delimita el objeto de la investigación, caracterizado por una distinción entre derecho real (derecho que es –el cual debe ocuparse el jurista–) y derecho ideal (derecho que debe ser). Por lo tanto es aquel que asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral.

Es decir, que acepta; que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hecho aceptable (por ejemplo: que emane de ciertos órganos mediante cierto procedimiento, o que sea efectivamente obedecida durante un lapso determinado por cierto grupo de personas) y no la mayor o menos correspondencia con cierto sistema de valor. La mentalidad que el positivismo jurídico rechaza es la de quien incluye en la definición del Derecho elementos finalistas; por ejemplo: la obtención del bien común, la actuación de la justicia, la protección de los derechos de libertad, la promoción del bienestar, y que debido a esta inclusión, esta luego obligado a rechazar como no jurídicas aquellas normas que no obstante emanan de los órganos competentes, de acuerdo con los procedimientos establecidos, no sirven para obtener el bien común, para actuar la justicia, para garantizar la libertad, para promover el bienestar.<sup>100</sup>

El positivismo jurídico como una determinada teoría o concepción del Derecho (concepción estatal del Derecho) señala que por teoría se entiende a un conjunto

---

<sup>98</sup> Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 12ª Ed., México, Fontamara, 2012, p. 43.

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 39 y 40.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 42

de aseveraciones vinculadas entre sí con las cuales, cierto grupo de fenómenos son descritos, interpretados, llevados a un nivel muy alto de generalización y unificación, después en un sistema coherente; con el fin de entender, describir y dar una explicación global de una determinada realidad. Vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: El Estado; el cual se caracteriza:

1).- Con respecto a la definición del Derecho, la teoría de la coactividad, según la cual se entiende por Derecho un sistema de normas que se aplican por la fuerza, o bien, de normas cuyo contenido es la reglamentación de uso de la fuerza en un grupo social dado. 2).- Con respecto a la definición de norma jurídica son mandatos. 3).- Con respecto a las fuentes del Derecho, la supremacía de la ley sobre las otras fuentes y la reducción del Derecho consuetudinario, del Derecho científico, del Derecho judicial, del Derecho que deriva de la naturaleza de las cosas, al carácter de fuentes subordinadas o aparentes. 4).- Con respecto al orden jurídico en su conjunto, la consideración del complejo de las normas como sistema al que se atribuye el carácter de plenitud o de ausencia de lagunas y, 5).- con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica, en particular, la consideración de la ciencia jurídica como una hermenéutica o dogmática.<sup>101</sup>

El positivismo jurídico como una determinada ideología de justicia, refiere que por “ideología” se entiende cierta toma de posición frente a una realidad dada, fundada sobre un sistema más o menos consciente de valores, expresada en juicios de valor que tienden a ejercer cualquier influencia sobre la realidad misma, conservándola tal como es, si la valoración es positiva, o modificándola cuando es negativa.

Las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; la obediencia de las normas jurídicas es un deber moral, entendiéndose por deber moral una obligación interna o de conciencia; en otros términos, la obligación debida *por respeto* a las leyes, en contraposición a aquella obligación externa o *por temor* a la sanción.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> *Ibidem*, pp. 43-45.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 47.

El Derecho por la manera que es puesto y hecho valer o por el fin al que sirve, cualquiera que sea su contenido, tiene por sí un valor positivo y hay que prestar obediencia incondicional a sus prescripciones.<sup>103</sup>

Para Bobbio las funciones del Derecho son: Represiva, protectora y promocional como modo de controlar comportamientos. Indicadora para el ejercicio del poder coactivo, cuándo, cómo y quién ejerce la fuerza coactiva (el Derecho regula el uso de la fuerza). Moderadora de la sociedad por el Derecho, que puede ser autosuficiente o limitada. Preventiva y represiva. Positiva, negativa y disfunción (si se alcanzan o no los fines propuestos por el Derecho). Privatista y comunitaria (el Derecho contienen normas de conducta dirigidas a que cada uno obtenga sus fines privados y normas de organización que hacen posible la cooperación dirigida a un fin común). De control mediante sanciones y de dirección hacia fines. Aseguradora y distributiva, en cuanto se usa el Derecho no sólo para garantizar posiciones sino también para cambiarlas mediante la asignación de recursos económicos y no económicos.<sup>104</sup>

### 2.2.3. HART - DWORKING.

HART señala que para hacer justicia a la complejidad de un sistema jurídico, es necesario distinguir entre dos tipos diferentes, aunque relacionados, de reglas: primarias y secundarias. Las primarias son las que otorgan derechos o imponen obligaciones; las secundarias estipulan el cómo y la forma de reconocer, modificar o extinguir aquellas.

Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o

---

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>104</sup> Orrego Sánchez, Cristóbal, *Analítica del derecho justo*, México, UNAM, 2005, pp. 96.

privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones.<sup>105</sup>

Señala que hay una diferencia entre “sentirse o verse obligado a hacer algo” y “tener la obligación de hacerlo”. En el primer caso una persona se ve sometido a una sanción (por ejemplo: el ladrón que amenaza con arma de fuego; o cuando explica el punto de vista externo, pues el observador no las acepta como guías de conducta) y en el segundo caso la norma marca un límite (punto de vista interno, los miembros del grupo las aceptan como guías de conducta).<sup>106</sup>

Hay una diferencia, todavía no explicada, entre la aserción de que alguien *se vio obligado* a hacer algo, y la aserción de que *tenía la obligación* de hacerlo.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> Hart, Herbert L. A., *El concepto del derecho*, 3ª. Ed., Argentina, Abeledo Perrot, 2009, p. 101

<sup>106</sup> El punto de vista externo puede reproducir muy aproximadamente la manera en que las reglas funcionan en la vida de ciertos miembros del grupo, a saber, aquellos que rechazan sus reglas y únicamente se interesan en ellas porque piensan que la violación desencadenará, probablemente, consecuencias desagradables. Su punto de vista tiene que expresarse diciendo: "Me vi obligado a hacerlo", "¿Es probable que me sancionen si...?", "Probablemente Ud. será penado si...", "Ellos le harán esto si...". Pero no necesita formas de expresión como "tenía la obligación" o "Ud. tiene la obligación", porque ellas son únicamente exigidas por quienes ven su conducta y la de otras personas desde el punto de vista interno. Lo que no puede reproducir el punto de vista externo, que se limita a las regularidades observables de conducta, es la manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad. Estos son los funcionarios, abogados, o particulares que las usan, en situación tras situación, como guías para conducir la vida social, como fundamento para reclamaciones, demandas, reconocimientos, críticas o castigos, esto es, en todas las transacciones familiares de la vida conforme a reglas. Para ellos la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino una *razón* para esa hostilidad. *Ibidem*, pp.112 y 113.

<sup>107</sup> Algunos teóricos, entre ellos Austin, advirtiendo quizás la general irrelevancia de las creencias, temores y motivos de una persona respecto de la cuestión de si ella tenía obligación de hacer algo, han definido esta noción no en términos de esos hechos subjetivos, sino en términos de la *probabilidad o riesgo* de que la persona que tiene la obligación sufra un castigo o un "mal" a manos de otros en caso de desobediencia. Esto, en efecto, es tratar a los enunciados de obligación no como enunciados psicológicos, sino como predicciones o cálculos del riesgo de recibir un castigo o sufrir un "mal".

El enunciado de que alguien tiene o está sometido a una obligación, implica sin duda alguna la existencia de una regla; sin embargo, no siempre es el caso que cuando existen reglas, la conducta requerida por ellas es concebida en términos de obligación. "El debía" ("*he ought to have*") y "él tenía la obligación" ("*he had an obligation to*") no son siempre expresiones intercambiables, aún cuando ambas coinciden en comportar una referencia implícita a pautas o criterios de conducta existentes, o son usadas para extraer conclusiones, en casos particulares, a partir de una regla general. *Ibidem*, pp.103- 107

Se requiere tener “autoridad” para dictar las normas, esta –la autoridad– puede ser de origen consuetudinario (un grupo de personas la acepta como norma, pautas o criterios de conducta) o promulgadas por un sistema centralmente organizado que autoriza una norma secundaria o “regla de reconocimiento”, esto es, “normas validadas”.

Tales reglas pueden ser de origen puramente consuetudinario: puede no haber un sistema centralmente organizado de castigos frente a la transgresión de ellas la presión social puede únicamente asumir la forma de una reacción crítica u hostil generalmente difundida que no llega a las sanciones físicas. Ella puede limitarse a manifestaciones verbales de desaprobación o a invocaciones al respeto de los individuos hacia la regla violada; puede depender en gran medida de sentimientos tales como vergüenza, remordimiento y culpa. Cuando la presión es del tipo mencionado en último término, podemos sentirnos inclinados a clasificar las reglas como parte de la moral del grupo social, y la obligación impuesta por ellas como obligación moral. A la inversa, cuando entre las formas de presión las sanciones físicas ocupan un lugar prominente o son usuales, aunque no estén definidas con precisión ni sean administradas por funcionarios, sino que su aplicación queda librada a la comunidad en general, estaremos inclinados a clasificar las reglas como una forma rudimentaria o primitiva de Derecho.<sup>108</sup>

Apunta que es probable que la vida de cualquier sociedad que se guía por reglas, jurídicas o no, consiste en una tensión entre quienes aceptan las reglas como guía de conducta (punto de vista interno) y quienes las rechazan al considerarlas como signos de castigos (punto de vista externo).<sup>109</sup> El concepto de Derecho propuesto

---

<sup>108</sup> Podemos, por supuesto, hallar ambos tipos de presión social seria tras lo que es, en un sentido obvio, la misma regla de conducta. A veces esto puede ocurrir sin que haya indicación alguna de que una de ellas es peculiarmente apropiada para ser la forma de presión primaria, y la otra la secundaria; en tales casos la cuestión de si se trata de una regla moral o de una regla jurídica rudimentaria puede no ser susceptible de respuesta. Pero por el momento la posibilidad de trazar la línea entre el Derecho y la moral no debe detenernos. Lo que vale la pena destacar es que la insistencia en la importancia o *seriedad* de la presión social que se encuentra tras las reglas es el factor primordial que determina que ellas sean concebidas como dando origen a obligaciones. En esta imagen que persigue a buena parte del pensamiento jurídico, la presión social aparece como una cadena que sujeta a aquellos que tienen obligaciones para que no puedan hacer lo que quieren. *Ibidem*, pp.107-109.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 113.

o elaborado por Hart, parte de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento.

Si recapitulamos y consideramos la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí, no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política.<sup>110</sup>

El concepto de Derecho elaborado por Hart concibe las reglas del Derecho como razones para la acción, existentes como pautas de conducta con diversas funciones que forman un sistema unitario en virtud del reconocimiento de los funcionarios y de los ciudadanos, cuya práctica de reconocimiento, constituye una regla para la identificación de las demás reglas válidas del sistema. El sistema está formado por reglas primarias (de obligación o de conducta) y secundarias (de reconocimiento y cambio), las cuales tienen el aspecto externo e interno.<sup>111</sup>

DWORKING, refiere que el esqueleto del positivismo está constituido por unas cuantas preposiciones claves:

a).- El Derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa e indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos. Estas normas especiales pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, por pruebas que no se relacionan con su contenido, sino con su origen, o con la manera en que fueron adoptadas o en que evolucionaron. Estas pruebas de origen se pueden usar para distinguir las normas jurídicas válidas de las espurias (aquellas que abogados y juristas defienden equivocadamente como reglas de Derecho), y también de otro tipo de reglas sociales (agrupadas generalmente bajo el término de normas morales) que la comunidad sigue, pero que no impone mediante la fuerza pública.

b).- El conjunto de estas normas jurídicas agota el concepto de Derecho, de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que

---

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>111</sup> *Ibidem*, pp. 90-92.



parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir “aplicando la ley”. Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que ejerza su discreción, lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo que guíe en la preparación de una norma nueva o en la aplicación de una existente.

c).- Decir que alguien tiene una “obligación jurídica” equivale afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga. En la ausencia de tal norma jurídica válida no hay obligación jurídica, de ello se sigue que cuando el juez decide un conflicto ejerciendo su discreción, no está imponiendo un Derecho jurídico en lo referente a ese conflicto.<sup>112</sup>

#### 2.2.4. FERRAJOLI.

FERRAJOLI distingue dos tipos de universos: nomoestáticos y nomodinámicos. Los primeros son sistemas deónticos en los que una norma existe y es válida si es deducible de otras normas del mismo sistema; señala que la moral es un sistema nomoestático por excelencia; de igual forma lo son los sistemas de Derecho Natural basados en principios de razón (iusnaturalismo racionalista); los sistemas de Derecho jurisprudencial no codificado, cuyo fundamento de validez reside no en la *auctoritas* de un legislador, sino en la *veritas*, esto es, en la intrínseca justicia o racionalidad alcanzada de manera inmediata, a través de la razón y el conocimiento por los jueces y los juristas. Los universos nomodinámicos, son los sistemas deónticos de tipo positivo o artificial en los que la existencia de una norma depende del hecho de que haya sido puesta por una *auctoritas*; estos universos son tesis analíticas sólo en el sentido metajurídico y normativo, en sentido asertivo y jurídico pueden resultar violadas jurídicamente por la existencia de antinomias (varias normas que por un lado permite y por otro prohíbe) y lagunas (ausencia de los actos que prescriben dichas obligaciones o prohibiciones).<sup>113</sup>

Define al Derecho positivo en sentido amplio como:

---

<sup>112</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 93, pp. 66 y 67.

<sup>113</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia juris*, Trotta, 2011, pp. 110-111.

Cualquier sistema normativo en el que la existencia de una norma no siempre puede ser negada simplemente sobre la base de su incompatibilidad con (o afirmada sólo sobre la base de su implicación por) otra norma; en el que, dicho de otro modo, su existencia es esencialmente el efecto de un *hecho empírico*, es decir, de un acto normativo, reconocible como tal por los significados normativos que expresa, sino por las formas de su producción. Podremos caracterizarlo como un sistema deóntico que entre sus reglas incluye las reglas necesarias y suficientes para la producción de sus reglas. Y este es el sentido de su “dinamicidad”. Las reglas de la moral como las del ajedrez, son sistemas “estáticos” porque en ellos el añadido o la modificación de una regla produciría el cambio de sistema o del juego: otro sistema moral o un juego nuevo y diferente. El Derecho positivo es por el contrario un sistema “dinámico” porque sus reglas son todas y únicamente las producidas con arreglo a esa norma de reconocimiento que es el principio de legalidad o, en términos más generales, de positividad de las normas.<sup>114</sup>

Señala que de este sistema dinámico de derecho positivo derivan cuatro importantes consecuencias:<sup>115</sup>

1.- El relativo al universo del Derecho Positivo. En este, existen antinomias o normas contradictorias, incluso existen criterios para solucionarlas, tales como los principios de: *lex posterior*, *lex specialis*, *lex superior*; mismos que son proporcionados por otras normas positivas.

2.- Respecto al universo del Moderno Estado Constitucional de Derecho. Se refiere a la distinción entre la existencia o vigencia de la norma y su validez. La norma jurídica es válida no por su justicia sino porque es emitida por la autoridad legítima, coherente con la Norma Constitucional y acorde con la realidad.<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> *Ibidem*, pp. 111-112.

<sup>115</sup> *Ibidem*, pp. 112-115.

<sup>116</sup> A causa de los procesos de globalización e integración supraestatal, están hoy en crisis el universo empírico y el horizonte teórico en los que se ha desarrollado la modernidad jurídica en todos los subsistemas enumerados: la primacía de la ley y el monopolio estatal de la producción legislativa, la unidad interna de los ordenamientos, la concentración y la estructura jerárquica de las fuentes, la sujeción al derecho de todas las funciones públicas, la abstracción y generalidad de todas las normas, la garantía brindada a los derechos fundamentales por los actuales ordenamientos constitucionales. Es claro que una teoría del derecho contemporáneo no puede dejar de dar cuenta de esta crisis y de las alternativas que ella misma propone: por un lado, el deterioro del estado de derecho y la democracia, modelados una y otra sobre el Estado nacional hoy en crisis irreversible, así como la regresión al particularismo y a la confusión y superposición

3.- El relacionado con el universo de la democracia constitucional como resultado del sistema de los derechos fundamentales garantizados en ella. La democracia reside en la garantía de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, su efectividad depende de la solución de antinomias y lagunas que violen los derechos de libertad o sociales. Estas antinomias y lagunas son un factor de ilegitimidad del Derecho vigente.

El iuspositivismo, en su actual paradigma constitucional, es en efecto, el único tipo de experiencia jurídica que permite la *garantía* de aquellos principios y valores (la igualdad, la libertad y los derechos sociales) que provienen ciertamente de la tradición iusnaturalista, pero que sólo en cuanto positivizados como otros tantos vínculos jurídicos en las constituciones actuales pueden aspirar a algún grado de efectividad. Ésta es, en última instancia, la diferencia entre positivismo jurídico y iusnaturalismo: sólo el primero está en condiciones de garantizar la efectividad de los principios de justicia afirmados por el segundo, disponiendo técnicas de invalidación y reparación de sus violaciones por parte del Derecho Positivo mismo.<sup>117</sup>

4.- Relativo a la teoría del Derecho que tiene como objeto los universos mencionados. Dado que pueden ser violados de hecho por el Derecho positivo el principio de no incompatibilidad y el de no contradicción deóntica, no son sólo tesis analíticas de tipo asertivo, sino tesis o modelos normativos metalingüísticos respecto a las normas de Derecho positivo vigente.

### 2.3. REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y JUICIO DE AMPARO.

En la actualidad el Derecho y el Estado se legitiman al reconocer (y no otorgar) los derechos fundamentales del ser humano: vida, libertad, seguridad, justicia, vivienda, salud, educación, medio ambiente, etcétera. Cuando esos derechos sean

---

de fuentes y ordenamientos que fueron propios del derecho premoderno; por otro, la posible construcción de una esfera pública y un constitucionalismo más allá del Estado, capaces de ofrecer una dimensión ya no sólo estatal, sino supraestatal, a la organización democrática y a la disciplina de los nuevos poderes, en garantía de la paz y de los derechos fundamentales. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 113, pp. 7-8.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 114.

respetados y protegidos el cambio de Garantías Individuales a Derechos Humanos no sólo será semántico o artístico, sino una realidad fáctica. Para ello, el primer paso fue el reconocimiento en la Constitución, posteriormente la implementación de políticas públicas y finalmente el respeto de facto a los mismos.

Sin embargo, antes de hablar de lo innovador y modernizador que marca el capítulo primero, título primero de la Constitución, esto es, “De los Derechos Humanos y sus Garantías”; incluso antes de plantear lo que se podría lograr en la vía judicial, como determinar la invalidez de leyes o actos que no satisfagan lo que asuman como contenido de un determinado derecho, otorgamiento de prestaciones materiales lo que implica obligar a la asignación de los recursos presupuestarios, ordenar a las autoridades que legislen o que actúen en un determinado sentido.<sup>118</sup> Si bien es cierto, resuelve políticamente en papel la falta del respeto a los derechos fundamentales del ser humano, lo cierto es, que frente al contexto social, la promesa constitucional resulta poco alentadora, y aún más ante la falta de derechos alimentarios.

La riqueza en México marca distancias exorbitantes, mientras que once mexicanos se ubican dentro de los hombres más ricos del mundo,<sup>119</sup> más de 52

<sup>118</sup> Cossío, José Ramón, *Derechos Humanos: instrucciones de uso*. <http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2012/09/60313.php>. Consultada el 16 de septiembre de 2012.

<sup>119</sup> Según la revista especializada en finanzas y negocios Forbes. <http://www.forbes.com/billionaires/list/>. Consultada el 16 de septiembre de 2012.

Nombre	Fortuna (mdd)	Rranking global 2012	Rranking global 2011	Rranking global 2010
1.- Carlos Slim Helú	69,000	1	1	1
2.- Ricardo Salinas Pliego	17,400	37	112	63
3.- Alberto Baillères	16,500	38	66	82
4.- Germán Larrea Mota	14,200	48	39	72
5.-Jerónimo Arango	4,000	276	268	212
6.- Emilio Azcárraga Jean	2,000	634	512	655
7.- Roberto González Barrera	1,900	683	595	-
8.- Carlos Hank Rhon	1,400	913	-	-
9.-Roberto Hernández Ramírez	1,300	960	993	828
10.- Alfredo Harp Helú	1,000	1153	1140	937
11.- Joaquín "el Chapo" Guzmán	1,000	1153	1140	937

millones de mexicanos son pobres, de los cuales 11.7 millones viven en pobreza extrema.<sup>120</sup> La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) refiere que la desigualdad en el ingreso y los niveles de pobreza ubican a México como uno de los más altos dentro de las 34 naciones que la conforman, que los subsidios llega a favorecer sólo a ciertos grupos de la población; por ello, recomendó luchar contra la creciente desigualdad, con políticas que de forma simultánea reduzcan la brecha de ingresos entre ricos y pobres mientras se estimula el crecimiento económico, lo que se hará posible con reformas laborales que den oportunidad de trabajo; replantear los sistemas fiscales, al reducir o eliminar las exenciones impositivas que beneficien a los ricos; e invertir en educación de alta calidad.<sup>121</sup>

Ante la realidad social del siglo XXI, donde mexicanos sufren de hambre y desnutrición, de los efectos colaterales de las políticas públicas de la “lucha contra el narcotráfico”, quedan evidencias las violaciones a los derechos fundamentales. Ante esto, la reforma constitucional prometida se pulveriza.

La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, implicó el cambio en la denominación del capítulo I del título primero: “Los Derechos Humanos y sus Garantías”, los artículos 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 apartado B y 105, fracción II;<sup>122</sup> y en materia de amparo los artículos 94, 103, 104 y 107.<sup>123</sup>

El cambio de nomenclatura apunta a los derechos humanos y los instrumentos que los garantizan: juicio de amparo, acciones de inconstitucionalidad,

---

<sup>120</sup> Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval) <http://www.coneval.gob.mx/cmsconeval/rw/pages/medicion/index.es.do>. Consultada el 20 de septiembre de 2012.

<sup>121</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). <http://www.oecd.org/eco/productivityandlongtermgrowth/economicpolicyreformsgoingforgrowth2012.htm>. Consultada el 20 de septiembre de 2012.

<sup>122</sup> Diario Oficial de la Federación. 11 de junio de 2011.

<sup>123</sup> Diario Oficial de la Federación. 6 de junio de 2011.

controversia constitucional, procedimientos electorales, nueva facultad investigadora a la Comisión Nacional de Derechos Humanos.<sup>124</sup>

En el artículo 1º, se reconocen los derechos humanos previstos en tratados internacionales suscritos por México, así como las garantías para su protección. Se incorpora la interpretación conforme (esto es, la interpretación armónica entre las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente constitucional o internacional); el principio *pro persona* (o de mayor beneficio a las personas);<sup>125</sup> la obligación de las autoridades de promover el respeto, la protección y reparación de los derechos humanos bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; así como la prohibición de toda discriminación.

El artículo 3º, incorpora el respeto a los derechos humanos en la educación que imparta el Estado.

En el artículo 11, se establece el derecho de solicitar asilo por motivos políticos, y el de refugio por causas humanitarias.

El artículo 15, instauro la prohibición de la celebración de tratados que se realicen con el fin de alterar los derechos humanos reconocidos por la Constitución y tratados.

En el artículo 18, se implementa como base de la organización del sistema penitenciario el respeto a los derechos humanos.

El artículo 29, establece los casos de restricción o suspensión de derechos y garantías, que deberá estar fundada y motivada, observando los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación; revisión sobre la constitucionalidad y validez por la Corte. Así como los derechos que no se

---

<sup>124</sup> Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell Sánchez, Miguel, y Salazar Ugarte, Pedro (comps), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p.44.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p 46

podrán restringirse ni suspenderse en caso de una declaratoria de excepción: no discriminación, reconocimiento de la personalidad jurídica, vida, integridad personal, protección a la familia, nombre, nacionalidad; derechos de la niñez; derechos políticos; libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; principio de legalidad y retroactividad; prohibición de la pena de muerte; prohibición de la esclavitud y servidumbre; prohibición de la desaparición forzada y tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

En el artículo 33, se reconoce el derecho de previa audiencia en caso de expulsión de extranjeros.

El artículo 89, fracción X, implementa como principio normativo en la dirección de la política exterior, como facultad del Presidente: el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos.

En el artículo 97, segundo párrafo, se derogó la facultad de la Corte de investigar las violaciones graves sobre derechos humanos, y se transfirió a la Comisión Nacional de Derechos Humanos (artículo 102, apartado B).

El artículo 102, apartado B, establece la obligación de los servidores públicos de aceptar y cumplir las recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y en el supuesto de no hacerlo, deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa. El Senado podrá llamar a los responsables para que expliquen el motivo de su negativa. La Comisión tendrá la facultad de investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos.

En el artículo 105, fracción II, inciso g), se establece la facultad de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, de promover acciones de inconstitucionalidad contra de leyes federales, estatales, del Distrito Federal, y tratados internacionales, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

La reforma constitucional en materia de amparo, artículos 94, 103, 104 y 107, implica la procedencia del amparo respecto de cualquier norma general, por violaciones a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México sea parte. El agraviado no sólo será el que aduce ser titular de un derecho, sino también de un interés legítimo individual o colectivo. La introducción del amparo adhesivo. La forma de integrar jurisprudencia “por sustitución”; entre otras.

El progreso de México, entendido como nación, depende fundamentalmente de las instituciones jurídicas, sociales y éticas que lo rigen; si se garantiza las libertades humanas, legales y espirituales; y se permite la convivencia social necesaria para el desarrollo del ser humano con base en las leyes de la naturaleza; el progreso nacional será inminente. Pues si la nación no progresa, obedece a la capacidad y desarrollo moral y cultural de los seres humanos que la integran.

### 3. DERECHO COMO CIENCIA Y ARTE.

Enseña Einstein que el motor que impulsa a la ciencia, al arte y a la religión es la emoción que produce el misterio de la vida, quien no lo siente, está muerto.

Siento la más profunda emoción ante el misterio de la vida. Este sentimiento funda lo bello y lo verdadero, suscita el arte y la ciencia. Quien no conoce esa sensación o ya no puede sentir asombro o sorpresa es un muerto en vida y sus ojos están ciegos. Aureolada de temor, esta realidad secreta del misterio también constituye la religión. Los hombres reconocen entonces algo impenetrable para su inteligencia pero conocen las manifestaciones de ese orden supremo y de esa Belleza inalterable. No me canso de contemplar el misterio de la eternidad de la vida: Y tengo la intuición de la extraordinaria construcción del ser. Aunque el esfuerzo por comprenderlo sigue siendo desproporcionado, veo a la razón manifestarse en la vida.<sup>126</sup>

El Derecho es una creación del ser humano, es una rama de la cultura humana. Tiene su filosofía, su ciencia, su técnica y su arte. La primera señala qué es el Derecho en relación con el universo; la segunda enseña los principios, la validez y

---

<sup>126</sup> Einstein, citado por De Koninck, Thomas, *op. cit.* nota 7, p.p. 70-71.



permanencia del orden jurídico; la tercera aplica los principios para una mejor comprensión, entendimiento y práctica del Derecho, y; finalmente, el arte –su aura– permite elegir la norma como más justa ante una circunstancia determinada. El Derecho es por su objeto, su método y estructura una ciencia, pero por el manejo de sus componentes es un arte.

### 3.1. ASPECTOS DE LA CIENCIA DEL DERECHO: CIENCIA, FILOSOFÍA, ARTE Y TÉCNICA.

El Derecho es a la vez Ciencia, Filosofía, Arte y Técnica.

La CIENCIA es un conjunto sistemático y metódico de conocimientos fundados de las cosas por sus causas próximas. Los conocimientos no pueden ser meras opiniones o creencias, sino que deben fundarse en demostraciones o explicaciones de las relaciones de una o varias cosas, con sus causas próximas. Se formula por medio de leyes, que registran las constantes de las relaciones existentes entre un objeto y sus causas próximas.<sup>127</sup>

El Derecho es Ciencia en cuanto estudia los elementos o datos de la realidad que el legislador no puede desconocer, elementos que condicionan, limitan o inspiran las reglas del Derecho Positivo.<sup>128</sup>

La FILOSOFÍA es aquel conocimiento de la razón humana que, penetrando hasta las últimas causas, investiga la realidad total, especialmente el ser y el deber propios del hombre. La Filosofía es saber por las causas; abarca la totalidad de lo real, aunque no lo investiga en sus relaciones causales próximas sino en sus razones últimas. Se presenta como una interpretación de aquel hacer humano llevada hasta sus más profundas raíces; considera por qué debe ser y cómo debe ser el hombre para que se realice plenamente.

---

<sup>127</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 40, p. 133.

<sup>128</sup> Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, 12ª. Ed. México, Porrúa, 2008, pp. 134-135.

La Filosofía del Derecho comprende la investigación de las causas últimas, de las razones más elevadas, de los primeros principios del Derecho. Comprende la total realidad de lo jurídico: ya sea positivo, natural, o cualquier otra ideología marcada en la historia.<sup>129</sup>

Por ARTE se entiende la actividad práctica del hombre que tiende a la producción de lo bello. Es toda actividad práctica humana que implica elecciones valoradas en función del perfeccionamiento del hombre integral. Es una búsqueda valorada de la mejor solución posible. Son requisitos del Arte: el conocimiento teórico de los principios y posibilidades científicas aplicables al caso; el talento que permite valorar cada medio posible en función del medio propuesto; y la prudencia en el seleccionar los medios de acuerdo con el fin y las circunstancias.<sup>130</sup>

El arte en el Derecho se presenta cuando se requiere construir una técnica no sólo para formular las reglas de Derecho de acuerdo con los datos ontológicos tomados de las necesidades y posibilidades de una sociedad determinada (técnica legislativa) sino también para asegurar la aplicación de estas reglas (técnica administrativa, judicial o jurisprudencial).<sup>131</sup>

La TÉCNICA es la actividad humana que aplica los conocimientos científicos en la realización práctica de un fin determinado. Sólo el técnico conocedor de los métodos será capaz de realizar la idea artística. El técnico, efectúa la elección de métodos de trabajo pero no de fines; tiene un conocimiento mínimo de la realidad; observar las condiciones de la realidad concreta, ya que es en esta donde se realiza la ejecución de la técnica; y de su habilidad y destreza dependerá la calidad.

---

<sup>129</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 40, pp. 133 y 134.  
Preciado Hernández, Rafael, *op., cit.*, nota 128, pp. 12-14.

<sup>130</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 40, pp. 135.

<sup>131</sup> Preciado Hernández, Rafael, *op., cit.*, nota 128, p. 135.

La Ciencia del Derecho es el conjunto sistemático y metódico de conocimientos fundados del Derecho por sus causas; el Arte del Derecho, es la actividad práctica del jurista que elige, de acuerdo con los datos de la Ciencia del Derecho, las normas que valora como más justas ante unas circunstancias determinadas. El Arte del Derecho implica: el conocimiento científico de las experiencias jurídicas históricas que se han dado en casos semejantes; el conocimiento científico del sistema del Derecho positivo vigente; el criterio jurídico para valorar en función de la Justicia las diversas normas que podrían formularse; y la prudencia en la selección de las normas concretas del caso.

Es posible que se confunda la Técnica del Derecho con el Arte del Derecho. La Técnica, es la disciplina que proporciona las reglas necesarias para la realización práctica del Derecho; al Arte y a la Filosofía del Derecho les corresponde la justificación de las disposiciones jurídicas; esto es, la Filosofía examina la rectitud de las valoraciones; el Arte el buen funcionamiento de éstas en la solución escogida. La Técnica verifica y realiza el funcionamiento práctico de las soluciones escogidas por el Arte.

El Arte se interesa por la esencia del Derecho, a la Técnica por su exposición y su realización; para ello, elabora un lenguaje jurídico, que responde a fines utilitarios prácticos, al evitar confusiones, precisar ideas, distinguir situaciones. El técnico, no hace más que revertir las decisiones artísticas con un lenguaje apropiado y precisarlas para hacer posible su aplicación. El Arte precede a la Ciencia: el instinto es anterior al conocimiento; el Arte se concilia con el presentimiento, con el sentimiento puro o instinto, mientras que la Ciencia no comienza sino con el consentimiento reflexivo.

Cualquier trabajo de organización por leve que sea entra en la esfera de la construcción jurídica; es una operación de arte que crea, inventa y organiza, de una cuestión de talento e instinto. El Arte del Derecho tiende a la construcción del

contenido de las normas jurídicas; la Técnica, a la formulación externa y aplicación de ese contenido.<sup>132</sup>

#### 4. EL DERECHO Y LAS ARTES.

Las revoluciones artísticas y científicas se han producido con el trabajo de todo tipo de cerebros: científicos, poetas, músicos, filósofos, escritores.<sup>133</sup> El arte presupone el ser corporal y espiritual del hombre. Y como toda expresión de la vida espiritual humana puede ser concebida como una especie de lenguaje. Se puede hablar de un lenguaje de la música y de la escultura, de una lengua de la jurisprudencia.<sup>134</sup>

En un tiempo muy distinto del nuestro, y por hombres cuyo poder de acción sobre las cosas era insignificante comparado con el que nosotros poseemos, fueron instituidas nuestras Bellas Artes y fijados sus tipos y usos. Pero el acrecentamiento sorprendente de nuestros medios, la flexibilidad y la precisión que éstos alcanzan, las ideas y costumbres que introducen, nos aseguran respecto de cambios próximos y profundos en la antigua industria de lo Bello. En todas las artes hay una parte física que no puede ser tratada como antaño, que no puede sustraerse a la acometividad del conocimiento y la fuerza modernos. Ni la materia, ni el espacio, ni el tiempo son, desde hace veinte años, lo que han venido siendo desde siempre. Es preciso contar con que novedades tan grandes transformen toda la técnica de las artes y operen por tanto sobre la inventiva, llegando quizás hasta a modificar de una manera maravillosa la noción misma del arte.<sup>135</sup>

Las obras artísticas tuvieron en un principio una función ritual, mágica o religiosa; posteriormente ornamental, y finalmente estético, social, mercantil, pedagógico, entre otros. Sin embargo, las historias de las grandes obras de arte brotan de las fuentes de la vida, se han formado durante la vida del artista.<sup>136</sup>

---

<sup>132</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 40, pp. 227-230.

<sup>133</sup> Koninck de, Thomas, *op. cit.*, nota 7, p. 69

<sup>134</sup> Benjamín, Walter, *Conceptos de filosofía de la historia*, Argentina, Terramar, p.77, 91.

<sup>135</sup> Paul Valéry, citado por Benjamín, Walter, *Ibidem*, p. 147.

<sup>136</sup> Benjamín, Walter, *op. cit.*, nota 134, p. 79, 155.

Imágenes teníamos desde hace largo tiempo: la piedad necesito de ellas muy temprano para sus devociones, pero no precisaba de imagines bellas, que en este caso eran incluso perturbadoras. En una imagen bella hay también un elemento exterior presente, pero en tanto que es bella su espíritu habla al hombre; y en la devoción es esencial la relación para con una cosa, ya que se trata no más que de un enmohecimiento del alma.<sup>137</sup>

A través de la pintura, escultura, literatura, arquitectura, música, danza, cine; se expresa la forma de vida de los pueblos, y gracias a las artes hoy se conoce la Historia y por ende la Historia del Derecho. Por ello se dice que el resumen de la historia de la humanidad es el arte, pues a través de sus formas, elementos, líneas, trazos, claroscuros o contraposiciones se refleja la naturaleza, las emociones o edificaciones de las civilizaciones. Con datos aislados, en muchos casos sin contextos, se ha intentado reconstruir, los aspectos más importantes de la civilización: dioses mitológicos, guerras, reyes, pensadores, el culto a los muertos; o bien, el actuar cotidiano del ser humano, sus inquietudes, intereses o afanes. Todo esto, hoy en día permite conocer desde los utensilios más simples hasta la normatividad más compleja de aquellos pueblos.

El arte nunca es un reflejo mecánico de las condiciones positivas o negativas del mundo, sino más bien la ilusión exacerbada, el espejo hiperbólico de éstas. En un mundo condenado a la indiferencia, lo único que puede hacer el arte es “añadir” a esa indiferencia, girar en torno al vacío de la imagen, del objeto que ya no es un objeto... El arte en general vendría a ser el metalenguaje de la banalidad... No hay que añadir lo mismo a lo mismo y seguir en eso; eso es la simulación pobre. Hay que arrancar lo mismo de lo mismo; es necesario que cada imagen le quite a la realidad del mundo, le arranque a la realidad del mundo, y es necesario que en cada imagen algo desaparezca, pero también es necesario que esta desaparición siga viva: ahí está justamente el secreto del arte y de la seducción.

Las imágenes han pasado a formar parte de las cosas; las imágenes ya no son el espejo de la realidad sino que más bien están en su centro y la han transformado. Entonces la imagen no tiene otro destino que la propia imagen, y por tanto la imagen ya no puede imaginar lo real porque se ha vuelto ella misma real. Ya no puede transfigurarlo, ya no puede soñarlo, porque la imagen se ha convertido en la realidad virtual, y en la realidad virtual pareciera que las cosas se han tragado sus espejos, de alguna

---

<sup>137</sup> Hegel, citado por Benjamín, Walter, *Ibidem*, p. 157

manera, y al tragarse sus espejos, las cosas se han vuelto transparentes a sí mismas: ya no tienen secretos y ya no pueden crear la ilusión. Ya no hay sino transparencia, y todas las cosas son convertidas entonces en visibilidad total, o virtualidad o transcripción inmisericorde; las cosas se inscriben en las pantallas –el arte mismo, de cierta manera, se ha convertido en pantalla de las que la imagen ha desaparecido–.<sup>138</sup>

Lo que los hombres han hecho, puede ser imitado por otros hombres, por ello, la obra de arte ha sido susceptible de reproducción. Sin embargo, en la reproducción mejor acabada falta algo: “El aura”, esto es, el aquí y ahora de la obra de arte, su existencia irrepetible en el lugar en que se encuentra. El aquí y ahora del original constituye el concepto de su autenticidad. La autenticidad de una cosa es la cifra de todo lo que desde el origen puede transmitirse en ella desde su duración material hasta su testificación histórica.<sup>139</sup> Las extravagancias y crudezas del arte, que se producen sobre todo en los llamados tiempos decadentes, provienen en realidad de su centro virtual histórico más rico.<sup>140</sup>

La guerra es bella, porque, gracias a las mascararas de gas, al terrorífico megáfono, a los lanzallamas y a las tanquetas, funda la soberanía del hombre sobre la maquina subyugada. La guerra es bella, porque inaugura el sueño de la metalización del cuerpo humano. La guerra es bella, ya que enriquece las praderas florecidas con las orquídeas de fuego de las ametralladoras. La guerra es bella, ya que reúne en una sinfonía los tiroteos, los cañonazos, los altos el fuego, los perfumes y olores de la

---

<sup>138</sup> ...El arte es en su forma antropológica un efecto engañoso, y la pintura, en lugar de ser una versión expresiva o más o menos verídica del mundo, consiste en inventar señuelos, en inventar objetos-señuelo donde la realidad del mundo sea lo bastante ingenua como para dejarse coger, así como la teoría no consiste en tener ideas (todo el mundo tiene ideas y hasta hay demasiadas) y por tanto en coquetear con la verdad... Las culturas modernas, ya no creemos en esa ilusión del mundo, sino en su realidad, porque, desde luego, esa es la última ilusión. Y hemos optado por reparar los estragos de esa ilusión con la forma cultivada, dócil, del simulacro, la simulación, que es la forma estética. Esta forma estética tiene una historia, pero la ilusión radical no tiene historia. Y la forma estética, por tener una historia, tiene también un sólo tiempo, y sin duda presenciamos ahora el desvanecimiento de esa forma histórica, estética, del simulacro, en aras quizá de una escena primitiva de la ilusión, donde tal vez hallemos algo del ritual, de la fantasmagoría inhumana de las culturas anteriores a la muestra. Baudrillard, Jean, *La ilusión y desilusión estética*, 2000, (Conferencia). .

<sup>139</sup> El aura...es la manifestación irrepetible de una lejanía: Descansar en un atardecer de verano y seguir con la mirada una cordillera en el horizonte o una rama que arroja su sombra sobre el que reposa, eso es aspirar el aura de esas montañas, de esa rama. Benjamín, Walter, *op. cit.*, nota 134, p 153.

<sup>140</sup> Benjamín, Walter, *op. cit.*, nota 134, pp. 173 y 174.

descomposición. La guerra es bella, ya que crea arquitecturas nuevas como la de los tanques, la de las escuadrillas formadas geométricamente, la de las espirales de humo en las haldeas incendiadas y muchas otras... ¡Poetas y artistas futuristas... acordaos de estos principios fundamentales de una estética de la guerra para que iluminen vuestro combate por una nueva poesía, por unas artes plásticas nuevas!<sup>141</sup>

El Derecho puede servirse del arte y el arte puede utilizar al Derecho. Como todo fenómeno cultural, necesita el Derecho de medios corpóreos para su expresión: lenguaje, símbolos, edificios. De igual modo que cualquier otro medio corpóreo expresivo, está sometida también la expresión corpórea del Derecho a juicios de valor estéticos. Y como todo otro fenómeno puede ser también el Derecho materia del arte, penetrando en el dominio de la valoración estética.

El atractivo del Derecho como materia de arte, resulta de la multiplicidad de antítesis que en él residen: oposición entre ser y deber ser, entre Derecho positivo y natural, legítimo y revolucionario, libertad y orden, justicia y equidad. Las formas artísticas, cuya esencia consiste en la representación de lo antitético, especialmente el drama, se adueña del Derecho.

El Derecho Positivo en el arte aparece, o como el destino fatal contra el que el individuo se estrella, o como el poder duro contra el que se erige la bandera rebelde de una justicia superior, o simplemente como la rutina burocrática, de la que suele ser materia de innumerables parodias.<sup>142</sup>

Como concepto, el Derecho puede expresarse de distintas formas: bajo la perspectiva jurídica (positivista) como conjunto de normas coactivas. A través del arte, en pinturas como “Crimen del Castillo”, “El Canibalismo” “Los Desastres de la Guerra” de Francisco de Goya; “La matanza de Quíos” “La muerte de Sardanápalo”, “La libertad guiando al pueblo” de Eugene Delacroix; “El asesinato” de Paul Cézanne; “Sueños de una tarde dominical” mural de Diego Rivera; “La lucha por la liberación de México” de Orozco; “Del Porfirismo a la Revolución” de

---

<sup>141</sup> Marinetti, citado por Benamín, Walter, *Ibidem*, p. 181.

<sup>142</sup> Radbruch, Gustav, *op. cit.*, nota 91, pp. 195-199.

Siqueiros. En innumerables obras literarias como “Antígona” de Sófocles, “La lucha por el Derecho” de Ihering, “El hombre en busca del sentido” de Viktor Frankl, “El manifiesto futurista” de Marinetti. En la música en el “Himno Nacional Mexicano”. Sin olvidar que es el tema predilecto del cine, desde “El juicio de Nuremberg” hasta “El Padrino”. Lo cierto es que aparece en todo tipo de leyendas y mitologías que documentan cierta parte de la realidad de las distintas culturas a lo largo del tiempo.

... Hoy, el arte está realizado en todas partes. Está en los museos, está en las galerías, pero está también en la banalidad de los objetos cotidianos; está en las paredes, está en la calle, como es bien sabido; está en la banalidad hoy sacralizada y estatizada de todas las cosas, aun en los detritos, desde luego, sobre todo en los detritos.<sup>143</sup>

El Derecho como realidad social no sólo se establece como ideología y ciencia jurídica sino como arte. Lo decía Ulpiano al referirse al Derecho como un arte, al calificarlo como “El arte de lo bueno y de lo equitativo”, en otras palabras, el Derecho es el arte de la justicia.

El nexo más profundo entre el Derecho y las artes se producen a través de la literatura; sin embargo, también han existido a lo largo de los siglos con la música, sobre todo con los himnos nacionales, que con frecuencia hacen alusión a valores de justicia; las artes plásticas y recientemente la cinematografía; pero ninguno como el que se registra a través del lenguaje de la palabra; compartido por la literatura y el Derecho. Como ejemplo: los sabios consejos que Don Quijote transmitió a Sancho, y de paso a legisladores, gobernantes y abogados:<sup>144</sup>

No hagas muchas pragmáticas (leyes), y si las hicieres, procura que sean buenas y, sobre todo, que se guarden y se cumplan; que las pragmáticas que no se guardan, lo mismo es como si no fuesen; antes dan a entender que el príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlas no tuvo valor para hacer que se guardasen; y las leyes que atemorizan y no se ejecutan

---

<sup>143</sup> Baudrillard, Jean, *op. cit.*, nota 138.

<sup>144</sup> Valadés, Diego, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, UNAM, Academia Mexicana de la Lengua, 2005, p. 21-34.



vienen a ser como la viga, rey: que al principio las espantó y con el tiempo las menospreciaron y se subieron sobre ella.

Las creaciones literarias son frecuentemente las preocupaciones asociadas a la justicia, a la equidad, a la libertad, al ejercicio del poder, a las funciones judiciales y legislativas; que de una manera, están relacionadas con el Derecho. Los asuntos literarios de relación jurídica, se denominan “microderecho” al tratar temas de delincuencia, corrupción, enriquecimiento y medios de comunicación; y “macroderecho”, al referir temas de sistemas políticos, libertades públicas.

El Derecho es un fenómeno cultural. La cultura jurídica es una de las claves para que el gobernante sea más recatado y el gobernado menos encogido. Sin cultura jurídica unos atropellan, aún sin quererlo, y otros son atropellados, incluso sin saberlo. Como fenómeno cultural, el Derecho es tan estable o tan dinámico como la lengua a través de la cual se expresa. Hay instituciones que perduran, otras que evolucionan, unas mas que se transforman y numerosas que van resultando de nuevas realidades.<sup>145</sup>

---

<sup>145</sup> *Ídem.*

## CAPÍTULO II. FICCIÓN JURÍDICA

1. FICCIÓN Y FICCIÓN JURÍDICA.
  - 1.1. Filología y Concepto de Ficción Jurídica.
  - 1.2. Elementos de la Ficción Jurídica.
2. CLASIFICACIÓN DE LAS FICCIONES JURÍDICAS.
  - 2.1. Legislativa: Terminológica y Normativa; y Jurisprudencial.
  - 2.2. Tipificadoras y Equiparadas.
  - 2.3. Vivas y Muertas.
  - 2.4. Creativas, Dogmáticas y Teóricas.
  - 2.5. Biológicas, Sociológicas, Técnicas, Científicas y Filosóficas.
  - 2.6. Por su trascendencia en la práctica jurídica.
3. EL QUÉ Y EL PORQUÉ DE LAS FICCIONES JURÍDICAS.
4. SUPUESTOS DE LA FICCIÓN JURÍDICA.
5. EL DERECHO COMO REALIDAD JURÍDICA.

### 1. FICCIÓN Y FICCIÓN JURÍDICA.

El ser humano vive y requiere de ficciones para vivir: Dios, fe, alma, karma, instinto, vida, destino, amor, esperanza; es el impulso o fuerza vital que el hombre puede encontrar, basado en su dimensión espiritual.<sup>146</sup>

Quien busca en la ficción lo que no tiene, dice, sin necesidad de decirlo, ni siquiera saberlo, que la vida tal como es no nos basta para colmar nuestra sed de absoluto, fundamento de la condición humana, y que debería ser mejor. Inventamos las ficciones para poder vivir de alguna manera las muchas vidas que quisiéramos tener cuando apenas disponemos de una sola... Sin las ficciones seríamos menos conscientes de la importancia de la libertad para que la vida sea vivible y del infierno en que se convierte cuando es conculcada por un tirano, una ideología o una religión. Quienes

---

<sup>146</sup> Bergson, trata de mostrar que existe un conocimiento más profundo y de mayor importancia vital que el conocimiento obtenido mediante los métodos de las ciencias. Este conocimiento es el conocimiento intuitivo... Por el instinto puro vivimos; por la inteligencia pura estudiamos las ciencias; por la intuición llegamos al corazón de la realidad de la metafísica: estudio de las condiciones de posibilidad de la vida espiritual. Bergson, citado por Xirau, Ramón, *op. cit.* nota 1, p.405.

dudan de que la literatura, además de sumirnos en el sueño de la belleza y la felicidad, nos alerta contra toda forma de opresión, pregúntense por qué todos los regímenes empeñados en controlar la conducta de los ciudadanos de la cuna a la tumba, la temen tanto que establecen sistemas de censura para reprimirla y vigilan con tanta suspicacia a los escritores independientes. Lo hacen porque saben el riesgo que corren dejando que la imaginación discurra por los libros, lo sediciosas que se vuelven las ficciones cuando el lector coteja la libertad que las hace posibles y que en ellas se ejerce, con el oscurantismo y el miedo que lo acechan en el mundo real. Lo quieran o no, lo sepan o no, los fabuladores, al inventar historias, propagan la insatisfacción, mostrando que el mundo está mal hecho, que la vida de la fantasía es más rica que la de la rutina cotidiana. Esa comprobación, si echa raíces en la sensibilidad y la conciencia, vuelve a los ciudadanos más difíciles de manipular, de aceptar las mentiras de quienes quisieran hacerles creer que, entre barrotes, inquisidores y carceleros viven más seguros y mejor...De la caverna al rascacielos, del garrote a las armas de destrucción masiva, de la vida tautológica de la tribu a la era de la globalización, las ficciones de la literatura han multiplicado las experiencias humanas, impidiendo que hombres y mujeres sucumbamos al letargo, al ensimismamiento, a la resignación. Nada ha sembrado tanto la inquietud, removido tanto la imaginación y los deseos, como esa vida de mentiras que añadimos a la que tenemos gracias a la literatura para protagonizar las grandes aventuras, las grandes pasiones, que la vida verdadera nunca nos dará. Las mentiras de la literatura se vuelven verdades a través de nosotros, los lectores transformados, contaminados de anhelos y, por culpa de la ficción, en permanente entredicho con la mediocre realidad. Hechicería que, al ilusionarnos con tener lo que no tenemos, ser lo que no somos, acceder a esa imposible existencia donde, como dioses paganos, nos sentimos terrenales y eternos a la vez, la literatura introduce en nuestros espíritus la inconformidad y la rebeldía, que están detrás de todas las hazañas que han contribuido a disminuir la violencia en las relaciones humanas. A disminuir la violencia, no a acabar con ella. Porque la nuestra será siempre, por fortuna, una historia inconclusa. Por eso tenemos que seguir soñando, leyendo y escribiendo, la más eficaz manera que hayamos encontrado de aliviar nuestra condición perecedera, de derrotar a la carcoma del tiempo y de convertir en posible lo imposible.<sup>147</sup>

En la vida, el ser humano pasa de un estado a otro. Tiene calor o frío, está alegre o está triste, trabaja o no hace nada, mira lo que le rodea o piensa en otra cosa. Sensaciones, sentimientos, representaciones, son las modificaciones entre las

---

<sup>147</sup> Vargas Llosa, Mario, *Elogio de la lectura y la ficción*, Discurso Nobel, Estocolmo, 2010.

que se reparte la existencia y que la colorean alternativamente. Cambio sin cesar. El cambio es más radical de lo que en primer lugar se creería.<sup>148</sup>

La imagen científica del mundo es deficiente; proporciona una gran cantidad de información sobre hechos, reduce toda experiencia a un orden consciente, pero guarda silencio sobre aspectos que importan: el corazón. No es capaz de decir lo que significa que algo sea rojo o azul, amargo o dulce, físicamente doloroso o placentero; no sabe nada de lo bello o de lo feo, de lo bueno o de lo malo, de Dios y la eternidad. El ser humano no siente pertenecer al mundo material construido por la ciencia. No está en él; esta fuera de él. Es sólo espectador. Si cree que está en él, es porque forma parte de la imagen, porque su cuerpo están en ella. El cuerpo forma parte de ella. Induce a imaginar que todo el dispositivo de la realidad es semejante a una maquinaria mecánica de relojería que, hasta donde la ciencia alcanza a saber, podría continuar funcionando indefinidamente de igual forma, sin que exista en ella conciencia, voluntad, esfuerzo, dolor y placer, ni la responsabilidad conectada con todo ello, aunque realmente existan. La ciencia es incapaz de explicar porqué la música deleita y por qué y cómo una antigua canción hace que salten las lágrimas. En este último caso, la ciencia descubre lo que sucede en el aparato sensorio y motor desde el momento en que la sondas sonoras llegan al oído hasta el momento en que ciertas glándulas segregan un líquido salino que brota de los ojos. Pero de los sentimientos de placeres tristeza que acompañan a todo ese proceso la ciencia no sabe absolutamente nada. Por lo general la ciencia se proclama atea; si su imagen del mundo no contiene, lo azul, lo amarillo, lo amargo, lo dulce, ni la belleza, el placer o la pena, cómo podría contener la idea más sublime que puede concebir la mente humana: Dios.<sup>149</sup>

Sin embargo, “allí afuera” efectivamente no hay luz ni color, sólo existen ondas electromagnéticas; no hay sonido ni música, sólo fluctuaciones periódicas de la presión del aire; no hay ni calor ni frío, sólo moléculas que se mueven con mayor o menor energía cinética media, y demás. Finalmente, no hay con toda seguridad dolor.<sup>150</sup>

El amor es una energía de increíble poder y fuerza. Todos estamos hechos de esa energía. El amor es algo absoluto. El amor no termina nunca, no se detiene nunca. La forma más pura es el amor incondicional, el que no

---

<sup>148</sup> Bergson, citado por Xirau, Ramón, *op. cit.* nota 1, p.417.

<sup>149</sup> Schrödinger, Erwin, y otros, *Cuestiones cuánticas*, 10ª Ed. México, Kairos, 2007, pp. 126-131.

<sup>150</sup> Von Foerster, Heinz, *op.cit.*, nota 5, p. 38.

espera nada a cambio. Escuchemos nuestras intuiciones y no dejemos que nuestros miedos influyan en los murmullos de nuestro corazón. Vivamos la libertad de amar sin reprimarnos, sin reservas, sin condiciones. No tengamos miedo. Somos inmortales, espíritus eternos, y somos siempre amados. De hecho, somos amor.<sup>151</sup>

Con las ficciones se crea una realidad infinita, de calor o frío, de luz o sombra, de amor u odio, de dolor o placer, de justicia o injusticia, de Derecho o ilegalidad. La vida, el cuerpo, la salud, la felicidad, la satisfacción de necesidades, de encontrar todo lo que uno es y todo lo que uno puede ser, hasta lo más íntimo: la conciencia, todo es un “Derecho” (Foucault). Pero, ¿Qué se ha hecho para que los seres humanos necesiten Derechos Humanos? ¿Qué se ha hecho para que los niños, los animales, el medio ambiente, etcétera, necesiten derechos? Entonces el tema no son los derechos, sino lo que se ha hecho para que se necesiten esos derechos. Los Derechos Humanos surgen de un vivir que ha estado negando lo que se quiere preservar a través de estos derechos.<sup>152</sup>

Jesús cuando genera la nueva ley, abandona el pacto de la obediencia y desarrolla el pacto del amar. Eso es lo que lo separa del sacerdocio, porque habla de una forma particular de relacionarse fundada en el amar. Toda su enseñanza tiene que ver con el amar y en ese sentido Jesús es un ser único en la historia. Todas las religiones están basadas en la obediencia, en la ley, en el dogma, en los procedimientos, en el sufrimiento, en la compasión; pero lo de Jesús es distinto ya que está basado en el amar. Eso se advierte en los relatos en que habla de la fe que, es confianza y la confianza es el acto de aceptar la legitimidad de las circunstancias del otro y la propia. El pecador que confía en su fe, se salva. Cuando Jesús dice estas cosas está dentro de la norma, de la ley; pero él rompe con el sacerdocio, rompe con la ley, Pablo es quien reintroduce la ley. ¿Por qué? Porque Jesús está hablando de algo que es más fundamental que la obediencia, que el temor a dios, busca identificar el Padre con el amar. Después, son sus seguidores quienes reintroducen la norma y hay conflicto en el cristianismo sobre si se debe tener una ley, una norma, o sacerdocio; en circunstancias que el único elemento central es el amor. Esto es tan básico que lo trastoca todo.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> Weiss, Brian, *Sólo el amor es real*, Edición electrónica.

<sup>152</sup> Maturana, Humberto, *Biología del amor y educación*, Revista Ecovisiones, Chile.

<sup>153</sup> *Ídem*.

## 1.1. FILOLOGÍA Y CONCEPTO DE FICCIÓN JURÍDICA.

Etimológicamente el término ficticio significa:

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

Raíz que proviene del lenguaje indoeuropeo “*dhigh-ura*”, vocablo perteneciente a la misma familia lingüística de la palabra figura, que significa a lo que se le da forma, en particular en esa lengua dar forma a la arcilla.<sup>154</sup>

Esta creación humana llamada “Derecho” surge de una ficción y se establece como una realidad; el Derecho recoge valores y hechos del grupo, los adapta en un lugar y en un tiempo determinado, y dado que es flexible se mantiene.

Las ficciones son en última instancia medios auxiliares (técnicas de argumentación) para la fundamentación de las decisiones de la justicia. Frente a eso, las teorías jurídicas de las ficciones son intentos problemáticos de reflejar en el marco de la teoría del Derecho los actores sociales y los roles de la justicia en sociedades diferenciadas. Las ficciones jurídicas en la jurisprudencia son suposiciones de hecho que no se dan notoriamente, por medio de los cuales se puede deducir las consecuencias legales deseadas... son suposiciones de alcance y efecto limitado, necesarias para las posibilidades de juzgamiento deseadas y apoyadas también por el legislador... regulan normativamente las correspondientes interacciones sociales y las impone en la sociedad... contribuyen a la creación de la realidad social.<sup>155</sup>

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

---

<sup>154</sup> Gómez de Silva, Guido, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, 2ª Ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2009, pp. 300 y 301.

<sup>155</sup> Heji, Peter M, “Ficción y construcción de la realidad. La diferencia entre ficciones en el derecho y en la literatura.”, en Watzlawick, Paul y Peter Krieg (comp.) *op. cit.* nota 9, pp. 97 y 98.

SAVIGNY se refiere a las ficciones jurídicas con relación a las personas morales, señala que varias personas se agrupan para la obtención de un fin que reviste interés general y permanente:

Parte esta teoría de la consideración de que solamente el hombre naturalmente puede ejercitar el señorío de su voluntad, pues sólo él la posee, de tal suerte que sólo él es verdaderamente titular de los derechos subjetivos. Ocurre, sin embargo, que existen supuestos institucionales que precisan de particular consideración: son los casos en que varias personas se agrupan para la consecución de un fin que reviste interés general y además tiene visos de permanencia, y aquellos casos en los cuales un conjunto de bienes quedan afectados a la consecución de un fin que también es de interés general y permanente... En atención al carácter de interés general y de permanencia del fin así perseguido, el Estado puede otorgar a tales supuestos personalidad jurídica.<sup>156</sup>

Para IHERING la ficción jurídica es una solución científicamente imperfecta de un problema, es una mentira técnica consagrada por la necesidad, es un auxiliar de la Ciencia Jurídica; por ello, señala que:

El acto aparente, no persigue más que un fin puramente técnico, el de obtener un resultado aprobado por el Derecho mismo o el medio de una aplicación un tanto forzada de los medios existentes; es una mentira jurídica consagrada por la necesidad, así, la ficción jurídica esquivada las dificultades en lugar de resolverlas, y no es más que la solución científicamente imperfecta de un problema, y merece como el acto aparente, ser llamada una mentira técnica consagrada por la necesidad... Se atribuye a los actos aparentes un origen histórico que creo falso; la ficción como el acto aparente, surgieron desde luego en el terreno del culto religioso y del Derecho eclesiástico, y de ellos fue transportado al dominio del Derecho profano. Los actos aparentes y las ficciones se manifiestan en una y otra parte, sin que nada pruebe que hayan aparecido en una rama del Derecho más bien que en otra; son formas particulares de progreso de una determinada época de la civilización. Las ficciones no son más que auxiliares, y se han tenido acierto en compararlas a las muletas que la ciencia debía arrojar; nada más cierto si la ciencia puede avanzar si tiene para ello recursos.<sup>157</sup>

---

<sup>156</sup> Savigny, citado por Capilla Roncero, Francisco, *La persona jurídica, función y disfunción*, España, Tecnos, 1984, p. 44.

<sup>157</sup> Lorca Navarrete, José Francisco, *El derecho natural, hoy a propósito de las ficciones jurídicas*, España, Pirámide, 1978, pp. 88 y 89.

La ficción jurídica para HANS VAHINGER creador de la filosofía del *Als Ob* (como si), penetra al campo de la filosofía y de la ciencia en general a través de la aplicación de dicha fórmula lógica, al explicar las bases de toda ciencia “como si” en realidad existieran.<sup>158</sup> La ficción tiene como objetivo conocer la realidad a través de la falsificación, contradicción, artificio, rodeo y punto de tránsito del pensamiento. Así, para lo que sirve la ficción es para el conocimiento de la realidad;<sup>159</sup> y señala que:

La ficción jurídica sólo puede ser una afirmación ficticia de Derecho, no una afirmación ficticia de hechos. (Donde) estos conceptos ficticios quedan abolidos por la historia o vuelven a ser suprimidos por la lógica.<sup>160</sup>

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

En la *praesumptio*, se hace una suposición hasta que no se demuestre lo contrario. La *fictio*, en cambio, es la aceptación de un enunciado o de un hecho, a pesar de que lo contrario sea seguro.<sup>161</sup>

Posteriormente señala:

El juez no puede extender o restringir arbitrariamente las normas; en otras palabras: no puede enlazar un hecho cualquiera con un efecto jurídico cualquiera. Por consiguiente, si quiere subsumir un hecho bajo una norma jurídica que no abarca en este caso, cabe pensar que estamos en presencia de una ficción: el caso debe considerarse “como si” cayera bajo la norma jurídica.<sup>162</sup>

HANS KELSEN se refiere a las ficciones jurídicas al explicar a los portadores de derechos y obligaciones de los entes con personalidad artificial o no real, como asociaciones, sociedades, municipios y Estado, construida por la ciencia del

---

<sup>158</sup> *Ibidem*, pp. 89-97.

<sup>159</sup> Mendonça, Daniel y Schmill, Ulises, *Ficciones jurídicas, Kelsen, Fuller, Ross*, México, Fontamara 2006, p 25.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 42.



Derecho, que se contrapone a la persona física como persona natural, al señalar que:

La teoría tradicional identifica el concepto de sujeto de derechos con el de persona. Define: persona es el hombre en cuanto sujeto de derechos y obligaciones. Pero como no solo los hombres, sino también otros entes – como ciertos grupos: asociaciones, sociedades anónimas por acciones, municipio y Estado– pueden ser representados como personas, se define el concepto de persona como el de “portador” de derechos subjetivos y obligaciones jurídicas, donde portador puede ser no sólo el hombre, sino también esos otros entes. El concepto de un “portador” de derechos y obligaciones jurídicas desempeña un papel decisivo en la teoría tradicional de la personalidad jurídica. Si el hombre es el portador de los derechos y obligaciones que interesan, se habla de una persona física; si son esos otros entes los portadores de los derechos se habla de personas jurídicas. Se contrapone así la persona física, como una persona “natural”, a la persona jurídica, que sería una personalidad “artificial”, constituida por la ciencia del derecho, como no “real”... Un análisis más minucioso demuestra que también la llamada persona física es una construcción artificial de la ciencia del derecho.<sup>163</sup>

OSCAR CORREAS refiere que las ficciones jurídicas son ideologías, discurso; que las ficciones de contenido jurídico, consisten en que se puede “actuar como si” ciertas realidades existieran:

Las ficciones son discursos; fenómenos lingüísticos, como suele decirse no sin abuso del lenguaje, porque el discurso no puede ser fenómeno, si esto último sigue siendo lo que siempre fue: lo que aparece a la experiencia sensible. Las ficciones, en tanto discurso, no aparecen, por cierto, a nuestra sensibilidad; no son *empírica*. Son lo contrario: ideología. Consisten en discursos con los cuales se consigue llegar “más allá” de la información de que disponemos. El espíritu humano es incapaz de conformarse con las pocas certezas alcanzadas; y, por otra parte, tiene la capacidad de inventar ideas que significan saltos enormes por encima de la realidad. Para bien y para mal; para el arte y para el ejercicio del poder. Las ficciones de contenido político, como las jurídicas, consisten en que se puede “actuar como si” ciertas realidades existieran.<sup>164</sup>

El término “ficción” alude a cierto tipo de enunciados y usa, explícito o implícito, la expresión “como si” o expresión equivalente traducible al “como si” sin perder el

---

<sup>163</sup> Hans, Kelsen, *op. cit.*, nota 96, p.182.

<sup>164</sup> Correas, Oscar, *Introducción a la sociología jurídica*, 2ª. Ed., México, Fontamara, 2000, p.237.

significado. Desde este punto de vista, los sistemas jurídicos contemporáneos siguen siendo ricos en ficciones, pues contienen frecuentemente expresiones como: “A se considera B”, “A se reputa B”, “A es como B”, “A se tiene por B” o “A se entiende como si fuera B”, entre otras. Desde luego, la manera de formular las ficciones es muy variada y dependen, en gran medida, de la técnica legislativa adoptada y del vocabulario elegido para la formulación del Derecho.<sup>165</sup> Esto hace en ocasiones, difícil identificar una ficción o distinguirla de otro tipo de disposiciones.

El procedimiento de la ficción jurídica es considerado, como una potente herramienta para transformar la realidad; el procedimiento consiste en alterar los hechos, en declarar otros a los que verdaderamente eran, y sacar de esa alteración las consecuencias de Derecho que le hubieran sido adjuntadas a la verdad así disimulada, como si ella hubiera sido la verdad. Pues la realidad resiste y no se le podía subvenir de otra manera que sobre el modo de lo irreal: “*Lex non potest facere veritatem, nisi per fictionem*” (La ley no puede cambiar la realidad, sino a través de la ficción).<sup>166</sup>

El “como si” resulta ser la fórmula idónea, en muchos casos de localizar una ficción en la legislación mexicana, pues a través de esta frase se toma un precepto, para producir las consecuencias jurídicas deseadas.

NICOLA ABBAGNANO en su Diccionario de Filosofía define “como si”:

Expresión que se halla frecuentemente en las obras de Kant, para indicar el carácter hipotético o simplemente regulador de determinadas afirmaciones. El “como si” Kantiano no es una mera ficción es simplemente la interpretación en términos de operaciones o de comportamientos de proposiciones cuyo sentido literal y metafísico queda fuera de la confrontación y de la confirmación, por lo tanto inexistente. Hans Vaihinger en su filosofía del “como si” lo interpreta como ficción, todos los conceptos y las categorías, los principios y las hipótesis de que se vale la ciencia y la filosofía; son ficciones privadas de validez teórica a menudo íntimamente

---

<sup>165</sup> Mendoça, Daniel y Schmill, Ulises, *op. cit.*, nota 159, p. 7.

<sup>166</sup> *Ibidem*, pp. 8 y 9.

contradictorias, que son aceptadas y mantenidas sólo en función de su utilidad. Paul Natorp restringió el “como si” al dominio del arte que representaría las cosas como debían ser a “como si” lo que deben ser también en realidad.<sup>167</sup>

Este mismo autor define a la ficción como:

Ficción: una filosofía de la ficción o ficcionalismo es la filosofía del “como si” de Vaihinger, que se propone demostrar que todos los conceptos, las categorías, los principios y las hipótesis del que se vale el saber común, las ciencias y la filosofía, son privadas de toda validez teórica a menudo íntimamente contradictorias que son aceptadas y mantenidas sólo en cuanto resultan útiles. Vaihinger, considera que esta no es una situación patológica sino normal y que la única alternativa que deja es la de un uso informado y astuto de las ficciones como tales. Obviamente en este sentido la ficción no es una hipótesis por qué no exige ser verificada y se acerca más al concepto de mito. La filosofía de la ficción es uno de los desarrollados del concepto Kantiano en la filosofía contemporánea del “como si.”<sup>168</sup>

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

Ficción: latín *ficto* (de  *fingere*, fingir). Procedimiento de la técnica jurídica consistente en suponer un hecho o una situación distintos de la realidad, para deducir de ello consecuencias jurídicas. Ejemplo, efecto retroactivo de la partición y de la condición.<sup>169</sup>

Ficticio: acto que a pesar de las apariencias no tiene ninguna existencia real. Ejemplo, enajenación ficticia de los bienes a un amigo, para escapar de la acción de los acreedores.<sup>170</sup>

Ficción: hay ficción siempre que medie una simulación con la que se pretende encubrir la verdad o hacer creer que no es cierto. La ficción obra los mismos efectos que la verdad y consiguientemente debe imitar a ésta, huyendo así de lo inverosímil como de lo imposible. No deben las ficciones extenderse a cosas, personas o hechos distintos a aquellos para los cuales

---

<sup>167</sup> Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 4ª. Ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2008.

<sup>168</sup> *Ídem*

<sup>169</sup> *Vocabulario Jurídico*, Argentina, Depalma, 1986.

<sup>170</sup> *Ídem*.

expresa y concretamente han sido admitidos por la ley. La facultad de establecer las ficciones es exclusiva del legislador y extraño en lo absoluto de la potestad judicial.<sup>171</sup>

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

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

Ejemplos de ficción en el CC se encuentran en el caso de inicio de la personalidad del natus al tenerlo por nacido para los efectos previstos por el Código Civil; el efecto del autor de una herencia para establecer el orden de los herederos, la personalidad moral de los entes colectivos, la voluntad del mandante en los actos del mandatario, realizados a nombre de aquel y otros más.<sup>172</sup>

## 1.2. ELEMENTOS DE LA FICCIÓN JURÍDICA.

La ficción jurídica es una creación del legislador, e instrumenta un valor específico para darle contenido en un precepto legal, y en virtud de la cual se atribuyen a ciertos supuestos de hecho, efectos jurídicos distintos a los que por su naturaleza real le corresponda. De esta manera, el legislador, alcanza los efectos jurídicos deseados, que, en ausencia de la ficción, no podría lograrse frente a los hechos o realidades sociales.

La ficción jurídica, no encierra mentira alguna. No falsea ni oculta verdades reales. Lo que hace es crear una verdad jurídica distinta a la de su naturaleza estrictamente real.<sup>173</sup>

La ficción jurídica proviene de un concepto, que pretende someter una realidad social al poder del espíritu, para emitir una regla de Derecho...

---

<sup>171</sup> *Nueva Enciclopedia Jurídica, España*, Francisco Seix, 1982.

<sup>172</sup> Baqueiro Rojas, Edgar, *Diccionario jurídico*, México, Oxford, 2004, p 149.

<sup>173</sup> Álamo, Javier, *Los 140 tipos de personas reconocidas por el derecho mexicano*, México, Porrúa, 2000, p. 75 y 76

deformando la naturaleza original de esa realidad que no puede ser reconocida sin una firme voluntad, forzando las direcciones normales de la inteligencia y suplantando esta de tal suerte que se pueda alcanzar el fin preconcebido y que requiere el orden jurídico... La regla deseada es obtenida por medio de una representación, un tanto arbitraria, del espíritu... Con un esfuerzo del espíritu, en cierta medida se puede modificar la realidad con el fin de producir o facilitar ciertos fines prácticos.<sup>174</sup>

La ficción jurídica resulta ser el medio idóneo para obtener resultados prácticos, deberá, para cumplir con esa coherencia, estar inmensa en un planteamiento de carácter técnico que le permita establecer sus alcances bajo un rigor científico.

Ficción Jurídica, es un procedimiento de la técnica jurídica, en virtud del cual se atribuye a algo, una naturaleza jurídica distinta de la que en rigor le corresponde, con el fin de obtener ciertas consecuencias de Derecho que de otra manera no podrían alcanzarse.<sup>175</sup>

A.- ES UN PROCEDIMIENTO DE LA TÉCNICA JURÍDICA.

El vocablo técnica provienen del latín *technicus*, derivado del griego *tekhnikós* τέχνη, significa lo relativo a la aplicación de las ciencias y de las artes.<sup>176</sup> La técnica en sentido estricto es la aplicación adecuada de los medios para obtener el fin que se persigue.

La técnica jurídica conforma una disciplina que proporciona las reglas necesarias para la realización práctica de las normas jurídicas. La técnica no examina la rectitud de las valoraciones pues esa es tarea de la filosofía, tampoco examina el buen funcionamiento que se logre en la solución escogida, ya que esto corresponde al arte.

A diferencia del arte, la técnica no se interesa por la esencia del Derecho, sino por ver su utilidad y realización. Por ello, para la elaboración de una legislación

---

<sup>174</sup> Gény, citado por Álamo, Javier, *Ídem*.

<sup>175</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio*, 9ª Ed., México, Porrúa, 2008.

<sup>176</sup> Diccionario de la Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=t%C3%A9cnica>. Consultada el 3 de marzo de 2012.

positiva se debe recurrir a esta técnica, la cual a su vez para lograr sus fines deberá recurrir a la ficción.

El manejo de la ficción requiere de un lenguaje jurídico especializado, pues es necesario que su significado sea preciso, para que las valoraciones jurídicas cobren sentido. El manejo del lenguaje jurídico es propio de la técnica del Derecho, por responder a fines prácticos muy útiles, puesto que al regular la conducta de los seres humanos, deberá evitar confusiones, precisando ideas, distinguiendo situaciones, reconociendo bienes o cosas que muchas veces son inmateriales, incorpóreas o imposibles de apreciar por medio de los sentidos; sin embargo, a través de la técnica, esa inmaterialidad se trastoca en una verdad jurídica.

La técnica jurídica es la disciplina que proporciona las reglas necesarias para la realización práctica de las normas jurídicas, para ello, hay que distinguir entre la técnica de formulación y la técnica de aplicación de los preceptos del Derecho.

La técnica de formulación, es el arte de la elaboración o formación de las leyes y se refieren básicamente a la realización de fines jurídicos generales. Es obra del lenguaje jurídico y de la técnica legislativa... La técnica de la aplicación de los preceptos del Derecho, se refiere a la aplicación del Derecho objetivo a casos singulares y esta se dirige a la realización de finalidades jurídicas concretas.<sup>177</sup>

Por la técnica de formulación, el Derecho reconoce a la ficción creando verdades jurídicas y en consecuencia regula conductas que de otra manera no podrían ser materia de Derecho. La técnica de la aplicación ayuda a distinguir los casos particulares para realizar un fin concreto.

Con base en lo anterior, los preceptos jurídicos constan de dos elementos: el supuesto, si la situación planteada en la norma se realiza, y surgen las obligaciones o derechos que la misma norma regula. La disposición, si en realidad se actualiza el supuesto, surgen las consecuencias previas.

---

<sup>177</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 61ª Ed. México, Porrúa, 2009, p. 318.

Al momento de crear la norma se debe considerar la existencia de una razón previa, toda vez que el legislador no debiera actuar por capricho o sin fundamento social.

Antes que el Derecho reconociera a la persona moral, es de suponer que el legislador percibió la necesidad, por el hecho de que un grupo se reunía con un fin determinado, para obtener beneficios económicos o emocionales. Como la principal función de Derecho (aunque no siempre eficaz) es regular la conducta de los seres humanos, surgió la necesidad para regular dicha conducta y se le reconoció existencia a un ente jurídico distinto a las personas que le dieron origen.

En este momento intervienen la técnica de formulación, elaborando normas que regulan la necesidad subjetiva, haciendo con ello una verdad jurídica; de esta manera se regula la conducta de un ser jurídico que de otra manera sería imposible someter al imperio de la ley, dándose por ende la disposición que enuncia algo posible, convirtiéndole en realidad, construyendo con esos ficciones para hacer posible determinada valoración.

La técnica jurídica consiste en una operación de carácter artístico en la que se seleccionan y reagrupan los datos sociales y jurídicos, sin considerar los aspectos lógicamente deducidos de la realidad natural, pero sí, de acuerdo con las valoraciones de justicia y necesidad estimada para regir los casos prácticos.

B.- EN VIRTUD DEL CUAL SE ATRIBUYE A ALGO, UNA NATURALEZA JURÍDICA DISTINTA DE LA QUE EN RIGOR LE CORRESPONDE.

El Derecho como sistema normativo regula la conducta de las personas en sociedad, esto es, un orden social humano, para facilitar y asegurar la convivencia armónica. La regulación de las normas, está sujeta a valores jurídicos y éticos, una vez que se ha precisado que conductas se vas a regular (ya que no todas las conductas se regulan) el Derecho las reconoce. En algunos casos hay

cosas o situaciones que carecen de existencia material y que no pueden ser apreciadas por medio de los sentidos, pero el Derecho para asegurar una buena convivencia de los seres humanos, cambia la naturaleza de no existencia material, por una existencia jurídica, con el fin de obtener los efectos buscados, que de otra manera no podrían alcanzarse.

Por ejemplo la persona moral intangible frente a la física tangible; o cuando para efectos de transmisión patrimonial por herencia se finge la preexistencia de una persona. Aquí, el legislador cambia la naturaleza que de estricto origen le corresponde a las cosas para construir un instrumento adecuado para la implantación de la norma legal; muchas veces al crear preceptos se parte de algo inexistente, que carece de lógica; sin embargo, considerando los resultados el Derecho lo acepta.

C.- CON EL FIN DE OBTENER CIERTAS CONSECUENCIAS DE DERECHO QUE DE OTRA MANERA NO PODRÍAN ALCANZARSE.

Las consecuencias de Derecho son manifestaciones de un deber ser o un Derecho, cuya existencia se encuentra condicionada a la realización de determinados supuestos.

Al momento en que el Derecho, empieza a analizar nuevas conductas que se van presentado en la vida humana y que estas requieren de regulación normativa. Los nuevos preceptos responden a los cambios que se presentan en la sociedad y requieren ser reformados, derogados o abrogados.

Considerando las nuevas necesidades sociales, el Derecho interviene para regularlas, algunas son apreciadas por los sentidos y otras no, por carecer de materialidad. El Derecho enfrenta la necesidad de regular de manera ficticia diversas conductas del hombre con el fin de obtener ciertas consecuencias jurídicas. Es por eso que el Derecho, usa las ficciones, pues obtienen esas consecuencias jurídicas, a pesar de que su naturaleza sea otra. El Derecho les da



vida y con ello, regula la conducta de las personas, que de otra manera no podría alcanzarse.

## 2. CLASIFICACIÓN DE LA FICCIÓN JURÍDICA.

Con el término ficción se identifica el resultado de un proceso mental que, al ser imaginado o inventado, no corresponde con precisión a una determinada, concreta y específica realidad. Al ser tomado por la ciencia jurídica, es considerado un procedimiento de la técnica legislativa por medio del cual se logran las consecuencias legales deseadas. Distintos autores han propuesto clasificaciones de la ficción jurídica.<sup>178</sup>

### 2.1. FICCIONES LEGISLATIVA: TERMINOLÓGICA Y NORMATIVA; Y JURISPRUDENCIAL (FORIERS)<sup>179</sup>

En la ficción TERMINOLÓGICA el legislador utiliza el procedimiento para calificar ciertas situaciones de hecho que manifiestamente son contrarias a la realidad conceptual comúnmente admitida. Por ejemplo, los bienes inmuebles por destino, que por naturaleza son muebles, como señalan los artículos 750 y 751 del Código Civil Federal.<sup>180</sup> En este caso existen ficciones que han sido creadas por el

---

<sup>178</sup> Venegas Álvarez, Sonia, *Presunciones y ficciones en el impuesto sobre la renta de las personas físicas en México*, México, UNAM, 2007, pp. 41-56.

<sup>179</sup> Floriers, citado por Venegas Álvarez, Sonia, *op. cit.*, nota 178, p.52.

<sup>180</sup> Artículo 750.- Son bienes inmuebles: I. El suelo y las construcciones adheridas a él; II. Las plantas y árboles, mientras estuvieren unidos a la tierra, y los frutos pendientes...; III. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de modo que no pueda separarse sin deterioro del mismo inmueble o del objeto a él adherido; IV. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de ornamentación, colocados en edificios o heredados por el dueño del inmueble...; V. Los palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca...; VI. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca directa y exclusivamente, a la industria o explotación de la misma; VII. Los abonos destinados al cultivo de una heredad...; VIII. Los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios por el dueño de éstos, salvo convenio en contrario; IX. Los manantiales, estanques, aljibes y corrientes de agua, así como los acueductos y las cañerías de cualquiera especie que sirvan para conducir los líquidos o gases a una finca o para extraerlos de ella; X. Los animales que fomen el pie de cría...; así como las bestias de trabajo indispensables en el cultivo de la finca...; XI. Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto...; XII. Los derechos reales sobre inmuebles; XIII. Las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radiotelegráficas fijas.

legislador, y que van totalmente en contra de la realidad conceptual. Nadie se equivocaría en definir como inmueble aquello que no se puede desplazar.

La ficción *NORMATIVA*, requiere de una norma complementaria para que técnicamente sea posible. Por ejemplo, el usufructo de bienes consumibles, como lo señalan los artículos 980 y 994 del Código Civil Federal,<sup>181</sup> o bien, de la prenda sin transmisión de la posesión como lo determina el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.<sup>182</sup>

La ficción *JURISPRUDENCIAL* es un proceso operatorio que hace progresar al Derecho y es utilizada por el juez luego que decide crear una asimilación evidentemente inexacta, pero necesaria, para obtener el resultado buscado. Como es el caso del principio de relatividad que rige al juicio de garantías, el cual señala que la sentencia de amparo solamente se ocupe de los individuos que lo hubiesen solicitado, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto reclamado. Tal principio admite como excepción el supuesto en que exista litisconsorcio necesario, en cuyo caso, el beneficio de la concesión se extiende al resto de los litisconsortes, pues por su naturaleza misma, atinente a la indivisibilidad del Derecho sustantivo litigioso, se hace imprescindible oír a todos

---

Artículo 751.- Los bienes muebles, por su naturaleza, que se hayan considerado como inmuebles, conforme a lo dispuesto en varias fracciones del artículo anterior, recobrarán su calidad de muebles, cuando el mismo dueño los separe del edificio; salvo el caso de que en el valor de éste se haya computado el de aquéllos, para constituir algún derecho real a favor de un tercero.

<sup>181</sup> Artículo 980.- El usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos.

Artículo 994.- Si el usufructo comprende cosas que no pueden usarse sin consumirse, el usufructuario tendrá el derecho de consumirlas, pero está obligado a restituir las, al terminar el usufructo, en igual género, cantidad y calidad. No siendo posible hacer la restitución, está obligado a pagar su valor, si se hubiesen dado estimadas, o su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo, si no fueron estimadas.

<sup>182</sup> Artículo 346 La prenda sin transmisión de posesión constituye un derecho real sobre bienes muebles que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión de tales bienes, salvo en su caso, lo previsto en el artículo 363 de esta Ley.

los interesados que se encuentren en la comunidad jurídica respecto de la materia de la controversia, para que se pueda dictar una sentencia válida.<sup>183</sup>

## 2.2. FICCIONES TIPIFICADORAS Y EQUIPARADORAS (LEGAZ Y LACAMBRA)<sup>184</sup>

Mediante la ficción TIPIFICADORA se crea un tipo que es considerado en sí mismo, en su generalidad, sin tomar en cuenta las diferencias entre los casos particulares que pudieran señalarse, por ejemplo la mayoría de edad o incapacidad legal.<sup>185</sup>

La ficción EQUIPARADORA son juicios que identifican los efectos que han de seguir de una situación distinta. Equiparan los efectos que se han de seguir en un

---

<sup>183</sup> LITISCONSORCIO PASIVO. LA CONCESIÓN DE AMPARO A UNO DE LOS LITISCONSORTES PARA EL EFECTO DE SER EMPLAZADO AL JUICIO, NO TIENE EL ALCANCE DE DEJAR INSUBSISTENTES LOS EMPLAZAMIENTOS DE LOS DEMÁS LITISCONSORTES Y ORDENAR SU NUEVO LLAMAMIENTO A JUICIO. El principio de relatividad que rige al juicio de garantías ordena que la sentencia de amparo solamente se ocupe de los individuos que lo hubiesen solicitado, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto reclamado. Tal principio admite como excepción el supuesto en que exista litisconsorcio necesario, en cuyo caso, el beneficio de la concesión se extiende al resto de los litisconsortes, pues por su naturaleza misma, atinente a la indivisibilidad del derecho sustantivo litigioso, se hace imprescindible oír a todos los interesados que se encuentren en la comunidad jurídica respecto de la materia de la controversia, para que se pueda dictar una sentencia válida. Sin embargo, la reposición del procedimiento como efecto de la sentencia de amparo que concede la protección de la justicia federal solicitado por la falta de llamamiento a juicio de uno de los litisconsortes, no tiene el alcance de dejar insubsistentes los llamamientos a juicio de aquellos que sí fueron emplazados de forma legal, para que éste se verifique de nueva cuenta, pues esa no es una consecuencia lógica y natural del litisconsorcio, si se considera que el llamamiento de cada uno de los litisconsortes se verifica de manera independiente, por lo que en ese preciso tema ha de atenderse al principio de relatividad explicado. [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro I, Octubre de 2011, Tomo 2; Pág. 933. Registro No. 160821.

<sup>184</sup> Legaz y Lacambra, citado por Venegas Álvarez, Sonia, *op. cit.*, nota 178, p.54.

<sup>185</sup> Código Civil Federal.

Artículo 646. La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

Artículo 647. El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal: I. Los menores de edad; II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

determinado caso con los efectos ya establecidos por el legislador para otro caso distinto, por ejemplo, en el caso de la adopción plena, se equipara al parentesco por consanguineidad.<sup>186</sup>

### 2.3. FICCIONES VIVAS Y MUERTAS (FULLER)<sup>187</sup>

Las ficciones VIVAS son aquellas que tienen vigencia en su aplicación. Las ficciones MUERTAS se presentan cuando se ha perdido su carácter, por perder el rasgo de irreal, esto es, se ha vuelto real.

### 2.4. FICCIONES CREATIVAS, DOGMÁTICAS Y TEÓRICAS (ALF ROSS)<sup>188</sup>

Las ficciones CREATIVAS son una especie de técnica para la ampliación de las leyes de forma analógica, por ejemplo, los contratos atípicos, se regirán por las reglas generales de los contratos, por la voluntad de las partes y por las disposiciones del contrato con el que tenga más analogía.<sup>189</sup> Las ficciones DOGMATICAS tienen por objeto aclarar o contemplar la ley vigente, por ejemplo, El Estado es una persona mora. Las ficciones TEÓRICAS señalan que los tribunales deben aplicar la ley, no elaborarla, esto es, interpretación estricta de la ley.

---

<sup>186</sup> Artículo 293 del Código Civil Federal. El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor. En el caso de la adopción plena, se equipará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

<sup>187</sup> Fuller, Lon L., citado por Venegas Álvarez, Sonia, *op. cit.*, nota 178, p.56.

<sup>188</sup> Ross, citado por Venegas Álvarez, Sonia, *op. cit.*, nota 178, p.52.

<sup>189</sup> Artículo 1858 del Código Civil Federal. Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.

## 2.5. FICCIONES BIOLÓGICAS, SOCIOLÓGICAS, FILOSÓFICAS, CIENTÍFICAS, TÉCNICAS (LORCA NAVARRETE)<sup>190</sup>

### 2.5.1. FICCIONES BIOLÓGICAS.

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

El Derecho mexicano regula el comportamiento surgido por la relación biológica, que puede llegar a tener o tenga, un ser humano con otro, que aún no lo es, pero llegará a serlo, por ejemplo el artículo 337 del Código Civil Federal señala que:

Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.

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

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

La ficción consiste en tomar al concebido por nacido, por la relación biológica entre éste y los padres, y por ende, trae consecuencias jurídicas, como: derecho a recibir la herencia, donaciones, a la vida al prohibir el aborto.<sup>191</sup> Biológicamente aún no es un ser humano, pero para el Derecho es ya una persona física.

---

<sup>190</sup> Lorca Navarrete, José Francisco, *op. cit.*, nota 157, pp. 107-123.

<sup>191</sup> En el Distrito Federal se permite el aborto hasta las 12 semanas de gestación. Artículo 144 del Código Penal del Distrito Federal. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

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

La inseminación artificial tiene dos formas: la “autoinseminación” o “inseminación homóloga”, cuando la mujer es inseminada por el cónyuge o concubino; y la “heteroinseminación” en que la mujer es inseminada por un donante distinto al cónyuge o concubino, esta forma se puede dar también en mujeres solteras. La concepción a través de este medio genera problemas de filiación y herencia.

El Derecho jamás alcanzará a la ciencia y entre ellas a la Biología, es necesario realizar estudios e investigaciones para acercarse a ella, sin crear una regulación anacrónica; en México se prohíbe la utilización de estos medios, excepto cuando se trata de procreación.<sup>192</sup>

Actualmente uno de los desarrollos más importantes es el “genoma humano” por su utilidad para el tratamiento y prevención de enfermedades antes incurables. En México aún no existe una regulación que no signifique prohibir sobre este tema, a pesar de estar a unos cuantos pasos de lograr descubrir la cadena completa del ADN. Es importante observar desde ahora los problemas que surgirían con esto y la necesidad de ser regulados por el Derecho, ya sea para evitar prácticas, o bien,

---

<sup>192</sup> El Código Penal para el Distrito Federal, regula la inseminación artificial y el genoma humano, a través de prohibiciones:

1.- Establece sanciones para quien utilice “óvulos o espermias para fines distintos a los autorizados por sus donantes”; o bien, realice inseminación artificial sin consentimiento o con violencia; igualmente, si se implanta un óvulo fecundado, si se utilizó un óvulo y esperma ajeno, no autorizado.

2.- Sanciona a quien manipula genes humanos que alteren el genotipo, pues sólo se permite su manipulación para la eliminación o disminución de enfermedades graves.

3.- Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana.

4.- Prohíbe la creación de seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

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

establecer sanciones a quienes discriminen a las personas por su herencia genética; por ello, es necesario realizar estudios especializados sobre los posibles escenarios, para llegado el momento se logre una adecuada legislación; pues dependerá de esto, que el conocimiento genético se utilice en favor de la humanidad.<sup>193</sup>

La normatividad debe estar encaminada para impedir el mal uso o abuso del conocimiento genético en perjuicio del propio ser humano, pues la ciencia ha superado en gran medida al Derecho, por ello, la labor del legislador es aún más urgente, para regular el uso y aplicación de los desarrollos y fenómenos que ya son parte de la realidad.

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

#### 2.5.2. FICCIONES SOCIOLÓGICAS.

Las ficciones sociológicas son las creadas con la finalidad de conservar determinadas instituciones.

---

<sup>193</sup> El Genoma Humano es el número total de cromosomas del cuerpo. Los cromosomas contienen aproximadamente 80.000 genes, que son responsables de la herencia. La información contenida en los genes ha sido decodificada y permite a la ciencia conocer mediante cuestionarios genéticos, qué enfermedades podrá sufrir una persona en su vida. Con ese conocimiento se podrán tratar enfermedades hasta ahora incurables.

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

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

Martínez, Víctor M. y Bullé Gory, *Genética humana y derecho a la vida privada*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/82/2.htm>. Consultada el 15 de agosto de 2010.

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

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

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

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

Por ejemplo, el Código Civil para el Distrito Federal señala que las disposiciones que se refieren a la familia tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad, la consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.<sup>194</sup>

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

---

<sup>194</sup> Artículo 138 *ter*: Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

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



El objeto del matrimonio, marcado en casi todas las legislaciones del país, con excepción del Distrito Federal es.

La unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.<sup>195</sup>

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

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

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

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

---

<sup>195</sup> Artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, antes de la reforma de 2010, actualmente señala: “Matrimonio es la unión libre de dos personas...”

### 2.5.3. FICCIONES FILOSÓFICAS.

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

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

Para Aristóteles el hombre era naturalmente sociable y naturalmente ciudadano, por ello, la sociedad era un hecho natural, necesario para su desarrollo. Destacan las ideas de que en la sociedad primitiva los hombres eran libres, sin seguridad para disfrutar su vida, trabajo y bienes; ante esto, los hombres decidieron establecer una sociedad políticamente organizada, encargada de proteger esos derechos; entre otros, San Agustín (La ciudad de Dios), Santo Tomás de Aquino (Del gobierno de los príncipes), Hobbes (El Leviatán), Locke (Del gobierno civil), Bodino (Los seis libros de la república), Rousseau (El contrato social), Montesquieu (Separación de poderes), Maquiavelo (El príncipe).<sup>196</sup> La concepción

---

<sup>196</sup> ROUSSEAU menciona que: Todo dependía radicalmente de la política y ningún pueblo sería jamás sino lo que la naturaleza de su gobierno le hiciese ser ¿Cuál es la naturaleza del gobierno capaz de formar el pueblo más virtuoso, más ilustrado, más prudente? La sociedad se forma a través de un pacto social, es legítimo cuando hay una voluntad unánime de los que desean constituirse como tal, los ciudadanos se comprometen bajo las mismas condiciones y por ende gozan de los mismos derechos. La ley es la única forma de que el hombre sea libre, para ello, se requiere de un gobierno dispuesto a poner la ley por encima del hombre. Ésta se crea por la voluntad del pueblo y el gobierno la ejecuta. Las formas de gobierno: democracia, aristocracia o monarquía; son en ciertos casos lo mejor o lo peor.

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

Para HOBBS la sociedad o mundo primitivo los hombres vivían libremente, sin leyes, sin Estado y sin gobernantes; se dedicaban a la recolección, agricultura o ganadería. Guiados por los instintos egoístas, comenzaron a pelear entre ellos por disputarse las mejores tierras. Algunos, a costa de un esfuerzo mayor, acumulaban granos y cosechas en previsión de años de escasez; pero otros, siguiendo el principio del mínimo esfuerzo, robaban a su vecino, al que no le quedaba otro recurso que defenderse exponiéndose a perder la vida. Así, esa sociedad primitiva era una "guerra de todos contra todos"; los hombre eran libres, pero a cambio de no tener seguridad para

marxista señala que con la propiedad privada, la explotación del hombre por el hombre, trajo como consecuencia la división del trabajo y la clase social, ésta, crea el Estado para mantener sus privilegios.<sup>197</sup>

Todas estas teorías, explican el surgimiento del Derecho, el Estado y la sociedad, como ejemplo de este tipo de ficciones son los artículos constitucionales siguientes:

Artículo 39.- La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

El reconocimiento de garantías individuales, sociales y políticas; la división del poder en ejecutivo, legislativo y judicial; los principios de la soberanía nacional, supremacía, inviolabilidad y control constitucionales; que forman la noción de Estados Unidos Mexicanos se ha dado a través de un proceso histórico de lucha.

---

disfrutar su vida, trabajo y bienes. Frente a tal situación los hombres decidieron prescindir de la libertad absoluta y pactaron una sociedad política organizada. Para ello, cedieron una parte de su libertad personal a un tercero; encargado del orden, dictara leyes y obligar a su cumplimiento; se creó así, el Estado –Leviatán–, con el objeto de mantener la seguridad y el orden, dentro del cual los hombres pudieran disfrutar de sus vidas y bienes. La sumisión del hombre a la sociedad sólo nace del temor y las medidas coercitivas que impone la institución estatal. Surge un contrato para controlar el estado natural inherente al individuo, así, éste renuncia a sus derechos a favor de una asamblea o un individuo representativo.

MAQUIAVELO “Artífice de la razón del Estado”, considera: éste debería ser gobernado por una dictadura personal alejado de la moral cristiana; quien ostente el poder debe usar la violencia para deshacerse de sus enemigos; debe cuidar su imagen: ante el pueblo ha de ser bondadoso, enérgico e inteligente; la legitimación del poder es eminentemente laica, apartada completamente de consideraciones religiosas, éticas o derechos naturales; en resumen el “el poder por el poder”.  
Chevallier, Jean Jacques. *Los grandes textos políticos*, México, Temis, 2006.

<sup>197</sup> El Estado se crea por y para una clase social, la causante de la culminación de la sociedad primitiva, ésta, basada en principios de igualdad y propiedad común del suelo. La propiedad privada, la opresión, la explotación del hombre por el hombre, el intercambio de los excedentes de la producción, el comercio, entre otros; fueron la causa de ruptura de la sociedad en clases particulares. Resultó la división del trabajo y por ende la de la clase social, desarrollándose una desigualdad económica. A través de la clase dominante se crea al Estado para mantener sus privilegios y prerrogativas sobre los medios de producción y sobre el proletariado. *Ídem*.

#### 2.5.4. FICCIONES CIENTÍFICAS.

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

En la legislación mexicana, los bienes o cosa son toda realidad corpórea o incorpórea interior o exterior al ser humano, susceptible de entrar a una relación de Derecho a modo de objeto o materia de la misma, que le sea útil, tenga individualidad propia y sea sometida a un titular.<sup>198</sup>

En los bienes o cosas incorpóreas en las que surge la ficción, el Derecho reconoce su existencia sin que exista físicamente, con la finalidad de regular una conducta, como son los derechos de autor. La ley reconoce las creaciones literarias y artísticas con la finalidad de proteger al autor para el goce de las prerrogativas y privilegios de su obra.

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

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

Las personas morales son instituciones jurídicas que surgen de una ficción, no tienen existencia física pero sí jurídica, reconocidas por la ley. El reconocimiento es tal que tienen un tratamiento como si existieran en el mundo objetivo, pues de

---

<sup>198</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 175, p. 73.

igual forma que las físicas cuentan con atributos de la personalidad: nombre, nacionalidad, patrimonio, domicilio y capacidad.

#### 2.5.5. FICCIONES TÉCNICAS.

Las ficciones técnicas son las relacionadas con la interpretación extensiva y el procedimiento analógico.

La interpretación jurídica es un proceso de comprensión del contenido de uno o varios preceptos legales, con el objeto de determinar el sentido de una norma. Al intérprete del Derecho le interesa conocer el sentido gramatical, como el pensamiento contenido en la estructura lógico-jurídica del precepto legal – supuesto, deber ser y consecuencia– con la finalidad de aplicar la norma general al caso concreto.

En la interpretación extensiva se trata de dar o averiguar mayores alcances a los otorgados por la propia ley; por ello, comprueba que las palabras empleadas en el texto expresan menos del verdadero contenido de la norma, así, le da una amplitud mayor a la norma por aplicar.

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

La analogía se sustenta en el principio: “donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición”, el juzgador crea una nueva y distinta regla fundada en la identidad de razón, para aplicar un determinado precepto, a un caso no previsto.

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

En la analogía *juris*, no se toma como base un precepto legal concreto y específico, sino todo un conjunto o grupo de normas, referentes a una institución, para desprender de ellas el principio rector determinado de lo que ellas disponen y aplicar dicho principio, por inducción y generalización, al caso no previsto en ninguna de esas disposiciones.<sup>199</sup>

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

Estas dos ficciones son reconocidas en el derecho mexicano en la aplicación del derecho extranjero y la resolución de controversias judiciales del orden civil.<sup>200</sup>

## 2.6. FICCIONES POR SU TRASCENDENCIA EN LA PRÁCTICA JURÍDICA (JAVIER ÁLAMO)<sup>201</sup>

Refiere que no existe límite en la creación de ficciones, pues se requieren para cubrir las expectativas de un mundo cambiante en el que la tecnología empuja

---

<sup>199</sup> En la analogía *juris*, se aplican los Principios Generales de Derecho, como procedimiento de integración de las leyes. Pues se consideran como aquellas normas de validez intrínseca -válidas por sí mismas- y las ideas fundamentales inspiradas de un sistema concreto de Derecho positivo. A falta de una disposición formalmente válida, en concordancia con el sistema, el juzgador debe formular un principio con validez intrínseca, generalizando las disposiciones particulares, hasta llegar por inducción a dichos principios.

<sup>200</sup> Artículo 14 del Código Civil Federal. En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: III. No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos;

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

<sup>201</sup> Álamo, Javier, *op. cit.*, nota 173, p. 87.

materialmente a las personas a la creación y aceptación de nuevos métodos y sistemas de convivencia. Por ello, incluye un esquema de ficciones que considera de mayor trascendencia en la vida práctica, tales como: por ministerio de ley, persona moral, representación, incorporación de derechos, contractuales, sucesorias y de procedimiento.<sup>202</sup> Clasificación que por su dimensión se estudiará y analizará más adelante.

### 3. EL QUÉ Y EL PORQUÉ DE LAS FICCIONES JURÍDICAS.

La naturaleza humana impone una constante búsqueda por conocer la verdad y el encontrar cómo manifestarse para dar a conocer a los demás el contenido de lo existente en lo más profundo de su ser intelectual. Ya que los productos de la mente son etéreos, ese ser humano busca, la luz de expresión para exteriorizar lo que pasa en su interior; sentimientos, ideas, sueños, felicidad, enojo, tristezas, todas creaciones de la mente, creaciones del espíritu. Todas son ficciones.

Esas creaciones inicialmente sólo existen para el ser del que surgen, lo que lo impele en una constante búsqueda de los medios para exteriorizar su sentir y ese pensar en razón de que carece de materialidad.

De ahí que la ficción adquiera tanta importancia en la vida ya que es el medio por el que el ser humano puede dar existencia a las cosas que no la tienen –de manera imaginaria– y así, en uso del intelecto, pueden ser apreciadas por los otros individuos.

En ocasiones se intenta sobrepasar lo real, creando situaciones tan “aparentemente” reales, que “creemos” que en realidad existen y en ese caso la ficción logra su objetivo, tal como sucede en la “realidad virtual” de la cibernética que deja duda sobre donde termina lo imaginario y empieza lo verdadero.

La vida cotidiana está inmersa en ficciones; sin embargo, no se reflexiona o quizá no se percata de ello, pero gracias a su existencia en todos los ámbitos se ha

---

<sup>202</sup> *Ibidem*, p 86.

podido alcanzar un mayor desarrollo; son útiles y casi ineludiblemente indispensables para la vida, pues sólo así se obtienen ciertas consecuencias que de otra forma no podrían alcanzarse.<sup>203</sup>

Con el término ficción se identifica el resultado de un proceso mental que, al ser imaginado o inventado, no corresponde con precisión a una determinada, concreta y específica realidad.

La ficción es calificada como un instrumento de la técnica legislativa que, a través de una imaginaria interpretación de la realidad, o bien sin violentar la realidad, merced a una necesidad predominantemente, o con la finalidad de una economía legislativa, producen las consecuencia principal de encasillar de forma preestablecida otras nuevas, argumentando en el ámbito sociopolítico aspiraciones del mismo legislador.

La ficción es una herramienta que el Derecho emplea para desarrollar su función y lograr su fin; ésta satisface una necesidad jurídica y se sustenta en la fuerza legal que le es atribuida. Nadie puede ir contra ella y cuenta con una eficacia en juicio de la que carecen los hechos en general, pues los hechos han de probarse, mientras que las ficciones ni lo necesitan ni pueden destruirse con argumentos en contra. Son normas que recrean la realidad previa.

La naturaleza jurídica de la ficción ha sido explicada siempre a partir de la base insuficiente y artificiosa de la técnica misma. También se ha tratado de obtener a partir de un proceso de decantación frente a otras figuras más o menos a fines, como las presunciones o la analogía.

Si la ficción es vista como instrumento, hay que confrontarla en el campo en donde tiene utilidad, lo que conduce a la idea de técnica legislativa en donde las verdaderas herramientas son las normas.

Son finalidades de las ficciones:<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> *Ibidem*, p 67 y 68.



- 1.- Éticas: hacer justicia o permitir el acceso a la equidad.
- 2.- Lógico-jurídicos: la lógica jurídica se preocupa por fijar determinados principios para luego inferir de ellos las soluciones a todos los casos concretos, que aparecen de esa forma como aplicaciones de aquellos.
- 3.- De Interés: favorecer determinados intereses.
- 4.- Innovadores: introducción de instituciones nuevas sin alterar aparentemente la estructura del orden jurídico.
- 5.- Conservadoras: impedir el derrumbe de las teorías jurídicas ante la presión de los nuevos acontecimientos.
- 6.- De cambio: servir de transición entre sucesivos sistemas legislativos o doctrinarios.

#### 4. SUPUESTOS DE LA FICCIÓN JURÍDICA.

Existen una serie de caracteres propios de las ficciones que son:

- 1.- Las ficciones muestran el aspecto artificial de la técnica jurídica, lo que hay en ella no corresponde a la realidad de los hechos y es tan sólo un producto de la mente humana.
- 2.- No pertenecen a la doctrina de la prueba, sino que constituyen reglas de fondo.
- 3.- La razón se sirve de las ficciones para alcanzar lo justo, por un procedimiento que consiste esencialmente en tomar como realidad lo que escapa a lo objetivo. Este procedimiento se funda en la necesidad que tiene la mente de vivir en las ficciones, y para las ficciones; tal improcedencia tiene en la vida, que no sólo se dan en la ciencia jurídica, sino en la mayor parte de las actividades humana.

---

<sup>204</sup> Venegas Álvarez, Sonia, *op. cit.*, nota 178, pp. 56-58.

4.- Los sistemas jurídicos más avanzados utilizan en escala apreciable las ficciones para establecer reglas de Derecho sustantivo y aumentar la aplicación de las ya existentes.

5.- El proceso intelectual de la ficción jurídica, forma parte de las operaciones de uso corriente en nuestro espíritu y que, en cierto modo, tienen como fundamento la debilidad misma de él. En el fondo la ficción jurídica constituye la adaptación particular al fin específico del Derecho, de un enriquecimiento muy usual de la vida social, por tanto no se puede decir que encierre algún misterio.

6.- Toda ficción jurídica deriva de un concepto mediante el cual se pretende someter una realidad social al poder del espíritu, para sujetarla a determinada norma jurídica. Por lo tanto, la noción de ficción implica la idea de un concepto verdadero, consistente en una representación adecuada de lo real.

7.- Para que sean útiles las ficciones jurídicas requieren cubrir ciertos requisitos o supuestos:

a.- Con ella se debe suprimir un elemento constitutivo de la realidad. Por ejemplo, el concebido no nacido, que por ficción se tiene por nacido y se le otorga personalidad, aunque de facto aun no nazca.

b.- Se agrega a los hechos existentes uno no existente, a fin de lograr que sea aplicable a lo dispuesto en la norma jurídica. Como la acción publiciana que se funda en la ficción de que quien la intenta es propietario, y en realidad no lo es.

c.- Con relativa frecuencia, la ficción modifica sustancialmente la realidad, agregando o quitándole algo. Supuesto que se recogía en el caso de la muerte civil.

d.- Hay una categoría especial de ficciones y son las que se refieren a las circunstancias materiales, como pueden ser los gestos, las palabras o escrituras, y que están relacionadas con los procedimientos técnicos de la

forma; tal como la tradición fingida de la cosa vendida o la retención de la prenda en poder del deudor.

Considerando lo anterior, las ficciones jurídicas:

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

El Derecho como ciencia social, es la ciencia más influida por las demás ramas del saber humano, pues precisamente el Derecho es al que le corresponde armonizar las relaciones sociales de los seres humanos en todas sus manifestaciones exteriores; supone la aceptación por el hombre de la necesidad de ajustar su conducta a un conjunto de normas jurídicas, surgiendo un poder coercitivo para sancionar aquellos que la transgreden. Por ello, el Derecho toma a las ficciones para lograr el cumplimiento de sus objetivos, fines e ideales.

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

## 5. EL DERECHO COMO REALIDAD JURÍDICA.

La nueva visión de la realidad parte de la comprensión de todos los fenómenos: físicos, biológicos, psicológicos, sociales y culturales. El Derecho es un fenómeno social al ser parte de la vida humana, esto es, necesario para la sociedad y ésta para el hombre.

El Derecho surge de una ficción y se establece como una realidad. Ésta –la realidad jurídica– se construye de valores y hechos que se adaptan a un lugar y tiempo determinado; su elaboración es el arte de la Ciencia del Derecho, implica observar, analizar e interpretar datos, instrumentos o hechos de la realidad social,

que interesan al Derecho, para establecer un orden social con base en el principio de Justicia.

El desarrollo de una nación depende en gran medida de las instituciones jurídicas que la rigen, si éstas garantizan la vida, la libertad, la justicia, la seguridad que permita la convivencia social necesaria para el ser humano, el desarrollo de éste – del ser humano– será inminente y por ende el de la nación. Por ello, no es cuestión de suerte que las naciones no avancen o se derrumban sino del desarrollo ético, cultural y educativo de los individuos que la integran.

## CAPÍTULO III.

### LA FICCIÓN JURÍDICA FRENTE A DIVERSAS FIGURAS LEGALES.

#### 1.- LA FICCIÓN JURÍDICA Y LA TEORÍA DE LA APARIENCIA.

- 1.1. Concepto.
- 1.2. Elementos de la Apariencia.
- 1.3. Apariencia del buen Derecho.
- 1.4. Distinción entre Ficción y Apariencia.

#### 2.- LA FICCIÓN JURÍDICA Y LA TEORÍA DE LA PRESUNCIÓN.

- 2.1. Etimología.
- 2.2. Concepto.
- 2.3. Distinción entre Ficción y Presunción.

#### 3.- LA FICCIÓN JURÍDICA Y LA TEORÍA DE LA ANALOGÍA.

- 3.1. Etimología y Concepto.
- 3.2. Distinción entre Ficción y Analogía.

#### 4. LA FICCIÓN JURÍDICA Y LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN.

- 4.1. Etimología y Concepto.
- 4.2. Interpretación Conforme.
- 4.3. Distinción entre Ficción e Interpretación.

#### 5.- FICCIÓN, JUSTICIA Y EQUIDAD.

- 5.1. Concepto de Justicia.
- 5.2. Especies de Justicia.
- 5.3. Justicia y Equidad.

El legislador en su labor de crear la norma jurídica, toma datos de la sociedad, que con auxilio de la técnica jurídica establece diversas figuras legales, que facilitan y complementen la aplicación del Derecho; entre otras: la apariencia, la presunción, la analogía, la interpretación, la ficción. Estos, se han vuelto indispensables en la labor de aplicación, creación e integración del ordenamiento jurídico positivo.

La ficción es una actividad intelectual que consiste en suponer algo de manera distinta a su realidad natural, creando consecuencias jurídicas bajo la filosofía del “como si”. Tiene por verdad algún hecho o acto que no existe en una realidad objetiva, pero sí en una realidad jurídica, sustentada en la subjetividad, donde esas ficciones son verdades irrefutables, por la conveniencia de obtener resultados necesarios o requeridos en esa realidad. Sin embargo, en muchos casos se confunden con otras figuras jurídicas que parecieran ser iguales pero no lo son, como la apariencia, la presunción, la analogía o la interpretación extensiva o conforme.

## 1. LA FICCIÓN JURÍDICA Y LA TEORÍA DE LA APARIENCIA.

### 1.1. CONCEPTO.

El Diccionario de la Real Academia Española señala:

Apariencia. (Del lat. *apparentia*). 1. f. Aspecto o parecer exterior de alguien o algo. 2. f. Verosimilitud, probabilidad. 3. f. Cosa que parece y no es. 4. f. En el teatro, escena pintada sobre lienzo o representada con actores y muñecos, oculta por una cortina que se descorre en cierto momento de la representación. Cubrir las ~s. 1. loc. verb. Salvar las apariencias (|| disimular). en ~. 1. loc. adv. Aparentemente, al parecer. guardar las ~s. 1. loc. verb. salvar las apariencias (|| disimular). salvar las ~s. 1. loc. verb. Disimular la realidad para evitar habladurías o críticas. 2. loc. verb. p. us. Idear la explicación de un hecho observable sin certidumbre de la verdad.<sup>205</sup>

Todas estas acepciones, dan una idea equivocada de lo que es el fenómeno de la apariencia, toda vez que la apariencia no está en el aspecto exterior de las personas o cosas, o de alguien o de algo, en sí mismas consideradas. Será apariencia cuando ese aspecto exterior sea apreciado por los demás, esto es, percibido por los miembros de la colectividad o grupo social determinado o por una persona determinada, la cual puede o no coincidir con la realidad.

---

<sup>205</sup> Diccionario de la Real Academia Española, versión electrónica: <http://buscon.rae.es/drae/>. Consultada el 15 de Abril de 2012.

Del análisis que se hace de la palabra en el Diccionario de la Lengua Española, da una idea de cualidad intrínseca de las personas o cosas, lo que resulta equivocado, ya que lo hace partiendo del exterior de las personas o de las cosas mismas, cuando el fenómeno de la apariencia surge de la apreciación que la colectividad tiene de ese aspecto exterior de las personas cosas.<sup>206</sup>

En el ámbito jurídico la apariencia es considerada como:

La situación de hecho en que se presenta una persona ante la sociedad o conglomerado en que habita, y en donde se cree presume por sus integrantes, que tiene una específica calidad jurídica o derecho, cuando en realidad y en el fondo, puede o no tenerlos.<sup>207</sup>

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

Se debe entender por apariencia jurídica, lo que percibe la colectividad como cualidades o calidades fundadas en derecho, o derivadas de una norma jurídica, respecto de una determinada persona o cosa, cuando en verdad esa persona o esa cosa, pueden o no tenerlas en realidad.<sup>208</sup>

## 1.2. ELEMENTOS DE LA APARIENCIA:

### 1.2.1. LA EXISTENCIA DE UNA COLECTIVIDAD O GRUPO SOCIAL, O DE UNA PERSONA DETERMINADA.

No puede haber “apariencia” fuera del ámbito social; para que la misma se dé, es necesario que la apariencia sea consecuencia de las relaciones dentro de un grupo humano que vive en sociedad; por ello, para que sea posible el fenómeno de la apariencia en el ámbito jurídico, es indispensable, que haya una colectividad o un grupo social, que perciba la conducta de una persona, o bien, perciba el

---

<sup>206</sup> Contreras López, Raquel Sandra, *Teoría integral de la apariencia jurídica*, México, Porrúa, 2006, pp. 2-6

<sup>207</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*. 17ª Ed. México, Porrúa, 2008, p 888.

<sup>208</sup> Contreras López, Raquel Sandra, *op. cit.*, nota 206, p. 112.

aspecto de una cosa, y que el legislador percatándose o no, de ello establezca determinadas consecuencias de Derecho.

El fenómeno jurídico es un fenómeno social, de ahí, que la apariencia en el ámbito jurídico, resulta ser parte de ese fenómeno social, en el que es necesario que la percepción que se tiene en la sociedad de la conducta de una persona, o su conexión con una cosa, determine a los miembros de la colectividad a comportarse de determinada manera; o bien, el aspecto que a esos miembros de la colectividad le da, los lleve o comportarse respecto de esa cosa, también, de determinada manera.

La apariencia resulta ser un fenómeno, consciente en la apreciación que la colectividad o una o varias personas tiene respecto de ciertos comportamientos, o respecto del aspecto que tiene ciertas personas o cosas; por ello, es que la apariencia es un fenómeno social, que parte de la apreciación de una colectividad o de un grupo social o de una persona, para apreciar en un sujeto o una cosa, una calidad o cualidad que puede o no tener; la apariencia no surge del sujeto hacia los miembros de la colectividad, sino que surge de la apreciación de los demás, respecto de la conducta de una persona determinada, o del comportamiento de esta persona en relación con una cosa, o del aspecto de la cosa misma.

1.2.2. QUE LOS MIEMBROS O INTEGRANTES DE ESA COLECTIVIDAD O GRUPO SOCIAL O ESA PERSONA DETERMINADA PERCIBAN EN UNA PERSONA O UNA CALIDAD O CUALIDAD ESPECIFICA.

La percepción que tenga la colectividad respecto de ciertos hechos, será necesariamente respecto del resto de las personas que conforman el grupo social, ya que, la apariencia no es un fenómeno que parta de la exterioridad de las personas, o de las cosas mismas, aunque así, pudiera suponer si se atendiera sólo al significado gramatical de la palabra apariencia.

Lo que ocurre con la apariencia en relación con las personas, también ocurre respecto de las cosas. De las corpóreas, la colectividad percibe un aspecto, que



deriva de lo que observa de la o las personas que se aprovechan de ellas y de las cosas incorpóreas, se apreciará el ejercicio que se haga de las mismas.

El exterior de las cosas mismas, no es el que genera la apariencia por sí misma, sino la misma se generará por la percepción que la colectividad o grupo social tenga respecto de esas cosas, que será fundamental para que se comporte respecto de ellas en determinada manera, atribuyéndole cualidades o calidades específicas, que pueden o no coincidir con la realidad.

La percepción o apariencia que tengan los miembros de una colectividad o una persona determinada, respecto de otra persona de la misma, o sobre una cosa, será a partir del exterior del aspecto de la conducta de esa persona, o del exterior de una cosa, y a las cuales, con base a lo que ellas perciben de dicho exterior, les dará esa determinada cualidad o calidad específica.

1.2.3. QUE HAYA UNA NORMA JURÍDICA QUE HAGA PREFERENCIA A ESA CUALIDAD O CALIDAD.

Este elemento es fundamental para que la apariencia tenga efectos en el ámbito jurídico, porque si bien, una colectividad o un grupo social puede percibir el exterior de la conducta de otra persona, o el exterior de una cosa, y respecto de ella, crearse una apariencia determinada, ésta no tendrá consecuencias de Derecho, sino existe una norma que así lo establezca.

1.2.4. QUE LA TENGA O NO, LA PERSONA O LA COSA.

Lo que la colectividad o grupo social percibe como apariencia, resulta que coincide con la realidad, y en verdad, existe tras de esa apariencia, el ejercicio legítimo de un Derecho por quien es su titular; sin embargo, existen casos en que la colectividad percibe con una determinada apariencia, resulta no coincidir con su realidad.

Si en todos los casos coincidiera la realidad, con la apariencia que percibe la colectividad o grupo social, en el que tal realidad se da, no tendría objeto la

apariencia en el ámbito jurídico, y al no haber una posible discrepancia, entre la apariencia y lo real, no tendría caso regular situaciones que originan apariencia, ya que, al exterior y el contenido, serían una sola cosa, y lo que vieran los demás serían la realidad.<sup>209</sup>

### 1.3. APARIENCIA DEL BUEN DERECHO.

En materia de Amparo, respecto al incidente de suspensión del acto reclamado, la Corte ha determinado que sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo<sup>210</sup> y lo señalado en el 107, fracción X, Constitucional;<sup>211</sup> uno de los presupuestos para la concesión de la medida cautelar es la “Apariencia del Buen Derecho”, éste, se basa en un conocimiento superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del Derecho discutido en el proceso. Lo que implica que, en ciertos

---

<sup>209</sup> *Ibidem*, pp. 112-127.

<sup>210</sup> Artículo 124 de la Ley de Amparo.- Fuera de los casos a que se refiere el artículo anterior, la suspensión se decretará cuando concurren los requisitos siguientes: I.- Que la solicite el agraviado; II.- Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público. Se considera, entre otros casos, que sí se siguen esos perjuicios o se realizan esas contravenciones, cuando de concederse la suspensión: a) Se continúe el funcionamiento de centros de vicio, de lenocinios, la producción y el comercio de drogas enervantes; b) Se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos; c) Se permita el alza de precios con relación a artículos de primera necesidad o bien de consumo necesario; d) Se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave, el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, o la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenen al individuo o degeneren la raza; e) Se permita el incumplimiento de las órdenes militares; f) Se produzca daño al medio ambiente, al equilibrio ecológico o que por ese motivo afecte la salud de las personas, y g) Se permita el ingreso en el país de mercancías cuya introducción esté prohibida...; h) Se impida la continuación del procedimiento de extinción de dominio en cualquiera de sus fases, previsto en el párrafo segundo del artículo 22 de la Constitución..., salvo en el caso que el quejoso sea ajeno al procedimiento, situación en la que procederá la suspensión, sólo sí con la continuación del mismo se dejare irreparablemente consumado el daño o perjuicio que pueda ocasionarse al quejoso. III.- Que sean de difícil reparación los daños o perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto. El juez de Distrito, al conceder la suspensión, procurará fijar la situación en que habrán de quedar las cosas y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio.

<sup>211</sup> Artículo 107 Constitucional. Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes:... X. Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones y garantías que determine la ley, para lo cual se tomará en cuenta la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público.

casos, para la concesión de la medida, basta la comprobación de la apariencia del Derecho invocado por el quejoso, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado; dicho análisis debe realizarse, sin prejuzgar sobre la certeza del Derecho, es decir, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, pues esto es materia del fondo del amparo; además que al ser la suspensión de carácter de provisional, se funda en meras hipótesis, y no en la certeza de la existencia de las pretensiones.<sup>212</sup>

Con base a esta teoría, existe la posibilidad de conceder la suspensión del acto reclamado cuando es evidente que en relación con el fondo del asunto se presenta un Derecho al quejoso que hace posible anticipar con cierto grado de acierto que obtendrá la protección federal que busca; sin que implique profundidad en argumentos de constitucionalidad, pues esto es propio de la

---

<sup>212</sup> SUSPENSION. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACION DE CARACTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO. La suspensión de los actos reclamados participa de la naturaleza de una medida cautelar, cuyos presupuestos son la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora. El primero de ellos se basa en un conocimiento superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso. Dicho requisito aplicado a la suspensión de los actos reclamados, implica que, para la concesión de la medida, sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, basta la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el quejoso, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado. Ese examen encuentra además fundamento en el artículo 107, fracción X, constitucional, en cuanto establece que para el otorgamiento de la medida suspensiva deberá tomarse en cuenta, entre otros factores, la naturaleza de la violación alegada, lo que implica que debe atenderse al derecho que se dice violado. Esto es, el examen de la naturaleza de la violación alegada no sólo comprende el concepto de violación aducido por el quejoso sino que implica también el hecho o acto que entraña la violación, considerando sus características y su trascendencia. En todo caso dicho análisis debe realizarse, sin prejuzgar sobre la certeza del derecho, es decir, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, ya que esto sólo puede determinarse en la sentencia de amparo con base en un procedimiento más amplio y con mayor información, teniendo en cuenta siempre que la determinación tomada en relación con la suspensión no debe influir en la sentencia de fondo, toda vez que aquélla sólo tiene el carácter de provisional y se funda en meras hipótesis, y no en la certeza de la existencia de las pretensiones, en el entendido de que deberá sopesarse con los otros elementos requeridos para la suspensión, porque si el perjuicio al interés social o al orden público es mayor a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá negarse la suspensión solicitada, ya que la preservación del orden público o del interés de la sociedad están por encima del interés particular afectado. Con este proceder, se evita el exceso en el examen que realice el juzgador, el cual siempre quedará sujeto a las reglas que rigen en materia de suspensión. [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; III, Abril de 1996; Pág. 16; Registro: 200 136.

sentencia que se emita en el juicio principal. Sin embargo, si con sólo "echar un vistazo" a la "Apariencia del Buen Derecho", la actuación de la autoridad está apegada a la ley, o bien, si es el peticionario de garantías quien tienen razón en cuanto a la inconstitucional, no cobra aplicación esta teoría.<sup>213</sup>

La finalidad de la teoría de la "Apariencia del Buen Derecho" consiste en que la suspensión del acto reclamado, como medida cautelar, asegure la eficacia práctica de la sentencia de amparo. Existe el criterio de que pueda aplicarse en sentido contrario; en virtud de que existen casos en los que de un análisis superficial derivado de asomarse al fondo del asunto, se pone de manifiesto que la pretensión constitucional es notoriamente infundada o cuestionable, e incluso que únicamente se promueve el amparo respectivo con la finalidad de obtener la suspensión de los actos reclamados, sin importar el sentido en que se dicte la ejecutoria relativa, supuesto en el que obviamente se pretende abusar de la teoría de la "Apariencia del Buen Derecho". Esto es, si se cumplen con los requisitos del artículo 124 de la Ley de Amparo, es posible que el quejoso que promueve su demanda de garantías con el propósito de abusar del Derecho, obtenga la suspensión del acto reclamado, a pesar de que en el cuaderno principal se advierta con meridiana claridad lo infundado de su demanda, o que pudiera actualizarse alguna causa de improcedencia del juicio de amparo. Por tal motivo, previo a discernir sobre la suspensión de los actos reclamados, el juzgador de amparo puede realizar un análisis superficial del fondo del asunto a efecto de verificar si la pretensión constitucional es notoriamente infundada, hipótesis en la que deberá negar la suspensión solicitada, pues de no considerarlo así se permitiría que la parte quejosa abusara de la institución de mérito, al disfrutar de

---

<sup>213</sup> APARIENCIA DEL BUEN DERECHO. ALCANCES. Si bien es cierto que con base en la teoría de la apariencia del buen derecho existe la posibilidad de conceder la suspensión del acto reclamado cuando es evidente que en relación con el fondo del asunto asiste un derecho al quejoso que hace posible anticipar con cierto grado de acierto que obtendrá la protección federal que busca, tal posibilidad no llega al extremo de hacer en el incidente de suspensión un estudio que implique profundidad en argumentos de constitucionalidad, pues esto es propio de la sentencia que se emita en el juicio principal. Así pues, si en el caso de que se trate no es tan claro preestablecer con sólo "echar un vistazo" a la apariencia del buen derecho si la actuación de la autoridad está apegada a la ley, o bien, si es el peticionario de garantías quien tienen razón en cuanto a la tilda de inconstitucional, no cobra aplicación la teoría en comento. [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XVI, Diciembre de 2002; Pág. 581; Registro: 185447.

sus beneficios a pesar de lo cuestionable de su demanda; lo que desde luego no prejuzgaría sobre la certeza del Derecho discutido, es decir, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, ya que esto es propio de la sentencia que se dicte en el juicio de amparo del que deriva el incidente de suspensión.<sup>214</sup>

De lo anterior se desprende, que la teoría en comento tiene como objetivo flexibilizar la institución de la suspensión, en los casos en que es posible anticipar

---

<sup>214</sup> SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO. LA TEORÍA DE LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO TAMBIÉN PUEDE APLICARSE EN SENTIDO CONTRARIO, AL MOMENTO DE DISCERNIR SOBRE LA PROCEDENCIA DE DICHA MEDIDA. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia número P./J. 15/96 del rubro: "SUSPENSIÓN. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACIÓN DE CARÁCTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO.", sostuvo el criterio de que en determinados casos basta la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el quejoso, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado, para conceder la suspensión solicitada, incluso con medidas que no implican una restitución, sino un adelanto provisional del derecho cuestionado, para resolver posteriormente, en forma definitiva, si el acto reclamado es o no inconstitucional. De lo anterior se desprende que la teoría en comento tiene como fin flexibilizar la institución de la suspensión, en los casos en que es posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado, y en los que dicha medida es ineficaz como mera provisión cautelar, dictando medidas tendientes a proteger de manera previa el derecho cuestionado, sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo. Ahora bien, este Tribunal Colegiado considera que si la finalidad de la teoría de la apariencia del buen derecho consiste en que la suspensión del acto reclamado, como medida cautelar, asegure la eficacia práctica de la sentencia de amparo en los referidos supuestos; nada impide que pueda aplicarse en sentido contrario. Lo anterior, en virtud de que casos existen en los que de un análisis superficial derivado de asomarse al fondo del asunto, se pone de manifiesto que la pretensión constitucional es notoriamente infundada o cuestionable, e incluso que únicamente se promueve el amparo respectivo con la finalidad de obtener la suspensión de los actos reclamados, sin importar el sentido en que se dicte la ejecutoria relativa, supuesto en el que obviamente se pretende abusar de la figura jurídica en comento (abuso del derecho), pero no obstante ello, si se cumplen con los requisitos del artículo 124 de la Ley de Amparo, es factible que el quejoso que promueve su demanda de garantías con los mencionados propósitos, obtenga la suspensión del acto reclamado, a pesar de que en el cuaderno principal se advierta con meridiana claridad lo infundado de su demanda, o que pudiera actualizarse alguna causa de improcedencia del juicio de amparo. Por tal motivo, previo a discernir sobre la suspensión de los actos reclamados, el juzgador de amparo puede realizar un análisis superficial del fondo del asunto a efecto de verificar si la pretensión constitucional es notoriamente infundada, hipótesis en la que deberá negar la medida suspensiva solicitada, pues de no considerarlo así se permitiría que la parte quejosa abusara de la institución de mérito, al disfrutar de sus beneficios a pesar de lo cuestionable de su demanda; lo que desde luego no prejuzgaría sobre la certeza del derecho discutido, es decir, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, ya que esto es propio de la sentencia que se dicte en el juicio de amparo del que deriva el incidente de suspensión. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXIV, Agosto de 2006; Pág. 2344; Registro: 174340.

que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado, y en los que dicha medida es ineficaz como mera provisión cautelar, dictando medidas tendientes a proteger de manera previa el Derecho cuestionado. El juzgador determinará si existe una apariencia de Derecho, sin determinar anticipadamente, si el mismo es bueno o malo, porque con ello, estará presumiendo que si existe o no, la constitucionalidad o inconstitucionalidad en el acto reclamado.

Por lo que se refiere al calificativo de “Buen Derecho”, entonces, debe entenderse que existe un “Mal Derecho”. La palabra derecho es un sustantivo, una cosa creada por el ser humano que recoge un dato social al cual hay que atender: la justicia. Pero el Derecho no es en sí, bueno o malo, porque si el Derecho fura malo, no sería Derecho.

El Derecho debe atender a un valor como la justicia, y si el legislador no atiende a este dato, y elabora una norma que no satisfaga el anhelo de justicia de los gobernados, la norma será legal, pero injusta. Se puede referir a un Derecho justo o injusto, y ambos serán Derecho; pero no de bueno o malo.

La apariencia jurídica, no es una característica intrínseca que provenga de las personas o de las cosas, sino, que es la percepción que los miembros de una colectividad tienen de las cualidades o calidades de las personas o de las cosas. El Derecho como creación humana no tiene voluntad, y en consecuencia, no puede aparentar nada; pero sí en cambio, la colectividad percibirá en la aplicación del Derecho, un sentido de justicia o de injusticia.<sup>215</sup>

#### 1.4. DISTINCIÓN ENTRE FICCIÓN Y APARIENCIA.

La apariencia es la percepción que los miembros de una colectividad, de un grupo social, o una persona determinada, tienen respecto al exterior de una persona, o de una cosa, en lo que se refiere a sus calidades o cualidades fundadas en Derecho, cuando pueden o no tenerlas.

---

<sup>215</sup> Contreras López, Raquel Sandra, *op. cit.*, nota 206, pp. 810-831.

Por ello, la apariencia es un fenómeno que se da en los miembros de una colectividad, grupo social o en una persona determinada, de una manera ya espontánea o ya inducida por otra persona o por el propio Estado, como es la que logra el propio Ordenamiento jurídico, a través de los registros públicos, en donde la apariencia que se provoca en los miembros de una colectividad o de terceros para efectos registrales, hace surgir tanto a favor de ellos, una presunción *juris tantum*, a pesar de que el Derecho ahí, inscrito o cancelado, pueda o no coincidir con una realidad, como a favor o en contra del titular ahí, inscrito o cancelado, también, una presunción *juris tantum*. En cambio, la ficción jurídica es el producto del Derecho, mediante la cual se atribuye a una persona o a un cosa, una naturaleza jurídica que en realidad no tiene.<sup>216</sup>

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

La ficción puede considerarse como una noción contraria a la apariencia jurídica, esto es, como una “antiapariencia”. La ficción jurídica es una situación de Derecho determinada por el legislador, así como sus alcances y sus efectos por razones de conveniencia. En la apariencia hay una percepción por los miembros de una colectividad o una persona determinada, respecto a otra persona o cosa, percepción que puede o no coincidir con la realidad de esa persona o cosa percibida. Es la apariencia un resultado de la subjetividad de las personas a diferencia de la ficción, que es una situación objetiva, por determinación de la ley, de ahí que:

La ficción jurídica es una antiapariencia por que es una determinación de la ley en donde no cabe la apreciación personal, se establece como realidad que no es tal y, en conclusión, por que se da el proceso contrario a la apariencia: en ésta se ve y luego se piensa, y en la ficción se piensa en determinado sentido porque se ve lo que la ley dice, y no hay vuelta de hoja.<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 185.

<sup>217</sup> *Ídem*.

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

## 2. LA FICCIÓN JURÍDICA Y LA TEORÍA DE LA PRESUNCIÓN.

### 2.1. ETIMOLOGÍA.

El termino presunción, proviene del latín *prae*, que significa antes, y *sumere*, tomar; tomar de antemano o anticipadamente. Mediante las presunciones se forma o se deduce un juicio u opinión de las cosas y de los hechos, antes que éstos se demuestren o aparezcan por sí mismos.

*Praesumptio* y *praesumere* han tenido diferentes connotaciones en las fuentes jurídicas. *Praesumptio* se asimiló a privilegio, usurpación, arrogancia, opinión y a su vez *praesumere* se utilizó como creer, arrogarse, osar, tomar antes.

Se trata de expresiones que fijan tan sólo la función mental de todo individuo al presentir, creer o suponer, buscando por resultado el conocer, mediante la inducción, sobre la existencia de un hecho desconocido, apoyada en hechos conocidos y en el presupuesto de que debe ser verdadero en un caso concreto lo que suele serlo de ordinario en los demás casos en que acontecen los mismos hechos o concurren las mismas circunstancias.<sup>218</sup>

### 2.2. CONCEPTO.

El Diccionario de la Real Academia Española señala:

Presunción. (Del lat. *praesumptio*, *-ōnis*). 1. f. Acción y efecto de presumir. 2. f. *Der.* Hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado. ~ Absoluta. 1. f. *Der.* Presunción que no admite prueba en

---

<sup>218</sup> Venegas Álvarez, Sonia, *op. cit.*, nota 178, p. 2 y 3.



contrario. ~ de hecho y de derecho. 1. f. *Der.* Presunción absoluta. ~ de inocencia. 1. f. *Der.* La que se aplica a toda persona, aun acusada en un proceso penal, mientras no se produzca sentencia firme condenatoria. ~ de ley, o ~ de solo derecho. 1. f. *Der.* Presunción relativa. ~ Relativa. 1. f. *Der.* Presunción que la ley mantiene mientras no se produzca prueba en contrario.

En Derecho antiguo se refería a asumir un cargo sin Derecho, y sólo de manera figurada se le daba el significado de suponer. De donde resulta que la presunción es una hipótesis que se tiene por cierta mientras no se destruya por una prueba en contrario. En Derecho romano se estableció un verdadero sistema de presunciones. Posteriormente, ya en el Derecho canónico surgieron las presunciones que no admitían pruebas en contrario o presunciones *jure et de jure*.<sup>219</sup>

Al desarrollarse la Teoría legal de la prueba se generalizó la tendencia por sustituir por presunciones, la prueba por indicios, y luego se dio la división tripartita de las presunciones, esto es, en presunciones del pleno derecho, presunciones salvo prueba en contrario y presunciones de hecho, que fue incorporada al Código Napoleón y subsiste en el Derecho Moderno.<sup>220</sup>

La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o de hombre), con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos.<sup>221</sup>

En las presunciones creadas por el legislador que son de pleno Derecho, se considera cierto el hecho que contiene; las presunciones salvo prueba en contrario, se considera cierto el hecho, mientras no se aporte prueba en contra que desestime el hecho.

---

<sup>219</sup> Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, T.II 5ª Ed. Argentina, Zavallía, 1981.

<sup>220</sup> *Ídem*

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 694.

La presunción legal o del legislador, tienen principalmente una función sustancial y extraprocesal, además, de la indirectamente probatoria, esto es, darle seguridad jurídica a situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial;<sup>222</sup> como la presunción de la prueba de la paternidad por cualquier prueba biológica o proveniente de los avances científicos, o la presunción de capacidad de los mayores de edad, para ejercer sus derechos, entre otras.

La presunción judicial o del hombre, desempeña una función procesal, sin ser medio de prueba, de ahí, que ésta sea una de las diferencias más importantes entre la presunción legal o del legislador, con la del ser humano o judicial.<sup>223</sup>

La ley define a la presunción como:

La consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar de otro desconocido: la primera se llama legal y la segunda humana.<sup>224</sup>

Por tanto las presunciones se dividen en:

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

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

---

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 695.

<sup>223</sup> *Ídem*.

<sup>224</sup> Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal:

Artículo 379.- Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama legal y la segunda humana.

Artículo 380.- Hay presunción legal cuando la ley la establece expresamente y cuando la consecuencia nace inmediata y directamente de la ley; hay presunción humana, cuando de un hecho debidamente probado se deduce otro que es consecuencia ordinaria de aquél.

Artículo 381.- El que tiene a su favor una presunción legal, sólo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción.

Artículo 382.- No se admite prueba contra la presunción legal, cuando la Ley lo prohíbe expresamente y cuando el efecto de la presunción es anular un acto o negar una acción, salvo el caso en que la ley haya reservado el derecho de probar.

Artículo 383.- En los supuestos de presunciones legales que admiten prueba en contrario opera la inversión de la carga de la prueba.

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

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

Se llama presunción al acto de aceptar la veracidad de un hecho por la evidencia de otro del que normalmente depende aquel hecho no probado; la presunción es, por lo tanto, una dispensa de prueba por la existencia de una probabilidad. Según la intensidad de esta presunción, se distingue entre presunciones *iuris tantum*: únicamente de Derecho, son aquellas que se pueden invalidar por una prueba de la inexistencia del hecho presumido, y otras *iuris et de iure*, de derecho y por Derecho, en las que toda prueba es excluida.<sup>225</sup>

La Suprema Corte de Justicia a través de diversos criterios ha señalado que según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, se apreciarán en conciencia el valor de las presunciones, hasta el grado de poder considerar que su conjunto forma prueba plena.<sup>226</sup>

Establece como principios de las presunciones: grave, precisa y concordante. Grave: digna de ser aceptada por personas de buen criterio. Precisa: que el hecho en el cual se funde sea parte, antecedente o consecuencia de aquel que se quiere probar. Cuando fueren varias las presunciones han de ser concordantes: tener un enlace entre sí. De ahí que para cumplir con esos principios el juzgador, haciendo uso de su amplio arbitrio, debe argumentar para justificar su decisión, apegado a las reglas de la sana crítica.<sup>227</sup> Asimismo, los criterios refieren que

---

<sup>225</sup> Venegas Álvarez, Sonia, *op. cit.*, nota 178, p. 5.

<sup>226</sup> PRUEBA PRESUNTIVA. SU VALORACIÓN. Los tribunales, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de las presunciones, hasta el grado de poder considerar que su conjunto forma prueba plena. [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XV, Enero de 2002; Pág. 1205. Registro No. 187931.

<sup>227</sup> PRUEBA PRESUNCIONAL LEGAL Y HUMANA. PRINCIPIOS QUE LA RIGEN (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL). Al pronunciar una resolución judicial, de manera especial han de ser consideradas las presunciones legales y humanas

para establecer la presunción, en este caso humana, por provenir del juzgador y no de la ley, es imprescindible que la inferencia judicial se realice a partir de un hecho plenamente acreditado y no de la misma presunción, pues hacerlo, claramente invierte el orden lógico en que la norma transcrita está redactada. Esto es, la ley señala que la presunción nace de un hecho probado y no que un hecho no probado nace de la presunción, lo cual es entendible, porque de otro modo se caería en el extremo de estimar como ciertos hechos conceptuados únicamente en el intelecto del Juez, lo que evidentemente resulta incompatible con la pretensión de búsqueda de la verdad real.<sup>228</sup>

En la doctrina jurídica procesal de nuestros días es casi unánime la convicción de que las dos clases de presunciones: legales y humanas no son propiamente pruebas, sino un argumento lógico que permite al juzgador otorgar convicción al indicio o a las pruebas en general, es decir, la función racional que efectúa el Juez para inferir a partir de un hecho probado la existencia de otro desconocido. Cuando la presunción está prevista en la ley se llama legal, mientras que la judicial es aquella que realiza el órgano decisor según las reglas de la lógica y la

---

previstas en los artículos 379 al 383 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, con base en los principios que las rigen, los cuales se hacen consistir en que la presunción debe ser grave (digna de ser aceptada por personas de buen criterio), precisa (que el hecho en el cual se funde sea parte, antecedente o consecuencia de aquel que se quiere probar), y que cuando fueren varias las presunciones han de ser concordantes (tener un enlace entre sí). De ahí que para cumplir con esos principios el juzgador, haciendo uso de su amplio arbitrio, debe argumentar para justificar su decisión, apegado a las reglas de la sana crítica. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXXII, Agosto de 2010; Pág. 2329. Registro 163976.

<sup>228</sup> PRUEBA PRESUNCIONAL HUMANA. PARA ESTABLECERLA ES IMPRESCINDIBLE QUE LA INFERENCIA JUDICIAL SE REALICE A PARTIR DE UN HECHO PLENAMENTE ACREDITADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). El artículo 410 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla establece: "Presunción es la consecuencia que la ley o el Juez deducen de un hecho conocido, para averiguar la verdad de otro desconocido; la primera se llama legal y la segunda humana.". En tales condiciones, para establecer una presunción, en este caso humana, por provenir del juzgador y no de la ley, es imprescindible que la inferencia judicial se realice a partir de un hecho plenamente acreditado y no de la misma presunción, pues hacerlo, claramente invierte el orden lógico en que la norma transcrita está redactada. Dicho en otras palabras, la ley señala que la presunción nace de un hecho probado y no que un hecho no probado nace de la presunción, lo cual es entendible, porque de otro modo se caería en el extremo de estimar como ciertos hechos conceptuados únicamente en el intelecto del Juez, lo que evidentemente resulta incompatible con la pretensión de búsqueda de la verdad real consignada en el artículo 443 de la legislación procesal invocada. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XX, Agosto de 2004; Pág. 1657. Registro No. 180820.

experiencia, también llamada humana. Entre las legales, las presunciones son relativas *iuris tantum* o absolutas *iuris et de iure*, según admitan o no prueba en contrario. Así, esa verdad provisional o absoluta proviene de lo dispuesto por el legislador, de manera que una vez comprobado el hecho al Juez le corresponde atribuir certeza a sus consecuencias.<sup>229</sup>

La jurisprudencia considera a la presunción como un argumento lógico o una prueba que se establece por medio de consecuencias que sucesivamente se deduzcan de los hechos, los cuales deben estar en relación tan íntima que de los unos se llegue a los otros por medio de una conclusión muy natural; por lo que no es necesaria la existencia de los hechos uno comprobado y otro no manifiesto aún y que se trate de demostrar, racionalizado del hecho conocido. Esta prueba, calificada según la doctrina como prueba artificial, se finca a través de los frutos obtenidos por el análisis de los hechos, de modo congruente, objetivo y razonado.<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> PRESUNCIÓN RELATIVA EN MATERIA CIVIL. SI LA LEY LE OTORGA EFICACIA PROBATORIA PLENA, PARA DESTRUIR SU EFECTO ES INSUFICIENTE OPONER INDICIOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). En la doctrina jurídica procesal de nuestros días es casi unánime la convicción de que las dos clases de presunciones: legales y humanas no son propiamente pruebas, sino el principio o argumento lógico que permite al juzgador otorgar mérito convictivo al indicio o a las pruebas en general, es decir, es la función racional que efectúa el Juez para inferir a partir de un hecho probado la existencia de otro desconocido. Cuando la presunción está prevista en la ley se llama legal, mientras que la judicial es aquella que realiza el órgano decisor según las reglas de la lógica y la experiencia, también llamada humana. Entre las legales, las presunciones son relativas *iuris tantum* o absolutas *iuris et de iure*, según admitan o no prueba en contrario. Así, esa verdad provisional o absoluta proviene de lo dispuesto por el legislador, de manera que una vez comprobado el hecho al Juez le corresponde atribuir certeza a sus consecuencias. Ahora bien, de acuerdo con la interpretación sistemática de los artículos 258, 373 y 391 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Chihuahua, la falta de contestación de la demanda genera la presunción de tener por confesados los hechos que en ella se imputen y a su vez esa confesión tácita, resultado de una presunción legal relativa, debe ser valorada como una prueba cuya certeza sólo es destruible mediante otra probanza que se aporte en sentido contrario; pero, además, es necesario tener presente que el último dispositivo citado precisa con claridad que las presunciones legales hacen prueba plena. De lo anterior se concluye que la idoneidad de la contraprueba ha de ser tal que resulte contundente para vencer la plenitud convictiva que la ley le atribuye a la confesión tácita, de manera que si el demandado no ofrece prueba alguna o sólo aporta un indicio o varios no articulados entre sí, o una o varias pruebas disociadas que la ley no les reserve la calidad de plenas, entonces, no es posible vencer la solidez atribuida por el ordenamiento adjetivo de mérito a la presunción relativa de que se trate. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XVIII, Noviembre de 2003; Pág. 1004. Registro No. 182792.

<sup>230</sup> PRESUNCIÓN HUMANA. DEBE OBTENERSE DE MODO CONGRUENTE, OBJETIVO Y RAZONADO, CON EL FIN DE QUE PUEDA CONSIDERARSE DEMOSTRADA CIERTA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE LAS PARTES. Para que una relación contractual alegada

Para que se constituya la prueba es necesario que se encuentre probados los hechos básicos de los cuales deriva las presunciones, así como la armónica lógica, natural y concatenamiento legal que exista entre la verdad conocida y la que se indaga, valorando globalmente todos los elementos probatorios que surjan en el proceso. De su enlace natural deberá inferirse una verdad resultante que inequívocamente conduzca a la verdad pretendida, siendo, en consecuencia, dicho enlace objetivo y no subjetivo; es decir, debe ponerse de manifiesto para que sea digno de acapararse por quien lo examina con recto criterio.

Estos criterios de la Corte, no establecen un criterio unánime de lo que es o son las presunciones, al señalar como:

- 1.- Un medio de prueba, lo que implica que la presunción es la afirmación obtenida con la operación intelectual realizada por el legislador o el juez.
- 2.- Un subgrado de prueba por la existencia de una probabilidad o una disposición legal.
- 3.- Una actividad intelectual del legislador o del juez, que partiendo de un indicio, afirma un hecho distinto pero relacionado con el primero causal o lógicamente.<sup>231</sup>

### 2.3. DISTINCIÓN ENTRE FICCIÓN Y PRESUNCIÓN.<sup>232</sup>

FICCIÓN	PRESUNCIÓN
Parten de regular ideas de lo inexistente, reconocidas por el Derecho, dándole una naturaleza distinta a la que en rigor le	Parten de hechos regulados por el Derecho

---

como fuente u origen de la suscripción del título de crédito básico de la acción pueda conformar presunción en cierto juicio, la inconforme demandada debe corroborar las defensas y excepciones que oponga dirigidas a ese respecto; de no hacerlo, es incuestionable que ante ello inexistente evidencia legal y objetiva que permitiera llegar a la actualización de tal presunción en forma congruente, lógica y razonada. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XIV, Agosto de 2001; Pág. 1391. Registro No. 188999.

<sup>231</sup> Venegas Álvarez, Sonia, *op. cit.*, nota 178, p 7.

<sup>232</sup> *Ibidem*, pp. 58-64.

corresponde y resulta una verdad jurídica.	
Se utiliza para tener consecuencias necesarias de Derecho y es una regla jurídica que no necesita probarse, por ser una verdad legal.	Se utiliza como medio de prueba, para comprobar hechos.
Es norma sustantiva.	Su naturaleza es probatoria.
Para producir sus efectos jurídicos, no es necesaria la existencia de un hecho; no se requiere de argumentaciones.	Para producir sus efectos jurídicos, es necesaria la demostración del hecho, toda vez que el juez infiere de éste la existencia de otros hechos, a través de argumentaciones.
Es un mandato legal que no se funda en ninguna regla general de experiencia, sino en la voluntad del legislador, que parte de una base absolutamente contraria: el conocimiento de que la realidad es distinta. No admiten prueba en contrario, es admisión puramente imaginaria de circunstancias que se sabe no corresponden a la realidad, con el fin de dar contenido a una determinada norma.	Es un mandato legal que se funda en regla general de experiencia, en lo constante de los fenómenos físicos o morales. Las presunciones <i>iuris et de iure</i> no admiten prueba en contrario.
Es la afirmación de un hecho que es diferente a la verdad empírica.	Es la dispensa de la prueba de un hecho que tiene probabilidades de verdad.
No admite prueba en contrario.	La presunción <i>iuris tantum</i> , si admite prueba en contrario; la <i>iuris et de iure</i> no admiten prueba en contrario, se equipara a las ficciones.

### 3. LA FICCIÓN JURÍDICA Y LA TEORÍA DE LA ANALOGÍA.

#### 3.1. ETIMOLOGÍA Y CONCEPTO.

El término analogía proviene del latín *analogia*, y este del griego *ἀναλογία*, que significa porción, semejanza.

El Diccionario de la Real Academia Española, señala:

Analogía. 1. f. Relación de semejanza entre cosas distintas. 2. f. Razonamiento basado en la existencia de atributos semejantes en seres o cosas diferentes. 3. f. Biol. Semejanza entre partes que en diversos

organismos tienen una misma posición relativa y una función parecida, pero un origen diferente. 4. f. Der. Método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella. 5. f. Gram. Semejanza formal entre los elementos lingüísticos que desempeñan igual función o tienen entre sí alguna coincidencia significativa. 6. f. Ling. Creación de nuevas formas lingüísticas, o modificación de las existentes, a semejanza de otras; p. ej., los pretéritos *tuve*, *estuve*, *anduve* se formaron por analogía con *hube*.<sup>233</sup>

La analogía es un proceso de integración del Derecho en virtud del cual el mandato de una norma se aplica a un supuesto no expresamente previsto en ella ni regulado en el ordenamiento jurídico, proceso que se lleva a cabo porque existe una identidad de razón entre ambos supuestos –el que se halla expresamente previsto en la norma jurídica y el que no está previsto en el ordenamiento–.

La analogía tiene lugar cuando aparecen las llamadas lagunas legales; esto es, ante la falta de reglas jurídicas de un determinado hecho o acto, es sujeto a una rama del Derecho mediante un proceso de integración al existir una razón de afinidad con otro que sí se encuentra regulado expresamente previsto en una norma.

En los procesos de aplicación analógica no hay norma aplicable al caso en estudio, y lo que se pretende es subsumirlo al mandato de una norma, ésta sí, preexistente.<sup>234</sup>

Frecuentemente la ley prohíbe la aplicación de la analogía en ciertos aspectos, por atender contra la seguridad jurídica. Por ejemplo, el ordenamiento constitucional señala que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.<sup>235</sup>

---

<sup>233</sup> Diccionario de la Real Academia Española. [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=analogía](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=analogía). Consultada el 14 de mayo de 2012.

<sup>234</sup> Venegas Álvarez, Sonia, *op. cit.* nota 178, pp. 104 y 105.

<sup>235</sup> Artículo 14 Constitucional. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino



Se recurre a la analogía cuando la ley no lo prohíbe, sobre todo para dar cumplimiento a los principios de generalidad e igualdad de la ley, de modo que una ley despliegue sus efectos sobre supuestos no previstos por la norma, pero que, dadas las condiciones, son semejantes a los que si ampara la ley, bajo la justificación que el legislador no puede prever todo.<sup>236</sup> Por ejemplo, la legislación civil señala que los contratos que no están especialmente reglamentados, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía.<sup>237</sup>

### 3.2. DISTINCIÓN ENTRE FICCIÓN Y ANALOGÍA.

Se justifica la aplicación de la analogía cuando a una situación no prevista en la ley se aplica un precepto similar o semejante por ser coincidente la razón para resolverlo. Además, es la forma idónea de cubrir lagunas de ley y como forma de integrar los textos. Es para la ley un elemento de aplicación de una misma disposición a todos aquellos casos no previstos, siempre y cuando tengan identidad de razonamientos jurídicos.<sup>238</sup>

---

mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. 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.

<sup>236</sup> Venegas Álvarez, Sonia, *op. cit.* nota 178, pp. 104 y 105.

<sup>237</sup> Artículo 1858 del Código Civil Federal y del Distrito Federal.

<sup>238</sup> ANALOGÍA, PROCEDE LA APLICACIÓN POR, DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Es infundado que las tesis o jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o sus Salas, no puedan ser aplicadas por analogía o equiparación, ya que el artículo 14 constitucional, únicamente lo prohíbe en relación a juicios del orden criminal, pero cuando el juzgador para la solución de un conflicto aplica por analogía o equiparación los razonamientos jurídicos que se contienen en una tesis o jurisprudencia, es procedente si el punto jurídico es exactamente igual en el caso a resolver que en la tesis, máxime que las características de la jurisprudencia son su generalidad, abstracción e impersonalidad del criterio jurídico que contiene. [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; IX, Junio de 1999; Pág. 837; Registro: 193 841.

Las ficciones sirven para regular aspectos inmateriales, por lo tanto, ante la falta de materialidad de algunas cosas, estas se consideran “como si” tuvieran una realidad empírica, por lo tanto las ficciones, son tomadas como verdades en la realidad jurídica. Por otro lado, la analogía es un medio de aplicar normas a hechos no regulados. Así, cuando el Derecho reconoce una situación inmaterial, para establecer su regulación recurre a la analogía. Las ficciones jurídicas son verdades legales, y no requieren apreciaciones subjetivas o pruebas para considerarlas como tales.

#### 4. LA FICCIÓN JURÍDICA Y LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN.

##### 4.1. ETIMOLOGÍA Y CONCEPTO.

El termino interpretación proviene del latín *interpretatĭo, -ōnis*, que significa explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto.<sup>239</sup>

El Diccionario de la Real Academia Española, señala:

Interpretación. 1. f. Acción y efecto de interpretar. ~ Auténtica. 1. f. Der. La que de una ley hace el mismo legislador. ~ de lenguas. 1. f. Secretaría en que se traducen al español o a otras lenguas documentos y papeles legales. ~ Doctrinal. 1. f. Der. La que se funda en las opiniones de los jurisconsultos. ~ usual. 1. f. Der. La autorizada por la jurisprudencia de los tribunales.<sup>240</sup>

La interpretación jurídica es un proceso de comprensión del contenido de uno o varios preceptos legales, con el objeto de determinar el sentido de una norma. Al intérprete del Derecho le interesa conocer el sentido gramatical, como el pensamiento contenido en la estructura lógico-jurídica del precepto legal – supuesto, deber ser y consecuencia– con la finalidad de aplicar la norma general al caso concreto.

---

<sup>239</sup> Diccionario de la Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/>. Consultada el 12 de octubre de 2011.

<sup>240</sup> Ídem.

Los tipos de interpretación son:

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

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

3.- Judicial. Es la realizada por Jueces, Magistrados o Ministros, por ello, es obligatoria.

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

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

1.- La indagación de la voluntad del legislador; o bien,

2.- Que una vez promulgada la ley, se desvincula de todo aquello que el legislador quiso establecer en la norma, y ésta adquiere con independencia de la voluntad de su autor, una supuesta voluntad propia, variable según la época histórica, el momento y las circunstancias de su aplicación por el juzgador en cada caso concreto; otras sostienen que,

3.- El juzgador en cada caso concreto de aplicación, debe sustraerse a la voluntad presunta del legislador, si el problema no está resuelto en la ley, debe considerarse como si éste estuviera presente en el momento de decidir el conflicto no previsto.

Estas escuelas, crearon su propio sistema o método de interpretación, con base en su propia concepción del Derecho, así, desde la época romana se llevó a cabo

ésta labor, no obstante, tuvo mayor auge a principios del siglo XIX con motivo de la aplicación del Código Civil francés de 1804.<sup>241</sup>

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

La interpretación se clasifica según la extensión y alcances que a la misma se le asigne en.<sup>242</sup>

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

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

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

#### 4.2. INTERPRETACIÓN CONFORME.

La interpretación conforme se ha utilizado en términos del artículo 14, párrafo cuarto, respecto a los juicios de orden civil; en el artículo 133, principio de supremacía constitucional; a través de criterios jurisprudenciales de la Corte. Éste

---

<sup>241</sup> Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho civil*. 26ª. Ed., México, Porrúa, 2009, p. 100-105.

<sup>242</sup> *Ídem*.

principio indica, que cuando una ley admita dos o más interpretaciones que sean diferentes y opuestas, debe recurrirse a la "interpretación conforme" a la Constitución Federal, que debe prevalecer como la interpretación válida, eficaz y funcional; esto es, de entre varias interpretaciones posibles siempre debe prevalecer la que mejor se ajuste a las exigencias constitucionales dado que es la normatividad de mayor jerarquía y que debe regir sobre todo el sistema normativo del país.<sup>243</sup>

En la reforma constitucional sobre Derechos Humanos, se estableció la interpretación conforme en el segundo párrafo del artículo primero como principio hermenéutico de derechos fundamentales; el cual permite jurídicamente la armonización entre el Derecho nacional y el Derecho internacional, más no una

---

<sup>243</sup> INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. DE ACUERDO A ELLA LOS TRIBUNALES ORDINARIOS PUEDEN CALIFICAR EL ACTO IMPUGNADO Y DEFINIR LOS EFECTOS QUE SE DEDUCEN DE APLICAR UN PRECEPTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. El artículo 133 de la Constitución Federal dispone: "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.". Lo anterior significa que deben nulificarse o dejar sin efectos las leyes o los actos que violenten lo dispuesto en la Constitución, pues los principios, valores y reglas que el propio ordenamiento consagra deben prevalecer con supremacía y en todo tiempo. Por tanto, si un precepto legal contraviene lo estipulado en la Constitución debe declararse su inconstitucionalidad en términos de los procedimientos respectivos, dando pauta así a la integración de la jurisprudencia, o bien, si se trata de un acto de autoridad que se fundamente en una ley declarada inconstitucional, debe nulificarse u ordenarse que cesen sus efectos. Asimismo, en virtud del principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo que se comenta, los legisladores deben expedir las leyes ordinarias con apego al Máximo Ordenamiento que opera como limitante de la potestad legislativa, de manera que cuando una ley admita dos o más interpretaciones que sean diferentes y opuestas, debe recurrirse a la "interpretación conforme" a la Constitución Federal, que debe prevalecer como la interpretación válida, eficaz y funcional, es decir, de entre varias interpretaciones posibles siempre debe prevalecer la que mejor se ajuste a las exigencias constitucionales dado que es la normatividad de mayor jerarquía y que debe regir sobre todo el sistema normativo del país. Es cierto que los tribunales ordinarios no pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley pues, por una parte, su esfera competencial se circunscribe al estudio de la legalidad del acto ante ellos impugnado y, por otra, los únicos órganos jurisdiccionales que tienen competencia para hacerlo son los del Poder Judicial de la Federación. Sin embargo, aquéllos pueden calificar el acto impugnado y definir los efectos que se deducen de aplicar un precepto declarado inconstitucional de acuerdo a la "interpretación conforme", a fin de lograr que prevalezcan los principios y valores consagrados a nivel constitucional. [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXII, Agosto de 2005; Pág. 1656.

imposición de esta última; al estar sujeto al de mayor alcance protector conforme al principio *pro-persona*, y no bajo un criterio de jerarquía normativa.<sup>244</sup>

#### 4.3. DISTINCIÓN ENTRE FICCIÓN E INTERPRETACIÓN.

La norma jurídica para ser aplicada al caso particular requiere de su interpretación, esto es, desentrañar el contenido de la disposición con base en su contexto, de manera clara e indudable, para así precisar los alcances y sentidos de la misma. Y al ser esta una práctica subjetiva, no producirá unanimidad de criterios.

Por ello, al aplicar normas que contienen ficciones, se interpreta según los criterios admitidos por el Derecho en general y la naturaleza que la propia ficción le da a la norma a desentrañar.

---

<sup>244</sup> PATERNIDAD. EL VARÓN DISTINTO DEL MARIDO ESTÁ LEGITIMADO PARA CUESTIONAR LA DEL HIJO NACIDO EN EL MATRIMONIO DE LA MADRE CON AQUÉL, PERO LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA DEPENDERÁ DE LA PONDERACIÓN QUE HAGA EL JUZGADOR PARA DETERMINAR QUE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN ARMONIZA EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR CON LOS DEMÁS DERECHOS INHERENTES (LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE GUANAJUATO Y DE NUEVO LEÓN). Los artículos 430 y 345 de los Códigos Civiles de Guanajuato y Nuevo León, respectivamente, en cuanto obstaculizan la posibilidad de que un varón distinto del marido cuestione la paternidad del menor nacido durante el matrimonio de la madre con el cónyuge que lo reconoció como hijo, carecen de racionalidad constitucionalmente válida; por tanto, de una interpretación conforme con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales de los que nuestro país es parte, dicha prohibición debe ceder en beneficio de los derechos humanos reconocidos, especialmente el que tutela el acceso a la administración de justicia, con el fin de establecer que dicho tercero sí cuenta con el derecho de ejercer la acción correspondiente; sin embargo, la admisión de la instancia dependerá, en cada caso, del ejercicio de ponderación que habrá de realizar el juzgador, tomando en cuenta todos los factores que convergen en el caso, como lo son la integralidad de la familia donde se ha desenvuelto el menor, la situación general que éste guarda, así como el estado en que se encuentra la relación matrimonial y especialmente de cada consorte con respecto al menor, así como el derecho a la identidad, entre otros aspectos importantes. Lo anterior, a través de los medios de convicción suficientes que allegue el demandante o los que de oficio obtenga el juez, para determinar si el pretendido ejercicio del derecho mencionado armoniza todos los derechos inherentes con el derivado principalmente del interés superior del menor, para que en caso de que se estime propicio se admita la demanda y pueda incoarse el proceso, en donde todos los involucrados tendrán iguales oportunidades de ser oídos como establece la ley. [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro X, Julio de 2012, Tomo 1; Pág. 705.

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

## 5. FICCIÓN, JUSTICIA Y EQUIDAD.

### 5.1. CONCEPTO DE JUSTICIA.

La Justicia ha sido explicada de diversas maneras:

Los PITAGÓRICOS conciben la justicia como una correspondencia o igualdad proporcional entre términos contrapuestos, la cual puede expresarse en el número cuadrado. ARISTÓTELES entiende la justicia en un sentido latísimo como proporcionalidad de los actos (el justo medio entre el exceso y el defecto), principio de toda virtud; y en sentido general pero aplicado a la vida del Estado, la justicia es la virtud suprema, la suma y compendio de las demás virtudes del ciudadano; consiste en una proporcionalidad en las distribuciones de los honores, funciones, bienes y cargas, y en una equivalencia en el cambio entre la prestación y la contraprestación, y entre la transgresión y la pena. Para ULPIANO consiste en dar a cada uno lo que le corresponde. DOMINGO DE SOTO dice que la justicia hace igualdad entre el que debe y el otro a quien le debe, y consiste en poner medio entre las cosas, por el cual haya igualdad entre los hombres. GROCIO la define como la equivalencia o proporcionalidad en los cambios y en la distribución, y análogamente PUFFENDORF y VICO, quien asimismo distingue entre justicia conmutativa y distributiva: la primera es una igualdad aritmética entre términos iguales, y la segunda establece una proporcionalidad geométrica entre los términos desiguales, para la atribución de dignidades y funciones. WOLF la propugna como principio de igualdad aritmética. En KANT la idea de igualdad se proyecta sobre la libertad: “Libertad (independencia, de la imposición del arbitrio ajeno), en cuanto pueda coexistir con la libertad de cada cual según una ley general. Para DEL VECCHIO, la justicia exige que “todo sujeto sea reconocido (por los otros) por aquello que vale y que a cada uno le sea atribuido (por los otros) aquello que le corresponde”. La justicia, expresa Verneerch, rige aquellos actos que necesariamente han de ejecutarse en virtud de un título que existe en otra persona, “lo suyo”, expresa el título que tiene cada persona frente a sus semejantes, como la “deuda” u obligación representa las prestaciones correlativas a ese título; la justicia satisface esta deuda

adecuadamente, exigiendo perfecta igualdad entre la obligación y su cumplimiento.<sup>245</sup>

En estas definiciones se identifica a la justicia con la idea de igualdad a las exigencias de un orden fundado en la naturaleza misma del hombre: la justicia es la igualdad en el trato, en orden al bien individual y social del ser humano, y no simplemente igualdad.<sup>246</sup>

Señala Kant que el jurista justo abandonará el método empírico (positivo) y utilizar los principios mólales allegados por la razón.

Lo que sea de Derecho (*quid sit iuris*), es decir, lo que dicen o lo han dicho las leyes en un determinado lugar y en un tiempo determinado, aún puede muy bien indicarlo: pero si también es justo lo que se proponían y el criterio general para reconocer tanto lo justo como lo injusto (*iustum et iniustum*), permanecerán ocultos para él si no abandona durante largo tiempo aquellos principios empíricos, y busca las fuentes de aquellos juicios en la mera razón (si bien aquellas leyes pueden servirle para ello perfectamente como hilo conductor) para elegir los fundamentos de una posible legislación positiva. Una doctrina jurídica únicamente empírica es (como la cabeza de madera en la fábula de Fedro) una cabeza, que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene sesos...<sup>247</sup>

Define al Derecho como “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad.”<sup>248</sup> Por ello, refiere que el Derecho más estricto es el más injusto, sin que se pueda remediar por el camino jurídico, sino a través de la conciencia.<sup>249</sup>

Para RAWLS, la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, por ello, sin importar que las leyes e instituciones sean eficaces, si son injustas deberán ser abrogadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la

---

<sup>245</sup> Preciado Hernández, Rafael, *op. cit.*, nota 128, p. 191.

<sup>246</sup> *Ídem*.

<sup>247</sup> Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 83, p. 38.

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 45



justicia que ni el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Por esta razón, la pérdida de libertad de algunos para el beneficio de la mayoría, no es justicia. En una sociedad justa, los derechos protegidos no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. Lo que permite tolerar una teoría errónea, es la necesidad de evitar una injusticia mayor.

Una sociedad está bien ordenada cuando promueve el bien de sus miembros y está eficazmente regulada por una concepción pública de justicia, esto es, se aceptan los mismos principios de justicia y las instituciones sociales básicas satisfagan estos principios. Las sociedades rara vez están ordenadas, usualmente está en discusión lo qué es justo y lo qué es injusto; sin embargo, a pesar del desacuerdo, aceptan la necesidad de disponer de un conjunto de principios que asignen derechos y deberes básicos, y de determinar lo que consideran la distribución correcta de las cargas y beneficios de la cooperación social.

Las instituciones son justas cuando no se hacen distinciones arbitrarias entre las personas al asignarles derechos y deberes básicos, y cuando las reglas determinan un equilibrio debido entre cargas y beneficios en la vida social. Los hombres pueden estar o no de acuerdo con esta descripción de las instituciones justas, ya que las nociones de distinción arbitraria y de equilibrio debido, cada quien las interpretará de acuerdo con los principios de justicia que acepte.

La justicia de un esquema social depende esencialmente de cómo se asignan los derechos y deberes fundamentales, y de las oportunidades económicas y las condiciones sociales en los diversos sectores de la sociedad.<sup>250</sup>

## 5.2 ESPECIES DE JUSTICIA.

La justicia social se divide en: general o legal, y particular; esta última en distributiva, conmutativa y social.

---

<sup>250</sup> Rawls John, *Teoría de la justicia*, 2ª. Ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 17-20.

La justicia se divide en general y particular, según que considere los actos humanos en relación con lo que exige la conservación de la unidad social y el bien común, o en relación con lo que corresponde a los particulares entre sí o frente a la comunidad. La primera regula los derechos de la sociedad, y la segunda los derechos de los particulares. La justicia genera es también llamada legal, porque es propio de la de las leyes humanas determinar los actos debidos al bien común que la sociedad tiene derecho a exigir.

La justicia distributiva, regula la participación que corresponde a cada uno de los miembros de la sociedad en el bien común, asigna el bien común distribuible, así como las tareas o cargas con que los particulares deben contribuir. Tiene como objeto directo los bienes comunes que hay que repartir; y como indirecto las cargas. Como no todos los particulares son iguales ni contribuyen en la misma proporción al bien común, el criterio racional de la justicia distributiva es el de una igualdad proporcional. La justicia conmutativa, exige equivalencia entre la prestación y la contraprestación, entre el delito y la pena.

La justicia social tiene por objeto propio la repartición equitativa de la riqueza superflua; en esta relación, el sujeto pasivo son los poseedores de esa riqueza (tierra, productos, herramientas), el sujeto activo los indigentes (posee la fuerza corporal y espiritual para trabajar), el objeto material las cosas superfluas, y el objeto formal el derecho de los indigentes.<sup>251</sup>

### 5.3 JUSTICIA Y EQUIDAD.

El Diccionario de la Real Academia Española, define a la Equidad como:

Equidad. (Del lat. *aequitas*, -*ātis*). 1. f. Igualdad de ánimo. 2. f. Bondadosa templanza habitual. Propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley. 3. f. Justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva. 4. f. Moderación en el precio de las

---

<sup>251</sup> Preciado Hernández, Rafael, *op. cit.*, nota 128, pp. 192-198.

cosas, o en las condiciones de los contratos. 5. f. Disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece.<sup>252</sup>

Señala Kant que la equidad es la razón para apelar al deber ético de otros (a su benevolencia y bondad) que se apoya en el Derecho.<sup>253</sup>

Rawls explica la equidad a través de los dos principios de justicia:

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.<sup>254</sup>

A una persona debe exigírsele que cumpla con su obligación como lo definen las reglas de una institución, sólo si se satisfacen dos condiciones: a) que la institución sea justa (o equitativa), esto es, que satisfaga los dos principios de la justicia; y b) que se acepten voluntariamente los beneficios del acuerdo o que saque provecho de las oportunidades que ofrece para promover los propios intereses. Esto es, no está permitido obtener ganancias de los demás sin haber cumplido con la parte proporcional.<sup>255</sup>

Las instituciones legales no prevén todas las situaciones posibles que son infinitas, incluso existen supuestos donde las disposiciones legales son perjudiciales; en estos casos, se aplica el principio de equidad: Criterio racional que exige una aplicación prudente de las normas jurídicas al caso concreto,

---

<sup>252</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=equidad>. Consultada el 14 de agosto de 2012.

<sup>253</sup> Kant, Imanuel, *op. cit.*, nota 83, p.44.

<sup>254</sup> Rawls, John, *op. cit.*, nota 250, p. 67 y 68.

<sup>255</sup> *Ibidem*, p. 133.

tomando en cuenta todas las circunstancias particulares, sus fines esenciales y sus principios supremos, que prevalezcan sobre tecnicismos legales.<sup>256</sup>

A lo largo de la Historia del Derecho, se han establecido leyes injustas, desde Antígona que protesta contra el edicto de Cretón, hasta algunas normas modernas,<sup>257</sup> entre otras: el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, el aborto, cláusula de inclusión sindical.

Los casos de equidad se establecen, cuando se hace una excepción porque la norma establecida produce una injusticia imprevista.<sup>258</sup>

---

<sup>256</sup> Preciado, *op. cit.*, nota 128, pp. 198-200.

<sup>257</sup> Villoro, Toranzo, *op. cit.*, nota 40, pp. 224.

<sup>258</sup> Rawls, John, *op. cit.*, nota 250, p. 224.

## CAPÍTULO IV. FICCIONES JURÍDICAS EN PARTICULAR.

La norma que contiene una ficción de Derecho altera la realidad de las cosas para crear su propia realidad –la realidad jurídica– por lo que establece el deber ser y no el ser.<sup>259</sup>

La ficción jurídica es una creación del legislador, e instrumenta un valor específico para darle contenido en un proceso legal, y en virtud de la cual se atribuyen a ciertos supuestos de hechos, efectos jurídicos distintos a los que en rigor le corresponden. De esta manera el legislador alcanza los efectos jurídicos deseados que, en ausencia de la ficción, no se podrían lograr frente a los hechos o realidades sociales.

La ficción jurídica no encierra mentira alguna, no falsea u oculta verdades, lo que hace es crear una verdad jurídica distinta de la naturaleza estrictamente empírica. Por ello, resulta ser el medio idóneo para obtener resultados prácticos.

Las ficciones tienen relevancia fundamental en razón de ser la piedra angular, de donde se desprende o surge la noción de Derecho. Al hacer un análisis en orden de importancia de las diversas ficciones jurídicas, la más relevante de entre ellas es la persona inmaterial, al considerar que incluso es una persona de este tipo quien elabora la ley y les da reconocimiento a las otras de similar género pero de diferente especie, esto es, el Estado. Otras ficciones son menos notorias, pero no por ello menos importantes; y el conjunto de todas han permitido resolver problemas que de otra manera no podrían alcanzarse.

En este capítulo se señalan siete géneros con sus subespecies, sin por ello asumir que quedan incluidos todos los géneros, especies y subespecies, que en el mundo jurídico son utilizadas y se requieren; ya que en materia de elaboración jurídica no existe más límite que el de la creatividad e imaginación de la mente

---

<sup>259</sup> Venegas Álvarez, Sonia, *op. cit.* nota 178, p. 149.

humana. Pero las que se anotan de alguna manera son las que revisten mayor importancia en la vida práctica.<sup>260</sup>

En la actualidad, se van requiriendo más ficciones para cubrir las expectativas de este mundo revolucionario en las ciencias y tecnologías, exigentes de creación y aceptación de nuevos métodos y sistemas de convivencia. Lo que antaño se consideraba imposible o resultaba inimaginable y en un pasado cercano se vislumbraba como excesivamente complejo, actualmente es una realidad, como la sociedad en red que a través del Internet celebra un sin número de actos con repercusión jurídica, como el comercio electrónico, trámites ante dependencias de Estado, trabajo, entre otros.

En la práctica jurídica, se pueden considerar como ficciones de mayor trascendencia: por ministerio de ley, persona moral, representación, incorporación de derechos, contractuales, sucesorias y de procedimiento.<sup>261</sup>

---

<sup>260</sup> Álamo, Javier, *op. cit.* nota 173, pp. 83-88.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p 86.

## 1. POR MINISTERIO DE LEY.

- 1.1. LA IGNORANCIA DE LA LEY NO EXIME DE SU CUMPLIMIENTO.
- 1.2. RETROACTIVIDAD.
- 1.3. SUBROGACIÓN.
- 1.4. TACITA RECONDUCCIÓN O PRORROGA DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

## 1. POR MINISTERIO DE LEY.

El Diccionario Jurídico Mexicano, editado por la UNAM, señala que se entenderá por ministerio de Ley, cuando:

Por expresa disposición legal, las consecuencias de un hecho jurídico se producen instantáneamente, y sin necesidad de declaración alguna de los interesados o de un órgano estatal de autoridad.<sup>262</sup>

En este caso, no se requiere voluntad, tiempo o exigencias, para que se den las consecuencias previstas, porque se deseen o no, las mismas se dan con base en la legislación aplicable.

Esto es, por ficción se establecen consecuencias legales que en la realidad empírica no se realizan, tales como: La ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, retroactividad, subrogación, tacita reconducción, entre otros.

### 1.1. LA IGNORANCIA DE LA LEY NO EXIME DE SU CUMPLIMIENTO.

El artículo 21 del Código Civil Federal establece que: “La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento.”<sup>263</sup> Por ello, una vez publicada la norma, se considera

---

<sup>262</sup> UNAM, *Diccionario jurídico mexicano*, t.6, 2009, p. 185.

<sup>263</sup> Artículo 21.- La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público.

como si todos los gobernados la conocieran, por lo que, al estar en el supuesto se estaría en la posibilidad de cumplirla.

La norma adquiere toda su fuerza y vigor aún para las personas que no tuvieron conocimiento factico o empírico de ella, pues el principio que rige es que todos están obligados a conocerla, la lean o no, se entienda o no.

El Derecho a través de esta ficción, establece que la norma al iniciar su vigencia ya ha sido conocida por los gobernantes, aún ante de la imposibilidad de tener un completo conocimiento de todas las normas existentes. Sin embargo, a las personas se les atribuye las consecuencias.

La finalidad de esta ficción es mantener la seguridad jurídica, el respeto y obediencia a la ley, pues de lo contrario, se podría evadir el deber, la obligación o la responsabilidad con decir que se ignora la misma.

Por ejemplo, Las sociedades irregulares reconocidas por la Ley General de Sociedades Mercantiles. Quien actúa –persona física– no tiene la intención de crear un nuevo ente jurídico, pero desde el momento en que actúa “como si fuera representante” de una sociedad no constituida, la ley le da reconocimiento, aunque dicha persona aduzca ignorar que la ley le iba a reconocer como irregular.<sup>264</sup> Esta ficción incluso genera otra ficción, ya que la sociedad no surge por la voluntad de las personas que en su nombre actúan, sino por disposición de la ley.

---

<sup>264</sup> Artículo 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles... Las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales, frente a terceros consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica.

Las relaciones internas de las sociedades irregulares se regirán por el contrato social respectivo, y, en su defecto, por las disposiciones generales y por las especiales de esta ley, según la clase de sociedad de que se trate...

Los que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de una sociedad irregular, responderán del cumplimiento de los mismos frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal, en que hubieren incurrido, cuando los terceros resultaren perjudicados...



## 1.2. RETROACTIVIDAD.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 14 que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Sin embargo, al interpretar esta norma a *contrario sensu*; esto es, sí se interpreta en beneficio de una persona, sí se puede aplicar la ley retroactivamente. Esto es, se aplicaran los efectos jurídicos de una nueva norma, respecto a hechos realizados antes de su vigencia y que subsisten en el tiempo de la misma.

La ficción consiste en que si bien al momento de realizarse el acto no existía la norma, y que con posterioridad surge, se finge –si es que se obtiene algún beneficio– que la disposición ya existía.

## 1.3. SUBROGACIÓN.

El artículo 2058 del Código Civil Federal establece los supuestos en que opera la subrogación y señala:

La subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:

- I. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente;
- II. Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación;
- III. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia;
- IV. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición.

Estas ficciones tienen relevancia al momento de constituir personas morales o al transmitirles derechos, por causa de transformaciones, escisiones, fusiones y absorciones de sociedades que pueden desaparecer y surgir nuevas personas subrogándose en su caso las que subsisten.

La ficción consiste en que a pesar de no celebrar contrato específico sobre los bienes cuya titularidad tenía la transformada, la escindida o la fusionada. La transformadora, la escidente y la fusionante adquieren derechos por subrogación.

En estos casos la ley prevé la transmisión en bloque de activos y pasivos, por lo que este tipo de relaciones la ley finge como si se hubiera pagado por haberse celebrado una cesión en particular o finge como si hubieran hecho un contrato específico sobre los bienes.

#### 1.4. TACITA RECONDUCCIÓN O PRORROGA DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

Para que opere la prórroga de contrato de arrendamiento de acuerdo al Código Civil, no es necesario convenio expreso entre el arrendatario y el arrendador, ni declaración judicial, sino que de conformidad con dicha legislación la prórroga opera por ministerio de ley, a partir de la fecha en que se venció el contrato, siempre y cuando se reúnan los requisitos exigidos por la misma.<sup>265</sup>

---

<sup>265</sup> Artículo 2487 del Código Civil para el Distrito Federal. Si después de terminado el plazo por el que se celebró el arrendamiento, el arrendatario continúa sin oposición en el uso y goce del bien arrendado, continuará el arrendamiento por tiempo indeterminado, estando obligado el arrendatario a pagar la renta que corresponda por el tiempo que exceda conforme a lo convenido en el contrato pudiendo cualquiera de las partes solicitar la terminación del contrato en los términos del artículo 2478. Las obligaciones contraídas por un tercero con objeto de garantizar el cumplimiento del arrendamiento, cesan al término del plazo determinado, salvo convenio en contrario.

## 2. PERSONA MORAL.

- 2.1. ETIMOLOGÍA Y CONCEPTO.
- 2.2. ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD.
  - 2.2.1. Nacionalidad.
  - 2.2.2. Patrimonio.
  - 2.2.3. Nombre.
  - 2.2.4. Domicilio.
  - 2.2.5. Capacidad.
  - 2.2.6. Estado Civil.
- 2.3. DERECHO CIVIL.
- 2.4. DERECHO MERCANTIL.
- 2.5. DERECHO ADMINISTRATIVO.
  - 2.5.1. Estado Federal.
    - 2.5.1.1. Territorio, Población y Poder.
  - 2.5.2. Entidad Federativa.
  - 2.5.3. Municipio.
  - 2.5.4. Sector Paraestatal
    - 2.5.4.1. Descentralizados.
    - 2.5.4.2. Empresas de Participación Estatal.
    - 2.5.4.3. Fideicomisos.
  - 2.5.5. Sector Autónomo.
    - 2.5.5.1. Banco de México.
    - 2.5.5.2. Instituto Federal Electoral.
    - 2.5.5.3. Organización Internacional.

## 2. PERSONA MORAL.

### 2.1. ETIMOLOGÍA Y CONCEPTO.

El vocablo persona proviene del latín *persōnae*, que significa máscara de actor, personaje teatral, este del etrusco *phersu*, y este del gr. *πόσωπον*.<sup>266</sup>

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

<sup>266</sup> Diccionario de la Real Academia Española, versión electrónica: <http://buscon.rae.es/drae/>

Los romanos no consideraban a todos los seres humanos persona, pues para tener ésta calidad debían ser libres y no esclavos (*status libertatis*), ser romanos y no extranjeros (*status civitatis*), y ser independientes de la patria potestad (*status familiae*).<sup>267</sup>

La figura de la persona colectiva en el Derecho Romano, surgió gradualmente en la práctica, estas son: las corporaciones, personas colectivas compuestas de miembros asociados voluntariamente o por tradición; y las fundaciones, afectaban un patrimonio a un fin determinado.<sup>268</sup>

Desde la abolición de la esclavitud, todo ser humano es persona. No es necesario que tenga plena conciencia de sí, ni que este dotado de inteligencia y voluntad. Se llama persona, en el lenguaje jurídico, a los sujetos capaces de tener derechos y obligaciones.<sup>269</sup>

Persona incluye entidades fuertemente heterogéneas: desde las llamadas personas físicas de los hombres y mujeres de carne y hueso a las llamadas personas jurídicas –como las sociedades anónimas, las fundaciones, los entes públicos e incluso el Estado– que son ficciones antropomórficas que, fuera de los ordenamientos instituidos con ellas, no tienen otra referencia empírica que los propios actos que las constituyen.<sup>270</sup>

Para su definición se divide en:

a.- Física: Individuo de la especie humana.

b.- Jurídica: Der. Organización de personas o de personas y de bienes a la que el Derecho reconoce capacidad unitaria para ser sujeto de derechos y

---

<sup>267</sup> Floris Margadant, Guillermo. *Derecho romano*, 26ª. México Porrúa, 2010, p. 120.

<sup>268</sup> *Ibidem*, 171, p.116.

<sup>269</sup> Planiol, Marcel y Ripert, Jorge, *Tratado elemental de derecho civil*, México, Cajica, 1980, p 20.

<sup>270</sup> Ferrajoli, Luigi, *op., cit.*, nota 113, p. 325.

obligaciones, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones”.<sup>271</sup>

Por ello, se considera que es más amplio el concepto de persona, que el de ser humano, a causa de la existencia de personas que no son seres humanos, y para lo cual se utiliza el término de “personas morales”. La designación no es muy acertada, pues una sociedad anónima, a pesar de ser persona moral, puede comportarse de modo inmoral”<sup>272</sup>

Del vocablo “moral” se desprenden diversas acepciones, tales como:

1.- Perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia. 2.- Que no pertenece al campo de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia. Prueba, certidumbre moral.”<sup>273</sup>

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

La expresión “persona jurídica” tampoco es muy correcta, ya que la figura opuesta “persona física”, pertenece igualmente al terreno jurídico. Es un pleonasma al designar a estos entes como “persona jurídicas”, pues tanto las físicas o ficticias son reconocidas dentro del mundo del Derecho, y si es así, evidentemente son jurídicas.

---

<sup>271</sup> Diccionario de la Real Academia Española. <http://buscon.rae.es/drae/>. Consultada el 20 mayo de 2012.

<sup>272</sup> Floris Margadant, Guillermo, *op.cit.* nota 267, p.116.

<sup>273</sup> En las otras acepciones el diccionario dice: 3. Que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano. Aunque el pago no era exigible, tenía obligación moral de hacerlo.4. f. Ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia.5. f. Conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a físico.6. f. Ánimos, arrestos.7. f. Estado de ánimo, individual o colectivo.8. f. En relación a las tropas, o en el deporte, espíritu, o confianza en la victoria. Moral, del latín *morālis*. Diccionario de la Real Academia Española. <http://buscon.rae.es/drae/>. Consultada el 20 de mayo de 2012.

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

Estas personas sin existencia física son entidades sin realidad material, reconocidas por el Derecho objetivo como posibles centros de imputación de derechos y deberes subjetivos. Deben su existencia a una “ficción”.<sup>274</sup>

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

La personalidad moral es la atribución de derechos y de obligaciones a otros sujetos distintos a los seres humanos. Esto implica la dificultad de comprender como la personalidad jurídica puede tener otros sujetos diferentes a los hombres y determinar la amplitud de los derechos que aquella implica. Cuatro teorías disciernen sobre el problema de la personalidad moral,<sup>275</sup> estas son:

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

- a) Es inútil atribuir o inventar derechos subjetivos, a esas personas morales.
- b) La idea de personalidad moral, superficial y falsa, trae como consecuencia la propiedad colectiva al lado de la propiedad individual. Por ello, la idea de personalidad moral debe ser reemplazada por la noción de

---

<sup>274</sup> Floris Margadant, Guillermo, *op.cit.* nota 267, p. 116.

<sup>275</sup> Planiol, Marcel y Ripert, Jorge. *op.cit.*, nota, 269, p 30.

propiedad colectiva. La personalidad moral es concebida por la ley cuando hay propiedad colectiva y desde el momento de abandonar la idea de personalidad, desaparecen las dificultades que crea esa ficción.

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

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

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

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

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

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

Originalmente la persona moral, surgió como una necesidad por voluntad – únicamente– de las personas físicas, posteriormente intervino la voluntad de

personas morales (ficción generando otra ficción) la combinación de ambas (humanas y ficticios) o incluso una sola voluntad (de persona física o moral) como es el caso de las fundaciones.

Para saber quiénes son personas en Derecho, se debe acudir a la ley positiva establecida en determinado lugar y tiempo, pues sólo ésta determina qué, quiénes, cuándo y cómo se les dará reconocimiento a ciertas instituciones de persona.<sup>276</sup> Ejemplo de ello, es la asociación en participación que no crea persona, se trata de un contrato regulado en la Ley General de Sociedades Mercantiles; sin embargo, la Ley del Impuesto Sobre la Renta, le da tratamiento de persona sólo para efectos fiscales. De lo anterior se desprende, que dos leyes vigentes en un determinado lugar y tiempo, le dan a una figura legal, distinto tratamiento jurídico.

## 2.2. ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD.

Se reconocen como atributos de la personalidad: la nacionalidad, el patrimonio, el nombre, el domicilio, la capacidad, y el estado civil. Por lo que respecta a este último, es sólo de personas físicas. Con estos atributos resulta que la persona ficticia es creada por conveniencia en el campo jurídico, para resolver problemas de personalidad e incluso de capacidad para actuar en forma distinta a sus creadores, a la cual el Derecho le da reconocimiento, capacidad de goce y de ejercicio desde su nacimiento, y por tanto tiene facultades para ser titular de derechos y obligaciones, y comprometerlos en común con otra persona, sea esta última física o también ficticia.<sup>277</sup>

---

<sup>276</sup> Artículo 25 del Código Civil del Distrito Federal. Son personas morales: I. La Nación, los Estados y los Municipios; II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley; III. Las sociedades civiles o mercantiles; IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal; V. Las sociedades cooperativas y mutualistas; VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley. VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.

<sup>277</sup> Álamo, Javier, *op. cit.*, nota 173, p. 100



### 2.2.1. NACIONALIDAD.

Las personas físicas y ficticias o morales tienen una nacionalidad, esto es, el vínculo que les liga con el Estado y genera como consecuencia inmediata la sumisión a sus leyes y autoridad. La Constitución establece en su artículo 30, que la nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o naturalización;<sup>278</sup> en el artículo 33, que las personas que no poseen la nacionalidad mexicana en términos de artículo en primer término citado son extranjeras.<sup>279</sup>

Respecto a la nacionalidad de las personas morales o ficticias, se establece según la ley que autoriza su creación, esto es, serán personas morales las constituidas en términos de la legislación mexicana.<sup>280</sup>

---

<sup>278</sup> Artículo 30 Constitucional. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A) Son mexicanos por nacimiento: I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres. II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional; III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B) Son mexicanos por naturalización: I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización. II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

<sup>279</sup> Artículo 33. Son personas extranjeras los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos que reconoce esta Constitución. El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional, a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulara el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención

<sup>280</sup> El artículo 25 del Código Civil Federal establece que son personas morales: ...VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.

El artículo 2736 señala: La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.

En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó.

Cuando alguna persona extranjera de naturaleza privada actúe por medio de algún representante, se considerará que tal representante, o quien lo substituya, está autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de dicha persona con motivo de los actos en cuestión.

### 2.2.2. PATRIMONIO.

Es el conjunto de bienes y derechos de los que es titular como persona, tiene las mismas características para ambos tipos de personas, pudiendo ser a su vez pecuniario o mora.

### 2.2.3. NOMBRE.

El nombre es el medio por el cual se identifica y se diferencia las personas, tiene como variante la manera de conformarlo. En las personas físicas el nombre de pila es libre, pero los apellidos deben de responder al del padre y madre – patronímico—. <sup>281</sup> Para las personas morales se establece de forma libre cuando se tratad de una denominación social; y cuando responde a los nombres de quienes la constituyen es una razón social.

### 2.2.4. DOMICILIO.

El domicilio de las personas depende de la legislación que las regula; en términos generales el domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encuentren. Para las personas morales será aquel en que esté asentada su administración. <sup>282</sup>

---

<sup>281</sup> Artículo 58 del Código Civil del Distrito Federal. El acta de nacimiento contendrá el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre o nombres propios y los apellidos paterno y materno que le correspondan; asimismo, en su caso, la razón de si el registrado se ha presentado vivo o muerto y la impresión digital del mismo. Si se desconoce el nombre de los padres, el Juez del Registro Civil le pondrá el nombre y apellidos, haciendo constar esta circunstancia en el acta.

El juez del registro civil, exhortará a quien presente al menor que el nombre propio con el que se pretende registrar no sea peyorativo, discriminatorio, infamante, denigrante, carente de significado, o que constituya un signo, símbolo o siglas, o bien que exponga al registrado a ser objeto de burla...

<sup>282</sup> Código Civil Federal

Artículo 29.- El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren. Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses.

## 2.2.5. CAPACIDAD.

La capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, y de ejercitarlos. La incapacidad legal o natural de las personas nunca se presume, sólo puede ser aquella y en los casos en que la ley en forma específica lo determine.<sup>283</sup>

---

Artículo 30.- El domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente.

Artículo 31.- Se reputa domicilio legal: I. Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto; II. ... el de su tutor;... V. De los militares en servicio activo, el lugar en que están destinados; VI. De los servidores públicos, el lugar donde desempeñan sus funciones por más de seis meses; VII. De los funcionarios diplomáticos, el último que hayan tenido en el territorio del estado acreditante...; VIII. De las personas que residan temporalmente en el país en el desempeño de una comisión o empleo de su gobierno o de un organismo internacional, será el del estado que los haya designado o el que hubieren tenido antes de dicha designación respectivamente...; y IX. De los sentenciados a sufrir una pena privativa de la libertad por más de seis meses, la población en que la extingan....

Artículo 33.- Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración...

Artículo 10 Código Fiscal Federal.

Se considera domicilio fiscal: I.- Tratándose de personas físicas: a) Cuando realizan actividades empresariales, el local en que se encuentre el principal asiento de sus negocios. b) Cuando no realicen las actividades señaladas en el inciso anterior, el local que utilicen para el desempeño de sus actividades. c) Únicamente en los casos en que la persona física, que realice actividades señaladas en los incisos anteriores no cuente con un local, su casa habitación. Para estos efectos, las autoridades fiscales harán del conocimiento del contribuyente en su casa habitación, que cuenta con un plazo de cinco días para acreditar que su domicilio corresponde a uno de los supuestos previstos en los incisos a) o b) de esta fracción. II.- En el caso de personas morales: a).- Cuando sean residentes en el país, el local en donde se encuentre la administración principal del negocio...

<sup>283</sup> 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, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

Artículo 130, inciso e) párrafo cuarto, Constitucional. Los ministros de cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que aquellos pertenezcan, serán incapaces para heredar por testamento, de las personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado.

Artículo 1327 Código Civil para el Distrito Federal. Los extranjeros y las personas morales, son capaces de adquirir bienes por testamento o por intestado; pero su capacidad tiene las limitaciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las respectivas leyes reglamentarias de los artículos constitucionales. Tratándose de extranjeros, se observará también lo dispuesto en el artículo siguiente.

La persona física tendrá capacidad de goce (o derechos) durante su minoría de edad, o mientras sea incapaz; adquirirá la de ejercicio (u obligaciones) al alcanzar la mayoría de edad y sea capaz.<sup>284</sup> La persona moral desde que nace goza tanto de la capacidad de goce como de ejercicio.

#### 2.2.6. ESTADO CIVIL.

En términos coloquiales se establece como estado civil: soltero, casado, viudo, dejado, divorciado, concubino, juntado, entre otros; sin embargo, para efectos legales existe sólo el soltero o casado como estado civil. Éste –El estado civil– es considerado como la situación jurídica concreta que se tiene en relación con la familia, la sociedad y el Estado.

La persona física de soltera no tiene ninguna liga con otra que deba ser reconocida por la ley ni la sociedad, para los efectos del matrimonio. La persona

---

Artículo 1328 Código Civil para el Distrito Federal. Por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar por testamento o por intestado, a los habitantes del Distrito Federal, los extranjeros que, según las leyes de su país, no puedan testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos.

<sup>284</sup> Artículo 2 Código Civil para el Distrito Federal. La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, identidad de género, expresión de rol de género, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrán negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de éstos.

Artículo 135 Bis Código Civil para el Distrito Federal... Pueden pedir el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo–genérica, previa la anotación correspondiente en su acta de nacimiento primigenia, las personas que requieran el reconocimiento de su identidad de género.

Se entenderá por identidad de género la convicción personal de pertenecer al género masculino o femenino, es inmodificable, involuntaria y puede ser distinta al sexo original.

La reasignación para la concordancia sexo–genérica es el proceso de intervención profesional mediante el cual la persona obtiene concordancia entre los aspectos corporales y su identidad de género, que puede incluir, parcial o totalmente: entrenamiento de expresión de rol de género, administración de hormonas, psicoterapia de apoyo o las intervenciones quirúrgicas que haya requerido en su proceso; y que tendrá como consecuencia, mediante resolución judicial, una identidad jurídica de hombre o mujer, según corresponda.

Se entenderá por expresión de rol de género, el conjunto de manifestaciones relacionadas con la vestimenta, la expresión corporal o verbal y el comportamiento.

Los derechos y obligaciones contraídas con anterioridad a la reasignación para la concordancia sexo-genérica no se modifican ni extinguen con la nueva identidad jurídica de la persona.

física contrae matrimonio al celebrar un contrato en el que asumen obligaciones y por el que adquiere derechos. Las obligaciones y derechos que adquieren los casados son correlativos y en general son: ayuda mutua, respeto y fidelidad.<sup>285</sup>

### 2.3. PERSONAS EN EL DERECHO CIVIL.

En el derecho civil, se regulan fundamentalmente dos tipos de personas morales: Asociación y Sociedad.

La ASOCIACIÓN CIVIL se constituye cuando varios individuos convienen en reunirse de manera no transitoria, para realizar un fin común no prohibido por la ley, no preponderantemente económico, ni lucrativo, y sin especulación económica. Para su constitución se requiere de dos personas. El patrimonio pertenece a la asociación, no hay reparto del patrimonio ni de utilidades, en razón de que no se busca lucrar.

En la SOCIEDAD CIVIL los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial.

La diferencia entre asociación y sociedad consiste en que esta última sí tiene un carácter preponderantemente económico, pero no constituye una especulación comercial. Las personas aportan recursos o esfuerzos y las ganancias pueden repartirse en función de las aportaciones o del trabajo.

Los contratos de asociación y sociedad tienen por objeto dar nacimiento a una persona moral de carácter privado, destinada a cumplir fines determinados y concretos.

---

<sup>285</sup> Artículo 146 Código Civil para el Distrito Federal. Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

## 2.4. PERSONAS EN EL DERECHO MERCANTIL.

Se concibe a la sociedad, ya sea civil o mercantil, como una organización de esfuerzos para un fin común lícito; lo que distingue a las mercantiles es su finalidad de lucro al realizar actos de comercio.

La sociedad mercantil, surge a la vida jurídica cuando se reúne la voluntad de dos o más personas, ya sean físicas, morales o ambas, para crear una nueva entidad jurídica distinta a quienes la crearon; para seguir sus fines aportan bienes, dinero o trabajo.

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

Una estructura jurídica que ontológicamente tiene una existencia ideal, es una persona jurídica; un sujeto de obligaciones y derechos, un ser generador de voluntad, capaz de realizar actos jurídicos; titular de un patrimonio, responsable frente a terceros de las consecuencias de su actividad jurídica. Es la creación de Derecho moderno.<sup>286</sup>

Las sociedades mercantiles implican elementos ficticios del Derecho, pues se tratan de personas imaginarias, no apreciadas por los sentidos, pero realizan actos a través de sus representantes, que traen consecuencias jurídicas y su reconocimiento de existencia en el mundo jurídico.

En la práctica misma del comercio persiste radicalmente el comerciante persona moral, sobre el comerciante persona física, esto se da en función de la crisis económica nacional, ante la falta de liquidez las personas físicas reúnen su propia pecunia con el de otras y constituyen sociedades, para lograr el fin, que con su propio capital no alcanzarían.

---

<sup>286</sup> Cervantes Ahumada, Raúl *Derecho mercantil*, 4ª Ed., México, Porrúa, 2007, p, 101.

Las sociedades de personas o *intuitu personae*, responden no sólo con el capital social, sino los socios responden con su patrimonio de modo ilimitado, subsidiario o solidariamente.<sup>287</sup> Por ejemplo, las Sociedades en Nombre Colectivo,

Las sociedades de capitales o *intuitu capitales*, responden con el capital social, y los socios no están obligados a cumplir con su patrimonio particular. Existen las sociedades de capital fijo, donde se determina el monto de capital social, y sólo puede alterarse, por modificación de estatuto. Por el contrario, las sociedades de capital variable, pueden aumentar y disminuir el capital sin modificar el estatuto, pero debe mantenerse el capital mínimo. Por ejemplo las Sociedades Anónimas.

Bajo la Ley General de Sociedades Mercantiles los tipos de sociedades son: Sociedad en Nombre Colectivo, Sociedad en Comandita Simple, Sociedad en Comandita por Acciones, Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad Anónima, Sociedad Cooperativa, Sociedad Extranjera y Sociedad Irregular.

Las Sociedades de capitales son las más utilizadas, no obstante, hay otras figuras jurídicas, sin la necesidad de formar persona, pero en la práctica cotidiana funcionan como tales. Por ejemplo los contratos de asociación en participación,<sup>288</sup> de fideicomiso,<sup>289</sup> de concesión<sup>290</sup> o de franquicia.<sup>291</sup>

---

<sup>287</sup> Solidaridad: se presenta en una obligación y hay pluralidad de acreedores, de deudores, o de ambos, y cada acreedor puede exigir el todo del objeto, y cada deudor debe pagar todo el objeto, no obstante que ese objeto es divisible, física o económicamente.

Mancomunidad: se da en una sólo obligación cuando hay pluralidad de sujetos acreedores, de deudores o de ambos, y el objeto a pagar se considera dividido en tantas partes cuantos acreedores y deudores haya.

<sup>288</sup> La Asociación en Participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.

<sup>289</sup> En virtud del Fideicomiso, el fideicomitente trasmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.

<sup>290</sup> La Concesión es un acto jurídico, tipo guión administrativo (contrato de adhesión), discrecional, por el cual una persona que debe prestar un servicio público, o es propietaria de ciertos bienes,

## 2.5. PERSONAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

La tierra, el agua, el subsuelo y el espacio aéreo del planeta han sido sometidos a la lógica política de construir espacios en forma de Estados particulares; con excepción de la Antártida<sup>292</sup> y ciertos espacios marinos en altamar. El proceso histórico del Estado inicia con las transformaciones del periodo neolítico,<sup>293</sup>

---

encomienda temporalmente, bajo su control y vigilancia, a una empresa designada concesionaria, para que ésta obtenga una ventaja pecuniaria, la prestación del servicio público en beneficio directo e inmediato de la colectividad, o la explotación de los bienes, en beneficio directo del concesionario, e indirecto de la misma colectividad. Gutiérrez y González, Ernesto, op.cit., nota 175 p 909.

<sup>291</sup> La Franquicia es un contrato en el cual a una de las partes, el franquiciatario, se le concede una autorización para que explote una marca fundamentalmente, o cualquier otro signo distintivo cuyo titular es la contraparte, el franquiciante. O bien, la franquicia es cuando se concede el derecho de promover, vender o distribuir productos o servicios conexos a la marca u otro símbolo comercial del franquiciante; el franquiciatario actúa con base en un plan o sistema de mercado prescrito por el franquiciante, de tal manera que se da una comunión de intereses en la comercialización de bienes o servicios; como prestación el franquiciatario hace a su contraparte un pago en razón del resultado de la explotación de la franquicia. En la franquicia se trasmite un conocimiento comercial de “como hacer” (Know how).

La Ley de La Propiedad Industrial, en el artículo 142, comprendido en el capítulo de licencias y transmisión de derechos, indica: Existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue. Vázquez del Mercado, Óscar, Contratos mercantiles. 12ª Ed., México, Porrúa, 2003, p 577.

<sup>292</sup> La Antártida es un lugar destinado a la convivencia internacional y la ciencia que se rige bajo las condiciones previstas en el Tratado Antártico. El Tratado, suscrito en Washington el 1 de Diciembre de 1959, entro en vigor el 23 de junio de 1961; garantiza el uso de la Antártida exclusivamente para fines pacíficos, la no militarización de la zona, la única desnuclearización efectiva y plena de una región del mundo, la libertad de investigación científica y cooperación internacional hacia ese fin, el intercambio de observaciones y resultados científicos así como el intercambio de personal entre expediciones y estaciones en la Antártida y la preservación del Medio Ambiente Antártico y de sus ecosistemas dependientes y asociados a través de numerosos instrumentos y medios de protección ecológica. El Tratado es la base de varios acuerdos conexos que, junto con las medidas adoptadas en el marco del Tratado Antártico, suelen denominarse Sistema del Tratado Antártico. Los otros acuerdos que integran el sistema son: Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (Protocolo de Madrid, 1991), Convención para la conservación de Focas Antárticas (CCFA Londres, 1972), Convención para la Conservación de Recursos Vivos Marinos Antárticos (CCRVMA Canberra, 1980).

<http://www.idi.mineco.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.7eeac5cd345b4f34f09dfd1001432ea0/?vgnextoid=c1a2efb8b7c0f210VgnVCM1000001d04140aRCRD>. Consultada el 20 de Abril de 2012.

<sup>293</sup> El termino revolución neolítica se refiere a la primera transformación radical de la forma de vida del género humano que pasa de ser nómada a una cultura sedentaria con una economía depredadora (casa y pesca) y productora (agricultura, ganadería y comercio) organizada y controlada por instancias gubernamentales. Es el predominio del ser humano sobre las



caracterizado por un modo de producción domestica, sin grandes excedentes de riqueza social, a una organización superior administrada por un Estado; basado en la escritura y el Derecho.<sup>294</sup>

El origen de la personalidad del Estado, está sujeto a las teorías que se han elaborado para definirlo y entenderlo; pues se puede ver como un ente social, político, de imperio, jurídico, entre otros.<sup>295</sup>

El Estado es una de las ficciones que en mayor grado logran su objetivo, esto es, permite creer que tiene una existencia tan material como el propio ser humano. Si bien es cierto, el Estado surge de una ficción, pero, se establece como una realidad jurídica.

Si se pudiera hablar de una jerarquía de personas morales, el grado supremo lo conforma el Estado, pues es quien crea la ley que da reconocimiento a estas personas ficticias, lo que implica que se reconozca a sí mismo. Los diferentes tipos de personas Estado reconocidas por el Derecho Administrativo son: Estado Federal, Entidad Federativa, Municipio, Sector Paraestatal y Sector Autónomo.

#### 2.5.1. ESTADO FEDERAL.

El Estado Federal como persona moral se denomina Estados Unidos Mexicanos; es quien reconoce a través de su órgano Legislativo, la ficción de la persona moral

---

condiciones naturales lo que caracteriza una fase del neolítico. El tránsito implicó conflictos entre nómadas, cazadores y agricultores; lo que aceleró el surgimiento de un sistema de protección en forma de sociedades sedentarias sometidas a la organización y al control de formación primaria de ciudades. Theodor Mueller, Klaus, *El significado de la soberanía*, México, UNAM,

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 2

<sup>295</sup> El problema del origen del Estado, está ligado con el origen mismo de toda sociedad humana; puede examinarse desde un punto de vista teológico, del pacto social y el histórico. La doctrina teológica señala que el Estado es creado por Dios, esto es, un origen sobrenatural. Las doctrinas del pacto social afirman que el Estado es una creación humana, obra de la voluntad humana y su origen se encuentra en el pacto social. El histórico trata de determinar cuándo surgió el Estado o una sociedad humana, con base en las fuentes que le aporten datos, describiendo los fenómenos sociales, políticos y de la naturaleza, de manera directa. El Estado no existió siempre, pues no pertenece al mundo de la naturaleza, nació por voluntad del hombre en un momento histórico, a consecuencia de un proceso sociológico producto de la necesidad. Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, 40ª Ed. México, Porrúa, 2007. Pp. 409-421.

y por tanto la suya propia. Finge tener una existencia material, lo que le permite plasmar sus actos y como tal repercuten en todas las personas.

El término Federación es utilizado como forma de gobierno, como órgano federal con facultades específicas, o como la Nación misma, es decir, como la agrupación humana que con su poder soberano se organiza jurídica y políticamente a través del Derecho para dar vida a la persona moral denominada Estados Unidos Mexicanos, con todos sus elementos: población, territorio y poder público, que abarca tanto al orden federal, que impera sobre todo el territorio, como a los órdenes locales, que velan sobre el territorio específico de cada entidad federativa. El Estado mexicano actúa o ejerce las diversas funciones en que se desarrolla el poder público a través de órganos estatales que en su conjunto constituyen el Gobierno Federal, con jurisdicción en todo el país, o bien los gobiernos de cada entidad federativa, pero es el primero el que además de ejercer las funciones que le corresponden dentro de la distribución de competencias, asume la representación de la Nación. Lo anterior no implica que se identifiquen el Estado mexicano y el Gobierno Federal; éste se constituye sólo por los órganos a través de los cuales aquél, persona moral de derecho público con sustancialidad jurídica y política propias, ejercita en el ámbito federal el poder público de que está investido y aun cuando posea la representación de dicho Estado, no es el Estado mismo.<sup>296</sup>

#### 2.5.1.1. ELEMENTOS DEL ESTADO: TERRITORIO, POBLACIÓN Y PODER.

TERRITORIO es la porción de superficie terrestre, delimitada en forma artificial y eventual, en que viven determinadas personas, que se encuentran sometidos a un mismo régimen jurídico.<sup>297</sup>

---

<sup>296</sup> Ejecutoria: Competencia 21/96. suscitada entre el Juez Trigésimo Séptimo Civil del Distrito Federal y el Juez Sexto de Distrito en Materia Civil en El Distrito Federal. <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=5761&Clase=DetalleTesisEjecutorias>. Consultada el 16 de septiembre de 2012.

<sup>297</sup> Álamo, Javier, *op. cit.* nota 173, p 120.

Constitucionalmente se establece que la Ciudad de México es el Distrito Federal, sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos. Mismo que se compondrá del territorio que actualmente tiene.<sup>298</sup>

En términos generales el Territorio comprende: 32 Entidades Federativas,<sup>299</sup> el mar jurisdiccional, islas, arrecifes, cayos, plataforma continental, subsuelo y la atmosfera; en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional.<sup>300</sup> La propiedad corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.<sup>301</sup>

La POBLACIÓN (PUEBLO) es el conjunto de personas que habitan un territorio delimitado y en las que recaen las normas.

El PODER PÚBLICO nace del pueblo, se instituye para su beneficio, se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

---

<sup>298</sup> Artículo 44 Constitucional. La Ciudad de México es el Distrito Federal, sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos. Se compondrá del territorio que actualmente tiene y en el caso de que los poderes Federales se trasladen a otro lugar, se erigirá en el Estado del Valle de México con los límites y extensión que le asigne el Congreso General.

<sup>299</sup> Artículo 43 Constitucional. Las partes integrantes de la Federación son los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas y el Distrito Federal.

<sup>300</sup> Artículo 42 Constitucional. El territorio nacional comprende: I. El de las partes integrantes de la Federación; II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes; III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico; IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes; V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores; VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional.

<sup>301</sup> Artículo 27 Constitucional. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

### 2.5.2. ENTIDAD FEDERATIVA.

La personalidad reconocida a las Entidades Federativas es similar al Estado Federal, con la diferencia que su organigrama se integra por un gobernador o jefe de gobierno y el poder legislativo únicamente por Diputados. Cuentan con un sector paraestatal y organismos electorales autónomos.

Cada una de las Entidades tiene su propia Constitución o Estatuto de Gobierno, y legislación local que debe regir sin oposición al texto de la Constitución Federal. Mismas que reconocen la personalidad de la Entidad que regulan.

### 2.5.3. MUNICIPIOS.

La división territorial y organización política de las Entidades Federativas es el Municipio libre, cuenta con personalidad, su organigrama carece de poder legislativo y judicial.

Constitucionalmente el Municipio esta regulado en el artículo 15, el cual señala que cada Municipio será gobernado por un Ayuntamiento de elección popular directa, integrado por un Presidente Municipal y el número de regidores y síndicos que la ley determine. Estarán investidos de personalidad jurídica y manejarán su patrimonio. Tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos, entre otros: agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales, alumbrado público, limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos; mercados y centrales de abasto, panteones, rastro, calles, parques y jardines; seguridad pública municipal. Administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de los rendimientos de los bienes que les pertenezcan, contribuciones y otros ingresos que las legislaturas establezcan a su favor.

### 2.5.4. SECTOR PARAESTATAL.

La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal, conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden

administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.<sup>302</sup>

El sector paraestatal son personas creadas por el propio Estado, para que realice funciones que son propias de él; sin embargo, no son Estado, ya que carecen del *lus Imperium*. Se crean en los tres niveles de gobierno Federal, Estatal y Municipal.

En este caso, la ficción es doble: se reconoce la creación por la voluntad de una persona, la del Estado; y la propia de la persona moral.

La Administración Pública Centralizada se integra por la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal. Estos son órganos de la persona Estados Unidos Mexicanos, por lo tanto carecen de personalidad.

La administración Pública Paraestatal se compondrá por los organismos descentralizados; las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas; y los fideicomisos. Como tales, son organismos distintos al Estado, aunque cumplen fines de éste.

#### 2.5.4.1. ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS.

Son organismos descentralizados las entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten.<sup>303</sup> Como ejemplo de estos organismos son la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Universidad Nacional Autónoma de México.

---

<sup>302</sup> Artículo 90 Constitucional.

<sup>303</sup> Artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos,<sup>304</sup> definida por su ley como un organismo que cuenta con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios, y tiene por objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano.<sup>305</sup>

La Universidad Nacional Autónoma de México, considerada como una corporación pública –organismo descentralizado del Estado- dotada de plena capacidad jurídica y que tiene por fines impartir educación superior para formar profesionistas, investigadores, profesores universitarios y técnicos útiles a la sociedad; organizar y realizar investigaciones, principalmente acerca de las condiciones y problemas nacionales, y extender con la mayor amplitud posible los beneficios de la cultura.<sup>306</sup>

#### 2.5.4.2. EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL.

Son empresas de participación estatal mayoritaria las sociedades nacionales de crédito (S.N.C.)<sup>307</sup> que se refieren a las Instituciones de Banca de Desarrollo, el capital social está documentado por certificados de aportación patrimonial, que en todo tiempo el sesenta y seis por ciento sólo podrá ser suscrito por el Gobierno Federal.<sup>308</sup> Como ejemplo, Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros (Bansefi).<sup>309</sup> Banco Nacional de Comercio Exterior (Bancomext).<sup>310</sup> Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada (Banjercito).<sup>311</sup>

---

<sup>304</sup> Artículo cuarto transitorio de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.- Los recursos humanos, materiales y presupuestales con que actualmente cuenta la Comisión Nacional de Derechos Humanos como órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, pasarán a formar parte de la Comisión Nacional de Derechos Humanos como organismo descentralizado que se crea en esta ley, preservándose los derechos adquiridos de los trabajadores de la Comisión.

<sup>305</sup> Artículo 2 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

<sup>306</sup> Artículo 1 de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>307</sup> Artículo 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

<sup>308</sup> Artículos 2 y 32 de la Ley de Instituciones de Crédito.

<sup>309</sup> Cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propios, con el objeto promover el ahorro, el financiamiento y la inversión entre los integrantes del Sector, ofrecer instrumentos y servicios

Las Sociedades de cualquier otra naturaleza incluyendo las organizaciones auxiliares nacionales de crédito; así como las instituciones nacionales de seguros y fianzas, en que el Estado o una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios de más del 50% del capital social; o que en la constitución de su capital se hagan figurar títulos que documenten serie especial que sólo puedan ser suscritas por el Estado; o que a éste, le corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, o bien designar al presidente o director general, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno.

Se asimilan a las empresas de participación estatal mayoritaria, las sociedades civiles y asociaciones civiles en las que la mayoría de los socios o asociados sea el Estado, o que éste realice las aportaciones económicas preponderantes.<sup>312</sup>

---

financieros entre los mismos, así como canalizar apoyos financieros y técnicos necesarios para fomentar el hábito del ahorro y el sano desarrollo del Sector y en general, al desarrollo económico. Artículos 1 y 3 de la Ley Orgánica del Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros.

<sup>310</sup> Tiene personalidad jurídica y patrimonio propios; su objeto es financiar el comercio exterior del país, así como participar en la promoción de dicha actividad. Artículos 1 y 3 de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Exterior.

<sup>311</sup> Con personalidad jurídica y patrimonio propios, tiene como objeto otorgar apoyos financieros a los miembros del Ejército, Fuerza Aérea y Armada Mexicanos. Artículos 1 y 3 de la Ley Orgánica del Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada.

<sup>312</sup> Artículo 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Son empresas de participación estatal mayoritaria las siguientes: I.- Las sociedades nacionales de crédito constituidas en los términos de su legislación específica; II.- Las Sociedades de cualquier otra naturaleza incluyendo las organizaciones auxiliares nacionales de crédito; así como las instituciones nacionales de seguros y fianzas, en que se satisfagan alguno o varios de los siguientes requisitos: A) Que el Gobierno Federal o una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios de más del 50% del capital social. B) Que en la constitución de su capital se hagan figurar títulos representativos de capital social de serie especial que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal; o C) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, o bien designar al presidente o director general, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno. Se asimilan a las empresas de participación estatal mayoritaria, las sociedades civiles así como las asociaciones civiles en las que la mayoría de los asociados sean dependencias o entidades de la Administración Pública Federal o servidores Públicos Federales que participen en razón de sus cargos o alguna o varias de ellas se obliguen a realizar o realicen las aportaciones económicas preponderantes.

La ley refiere: "Títulos que representan el capital social", olvidando que la representación sólo es para personas. "Gobierno Federal" como sinónimo de Estado, cuando es un elemento de este.

#### 2.5.4.3. FIDEICOMISO.

En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.<sup>313</sup>

Esta figura jurídica, como tal, es un contrato, o bien, una operación de crédito, y no constituye persona moral; sin embargo, se ha tomado en algunas disposiciones, “como si” se tratara de una persona.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal señala que los fideicomisos públicos son aquellos que el Estado o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público fungirá como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada.<sup>314</sup>

En ese mismo sentido la Ley Federal de Entidades Paraestatales, sostiene que Los fideicomisos públicos que se establezcan por la Administración Pública Federal, que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, que tengan como propósito auxiliar al ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias, serán los que se consideren entidades paraestatales conforme a lo dispuesto en la Ley

---

“Dependencias” como socios o asociados, cuando las dependencias no son personas. Más un sin número de aberraciones, que denotan el desconocimiento no sólo de la técnica jurídica sino de las figuras esenciales del Derecho.

<sup>313</sup> Artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

<sup>314</sup> Artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.



Orgánica de la Administración Pública Federal y quedaran sujetos a las disposiciones de esta ley.<sup>315</sup>

Asimismo, la Ley del Impuesto Sobre la Renta señala que cuando se haga mención a persona moral, se entienden comprendidas, entre otras, las sociedades mercantiles, los organismos descentralizados que realicen preponderantemente actividades empresariales, las instituciones de crédito, las sociedades y asociaciones civiles y la asociación en participación cuando a través de ella se realicen actividades empresariales en México. Al señalar “entre otras” la norma no es limitativa; por ello, en el Título II de las personas morales, menciona a los fideicomisos, de lo cual se deduce que esta operación de crédito –fideicomiso de Estado– se consideran “como si” fueran entes o personas, para esta ley.<sup>316</sup>

Al fideicomiso de Estado se le atribuye la calidad de personas, como si, se hubieran cumplido con todas las formalidades establecidas por la ley, para la creación de personas morales.

#### 2.5.5. SECTOR AUTÓNOMO.

El Estado crea otras personas que actúan en su nombre, realizan actividades originariamente de este, y se les conoce como organismos autónomos, entre otros: el Banco de México, el Instituto Federal Electoral y los organismos internacionales.

##### 2.5.5.1. BANCO DE MÉXICO.

La personalidad y autonomía del Banco de México es reconocida en el artículo 28, párrafo sexto, de la Constitución, el cual señala:

El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con

---

<sup>315</sup> Artículo 40 de la Ley de Entidades Paraestatales.

<sup>316</sup> Artículos 8 y 10 al 16 Bis de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento.

La naturaleza jurídica del Banco de México ha pasado de ser una sociedad anónima de participación estatal, a ser un organismo descentralizado y actualmente una entidad autónoma, como lo señala el artículo primero de su ley:

El banco central será persona de derecho público con carácter autónomo y se denominará Banco de México. En el ejercicio de sus funciones y en su administración se regirá por las disposiciones de esta Ley, reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La finalidad del Banco de México es proveer a la economía del país de moneda nacional, por lo tanto su objetivo prioritario es procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda. Así como promover el sano desarrollo del sistema financiero y propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos.

#### 2.5.5.2. INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL.

El Organismo público autónomo denominado Instituto Federal Electoral, dotado de personalidad Jurídica y patrimonio propios, en cuya integración participan el Poder Legislativo de la Unión, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos; es el encargado de la función estatal de la organización de las elecciones federales,<sup>317</sup> de carácter permanente, independiente en sus decisiones y funcionamiento.<sup>318</sup>

#### 2.5.5.3. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL.

La Ley Sobre la Celebración de Tratados, en su artículo 2º, fracción VIII, reconoce a la “Organización Internacional” como la persona jurídica creada de conformidad con el derecho internacional público.<sup>319</sup>

---

<sup>317</sup> Artículo 41, fracción V, Constitucional.

<sup>318</sup> Artículo 106 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

<sup>319</sup> La Asamblea General creó la Comisión de derecho internacional en 1947 con el objetivo de promover un desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. La Comisión se reúne anualmente, está integrada por 34 miembros, elegidos por la Asamblea General por mandatos de cinco años y que trabajan a título personal, no como representantes de sus gobiernos. La mayor parte del trabajo de la Comisión, abarca la preparación de proyectos sobre

Como ejemplo de este tipo de organizaciones internacionales, entre otras: La Organización de Naciones Unidas (ONU); Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA); Organización Internacional del Trabajo (OIT); Organización Marítima Internacional (OMI); Fondo Monetario Internacional (FMI); Organización Mundial de la Salud (OMS); Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI); Organización Mundial del Turismo (OMT).<sup>320</sup>

---

asuntos de derecho internacional. Algunos temas los eligen la Comisión y la Asamblea General o el Consejo Económico y Social. Cuando la Comisión elabora los proyectos de artículos sobre un determinado tema, la Asamblea General normalmente convoca una conferencia internacional de plenipotenciarios para incorporar los proyectos de artículos en una convención que posteriormente se presentan a los Estados para que formen parte. <http://www.un.org/spanish/law/ilc/introfra.htm> consultada el 10 de mayo de 2012.

<sup>320</sup> ONU. <http://www.un.org/es/law/> consultada el 10 de mayo de 2012.

### 3. REPRESENTACIÓN.

- 3.1. ESTABLECIDA POR LA LEY.
  - 3.1.1. Incapaces.
  - 3.1.2. Capaces.
    - 3.1.2.1. Personas Físicas.
    - 3.1.2.2. Personas Morales o Ficticias.
- 3.2. VOLUNTARIA.
  - 3.2.1. Por Poder.
  - 3.2.2. Por Mandato.
    - 3.2.2.1. Con representación.
    - 3.2.2.2. Sin representación.
    - 3.2.2.3. Sin representados.
    - 3.2.2.4. Judicial.
    - 3.2.2.5. Irrevocable o de Garantía.
    - 3.2.2.6. Endoso en procuración.
    - 3.2.2.7. Comisión Mercantil.

### 3. REPRESENTACIÓN

La representación es el medio que establece la ley, o de que dispone una persona capaz, para obtener, a través del empleo de la voluntad de otra persona capaz, los mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado el capaz o válidamente un incapaz.<sup>321</sup>

Es una de las ficciones jurídicas más importantes, pues a través de esta, el Estado logra actuar a través de sus funcionarios públicos (personas físicas). Los incapaces que no actúan por sí, logran realizar actos a través de otra persona. Es el medio para que una persona pueda actuar en dos o más lugares al mismo tiempo.

La ficción en materia de representación se hace más evidente cuando surge pluralidad de representados, de representantes o de ambos, pues se logra así la

---

<sup>321</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 169, p. 438.

multiplicidad de voluntades de una sólo persona en iguales o diferentes tiempos y espacios; metafóricamente es el equivalente a una clonación jurídica de la persona para actuar.<sup>322</sup>

El Derecho regula la conducta del ser humano, a pesar que esa regulación implique considerar cosas o situaciones que no son apreciadas por los sentidos; por tal razón tiene la necesidad de valerse de algunas técnicas para darle vida a algo que no la tiene, creando realidades jurídicas que aunque son artificiales, son muy valiosas para el Derecho, pues con ellas se regulan conductas y se obtienen ciertas consecuencias que de otra forma no podrían ser posible.<sup>323</sup>

### 3.1. REPRESENTACIÓN ESTABLECIDA POR LEY.

#### 3.1.1. REPRESENTACIÓN DE INCAPACES.

Por disposición de la ley las personas con incapacidad legal o natural, pueden ser representadas por otra persona, quien actúa en su nombre; por ello, los actos realizados por el representante se consideran como si los realizara el incapaz.

Jurídicamente los menores de edad (o de 18 años) tienen incapacidad legal. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puede gobernarse, tiene incapacidad natural.<sup>324</sup>

Los incapaces legales o naturales no pueden actuar jurídicamente, pero por ficción lo hacen a través de otra persona capaz, como si el incapaz tuviera capacidad.

---

<sup>322</sup> Zamora Valencia, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, 12ª Ed., México, Porrúa, 2009, p 330.

<sup>323</sup> Álamo, Javier, *op. cit.*, nota 173, p. 126

<sup>324</sup> Ver nota 283.

### 3.1.2 REPRESENTACIÓN DE CAPACES:

#### 3.1.2.1 PERSONAS FÍSICAS.

La representación de personas físicas con capacidad, se establece cuando la ley la impone, por así convenir a intereses, o bien, en favor de una economía procesal.

Por ejemplo: el albacea representa a los herederos, y no como se dice en la práctica jurídica, representa a la sucesión, pues esta no forma persona; y debe precisarse que la representación sólo opera sobre personas. En litisconsorcio pasivo o activo, el juez requerirá la designación de un representante común, en caso de no ser señalado, lo hará el juez entre ellos, normalmente designa al primero nombrado.

#### 3.1.1.2. PERSONAS MORALES O FICTICIAS.

Las personas morales cuentan con capacidad de goce y ejercicio desde que surgen a la vida jurídica, evidentemente estas personas sólo pueden actuar a través de sus representantes. Por ello, la figura jurídica de la representación, es la más importante para estos organismos, pues sólo a través de esta figura jurídica podrán cumplir el fin para lo cual fueron creadas.

Las facultades de representación en personas morales de Estado, se dan por ley a los funcionarios. En caso de asociaciones, sociedades civiles o mercantiles, las facultades de representación se establecen en el estatuto.

### 3.2. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

Se establece por un acto unilateral de voluntad, de propuesta a una persona capaz para que realice actos jurídicos en nombre de otra, y si acepta habrá un acuerdo de voluntades.

### 3.2.1. PODER.

El poder es una declaración unilateral de voluntad en virtud de la cual, una persona a la que se le designa como “poderdante”, manifiesta que confiere su representación a otra persona que puede o no saber que se le quiere constituir en “representante”, y a la cual, la ley le designa como “apoderado”<sup>325</sup>

O bien, es el acto unilateral de la voluntad por medio o por conducto del cual se confiere la representación voluntaria. Para otorgar un poder, basta la comparecencia del interesado ante el Notario (si se hace en escritura pública) o la actividad individual del sujeto (si se hace documento privado), para expresar su deseo de conferir a una persona ciertas facultades para que ésta pueda realizar determinados actos a nombre del poderdante.<sup>326</sup>

El poder es un acto unilateral, pero una vez aceptado y exteriorizada la voluntad, se convierte en acto bilateral, denominado mandato.

Los poderes serán generales y especiales, los primeros podrán ser para administrar bienes, enajenarlos, o si es el caso, se haga cargo de todos los actos judiciales. Cuando se limiten las facultades de los apoderados, serán especiales.<sup>327</sup>

---

<sup>325</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 207, p. 452.

<sup>326</sup> Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 322, p. 259.

<sup>327</sup> Artículo 2554 del Código Civil Federal o del Distrito Federal.

En todos los poderes generales para pleitos y cobranzas, bastará que se diga que se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna.

En los poderes generales para administrar bienes, bastará expresar que se dan con ese carácter, para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas.

En los poderes generales, para ejercer actos de dominio, bastará que se den con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones a fin de defenderlos.

Cuando se quisieren limitar, en los tres casos antes mencionados, las facultades de los apoderados, se consignarán las limitaciones, o los poderes serán especiales.

Los notarios insertarán este artículo en los testimonios de los poderes que otorguen.

### 3.2.1. MANDATO.

El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.<sup>328</sup> Conlleva distintos tipos, los cuales son:

#### 3.2.2.1. MANDATO CON REPRESENTACIÓN.

El mandato con representación es el contrato por el cual, el mandatario, se obliga a ejecutar por cuenta del mandante el o los actos jurídicos por éste encargados, y debe declarar esa calidad ante quien corresponda, al momento de practicarlos. De esta manera la relación jurídica se establece únicamente entre el mandante y la persona frente a la cual actúa el mandatario, y por lo mismo no responde de las consecuencias lícitas derivadas de los actos celebrados.<sup>329</sup>

#### 3.2.1.2. MANDATO SIN REPRESENTACIÓN.

En el mandato sin representación, él que actúa por cuenta de otro, no se ostenta como mandatario al celebrar los actos jurídicos encargados. Y así se pacta expresamente dentro del contrato. El mandatario, salvo convenio celebrado entre él y el mandante, podrá desempeñar el mandato tratándose en su propio nombre o en el del mandante.<sup>330</sup>

#### 3.2.1.3. MANDATO SIN REPRESENTADO.

El mandato sin representado se ejemplifica cuando al emitir obligaciones societarias, antes de ser adquiridas, se designa un representante común de los futuros tenedores. Antes de saber a quienes se representarán, ya existe el representante.

---

<sup>328</sup> Artículo 2546 del Código Civil Federal o del Distrito Federal.

<sup>329</sup> Artículo 2560 del Código Civil Federal o del Distrito Federal

<sup>330</sup> Artículo 2561 del Código Civil Federal o del Distrito Federal.



O bien, en la emisión de certificados de participación, cuando se emiten se designa a un representante de los futuros poseedores de los títulos de crédito. El representante no sabe a quién representara, y los representados al momento de adquirir los títulos sabrán quien será su representante. Lo peculiar es que se pierde la naturaleza *intuite personae*, ya que quienes serán representados no designan al representante.<sup>331</sup>

#### 3.2.1.4. MANDATO JUDICIAL.

El mandato judicial es aquel en el cual se le confiere facultades al mandatario para actuar en procedimientos judiciales. Se otorgará en escritura pública, o en escrito presentado y ratificado por el otorgante ante el juez de los autos. Si el juez no conoce al otorgante, exigirá testigos de identificación.<sup>332</sup>

#### 3.2.1.5. MANDADO IRREVOCABLE O DE GARANTÍA.

El mandante garantiza el cumplimiento de una obligación al mandatario; sin embargo, pueden ser revocados, pero se debe indemnizar al mandatario por los daños y perjuicios ocasionados.<sup>333</sup>

#### 3.2.1.6. MANDATO COMO ENDOSO EN PROCURACIÓN.

La Ley de Títulos y Operaciones de Crédito señala que el endoso que contenga las cláusulas en procuración, al cobro, u otra equivalente; no transfiere la propiedad, pero da facultad al endosatario para presentar el documento a la aceptación, para cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para endosarlo en procuración y para protestarlo en su caso. El endosatario tendrá todos los

---

<sup>331</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 207, p. 449-453.

<sup>332</sup> Artículo 2586 del Código Civil Federal o del Distrito Federal.

<sup>333</sup> Artículo 2596 del Código Civil Federal o del Distrito Federal. El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca; menos en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral, o como un medio para cumplir una obligación contraída. En estos casos tampoco puede el mandatario renunciar el poder. La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno, debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause.

derechos y obligaciones de un mandatario. El mandato contenido en el endoso no termina con la muerte o incapacidad del endosante, y su revocación no surte efectos respecto de tercero.<sup>334</sup>

### 3.2.1.7. COMISIÓN MERCANTIL.

El mandato aplicado a actos concretos de comercio se considera comisión mercantil. El comitente es el que confiere la comisión mercantil, y comisionista es el que la desempeña.<sup>335</sup> Puede efectuarse con representación o, sin ella o a nombre del comisionista; en este caso el comisionista tendrá acción y obligación directamente con las personas con quien contrate, sin declarar quien es el comitente.

La comisión concluye: por revocación hecha por el comitente en cualquier tiempo; por muerte o inhabilitación del comisionista; sin embargo, la comisión no termina por muerte o inhabilitación del comitente. Se dispuso de esa manera por los fines económicos en juego, pues se supone la obtención de un lucro en todo acto de comercio.

El comisionista ya no actúa en nombre del comitente, sino en nombre de los herederos, aunque no se sepa quiénes son, pues en el momento del fallecimiento, por disposición de ley, se retrotraen todos los efectos de aceptación o repudiación de la herencia. Y los beneficios o pérdidas por actos realizados por el comisionista retribuyen en a los herederos,<sup>336</sup> sobre la masa hereditaria.<sup>337</sup>

La representación, o bien la comisión en materia mercantil, es la figura más importante dentro de las personas morales, pues sin ésta, aquellas no podrían realizar sus fines. Y bien, el Estado, las sociedades mercantiles o civiles o

---

<sup>334</sup> Artículo 35 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

<sup>335</sup> Artículo 273 del Código de Comercio.

<sup>336</sup> Álamo, Javier, *op. cit.*, nota 173, p. 130.

<sup>337</sup> Se llama masa o acervo hereditario, al conjunto de bienes, derechos y obligaciones pecuniarias que se han de transmitir a los herederos o legatarios, al momento en que fallece el que fue titular de los mismos. Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho sucesorio*, 7ª Ed. México, Porrúa, 2008.

cualquier otra persona moral, sin la figura de representación no tendrían el mayor caso de su existencia jurídica. Adicionalmente, es uno de los medios para realizar diversos actos de comercio en un mismo tiempo y en distintos lugares, “como si” se tratara de la misma persona. Finalmente permite a las personas sin capacidad de ejercicio, la facultad de realizar actos “como si” fueran capaces.

La figura jurídica de representación, con excepción para las personas morales, ha decrecido, pues el uso eminente de la tecnología en comunicaciones y la aceptación y regulación de un comercio electrónico, han suplido a esta figura, pues ya no se requiere la presencia física de una persona, o bien un comisionista, para celebrar acuerdos de voluntades. A través de una computadora conectada a Internet, se pueden realizar miles de operaciones a un mismo tiempo, que le causen efectos a una persona, como si los hubiera hecho de forma personal o a través de un representante, incluso resulta difícil saber si quien realiza los actos es menor o mayor de edad.

## 4. INCORPORACIÓN DE VALORES.

### 4.1. PAPEL.

#### 4.1.1. TÍTULOS DE CRÉDITO.

##### 4.1.1.1 Características.

4.1.1.1.1. Incorporación.

4.1.1.1.2. Legitimación.

4.1.1.1.3. Literalidad.

4.1.1.1.4. Autonomía.

4.1.1.1.5. Abstracción.

##### 4.1.1.2. Ejemplos de Títulos de Crédito.

#### 4.1.2. BILLETES.

4.1.2.1. Banco de México como responsable en la emisión.

4.1.2.1.1. Funciones.

### 4.2. METALES.

4.2.1. Dinero Mercancía.

4.2.2. Moneda.

4.2.3. Funciones básicas del dinero.

4.2.4. Propiedades mínimas del dinero.

### 4.3. TARJETAS PLÁSTICAS.

4.3.1. Crédito.

4.3.2. Débito.

4.3.3. Servicios.

4.3.4. Monedero electrónico.

### 4.4. INSTRUMENTOS.

4.4.1. Tarjetas virtuales.

4.4.2. Sistema de Pagos Electrónicos Interbancarios (SPEI).

4.4.3. Firma Electrónica.

4.4.3.1. Internet.

4.4.3.2. Internet y la Nueva Economía.

4.4.3.3. La sociabilidad en Internet.

4.4.3.4. Los movimientos sociales en Internet.

4.4.3.5. Sociedad en Red.

4.4.3.6. Internet y Derecho.

4.4.3.7. Ley de Firma Electrónica Avanzada.

#### 4. INCORPORACIÓN DE VALORES.

Incorporar significa agregar, unir algo a otra cosa para que haga un todo con ella;<sup>338</sup> el Derecho, a través de una ficción incorpora o agrega un valor a ciertas cosas que pueden ser corporales o incorporeales.

##### 4.1. PAPEL:

Hace algunos siglos los chinos utilizaron cortezas vegetales, restos de tejidos de algodón y otras fibras, para crear una pasta muy fina y una vez seca y pulida crearon el papel. Hoy el tema predilecto es la tecnología y con ello la invención del papel y la tinta electrónicos.

El papel tradicional mantiene un valor no sólo intrínsecamente sino por la utilidad dada en cada momento. Uno de los más importantes, es que en él se ha escrito parte de la Historia. El término utilidad significa provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo.<sup>339</sup> Denota la función o propiedad de servir o poder ser usado para algo. Se reputa útil cuando los hombres juzgan adecuado para alcanzar uno o varios fines, considerados capaces de satisfacer ciertas necesidades humanas.

La utilidad es la aptitud que se le atribuye a los bienes de servir como medios de satisfacción directa o indirecta de una o varias necesidades, atendiendo a la calidad y a la cantidad de ellos, así como la importancia del destino que se le asigne<sup>340</sup>.

---

<sup>338</sup> Diccionario de la Real Academia Española.  
[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=incorporación](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=incorporación). Consultada el 16 de mayo de 2012.

<sup>339</sup> Diccionario de la Real Academia Española.  
[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=utilidad](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=utilidad). Consultada el 16 de mayo de 2012.

<sup>340</sup> Zamora, Francisco. *Tratado de teoría económica*. 11ª Ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

La utilidad del bien constituye su “valor de uso”. Así, la palabra valor tiene dos significados, como un valor de uso, expresa a veces la utilidad de algún objeto en particular; y la segunda, como un valor de cambio, es el poder de comprar otros bienes que la posesión de ese objeto confiere.<sup>341</sup>

El papel, como un simple objeto, es útil de distintas formas, como envoltura de regalo o para plasmar un dibujo o pintura; pero en el mundo jurídico es útil cuando se le agrega un Derecho a través de una ficción, y de ser un simple papel o documento se vuelve un valor.

Bajo esta idea, el Derecho toma objetos para cubrir determinadas necesidades, que a través de una ficción les incorpora un valor, y por lo tanto, una figura jurídica, como: títulos de crédito, billetes, vales, boletos o cupones.

#### 4.1.1 TÍTULOS DE CRÉDITOS.

El trueque era inapropiado y reconocido como tal, aun en sistemas económicos primitivos. El principal problema que afrontaba una economía de trueque consiste en que se requiere para el intercambio una doble coincidencia de necesidades. Esto significa que si la señora Hanford desea adquirir pan pero sólo tiene zapatos, para que se presente el intercambio deberá buscar a alguien más (al Señor Ferry, por ejemplo), que sea panadero y que necesite zapatos. La búsqueda del señor Ferry involucra el empleo del tiempo, hay un costo de oportunidad en el tiempo empleado en buscar una contraparte que desee el intercambio.

Los metales no acuñados eran apreciados para propósitos religiosos y de ornamentación, así como por su durabilidad y alto valor para usos monetarios y no monetarios. Los lingotes (barras de oro y plata no acuñadas) no obstante, presentan serias desventajas como medio de pago. Los pesos y aparatos de prueba para garantizar no siempre estaban disponibles en el sitio de intercambio, y la adulteración del peso y la calidad introdujeron un costo implícito de transacción. Sin embargo, la acuñación de monedas representaba una solución para los problemas que significaban los lingotes como dinero. (Este hecho marcó también el ingreso del gobierno en asuntos monetarios; y este papel ha continuado, para bien o para mal). El sello real impreso sobre un trozo de metal certificaba un determinado peso o pureza del metal. Los nombres de muchas unidades

---

<sup>341</sup> *Ídem.*

monetarias que todavía existen hoy (libras, liras y siclos) originalmente fueron unidades de peso.

Aunque la acuñación representaba un avance importante en el desarrollo del dinero continuaba registrándose algunas desventajas. Entre las de mayor importancia estaban las siguientes:

1.- La posibilidad de que el dinero fuera robado durante su transporte o almacenamiento. 2.- Costos de transporte. 3.- La ausencia de un retorno en la forma de intereses sobre las monedas.

En buena parte como resultado del peligro del robo, nació la práctica de colocar lingotes preciosos y monedas en custodia de los orfebres. Puesto que éstos estaban acostumbrados a trabajar con metales preciosos, habían establecido, por necesidad, el medio de protegerlos. Esto les daba el derecho natural de recibir y guardar las monedas de oro y plata para los precavidos dueños. Los dueños, que se constituyeron en los primeros “depositantes” en la historia de la banca, sin duda esperaban que los custodios de su riqueza monetaria la conservaran intacta. Los custodios bien habrían podido prestar ese servicio como un favor para sus amigos pero, a medida de que esta práctica se hacía más necesaria, el orfebre comenzó a cobrar comisiones.

En esta primera etapa de la historia de la banca, el depositante que deseaba efectuar un pago por una transacción acudía al custodio, redimía algunas de sus monedas y las utilizaba para efectuar el correspondiente pago. La inconveniencia de este procedimiento es evidente. Ciertamente, resultaría mucho más fácil transferir un título en cambio de las monedas del depositante que transferir las monedas mismas. Comenzaron a utilizarse como pagos los recibos de depósito (papeles que servían de documentos de respaldo para las monedas de metal precioso en custodia), debidamente firmados por el custodio. Estos primeros pagarés del orfebre eran aceptables a su portador por una razón: éste consideraba que los pagarés podrían ser cambiados por monedas de oro en el taller del orfebre. Se había dado un importante paso en la evolución del dinero. Las personas comenzaron a utilizar títulos de papel (en cambio de las monedas de metal precioso o especies) como medio de pago.<sup>342</sup>

La Ley de Mercado de Valores indica que las acciones, las obligaciones y demás títulos de crédito que se emitan en serie o en masa; son considerados valores. El artículo 1 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, menciona que los títulos de crédito son cosas mercantiles, de igual forma, su emisión,

---

<sup>342</sup> Leroy Miller, Roger y Pulsinelli, Robert W., *Moneda y banca*. 2ª Ed. México, McGraw-Hill, 2000, pp. 58 y 59.

expedición, endoso, aval o aceptación, y las demás operaciones que en ellos se consignen, son actos de comercio, los define como los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna.

De lo anterior, se desprende que no sólo se refiere a un derecho de crédito, como su nombre lo indica, sino a un derecho literal, puede ser cualquier otro;<sup>343</sup> por lo que se les ha dado el nombre de títulos valor o valores literales; este último lo señala el artículo 111 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por este valor incorporado o agregado, se tratan de documentos constitutivos de derechos, por ello, se vuelve indispensable tener el documento para poseer el derecho consagrado en él.

#### 4.1.1.1. CARACTERÍSTICAS DE LOS TÍTULOS DE CRÉDITO.

##### A. INCORPORACIÓN.

El título de crédito es un documento que lleva incorporado un derecho, en tal forma, que el derecho va íntimamente unido al título y su ejercicio está condicionado por la exhibición del documento, incluso el derecho se convierte en algo accesorio al documento. Generalmente los derechos tienen existencia independiente del documento que sirve para comprobarlos, y puede ejercitarse sin necesidad estricta del documento; pero tratándose de títulos de crédito el documento es lo principal y el derecho lo accesorio; el derecho ni existe ni puede ejercitarse, sino en función del documento y condicionado por él.<sup>344</sup>

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, menciona:

---

<sup>343</sup> Por ejemplo: el artículo 19 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito indica: " Los títulos representativos de mercancías atribuyen a su poseedor legítimo el derecho exclusivo a disponer las mercancías que en ellos se mencionen". Los títulos de crédito no siempre implican un crédito, por ello, es conveniente denominarlos títulos valor. Sin embargo, estos no representan mercancías como señala este precepto, pues esta figura es exclusiva de las personas, pero si, acreditan o documentan las mercancías mencionadas en ellos.

<sup>344</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 207, p.134.



Artículo 17. El tenedor de un título tiene la obligación de exhibirlo para ejercitar el derecho que en él se consigna. Cuando sea pagado debe restituirlo.

Artículo 20. El secuestro o cuales quiera otro vínculo sobre el derecho consignado en el título, o sobre las mercancías por él representadas (léase documentado), no surtirán efectos si no comprenden el título mismo.

De tal forma, la incorporación implica la agregación ficticia de un derecho, y sólo se tiene éste si se posee el documento. El Título es un documento necesario para ejercitar el derecho, porque en tanto el título exista, el acreedor debe exhibirlo para ejercitar cualquier derecho, tanto principal como accesorio, de los que en él se contienen, no puede realizar ninguna modificación en los efectos del título, sin hacer constar en el mismo.<sup>345</sup>

#### B. LEGITIMACIÓN.

Quien tiene el derecho, debe legitimarse, esto es, poseer el documento. Los títulos pueden poseerse de forma nominativa o al portador.

Los títulos nominativos son expedidos a favor de una persona, cuyo nombre se consigna en el texto mismo del documento. Y pueden cederse a través de endoso<sup>346</sup> o cualquier otro medio legal; subrogándose el adquirente en todos los derechos incorporados en el documento.

---

<sup>345</sup> *Ídem.*

<sup>346</sup> El endoso debe constar en el título relativo o en hoja adherida al mismo, y llenar los requisitos siguientes: 1.- El nombre del endosatario; 2.- La firma del endosante o de la persona que suscriba el endoso a su ruego o en su nombre; 3.- La clase de endoso; 4.- El lugar y la fecha.

El endoso debe ser puro y simple. Toda condición a la cual se subordine, se tendrá por no escrita. El endoso parcial es nulo. Puede hacerse en blanco, con la sola firma del endosante. En este caso, cualquier tenedor puede llenar con su nombre o el de un tercero, el endoso en blanco o transmitir el título sin llenar el endoso.

Por medio del endoso, se puede transmitir el título en propiedad, en procuración y en garantía.

El ENDOSO EN PROPIEDAD transfiere la propiedad del título y todos los derechos a él inherentes. El endoso en propiedad no obligará solidariamente al endosante, sino en los casos en que la ley establezca la solidaridad. Cuando la ley establezca la responsabilidad solidaria de los endosantes, éstos pueden librarse de ella mediante la cláusula "sin mi responsabilidad" o alguna equivalente.

El ENDOSO EN PROCURACIÓN, no transfiere la propiedad; pero da facultad al endosatario para presentar el documento a la aceptación, para cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para endosarlo en procuración y para protestarlo en su caso. El endosatario tendrá todos los derechos y

Son títulos al portador o innominados, los no expedidos a favor de persona determinada, contengan o no la cláusula “al portador”. Y pueden transmitirse por simple tradición.

#### C. LITERALIDAD.

Se dice que el derecho expresado en el Título de crédito es literal porque su existencia se regula a tenor del documento. El derecho incorporado es el mencionado en el documento. El artículo 13 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito indica:

En el caso de alteración del texto de un título, los signatarios posteriores a ella se obligan, según los términos del texto alterado, y los signatarios anteriores, según los términos del texto original. Cuando no se pueda comprobar si ha sido puesta antes o después de la alteración, se presume que lo fue antes.

#### D. AUTONOMÍA.

El derecho del titular es derecho independiente, en el sentido de que cada persona que va adquiriendo el documento adquiere un derecho propio, distinto del derecho que tenía o podía tener el que le transmitió el título.<sup>347</sup>

La autonomía en los Títulos de crédito consiste, en la independencia de la causa que los originó, y como documentos ejecutivos como lo señala el artículo 1391 del Código de Comercio, se requiere para ejercitar el derecho incorporado a él, poseer el documento, sin la necesidad de relacionarlo con la causa que lo motivo.

El artículo 12 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, señala:

---

obligaciones de un mandatario. El mandato contenido en el endoso no termina con la muerte o incapacidad del endosante, y su revocación no surte efectos respecto de tercero.

El ENDOSO EN GARANTÍA, atribuye al endosatario todos los derechos y obligaciones de un acreedor prendario respecto del título endosado y los derechos a él inherentes, comprendiendo las facultades que confiere el endoso en procuración.

<sup>347</sup> Álamo, Javier, *op. cit.*, nota 173, p. 142.

La incapacidad de algunos de los signatarios de un título de crédito, el hecho de que en este aparezcan firmas falsas o de personas imaginarias, o la circunstancia de que por cualquier motivo el título no obligue a alguno de los signatarios, o a las personas que aparezcan como tales, no invalidan las obligaciones derivadas del título en contra de las demás personas que lo suscriban.

#### E. ABSTRACCIÓN.

Tanto el deudor no sabe quién es su acreedor, como este último tampoco sabe quién es su deudor, ya que ambos recíprocamente son abstractos hasta el momento en que se deba pagar el título. Sin embargo, en el ínterin entre que un acreedor recibe por endoso y cobra el documento no conoce necesariamente a su deudor y lo mismo pasa para el deudor.<sup>348</sup>

#### 4.1.1.2. EJEMPLOS DE TÍTULOS DE CRÉDITOS.

**LETRA DE CAMBIO.** Es el documento que contiene la orden incondicional que el girador da al girado para que pague al tomador o beneficiario una suma determinada de dinero, en el lugar y fecha que se conviene o que la ley exprese.

**PAGARÉ.** Es la promesa incondicional de pago de una suma determinada de dinero por parte del suscriptor hacia el tenedor o beneficiario.

**CHEQUE.** Es el documento suscrito por una persona llamada librador, cuando previamente se expida el formato o esqueleto por una Institución bancaria, denominada librado, siempre y cuando el librador haya dispuesto de fondos y tenga autorización para librar cheques, por parte del librado, a favor de un tenedor o beneficiario.

**OBLIGACIÓN SOCIETARIA.** Son los títulos de crédito que documentan o acreditan a los tenedores sobre la participación individual en un crédito colectivo constituido a cargo de una sociedad anónima emisora.

---

<sup>348</sup> *Ídem.*

ACCIÓN. Es el documento que acredita el capital social de una sociedad anónima, que servirán para documentar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se regirán por las disposiciones relativas a valores literales, en los que sean compatibles con su naturaleza y no sea modificado por la presente ley. El dinero o cosas aportadas por los socios para integrar el capital social, deja de ser de ellos y pasa a ser de la nueva persona moral, pero en calidad de préstamo; los socios son acreedores de la sociedad y ese crédito se convierte en acción. La acción es el papel que a través de una ficción jurídica se le incorpora el reconocimiento de crédito y los derechos para intervenir en la sociedad.<sup>349</sup>

CERTIFICADOS DE PARTICIPACIÓN. Documentan o acreditan el patrimonio en afectación de un fideicomiso.

CERTIFICADOS DE DEPÓSITO Y BONOS DE PRENDA. Acreditan la propiedad de mercancías o bienes depositados en el Almacén General de Depósito que lo emite. El bono de prenda, documenta la constitución de un crédito prendario sobre las mercancías o bienes indicados en el certificado de depósito correspondiente.

CONOCIMIENTO DE EMBARQUE. Es el documento en que consta el contrato de transporte de mercancías por agua, expedido por la empresa naviera o el operador a cada embarcador, y será un título que documentará o acreditará las mercancías objeto del transporte. La mercancía transportada, sólo podrá ser entregada al poseedor del conocimiento de embarque, el cual puede ser nominativo, a la orden o al portador; además, puede ser negociable y transferible por cesión, endoso o simple tradición.

CARTA DE PORTE. Es el documento expedido por el porteador (transportista) a favor del cargador (quien solicita el transporte), y será un título que documentará o acreditará las mercancías objeto del contrato de transporte terrestre, estas deberán ser entregadas al consignatario o poseedor del papel.

---

<sup>349</sup> *Ídem*, pp. 154-156

Serán títulos de crédito, todos aquellos documentos reconocidos por la ley, como tales;<sup>350</sup> de las ventajas obtenidas por estos documentos, es que traen aparejada ejecución, permitiendo garantizar el cumplimiento en el pago.

#### 4.1.2. BILLETES.

Se puede obtener ganancia en actividades tales como la impresión de papel moneda o acuñamiento de monedas y en lograr que la comunidad acepte estos elementos como dinero. La diferencia entre el costo de imprimir dinero y el valor del cambio de éste se conoce como *seigniorage*; durante siglos los gobiernos y los banqueros han luchado por los privilegios del *seigniorage*...nos referimos a un caso extremo de un gobierno que pide la colaboración de las personas para aceptar su papel moneda.

La liga del Norte era una confederación de provincias del norte de Argentina que se formó en contra del dictador Rosas y su manera de asignar los

---

<sup>350</sup> a.- CETES (Certificados de Tesorería de la Federación) se emiten por el Estado Federal por conducto de la SHCP como agente colocador.

b.- Certificados de Aportación Patrimonial (CAP's) documentan el capital social de las Sociedades Nacionales de Crédito. Estos documentos se expiden en dos series: la A, documenta el 66% del capital social, y B, el 24 % restante. Los certificados serie A sólo pueden estar en manos del Gobierno Federal, se emiten en título único y son intrasmisibles. Los certificados serie B podrán emitirse en uno o varios títulos y son susceptibles de ser adquiridos por personas físicas y morales mexicanas (debe figurar en el estatuto la cláusula de exclusión directa o indirecta de extranjeros). Ninguna persona puede adquirir más de 5 % del capital pagado; sólo el Gobierno Federal y las sociedades de inversión comunes pueden detentar dichos certificados en un porcentaje mayor al señalado. Otorga derechos patrimoniales y corporativos.

c.- Acciones de las Sociedades Anónimas Bancarias: son títulos de crédito que documentan el capital social, sirven para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio. El capital de las instituciones de banca múltiple, estará formado por una parte ordinaria documentada por la serie O y; podrá integrarse por una parte adicional, documentada en serie L, que podrá emitirse hasta por un monto del 40 % del capital social ordinario, previa autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. d.- Certificados de depósito bancarios: el depósito constituye la principal operación pasiva de los bancos; el depositante entrega una suma de dinero a una institución de crédito para su ahorro o inversión a la vista o a plazo, obligándose la misma a restituir la suma que ampara el recibo de depósito más un interés en la misma especie. Estos documentos deben consignar la indicación de que se trata de certificados de depósito bancarios de dinero, la mención del lugar y fecha en que se suscriben, el nombre y la firma del emisor, la suma depositada, el tipo de interés pactado, el régimen de su pago, el plazo de retiro y el lugar señalado para ello.

Álamo, Javier, *op. cit.*, nota 173, p.140-143.

De la Fuente Rodríguez, Jesús, *Tratado de derecho bancario y bursátil*, 6ª Ed. México, Porrúa, 2010, pp. 370-375, 494.

Díaz Bravo, Arturo, *Títulos de crédito*. 4ª Ed. México, Iure editores, 2011, pp. 181-199.

ingresos federales por conceptos de aranceles. Debido a que se redujeron los fondos federales para este grupo en rebelión, ellos optaron por fundar un banco de préstamos hipotecarios (Banco Hipotecario), emitiendo billetes. Estos billetes no tuvieron buena aceptación por parte del público y como resultado se publicó el siguiente decreto.

Tucumán, 5 de abril de 1841

El gobierno se ha sorprendido al informarse que algunos ciudadanos corruptos se oponen a la circulación del papel moneda y, en consecuencia, acuerda y decreta:

ARTÍCULO 1.- Quien quiera que rehúse recibir el papel moneda puesto en circulación por el Banco Hipotecario de las provincias de la liga del Norte sufrirá la pena de muerte y, aquellos que cierren sus negocios para no hacer ventas, le serán confiscados sus bienes.

ARTÍCULO 2.- Se aplicará la misma pena a quien directa o indirectamente contribuya a desacreditar el dinero en circulación, ya sea mediante la elevación de los precios fijados para los bienes en venta o por cualquier otro método.

ARTÍCULO 3.- La evidencia para la verificación de estos crímenes será escuchada verbal y rápidamente, de manera que ningún caso tendrá una duración superior a 24 horas.

ARTÍCULO 4.- Publíquese y comuníquese en forma acostumbrada e inclúyase en el registro oficial.<sup>351</sup>

La aparición del papel moneda no tiene una ubicación histórica específica aunque sus inicios se adjudican a los chinos. Durante los siglos XVIII, XIX y comienzos del XX, en varios países se suscitaron los primeros intentos de usar un papel moneda tal y como se conoce actualmente. En el caso particular de México, se pueden situar sus inicios a principios del siglo XIX.<sup>352</sup>

Desde la Colonia, el saqueo de metales preciosos fue la principal actividad de los españoles; por ello, en la Independencia, el país se vio sumergido en una falta liquidez, con la guerra se abandono el campo, la minería, la pequeña industria y todos los demás oficios o profesiones, pues todo el esfuerzo humano se abocó a esta lucha. Provocó una crisis económica, pues si el circulante estuvo formado exclusivamente por monedas metálicas de oro, plata y cobre, el poco trabajo en

---

<sup>351</sup> Leroy Miller, Roger y Pulsinelli, Robert W., *op. cit.*, nota 342, p. 71 y 71.

<sup>352</sup> Banco de México, *Historia de la moneda mexicana*. <http://www.banxico.org.mx/billetes-y-monedas/index.html#IG>. Consultada el 16 de mayo de 2012.

las minas detuvo la extracción de metales utilizados para moneda; lo que permitió, usar otra forma de hacer circular la riqueza, como es el papel moneda.

Suplir la moneda por el billete, no fue un proceso sencillo; más que la simple disposición de las autoridades de incorporarle al papel un valor, fue difícil la aceptación de un simple papel como dinero, cuando el mismo no tenía, ni tiene intrínsecamente el valor propio de las monedas.<sup>353</sup>

El dinero es aquello universalmente aceptado como tal en una economía por los vendedores de bienes y servicios como pago por estos, y por los acreedores como

---

<sup>353</sup> En el México independiente con Iturbide, se vivió una economía deteriorada, rezago de la lucha, por ello, en 1822 se autorizó la creación de un banco de emisión de cédulas, pagarés o haré-buenos, denominación de los billetes, éstos debían circular en diversas denominaciones. Sin embargo, el uso de plata u oro como dinero, hizo fracasar la idea del papel. El rechazo al papel como dinero se trató de frenar, al ser impreso sobre bulas papales canceladas, esperando su aceptación por la religiosidad del mexicano. El billete no gozó de la aceptación del público usuario y pronto fue retirado de la circulación.

En 1864, durante el Imperio de Maximiliano de Habsburgo, se retomó el proyecto de emitir billetes, bajo un parámetro distinto: el responsable de la emisión era un banco privado, El Banco de Londres, México y Sudamérica; bajo la aceptación voluntaria.

La emisión de billete encontró condiciones favorables, durante el gobierno del general Porfirio Díaz. Se estableció conforme a la Ley de Instituciones de Crédito de 1897; cada Estado de la República contó con, cuando menos, un banco privado emisor de billetes; además del Banco Nacional de México con presencia en toda la República, y del de Londres y México, cuya concesión fue ratificada. De esta manera, México adoptó al billete como medio de pago de aceptación generalizada. Los billetes de estos bancos se emitieron, con el respaldo metálico correspondiente.

Con la Revolución mexicana se escaseó nuevamente la moneda, y por ende el descrédito del billete de banco, por la falta de respaldo.

El general Victoriano Huerta ordenó a los bancos privados de emisión, entregar el respaldo metálico de los billetes a su gobierno y emitir cantidades gigantescas de billetes sin éste. Con esto, se arruinó rápidamente el sistema bancario mexicano, y con él, el uso y la aceptación del billete.

Venustiano Carranza, autorizó a numerosos jefes revolucionarios la emisión de sus propios billetes, vales y cartones para allegarse fondos. En lugar de resolver el problema monetario de la República, lo complicó. Estos documentos el pueblo mexicano denominó genéricamente "bilimbiques", únicamente valían en tanto su emisor ejercía el poder y la autoridad en una determinada región, produciendo una severa inflación.

Ante la desconfianza del papel moneda, el único válido sería el emitido por los carrancistas y, para protegerse de las falsificaciones, se ordenó la fabricación de billetes mucho más sofisticados. Estos billetes se pusieron en circulación en mayo de 1916; y se les conoce como "infalsificables", con esto se pretendió sustituir a las emisiones anteriores, unificar la circulación de billetes y así recuperar la confianza.

En el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada en febrero de 1917, se establece el monopolio de la emisión a un Banco único, autorizado para emitir papel moneda en el país, y de una Comisión Nacional Bancaria, encargada de vigilar las operaciones de las instituciones de crédito.

Banco de México, <http://www.banxico.org.mx/billetes-y-monedas/index.html#IG>. Consultada el 16 de mayo de 2012.

pago por deudas. Se dice que es el más líquido de los activos, porque puede ser fácilmente intercambiable por un bien o servicio. Existen dos principales: dinero-mercancía (monedas de oro y plata) y dinero-crédito o fiduciario<sup>354</sup>.

El término fiduciario proviene del latín *fiducia*, significa fe o confianza. El valor de los pagos se basa en la confianza del público para que éste se pueda cambiar por bienes y servicios. Bajo el patrón monetario fiduciario, el dinero, ya sea en la forma de efectivo o cuenta corriente, no es convertible en una cantidad fija de oro y plata o en algún metal precioso.

Una economía utiliza dinero fiduciario o crédito cuando emplea dinero que no posee valor como mercancía o cuyo valor no monetario es inferior a su valor en uso monetario. Por ejemplo, constituye dinero fiduciario una moneda de cobre cuyo valor, en cobre derretido, es de 10 centavos, pero su valor monetario es de 1 peso.

El dinero fiduciario conlleva dos subclases: dinero fiduciario emitido por gobierno y bancos centrales (billetes) y el emitido por instituciones financieras (cheques).

Las monedas tienen un valor impreso en ellas, normalmente superior al valor comercial del metal utilizado para crearlas, no obstante, tienen un valor intrínseco. En cambio el papel moneda, son solamente pedazos de papel y por tanto tienen un valor intrínseco ínfimo. A pesar de ello, los billetes son dinero en razón de su aceptabilidad (esto es: constituye dinero por su aceptación a cambio de bienes y servicios) y de la previsibilidad de su valor (se conoce el poder adquisitivo).

Aceptado el papel moneda, como un medio para facilitar el pago, y la seguridad de tener el respaldo en metal, se estableció en la Constitución de 1917, en su artículo 28 la creación de un Banco único de emisión de billetes, controlado por el Estado; fue hasta 1925 cuando empezó a funcionar.

---

<sup>354</sup> Leroy Miller, Roger y Pulsinelli, Robert W., *op. cit.*, nota 342, p. 21-24.



#### 4.1.2.1. BANCO DE MÉXICO COMO RESPONSABLE EN LA EMISIÓN DE BILLETES.

El Banco Central, se creó bajo la tesitura de una sociedad anónima de participación estatal mayoritaria, ulteriormente como un organismo público descentralizado, en la actualidad se considera como un organismo autónomo.

La exposición de motivos de la Ley del Banco de México, indica:

... Para que se garantice cabalmente la posibilidad de que el Banco Central cumpla con la función que se le asigna este no formará parte de la Administración Pública Federal, por lo que no queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 90 Constitucional, sino que será un organismo del Estado mexicano con facultades autónomas en lo relativo al ejercicio de sus funciones y su administración.

##### 4.1.2.1.1. FUNCIONES DEL BANCO DE MÉXICO.

1.- Proveer a la economía del país de moneda nacional: monedas y billetes. Los billetes deberán contener la denominación con número y letra; la serie y número; la fecha del acuerdo de emisión; las firmas en facsímile de un miembro de la junta de gobierno y del cajero principal; la leyenda "Banco de México"; y las demás características señaladas por el propio banco.

El Banco podrá fabricar sus billetes o encargar la fabricación de estos a terceros. Contará con una reserva de activos internacionales, con el objeto de coadyuvar a la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional mediante la compensación de desequilibrios entre los ingresos y egresos de divisas del país.<sup>355</sup>

La reserva se constituirá con:

- Las divisas y el oro, propiedad del Banco Central, libres de todo gravamen y cuya disponibilidad no esté sujeta a restricción alguna.

---

<sup>355</sup> De la Fuente Rodríguez, Jesús, *op. cit.*, nota 350, p. 95.

- La diferencia entre la participación de México en el Fondo Monetario Internacional y el saldo del pasivo a cargo del banco por el mencionado concepto, cuando dicho saldo sea inferior a la citada participación.
- Las divisas provenientes de financiamientos obtenidos con propósitos de regulación cambiaria.

Para lograr la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda, es necesaria una eficiente política monetaria, entendiendo por esta, el conjunto de acciones que realiza el Banxico para intentar controlar la cantidad de dinero que circula en la economía y de esta manera afectar el nivel de precios. Esto es, poner en circulación billetes sin respaldo conlleva a una inflación; actualmente el respaldo es el Producto Interno Bruto, depende de éste el valor adquisitivo de la moneda.<sup>356</sup>

2.- Promover el sano desarrollo del sistema financiero, para lo cual:

- Regula la intermediación y los servicios financieros.
- Operar como acreedor de última instancia para instituciones de crédito.
- Operar con entidades financieras.
- Sancionar a los intermediarios.

3.- Propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pago.

El Banco de México constituye el sistema de pagos de forma directa y como regulador. De forma directa suministra y canjea billetes y monedas colocados en circulación, asegura el circulante necesario en el país, sin riesgo de falsificación. Como regulador, al expedir disposiciones con la finalidad de propiciar el buen funcionamiento del sistema de pagos.

#### 4.2. METALES.

El Sir Thomas Gresham (1519-1579) era el asesor financiero de la Reina Isabel I. se cree que él es el autor de la frase “El mal dinero retira de la circulación al dinero bueno”.

Para comprender la ley de Gresham, como se le conoce, se debe definir primero la expresión “mal dinero”. Esta definición se puede hacer tomando

---

<sup>356</sup> *Ibidem*, p 100.

como ejemplo la moneda de diez centavos de dólar. Las que se acuñaron después de 1965, tenía un contenido en metálico de valor inferior a diez centavos. Las monedas de diez centavos acuñadas antes de 1965 tenían un valor en metálico superior a 10 centavos. Las acuñadas después de 1965 constituían mal dinero y las acuñadas antes de 1965 constituían buen dinero. Los términos malo y bueno solamente se refieren al valor no monetario del dinero. Si se les permite escoger, las personas prefieren atesorar el buen dinero al malo. La posesión del dinero bueno hace más rico a su propietario. Porque tiene un valor superior al valor nominal.

El mal dinero desplaza al bueno, solamente cuando existe una tasa de intercambio fijado por el gobierno entre dos clases de monedas. En el caso de las monedas de diez centavos acuñadas antes de 1965 y con posterioridad a ese año, la tasa de cambio fijado por la ley era de uno por uno. Si no hubiera existido una tasa de cambio fija, los vendedores habrían podido expresar el precio de los bienes de dos formas diferentes: en términos de las monedas antiguas o el de las nuevas.

Analicemos la compra de un bien, por valor de un dólar con posterioridad a 1965. Un comerciante había podido expresar el precio del producto, por ejemplo, en diez monedas de diez centavos acuñadas con posterioridad a 1965 y en siete monedas de diez centavos acuñadas antes de 1965. Si éste hubiera sido el caso, ambas monedas habrían coexistido en circulación. Durante la guerra civil, por ejemplo, tanto los dólares en oro como los dólares de los Estados Unidos en papel moneda permanecieron en circulación, a pesar de que se habían impreso un gran número de dólares en papel para financiar la guerra civil contra el sur. ¿Por qué? Porque cada bien o servicio tenía dos precios: uno en términos de dólares oro y otro en dólares de papel. En esa época no existía entre dólares oro y billetes una tasa de cambio fija e impuesta por el gobierno.

Sir Thomas Gresham (así reza la historia) le explico a la Reina Isabel I lo que había sucedido con la oferta monetaria; él observo que aquellas monedas con mayor contenido de plata habían dejado de utilizarse como medio de pago en Inglaterra. Las monedas con menor contenido de plata eran intercambiadas por bienes y servicios. Enrique VIII (padre de Isabel) había reducido el contenido de plata en las monedas de 92.5 % de plata pura, a sólo 33 % en 1545. Sin embargo, se había reducido igualmente el valor nominal de la moneda. No es sorprendente que sólo haya permanecido en circulación las monedas que poseían una tercera parte de la plata pura.<sup>357</sup>

Los metales han tenido una relevante importancia no sólo en el mundo del comercio, sino en la edad de los metales; los primeros utilizados por el hombre,

---

<sup>357</sup> Leroy Miller, Roger y Pulsinelli, Robert W., *op. cit.*, nota 342, p. 28.

fueron el oro, el cobre y el hierro, dando nombre a las distintas etapas de la historia en que se utilizó para la creación de utensilios, herramientas u objetos determinado metal.

Antes de la Conquista, México tenía como sistema de intercambio al trueque y para coordinar los valores de las mercancías a intercambiar se estableció una forma de moneda, como: el cacao, para operaciones normales, el valor de éste dependía de la escasez en determinada región; en polvo o en barra el oro se utilizó para operaciones con mayor valor, o bien, para el pago de tributo a los aztecas; otras monedas fueron el jade y el algodón.

La historia muestra que el dinero intrínsecamente ha tenido diferentes valores y ha existido de diversas formas, confirmando con ello la ficción que envuelven, en razón del valor que se da a una cosa determinada al margen de su costo real.<sup>358</sup>

#### 4.2.1. DINERO-MERCANCÍA:

Dinero en cuerpo cierto (*full-bodied money*): cualquier dinero cuyo valor como bien en términos no monetarios equivalga a su valor como medio de pago. Por ejemplo, las monedas acuñadas cuyo contenido metálico tenía un valor en uso no monetario igual a su valor de cambio como dinero (oro).

Dinero en cuerpo cierto representativo –documentado- (*representative full-bodied money*): es el dinero (papel o moneda) con un valor insignificante en sí mismo, pero cuenta con el respaldo de una mercancía como el oro o la plata.

Desde 1821 el mundo ha permanecido en lo que se ha denominado el patrón oro clásico (1821-1914), el patrón de cambio oro (1925-1931) y el sistema de Bretton Woods (1946-1971).<sup>359</sup>

---

<sup>358</sup> Álamo, Javier, *op. cit.*, nota 173, p. 136.

<sup>359</sup> PATRÓN ORO PURO. Son necesarios tres elementos: 1.- Sólo las monedas oficiales de oro acuñadas por el gobierno se pueden utilizar como dinero. 2.- El gobierno comprará oro del público a un precio fijo y lo convertirá en monedas de oro. 3.- El gobierno venderá oro al público al precio

#### 4.2.6. MONEDA

La moneda metálica no es el único dinero circulante, pues está dentro de la lista a lado de los billetes, tarjetas plásticas, y otros; sin embargo, es el más aceptable, no por su facilidad de portabilidad, pues en esto le supera el billete, y aun más una tarjeta de plástico, sino, por su valor intrínseco, y porque se cree, que es más difícil de falsificar.

El dinero se considera como el medio de intercambio generalmente aceptado. Comúnmente se considera a los billetes y monedas como dinero, por su facilidad de cambiar inmediatamente por bienes o servicios requeridos.

---

fijado, sin que sea dinero. Un patrón de oro puro internacional se establece cuando un número de países se acoge a un patrón de moneda oro. En tal sistema, cada gobierno acuerda comprar y vender sus determinadas monedas de oro (los estadounidenses los llamarían “dólares”, los británicos “libras esterlinas”). Las tasas de cambio entre los diferentes países son necesariamente fijas. (La tasa de cambio es el precio de una divisa en términos de una moneda doméstica. Puede ser Fija, cuando es predeterminado el valor; y flotante, cuando se determina mediante la oferta y la demanda). El patrón oro puro nunca ha existido, porque es extremadamente costoso de operar; el descubrimiento, la extracción y la acuñación de oro son actividades en extremo caras.

**PATRÓN ORO CLÁSICO.** El papel moneda y los depósitos sustituyeron al oro en el campo doméstico y las reservas internacionales –divisas de países bastante reputados- sustituyeron al oro en el campo internacional.

**PATRÓN DE CAMBIO ORO.** La mayoría de los países mantuvieron oro, dólares o libras esterlinas como reservas; Estados Unidos de América y el Reino Unido mantuvieron sólo reservas en oro. En 1931, la Gran Bretaña, al enfrentar flujos masivos de oro y de capital abandonó el patrón oro; fue entonces cuando dicho patrón entro en colapso.

**Sistema Bretton Woods.** En 1944, los principales naciones que negociaban en los mercados internacionales se reunieron en Bretton Woods, para crear un nuevo sistema de balanza de pagos internacionales para remplazar el patrón oro abandonado a comienzos de los años treinta. La conferencia tuvo dos objetivos principales: crear un sistema monetario encargado de ayudar a la reconstrucción de los países devastados por la Segunda Guerra Mundial; y crear un sistema de tasas de cambio fijas y los medios para corregir los desequilibrios en las balanzas de pagos. Surgió la creación del Fondo Monetario Internacional, encargado de administrar las cláusulas del acuerdo y prestar divisas a los países miembros con déficit en la balanza de pagos. Cada uno de los miembros del Fondo Monetario Internacional, con excepción de Estados Unidos de América, establecería un valor para su moneda en términos de dólares u oro. El gobierno del país con un déficit en la balanza de sus pagos se veía obligado a compensar el superávit con dólares de los Estados Unidos de América para respaldar el precio de su propia moneda. Para 1971 en Estados Unidos de América, existía el problema del dólar sobrevalorado, por ello, el 15 de agosto, se anunció por el presidente Nixon un programa para eliminar el exceso de la oferta de dólares en el mercado de divisas, y así evitar la caída del precio del dólar con relación a la libra y otras monedas. El programa incluía la suspensión de la convertibilidad de dólares a oro. Leroy Miller, Roger y Pulsinelli, Robert W., *op. cit.*, nota 342, pp. 15-20.

El dinero es el más líquido de los activos. Un activo es líquido cuando puede ser fácilmente intercambiable por un bien o servicio sin altos costos de transacción, y con relativa seguridad en cuanto su valor nominal. El dinero se puede convertir fácilmente en otras formas de activo, y conservar siempre el mismo valor nominal.

#### 4.2.6.1. FUNCIONES BÁSICAS DEL DINERO.

- MEDIO DE PAGO. Se acepta como pago, esto es, se venden productos por dinero y se utiliza ese dinero para hacer compras en el futuro; además se recibe pago en dinero por el fruto del trabajo; estos pagos se pueden intercambiar por los frutos del trabajo realizados por otros seres humanos.

- DEPÓSITO DE VALOR. El dinero a pesar del transcurso del tiempo, mantiene su valía, pero deben pagar un costo de oportunidad, esto es: el diferencial entre los ingresos en intereses que podrían ser obtenidos, por esa misma cantidad de dinero depositado (invertido) en un activo generador de un mayor interés.

- UNIDAD DE CUENTA (patrón monetario). Es una forma de asignar un valor específico a los bienes y servicios económicos; se utiliza para medir el valor de los bienes y servicios relacionados con otros bienes y servicios. Esta constituye la medida o el común denominador. El dólar por ejemplo, es la unidad monetaria de los Estados Unidos de América; como el peso es la unidad monetaria de México. Es el patrón que permite a los individuos comparar fácilmente el valor relativo de los bienes y servicios.

- PATRÓN DE PAGOS DIFERIDOS. En este caso se involucra simultáneamente el uso de dinero como medio de pago y unidad de cuenta. Las deudas generalmente se definen en términos de unidad de cuenta; estas se pagan con un medio de pago monetario. Esto es, una deuda se especifica en una determinada cantidad de dólares o pesos y se paga en efectivo o con cheque.<sup>360</sup>

---

<sup>360</sup> *Ídem.*

#### 4.2.6.2. PROPIEDADES MÍNIMAS DEL DINERO:

- PORTABILIDAD. Debe ser fácil de portar y transferir para realizar operaciones, para ser ampliamente utilizado.
- DURABILIDAD. Mantener su duración física, sin la cual perderá su valor como moneda, por ello, se crean con aleaciones de distintos metales, para lograr una dureza y evitar su desgaste, para mantener su valía.
- DIVISIBILIDAD. Crea monedas o billetes con valores diversos, con la finalidad de hacer pagos exactos y necesarios.
- UNIFORMIDAD. El dinero debe ser de igual calidad sin diferencias físicas entre sí, para tener la certeza del valor agregado, y con ello la certeza de lo recibido al realizar operaciones.
- RECONOCIMIENTO. Debe ser conocido para evitar la introducción de dinero falso.

Hoy en día el dinero comúnmente se compone de monedas, papel moneda, tarjetas plásticas o instrumentos electrónicos; todas estas clases de dinero poseen éstas cinco propiedades.<sup>361</sup>

El Estado a través de una ficción jurídica incorpora a un trozo de metal, un valor, el cual es superior al intrínseco de éste. Y su valor está respaldado en el Producto Interno Bruto del país. Éste –el PIB- es el valor en pesos de todos los bienes y servicios finales producidos anualmente en la economía del país.

En la actualidad la ficción ha llegado a sus extremos pues no existe respaldo metálico, sino simplemente la decisión de cada Estado de conferirle un valor a su moneda, en teoría sustentado en el producto Interno Bruto. El último reflejo de

---

<sup>361</sup> *Ídem.*

esta cuestión se aprecia en el Euro, moneda que sin respaldo metálico pretende unificar sistemas de cambio en la Unión Europea.<sup>362</sup>

#### 4.3. TARJETAS PLÁSTICAS.

El escritor inglés H.G. Wells, conocido universalmente por sus obras literarias de ciencia ficción, publicó en 1885 una novela intitulada *La máquina del tiempo*. En ella narró cómo un brillante científico inventó un aparato capaz de trasladar a una persona a la época que quisiera, lo mismo en el pasado que en el futuro, con el simple hecho de maniobrar algunas palancas y oprimir varios botones. Si se supone por un momento que este relato no fuese imaginario, sino que efectivamente la máquina hubiera sido inventada y funcionara, sería posible imaginar una historia como la que sigue:

El 1885, huyendo de los temibles y corpulentos policías ingleses, un famoso carterista logra llegar al sótano donde se encuentra la máquina del tiempo. Apurado, escuchando el golpeteo de la puerta que quieren forzar sus seguidores, el ladrón programa la máquina para viajar a 1990. Cuando por fin los policías logran entrar al sótano, ven a su presa dentro de un extraño artefacto; pero en el momento en que se disponen a aprehenderlo, el aparato con todo y su tripulante se esfuma ante sus miradasoplejas.

El forajido llega a su destino a mitad de la noche, y se encuentra en una calle desierta. Logra identificar algunos edificios, con lo que confirma que todavía está en Londres. Lo primero que piensa es que necesita dinero, pues con la huida dejó abandonado su botín. Para su fortuna, descubre muy cerca de donde estaba un elegantísimo restaurante abierto; entra en él y se acomoda en su mesa esquinada para poder ver bien a los comensales. Se trataba de hombres y mujeres muy peinados, aunque sus ropas le parecen un poco exóticas.

Ve entrar a un sujeto corpulento fumando un gran puro; sus ojos expertos descubren un pequeño bulto en el pecho del hombre. Una cartera jugosa, supone, y en menos de los que canta un gallo, al ir al baño, tropieza con el caballero, le ofrece sus disculpas y se desliza como una sombra fuera del lugar. En un callejón oscuro, con las manos temblorosas por la ansiedad, el carterista se apresta a revisar su trofeo. Es de piel fina y se siente muy cargada, piensa contento. Cuando abre la cartera, una larga tira de material transparente se desparrama de sus manos, como si fuera una boa que se desenrosca. El ladrón contempla sorprendido cómo la tira contiene diez o doce tarjetas de vistosos colores, hechas de un material muy extraño: duro, pero flexible. Desesperado, sigue revisando la cartera; nada, ni un sólo

---

<sup>362</sup> Álamo, Javier., *op. cit.*, nota 173, p. 136.



penique. Escogí mal la época –piensa desalentado-. Aquí ya no existe el dinero.

Y es que, en realidad, en este tiempo el uso del dinero en efectivo está cada vez más restringido. Los impresionantes avances en los campos de la comunicación y la informática, entre otros factores, han permitido desarrollar un sustituto del dinero contante y sonante, mucho más seguro, de fácil manejo y con un sin número de ventajas adicionales: las tarjetas plásticas.<sup>363</sup>

En la época primitiva el hombre para cubrir sus necesidades recurrió al trueque, hasta que invento la moneda como la medida aceptada universalmente para realizar el intercambio, como la sal, maíz o esclavos; después de un desarrollo comercial a causa de procesos histórico bélicos y a falta de metales se estableció un mecanismo de incorporar el valor de una moneda de oro o plata, entre otros, al papel, dando pie al billete o papel moneda. Con el desarrollo de la tecnología, en el siglo pasado, se invento una forma diferente de realizar el pago y así obtener bienes y servicios: el dinero o tarjeta de plástico.

El dinero de plástico no implica la creación de monedas y billetes de éste material, sino, sólo una tarjeta a la cual se le incorpora a través de una ficción, el valor de liquidez o crédito de una persona, frente a un acreedor o acreditante; “como si” se metiera el dinero al trozo de plástico.

El procedimiento conlleva tres componentes: el tarjetahabiente –consumidor–, los comerciantes afiliados al acreditante –acreedor–, y el banco emisor de la tarjeta –acreedor o acreditante–.

#### 4.3.1. TARJETA DE CRÉDITO.

Las tarjetas de crédito se originaron en Europa en el siglo pasado, en los hoteles lujosos, no sólo servían para permitir el pago diferido a sus mejores clientes, sino para identificarlos en toda la línea hotelera. En Estados Unidos de América, se

---

<sup>363</sup> Prosa Carnet, *El dinero de plástico; historia del crédito al consumidor y de los nuevos sistemas de pago en México*. México, J.R. Fortson y Cía pp. 89 y 90.

utilizó la tarjeta de crédito en 1924, cuando la compañía General Petroleum expidió una tarjeta para adquirir combustible. Ulteriormente se emitieron por almacenes comerciales y expendios de gasolina.

Después de concluida la Segunda Guerra Mundial, comenzó la “era del dinero de plástico”, gracias a Franc McNamara, hombre de negocios en Nueva York, ideó un mecanismo para que los tarjetahabientes pudieran comer en algunos de los mejores restaurantes de la ciudad sin llevar monedas o billetes: creó una organización para garantizar el pago de los consumos realizados por sus socios denominada “Club de los Comensales” (*Diners Club*). En 1951 el Franklin Nacional Bank, emitió la primera tarjeta de crédito bancaria.

En 1966, un grupo de bancos en Nueva York, organizó el sistema de Interbank, en forma de cooperativa; se afiliaron más instituciones bancarias, y emitieron una tarjeta de crédito en común, hoy MasterCard. Al mismo tiempo pero en California, el *Bank of America* emitió el sistema de tarjetas BankAmericard, a la cual se afiliaron otros bancos; más tarde se creó el consorcio<sup>364</sup> VISA (*Visa Internacional Service Association*). La consolidación de estos dos consorcios permitió el avance en el uso del dinero plástico, y por ende su propagación y uso en todo el mundo.

En México se fundó en 1953 el Club 202, S.A. con el objeto de expedir tarjetas de identificación a los funcionarios y empleados de una empresa para que firmaran las cuentas de sus gastos en los lugares donde aceptarían la garantía de que la institución les pagaría en nombre del cliente; así nació la tarjeta de crédito Club 202. Posteriormente se fusionó con “Diners Club”. Finalmente aparecieron las tarjetas American Express y Carte Blanche. Ya para 1968, el Banco Nacional de México emitió la primera tarjeta de crédito bancaria en toda América Latina; se denominó Bancomático, afiliada a Mastercard. La segunda tarjeta mexicana fue la de Bancomer, afiliada a Visa.

---

<sup>364</sup> El consorcio es un contrato a través del cual se reúnen varias personas físicas o morales para realizar un fin en común, por su concurrencia en la prestación de servicios o bienes en el mercado. No forman una persona moral, y los beneficios obtenidos son para cada quien, pero con esto se trata de evitar un comercio desleal.

Gracias a las modernas computadoras, hoy se facilita el manejo de datos de millones de tarjetahabientes, permitiendo la aceptación generalizada del dinero de plástico, y por ende, el aprovechamiento de los avances tecnológicos que facilitan las relaciones comerciales, y la obtención del lucro.<sup>365</sup>

La ley de Instituciones de Crédito autoriza a éstas –instituciones– a expedir tarjetas de crédito con base en el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.<sup>366</sup> El Banco de México expide reglas con base en las cuales las Instituciones de Banca Múltiple y las Sociedades Financieras de Objeto Limitado deben emitir y operar las tarjetas de crédito,<sup>367</sup> entre otras:

1.- La expedición se hará con base en un Contrato de Apertura de Crédito,<sup>368</sup> por medio del cual la emisora –Instituciones de Crédito o Sociedades Financieras de Objeto Limitado–<sup>369</sup> se obligue a pagar por cuenta del titular –persona que celebre

---

<sup>365</sup> Prosa Carnet, *op. cit.*, nota 363, p. 24.

<sup>366</sup> Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Artículo 291. En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.

Artículo 296. La apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación, en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor.

Artículo 302. En virtud del contrato de cuenta corriente, los créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes, se anotan como partidas de abono o de cargo en una cuenta, y sólo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituye un crédito exigible y disponible.

<sup>367</sup> Reglas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 2004.

<sup>368</sup> El Contrato deberá establecer claramente: 1. Los medios de pago y fechas de acreditamiento. 2. El número de días para hacer el pago y/o para reestablecer la línea de crédito. 3. Las tasas de interés y comisiones. 4 La aceptación para ofrecer o no servicios adicionales. 5. Momento a partir del cual cesa la responsabilidad del Titular por el uso de la tarjeta, en caso de robo, extravío o clonación.

<sup>369</sup> La Sociedad Financiera de Objeto Limitado, es aquella autorizada por la SHCP, con opinión de la CNBV y del Banco de México, para captar recursos provenientes de la colocación de instrumentos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y otorgar créditos para determinada actividad o sector. Coadyuva en el fortalecimiento del ahorro, la ampliación de la capacidad productiva y la reactivación económica, mediante la especialización en el otorgamiento

el contrato con la emisora– los bienes, servicios y, en su caso, el efectivo, proporcionado por los establecimientos a los tarjetahabientes.

2.- Podrán ser de uso exclusivo en territorio nacional, o bien, de uso en territorio nacional y en el extranjero.

3.- Se expedirán siempre a nombre de una persona física; cuando los contratos se celebren con personas morales, las tarjetas respectivas se expedirán a nombre de las personas físicas designadas por aquéllas; y serán intransferibles.<sup>370</sup>

4.- La emisora hará los cargos a la cuenta del tarjetahabiente.<sup>371</sup>

5.- La emisora deberá contar con un seguro para cubrir el saldo insoluto de la cuenta al momento del fallecimiento del titular, o bien, absolver dicho saldo ante tal evento.

6.- En caso de robo o extravío de la tarjeta, una vez avisada a la emisora, ésta deberá bloquearla y sólo podrá efectuar cargos a la cuenta por operaciones celebradas con anterioridad.

---

de créditos a sectores o actividades específicos que no eran atendidos por otras entidades financieras. Otorga líneas de crédito para personas o empresas, asignándoles un monto y un número de cuenta; la vigencia es por un año prorrogable automáticamente por períodos iguales sucesivos. Los riesgos los absorbe la sociedad, ya que esta analiza y autoriza la apertura de la línea de crédito. La apertura puede ser nacional o internacional. De la Fuente Rodríguez, Jesús, *op. cit.*, nota 350, pp. 555-560.

<sup>370</sup> Deberán contener al menos, lo siguiente: a) La mención de ser tarjetas de crédito y si su uso está restringido al territorio nacional, o bien, su uso podrá hacerse tanto en el territorio nacional como en el extranjero. b) La denominación social de la emisora. c) El número de la tarjeta. d) El nombre del tarjetahabiente y espacio para su firma autógrafa o codificada electrónicamente. e) La mención de sujetar al titular a las disposiciones establecidas en el contrato correspondiente. f) La mención de ser intransferible, y g) La fecha de vencimiento.

<sup>371</sup> A.- El importe de los pagos de bienes, servicios, impuestos y demás conceptos realizados por el tarjetahabiente, así como las disposiciones de efectivo, cuando éste: I.- haya suscrito pagarés u otros documentos; II.- los haya autorizado, o III.- haya solicitado por vía telefónica o electrónica la compra de bienes o servicios. B) Los intereses pactados; C) Las comisiones; D) Los gastos por cobranza.

7.- En caso de que el titular no esté de acuerdo con alguno de los cargos en su estado de cuenta, podrá objetarlo dentro del plazo señalado por la emisora, el cual no podrá ser menor a noventa días naturales contados a partir de la fecha de corte, pudiendo el titular dejar de hacer el pago de dichos cargos, así como el de cualquier otra cantidad generada con motivo de éstos, en tanto no se resuelva la aclaración.

Con las tarjetas de crédito, se consumen bienes y servicios, sin pagarlos en lo inmediato, trae beneficios hacia el usuario, como el no descapitalizarse al momento, sino diferir los pagos; el problema radica, si llegado el momento no se tiene liquidez, produciendo con ello inflación.

#### 4.3.2. TARJETAS DE DÉBITO.

Por regla general el depósito de dinero es irregular, así lo determina el artículo 267 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, al señalar que:

El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras, transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie...

A través de las tarjetas de crédito se dispone únicamente del dinero previamente depositado en las cuentas bancarias, se pagan bienes o servicios, como si se tratara de efectivo. Se les incorpora al *chip* contenido en el plástico el valor del dinero que realmente se tiene. No hay crédito ni inflación. El problema surge cuando se roban o se pierde la tarjeta, porque es como perder el dinero en efectivo, si es que no se aviso a la institución emisora, de tal suceso.

#### 4.4. INSTRUMENTOS

La revolución en dinero y banca conduce a una revolución paralela en dinero y robo bancario. Willie Sutton, según se afirma, dijo que había robado bancos porque era allí donde estaba el dinero. Desde luego los Willie Sutton de hoy deben de estar versados en tecnología de computadores y sistema de transferencia electrónica.

La mayoría de las transacciones financieras se mueven, decodifican, por líneas telefónicas; más de un billón de dólares se transmite a diario en los Estados Unidos mediante una compleja red financiera. Para un moderno e inteligente ladrón de bancos resulta posible realizar la instalación de una línea telefónica de cajeros automáticos, usando equipos electrónicos de tan sólo varios cientos de dólares; luego, mediante la grabación y repetición de las instrucciones dadas a la máquina, el asaltante puede enviar el mensaje para tomarlos.

Los bancos han intentado reforzar su seguridad para prevenir tales robos. Una forma es codificar los datos o descodificar los números de identificación personal de los clientes a través del computador (o, incluso todas las instrucciones), de acuerdo con alguna ecuación matemática. La codificación estándar de los datos del gobierno de los Estados Unidos, la ecuación más ampliamente usada, es en apariencia tan efectiva que no ha sido posible para los ladrones de bancos irrumpir en ella, al menos todavía. Los computadores necesarios (metales, equipos, etc.) para tal proceso de codificación pueden, sin embargo, incrementar en más de US\$ 5,000 el costo de un cajero automático; de hecho, sólo unos pocos bancos han estado dispuestos a pagar el precio.

Si bien no es factible que un ladrón de banco, escudriñador de computadoras intervenga el sistema ATM, ciertamente, valdría una fortuna el tiempo para correr detrás del dinero trasladado entre los bancos por las redes de transferencia electrónica de fondos, por los que fueron trasladados en 1988 unos cien billones de dólares entre la Reserva Federal y los bancos miembros. Además, tales fondos fueron codificados sólo parcialmente.<sup>372</sup>

El aprovechamiento de la tecnología ha facilitado la forma de vida del ser humano, al ser aplicada a todos los servicios requeridos, y por ende, facilita el manejo de información de una manera rápida y oportuna al cambiar los documentos por tarjetas inteligentes.

#### 4.4.1. TARJETAS VIRTUALES

Las tarjetas dejaron de ser de plástico o mejor dicho materializables, gracias al crecimiento tecnológico y la apertura a un comercio electrónico, existen tarjetas de crédito y débito virtuales, se consideran extensiones de las de plástico o bien de la

---

<sup>372</sup> Leroy Miller, Roger y Pulsinelli, Robert W., *op. cit.*, nota 342, pp.21-24.

cuenta bancaria, estas sólo se pueden utilizar para realizar compras por Internet. De la línea de crédito de la tarjeta convencional, o del saldo disponible en la tarjeta de débito, virtualmente se incorpora una cantidad a estas tarjetas, y con este valor podrá hacer operaciones.

Si no se dispuso de todo o parte del valor en dinero incorporado virtualmente a esta tarjeta, se devolverá el monto a la cuenta bancaria de crédito.

#### 4.4.2. SISTEMA DE PAGOS ELECTRÓNICOS INTERBANCARIOS (SPEI).

El SPEI es un sistema de pagos que fue desarrollado por el Banco de México y la banca comercial, para permitir a los clientes de los bancos enviar y recibir transferencias electrónicas de dinero en cuestión de segundos. Las transferencias son rápidas, seguras, cómodas y convenientes.<sup>373</sup>

Esto es parte ya de un presente, muy probablemente, en unos cuantos años, sea historia, pues las innovaciones tecnológicas siguen creciendo, a niveles no sólo inalcanzables sino imaginables, todas aquellas películas de la llamada “ciencia ficción” son ya una realidad, material o virtual, pero utilizadas y obtenidas en el presente.

#### 4.4.3. FIRMA ELECTRÓNICA

La tecnología ha revolucionado a la sociedad, hace algunos siglos las herramientas de piedra, el encendido del fuego, el cultivo de trigo, el tejido, el carro con ruedas, la metalurgia, la escritura, el ábaco, la brújula, la imprenta de Gutenberg, el telar automático, la máquina de vapor, la vacuna contra la viruela, el motor de combustión interna, las nuevas teorías científicas de la mecánica cuántica, la bomba atómica, el transistor, el divorcio, el derecho al voto a las mujeres, el aborto, etcétera; han sido en cada etapa una revolución científica, tecnológica y social. Hoy la Cibernética, el Internet, la robótica, los

---

<sup>373</sup> Banco de México, <http://www.banxico.org.mx/sistemas-de-pago/servicios/sistema-de-pagos-electronicos-interbancarios-spei/sistema-pagos-electronicos-in.html>. Consultada el 17 de mayo de 2012.

nanotecnología, el turismo espacial, el matrimonio entre homosexuales, entre otros, han modificado la vida, la estructura y la organización de la sociedad. Esta tecnología trae consigo beneficios, pero al mismo tiempo, esos beneficios han sido utilizados en contra del ser humano y el medio ambiente.

Introduutoriamente, citar una serie de cursos de acción, de efectos que son específicamente producidos por la sociedad industrial, y que conllevan riesgos, contingencias, peligro para las existencias individuales y para la colectividad en cuanto tal. Así: la contaminación de los ríos derivada del vertido de los residuos de las industrias químicas, papeleras, siderúrgicas, cementeras, etc.; la contaminación del aire derivado de los gases liberados por el tráfico rodado y por la industria; la lluvia ácida que se extiende sobre los bosques de los países industrializados y que se producen como efecto de los vertidos gaseosos contaminantes, en definitiva, la producción industrial del efecto invernadero como peligro ecológico generalizado en el nivel planetario.<sup>374</sup>

Estos tiempos revolucionarios y las nuevas tecnologías han transformado el paradigma. Así como en el campo científico la teoría de la relatividad y posteriormente la física cuántica revolucionaron la física moderna newtoniana de la forma mecánica de ver e interpretar el universo. Lo que en su momento fue el

---

<sup>374</sup> Pero, hay más, el riesgo que supone para uno mismo la circulación en masa por las modernas autopistas... accidente realizando viajes en avión... envenenamiento derivado del consumo de comida industrialmente manufacturada-enlatada...; el riesgo de pérdida en la remuneración de los intereses como consecuencia de las contingencias (mejor turbulencia) monetarias de los mercados de cambio...del mal funcionamiento técnico en máquinas como los coches, los aviones, los trenes... al fracasar al introducir un nuevo producto de consumo de masas... Todos estos riesgos son producidos en el escenario de la sociedad industrial, no son anteriores. Lo que las sociedades tradicionales atribuían a la fortuna, a una voluntad metasocial-divina o al destino como temporalización perversa de determinados cursos de acción, las sociedades modernas lo atribuyen al riesgo...

Nuestro siglo es muy rico en catástrofes históricas (no naturales); dos guerras mundiales, Auschwitz, Nagasaki, Harrisburg, Chernobyl... La distancia se ha esfumado ante la contaminación atómica y química y ante una expansión de la contingencia en ámbitos políticos, económicos y culturales. La miseria puede ser marginada, pero los peligros que se derivan de la era atómica y química no. En esto consiste la "omnipotencia del peligro".

Lo más íntimo –el cuidado de un niño– y lo más distante generalizado –un accidente nuclear en un reactor en Ucrania– están ahora, de repente, *conectados*". El peligro nos convierte a todos en vecinos de Chernobyl, en ciudadanos de Ucrania, y lo mismo cabe decir con el "agujero de ozono" y el "efecto invernadero". Vivimos al lado del pulmón amazónico y de los casquetes polares. El discurso de la *angustia-miedo* que surge en la sociedad civil hoy frente a las amenazas económicas, ecológicas y militares, es un sustituto de las cosmovisiones holistas, en medio de la diferenciación funcional. La angustia-miedo no puede ser barrida por los sistemas políticos, económicos o militares, es auténtica e inmune a la refutación. Beriain, Josetxo, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, 2ª Ed. España, Anthropos, 2007, pp. 7-8.



Principio de Incertidumbre de Heisenberg, la Teoría General de Sistemas de Bertalaffy y las implicaciones del Teorema de Bell.

Lo mismo paso en el arte, desde el “Aura” de “El Nacimiento de Venus” de Sandro Botticelli; pasando por los nuevos objetos de más allá de la estética, sin ilusión, sin aura, sin valor, algo así como el espejo de nuestra desilusión radical, ejemplificado en las series de latas de Sopa Campbell de Warhol;<sup>375</sup> hasta lo de hoy, Arte en la Red (*Net.art*) donde se concibe al ser humano como un mecanismo integrado por bits antes que un organismo integrado por átomos: un “Ser digital”, es el caso de la serie de películas *The Matrix*.

De igual forma sucedido en la sociedad; la sociedad primitiva o agraria fue disuelta por la sociedad industrial, y ésta –la sociedad industrial–por los supuesto logro de la modernidad: libertad, bienestar y democracia; sin embargo, la continuidad de la modernidad han origina otra configuración social. Algunos indicadores de este cambio en la estructura social son:

---

<sup>375</sup> Warhol es entonces el primero que introduce en ese fetichismo moderno... una imagen sin cualidad, sin presencia, sin deseo. Nombro a Warhol, pero si uno se detiene a pensarlo ¿qué hacen todos los artistas modernos, de todas maneras? Los artistas del Renacimiento, por ejemplo, creían que estaban haciendo pintura religiosa y en realidad estaban produciendo obras de arte.

Los artistas modernos que creen que están produciendo obras de arte ¿no estarán haciendo algo muy diferente? Los objetos que producen ¿no son algo muy diferente del arte?, por ejemplo, puros objetos-fetiches, pero fetiches desencantados; objetos puramente decorativos de uso temporal... que ya no tienen que ver con una naturaleza sublime del arte.

Lo que hoy llamamos “arte” parece dar fe de ese vacío irremediable. La idea disfraza al arte y el arte disfraza a la idea. Es una forma de arte, diría yo, de cierta manera transexual; una forma de disfraz extendido a todo el dominio del arte y de la cultura...

El arte, condenado a esta ideología fetichista y decorativa, deja de tener existencia propia. Desde esta perspectiva se podría decir que nos encaminamos hacia la desaparición total del arte como actividad específica.

Nosotros, las culturas modernas, ya no creemos en esa ilusión del mundo, sino en su realidad, porque, desde luego, esa es la última ilusión. Y hemos optado por reparar los estragos de esa ilusión con la forma cultivada, dócil, del simulacro, la simulación, que es la forma estética. Esta forma estética tiene una historia, pero la ilusión radical no tiene historia. Y la forma estética, por tener una historia, tiene también un solo tiempo, y sin duda presenciamos ahora el desvanecimiento de esa forma histórica, estética, del simulacro, en aras quizá de una escena primitiva de la ilusión, donde tal vez hallemos algo del ritual, de la fantasmagoría inhumana de las culturas anteriores a la muestra. Baudrillard, Jean, *op. cit.*, nota 138, pp. 5-13.

1.- La sociedad industrial, por una parte, aparece como una sociedad de clases o de estratos que *grosso modo* se mantiene estable; pero por otra, nuevos fenómenos sociales como la lucha por los derechos de la mujer, las iniciativas ciudadanas contra las centrales nucleares, las desigualdades entre las generaciones, la afluencia de inmigrantes del Tercer Mundo, los conflictos regionales y religiosos, la “nueva pobreza”, entre otros, configuran unas relaciones sociales que van más allá de los límites de la sociedad de clase.

2.- La vida en común en la sociedad industrial, por una parte, está normativizada y estandarizada en torno al núcleo familiar; pero por otra, la familia se ha reestructurado. El rol hombre-mujer se han invertido, la mujer se ha incorporado al proceso laboral, el aumento de divorcios, la no discriminación, el no ocultamiento de las preferencias sexuales, entre otros; han redefinido la función del matrimonio, de la paternidad y de la sexualidad.

3.- La sociedad industrial, por una parte, se piensa según las categorías de la sociedad centrada en el trabajo; pero por otra, la flexibilización del tiempo del trabajo y del lugar de trabajo modifican los límites entre el trabajo y el no-trabajo. La microelectrónica permite hoy vincular de forma nueva a las empresas y a los consumidores.

4.- La ciencia, por una parte, presenta grandes beneficios a la sociedad industrial; pero por otra, manifiesta innumerables consecuencias y efectos en el medio ambiente y en la sociedad, no deseados.

5.- En la sociedad industrial, por una parte, se han institucionalizado las formas de la democracia legislativa; pero por otra, se hace frente, a las "promesas no cumplidas" de la democracia.<sup>376</sup>

---

<sup>376</sup> Beriain, Josetxo, *op. cit.*, nota 374, pp. 7 y 8.

La sociedad actual, cuenta con una de las herramientas de comunicación de mayor y más rápido crecimiento de la Historia: Internet. La web ha logrado que miles de personas en todo el mundo comuniquen sus ideas, lo que ha permitido cambios en sus sociedades: desde las revueltas sociales que provocaron la salida de Hosni Mubarak tras 30 años de poder en Egipto, el movimiento de la acampada en la Puerta del Sol Madrid, hasta las manifestaciones estudiantiles contra ciertos medios de comunicación y campañas políticas en México. Internet ha sido una pieza clave en la organización de protestas y movilización de personas durante los últimos años.

El acceso a Internet ha sido declarado por la ONU como un derecho humano. Sin embargo, colisiona o choca con los mecanismos de control y censura establecidos por algunos Estados. La tercera parte de la población mundial, no puede acceder libremente a internet por residir en países donde se ha decidido que la seguridad nacional es más importante que la libre circulación de información, o por percibir ésta como una amenaza mayor.

Encontrar el equilibrio entre la garantía de seguridad de un país y la libertad política y social de sus ciudadanos, es el reto de los Estados. Por ello, la ONU determino que “la única y cambiante naturaleza de Internet no sólo permite a los individuos ejercer su derecho de opinión y expresión, sino que también forma parte de sus derechos humanos y promueve el progreso de la sociedad en su conjunto”.

Mantener la libertad de internet es un imperativo económico, social, cultural y jurídico, pues las personas que viven en países donde existe algún tipo de restricción a la libertad *online*, detienen el intercambio de información entre los ciudadanos; pues los Estados establecen leyes según su propio interés y no el de los gobernados.

Internet ha permitido la exigencia de mayores derechos y la eficacia de los existentes; en respuesta, el Estado limita el uso a la Red, a cambio de una mayor seguridad; argumento que exhibe el abuso del poder por parte de las autoridades.

Ante esto, la ONU señala algunas formas en que el derecho al acceso a internet es violado, entre otras:

1.- Al filtrar o bloquear contenidos. Por ejemplo, en China se ha bloqueado el acceso a páginas como *Facebook*, *Twitter*, *Youtube* y *LinkedIn* e incluso ha creado su propio buscador que filtra y censura la búsqueda de palabras como: revolución, jasmín y democracia.

2.- Al desconectar a los usuarios del acceso. Los Estados tienen el sistema para controlar la información y bloquear el acceso a Internet. Egipto lo hizo durante las revueltas sociales que terminaron con la dictadura de Hosni Mubarak. Irán bloqueó algunas páginas activistas que llamaban a manifestarse. Países que violaron la libertad de expresión y acceso a la información.

3.- *Ciber* ataques e inadecuada protección del derecho de privacidad y control de datos. La serie de *hackeos* sufridos por sistemas como *PlayStation* de Sony, *Xbox* de Microsoft y el servicio de correo electrónico de Google, violan el derecho a la privacidad de todas las personas establecido en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ante esto la ONU afirma que los estados deben tener políticas claras sobre la regulación y castigo para la trasgresión y uso indebido de estos datos.

A diferencia de otros medios de comunicación, la accesibilidad de internet permite que cualquier persona en el mundo pueda difundir sus ideas. Sin embargo, no todas las personas tienen acceso a esta tecnología. "Internet como un medio para ejercer el derecho a la libertad de expresión sólo puede servir a estos propósitos si los estados asumen su compromiso por desarrollar políticas efectivas para lograr el acceso universal".<sup>377</sup>

---

<sup>377</sup> <http://mexico.cnn.com/tecnologia/2011/06/08/la-onu-declara-el-acceso-a-internet-como-un-derecho-humano>. Consultada el 27 de mayo de 2012.  
[http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/05/23/actualidad/1337797871\\_507585.html](http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/05/23/actualidad/1337797871_507585.html). Consultada el 27 de mayo de 2012.

#### 4.4.3.1. INTERNET.

Todo el mundo habla de Internet, pero ¿Qué tantos lo conocen? Por una parte, la ONU declara su acceso como un derecho humano. Pero por otro, hay que preguntar ¿Cuántos mexicanos saben leer y escribir?, y de este número de personas, ¿Cuántos cuentan con un acceso a una computadora?; de esta nueva cantidad ¿Cuántos se comunican o utilizan los servicios de Internet? Con esta metodología se podrá comprobar que quienes utilizan Internet es un número muy pequeño en proporción a la población del Estado.<sup>378</sup>

Esta división digital, esto es, Internet divide al mundo entre los que tienen y los que no tienen Internet. Las personas que no tienen acceso tienen una debilidad cada vez más considerable en el mercado de trabajo. Los territorios no conectados pierden competitividad económica internacional, aumenta su pobreza, y son incapaces de sumarse al nuevo modelo de desarrollo. Los estudiantes, pierden la capacidad educativa y cultural de utilizar Internet.

Toda la información y conocimiento está en la red, pero no el conocimiento que se necesita para lo que se quiere hacer. Lo que importa es saber dónde está, cómo buscar, cómo procesar, cómo transformar la información en conocimiento específico para lo que se quiere hacer. Esa capacidad de aprender a aprender, de saber qué hacer con lo que se aprende; es la capacidad socialmente desigual y está ligada al origen social y familiar, al nivel cultural y de educación. Es ahí donde está, empíricamente hablando, la divisoria digital en estos momentos.<sup>379</sup>

#### 4.4.3.2. INTERNET Y LA NUEVA ECONOMÍA.

La nueva economía no es la economía de las empresas que producen y diseñan Internet, es la de las empresas que funcionan con y a través de Internet. Ésa es la

---

<sup>378</sup> Ovilla Bueno, Rocío, *Internet y derecho. De la realidad virtual a la realidad jurídica*. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art6.htm>. Consultada el 20 de enero de 2012.

<sup>379</sup> Castells, M, *Internet y la sociedad red*, 2001, p.5. <http://tecnologiaedu.us.es/nweb/htm/pdf/106pdf>. Consultadas el 10 de junio de 2012.

nueva economía y eso es lo que ocurre en todo el mundo. Lo de hoy es el comercio electrónico. La mayor parte del trabajo interior de empresa, de relación con los proveedores y con los clientes; se está haciendo por la red. La empresa sólo pone la ingeniería en la *web site*, la actualiza a cada momento y garantizan su calidad. Con esa tecnología basada en la comunicación electrónica y procesada por Internet, las empresas reducen costos (lo que incluye mano de obra) y tiempo en producción, aumentan sus ventas por no tener límites geográficos, entre otros. Internet ha transformado el modelo de empresa. Lo que fue el fordismo, la gran empresa industrial basada en la producción estándar y en la cadena de montaje, o el Toyotismo, bajo el sistema *just in time*; es hoy día la capacidad de funcionar en red, de articular directamente el mercado, insumos, proveedores y organización interna de la empresa *on-line* en todas las tareas.

El centro de la economía son los mercados financieros globalizados que funcionan mediante conexiones entre ordenadores. Internet ha permitido el desarrollo acelerado de las operaciones financieras electrónicas, el desarrollo de mercados financieros, mercados bursátiles; todos ellos son mercados electrónicos, sin un lugar físico en el espacio; Esto es, los valores (acciones, obligaciones y demás títulos de crédito o valor) de las empresas se están negociando y se van a negociar cada vez más en términos de interacciones electrónicas, no físicas. Esto cambia los mercados financieros, las finanzas mundiales y, por consiguiente, la economía y la sociedad.<sup>380</sup>

#### 4.4.3.3. LA SOCIABILIDAD EN INTERNET.

Se llegó a pensar que con Internet las personas se aíslan, deprimen e incluso suicidan; o por el contrario, que es un mundo extraordinario, de libertad, de desarrollo, en el que todos se quieren y están en comunidad. Lo cierto es que Internet no cambia nada, esto es, la gente que hacía lo que hacía, lo sigue haciendo con Internet y a los que les iba bien, les va mucho mejor, y a los que les

---

<sup>380</sup> *Ibidem*, p. 5 y 6.

iba mal, les va igual de mal; el que tenía amigos, los tiene también en Internet y, quien no los tenía, tampoco los tiene con Internet.

Las comunidades virtuales en Internet también son comunidades, es decir, generan sociabilidad, relaciones y redes de relaciones humanas, pero no son las mismas comunidades que las comunidades físicas. Son comunidades de personas basadas en los intereses individuales y afinidades; Internet permite esa conexión saltando por encima de los límites físicos de lo cotidiano, tanto en el lugar de residencia como en el lugar de trabajo y genera, por tanto, redes de afinidades.

Se ha utilizado Internet para desarrollar tareas políticas, personales o de intereses concretos, es lo que realmente genera los niveles de interacción más fuertes. Por tanto, más que ver la emergencia de una nueva sociedad, totalmente *online*, lo que vemos es la apropiación de Internet por redes sociales, por formas de organización del trabajo, por tareas, al mismo tiempo que muchos lazos débiles, que serían demasiado complicados de mantener *offline*, se pueden establecer *online*.<sup>381</sup>

#### 4.4.3.4. LOS MOVIMIENTOS SOCIALES EN INTERNET.

Los nuevos movimientos sociales tienen un denominador común: Internet. Las personas (gobernados) adquieren mayor fuerza o poder para intervenir en la vida social: se expresan, organizan y relacionan libremente. Es un instrumento de participación ciudadana.

La universalización del acceso a medios de comunicación y opinión masivos ha creado nuevos frentes. La web ha sustituido la difusión y extensión de los movimientos sociales entablados por organizados tradicionales como partidos políticos, fundaciones, asociaciones civiles, organizaciones no gubernamentales; a movimientos sociales en red.

---

<sup>381</sup> *Ibidem*, p.

Este salto de los movimientos convencionales a formulas sociales en red, se han realizado con base en valores y proyectos similares. Destacan asuntos interesantes, que llamen la atención, que el objetivo sea bueno, noble o justo y que aporte algo vanguardista y novedoso: medio ambiente, las mujeres, los derechos humanos, la libertad de expresión, entre otros. Estos, son movimientos de ideas y de valores. La red permite que las personas se unan sin conocerse y facilita la información. Para que un movimiento tenga éxito no sólo debe tener las claves de simpatía, idea y misión, sino conectar con el usuario, esto es, despertar empatía, ser consecuente, tener sentido común.

Sin embargo, esto no evita que se establezcan movimientos de forma manipuladora, pero, la velocidad de las comunicaciones es su peor enemigo al evidenciarlas. Siendo los funcionarios públicos de alto nivel los principales actores de estos movimientos. Las redes sociales son la nueva forma de control y de movilización social.

El Estado tiene ciertos conflictos con Internet, principalmente por haber perdido la base de su poder: el control de la información. Por una parte, establecen programas para el acceso a la red, siempre y cuando sea para sus fines, justifica la restricción para evitar delitos como pornografía infantil, terrorismo, entre otros, “como si” fueran problemas de Internet y no de la sociedad.

El Estado a través de sus órganos, principalmente hacendarios, utilizan su *website* para simplificar trámites administrativos. Sin embargo, ha tomado el Internet como un medio para exponer supuestos logros, captar la opinión, convertir a los ciudadanos en votantes potenciales y para que los partidos obtengan la información necesaria para ajustar su propaganda. En suma, cuando existe una movilización social, Internet se convierte en un instrumento dinámico de cambio social; o por lo contrario se convierte como un medio de cobro de impuesto o medio de anuncios.<sup>382</sup>

---

<sup>382</sup> [http://politica.elpais.com/politica/2012/06/01/actualidad/1338553687\\_127280.html](http://politica.elpais.com/politica/2012/06/01/actualidad/1338553687_127280.html).  
<http://www.clasesdeperiodismo.com/2012/01/04/manuel-castells-los-gobiernos-odian-internet/>



#### 4.4.3.5. SOCIEDAD EN RED.

Para denominar la nueva realidad que se vive, se han utilizado diversas expresiones: Sociedad de la información, sociedad digital, era digital, mundo digital o sociedad en red. Por una parte retratan los logros técnicos y científicos de los últimos años, y por otra presenta a la información como un elemento clave de poder.

Internet expresa los procesos, intereses, valores, instituciones y desatinos sociales. Constituye la base material y tecnológica de la sociedad en red, es la infraestructura tecnológica y el medio organizativo que permite el desarrollo de nuevas formas de relación social, que son fruto de una serie de cambios históricos que no podrían desarrollarse sin Internet. Esa sociedad red es la sociedad cuya estructura social está construida en torno a redes de información.

Internet es tecnología, es medio de comunicación que constituye la forma organizativa de las sociedades, es la base de un nuevo paradigma socio-técnico que constituye en realidad la base material de la actual forma de vida y de la forma en que se relaciona. Lo que hace Internet es procesar la virtualidad y transformarla en una realidad, al construir la sociedad en red.<sup>383</sup>

En el mundo neoliberal, a medida que el Estado-nacional político se desintegra en medio de su propia corrupción, de sus turbulencias financieras y de su repliegue frente a los empresarios, la Sociedad en Red emerge cada vez con más fuerza, y su poder político militar, de conocimiento, de productividad económica y de información, se extiende en redes globales de comunicación y riqueza.

El objetivo fundamental lo constituye la acumulación de riquezas y no importa la explotación hasta la muerte de la fuerza de trabajo, ni la destrucción del medio ambiente. La competencia y la ganancia en el capitalismo neoliberal no tiene límites, por ello, lo que importa son los fines

---

Castells, M, *Internet y la sociedad red*, 2001. <http://tecnologiaedu.us.es/nweb/htm/pdf/106pdf>. Consultadas el 10 de junio de 2012.

<sup>383</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *Lo público y lo privado en internet*, México, UNAM, 2004, pp. 21-22.

de máxima productividad y utilidad. El derecho que construyó la modernidad, como el parámetro para medir el descontrol de la fuerza de los poderosos, quedó en el pasado. La posmodernidad político-jurídica neoliberal con su cinismo legislativo y operativo, no respeta los derechos de los ciudadanos y construye el derecho del poder, para el beneficio del poder.

La captura de los gobiernos y de los países por las corporaciones empresariales y la delincuencia propia de las mafias privadas y públicas, entran en la interdependencia de la Sociedad en Red, como en un proceso recursivo, de manera que la ganancia y la delincuencia están en la sociedad en red, tanto como la sociedad de red, está en esa ganancia y en esa delincuencia.<sup>384</sup>

#### 4.4.3.6. INTERNET Y DERECHO.

La aparición de Internet no sólo ha modificado las relaciones sociales, sino la manera de celebrar los actos jurídicos; actualmente coexisten los sistemas tradicionales con los nuevos sistemas en Internet, y por lo tanto requiere de ciertas figuras jurídicas para garantizar la seguridad en la celebración de actos, en el intercambio de información, la certeza de las identidades de los contratantes, entre otros. Sin los cuales no cabe el desarrollo de la red en el ámbito jurídico. Situación que se ha logrado con la Firma Electrónica.

Jurídicamente en México se ha calificado al Internet como Servicio de Valor Agregado, definida en el artículo 3 de la Ley Federal de Telecomunicaciones:

Servicios de valor agregado: los que emplean una red pública de telecomunicaciones y que tienen efecto en el formato, contenido, código, protocolo, almacenaje o aspectos similares de la información transmitida por algún usuario y que comercializan a los usuarios información adicional, diferente o reestructurada, o que implican interacción del usuario con información almacenada.

Ésta definición ha sido rebasada en la actualidad, pero para prestar el servicio público de Internet se requiere un certificado de servicio de valor agregado que otorga la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

---

<sup>384</sup> Sánchez Sandoval, Augusto, *op., cit.*, nota 30, pp. 52-53.

En el plano legislativo poco se ha logrado para regular y restringir la información y todo lo que en la Internet se publica, esto en gran medida debido a la anatomía misma de la gigantesca red. Por ello, este tema es motivo de discusión y debate no sólo en México sino en el mundo. Los avances en torno a una legislación están encaminados al uso prudente y ético de la Internet, sin limitar el derecho a la información y a la libre expresión de las ideas.

Una de las características del Derecho es su generalidad, razón por la cual es flexible y puede adaptarse a conflictos ocasionados por la utilización de las nuevas tecnologías, como es el caso de Internet.<sup>385</sup>

El uso de Internet no conoce fronteras, lo que implica la necesidad de una armonización a nivel internacional para poder sintonizar las diversas legislaciones nacionales. En México el uso de medios electrónicos no es ajeno al sistema jurídico, actualmente diversos ordenamientos legales de carácter federal reconocen el uso de la firma electrónica avanzada y de su certificado digital o bien, el empleo de medios de identificación electrónica en actos jurídicos realizados a través de medios electrónicos, con la finalidad de darles validez jurídica.<sup>386</sup>

La exposición de motivos de estos ordenamientos legales, entre otras cosas, consideró:

---

<sup>385</sup> Ovilla Bueno, Rocío, *op. cit.*, nota 378, p. 3.

<sup>386</sup> Entre otros, el Código de Comercio, el Código Fiscal de la Federación, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, la Ley Aduanera, la Ley de Comercio Exterior, la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros, la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley del Seguro Social, la Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Armas Químicas, la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y la Ley de Instituciones de Crédito. Los estados de Colima, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Sonora, Yucatán y el Distrito Federal han emitido leyes especiales para reconocer el uso de la firma electrónica en los trámites, servicios, actos y procedimientos administrativos que los particulares efectúen ante las diferentes dependencias y entidades de la Administración. Exposición de motivos de la Ley de Firma Electrónica Avanzada, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 2012.

1.- El principio de “Neutralidad del medio”. La ley habla en general de la tecnología y no en particular, pues evidentemente, ésta es superior en países de primer mundo.

2.- El principio de “Equivalencia funcional”. La validez jurídica de los actos, contratos o convenios comerciales celebrados entre no presentes por vía electrónica, del mismo modo que se reconocen los actos celebrados mediante documentos consignados en papel; con la finalidad de facilitar el comercio electrónico dando igualdad de trato a los contratos con soporte informático “como si” fueran consignados en papel.

3.- El desarrollo del comercio electrónico y su crecimiento, el cual tendrá lugar exista o no, ordenamiento legal alguno que reconozca y regule de algún modo su desarrollo, en razón de lo cual se pretendió crear un adecuado marco legal par no obstruir las operaciones, y ofrecer un nivel de seguridad jurídica aceptable.

4.- Se reconoció efectos jurídicos, validez y fuerza probatoria de los mensajes de datos, como elementos probatorios para ser valorados por el Juez, y no fuera una decisión arbitraria de éste. Pues en ellos se consta la obligación contraída por los suscriptores. Siempre y cuando la información se haya mantenido íntegra e inalterada y, que sea accesible para consultas ulteriores.

5.- El reconocimiento de los derechos de los consumidores, en la Ley de Protección al Consumidor, para aquellos que efectúen operaciones a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología.

El considerar por parte del legislador a la firma electrónica como autógrafa, permite certidumbre jurídica respecto de los actos jurídicos celebrados por Internet, se trata en la mayoría de los casos de convenios suscritos internacionalmente, donde las fronteras físicas se han eliminando. No obstante, la contratación a distancia a través de medios virtuales, trae aparejada diversos problemas; mismos que podrá resolverse bajo los Principios Generales del

Derecho Internacional Privado,<sup>387</sup> establecidos tanto en el Código Civil o de Comercio y en las disposiciones análogas de los distintos países, entre otros:

1.- *LEX REI SITAE*: en caso de controversia rige la ley del lugar de los bienes, este principio se establece en el artículo 13 fracción III del Código Civil Federal, el cual determina:

La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros.

2.- *LEX REGIT ACTUM*: los actos jurídicos se regulan por la ley del lugar en donde se realizan; se establece en el artículo 13, fracción IV, del Código Civil Federal:

La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la Republica tratándose de materia federal; y.

3.- *LEX LOCI EXECUTIONIS*: rige la ley del lugar donde se ejecutan los actos, por tanto el juez competente debe ser en razón del lugar donde debe cumplirse la obligación respectiva. El artículo 13, fracción V, del Código Civil Federal determina:

Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.

4.- *LEX FORI*: ley del fuero o derecho interno; el Juez debe recurrir a su propio derecho para saber que se entiende por forma del acto celebrado en el extranjero y con derecho extranjero; se aplicará la ley del lugar donde se sigue el procedimiento judicial. El artículo 14, fracción III del Código Civil Federal, sostiene:

---

<sup>387</sup> Perezniето Castro, Leonel, *Derecho internacional privado*, parte general, 9ª Ed., México Oxford, 2011, pp. 144-163, 183, 220-240.

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

5.- *MOBILIA SEQUUNTUR PERSONAM*. “Los bienes muebles siguen a las personas”; la ley aplicable es el del domicilio de las personas, así como el domicilio del propietario de los bienes muebles. El artículo 24 fracción IV de Código Federal de Procedimientos Civiles, establece este principio:

Por razón de territorio es tribunal competente: IV. El del domicilio del demandado, tratándose de acciones reales sobre muebles o de acciones personales o del estado.

6.- *LEX MERCATORIA*: son aplicables las prácticas, usos y costumbres de los comerciantes. El artículo 1445, cuarto párrafo, del Código de Comercio, señala:

En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

7.- *FORUM LOCI EXECUTIONIS*: la determinación del juez competente se hace en razón del lugar donde deba cumplirse la obligación. El artículo 24 de Código Federal de Procedimientos Civiles, recoge este principio:

Por razón de territorio es tribunal competente: I.- El del lugar que el demandado haya señalado para ser requerido judicialmente sobre el cumplimiento de su obligación. II.- El del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación.

8.- *LEX CAUSAE*: la ley aplicable es la ley extranjera designada, incluidos sus propios conceptos y categorías. El artículo 14 de Código Federal de Procedimientos Civiles, establece este principio:

En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: I.- Se aplicaría como lo haría el Juez extranjero correspondiente, para lo cual el Juez podrá a llegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho.

La legislación mexicana es amplia para el caso de resolver controversias suscitadas entre particulares ubicados en distintos países, el problema radica en la conveniencia económica de iniciar un procedimiento, dependerá del capital aportado en la operación, de ahí la importancia de establecer contratos previsores de cualquier situación y que en el mismo se resuelva cualquier conflicto, acorde con los principios establecidos en ambas legislaciones.

#### 4.4.3.7. LEY DE FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA.

La exposición de motivos de la Ley de Firma Electrónica Avanzada, señala que el papel preponderante de los Estado para lograr la integración de los países en la llamada Sociedad de la información, ha sido reconocido en múltiples instrumentos internacionales suscritos por México, entre los que destaca el Plan de Acción de Ginebra sobre la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información de 2003, el cual refiere que para maximizar los beneficios sociales, económicos y medioambientales de dicha Sociedad, los gobiernos deben de crear un entorno jurídico, reglamentario y político fiable, transparente y no discriminatorio. El Plan de Acción de la Sociedad de Información en América Latina y el Caribe (2007 y 2010), coordinado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas, ha planteado dentro de sus metas en materia de “Gobierno Electrónico”, el promover la integración electrónica de los sistemas de administración pública a través de las “ventanillas únicas” o “portales de internet”, para mejorar la gestión de trámites y procesos intergubernamentales, favoreciendo el uso de la firma electrónica avanzada y los certificados digitales como instrumentos tecnológicos para generar seguridad y confianza en los gobernados.

El uso de las tecnologías de la información y comunicaciones en la gestión pública es una opción que debe impulsarse para generar condiciones que permitan hacer más efectiva la provisión de trámites, servicios y procedimientos públicos. Para ello, se busca mediante el aprovechamiento de los medios de comunicación electrónica, optimizar y ampliar el acceso y la cobertura a los diferentes trámites y servicios gubernamentales que se proporcionan a la sociedad, así como para lograr una verdadera administración pública “en línea” que permita comunicar a los

servidores públicos entre sí y entre el Estado y los ciudadanos; evitar desplazamientos innecesarios y el uso de papelería; mejorar los trámites, servicios públicos y procedimientos administrativos; reducir actos de corrupción, discrecionalidad y arbitrariedad; e incrementará la transparencia en la gestión gubernamental.

La firma electrónica avanzada es una herramienta indispensable en el desarrollo de las actividades entre las instituciones públicas y los particulares; por ello, el Estado consideró la necesidad de una ley para regular de manera uniforme la firma electrónica avanzada utilizada por los servidores públicos y los particulares en los actos regulados por el Derecho a través de medios electrónicos, a fin de proporcionar certeza sobre la seguridad jurídica y fiabilidad técnica con respecto a dichos actos, y propiciar así la integración de México en la Sociedad de la Información.

Además, el uso de la Firma electrónica coadyuvará a la implementación de políticas públicas dirigidas a la conservación y preservación del medio ambiente, la mitigación del cambio climático, particularmente en el ahorro y utilización del papel.<sup>388</sup>

El Estado actúa como si todos los beneficios jurídicos, ecológicos y económicos que surgen con el uso de la firma electrónicas, se resolvieran con la promulgación de la ley, sin tomar en cuenta en la exposición de motivos que el problema, no está en el uso generalizado o no de los medios electrónicos, sino el poco acceso por parte de la población al Internet y las demás tecnologías.

En México al menos 20 millones de hogares no tienen computadora ni acceso a Internet. De ellos, 60 por ciento carecen de conectividad por falta de recursos

---

<sup>388</sup> Exposición de motivos de la Ley de Firma Electrónica Avanzada, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 2012.



económicos, mientras otro 40 por ciento se encuentran en el analfabetismo tecnológico.<sup>389</sup>

La ficción jurídica consiste en atribuirle los mismos efectos legales a la Firma Electrónica Avanzada como si fuera autógrafa. La Ley de la Firma Electrónica Avanzada, señala:

Artículo 2, fracción XII. Firma Electrónica Avanzada: el conjunto de datos y caracteres que permite la identificación del firmante, que ha sido creada por

---

<sup>389</sup> Revela el informe White Paper 2011, elaborado por el Centro de Investigaciones y de Estudios Avanzados (Cinvestav) del Instituto Politécnico Nacional, que ubica a México en el lugar 52 de 70 países por su tasa de conectividad e infraestructura en tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

A pesar de que en la década pasada se incrementó de 11.8 a 29.8 por ciento el número de hogares con una computadora, para alcanzar un total de 8.4 millones de familias con 14 millones de equipos de cómputo, únicamente 75 por ciento están conectadas a Internet, por lo que sólo 30 de cada 100 mexicanos tienen acceso a la red.

Se estima que hasta 2010 había 32.8 millones de usuarios de Internet en el país. Sin embargo, 75 por ciento lo usan de vez en cuando, ya sea un día a la semana o al mes, lo que implica que Internet no es una herramienta esencial para este sector de la población en sus labores cotidianas o para realizar búsquedas de información, pues sólo 35 por ciento se conecta diariamente.

El estudio –basado en datos recabados a escala internacional por la Organización de las Naciones Unidas, The Economist Intelligence Unit; la International Telecommunications y el World Economic Forum, el cual será actualizado cada año– señala que el servicio de conexión en México es uno de los más caros entre los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), al ubicarse en el lugar 21 de 34 naciones por costo de accesibilidad, y ocupa la última posición si se evalúa la velocidad promedio de interconexión a banda ancha.

En cuanto al aprovechamiento de las TIC, México cae a la posición 97 de 138 naciones si se considera el grado en que la sociedad hace uso de estas tecnologías, pero también el impacto que tiene el costo de los servicios de conexión en vivienda y suscripción a Internet de banda ancha y telefonía celular, pese a que este último mercado ha tenido un crecimiento exponencial en años recientes al alcanzar un total de 5 mil 300 millones de unidades en uso a escala global.

El documento, que reúne por primera ocasión indicadores internacionales y locales, utilizando para estos últimos información de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, de la Comisión Federal de Telecomunicaciones y del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, señala que el país ocupa el sitio 98 de 138 naciones cuando se evalúa el grado de prioridad que tienen las TIC en la agenda nacional y el presupuesto destinado para su desarrollo.

Luis Landa Fournais, funcionario del Servicio de Administración Tributaria (SAT) y responsable de la investigación del reporte, organizado por Mario Gamboa, coordinador general de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Cinvestav, señaló que México ocupa la última posición en el grupo de 34 naciones de OCDE en el número de líneas telefónicas fijas por cada 100 habitantes, y penúltimo si se considera la accesibilidad a una línea móvil, pese a que 80 por ciento de la población adulta cuenta con un celular.

Frente a los retos para hacer de las TIC un motor de desarrollo de la competitividad en México, destacó que entre los principales *focos rojos* para el sector se incluye el alto precio de interconexión, su baja velocidad de acceso a banda ancha, una práctica monopólica en la oferta de servicios y un marco normativo poco sólido.

Periódico La Jornada. Jueves 23 de febrero de 2012, p. 42.  
<http://www.jornada.unam.mx/2012/02/23/sociedad/042n1soc>.

medios electrónicos bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos, la cual produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa.

Artículo 7. La firma electrónica avanzada podrá ser utilizada en documentos electrónicos y, en su caso, en mensajes de datos. Los documentos electrónicos y los mensajes de datos que cuenten con firma electrónica avanzada producirán los mismos efectos que los presentados con firma autógrafa y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio que las disposiciones aplicables les otorgan a éstos.

## 5. POR CONTRATO.

- 5.1. CLAUSULA CALVO.
- 5.2. DEPÓSITO IRREGULAR.
- 5.3. PRENDA IRREGULAR Y SIN TRANSMISIÓN DE LA POSESIÓN.
- 5.4. ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.
- 5.5. FIDEICOMISO PÚBLICO EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.
- 5.6. RETROACTIVIDAD POR CONDICIÓN RESOLUTORIA.

## 5. POR CONTRATO.

### 5.1. CLAUSULA CALVO.

El texto Constitucional señala que sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a dichos bienes; so pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio del Estado, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. Sin embargo, en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.<sup>390</sup>

En la teoría constitucional, este convenio suscrito por los extranjeros con el Estado se llama “Clausula Calvo”, denominado así en honor al jurista argentino Carlos Calvo, quién condeno la intervención diplomática o armada de un país a otro, como medio legitimo, no solamente para cobrar deudas públicas, sino como camino para hacer valer toda clase de reclamaciones privadas, de orden pecuniario, fundadas en un contrato o como resultado de insurrección o del furor popular.

---

<sup>390</sup> Artículo 27, fracción I, Constitucional.

Para que un extranjero pueda adquirir bienes inmuebles en el territorio nacional, es a través de un permiso especial para ello, en donde se le considera como si fuera mexicano sólo respecto a dicho bien, y entonces se somete esa adquisición a la cláusula de no invocar la protección diplomática de su gobierno, respecto de los asuntos relacionados con los propios bienes.

Si el extranjero, considerado nacional sólo para la adquisición de inmuebles dentro del territorio nacional, en caso de que el Estado por causa de utilidad pública trate de expropiarlos, o realizar otro acto semejante de soberanía permitido por las leyes, invoca la protección de su gobierno para no sufrir las consecuencias de ese acto, entonces se cumple el supuesto de la cláusula, y los pierde en beneficio del Estado.<sup>391</sup>

Se prohíbe a los extranjeros la adquisición de bienes inmuebles en las costas y fronteras del país; sin embargo, a través de la celebración de un contrato de fideicomiso, en donde la Institución Fiduciaria mantiene en afectación ciertos bienes, y da a un extranjero el derecho de uso temporal sobre los mismos.<sup>392</sup>

## 5.2. DEPÓSITO IRREGULAR.

El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir un cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando lo pida el depositante.<sup>393</sup> El mismo será mercantil si las cosas

---

<sup>391</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 207, pp. 440-442.

<sup>392</sup> Ley de Inversión Extranjera:

ARTÍCULO 12.- Se entenderá por utilización y aprovechamiento de los bienes inmuebles ubicados en la zona restringida, los derechos al uso o goce de los mismos, incluyendo en su caso, la obtención de frutos, productos y, en general, cualquier rendimiento que resulte de la operación y explotación lucrativa, a través de terceros o de la institución fiduciaria.

ARTÍCULO 13.- La duración de los fideicomisos a que este capítulo se refiere, será por un periodo máximo de cincuenta años, mismo que podrá prorrogarse a solicitud del interesado.

<sup>393</sup> Artículo 2516 del Código Civil Federal o del Distrito Federal.

depositadas son objeto de comercio, o si se hace a consecuencia de una operación mercantil.<sup>394</sup>

El depósito se constituye con la entrega<sup>395</sup> de un determinado bien al depositario, y éste tiene la obligación de devolver esa cosa al depositante. La ley permite, cuando se trata de bienes fungibles,<sup>396</sup> si así se acordó entre depositante y depositario, se podrán entregar otros bienes de la misma calidad y cantidad; y se considerará como si se entregarán los mismos bienes objeto del depósito.

Por ejemplo, las monedas o los billetes, son bienes fungibles por excelencia, por ello, en el momento de ser depositados, se podrán devolver al depositante otros del mismo valor, como si se restituyeran los mismos. Esta forma de realizar el depósito es considerado por la ley como depósito irregular, pues lo regular es la devolución del bien objeto del depósito, y en este caso, se reintegra otro igual como si fuera aquel.

La Ley Títulos y Operaciones de Crédito refiere que el depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie, salvo los depósitos que se constituyan en caja, saco o sobre cerrado, no transfieren la propiedad al depositario, y su retiro quedará sujeto a los términos y condiciones que en el contrato mismo se señalen.<sup>397</sup>

---

<sup>394</sup> Artículo 332 del Código de Comercio.

<sup>395</sup> El artículo 334 del Código de Comercio señala: El depósito queda constituido mediante la entrega al depositario de la cosa que constituye su objeto. El artículo 2284 del Código Civil, indica: La entrega puede ser real, jurídica o virtual. La entrega real consiste en la entrega material de la cosa vendida, o en la entrega del título si se trata de un derecho. Hay entrega jurídica cuando, aun sin estar entregada materialmente, la ley la considera recibida por el comprador. Desde el momento que el comprador acepta que la cosa vendida queda a su disposición, se tendrá por virtualmente recibido de ella, y el vendedor que la conserve en su poder sólo tendrá los derechos y obligaciones de un depositario.

<sup>396</sup> Cosa fungible es la que se puede sustituir por otra al momento de hacer un pago, porque ambas tienen el mismo poder liberatorio. El poder liberatorio es la aptitud jurídica o económica que se le atribuye a las cosas o bienes, para librar a un deudor de sus obligaciones, mediante la entrega de ello al hacer el pago. Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 175, p. 87.

<sup>397</sup> Artículos 267 y 268 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Entonces, la ficción consiste en entregar otros bienes como si fueran los que en realidad se dieron en depósito.

### 5.3. PRENDA IRREGULAR Y SIN TRANSMISIÓN DE LA POSESIÓN.

La prenda es un derecho real<sup>398</sup> constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.<sup>399</sup> La misma podrá ser mercantil si se refiere a bienes del comercio.<sup>400</sup>

La prenda opera de la misma forma que el depósito irregular, en el sentido de que si los bienes muebles dejados en garantía prenda sería son fungibles, al momento de devolverlos pueden ser restituidos por otro bien de la misma calidad y cantidad,

---

<sup>398</sup> Derecho Real es el poder jurídico que se ejerce, directa e inmediatamente sobre una cosa, para obtener de ella el grado de aprovechamiento que le autoriza su título legal al que ejerce el poder, y es oponible *erga omnes*, a todo el mundo. Gutiérrez y González, Ernesto, *op, cit*, nota 250, p. 254.

El Código Civil determina cuales son los derechos reales: PROPIEDAD: es el derecho que tiene un propietario de una cosa de gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes. USUFRUCTO: es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos. USO: da derecho para percibir de los frutos de una cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y su familia, aunque ésta aumente. HABITACIÓN: da, a quien tiene ese derecho, la facultad de ocupar gratuitamente, en casa ajena, las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia. SERVIDUMBRE: es un gravamen real impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. HIPOTECA: es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley. PRENDA: es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

<sup>399</sup> Artículo 2856 del Código Civil Federal o del Distrito Federal.

<sup>400</sup> Artículo 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

En materia de comercio, la prenda se constituye: I.- Por la entrega al acreedor, de los bienes o títulos de crédito, si estos son al portador; II.- Por el endoso de los títulos de crédito en favor del acreedor, si se trata de títulos nominativos...; III.- Por la entrega, al acreedor del título o del documento en que el crédito conste, cuando el título o crédito materia de la prenda no sean negociables...; IV.- Por el depósito de los bienes o títulos, si estos son al portador, en poder de un tercero que las partes hayan designado y a disposición del acreedor; V.- Por el depósito de los bienes, a disposición del acreedor, en locales cuyas llaves queden en poder de este...; VI.- Por la entrega o endoso del título representativo (léase documentado) de los bienes objeto del contrato o por la emisión o el endoso del bono de prenda relativo; VII.- Por la inscripción del contrato de crédito refaccionario o de habilitación o aviación...; VIII.- Por el cumplimiento de los requisitos que señala la ley general de instituciones de crédito, si se trata de créditos en libros.

como si se entregara el mismo bien objeto de la prenda. A esta forma se le denomina prenda irregular.<sup>401</sup>

La prenda se da sobre bienes muebles y, por regla general se perfecciona con la entrega real o jurídica de los mismos para constituir la garantía, restituyendo esos mismos bienes. Sin embargo, es irregular, cuando se reintegran otros bienes como si fueran los mismos. Adicionalmente, se da la forma de prenda sin transmisión de posesión, y cumple la misma función de garantía como si fuera la ordinaria.<sup>402</sup>

#### 5.4. ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

Asociación en Participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aporten bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.<sup>403</sup> Como está definida, la asociación en participación es un contrato y no forma persona moral, y por ende no tiene personalidad jurídica, pues esta figura sólo opera para personas.

---

<sup>401</sup> Código de Comercio:

Artículo 335. Cuando se den en prenda bienes o títulos fungibles, la prenda subsistirá aun cuando los títulos o bienes sean substituidos por otros de la misma especie. Artículo 336. Cuando la prenda se constituya sobre bienes o títulos fungibles, puede pactarse que la propiedad de estos se transfiera al acreedor, el cual quedara obligado, en su caso, a restituir al deudor otros tantos bienes o títulos de la misma especie. Este pacto debe constar por escrito. Cuando la prenda se constituya sobre dinero, se entenderá transferida la propiedad, salvo convenio en contrario.

<sup>402</sup> Artículo 346, de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. La prenda sin transmisión de posesión constituye un derecho real sobre bienes muebles, que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión de tales bienes.

Artículo 2859 del Código Civil Federal o para el Distrito Federal. Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor, porque así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la ley. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efectos contra terceros, debe inscribirse en el Registro Público.

<sup>403</sup> Artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Adicionalmente, la ley aclara: la asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón o denominación; y no estará sujeta a registro; y el asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados.

A pesar de lo anterior, la ley pareciera ser contradictoria al determinar que las asociaciones en participación funcionan, se disuelven y liquidan, a falta de estipulaciones especiales, por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo.

No le reconoce personalidad, pero si utiliza las reglas de liquidación de una persona moral; no se contradice en el fondo pues la disolución supone el término del vínculo entre asociante y asociado, y la liquidación lo es respecto al patrimonio.

Las personas morales, dependen de la legislación que les da esa calidad, en un tiempo y lugar determinado. A es éste contrato, aunque no es persona, el artículo 8 la Ley del Impuesto Sobre la Renta, considera esta figura como si se tratara de persona, sólo para efectos fiscales.<sup>404</sup>

Esta institución, a pesar de estar regulado en la Ley General de Sociedades Mercantiles, no forma persona, pues este contrato no es societario; pero a través de una ficción, la ley fiscal le da trato y reconocimiento como si fuera persona.

#### 5.5. FIDEICOMISO EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso,

---

<sup>404</sup> El artículo 8 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Cuando en esta ley se haga mención a persona moral, se entienden comprendidas, entre otras, las sociedades mercantiles, los organismos descentralizados que realicen preponderantemente actividades empresariales, las instituciones de crédito, las sociedades y asociaciones civiles y la asociación en participación cuando a través de ella se realicen actividades empresariales en México.



para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.<sup>405</sup>

Esta institución como tal es un contrato, o bien, una operación de crédito, y no constituye persona moral; sin embargo, se ha retomado como ente en algunas disposiciones, como si se tratara de una persona.

Así, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley de Entidades Paraestatales considera a estos contratos u operaciones de crédito como si se tratara de personas.<sup>406</sup> La Ley del Impuesto Sobre la Renta refiere en el Título II a los fideicomisos de Estado como personas morales. Para una ley son simples acuerdos de voluntad, para otra, forma un organismo o persona.

#### 5.6. RETROACTIVIDAD POR CONDICIÓN RESOLUTORIA.

La condición es un acontecimiento futuro de realización contingente, y ésta es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido.<sup>407</sup>

---

<sup>405</sup> Artículo 381 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

<sup>406</sup> Ley Orgánica de la Administración Pública.

Artículo 3. El Poder Ejecutivo de la Unión se auxiliara en los términos de las disposiciones legales correspondientes, de las siguientes Entidades de la Administración Pública Paraestatal:

I.- Organismos descentralizados; II.-Empresas de Participación Estatal, Instituciones Nacionales de Crédito, Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito e Instituciones Nacionales de Seguros y de Fianzas, y III.- Fideicomisos.

Artículo 47. Aquellos que el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen, con el propósito de auxiliar al ejecutivo federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos. En los fideicomisos constituidos por el gobierno federal, la Secretaria de Hacienda y Crédito Público fungirá como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada.

Ley Federal de Entidades Paraestatales.

Artículo 40. Los fideicomisos públicos que se establezcan por la Administración Pública Federal, que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, que tengan como propósito auxiliar al ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias, serán los que se consideren entidades paraestatales conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y quedaran sujetos a las disposiciones de esta ley.

<sup>407</sup> Artículo 1940 del Código Civil Federal o del Distrito Federal.

En el momento de celebrarse el acto que se sujeta a ella, nace como si no estuviera ligado a ninguna modalidad. Las partes cumplen de inmediato con sus prestaciones, y la contingencia de la condición tiene por consecuencia si subsistirá o no la obligación, y no si se hará o no exigible la condición, pues ya se viene cumpliendo.

Si el acontecimiento futuro de realización contingente se produce, entonces la condición resolutoria produce efectos retroactivos, como si la obligación nunca se hubiere realizado. Por el contrario, si no se realiza el acontecimiento al cual se sujetó la vida de la obligación, ésta se convierte en pura y simple como si nunca hubiera estado sujeta a una modalidad.<sup>408</sup>

El Derecho se apoya en el uso de la ficción para hacer posible esta situación, ya que de otra manera no podrían obtenerse los resultados planteados, pues el resultado equivale a imaginar que aún después de pasado el acto, se regrese en el tiempo a aquel momento en que nació la obligación o incluso se consideré como si nunca hubiese existido ésta.

Físicamente, no es posible retrotraerse en el tiempo al momento mismo en que se pactó la obligación y el Derecho para deshacer la operación como si nunca hubiera existido; sin embargo, con la figura de la retroactividad es posible resolver las obligaciones al darse la condición prevista. La utilidad radica en que si se finge esta situación es porque existen intereses personales de ambas partes en ese sentido y la técnica jurídica recurre a la ficción para prever ese supuesto regulándole en una norma.<sup>409</sup>

---

<sup>408</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *op, cit*, nota 207, p. 945.

<sup>409</sup> Álamo, Javier, *op, cit.*, nota 173, p. 87.

## 6. SUCESORIAS POR CAUSA DE MUERTE.

- 6.1. TESTAMENTO COMO MEDIO PARA LA PROYECCIÓN DE LA VOLUNTAD DESPUÉS DE LA MUERTE.
- 6.2. SUCESIÓN LEGÍTIMA Y REPRESENTACIÓN DEL ALBACEA.
- 6.3. ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA.
- 6.4. PRESUNCIÓN DE MUERTE DEL AUSENTE.
- 6.5. PREMORENCIA Y CONMORENCIA.
- 6.6. RECONOCIMIENTO DEL CONCEBIDO NO NACIDO.

### 6. SUCESORIAS POR CAUSA DE MUERTE.

La transmisión o sucesión de bienes o derechos puede darse entre personas vivas –*inter vivos*– o por causa de muerte –*mortis causa*–. En el primer supuesto se ubican todas las transmisiones de bienes o derechos por la causa que sea (compraventa, donación, etc.) entre personas físicas o morales y así unas y otras se van sucediendo en el tiempo en los derechos. En el segundo supuesto, se presenta cuando una persona muere y sus bienes se transmiten por herencia legítima o testamentaria.

#### 6.1. TESTAMENTO COMO EL MEDIO PARA LA PROYECCIÓN DE LA VOLUNTAD DESPUÉS DE LA MUERTE.

El testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.<sup>410</sup>

La voluntad jurídica expresa la intención de la persona de establecer o no un determinado vínculo jurídico frente a otra, u otras personas; vínculo que provoca la aparición de efectos y consecuencias de Derecho. Esta voluntad es posible a través de la ficción extenderla o proyectarla más allá de la muerte, sea por voluntad expresa o por disposición de la ley. La voluntad de una persona tiene efectos después de su muerte, como si aún fuera persona y existiera.

---

<sup>410</sup> Artículo 1295 del Código Civil Federal o del Distrito Federal.

Con la muerte desaparece la persona y por tanto su voluntad, pero para efectos jurídicos, el Derecho a través de una ficción supone que la voluntad persiste, y reconoce las consecuencias jurídicas de ahí obtenidas.

## 6.2. SUCESIÓN LEGÍTIMA Y REPRESENTACIÓN DEL ALBACEA.

La herencia legítima se abre cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió validez; o el testador no dispuso de todos sus bienes; o cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero; o el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto.<sup>411</sup>

Ante tal situación, por ficción se imaginó cuál podría ser la voluntad de la persona que muere sin testamento y a quiénes hubiera deseado transmitir los bienes que en vida poseía; por ello, por disposición de la ley, tienen derecho a heredar por sucesión legítima los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y los concubinos; a falta de estos, el Estado.<sup>412</sup>

Adicionalmente se establece el procedimiento para la designación del albacea, quien será el representante de los herederos. Albacea es la persona designada por el testador, los herederos o el juez para dar cumplimiento a las disposiciones testamentarias y/o para representar a las personas que intervienen en el procedimientos sucesorio, y ejercitar todas las acciones que le hubieren correspondido al autor de la herencia y que no se extinguieron con su muerte.<sup>413</sup>

## 6.3. ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN RETROACTIVA DE LA HERENCIA.

Pueden aceptar o repudiar la herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes. Los efectos de la aceptación o repudiación de la herencia se retrotraen siempre a la fecha de la muerte de la persona a quien se hereda. La aceptación

---

<sup>411</sup> Artículo 1599 del Código Civil Federal o del Distrito Federal.

<sup>412</sup> Artículo 1602 del Código Civil Federal o del Distrito Federal.

<sup>413</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 322, p. 324.

puede ser expresa o tácita. Es expresa si el heredero acepta con palabras terminantes; y tácita, si ejecuta algunos hechos de que se deduzca necesariamente la intención de aceptar, o aquellos que no podría ejecutar sino con su calidad de heredero. La repudiación debe ser expresa y hacerse por escrito ante el juez, o por medio de instrumento público otorgado ante Notario, cuando el heredero no se encuentra en el lugar del juicio.<sup>414</sup>

Para efectos jurídicos en el mismo instante del fallecimiento de una persona se da la transmisión de bienes, independientemente de que se sepa o no a favor de quien sucederá. A través de una ficción, se evita la herencia yacente (periodo de tiempo entre la apertura de la sucesión *mortis causa* y la aceptación de la herencia por el heredero, donde la masa hereditario carece de titular) pues se considera que la misma se aceptó o se repudió al momento del fallecimiento sin que en realidad sucediera así, pero de otra manera no podrían obtenerse esos resultados retroactivos.

#### 6.4. PRESUNCIÓN DE MUERTE DEL AUSENTE.

Cuando hayan transcurrido 6 años desde la declaración de ausencia, el juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte. Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en estos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia. Cuando la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y exista fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, bastará el transcurso de seis meses, contados a partir del trágico acontecimiento, para que el juez de lo familiar declare la presunción de muerte.<sup>415</sup>

---

<sup>414</sup> Artículos 1653, 1656, 1660 y 1661 del Código Civil Federal o del Distrito Federal.

<sup>415</sup> Artículo 705 del Código Civil Federal o del Distrito Federal.

Efectuadas las hipótesis referidas, la ley ficticiamente parte del supuesto que una vez hecha la declaración de ausencia y en determinado tiempo, esto es, seis o dos años o seis meses, según el caso, jurídicamente se tendrá por muerto al ausente, dando inicio a la sucesión del presunto *de cujus*, a pesar de la no existencia de un cadáver. Por ficción se da por muerto a una persona ausente, permitiendo con ello, iniciar el trámite sucesorio.

#### 6.5. PREMORENCIA Y CONMORENCIA.

En la Premorencia, si el autor de la herencia y sus herederos o legatarios perecieren en el mismo desastre o en el mismo día, sin que se pueda averiguar a ciencia cierta quiénes murieron antes, se tendrá por muerto a uno de ellos antes que el otro, por ejemplo, el más joven muere después que el más viejo.

Por lo que respecta a la Conmorencia, la muerte simultánea de dos o más personas en un siniestro, se presume que han muerto al mismo tiempo.

La legislación civil señala que si el autor de la herencia y sus herederos o legatarios perecieren en el mismo desastre o en el mismo día, sin que se pueda averiguar a ciencia cierta quiénes murieron antes, se tendrán todos por muertos al mismo tiempo, y no habrá lugar entre ellos a la transmisión de la herencia o legado.<sup>416</sup>

#### 6.6. RECONOCIMIENTO DEL CONCEBIDO NO NACIDO.

Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad.<sup>417</sup> Aunado a que la

---

<sup>416</sup> Artículo 187 del Código Civil Federal o del Distrito Federal.

<sup>417</sup> Artículo 337 del Código Civil Federal o del Distrito Federal.

capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; sin embargo, desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido.<sup>418</sup>

Jurídicamente se simula que el concebido no nacido es una persona, para efectos de protección de la ley, bajo la condición de que nazca vivo y viable. La ley a través de una ficción confiere la aptitud de ser sujeto de derechos a quien todavía no nace si ya está concebido, y para ello se finge que ya nació una persona.

---

<sup>418</sup> Artículo 22 del Código Civil Federal o del Distrito Federal

## 7. PROCESALES.

- 7.1. AFIRMATIVA Y NEGATIVA FICTA.
- 7.2. CONFESIÓN FICTA PROCESAL
- 7.3. OBJECCIÓN DE DOCUMENTO.
- 7.4. CONSIGNACIÓN EN PAGO.

### 7. PROCESALES.

Las normas procesales son todas aquellas que regula la función jurisdiccional del Estado, para resolver controversias. Toda vez que el texto Constitucional señala que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho; pues se tiene el Derecho a que se administre justicia (legalidad) por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.<sup>419</sup>

#### 7.1 AFIRMATIVA Y NEGATIVA FICTAS DEL ESTADO.

En la práctica procesal, hay casos en los cuales, aun cuando la voluntad del Estado no se exprese en ninguna forma, se presupone su existencia. Este caso se refiere al silencio administrativo, que consiste en una abstención de la autoridad para dictar un acto previsto por la ley.<sup>420</sup>

La omisión o silencio de la autoridad de emitir una resolución de manera expresa, dentro de los plazos o términos previstos por la ley o los ordenamientos jurídicos,

---

<sup>419</sup> Artículo 17 Constitucional. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

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

<sup>420</sup> Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 47ª Ed. México, Porrúa, 2009, p. 272.



aplicables al caso concreto, se entiende que resuelve lo solicitado por el particular, según corresponda en sentido afirmativo o negativo.<sup>421</sup>

La afirmativa y la negativa fictas son ficciones de la ley, pues se atribuye un significado positivo o negativo según sea el caso, al silencio o la omisión de la autoridad, por no contestar a una petición del gobernado. Evidentemente la autoridad no contesta ni resuelve de manera pronta, completa e imparcial, pero jurídicamente se tendrá por respondida o resuelta a pesar del evidente silencio.

## 7.2. CONFESIÓN FICTA PROCESAL.

En materia procesal, la confesión ficta se da si en el escrito de contestación el demandado no se refiere a cada uno de los hechos aludidos por el actor, confesándolos o negándolos y expresando los que ignore por no ser propios; en este supuesto, los hechos se tendrán por fictamente confesados por dicho demandado, y se podrá tomar en consideración en cualquier estado del juicio, aún en la sentencia definitiva. Esto es, se tendrán por confesados los hechos sobre los que se guardó silencio o que se evadió contestar. Sin embargo, se tendrá por contestada en sentido negativo cuando se trate de asuntos que afecten las relaciones familiares, el estado civil de las personas y en los casos en que el emplazamiento se hubiere hecho por edictos; dejando toda la carga de la prueba a la parte actora.<sup>422</sup>

---

<sup>421</sup> Artículo 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal.

Para los efectos de la presente Ley, se entenderá por:

III. Afirmativa ficta: Figura jurídica por virtud de la cual, ante la omisión de la autoridad de emitir una resolución de manera expresa, dentro de los plazos previstos por esta Ley o los ordenamientos jurídicos aplicables al caso concreto, se entiende que resuelve lo solicitado por el particular, en sentido afirmativo;

XIX. Negativa Ficta: Figura jurídica por virtud de la cual, ante la omisión de la autoridad de emitir una resolución de manera expresa, dentro de los plazos previstos por esta Ley o los ordenamientos jurídicos aplicables al caso concreto, se entiende que se resuelve lo solicitado por el particular, en sentido negativo.

<sup>422</sup> Artículos 266 y 272 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

También se da la confesión ficta cuando haya transcurrido el término del emplazamiento, sin haber sido contestada la demanda, por lo que se tendrán por confesados los hechos (en sentido afirmativo), siempre que el emplazamiento se haya entendido personal y directamente con el demandado o su representante. En cualquier otro caso se tendrá por contestada en sentido negativo.<sup>423</sup>

Ante el silencio de la parte demandada al omitir contestar todos y cada uno de los hechos de la demanda, la autoridad jurisdiccional lo considera como si hubiera aceptado el hecho y le da efecto de confesión. La ley por ficción da una respuesta al silencio de la demandada en sentido afirmativo o negativo, dependiendo el caso concreto.

### 7.3. OBJECIÓN DE DOCUMENTOS.

En la etapa probatoria los documentos privados y la correspondencia procedentes de uno de los interesados, presentados en juicio por vía de prueba y no objetados por la parte contraria, se tendrán por admitidos y surtirán sus efectos como si hubieran sido reconocidos expresamente.<sup>424</sup>

Si una de las partes no objeta oportunamente los documentos ofrecidos como prueba por la contraparte, se consideran como si hubieran sido consentidas, aún de no haber sido reconocidas expresamente por las partes. Procesalmente se finge como si los documentos hubieran sido vistos y reconocidos; y se atribuyen consecuencias en su perjuicio, por esa omisión.

### 7.4. CONSIGNACIÓN EN PAGO.

El pago es una de las formas para cumplir una obligación; sin embargo, cuando el acreedor se rehúsa a aceptarlo sin justificación, el deudor para no incurrir en incumplimiento lo consigna ante la autoridad.

---

<sup>423</sup> Artículo 332 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

<sup>424</sup> Artículo 42, Código Federal de Procedimientos Civiles. 335 del Código Civil del Distrito Federal. 1296 del Código de Comercio.

Cuando el deudor se encuentra en el supuesto de que el acreedor no quiera recibir el pago, podrá librarse de la obligación, consignando el mismo. La ficción radica en que el deudor real y efectivamente no pagó a su acreedor, pero con la consignación (depósito) que realiza se tiene por cumplida su obligación y para el acreedor tiene el efecto de considerarse como si hubiera recibido y se le hubiera pagado a pesar de que materialmente el no recibió el pago, pero jurídicamente se tiene por cumplida la obligación.

Hasta aquí, se estudió la realidad jurídica como una construcción del ser humano, a través de sus cuatro aspectos: ciencia, filosofía, arte y técnica. La ciencia jurídica se apoya en instrumentos para la producción, aplicación e integración del Derecho, tales como: ficciones, presunciones, apariencias, analogías y métodos de interpretación, para cumplir su objetivo: Impartir Justicia. Se analizó que entre las diversas ficciones jurídicas destaca la persona moral, si se considera que el Estado –como especie de la persona moral– es quien elabora la ley que le da reconocimiento a otras ficciones jurídicas menos notorias pero no por ello menos importantes.

## CONCLUSIONES.

1.- Los nuevos conceptos de las ciencias han ocasionado un cambio en la visión de la realidad, lo que en su momento fue toda una revolución científica hoy es anacrónica; pues en cada época el ser humano ha confiado en cierto tipo de conocimiento y sólo se permite renunciar al mismo, si quién lo cuestiona ha demostrado sin lugar a duda que tiene razón.

La ciencia se ocupa primordialmente de hechos y leyes “positivos” (luz, color, sonido, música, calor, frío, olor, espacio, tiempo, norma, legalidad) esto es, limita su campo a la experiencia; y aún cuando no se perciben, aprehenden o captan, se piensa y se habla “como si” existieran todas esas cosas no percibidas por los sentidos pero sí por el intelecto; no pretende alcanzar verdades definitivas sino de descubrir problemas más profundos; sin embargo, se abstiene de investigar las causas primeras y las esencias, pues es el fin de la filosofía.

En la actualidad se considera a la Ciencia y a la Tecnología como medios para obtener bienestar, desarrollo y progreso humano; sin embargo, estos motivos no son los que justifican su uso y perfeccionamiento, sino el “poder” que se logra con ellos sobre hombres y el medio ambiente.

2.- La realidad es construida por el ser humano, independientemente de tener conciencia o no de ello; y en ésta, se crea la realidad jurídica.

El Derecho, como ciencia social, es la ciencia más influida por las demás ramas del saber humano, pues precisamente le corresponde armonizar las relaciones sociales de los seres humanos en todas sus manifestaciones exteriores. Sin embargo, no hay un concepto unánime para determinar qué es Derecho.

Se han considerado tres conceptos clásicos de Derecho: Ordenación de la razón, encaminada al bien común (Santo Tomás). Instrumento de dominación de una clase sobre otra (Marx). Conjunto de normas coactivas (Kelsen). La diferencia ideológica e histórica entre estos autores, hace pensar que no están hablando de

lo mismo. Santo Tomas señala cómo debería ser o cuándo es justo. Marx aborda el problema de para qué sirve y cuál es su función en la sociedad. Kelsen refiere cómo está estructurado.

El Moderno Estado Constitucional de Derecho refiere, que para garantizar la eficacia de los principios y valores (como la igualdad, la libertad y los derechos humanos y sociales) es a través del positivismo jurídico, pues la noma jurídica será válida, si es emitida por autoridad legítima, si es coherente con los principios Constitucionales y además acorde con la realidad.

El Derecho y el Estado surgen de una ficción y se establecen como una realidad; sirven para unificar a los gobernados y constituir Estados Unidos Mexicanos, encargado de defender los intereses de sus ciudadanos, y lograr la solidaridad social. Sin embargo, también sirven como medios de control social, desde lo más íntimo (como la conciencia) hasta lo externo del ser humano; esconden a grupos de personas que tienen como única finalidad investirse de poder, de poder mandar y sentirse dueño de otros seres humanos; utilizan el nombre del Estado, del Derecho, y de la ley, para lograr sus objetivos personales, metas y ambiciones de poder, de dinero; sirven para proteger a los políticos, funcionarios públicos pero no a los gobernados. Dejando a estos –los gobernados– con la *nuda vida* del *homo sacer*, la vida que cualquiera puede quitar y es insaclicable.

Si bien es cierto que el generalizar puede causar una imprudencia y sobre todo para quienes realizan su función pública con honestidad, estos son los menos.

3.- El Derecho es una creación del ser humano, es una rama de la cultura humana. Tiene su filosofía, su ciencia, su técnica y su arte. La primera señala qué es el Derecho en relación con el universo; la segunda enseña los principios, la validez y permanencia del orden jurídico; la tercera aplica los principios para una mejor comprensión, entendimiento y practica del Derecho, y; finalmente, el arte – su aura– permite elegir la norma como más justa ante una circunstancia determinada. El Derecho es por su objeto, su método y estructura una ciencia, pero por el manejo de sus componentes es un arte.

4.- El Derecho como cultura es pensamiento y sentimiento humano; por ello, se expresa de distintas formas: bajo la perspectiva jurídica (positiva) como conjunto de normas coactivas. A través del arte: en pinturas (como el muralismo), en innumerables obras literarias (como “El hombre en busca del sentido”), en la música (en los Himnos Nacionales), sin olvidar que es el tema predilecto del cine (como “El juicio de Nuremberg”). Con las artes se puede mostrar la realidad de la ciencia jurídica.

5.- La ficción jurídica es una creación del legislador, en virtud de la cual se atribuyen a ciertos supuestos de hechos, efectos jurídicos distintos a los que por su naturaleza real e incluso legal le corresponden; con la finalidad de alcanzar los efectos jurídicos deseados, y que de otra manera no se podrían lograr. Es un mecanismo que facilita la aplicación del Derecho y coadyuva a su perfeccionamiento y desarrollo.

6.- La ficción jurídica no es una mentira ni oculta verdades, es una norma sustantiva que indica una verdad legal, que no requiere de apreciaciones subjetivas o pruebas en contrario.

Es distinta a la Teoría de la Apariencia, porque ésta –la apariencia– es la percepción que los miembros de una colectividad, de un grupo social, o una persona determinada, tienen respecto al exterior de una persona, o de una cosa, en lo que se refiere a sus calidades o cualidades fundadas en Derecho, cuando pueden o no tenerlas; por lo que admite prueba en contrario. Mientras que la ficción es una verdad legal que no requiere apreciaciones subjetivas ni pruebas en contrario.

7.- La Presunción Humana, desde el punto de vista doctrinal, legal o jurisprudencial, es considerada como un medio de prueba, que proviene de reflexiones y razonamientos de hechos conocidos que lleva a cabo principalmente el juzgador. Por lo contrario, la ficción es una actividad intelectual que consiste en suponer algo de manera diferente a la realidad empírica e inclusive legal, creando

consecuencias jurídicas bajo la filosofía del “como si” que otorga un carácter de de norma sustantiva.

8.- Las ficciones sirven para regular aspectos inmateriales, por lo tanto, ante la falta de materialidad de algunas cosas, estas se consideran “como si” tuvieran una realidad empírica, por lo tanto las ficciones, son tomadas como verdades en la realidad jurídica. La Analogía es un medio de aplicar normas a hechos no regulados. Así, cuando el Derecho reconoce una situación inmaterial, para establecer su regulación recurre a ésta –la analogía–.

9.- La norma jurídica para ser aplicada al caso particular utiliza los métodos de la hermenéutica jurídica, esto es, la interpreta para desentrañar el contenido de la disposición con base en su contexto, de manera clara e indudable, para así precisar los alcances y sentidos de la misma. Por ello, al aplicar normas que contienen ficciones, se interpreta según los criterios admitidos por el Derecho en general (de estricto sentido, mayoría de razón, extensiva, conforme, etcétera) y la naturaleza que la propia ficción le da a la norma a desentrañar.

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

10.- Se identifica a la justicia con la idea de igualdad: igualdad en el trato, en el bien individual y social del ser humano; esto es, trato igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Las instituciones legales no prevén todas las situaciones posibles que son infinitas, incluso existen supuestos donde las disposiciones legales son perjudiciales; en estos casos, se aplica el principio de equidad: “Criterio racional que exige una aplicación prudente de las normas jurídicas al caso concreto, tomando en cuenta todas las circunstancias particulares, sus fines esenciales y

sus principios supremos, que prevalezcan sobre tecnicismos legales”. Toda vez que el Derecho más estricto es el más injusto, sin que se pueda remediar por el camino jurídico, sino a través de la conciencia.

Los casos de equidad se establecen cuando la norma establecida produce una injusticia imprevista. A lo largo de la Historia del Derecho, se han creado leyes injustas, desde Antígona que protesta contra el edicto de Cretón, hasta algunas normas modernas, entre otras, el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, el aborto, las políticas públicas contra el combate de la delincuencia, el formalismo a ultranza de las leyes procesales. Una norma es justa cuando su contenido se adecua a lo establecido a otra norma, no jurídica sino mora.

1 1.- El sistema jurídico mexicano es rico en ficciones, la manera de formularlas es muy variada y depende, en gran medida, de la técnica legislativa adoptada y del vocabulario elegido para la formulación del Derecho. Sin embargo, frecuentemente alude a cierto tipo de enunciados y usa, explícito o implícito la expresión “como si” o expresión equivalente traducible al “como si”. Por ejemplo: la firma electrónica tiene los mismos efectos “como si” fuera autógrafa.

1 2.- La ficción por ministerio de ley significa que no se requiere voluntad, tiempo o exigencias, para que se den las consecuencias previstas, porque se deseen o no, las mismas de dan con base en la legislación aplicable. Por ejemplo:

a) La “La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento.” Una vez publicada la norma, se considera “como si” todos los gobernados la conocieran, aún ante su imposibilidad.

b) Retroactividad de la ley. Si al momento de realizarse el acto no existía la norma, y que con posterioridad surge, se finge –si es que se obtiene algún beneficio– que la disposición ya existía.

c) Subrogación. A pesar de no celebrar contrato específico sobre los bienes, éstos se transmiten cuando: I. El que es acreedor paga a otro acreedor preferente; II. El que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación; III. Un



heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia; y IV. El que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición.

d) Tacita reconducción o prórroga de contrato de arrendamiento. No es necesario convenio expreso entre el arrendatario y el arrendador, ni declaración judicial, puesto que la prórroga opera a partir de la fecha en que se venció el contrato.

13.- En la praxis, las ficciones jurídicas más relevantes son las personas morales o ficticias, si se considera que el Estado –como persona moral- es quien a través de sus funcionarios (por otra ficción representación) elabora la ley y da reconocimiento a otras ficciones, que podrían considerarse menos notorias, pero no por ello menos importantes; y el conjunto de todas han permitido resolver innumerables problemas que de otra manera resultaban imposible.

La persona inmaterial, ficticia o mortal, es una de las ficciones que en mayor grado logran su objetivo, esto es, permite creer que tiene una existencia tan material como el propio ser humano. Entre las más relevantes, sociedad y asociación civiles, sociedad anónima, Estado Federal, Entidad Federativa y Municipio.

14.- La representación es el medio que establece la ley, o del que dispone una persona capaz, para obtener, a través del empleo de la voluntad de otra persona capaz, los mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado el capaz o válidamente un incapaz. A través de esta, el Estado logra actuar por medio de sus funcionarios públicos (personas físicas); y los incapaces que no actúan por sí, logran realizar actos a través de otra persona, además de ser el medio para que una persona (capaz o incapaz) pueda actuar en dos o más lugares al mismo tiempo.

15.- Incorporar significa “agregar, unir algo a otra cosa para que haga un todo con ella”; el Derecho, a través de una ficción incorpora o agrega un valor a ciertas cosas que pueden ser corporales o incorporales; y así crear distintas figuras legales; entre otras: títulos de crédito, billetes, monedas, *chips* unidos a tarjetas plásticas.

A estos documentos o instrumentos se les incorpora un Derecho, en tal forma, que el Derecho va íntimamente unido al mismo y su ejercicio está condicionado por la exhibición del título de crédito, los billetes, las monedas o las tarjetas; el Derecho ni existe ni puede ejercitarse, sino en función del documento o instrumento.

16.- Internet ha tenido crecimiento exponencial y de gran impacto en todos los ámbitos de la vida y del Derecho, ante esto, es necesario proporcionar seguridad y certeza jurídica en la celebración de actos jurídicos. El Estado consideró que con la ley de Firma Electrónica Avanzada se cubriría dicha necesidad; además de coadyuvar a la implementación de políticas públicas dirigidas a la conservación y preservación del medio ambiente, la mitigación del cambio climático, particularmente en el ahorro y utilización del papel.

Sin embargo, la finalidad de la firma ya sea autógrafa o electrónica es autenticar el documento, aceptar y obligarse, es la expresión de la voluntad, la identificación del sujeto que firma y tienen efectos probatorios; y no como pretende el Estado al suponer “como si” todos los beneficios jurídicos, ecológicos y económicos que surgen con el uso de la firma electrónicas, se resolvieran con la promulgación de la ley, sin tomar en cuenta que el problema, no está en el uso generalizado o no de los medios electrónicos, sino el poco acceso por parte de la población al Internet y las demás tecnologías. Si se toma como referencia que más de 52 millones de mexicanos son pobres, de los cuales 11.7 millones viven en pobreza extrema.

17.- La definición tradicional de convenio es un acuerdo de voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Las ficciones establecidas en los contratos, suponen con base en la ley, que algo en la realidad no es. Por ejemplo.

a) En la Cláusula Calvo, el extranjero es considerado como nacional, por lo tanto pierde la posibilidad de reclamar la protección de su gobierno al adquirir tierras en México, *so pena* de perderlas a favor del Estado. Esto es, se le considera como nacional, a pesar de que se sabe que en realidad es extranjero.

b) En el Depósito y la Prenda irregulares cuando se trata de bienes fungibles, se podrá entregar otros bienes de la misma especie y calidad, y se considerará “como si” se entregaran los mismos bienes, aunque en realidad no lo sean.

c) La Asociación en Participación y el Fideicomiso Público no son contratos societarios; sin embargo, la Ley de Impuestos sobre la Renta, considera éstas figura “como si” se trataran de personas morales, sólo para efectos fiscales. El reconocimiento de las personas ficticias depende de la legislación que les da esa calidad, en un tiempo y lugar determinado.

d) Retroactividad por Condición Resolutoria. La condición es un acontecimiento futuro de realización contingente, y ésta es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido. Esto es, en el momento de celebrarse el acto que se sujeta a ella, nace como si no estuviera ligado a ninguna modalidad. Las partes cumplen de inmediato con sus prestaciones, y la contingencia de la condición tiene por consecuencia si subsistirá o no la obligación, y no si se hará o no exigible la condición, pues ya se viene cumpliendo.

18.- La voluntad jurídica expresa la intención de la persona de establecer o no un determinado vínculo jurídico frente a otra, u otras personas; vínculo que provoca la aparición de efectos y consecuencias de Derecho. Esta voluntad se puede extender más allá de la muerte a través de la ficción, sea por voluntad expresa o por disposición de la ley. La voluntad de una persona tiene efectos después de su muerte, “como si” aún fuera persona y existiera.

19.- El texto Constitucional señala que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su Derecho; pues se tiene el Derecho a que se administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Ante esto, crea normas procesales que regula la función jurisdiccional del Estado, para resolver controversias. Entre otras:

a) Afirmativa y Negativa Fictas. Se atribuye un significado positivo o negativo según sea el caso, al silencio o la omisión de la autoridad, por no contestar a una

petición del gobernado. Evidentemente la autoridad no contesta ni resuelve de manera pronta, completa e imparcial, pero jurídicamente se tendrá por respondida o resuelta a pesar del evidente silencio.

b) Confesión ficta procesal. Ante la omisión o silencio del demandado de contestar los hechos de la demanda o el pliego de posiciones, se tendrán por contestados en sentido afirmativo o negativo, dependiendo el caso.

c) Objeción de documentos. Los documentos privados procedentes de uno de los interesados, presentados en juicio por vía de prueba y no objetados por la parte contraria, se tendrán por admitidos y surtirán sus efectos “como si” hubieren sido reconocidos expresamente.

## COMENTARIO FINAL

Con la ficción se crean realidades infinitas: científicas, filosóficas, artísticas, normativistas, religiosas. Todo depende de quién la construye, pues el mundo que se vive es lo que se hace de él. Pero, ¿Qué es lo que se ha hecho en el planeta Tierra para necesitar “Derecho”?; ¿Qué han hecho los niños, las tortugas, los babuinos, los pingüinos, los árboles, las plantas, en suma, toda la naturaleza, para que necesiten derechos? El problema no es la Ley, ni el Derechos, ni el Estado, pues éstos, jurídica y políticamente tienen resueltos todos los problemas; es la conducta del ser humano que no se siente pertenecer al mundo, y por lo tanto consciente o inconscientemente lo destruye.

El ser humano está sujeto por el ambiente social en el cual nace y se desarrolla; sin embargo, puede ser transformado o abandonado por el esfuerzo, por la actividad consciente, voluntaria y libre de elegir acertadamente entre las múltiples posibilidades que se le presentan. Voluntad libre no significa voluntad arbitraria, sino la determinada por criterios racionales.

La conducta del ser humano tanto individual como social, es el fin de las normas (jurídicas, sociales, morales o religiosas) y éstas se fundan en valores como la justicia, la equidad, la ética o el bien común. Valores que una vez incorporados en la conducta, permiten la solidaridad social, más que el ordenamiento positivo creado por el Estado.

No se necesita una ley, modificar las existentes o crear más dependencias u organismos de Estado, todo esto ya existe en la realidad, y no han solucionado el problema de la sociedad actual. Lo que se denota con la creación de nuevas leyes u organismos es el aumento de violación en los temas que regulan o protegen esas nuevas leyes u organismos; esto es, si hay una reforma constitucional sobre derechos humanos, sólo indica que han aumentado las violaciones a los mismos y los medios que se tenían hasta entonces ya no son eficaces; y aún más, que con la reforma tampoco lo serán, pues más que ideas puesta en papel o políticas públicas, se necesita estar en contacto con el problema real.

El problema no es la Ley, ni el Estado y aún menos el Derecho, el problema está en la conducta del ser humano, en esa conducta que corrompe, que viola, que mata, que usa el poder para beneficio propio. Pero el verdadero problema es: Qué hacer para que esa conducta que se niega a seguir con normas éticas, decida aprehenderlas y hacerlas propias.

Una de las soluciones está en la educación, en el conocimiento y en la cultura. Es dejar a un lado el esfuerzo por idear nuevas leyes u organismos protectores, y enfocarlo en la educación, ya sea científica, tecnológica, artística, jurídica, ética, moral, filosófica, teológica; es al fin y al cabo, conocimiento. Para progresar, para desarrollar, para comprender algo allí donde sea posible, se necesita el trabajo de todo tipo de seres humanos (científico, político, músico, pintor, albañil, etcétera).

La educación, el conocimiento, la cultura tienen potentes instrumentos o herramientas: libros, cine, teatro, música, videojuegos, pinturas, esculturas, televisión, internet, redes sociales, viajes; todos éstos son medios para acercar, para aprehender, para vivir, pero sobre todo para liberarnos, no de las ataduras físicas, que son más fáciles de romper, sino de las que detienen el conocimiento.

Hay que luchar contra la ignorancia, contra la apatía, contra la pérdida de capacidad de asombro, de maravillarse y sorprenderse ante lo que se sabe y sobre todo ante el descubrir infinito.

La finalidad de este trabajo, no es proponer leyes ni crear un organismo, sino de acercarnos al conocimiento jurídico a través de la ciencia, la filosofía, el arte y la técnica; desde lo teórico hasta lo práctico. Así, como los científicos y filósofos han concluido que la interrogante “¿Qué es la realidad?” no es una buena pregunta, sino “¿Cómo se construye?”; el Derecho al ser una realidad, sólo es posible saber cómo se construye, y éste, surge de una ficción, se construye por ficciones y se establece como una realidad jurídica.

## BIBLIOGRAFÍA.

- Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 4ª. Ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- Álamo Gutiérrez, Javier, *Los 140 tipos de personas reconocidas por el derecho mexicano*, México, Porrúa, 2000.
- Álvarez Ledesma, Mario Ignacio, *Introducción al derecho*, México, McGraw-Hill, 1995.
- Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, 6ª. Ed., México, Porrúa, 1999.
- Atienza, Manuel, “*Introducción al derecho*”, 5ª. Ed, México, Fontamara, 2008.
- Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*, México, UNAM, 2005.
- Baqueiro Rojas, Edgar, *Diccionario jurídico*, México, Oxford, 2004,
- Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, 3ª. Ed., México, Porrúa. 1999.
- Benjamín, Walter, *Conceptos de filosofía de la historia*, Argentina, Terramar.
- Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*”, 2ª Ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Baudrillard, Jean, *La ilusión y desilusión estética*, 2000, (Conferencia).
- Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 12ª Ed., México, Fontamara, 2012.
- Bouzan Ortiz, José Alfonso (coord.), *Epistemología y derecho*, México, UNAM, 2007.
- Beriain, Josetxo, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, 2ª Ed. España, Anthropos, 2007.
- Capilla Roncero, Francisco, *La persona jurídica, función y disfunción*. España, Tecnos, 1984.
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell Sánchez, Miguel, y Salazar Ugarte, Pedro (comps), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- Correas, Oscar, *Introducción a la sociología jurídica*, 2ª. Ed., México, Fontamara, 2000.
- Caso, Antonio, *Sociología*. 13ª Ed., México, Lmus Wiley, 1964.
- Chevallier, Jean Jacques. *Los grandes textos políticos*, México, Temis, 2006.
- Cervantes Ahumada, Raúl *Derecho mercantil*, 4ª Ed., México, Porrúa, 2007.
- Contreras López, Raquel Sandra, *Teoría integral de la apariencia jurídica*, México, Porrúa, 2006.
- Díaz Bravo, Arturo, *Títulos de crédito*, México, Iure editores, 2002.
- Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, T.II 5ª Ed. Argentina, Zavallía, 1981
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 5ª. Ed., España, Ariel, 2002.
- Espinosa y Gómez, Magdalena de Lourdes, *Conciencia, lenguaje y derecho*, Tesis Doctoral, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

- Espinosa Gómez, Magdalena, "Qué es y para qué sirve el Derecho", en Cáceres, Enrique (coord.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.
- Fernández Rodríguez, José Julio, *Lo público y lo privado en internet*, México, UNAM, 2004.
- Ferrajoli, Luigi, *Principia juris*, Trotta, 2011, pp. 110-111.
- Ferrari, Vincenzo, *Funciones del derecho*, España, Debate, 1989.
- Floris Margadant, Guillermo, *El derecho privado romano*, 21ª. Ed., México, Esfinge, 1995.
- Foersten Von, Heinz, "Construyendo una Realidad", en Watzlawick, Paul (comp), *La realidad inventada*, 3ª Ed. México, Gedisa Mexicana, 2005.
- Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 47ª Ed. México, Porrúa, 2009.
- Fuente Rodríguez, Jesús de la, *Tratado de derecho bancario y bursátil*, 4ª. Ed., México, Porrúa, 2002.
- Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho civil*. 26ª. Ed., México, Porrúa, 2009
- García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 57ª. ed., México, Porrúa, 2004.
- Glaserfeld Von, Ernst, "Despedida de la objetividad", en Watzlawick, Paul y Krieg, Paul (comps), *El ojo del observador*, 3ª Ed. México, Gadisa Mexicana, 2005.
- Gómez de Silva, Guido, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, 2ª Ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2009
- Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de la obligaciones*, 15ª. Ed., México, Porrúa, 2005.
- Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio*, 7ª. Ed., México, Porrúa, 2002.
- Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho sucesorio*, 4ª. Ed., México, Porrúa, 2002.
- Gutiérrez González, Ernesto, *Derecho administrativo y derecho administrativo el estilo mexicano*, 2ª. Ed., México, Porrúa, 2003.
- Hacyan, Shahen, *De la física cuántica a la metafísica kantiana*, México, UNAM, Instituto de Física, 2001.
- Hart, Herbert L. A., *El concepto del derecho*, 3ª. Ed., Argentina, Abeledo Perrot, 2009.
- Heji, Peter M, "Ficción y construcción de la realidad. La diferencia entre ficciones en el derecho y en la literatura.", en Watzlawick, Paul y Krieg, Paul (comp), *El ojo del observador*, 3ª Ed. México, Gadisa Mexicana, 2005.
- Henkel, Heinrich, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1968.
- Hoffmann Elizalde, Roberto, *Sociología del derecho*, México, Porrúa.
- Ihering, Rudolf von, *La lucha por el derecho*, 2ª. Ed., México, Porrúa, 1989.
- Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, 4ª. Ed., España, Tecnos, 2008.
- Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 15ª Ed. México, Porrúa, 2007.
- Koninck de, Thomas, *De la dignidad humana*, España, Dykinson, 2006.



- Leroy Miller, Roger y Pulsinelli, Robert W, *Moneda y banca*, 2ª. Ed., Colombia, McGraw-Hill, 1992.
- Lorca Navarrete, José Francisco, *El derecho natural, hoy a propósito de las ficciones jurídicas*, España, Pirámide, 1978.
- Maturana, Humberto y Varela, Francisco, *El árbol del conocimiento*, Argentina, Lumen, 2003.
- Maturana, Humberto y Varela, Francisco, *De máquinas y seres vivos*, Argentina, Lumen, 2004.
- Maturana, Humberto, *Biología del amor y educación*, Revista Ecovisiones, Chile.
- Maturana, Humberto, *La realidad ¿objetiva o construida?*, 2ª Ed., España, Anthropodos, 2009.
- Mendoça, Daniel y Schmill, Ulises, *Ficciones jurídicas, Kelsen, Fuller, Ross*, 2ª. Ed., México, Fontamara, 2003.
- Morin Edgar, "Cultura y Conocimiento" en Morin Edgar, "Cultura y Conocimiento" en en Watzlawick, Paul y Krieg, Paul (comp), *El ojo del observador*, 3ª Ed. México, Gadisa Mexicana, 2005.
- Nawiasky, Hans, *Teoría general del derecho*, Madrid, Rialp, 1962.
- Nietzsche, Friedrich, *Crepúsculo de los ídolos*, 2ª Ed., España, Alianza, 2001.
- Orrego Sánchez, Cristóbal, *Analítica del derecho justo*, México, UNAM, 2005.
- Penrose, Roger, *La mente nueva del emperador*, 2ª Ed. México, Fondo de Cultura
- Pereznieto Castro, Leonel, *Derecho internacional privado*, parte general, 9ª Ed., México Oxford, 2011, Económica, 2005.
- Planiol Marcel, *Tratado elemental de derecho civil*. 3ª Ed. España, Cajica, 1970 TI.
- Popper, Karl, *La lógica de la investigación científica*, 2ª Ed. España, Tecnos, 2008.
- Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, 40ª Ed. México, Porrúa, 2007.
- Preciado Hernández, Radael, *Lecciones de filosofía del derecho*, 12ª Ed. México, Porrúa, 2008.
- Prosa Carnet, *El dinero de plástico; historia del crédito al consumidor y de los nuevos sistemas de pago en México*. México, J.R. Fortson y Cía.
- Rawls John, *Teoría de la justicia*, 2ª. Ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Recasens Siches, Luis, *Filosofía del derecho*, 13ª. Ed., México, Porrúa, 1998.
- Recasens Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, 13ª. Ed. México, Porrúa, 200.
- Recasens Siches, Luis, *Sociología*, 3ª Ed., México, Porrúa, 1971.
- Reyes Krafft, Alfredo Alejandro, *La firma electrónica y las entidades de certificación*, México, Porrúa, 2003.
- Sánchez Sandoval, Augusto, *Epistemologías y sociología jurídica del poder*, UNAM, 2012.
- Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas ideológicos y control social*, México, UNAM, 2008.
- Schrödinger, Erwin, y otros, *Cuestiones cuánticas*, 10ª Ed. México, Kairos, 2007.

Theodor Mueller, Klaus, "El significado de la soberanía en el sistema internacional de estados" en Becerra Ramirez Manuel (coord.), México, UNAM, 2010.

Valadés, Diego, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, UNAM, Academia Mexicana de la Lengua, 2005.

Vargas Llosa, Mario, *Elogio de la lectura y la ficción*, Discurso Nobel, Estocolmo, 2010.

Venegas Álvarez, Sonia, *Presunciones y ficciones en el impuesto sobre la renta de las personas físicas en México*, México, UNAM, 2007.

Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, 19ª Ed., México, Porrúa, 2005.

Villoro Toranzo, Miguel, *La justicia como vivencia*, México, Porrúa, 2004.

Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de filosofía del derecho*, 6ª Ed., México, Porrúa, 2006.

Watzlawick, Paul, *La realidad inventada*, 3ª Ed. México, Gedisa Mexicana, 2005.

Watzlawick, Paul y Krieg, Paul (comp), *El ojo del observador*, 3ª Ed. México, Gadisa Mexicana, 2005.

Weiss, Brian, *Sólo el amor es real*, Edición electrónica.

Xirau, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, 13ª Ed. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

Zamora Valencia, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, 12ª Ed., México, Porrúa, 2009.

#### PUBLICACIONES EN INTERNET.

Banco de México, *Historia de la moneda mexicana*.  
<http://www.banxico.org.mx/billetes-y-monedas/index.html#IG>. Consultada el 16 de mayo de 2012.

Castells, M, *Internet y la sociedad red*, 2001.  
<http://tecnologiaedu.us.es/inweb/htm/pdf/106pdf>. Consultadas el 10 de junio de 2012.

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval)  
<http://www.coneval.gob.mx/cmsconeval/rw/pages/medicion/index.es.do>. Consultada el 20 de septiembre de 2012.

Cossío, José Ramón, *Derechos Humanos: instrucciones de uso*.  
<http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2012/09/60313.php> Consultada el 16 de septiembre de 2012.

Diccionario de la Real Academia Española. <http://buscon.rae.es/drae/>.

Forbes (Revista especializada en finanzas y negocios).  
<http://www.forbes.com/billionaires/list/>. Consultada el 16 de septiembre de 2012.

Hernández Martín, Rafael, *Las ficciones jurídicas*.  
[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02406177433793617422202/cuaderno3/numero3\\_11.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02406177433793617422202/cuaderno3/numero3_11.pdf) Consultada 26 de noviembre de 2009).

ONU. <http://www.un.org/es/law/> consultada el 10 de mayo de 2012.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).  
<http://www.oecd.org/eco/productivityandlongtermgrowth/economicpolicyreformsgoingforgrowth2012.htm>. Consultada el 20 de septiembre de 2012.

Ovilla Bueno, Rocío, *Internet y derecho. De la realidad virtual a la realidad jurídica*.  
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art6.htm>. Consultada el 20 de enero de 2012.

[http://www.fisica.unam.mx/noticia\\_nobelquimica2011.php](http://www.fisica.unam.mx/noticia_nobelquimica2011.php). Consultada 8 de enero de 2012.

NOTAS DE CLASE:

Dr. Sánchez Sandoval, Augusto.	Políticas públicas.
Dra. Espinosa y Gómez, Magdalena de Lourdes	Sociologías. Filosofía I y II Historia de la Filosofía.
Dra. Leticia Guadalupe García.	Seminario de Tesis
Dr. Dante López Medrano.	Metodología jurídica y evolución de la realidad.
Dr. Luis Antonio Huacuja Acevedo.	Derecho comunitario y organización internacional.
Dr. Carlos Burgoa Toledo	Presunciones y Ficciones en materia fiscal.
Dr. Klaus Theodor Müller Uhlenbrock.	Historia de la filosofía y teoría de la violencia.

*La amistad es lo más necesario para vivir, sin amigos nadie elegiría vivir, aunque tuviera los demás bienes.*

*La ausencia de amistad y la soledad son lo más terrible pues toda la vida y la asociación voluntaria tiene lugar con los amigos.*

*La amistad es natural entre padres e hijos...*

*Aristóteles.*

*Gracia.*