

El consentimiento celebrado a distancia

Víctor Amaury Simental Franco¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Características del consentimiento realizado a distancia. III. Régimen legal del consentimiento celebrado a distancia. IV. Problemática del consentimiento vía internet. V. A manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El ideal para manifestar la voluntad consiste en la presencia física, esto trae como presupuesto, la seguridad jurídica de las partes. La necesidad de la gente de realizar actos en varios lugares a la vez, ha obligado al derecho a crear múltiples herramientas² que posibiliten la contratación,³ aun cuando las partes no estén una frente a la otra.

La doctrina se ha referido al tema como *contrato entre ausentes o contrato entre personas no presentes*; sin duda la primera acepción es desafortunada en el ámbito jurídico, porque la ausencia es un supuesto jurídico ampliamente estudiado en la teoría jurídica y tiene una regulación específica por la normativa civil, que nada tiene que ver con el consentimiento; mientras que la segunda si bien es mucho más acertada, hace alusión a una situación que no es precisamente exacta, lo cual justifica nuestra propuesta de denominarle al tema como *consentimiento celebrado a distancia*, lo cual enseguida es explicado.

Hablar de consentimiento entre personas no presentes, alude precisamente a la no presencia de las personas que celebran el acto jurídico, y la pregunta sería entonces, ¿la no presencia en dónde?, el punto no es el lugar, sino que las partes no están una frente a la otra al momento de perfeccionarse el consentimiento. De lo cual se puede inferir que la posible presencia de las partes, sólo que no lo están entre sí.

¹ Simental_franco@yahoo.com.mx

² Los contratos de mandato y de comisión, son dos claros ejemplos al respecto.

³ No sólo el derecho ha implementado innovaciones, sino también le ha dado validez a la utilización de inventos que han revolucionado la vida del hombre, como lo han sido el telégrafo, el teléfono, y más recientemente, el fax y el internet.

Esto último es tan cierto, que la propia normativa vigente en México, considera la ficción jurídica de la presencia física en los casos del consentimiento manifestado a través del teléfono y de los medios electrónico, ópticos y de tecnologías similares (que, tal como veremos adelante, adolece de una técnica legislativa precisa y regula bajo un mismo supuesto jurídico, situaciones fácticas diferentes).

II. CARACTERÍSTICAS DEL CONSENTIMIENTO REALIZADO A DISTANCIA

Del contrato realizado a distancia se puede decir, que es aquel contrato en que la aceptación definitiva no se da en presencia de la otra parte. No tiene trascendencia que las partes se hayan reunido o no anteriormente a discutir los fines del proyecto de contrato.

En principio cualquier contrato puede celebrarse entre ausentes. Esto es así, aun cuando se requiera el empleo de formas solemnes, siempre que esas formalidades puedan cumplirse separadamente para cada una de las partes por ejemplo prestando cada una de ellas su consentimiento ante notarios.⁴

Encontramos diferencias entre el contrato celebrado entre sujetos presentes respecto del celebrado a distancia, como lo es la no presencia física de las partes entre ellas, así como la posible ignorancia en un lapso de la respuesta a la oferta, y del conocimiento de la misma por el oferente. Realmente el perfeccionamiento del consentimiento a distancia ha significado un problema difícil de resolver por el Derecho.

La dificultad consiste en determinar en qué momento ha quedado perfeccionado el consentimiento, cuando las partes no se encuentran presentes una frente a la otra en la celebración del contrato en cuestión. Son cuatro las distintas posibilidades —teorías— para resolver esta situación:

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

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

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

⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Obligaciones*, t. V, v. I, Porrúa, México, 1996, p. 276, Citando a Planiol y Ripert, *Tratado Práctico De Derecho Civil Francés*, t. VI, La Habana, 1946, pp. 210, 211 y 212.

4. Teoría de la información, considera que cuando el proponente es informado del contenido afirmativo de la respuesta, ha quedado perfeccionado el consentimiento.

A partir del 29 de mayo del 2000, el Código de Comercio únicamente acepta la teoría de la recepción, lo cual es un gran acierto de los legisladores, al unificar, en términos generales los cuerpos legales que normaban lo relativo al perfeccionamiento del consentimiento en el ámbito federal: el Código Civil Federal⁵ y el Código de Comercio. Anterior a esta reforma, nuestro marco jurídico federal admitía las teorías de la recepción en materia civil y la de la expedición por el derecho mercantil.⁶

III. RÉGIMEN LEGAL DEL CONSENTIMIENTO CELEBRADO A DISTANCIA

El sistema jurídico mexicano⁷ asumió el sistema de la recepción como regla general, sin embargo, dependiendo del medio de comunicación será aplicado este sistema, es decir habrá casos en que aun cuando las partes no se encuentren materialmente presentes, el derecho considerará la ficción jurídica de su presencia material y le conferirá las mismas reglas que si estuviesen presentes las partes.

A. TELÉFONO

La voluntad manifestada por medio del teléfono, es un claro ejemplo en el cual no hay presencia física de las partes, pero por las características de este medio, la regla para considerar perfeccionado el consentimiento, es la misma que si estuviesen las partes una ante la otra, esto debido a que existe realmente la posibilidad material de discutir entre las partes los pormenores del contrato que se esta celebrando. Es el artículo 1805 el que regula este supuesto:

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

⁵ Debe tenerse presente que existe la excepción en cuanto hace al contrato de donación, ya que este contrato queda perfeccionado hasta que el donador sabe de la aceptación por parte del donatario.

⁶ Cfr. Artículo 80 del Código de Comercio antes de las reformas del 29 de mayo del 2000.

⁷ La referencia al sistema jurídico mexicano alude esencialmente al Código Civil Federal y al Código de Comercio.

Rojina Villegas al respecto indica lo siguiente:

Las palabras y el consentimiento son llevados al co-contratante personalmente y en la práctica con la misma rapidez, que entre presentes, por lo que estos contratos son, desde el punto de vista del tiempo empleado en celebrarlos, entre presentes; pero, desde el punto de vista del lugar en que se celebran, entre ausentes. El contrato por teléfono es válido y puede ser probado en los mismos casos y en las mismas condiciones que en los contratos verbales. El uso de confirmar por correo los contratos hechos por teléfono no impide que el concurso de los consentimientos sea creador de obligaciones. Sin embargo, debido a la ausencia de testigos que hayan oído a las partes, si no media la confirmación por carta y en caso de denegación, solamente la aceptación tácita, o bien, el silencio permitirán establecer la existencia de la obligación.⁸

B. CORREO

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

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

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

Sostiene esta teoría, desde un punto de vista jurídico, que para que haya consentimiento no basta con que haya acuerdo de voluntades, sino que debe existir la posibilidad física de que este acuerdo se conozca [...]. En la teoría de la recepción se sostiene que desde el punto de vista jurídico, para que haya consentimiento, el oferente debe estar en condiciones materiales de conocer la respuesta dada a su peticitación, y que la única forma material de que lo esté, es determinando que el contrato se celebra cuando reciba la contestación.⁹

⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, pp. 212 y 213.

⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, p. 277.

C. TELÉGRAFO

La regulación que recae sobre el consentimiento que se manifiesta a través de este medio de comunicación por sus características propias, es diferente, a la que se tiene tanto para el correo como para el teléfono, no podemos decir que las partes se encuentran en una situación de inmediatez en cuanto al conocimiento de sus planteamientos, ofertas o contraofertas; pero tampoco hay la espera que significa el correo, estamos en un punto intermedio entre uno y el otro. Para Gutiérrez y González:

En el caso del telégrafo, al contrario de la propuesta por teléfono, no puede decirse que las partes estén en contacto directo, pues lo que el presunto aceptante recibe no es la vibración fono-eléctrica del oferente, sino sólo un papel en donde se asientan palabras que fueron transmitidas por impulsos eléctricos o electrónicos, pero no hubo contacto directo con el proponente.¹⁰

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

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

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

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

c) Que en el texto del telegrama se usen signos convencionales, que también deben haber pactado con anticipación las partes, para identificar como auténticos los documentos.¹¹

Tal y como dispone el Código el artículo 1811 primer párrafo: la propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos.

D. OTROS MEDIOS ELECTRÓNICOS, ÓPTICOS O DE CUALQUIER OTRA TECNOLOGÍA

Los avances en la ciencia y en la tecnología han impulsado a que hoy en día se utilicen medios de comunicación mucho más eficientes y rápidos, que en los hechos crean la ficción material de la presencia física, por la inmediatez con que es conocida la voluntad de una persona con respecto de otra u

¹⁰ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Obligaciones*, México, Porrúa, 2000, pp. 273.

¹¹ *Idem*.

otras. El derecho no puede permanecer ajeno a estas innovaciones tecnológicas, y tiene que dar una respuesta satisfactoria para las situaciones conflictivas que surjan por el uso de las mismas.

En el ámbito civil federal y en materia mercantil ya existe regulación en lo concerniente a los contratos celebrados por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología.

a) *Fax*

En el Código no hay disposición específica que regule la contratación hecha a través de este medio, siguiendo las reglas que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹² nos da para la resolución de las controversias en materia civil,¹³ podemos sugerir que se deben aplicar las reglas del artículo 1811 relativas al uso del telégrafo.

Si bien, hay quien difiere en cierto grado con esto último, Quintanilla García afirma lo siguiente: “Pensamos que este precepto (Art. 1811) se puede aplicar al nuevo sistema del “Telex” y del “Fax”, pero sin el requisito de la firma de los contratantes y sí con el de los signos convencionales, que en el “Fax” se reflejan en los datos que aparecen en la parte superior de los documentos”.¹⁴

En sentido divergente se manifiesta Robles Farías: “Si aplicamos en forma analógica las reglas de los contratos por telégrafo a los celebrados por medios electrónicos [...], tendremos que los requisitos para su validez son los siguientes:

Si el contenido del contrato es mercantil:

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

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

3. Firmas autógrafas. Que los documentos originales contengan las firmas autógrafas de los contratantes”.¹⁵

¹² Artículo 14 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, último párrafo:

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

¹³ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *op. cit.*, p. 274.

¹⁴ QUINTANILLA GARCÍA, Miguel Ángel, *Derecho de las obligaciones*, México, Cárdenas, Cuarta edición, 2004, 50.

¹⁵ ROBLES FARIAS, Diego, “La validez de los contratos celebrados por medios electrónicos”, *Revista de Derecho Privado*, Año 6, Número 18, Septiembre-Diciembre, UNAM, México, 1995, p. 72.

b) *Internet*

El Internet es una aplicación tecnológica de reciente aparición, no obstante ello, debido a sus características se ha convertido en un instrumento de comunicación usado masivamente por la población. En México a partir de las reformas del 29 de mayo del 2000 da inicio a la regulación civil y mercantil a las actividades humanas vinculadas con esta herramienta. Debe subrayarse que las reformas legales aludidas se realizaron en el ámbito federal, es así que a la fecha de la elaboración del presente ensayo los códigos locales, incluido el del Distrito Federal siguen sin cambios en la materia.

Existen diferentes aplicaciones (herramientas) del internet que pueden ser usadas para la manifestación de la voluntad y en consecuencia el perfeccionamiento del consentimiento, sin embargo, destacan especialmente dos de ellas:

- a) El correo electrónico; y
- b) La conversación en línea, usualmente denominada *chat*.

Las dos herramientas antes mencionadas tienen características distintas, mientras que el primero es similar al correo ordinario (de ahí su denominación); el segundo se asemeja al teléfono. Por lo cual el internet debería ser regulado, al menos, desde dos puntos de vista distintos.

Los adelantos tecnológicos han permitido que las personas tengan comunicación inmediata aunque se encuentren a miles de kilómetros de distancia, por tanto el código genera la ficción legal de la presencia entre las partes, en los contratos realizados por medio del teléfono o por cualquier otro medio electrónico, óptico u otra tecnología que permita el perfeccionamiento del consentimiento de manera inmediata. La adecuación del código al uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación significa, sin duda, un gran avance, superando por mucho al Código Civil para el Distrito Federal, ordenamiento que, como antes indicamos, no ha sido revisado al respecto.

Sin embargo, en la redacción del artículo 1805 se alude a que con el uso de las tecnologías ópticas o electrónicas necesariamente se está ante un supuesto de inmediatez en todos los casos, lo cual es relativamente cierto en cuanto al Internet con ciertas aplicaciones que este medio tiene, pero no en todas, como sería el *correo electrónico* que tiene una gran similitud con el correo tradicional, ya que hasta el momento no se ha logrado asegurar que la llegada de los correos lleguen siempre de manera inmediata, lo cual dejaría en estado de incertidumbre a las partes, dado que se parte del supuesto de llegada instantánea del mensaje, siendo que la realidad demuestra que esto no es así en todos los casos.

El Legislativo federal ha intervenido en la regulación de la materia desde el 23 y el 29 de mayo del año 2000, cuando entraron en vigor reformas al Código de Comercio y al Código Civil Federal y de Procedimientos Civiles Federales, respectivamente, que contemplaron las transacciones hechas vía

Internet y posibles mecanismos jurídicos que contribuyan a solucionar hipotéticas controversias judiciales; a fin de proveer de mejores mecanismos legales, el Código de Comercio nuevamente fue reformado y adicionado el 29 de agosto del 2003 en materia de firma electrónica.

IV. PROBLEMÁTICA DEL CONSENTIMIENTO VÍA INTERNET

El Internet, abordado desde el punto de vista jurídico, no solamente presenta problemas en lo relativo a la formación y reglas aplicables a los contratos civiles y mercantiles, sino de una u otra manera afecta o tiene efectos sobre la gran mayoría de las ramas del Derecho.¹⁶ Son varios los posibles conflictos que se generan al utilizar el Internet como medio a través del cual se celebra un contrato. Esto es debido a la naturaleza física de Internet, que consiste en su intangibilidad e imposibilidad de constatar la veracidad del ofertante, en cuanto a su existencia material (al menos instantáneamente). Sin embargo tal como expresa Elías Azar:

El derecho no pierde ni perderá nunca su esencia principalmente organizativa, ni su base reguladora. El juez, la doctrina científica y el legislador deben adaptar el derecho para que este último pueda beneficiarse de los avances del proceso informático y señalar las modificaciones técnicas precisas para su adaptación, compatibilidad y regulación jurídicas.¹⁷

A. INSEGURIDAD JURÍDICA DE LAS PARTES

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

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

¹⁶ Entre los problemas jurídicos relacionados con Internet (y que en este caso no abordamos) están: a) la extraterritorialidad; b) la propiedad de la información; c) el contenido ilegal u ofensivo (delitos vía Internet); d) la libertad de expresión; e) la propiedad industrial; f) los derechos de autor; g) el orden laboral; etcétera.

¹⁷ ELÍAS AZAR, Edgar, *La contratación por medios electrónicos*, Porrúa, México, 2005, p. 347.

Davara Rodríguez, menciona con relación a lo antes mencionado, que:

La manipulación de un documento tiene su mayor peligro en la mala fe, en lo que podríamos considerar como una modificación del contenido para, mediante engaño, llevar al ánimo del que lo interpreta un sentido opuesto del que tiene el documento original. Y parece ser que esto es más fácil de realizar con los documentos electrónicos, informáticos y/o telemáticos; pero lo que se olvida es que, precisamente, las posibilidades de protección de la información por medios tecnológicos son mayores y mas seguras que las que se ofrecen por los medios que tradicionalmente empleamos; y, si basamos la fehaciencia en el reconocimiento y adveración por quien corresponda, esto también se puede realizar en los documentos tecnológicos.¹⁸

Lo anteriormente explicado es con respecto al documento que sirve de base para la celebración del contrato en cuestión, pudiendo denominarlo como documento negocial informático.¹⁹

Los riesgos de las transacciones vía Internet, indica Barrios Garrido, “no son superiores a los de las transacciones que se hacen día a día por teléfono o fax. Sin embargo, muchas de estas operaciones, como la venta de bienes o la prestación de servicios de información, traen aparejados riesgos diversos, sobre todo en lo referente a la seguridad y a la confidencialidad, así como a la falta de documentos probatorios de la realización del contrato y las pruebas de aceptación de la o las ofertas”.²⁰

Ovilla Bueno, alude a la problemática actual respecto a Internet “es sobre cómo garantizar la seguridad de las transacciones comerciales.

Los problemas en cuanto a la seguridad de las mismas se han dado ya: personas que pagan por medio de su tarjeta bancaria, y cuyos datos son pirateados para realizar otras compras. Sin embargo, se dejan entrever algunas soluciones como es el caso de la posible utilización de técnicas de criptografía o de la firma electrónica y del tercero de confianza.²¹

Aunque, indica Ovilla Bueno, la criptografía sea una posibilidad efectiva para resolver las aristas que trae como consecuencia la inseguridad en las transacciones vía Internet, debido a que la mayoría de los países consideran a la criptografía como una técnica reservada para fines militares y por ende de seguridad nacional, se oponen a su uso para fines de carácter privado, por temor a que sea usada esta técnica por terroristas, extremistas o racistas.²²

¹⁸ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *De las autopistas de la información a las sociedades virtuales*, Aranzadi, España, 1996, p. 148.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ BARRIOS GARRIDO, Gabriela; MUÑOZ DE ALBA M., Marcia y PÉREZ BUSTILLO, Camilo, *Internet y Derecho en México*, McGraw-Hill, México, 1998, p. 58.

²¹ OVILLA BUENO, Rocío, “Internet y derecho. De la realidad virtual a la realidad jurídica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXXI, Número 92, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Mayo-Agosto, 1998, pp. 432 y 433.

²² *Idem*.

En cuanto a la firma electrónica, el problema consiste en cómo saber que la persona que teclea esa firma electrónica es verdaderamente quien dice ser, la duda existe puesto que no hay ningún contacto personal, y es aquí donde interviene la figura del tercero en confianza (a quienes algunos empiezan a llamar notario cibernético) que servirá como un certificador de que la persona jurídica tiene tal número de identificación y que efectivamente quiere realizar esta transacción.²³

B. IMPOSIBILIDAD DE CONSTATAR LA CAPACIDAD DEL CONTRATANTE

Como sabemos existen dos tipos de incapacidad, la general y la especial, las dos pueden ser causa de conflictos en la expresión del consentimiento vía Internet; veamos el porqué.

El uso de Internet (al igual que el teléfono), conlleva el no tener certeza plena con quien se está en comunicación,²⁴ por lo cual tranquilamente un niño, un sujeto en estado de interdicción, un extranjero, una persona cualquiera impedida por ley para efectuar alguna transacción, muy bien pueden celebrar cualquier tipo de contrato. Ejemplos de lo anterior son los siguientes: un menor entra a curiosear a Internet, accede a una página electrónica, donde se realizan subastas, fácilmente comprende el procedimiento de subastar, y decide participar, oferta una cantidad que no es superada por nadie, y se le otorga el bien subastado. Claramente nos encontramos frente a un contrato que esta viciado, por falta de uno de sus elementos de validez como lo es la capacidad para contratar por parte de un menor de edad.

Una persona mayor, que padece de sus facultades mentales, pero que tiene periodos de lucidez, entra a Internet, y directamente accede a un salón de chat,²⁵ y en ese salón, conoce a un proveedor de una mercancía cualquiera, el proveedor pensando que trata con una persona sana de sus facultades mentales, acepta celebrar un contrato de compra-venta, formalizan en todo el contrato y listo queda solo esperando que se cumpla tanto con el pago del precio estipulado, como con la entrega de la mercancía pactada. Otro contrato afectado en uno de los elementos de validez, incapacidad de una de las partes, por estado de interdicción.

Un individuo de nacionalidad distinta a la mexicana, con nombre tipo hispano, ingresa a un portal electrónico mexicano donde se ofertan bienes inmuebles para comprar, vender u otros derechos reales, una persona está subastando un lote ubicado en una playa del pacifico sur mexicano, acuerdan todo lo relativo a la compraventa, parece perfecto el contrato; sin embargo

²³ *Idem.*

²⁴ En el caso de Internet, ya se cuenta con la herramienta del *Net-Meting*, con la cual se puede ver a la persona con la cual se esté conversando, es algo similar al teléfono con pantalla o video-telefono.

²⁵ El *chat*, es uno de los atractivos del Internet, ya que permite la conversación instantánea entre personas.

es un caso más de un contrato que sufre de nulidad por no tener capacidad una de las partes que lo celebran.

Ejemplos hay infinidad, pero con estos es suficiente para entender el problema existente al utilizar Internet, en cuanto a la incapacidad que puede afectar a una, o mas de las partes que intervienen en la celebración de un contrato. Esto lo confirma Oliver Hance, mencionando como una posibilidad (de entre muchas otras) el que un menor acceda a una página pornográfica de Internet y que, conociendo el número de la tarjeta de crédito de sus padres, vea imágenes evidentemente prohibidas a menores de edad.²⁶

Finalizamos este subtema, con una cita muy atinente de Rodríguez Adrados:

El receptor de un mensaje electrónico necesita tener seguridad no sólo de la integridad de su texto, sino muy especialmente de la identidad de la persona que lo ha enviado; sin ambas seguridades, la objetiva y la subjetiva, el mensaje no servirá de vehículo adecuado para el tráfico jurídico en redes abiertas y quedaría supeditado a casi imposibles verificaciones si hubiera que llegar a la vía judicial.²⁷

C. LA VULNERABILIDAD DE LOS DATOS

Otro de los problemas que trae aparejado el uso de Internet para la conformación del consentimiento es la vulnerabilidad de los datos. Tres tipos de vulnerabilidad afectan a los datos transferidos por Internet:

- a) vulnerabilidad por falta de seguridad física;
- b) vulnerabilidad por falta de seguridad lógica y;
- c) vulnerabilidad por falta de seguridad jurídica.²⁸

Como indica Davara Rodríguez, la seguridad de los sistemas tecnológicos, en específico las transacciones realizadas vía Internet, y por ende de los datos e información contenidos en los documentos que se utilizan para formalizar un acuerdo de voluntades, requieren de técnicas, equipos, herramientas tecnológicas y procedimientos especializados.²⁹

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

²⁶ HANCE, Oliver y, DIONNE BALZ, Suzan, *Under The Direction Of Oliver Hance*, Best of Editions and McGraw-Hill, EE. UU., 1996, p. 157.

²⁷ RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *El documento negocial informático*, en ANALES, Número 28, Madrid, 1998, p. 448.

²⁸ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 153.

²⁹ *Idem.*

Ovilla Bueno, hablando de la protección de datos personales, expresa lo siguiente:

Si lo que nos interesa es asegurar el respeto de los derechos de la personalidad, cuando ciertas informaciones que le conciernen sean transmitidas por Internet a nivel nacional, entonces habría que dirigirnos hacia los derechos de la personalidad, regulados por nuestro Código Civil y por el Código Penal, fundamentalmente, y algunos artículos de la Ley Federal del Derecho de Autor.³⁰

A nivel internacional, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), deja entrever una disposición sobre la protección de las personas.³¹

Artículo 2105 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Divulgación de información:

Ninguna disposición en este Tratado se interpretará en el sentido de obligar a ninguna de las Partes a proporcionar o dar acceso a información cuya divulgación pudiera impedir el cumplimiento de las leyes de la Parte o fuera contraria a sus leyes que protegen la privacidad de las personas, los asuntos financieros y las cuentas bancarias de clientes individuales de las instituciones financieras.

Los artículos precedentes, de distintos ordenamientos, hacen énfasis, en proteger los datos e información que transita por Internet, dejando de manifiesto la vulnerabilidad que afecta a todo tipo de información. En este aspecto en particular —la vulnerabilidad de los datos— se escudan los detractores de los documentos informáticos, alegando los problemas e inseguridad que plantea a los usuarios de dichos elementos, por lo cual hay quienes les niegan toda validez. Opinamos en consonancia con lo que nos dice Rodríguez Adrados: “Si la voluntad puede declararse por gestos, y aun por silencios, ¿cómo no se va a poder declarar por medio de un ordenador?”³²

Debe tenerse presente que dada la importancia de proteger los datos personales, fue promulgada en 2010 la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares y reformada la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en el ámbito local el Distrito Federal tiene la Ley de Protección de Datos Personales vigente desde el 2008.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como expusimos anteriormente, hubo reformas a la legislación mexicana el 23 de mayo del 2000, el 29 de mayo del mismo año y posteriormente el 29 de agosto de 2003, que contemplaron el comercio por vía electrónica, los cuerpos normativos que fueron modificados son los siguientes:

³⁰ OVILLA BUENO, Rocío, *op. cit.*, p. 426.

³¹ *Idem.*

³² RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *op. cit.*, p. 440.

1. El Código Civil Federal (fecha en que son separados el Código Civil Federal del Código Civil para el Distrito Federal).
2. El Código Federal de Procedimientos Civiles.
3. El Código de Comercio.³³
4. La Ley Federal de Protección al Consumidor.

Al respecto es necesario aludir a lo preceptuado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los artículos 124 y 133, que indican lo siguiente:

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

Artículo 133.—Esta Constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanan de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

Conforme a lo anterior artículo, tenemos que en nuestro país existe una división de atribución de facultades delimitadas por los ámbitos federales y estatal. Y, por otra parte, no solamente existe legislación interna con respecto a las transacciones hechas vía Internet, sino que también existen tratados internacionales que la abordan (aunque sea de modo tangencial, y refiriéndose al tratamiento de la información y confidencialidad de la misma), como lo es el TLCAN (Tratado de Libre Comercio para América del Norte).

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

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

³³ Éste fue el único ordenamiento que fue modificado el 29 de agosto del 2003.

Hay que reconocer que la reforma a los distintos ordenamientos legales que a continuación se indican, fue un buen trabajo legislativo; no se dejó pasar mucho tiempo para dar respuesta y solución jurídica a una problemática en realidad reciente, razón para aplaudir al poder legislativo; se escucharon las sugerencias de los asesores especialistas en la materia, situación que se deja sentir en la terminología utilizada, que evita errores y malas interpretaciones; sin embargo la reforma es perfectible en los aspectos que hemos expuesto.

En especial, debe legislarse en materia del fuero común en lo relativo al consentimiento indicado por medios electrónicos, ópticos o de otras tecnologías, sobre todo porque la materia civil es esencialmente ámbito competencial de las entidades federativas; ante esta omisión, se mantendría un vacío jurídico inexcusable para las legislaturas estatales, más aun vistas las reformas de los ordenamientos federales, que muy bien pueden servir de ejemplo, y sin menoscabar la dignidad y autonomía estatales, pudiesen ser copiadas textualmente sin el menor problema.

Por el contrario son dignos de reconocimiento los Poderes legislativos estatales que han llevado a cabo adecuaciones a su orden normativo a fin de atender la contratación a través de las TICS.

Los Estados de la República Mexicana que han reformado su legislación civil para atender la problemática aludida son los siguientes:

Baja California (artículos 1690, 1692 y 1698); Guanajuato (artículos 1291, 1293, 1299-A); Guerrero (artículos 1603 y 1604); Jalisco (artículo 1273); México (artículos 7.45, 7.46 y 7.51); Michoacán (artículos 969, 971 y 977); Nayarit (artículos 1176, 1178 y 1184); Nuevo León (artículos 1700, 1702 y 1708); Puebla (artículo 1460); Tabasco (artículo 1928); Veracruz (artículo 1744) y Yucatán (artículo 1002).