



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO
Seminario de Derecho Civil

**EL PRINCIPIO DE LA FIDUCIA EN EL DERECHO CIVIL
SU EVOLUCION Y DEFORMACION EN LOS DERECHOS
MERCANTIL Y ADMINISTRATIVO**

T E S I S

Que para Optar al Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta el Pasante:

JOSE AURELIANO MIER Y CONCHA JIMENEZ

México, D. F.

1985



FACULTAD DE DERECHO
COORDINACION DE EXAMENES
PROFESIONALES



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

I N T R O D U C C I O N

Siempre he creído que la confianza juega un papel muy importante en la vida de los seres humanos, sin importar las circunstancias históricas o las situaciones particulares de cada uno, pues sin duda se depende de ella para una mejor convivencia.

En la Ciencia del Derecho no pasa desapercibido este hecho y se ha regulado a la confianza en un sinnúmero de formas.

Fueron estas las razones por las cuales me interesé en escribir acerca de la fiducia, institución que está íntimamente ligada con la noción de la confianza.

Conforme fui adentrándome en las características de la fiducia, pude percibir que ésta no sólo comprende a la confianza, llanamente considerada, sino que siempre lleva aparejada la transmisión de bienes o derechos que hace una persona en favor de otra.

La peculiaridad de esa transmisión de bienes y derechos es que, sin existir confianza de una persona hacia otra, ésta no se verifica, por ende, este valor se convierte en la pieza fundamental que origina la citada transmisión.

El estudio de la fiducia lo inicié en el Derecho Romano, continuando en el Derecho Inglés, antiguo y moderno, para concluir analizando la Legislación Mexicana, tanto Civil como Mercantil y Administrativa.

Entre los resultados más sorprendentes para mí, encontré que la fiducia no está regulada en el Derecho Civil Mexicano, aunque el mismo contenga normas relacionadas con la confianza. Así mismo me da cuenta que la fiducia había sido recibida por el Derecho Mercantil y por el Derecho Administrativo, pero lamentablemente mal enfocada y deformada.

Para poder demostrar los frutos de mi investigación, teniendo a la fiducia como objeto de estudio, me propongo desarrollar el siguiente temario:

CAPITULO I EL PRINCIPIO DE LA FIDUCIA, SU ORIGEN Y EVOLUCION DENTRO DEL DERECHO ROMANO,

- 1.- CONSIDERACIONES INICIALES.
- 2.- LOS PRINCIPIOS Y LA VIDA JURIDICA.
- 3.- LA FIDUCIA. CONCEPTO.
- 4.- LA FIDUCIA EN EL DERECHO ROMANO.
 - A.- ROMA Y SU DERECHO ANTIGUO.
 - B.- LOS CAMBIOS DEL DERECHO ANTIGUO HASTA LA LEY DE LAS XII TABLAS.
 - C.- EL DERECHO ROMANO PRECLASICO.
 - D.- EL DERECHO ROMANO CLASICO.
 - E.- EL DERECHO ROMANO DESPUES DE LA EPOCA CLASICA Y HASTA JUSTINIANO.
 - F.- ANALISIS CONCRETO DE LA FIDUCIA Y SU EVOLUCION DENTRO DEL MARCO HISTORICO JURIDICO DEL DERECHO ROMANO.
- 5.- EL PRINCIPIO DE LA FIDUCIA.

CAPITULO II RECEPCION DEL PRINCIPIO DE LA FIDUCIA EN OTRAS LEGISLACIONES. LA SITUACION PARTICULAR DE INGLATERRA. LOS USOS Y LOS TRUSTS.

- 1.- LA EDAD MEDIA.
- 2.- EL DERECHO MEDIEVAL.
- 3.- DESARROLLO DEL DERECHO EN LA ISLA BRITANICA.
 - A.- LA TENENCIA DE LA TIERRA, EL DERECHO Y LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA BAJO LOS NORMANDOS.

B.- EL FIN DE LA DINASTIA NORMANDA Y LOS PRIMEROS PLANTAGENET,

C.- APARICION DE LOS USOS, EL COMMON LAW Y LA EQUIDAD.

D.- LOS TRUSTS, GENERALIDADES.

4.- EL DERECHO EN LOS PAISES DE TRADICION ROMANISTA,

5.- LA FIDUCIA Y SU EVOLUCION O CAMBIOS DESPUES DEL DERECHO ROMANO.

CAPITULO III. EL PRINCIPIO DE LA FIDUCIA EN EL DERECHO CIVIL-MEXICANO,

1.- EL DERECHO CIVIL MEXICANO,

2.- ¿HAY FIDUCIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO?

A.- ANALISIS DE INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL QUE TENGAN QUE VER CON LA NOCION DE LA CONFIANZA.

B.- ESTUDIO DE LOS ALCANCES DE LA CONFIANZA EN EL DERECHO CIVIL, INCLUYENDO A LAS RELACIONES DE FIDELIDAD Y A LOS CONCEPTOS DE BUENA Y MALA FE.

C.- EL CONCEPTO DE FIDUCIA MENCIONADO EN ESTE TRABAJO Y SU APLICABILIDAD PROBABLE EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

3.- CONCLUSIONES ACERCA DE LA FIDUCIA Y SU RELACION AL DERECHO CIVIL MEXICANO.

CAPITULO IV. LA EVOLUCION DEL PRINCIPIO DE FIDUCIA HACIA EL DERECHO MERCANTIL Y ADMINISTRATIVO, SU DEFORMACION EN LOS MISMOS.

1.- LA EVOLUCION DEL PRINCIPIO DE FIDUCIA HACIA EL DERECHO MERCANTIL,

2.- LA DEFORMACION DEL PRINCIPIO DE FIDUCIA EN EL DERECHO MERCANTIL MEXICANO, IMITANDOSE AL TRUST.

- A.- RAZONES POR LAS CUALES SE DEFORMO A LA FIDUCIA EN EL DERECHO MERCANTIL MEXICANO AL CREARSE EL LLAMADO FIDEICOMISO MEXICANO.
- B.- LA DEFORMACION DE LA FIDUCIA EN EL DERECHO MERCANTIL MEXICANO. CRITICA PERSONAL.
- C.- EVOLUCION Y DEFORMACION DEL PRINCIPIO DE LA FIDUCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

MEXICO, D.F., AGOSTO DE 1985.

CAPITULO I

EL PRINCIPIO DE LA FIDUCIA. SU ORIGEN Y EVOLUCION
DENTRO DEL DERECHO ROMANO.

CAPITULO I

EL PRINCIPIO DE LA FIDUCIA. SU ORIGEN Y EVOLUCION
DENTRO DEL DERECHO ROMANO.

1.- CONSIDERACIONES INICIALES.

Hasta la fecha no hay concepto uníforme que defina al derecho, es más, cada jurista propone una noción distinta, dificultando la labor de los estudiosos de la ciencia jurídica. La razón de esta disconformidad radica en el hecho de que la noción del derecho es siempre parte de una visión filosófica, que por lo general tiene rasgos diferentes en cada ser humano.

Lo anterior ha hecho indispensable el agrupar los diversos conceptos de derecho conocidos según la escuela filosófico-jurídica de cada autor, siendo las principales las que a continuación se enlistan:

- a).- La del Ius-naturalismo
- b).- La Empírica
- c).- La Racionalista
- d).- El Positivismo Jurídico

a).- El Ius-naturalismo propugna porque las normas del derecho positivo estén inspiradas por el Derecho Natural, entendido éste como el dictado del orden del Ser Supremo o de la naturaleza -- que tiene un contenido moral de valores absolutos y por tanto aplicables a todos los seres humanos.

b).- La Empírica concibe el derecho como un producto de la realidad histórico-social y como tal, su creación debe estar estrechamente ligada con tal realidad.

c).- La Racionalista, a la que pertenecen Kant y Kelsen, sostiene que el derecho es "deber-ser", producto de la razón que ordena en forma lógica y sistematizada las normas.

d).- El Positivismo Jurídico admite como derecho aquello que la autoridad emite como tal, sin tomar en cuenta si es justo o no.

Si intentara reunir elementos comunes a las definiciones de derecho elaboradas por miembros de las corrientes filosóficas cita

das, diría que derecho es el conjunto sistematizado de normas sociales de conducta declaradas como obligatorias por la autoridad, en un tiempo y lugar determinados.

Sin duda este concepto es incompleto al no incluir otros -- elementos, algunos tan importantes como la doctrina, la justicia o las decisiones judiciales y otros que pasan desapercibidos aunque revistan igual importancia, como los principios.

¿Qué son los principios y cómo forman parte del mundo jurídico?. El Diccionario de la Lengua Española⁽¹⁾ cita varias acepciones de esta palabra, destacando las siguientes:

"... Primer instante de ser de una cosa. Base, - fundamento, origen, razón fundamental sobre la -- cual se procede discurrendo en cualquier materia. Cualquiera de las primeras proposiciones o verdades por donde se empiezan a estudiar las facultades y son los rudimentos y como fundamento de ellas. - Norma no legal supletoria de ella y constituida -- por doctrina o aforismos que gozan en general y -- constante aceptación de jurisprudencias y tribunales..."

Para mí, un principio es una idea transformada en máxima o norma, aceptada como verdad por su contenido valorativo y reconocida por un grupo social como base para construir sobre ella una regla de conducta.

2.- LOS PRINCIPIOS Y LA VIDA JURIDICA.

La respuesta a la segunda parte de la pregunta del como los principios forman parte del mundo jurídico es sencilla. Aunque -- hay principios en todas las ciencias, tratándose de las llamadas -- humanidades, estos requieren de una transformación efectiva en reglas de conducta, siendo el derecho el mejor camino para lograrlo.

En efecto, las normas jurídicas son el medio más eficaz para conseguir la aplicación de los principios, pues no hay mejor forma de transmitir su contenido que aquella que crea una conciencia co-

(1) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. - 19 Ed. Madrid 1970. Pág. 100

lectiva mediante reglas de conducta de observación obligatoria. No se entienda por esto a los principios como producto de un capricho de los gobernantes, antes bien, estos se absorben por quienes tienen la responsabilidad de conducir los destinos sociales, que deben ser legítimos representantes de la voluntad popular, y entonces puedan convertir en normas esos principios, que son anhelo de la colectividad. Cuando este proceso queda viciado, el derecho y la sociedad se estancan y las normas permanecen vigentes sin reflejar los intereses o deseos de la comunidad.

Más aún, el Estado, sociedad jurídicamente organizada, se construye no sólo con un territorio, una población y un gobierno, necesita además del espíritu que le da una razón de ser y la solidez para resistir los embates de la vida, este espíritu se forma con múltiples principios, agrupados dentro del derecho en diversas formas, según su importancia y aplicación.

No todos los principios tienen igual aplicación para el derecho y se les puede clasificar de la siguiente forma:

a).- Los relativos a la técnica jurídica.

Los más destacados son el de seguridad jurídica y el de legalidad. El de legalidad supone que los gobernantes siempre ejecuten sus actos plegándose a las normas jurídicas, fundándose en las mismas cuando se den los supuestos de éstas, o sea, que los gobernados tengan la certeza de que siempre se aplicarán las normas en vigor, en cualquier caso, y la autoridad vigilará su cumplimiento. El de seguridad jurídica es muy parecido, pues implica la aplicación de normas expedidas con anterioridad por tribunales previamente establecidos.

b).- Los que tienen contenido filosófico-valorativo.

Estos son diferentes en cada comunidad, por ejemplo, el principio de libertad religiosa, el de libertad política, el de propiedad, etc., no siempre reconocidos.

c).- Los especiales de cada rama del derecho.

En el Derecho Civil el de fiducia, en el Derecho Internacional el de no intervención o injerencia en asuntos extranjeros, en el Derecho del Trabajo el de permanencia en el empleo, etc.

d).- Los llamados "Principios Generales del Derecho".

Son distintos en cada comunidad según su propio sistema. En el Derecho Mexicano, el artículo 14 de la Constitución Política, reconoce su existencia al decir: "... 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". (2)

El artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal, - aplicable en todo el país en materia federal, repite esta idea. -

Aquí se encuentra una forma de creación del derecho que es la decisión de los tribunales y la integración de las normas jurídicas por éstos, cuando dictan una sentencia basándose en los principios generales de un sistema jurídico, que al no contar con una norma exactamente aplicable al caso que se les presenta, acuden a estos principios para resolver la controversia.

Al clasificar los principios no pretendo encasillarlos en forma inalterable dentro de alguna de las cuatro categorías o divisiones mencionadas, pues lo que procuro es seguir un método lógico en la exposición del tema. Además, comprendo que en la actualidad cada país ha creado un derecho adecuado a su situación particular, basándose en principios diferentes, a pesar de lo cual, la mayoría son coincidentes.

Un análisis breve de la clasificación probará su validez.

Los principios relativos a la técnica jurídica están directamente vinculados con la aplicación de la Ciencia del Derecho para obtener resultados prácticos. Como ejemplos cité a la seguridad jurídica y a la legalidad. Ambos están reconocidos por el Derecho Positivo Mexicano, en la Constitución, como garantías individuales (Artículos 16 y 14 de ésta). Como principios dogmáti-

(2) PALLARES EDUARDO. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Ed. - Porrúa. México. 1963. Págs. 624 y sgs.

cos de nuestra ley fundamental obligan a los gobernantes a que - antes de privar a un gobernado de su vida, libertad, posesiones, etc., le oigan en un juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales - del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anteriori- dad al hecho. También obligan a los gobernantes a fundar y moti- var sus actos. De esta forma se aseguran la observancia y cum- plimiento de las normas vigentes.

La seguridad jurídica y la legalidad dan certeza al gober- nado de que el derecho se aplicará a todos en la forma dispuesta. No tendrá tanta relevancia si las normas son justas o no, pues - el objetivo primordial consiste en asegurar el cumplimiento y la observancia del derecho vigente por gobernantes y gobernados.

Los principios filosóficos-valorativos serán los apropia- dos para darle un motivo y un fin al derecho. Ideas como la li- bertad, la justicia, la paz, el orden, la propiedad, etc., se de- baten acaloradamente y se plasman en los distintos derechos na- cionales, o se omiten según las tendencias estatales.

Los principios generales del derecho levantan polémicas -- acaloradas. En ocasiones se incluyen nociones de Derecho Natu- ral como parte de los mismos, pues se alega, con razón, que la - ciencia jurídica presupone fines más elevados que el simple cum- plimiento de normas. Los partidarios de este criterio opinan -- que cuando se resuelve un litigio en base a principios generales del derecho se tienen que considerar, no sólo los deducidos del - sistema aplicado, sino además los tendientes a lograr una senten- cia justa. La corriente opuesta limita como principios genera- les a los derivados de cada orden jurídico en particular.

Los principios especiales de cada rama del derecho son tan- tos que sería imposible citarlos. Las características comunes a todos son:

a) .- Su aplicabilidad restringida a ciertas instituciones o divisiones del derecho.

b').- Tienen un origen bien definido que los distingue entre otros.

c').- Sirven de auxilio al aplicar normas de Derecho Penal, Civil, Administrativo, Constitucional, Internacional, etc., según sea el caso.

Este trabajo se ocupa de un principio especial, el de fiducia. Para poder ubicarlo en el mundo jurídico, primero concretaré el significado del término fiducia.

3.- LA FIDUCIA. CONCEPTO.

Consultando el diccionario de la lengua española⁽³⁾ se encuentra que esta palabra proviene del latín y significa confianza.

Esta definición del lexicón no es necesariamente válida para el derecho. Esto implica que la fiducia tiene en el mundo jurídico una proyección conceptual más amplia, no obstante estar ligada a la idea de la confianza. Más adelante a lo largo de este capítulo, según vaya estudiando la fiducia, podré concretar las implicaciones que tiene dentro de la ciencia del derecho. -- Por ahora basta con la acepción gramatical apuntada.

Otra aclaración es necesaria. La confianza, por si misma, no es suficiente para transformarse en un principio, cuando mucho podría considerársele como la calidad atribuida a una persona o la esperanza en algún acontecimiento. La importancia que tiene en el derecho nace cuando se le reconoce como valor tutelado, es decir, cuando las normas jurídicas reconocen como un hecho inalterable el que los seres humanos confían por lo general en sus semejantes y lo hacen porque su naturaleza social los obliga a convivir con ellos, relacionándose por lazos más profundos que las simples necesidades cotidianas.

También, en otro inciso posterior, diré la forma en que la

(3) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Ob.cit.Pág. 616.

fiducia llega a ser un principio especial.

La cultura romana y su derecho como parte de ésta, fué la que originalmente utilizó la fiducia. Veré a continuación como lo hizo.

4.- LA FIDUCIA EN EL DERECHO ROMANO.

A.- Roma y su Derecho Antiguo.

Nadie sabe con exactitud como fué Roma en sus primeros siglos de existencia. La obscuridad sobre el tema es atribuible a los propios romanos, que empezaron a interesarse seriamente por su historia hasta mediados de la era republicana. En ese tiempo, los historiadores se basaron en las tradiciones orales sobre la fundación de la ciudad y en algunas fuentes documentales para -- elaborar sus libros. Más adelante, durante el imperio, más libros fueron escritos, utilizando como fuente la literatura del periodo anterior y agregándose en forma exagerada todo tipo de -- leyendas, cuyo fin era satisfacer el ego de los emperadores, de sus familias, o bien, el darle a Roma una misión divina entre -- los pueblos.

De todo este trabajo, muy poco ha llegado a nuestros días, volviéndose más difícil comprender la realidad de esos primeros siglos, aunque se cuenta con los elementos suficientes para saber algo del derecho de la época.

En la Roma antigua el derecho estuvo estrechamente ligado con las ideas acerca de la religión. La religión en esos años -- estuvo fincada en el culto a los antepasados muertos. Se creía que los hombres al morir, después de enterrados, tenían otra -- existencia subterránea, unidos cuerpo y alma. En esa otra vida, el muerto continuaba con las mismas virtudes y defectos que le -- habían caracterizado mientras había vivido, sólo que ahora, todas esas virtudes se empleaban en ayudar a los parientes de este mundo y los defectos en protegerlos de los demás. Las únicas --

condiciones para recibir ese apoyo eran, sepultar el cadáver y - mantener viva la adoración por los dioses familiares.

La sepultura de los muertos era en especial importante, no hacerla era una grave impiedad que ocasionaba que el difunto se transformara en un espíritu errante capaz de producir nefastas - consecuencias. La suspensión y el olvido del culto también eran causa de muchos males, pues provocaban la inquietud entre los muertos, al no recibir los alimentos y sacrificios necesarios de parte de los vivos. (4)

Este esquema religioso fué resultado de una sociedad en la que no había la evolución suficiente para distinguir entre el - cuerpo y el alma, ni para ubicar concretamente la idea de un Ser Supremo y mucho menos para entender el significado de la creación.

La familia fué la primera institución en ser influenciada - por esta concepción religiosa.

En esta era, la familia fué el grupo unido por el mismo culto a los mismos antepasados, sin que los lazos de consanguineidad hubiesen sido el factor determinante para formarla. Se era pariente si se tenía el mismo culto, no la misma sangre.

La familia era presidida por el padre, quien ejercía dentro de la misma un poder casi absoluto sobre los bienes y las personas. La razón de esto es muy simple, si la familia estaba unida por el culto a los antepasados y si el culto debía sostenerse al paso del tiempo, la única forma de conseguir continuidad era engendrando varones, que a su vez engendrarían más descendientes - que continuarían con la religión familiar, tan importante para - vivos y muertos. De esto se puede deducir el sentido místico que se daba a la capacidad masculina para fecundar a la mujer, entendiéndose que eran los hombres los únicos con posibilidad de perpetuar a la familia.

El padre se encargaba del culto, lo que le daba un carácter sacerdotal a todos sus actos. Sus hijos aprendían desde jóvenes-

(4) COULANGES FUSTEL DE.- La Ciudad Antigua. Ed. Porrúa. México. 1980. Pág. 5 y sgs.

sus futuras obligaciones y a las hijas se les inculcaba el ceremonial propio de cada familia. Cuando todos crecían, la mujer generalmente se casaba, abandonando el hogar paterno para ingresar al del marido, en donde había otros dioses familiares. Los hombres continuaban la tradición de la casa que les había visto nacer.

El derecho antiguo estuvo imbuido de estas ideas religiosas, principalmente en las siguientes áreas:

- a).- Familia
- b).- Personas
- c).- Propiedad
- d).- Sucesión

A continuación mencionaré en que forma la religión influyó en las áreas anotadas.

a).- Tratándose de normas de derecho familiar, influyó en:

a').- Matrimonio.- Era determinante el hecho de que la mujer abandonaba el culto de la familia de su padre para pasar a la del marido. En esa época generalmente se celebraba "in manum", o sea, la mujer pasaba a depender de la familia del marido como una hija más, sujeta a la autoridad total del pater-familias.

b').- Parentesco.- Sólo existió entre los unidos por el mismo culto y era transmitido por los varones. La "agnatio" era el parentesco por vía paterna, único reconocido en esa época.

c').- Adopción.- Se utilizó para garantizar descendencia a quien no la tuviera. Se hacía una operación de venta del adoptado al adoptante y así el primero pasaba a la familia del segundo.

d').- Patria Potestad.- El pater-familias, en razón de presidir el culto, ejercía sobre los miembros de la familia un poder casi absoluto, en sus personas y en sus bienes, esto se debía al hecho de que se suponía que la actuación del pater era la

mejor en beneficio de todos los familiares vivos o muertos.

b).- Tratándose de las personas:

En el derecho antiguo ya había la división entre patricios y plebeyos, pero nadie sabe a ciencia cierta de dónde se estableció. Se supone que el origen fué una diferencia racial, pero pudo ser patrimonial o religiosa.

Por mi parte no me atrevo a afirmar que haya sido una de éstas, lo cierto es que los patricios gobernaron durante muchos años, fueron propietarios de las tierras, que entonces eran la principal fuente de riqueza; y se les consideraba como "Quirites" o fundadores de Roma.

El pater-familias patricio era el encargado de aplicar las normas de derecho privado en su familia en razón de su poder religioso; castigaba, manumitía esclavos, adquiría bienes, etc., es decir, era la persona que representaba a la familia. El defendía los intereses familiares porque tenía en sus manos todo el patrimonio familiar y en él recaía la capacidad de goce y de ejercicio, por ser la cabeza del culto.

Se ignora la organización de la familia plebeya, aunque creo que no miento al decir que no tuvo los mismos alcances que los grupos patricios.

c).- Por lo que hace a la propiedad:

La principal fuente de riqueza en esos días fué la propiedad de la tierra con fines agrícolas. Sin embargo, la propiedad no sólo se detentaba con fines pecunarios, pues había un claro matiz religioso, representado en el entierro de los muertos. La sepultura implicaba la conservación de las tumbas familiares y la práctica en éstas de ceremonias honrosas y propiciatorias. Para no perder el lazo con los antepasados había que conservar la propiedad de la tierra. Por eso, el "ager publicus", estuvo en manos patricias y la trasmisión de la propiedad se hacía, tratándose de la tierra, con grandes formalidades, cargadas de simbolismos religiosos.

d).- Respecto a la sucesión:

El derecho sucesorio tenía también la influencia religiosa ya comentada. Los pater-familias dejaban sus bienes, que eran -- los bienes familiares, a sus hijos, que continuaban así la cadena familiar y el culto.

En el marco de este período antiguo, importante para entender la evolución posterior, no puede ubicarse concretamente a la fiducia.

B.- Los cambios en el derecho antiguo hasta la Ley de las XII Tablas.

El derecho antiguo evolucionó cuando las ideas religiosas se transformaron. El momento exacto de este cambio no puede establecerse con precisión, aunque lo he fijado desde mediados de la época monárquica y hasta inicios de la republicana.

La transformación de la religión de la etapa antigua se debió a varios factores. Primero el simple hecho de que los hombres entendieran más y mejor el misterio de la existencia, segundo, por la relación que se dió a los hechos de la naturaleza o de la vida con seres superiores, de forma humana, que controlaban -- los fenómenos naturales según su interés y, tercero, no hay que olvidar que la religión familiar fué propia de los patricios y -- que los plebeyos fomentaron que otras ideas se abrieran paso entre toda la población.

Los plebeyos exigieron que el derecho constara por escrito y fuese aplicable a todos los ciudadanos romanos por igual. Los patricios, por su parte, comprendían que para progresar necesitaban de normas técnicamente superiores. Por eso fué enviada una comisión a Grecia, cuya misión consistió en estudiar el Derecho Griego para adaptarlo a los requerimientos de Roma.⁽⁵⁾

De esta forma surgió la Ley de las XII Tablas, que fué el paso hacia una sociedad nueva.

(5) FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO. Derecho Romano. Ed. Esfinge. - México. Pags. 55 y sgs.

Los cambios más notables en la evolución del derecho, con motivo de estos hechos fueron:

a).- En cuestiones de familia, el matrimonio fué perdiendo la influencia religiosa y como ya no fué importante el culto familiar, se multiplicaron las uniones conyugales entre patricios y plebeyos. La disolución del matrimonio por el divorcio se hizo más común y adquirió un carácter más técnico.

En general, las instituciones familiares conservaron su esencia, porque, aunque ya no se basaron en las ideas de la era anterior, sí estaban imbuidas de la severidad, constancia y reciedumbre de los romanos de los primeros años de la República.

El pueblo romano siempre fué práctico y desde esta época las normas jurídicas reflejaron, al volverse más depuradas técnicamente, ese carácter.

b).- Las normas relativas a las personas cambiaron cuando los plebeyos alcanzaron puestos en el gobierno.

Primero un tribunado especial y después magistraturas menores. (Después consiguieron las más codiciadas como Censores, Cuestores, hasta llegar a ser Pontífices y por último Cónsules).

c).- La principal fuente de riqueza siguió siendo la propiedad de la tierra, sólo que aumentaron las operaciones con la misma, favoreciendo la evolución de los contratos.

Además el comercio y otras actividades dieron oportunidad de allegarse riquezas, lo que también ayudó a que el derecho abarcara otros campos.

d).- En la organización política los cambios de la forma de Estado y de gobierno de Monarquía a República con la creciente influencia del sistema democrático.

e).- La Ley de las XII Tablas fué una recopilación de normas, costumbres y reglas, que adquirieron el carácter de obligatorias. En las XII Tablas se incluyeron disposiciones de familia, bienes, propiedad, posesión, etc., que aunque no alcanzaban a abarcar el total de vicisitudes de la vida de entonces, sirvie

ron como un gran escalón para la evolución posterior del derecho.

f).- En el derecho sucesorio se admitió la libertad testamentaria al terminar la vigencia de la antigua tradición religiosa. Esta libertad no fué absoluta.

En la época de las XII Tablas aún se aplicó un derecho rudimentario, lleno de defectos, que empezaban a corregirse durante la siguiente etapa del Derecho Romano, en donde considero apareció la fiducia, sin que sea imposible a pesar de ello, que en esta etapa se le hubiese aplicado por primera vez.

C.- El Derecho Romano Preclásico.

Este periodo corrió desde la mitad de la era republicana -- hasta los primeros años del Imperio.

Los hechos que se suscitaron en ese lapso produjeron graves consecuencias en la vida interna de la ciudad, destacando la victoria sobre Cartago en las Guerras Púnicas y los triunfos de Julio César en las Galias, que permitieron la expansión territorial de Roma y el control del comercio en el Mediterráneo.

En el aspecto interno se produjeron estos fenómenos:

a).- Si la religión fué la que forjó el carácter de los romanos en la ciudad antigua y la dureza de la vida del campo, así como el amor por la patria forjaron ese carácter durante los primeros años de la República, con la victoria sobre Cartago y las riquezas del comercio, se perdieron en parte la actitud austera y rígida de los habitantes de Roma, haciendo su aparición el derroche y el relajamiento de las costumbres.

La ciudadanía se volvió más tolerante con conductas que antes le habrían parecido intolerables, pero también, al mismo tiempo, adquirió una mayor conciencia del universo que la rodeaba y pudo apreciar otras culturas.

b).- Aunque la tenencia de la tierra conservó un lugar im-

portante, florecieron otras formas de producción, como el comercio, una pequeña industria y sobre todo la riqueza que proporcionaba una intervención militar exitosa en el extranjero, obteniendo tributos y botines de mucho valor e incrementando las riquezas del Estado y a veces hasta las particulares. También se incrementó la circulación monetaria,

c).- La vida social se alteró, pues los habitantes de la península Itálica adquirieron casi en su mayoría la ciudadanía romana.

La diferencia social en esa época la marcó la potencialidad económica, que daba acceso inmediato al poder político.

Con motivo del decaimiento que tuvo la tenencia de la tierra se vino abajo la producción agrícola en las cercanías de la ciudad. Esto acabó económicamente con familias enteras que pasaron a formar parte de un creciente "proletariado", al que sólo se mantenía contento con pan y circo.

La situación del pueblo romano en los 150 últimos años de la República, se volvió la bandera de un grupo político más adelante transformado en el partido demócrata. Los miembros de esta facción propugnaron por reformas sociales, a las que se opusieron los optimates y entonces, después de varias discrepancias, se inició una larga guerra civil que acabó con la República.

En el derecho destacaron dos hechos:

a).- Se incrementó el estudio de la ciencia jurídica, sobre todo en la era imperial. En ese tiempo los miembros de las clases superiores comenzaron a ocupar su tiempo libre en aprender derecho.

b).- En el Derecho Procesal Civil, aparte del sistema de "legis actiones", apareció uno nuevo denominado "formulario", el cual tenía las mismas dos fases que el de las legis actiones, sólo que en este, durante la primera fase, el pretor no se fijaba si lo reclamado correspondía a un derecho establecido en las XII

Tablas para otorgar una acción, sino que tomaba en cuenta la lista de acciones que se pintaban en la pared de su despacho por el año que duraba su gestión y que eran las que estaba dispuesto a otorgar al público.

Ese sistema fue creación del pretor peregrino, encargado en un principio de la atención de los problemas entre romanos y extranjeros, que se hicieron más comunes al extenderse la vida comercial. El pretor peregrino no pudo, tratándose de extranjeros, aplicar las normas de las XII Tablas, que eran para los romanos, de modo que tuvo en sus manos el otorgar acciones nuevas de acuerdo con cada caso particular y en busca de soluciones más equitativas.

Las ventajas que representó ese nuevo sistema lo hicieron más atractivo, así al usarlo no eran necesarias ni frases ni ritos, ni era rigorista pues el pretor podía crear acciones o excepciones que remediaban situaciones injustas.

Con el sistema formulario el pretor pudo crear derecho, pues cada vez que se le presentaba un caso sin solución aparente, otorgaba una acción al actor para que se presentara ante el Iudex con una fórmula que contenía la indicación general del problema planteado, analizando la petición del actor y contemplando las posibles vías de resolución. (6)

De esta forma se desarrolló el Ius Honorarium que tanto aportó en la época clásica.

Fue en este período cuando la fiducia comenzó su arraigo en el Derecho Romano, mediante pactos que se incluían en algunas instituciones jurídicas.

D.- El Derecho Romano Clásico.

La época clásica del derecho en Roma comprendió, desde el reinado de Adriano, en el año 117 D.C., y hasta la muerte de Alejandro Severo, 118 años más tarde.

(6) FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO. Ob. cit. Págs. 152 y sgs.

Durante esta etapa se consolidó el Imperio y su administración en todas las regiones que lo formaban.

Los emperadores que gobernaron en ese tiempo fueron, por lo general, sabios y prudentes, lo que permitió la viabilidad de reformas que se instrumentaron en todos los órdenes. La administración del Imperio estuvo confiada a la persona del Emperador, -- quien designaba como representantes en las provincias conquistadas a personas con habilidad para mantener la paz, el orden y los intereses romanos. Como auxiliares del aparato administrativo -- aparecieron los "libertos", que eran esclavos manumitidos al servicio del Emperador, comúnmente extranjeros que aplicaron sus conocimientos para mejorar la burocracia imperial.

El romano, en la época clásica del derecho, llevó una vida bastante agradable. Había seguridad en todos los puntos del Imperio y no existieron problemas sociales serios pues la economía -- fue floreciente. Hubo acceso a la cultura helenística y se desarrollaron las artes y las ciencias. En conclusión, puede decirse que el romano podía tener una existencia feliz.

Ese ambiente propició el mejoramiento de la Ciencia del Derecho, como lo prueba el siguiente hecho: Durante los años del clasicismo la moda para muchas personas consistió en aprender derecho y, el pasatiempo común era hacerse hipótesis sobre algún -- problema, buscando una solución jurídica adecuada para comentarla en algún grupo social.

El derecho ya no fue ocupación reservada para las familias aristócratas, pues extendió sus brazos hacia todas las personas.

Tanto creció el gusto por la ciencia jurídica que con el -- tiempo se formaron dos escuelas del Derecho Romano, que fueron la Proculiana y la Sabiniana.

Las dos escuelas tuvieron en sus filas a los más destacados estudiosos del derecho, quienes llenaron textos con sus definiciones, opiniones y respuestas a los más variados asuntos jurídicos,

Aunque al paso del tiempo las dos corrientes se confundieron en una sola, mucho de lo que se sabe en la actualidad de Derecho Romano se debe a la fructífera labor de aquellos magníficos juristas del período clásico.

Aunque todas las instituciones de derecho se perfeccionaron, destacó sobre todo la labor de los Pretores, quienes fomentaron la inmensa mayoría de las mejoras. Ellos tuvieron la sapiencia para escuchar y aprender de las doctas opiniones de los juristas de buen prestigio, las que aplicaron para bien de la ciencia jurídica.

Debo resaltar dos circunstancias que fueron base fundamental en este período clásico:

a).- Los emperadores no permanecieron ajenos al progreso del derecho y acercaron a su corte a los juristas famosos, a los que encomendaron aspectos importantes de la administración y en especial, la revisión del derecho entonces vigente. Las opiniones de los juristas se fueron recopilando y en muchos casos se declararon obligatorias:

b).- La creación de pretores especiales para distintos problemas. Con las preturas especiales, varias instituciones adquirieron características que en muchos casos aún conservan.

La fiducia no permaneció ajena a toda la esplendor de la época clásica y adquirió las características propias de su naturaleza jurídica durante este período.

E.- El Derecho Romano después de la época clásica y hasta Justiniano.

Muchos acontecimientos se sucedieron durante los años a que me refiero en este período, siendo la mayor parte turbulentos y agitados, aunque sobresalen los siguientes: La presión de las tribus bárbaras, que obligó a efectuar cambios en la estructura

del ejército; la paralización de la vida comercial que produjo un grave deterioro económico; la división administrativa del Imperio; y, sobre todo, la caída de Roma en el año 476.

En el campo del derecho resaltan estos cambios:

a).- La vulgarización del Derecho Romano.

Es indudable que para que las ciencias y las artes resplandezcan se requiere un mínimo de seguridad y libertad, que de no existir, impiden que a los hombres les queda tiempo libre para cultivar la mente y el espíritu. Esto fué lo que sucedió durante esos años, en los cuales había preocupaciones más apremiantes para las personas, reflejándose esta circunstancia en la ciencia del derecho, pues aunque hubo bastantes juristas, ninguno redneualidades suficientes como para que su nombre y su trabajo perduren al paso de los años.

Los emperadores de este período optaron porque los textos de los autores clásicos fuesen analizados y se les hiciesen los cambios adecuados a las nuevas necesidades sociales. De esta forma aparecieron las interpolaciones, que eran interpretaciones que se hacían a las opiniones de los clásicos.

Las interpolaciones reflejaban las ideas del cristianismo y del "nuevo socialismo de Estado", que a pesar de tener valores importantes, no siempre permitieron que a las normas se les elaborara con un sentido técnico.

Cuando a las normas jurídicas se les modifica con un criterio de supuesto sentido común de vida diaria, se cometen los mismos errores que cometieron los encargados de las interpolaciones. Por ejemplo, por querer darle a la posesión un sentido más cristiano y de mayor "función social", se le confundió con la propiedad. A la larga la vulgarización trajo aparejados más problemas que las supuestas soluciones que se creyeron podían dar.

b).- El nuevo sistema del Derecho Procesal Civil.

Los sistemas de legis acciones y el formulario, se desarrollaban en dos fases, la primera ante un magistrado, normalmente el Pretor, y la segunda ante un Iudex.

Las ideas acerca de la intervención del "Estado" en la vida social influyeron en la formación de un nuevo sistema. Se impuso la corriente de que el "Estado" debía intervenir con mayor decisión en aspectos relacionados con la impartición de la justicia, a fin de remediar los grandes males de la población. Esta noción chocaba con el hecho de que el Iudex fuese un particular, que se encontraba fuera del ámbito estatal y entonces se optó porque la función judicial quedara en manos exclusivas del Pretor, que aun que ganó al poder dictar sentencias, perdió la facilidad de hacer aportaciones al derecho.

c).- La codificación.

Muy pocos emperadores pudieron mantener un poco de orden con tanta norma jurídica vigente. Después de todo el Derecho Romano tenía ya más de 1000 años de existencia y había todo tipo de normas que no habían sido clasificadas en forma adecuada.

Los primeros esfuerzos para clasificar se debieron a Diocleciano, Constantino y Teodosio, pero la obra más importante al respecto fue la que llevó al cabo Justiniano, gracias a la cual conocemos el Derecho Romano.

El Corpus Iuris Civilis, a pesar de sus múltiples errores, ordenó por primera vez un gran volumen de doctrina, leyes, constituciones imperiales, jurisprudencia, etc., clasificándolas y a veces modificándolas, para posteriormente declarar como obligatorio todo este cuerpo de normas.

Durante este período la fiducia fue modificada por las ideas de la época y se transformó su naturaleza, según verá a continuación:

F.- Análisis concreto de la fiducia y su evolución dentro del marco histórico jurídico del Derecho Romano.

Una vez que expuse en forma breve el desarrollo general -- que siguió el derecho en Roma y en el Imperio Romano de Oriente, lo que es necesario para comprender la evolución de sus instituciones, pude encontrar cómo fincó sus raíces la fiducia en las normas jurídicas del Derecho Civil. Ahora, apuntaré precisamente en qué instituciones germinó la fiducia, si bien es evidente que, en el derecho antiguo no se le puede encontrar, pues en esa época el Derecho Romano fué tan rigorista por sus lazos con las ideas religiosas, que resulta inconcebible que la noción de la confianza hubiese modificado su estructura.

En la época anterior a las XII Tablas, surgen instituciones que sirvieron de antecedente y de almácigo para esta figura tan interesante. Así, considero que fué precisamente con motivo de la adopción, que empieza a surgir de manera ya indiscutible la fiducia.

a).- La adopción en la época anterior a las XII Tablas.

En ese tiempo la adopción requería, para ser válida, que se cumplieran dos pasos: primero, liberar al adoptado de la potestad de su padre y, segundo, dejarlo sujeto a la patria potestad del adoptante. La forma ideada para terminar con la patria potestad del padre fué que éste y el padre adoptivo celebraran un contrato verbal, a modo de una "mancipatio". (7)

La mancipatio era junto con la in iure cessio, la forma reconocida por el ius civile para adquirir la propiedad a título particular de los bienes clasificados como "res Mancipi", y se comprendía entre ellos, a los terrenos en la Península Itálica, los animales útiles para la agricultura y la ganadería, los esclavos, y en general las cosas que representaban la riqueza en aquél entonces, y se utilizaba en la adopción a la mancipatio, no obstante que esta servía para transmitir la propiedad pues:

10.- La autoridad paterna sobre los hijos era, todavía, casi completa. El pater-familias era el único miembro de la fami-

(7) PETIT EUGENE, Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. Saturnino Calleja, S.A. Madrid. Págs. 113 y sgs.

lia que era persona con capacidad de goce y de ejercicio, o sea, era quien tenfa toda clase de derechos, como era el *connubium* o derecho de casarse en *iustae nuptiae*, con todas las consecuencias del *ius civile*; el *commercium* o derecho de celebrar actos jurídicos produciendo los efectos del *ius civile*; el derecho a ser juzgado por otros ciudadanos romanos de su clase; el *ius suffragii* o derecho de voto en los comicios; el *ius honorum* o derecho a ocupar una magistratura en la República Romana; y, el derecho a ser un miembro del ejército en Roma.

La suma de estos derechos le otorgaban al pater el carácter de "*sui iuris*" o, valga la expresión, dueño de sí mismo.

Los demás integrantes de la familia en cambio eran "*alieni iuris*". Estos podfan ser ciudadanos, pero no tenfan plena capacidad de goce ni de ejercicio como los *sui iuris*, es más, su capacidad disminuida era una derivación de la del pater, quien al celebrar todos los actos jurídicos inherentes a la adquisición de bienes, era propietario de todo el patrimonio.

Ahora la patria potestad se extinguía y un hijo *alieni iuris* pasaba a ser *sui iuris*, en los siguientes casos: Cuando moría su padre, o cuando este lo emancipaba y le daba así la oportunidad de ser *sui iuris* y tener su propia familia. La emancipación se hacía simulando tres veces una venta ficticia del hijo y entonces éste cobraba la calidad de *sui iuris*. La venta ficticia se hacía como una *mancipatio*, que no se debe confundir con la compra-venta que surgió en otro tiempo como "*emptio-venditio*".

Es evidente que para terminar con la patria potestad que ejercía un padre natural con su hijo, debía llevarse al cabo la venta ficticia referida como una *mancipatio*.

2o.- Los romanos en la época a que me refiero fueron en exceso formalistas, sobre todo, tratándose de cualquier acto que modificara su situación particular.

La *mancipatio*, utilizada como contrato verbal, era un modo-

solemne de adquirir reconocido por el *ius civile* que se llevaba al cabo con la presencia de los contratantes y cinco testigos, - auxiliados todos de una balanza y un pedazo de bronce.

El acto jurídico a celebrarse implicaba que se pronunciaran determinadas palabras tradicionales, tras de lo cual se tocaba la balanza con el pedazo de bronce y de esta forma se producía el efecto deseado en el contrato, de lo que podrían dar constancia los testigos presenciales.

Al usarse la *mancipatio* en la adopción, se estaba revisando a ésta última, del mismo carácter formalista que imperaba en la sociedad y gracias a ella el hijo se libraba de la patria potestad paterna.

El segundo paso, o sea que el hijo quedara sujeto a la patria potestad del adoptante, tenía verificativo dentro de la misma *mancipatio* y, según apunté, si bien la *mancipatio* respecto del hijo producía el efecto de que éste quedara libre de la potestad de su padre, lo que lo convertía en un ciudadano *sui iuris*, el efecto deseado era que el hijo pasara a depender del padre adoptante. Por ello la triple venta consecutiva del hijo no era ya simulada, sino real, para que el adoptante adquiriera al hijo y acudiera ante un magistrado delante del cual afirmara que él tenía la patria potestad sobre el hijo en cuestión. El padre natural, que ya había mancipado al hijo, no se defendía ante esa pretensión y al magistrado no le quedaba más remedio que declarar -- que, quien ejercía la patria potestad, era el adoptante y no el pater natural o progenitor del adoptado.

Es aquí donde la *fiducia* aparece: En el momento en el que la venta del hijo al adoptante deja de ser una simulación y pasa a ser una auténtica *mancipatio* que produce todos los efectos del *ius civile*, celebrándose un pacto de confianza entre el padre natural y el adoptivo para garantizar el cumplimiento de los dos pasos necesarios para completar la adopción.

Este pacto de confianza garantizaba que el progenitor manciparía a su hijo para que fuera adoptado, pues podría darse el caso de que antes de completarse la segunda o tercera mancipación -necesarias, se arrepintiera, o bien, que llevadas las tres ventas al cabo, en vez de permitir que el hijo fuese adoptado, le reconociese como ciudadano sui iuris; y garantizaba también que el adoptante participaría en este contrato con el fin de adoptar y no de servir de pantalla para que el hijo lograra su independencia.

Esta fué la incipiente aplicación de la fiducia en donde se nota que se inspira en la confianza, pues, al no existir ley escrita alguna, no había base para exigir que se reconociera el derecho derivado de ese pacto de confianza, ya que el propio formalismo jurídico basado en la tradición y costumbre de tantos años, hubiese considerado equivocado el fallar en contra del rigor de los actos jurídicos solemnes, entonces, era la confianza, lisa y llanamente considerada, la que aseguraba que se completara el procedimiento para la adopción.

b).- La fiducia desde las XII Tablas y hasta la conclusión del período preclásico.

Ya aquí, la fiducia cobró importancia y se le utilizó en -- otros ámbitos del Derecho Civil, como fueron en:

- a).- En materia de personas.
- b).- En materia de contratos.
- c).- En materia de sucesiones.

a).- En el régimen de las personas la fiducia se presentó en las siguientes instituciones:

- 1).- En la adopción.
- 2).- En la manus.

1).- En la adopción el procedimiento de la adopción ya descrito fué reconocido en las leyes de las XII Tablas y entonces hubo constancia escrita del procedimiento para la adopción, pero --

también, surgió la posibilidad de exigir el cumplimiento del pacto de confianza o pacto de fiducia que se celebraba para garantizar la adopción.

El sistema procesal de esa época fue el de las legis actiones, basado en la facultad del pretor urbano para permitir a un particular que acudiese ante un juez ejercitando una acción, siempre que ésta estuviese reconocida en la Ley de las XII Tablas. En dicho ordenamiento se reconoció, entre otras acciones, a la de actio fiduciae, con la cual el adoptante podía exigir que el padre natural completara los pasos de la mancipación para que el hijo fuese adoptado, o bien, con la que el padre natural exigía al adoptante que su hijo quedara bajo su patria potestad, adoptándolo.

La fiducia dejó así de ser una simple cuestión de confianza entre dos personas, cuyo cumplimiento quedaba al arbitrio de la conciencia de alguna de éstas y pasó a ser, al menos en la adopción, un valor protegido por el derecho, que tutelaba la fe que se debían el padre natural y el adoptivo para completar el procedimiento de adopción que habían contratado.

2).- En la manus, Después de las XII Tablas el matrimonio entre patricios y plebeyos se hizo más común, sólo que presentaba algunas dificultades. La primera era que sólo los patricios tenían el derecho de casarse en iustae nuptiae, con todas las consecuencias del ius civile. Esta barrera fue levantada por la Ley Canuleya. La segunda se refería a la "manus". (8)

El matrimonio no hubiese tenido trascendencia jurídica alguna de no haber sido por la manus. Esta se entendía como el poder que ejercía el marido sobre la mujer casada, en sus bienes y en su persona. Por la manus una mujer alieni iuris dejaba de estar sujeta a la potestad de su padre y pasaba a quedar bajo el poder de su marido o bien, una mujer sui iuris quedaba bajo el poder de su esposo.

La simple celebración de un matrimonio no establecía la ma-

(8) FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO. Ob. cit. Págs. 32 y 208.

nus y ésta debía pactarse con un "conventio in manum", que podía hacerse en cualquiera de estas formas matrimoniales:

1).- Con una "confarreatio", que era una ceremonia dedicada al Dios Júpiter.

2).- Con una "coemptio", que era una ceremonia tradicional en la que se simulaba la venta de la hija al esposo.

También podía pactarse la manus por el "usus", o sea, por el simple transcurso del tiempo en la relación de los esposos.

Más adelante, la manus pudo adoptarse con total independencia del matrimonio, esto es, podía establecerse una manus entre una pareja sin que estuvieran casados.

La fiducia tuvo su aplicación en este campo, utilizándose para tal efecto a la coemptio en los siguientes casos:

1).- Cuando la mujer sui iuris, propietaria de sus bienes conforme al ius civile, buscaba la forma de evitar el cumplimiento de ciertas obligaciones respecto a su persona o a sus bienes, mediante una coemptio fiduciae causa, establecía una manus temporal sobre su persona, en favor de su marido o algún otro varón, pactando que, pasado cierto tiempo se daría por terminada esa manus y se le regresaría a su condición de sui iuris.

2).- Cuando la mujer, sujeta por la manus a su marido o a otro varón buscaba desprenderse de ciertas obligaciones, por lo general las que tenía con sus agnados, mediante una coemptio fiduciae causa, establecía una manus temporal en favor de otra persona distinta a su marido o a quien ejerciera la manus, pactando que, al paso de cierto tiempo, se le regresaría a su condición anterior, o sea, quedaría otra vez bajo la manus del marido o del hombre que la hubiese tenido.

¿Por qué usarse a la coemptio para aplicar el pacto de fiducia?

Porque, una vez establecida la manus sobre una mujer, para

librarse de ésta, se debía recurrir a una fórmula parecida a la -- mancipación, que según se vió era una forma reconocida por el ius civile para adquirir a título particular, entonces, para establecerse la manus, el Derecho Romano de la época, continuando su tradición de utilizar formas acartonadas para dar solemnidad a sus actos, utilizó la coemptio, que asemejaba, por su origen antiguo, -- una venta de la mujer al marido. Resulta evidente la conexión que se buscaba, pues si para librarse de la manus se seguía un procedimiento formal semejante a la mancipación, para instituir la se encontró otro procedimiento formal que asemejara a una mancipación, habiéndose encontrado en la coemptio la fórmula idónea.

La fiducia, tratándose de la manus, estuvo fincada en la confianza y en la fé que depositaba la mujer para que, transcurrido el tiempo pactado, se le librara de la manus que se había establecido para ella misma, porque, podía suceder que el hombre que tuviese la manus se negare a librarla de ella después del lapso convenido, entonces, se recurría a la actio fiduciae, que remediaba esta situación, obligando al varón a que regresara a la mujer a la condición que guardaba con anterioridad al establecimiento de la manus.

b^o).- En el régimen de los contratos la fiducia se presenta de la siguiente manera:

Ya en la época preclásica se clasificaban los contratos en tres tipos distintos que fueron los verbis, los litteris y los re.

Los contratos verbis eran los que se perfeccionaban por el pronunciamiento de fórmulas verbales preestablecidas. Se conocieron hasta esta época cuatro diferentes, que eran:

1').- Los celebrados "per aes et libram".

2').- La dictio dotis.

3').- La promissio iurata liberti.

4').- La stipulatio. (9)

(9) PETIT EUGENE. Ob. cit. Págs. 333 y sgs.

Los celebrados "per aes et libram", podían adoptar las siguientes formas: una mancipatio, un nexum, una coemptio, o un testamento mancipatorio.

Los contratos verbis "per aes et libram", se celebraban con la presencia de cinco testigos y se usaban una balanza y un pedazo de cobre.

La mancipatio, como contrato verbis per aes et libram, participó de la fiducia en figuras como la adopción, en los términos descritos con anterioridad.

El nexum se utilizó para los préstamos. Con el nexum, un miembro de la familia de quien recibiera un préstamo quedaba en garantía con quien prestaba y en caso de incumplimiento se le mataba o se le vendía como esclavo. Llegó el momento en que los abusos con los "rehenes" que garantizaban el préstamo se hicieron intolerables y los plebeyos primordialmente presionaron para que se prohibiera esta forma del contrato verbis, que por fin desapareció con la expedición de la Ley Poetelia Papiria. (10)

Del nexum, con el tiempo, surgieron otros contratos de clasificación diferente como la prenda, el depósito y el comodato:

La coemptio se sirvió de la fiducia en la institución de la manus, según quedó detallado.

El testamento mancipatorio era un contrato verbis porque en el mismo, el testador pactaba con su heredero, que al momento de morir el primero, el segundo debía emancipar a su hijo para convertirlo en un ciudadano romano sui iuris. Este contrato se celebraba per aes et libram y llevaba implícito un pacto de fiducia, consistente en que el heredero emancipara al hijo a la muerte del autor de la sucesión. Si el heredero no cumplía se podía exigirle, con la actio fiduciae, que lo hiciera.

Respecto de la dictio dotis, la promissio iurata liberti y la stipulatio, no haré mayor comentario por no tener relación di

(10) FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO. Ob. cit. Págs. 309 y 329.

recta con el tema de este trabajo.

Contratos *litteris*. Tampoco los comentare pues carecen de relación con este trabajo.

Contratos *Re*. Se perfeccionaban con la entrega de la cosa, y los principales eran: la prenda, el comodato, el depósito y el mutuo.

En la prenda y en el comodato, se presentó, sin duda, la figura de la fiducia.

Prenda.- Con la desaparición del *nexum* terminó una forma de las utilizadas en la antigüedad para garantizar el cumplimiento de una deuda. Los acreedores comenzaron a exigir desde ese momento, para garantizar algún préstamo, que se les otorgara una garantía real, es decir, que se les diese un objeto valioso propiedad del deudor.

El deudor tenía que transmitir la propiedad de su bien que garantizaría el préstamo, utilizando para tal efecto una *mancipatio* o una *in iure cessio*, únicas dos formas reconocidas por el *ius civile* como modo de adquirir la propiedad. El acreedor quedaba entonces con la propiedad del bien entregado en garantía.

En el instante en que se transmitía la propiedad del bien del deudor, se celebraba un pacto por medio del cual el acreedor se obligaba a volver a vender el bien que tenía en garantía a su antiguo propietario, cuando se cumpliera con la obligación principal garantizada. Este pacto fue conocido como "*pactum fiduciae cum creditore*", que tuvo una especie en el "*pactum fiduciae cum amico*".

En esa época no había diferencia alguna entre hipoteca y prenda, tal y como se distingue en la actualidad y fue hasta tiempos de Justiniano cuando se fijaron las características propias de cada una.

La fiducia en ese caso iba más allá de proteger la simple

noción de la confianza, pues lo que se estaba tutelando era la fidelidad que tenía puesta el deudor en el acreedor para que éste no fuese a aprovecharse de un bien que había pasado a ser de su propiedad para garantizar un préstamo, generalmente un mutuo.

Y ello podía suceder ya que el acreedor, teniendo la propiedad del bien entregado en garantía, podía venderlo, a pesar de que se cumpliera con la obligación. Como el bien ya no era propiedad del deudor, éste no tenía el ejercicio de las acciones civiles aplicables para conseguir la reivindicación y tan sólo tendría el ejercicio de acciones personales, ineficaces para lograr que el bien volviese a su poder. La acción de la fiducia le permitía al pretor obligar al acreedor a que restituyera el bien otorgado en garantía.

Aquí se veía la gran influencia que tuvo el pretor y el derecho honorario por él creado. Por ejemplo, cuando una persona adquiría una res mancipi, sin sujetarse a las formas solenes de la mancipatio o de la in iure cessio, no era considerada por el ius civile como propietario quiritario y podía darse el caso de que el propietario anterior, que al no haber transmitido el bien con las formalidades exigidas continuaba como propietario quiritario para el ius civile, pretendiera reivindicar la cosa transmitida, entonces, el pretor concedía, contra la acción reivindicatoria una excepción que paralizaba esa acción. Además de esto el pretor otorgaba la "actio publiciana", para que un adquirente sin las formalidades de la mancipatio o de la in iure cessio, recuperara la posesión y propiedad del bien adquirido sin las formalidades mencionadas, creando de esta forma otro tipo de propiedad, conocida como "bonitaria".

El desarrollo del crédito y de los derechos de garantía, aunque lento en el Derecho Romano, evolucionó gracias a estos pactos de fiducia, que en forma general daban confianza a la población para que se multiplicaran los contratos principales, generalmente comerciales, que se estaban garantizando.

Comodato. - El comodato era un contrato por el cual una perso

na entregaba a otra un bien específico que éste podía utilizar y tendría que devolver al primero después de un plazo previamente fijado. Después de las XII Tablas la forma que adoptó fue una -- transmisión a modo de mancipatio o in iure cessio, con una cláusula en la que el comodatario se obligaba a volver a vender el bien objeto del contrato.

La fiducia en este caso garantizaba que el comodante recibiría de nueva cuenta su bien, llegado el término fijado. Con el tiempo esta práctica desapareció pues ya no fue necesario que la entrega del objeto implicara la transmisión de la propiedad.

c').- En el régimen de las sucesiones la fiducia se presentó en el testamento mancipatorio y en el fideicommissum.

Testamento mancipatorio.- Ya hice referencia a éste testamento que desapareció al volverse popular el testamento tripartito. La fiducia era auténticamente utilizada como noción de confianza en que el heredero emanciparía al hijo del autor de la sucesión después de su muerte.

Fideicommissum.- En sus orígenes el fideicommissum era una súplica dirigida por una persona a otra para que, después de la muerte de la primera, la segunda realizara los actos que se le habían encomendado por el otro, en favor de un tercero.

El que hacía la súplica se denominaba fideicomitente, el que la recibía, fiduciario, y el tercero, cuando lo había, fideicomisario.

Esta institución se arraigó en el régimen de las sucesiones y normalmente el fideicomitente era el autor de la herencia; el fiduciario era un heredero o legatario y el fideicomisario era un tercero al que se deseaba favorecer.

El fideicommissum, en su origen, era una súplica, porque no era obligatorio, realizándose "verbis precativis", con libertad de forma y sujeto a la conciencia o buena fe del fiduciario. (11)

[11] FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO. Ob. cit. 501 y sgs.

Lo que sucedía cuando se celebraba un fideicommissum era que el fideicomitente, como autor de una herencia, le encargaba al fiduciario, que de antemano sabía que se le instituiría como heredero o legatario, que con los bienes o derechos que heredaría actuase de una forma determinada deseada por el heredero, en beneficio de una tercera persona. Al momento en que fallecía el autor de la sucesión, el heredero o legatario que había recibido los encargos verbales podía no cumplirlos, de ahí que se procurara dirigir la súplica a una persona de la confianza del fideicomitente, pues no había recurso legal alguno si se incumplía con la voluntad del autor de la sucesión, tratándose del fideicommissum.

Al fiduciario se le podía pedir cualquier cosa, desde transmitir la propiedad del bien heredado o legado, hasta administrarlo en beneficio del fideicomisario, pues, después de todo, el heredero o legatario quedaba, a resultas de la muerte del fideicomitente como propietario de los bienes recibidos en la herencia o legado.

No se sabe a ciencia cierta la razón por la cual surgió el fideicommissum a la vida jurídica. Considero que se debió al deseo de muchos ciudadanos romanos de favorecer a personas que conforme a la ley eran incapaces para ser instituidas como herederas o para recibir un legado.

Esta razón se apoya primordialmente en circunstancias históricas, pues cuando Roma inició su expansión territorial fuera de la península Itálica, se convirtió en la metrópoli natural del mundo conocido, a la que llegaron infinidad de extranjeros, sobre todo de origen helénico, que se relacionaron con las familias romanas, consiguiendo su afecto. No faltaron casos en los que se deseaba favorecer a un extranjero o extranjera después de la muerte. También hay que considerar que los romanos, como raza, empezaron a decrecer en número porque preferían las comodidades y el placer a la vida matrimonial y a la responsabilidad que siempre han implicado los hijos, dando lugar a las famosas leyes caduca-rias.

El fideicommissum fué declarado obligatorio hasta el gobierno de Augusto, cuando los incumplimientos se hicieron tan frecuentes, que se creó un clamor popular en favor de que el Emperador interviniera obligando a los fiduciarios a cumplir con los encargos de los fideicomitentes. Así se hizo y en el gobierno de Claudio se creó una magistratura especial, que fué el pretor fideicomisario, dedicado a vigilar la observancia de cada fideicommissum.

Cabe hacer notar que la aparición de la fiducia por lo general presuponia la existencia de un pacto denominado "pacto de fiducia", y sin embargo, en el fideicommissum, no sólo no se hacía mención expresa a pacto alguno, sino que además ni siquiera había referencia a la fiducia en la raíz de esta palabra.

Fideicommissum es un término compuesto que procede de los vocablos "fides", que significa fe y "commissus", que significa confiado.⁽¹²⁾

De ahí que sea procedente saber como se vincula la fiducia con el fideicommissum.

La respuesta no se encuentra en el hecho de que el fideicomitente haya tenido que depositar su confianza en el fiduciario para que éste cumpliera con el encargo que se le hubiese dado, -- pues ya en esta época la fiducia protegía una noción más amplia que la simple confianza en una relación humana, es decir, la fiducia comprendía los actos en los que se trasmitían bienes o derechos para que una persona, en quien se depositaba confianza, ejecutara con los mismos la voluntad del trasmitente.

En la fiducia el hecho de transmitir bienes o derechos se realizaba únicamente porque se confiaba en el adquirente para ejecutar los actos que se le encomendasen, en el entendido que de no existir la confianza en que se cumpliera con la voluntad del propietario o titular de los bienes y derechos, no se haría la transmisión de los mismos. Se puede deducir entonces que el valor ju-

(12) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Ob.cit. Pág. 616.

fiduciarmente tutelado era la confianza depositada en quien adquirió bienes o derechos para realizar con los mismos los encargos de - - quien los transmitió, por ser esa la razón principal para haberlos transmitido.

En el nombre del fiduciario se concreta claramente todo el alcance que jurídicamente se le dió a la fiducia.

La simple confianza, como conducta o actitud, habría de seguir otros derroteros que quedan incluidos en el concepto de la -- "fides".

c).- La fiducia en el período clásico.

Durante ese período la fiducia fué utilizada en los siguientes ámbitos:

a').- Personas.

b').- Contratos.

c').- Derechos reales.

d').- Sucesiones.

a').- En el régimen de las personas la fiducia se presentó en la adopción, a la que se le hizo una notoria mejoría. También sucedió lo mismo con la manus.

Además se utilizó la fiducia tratándose de la tutela en -- los casos siguientes:

1o.- Cuando moría un padre que había emancipado a sus hijos, mediante el procedimiento de la mancipatio, sus hijos agnados, mayores de edad, que al momento de su muerte pasaban a ser sui - - iuris, quedaban designados como tutores fiduciarios de su hermano impuber, para que llegado el momento, en su calidad de tutores legítimos, emanciparan a ese hermano menor en razón del pacto de fiducia celebrado con el padre.

2o.- Se podía designar a un tutor testamentario de un menor, para que, llegado cierto tiempo, el tutor emancipara al pupilo, de acuerdo a la voluntad del padre que había quedado robustecida por

un pacto de fiducia con éste tutor testamentario. (13)

b').- En el régimen de los contratos se mejoró la utilización de la fiducia en aquellas figuras jurídicas en que se aplicó desde el período anterior.

c').- En el régimen de los derechos reales, aunque aún no se hacía un claro distingo entre hipoteca y prenda, ya se reconocían la existencia de garantías reales para garantizar obligaciones, lo que desde luego propició el mejoramiento del crédito.

d').- En el régimen de las sucesiones el fideicommissum sufrió varios cambios, entre los que destacaron:

1o.- En tiempos de Vespasiano se hizo aplicable la Ley Falcidia al fideicommissum (Senadoconsulto Pegasiano).

2o.- También durante el gobierno de Vespasiano se hicieron extensivos los dispositivos de las leyes caducarias al fideicommissum.

3o.- Siendo Emperador Adriano, se declaró que las personas inciertas y los peregrinos serían incapaces para recibir bienes -- en un fideicommissum.

A pesar de estas reformas el fideicommissum tenía muchas -- ventajas, entre las que se encontraban:

a").- Podía establecerse en un testamento; en un legado; en un codicilo, que era un acto de última voluntad hecho sin las formalidades del testamento sobre unas tablillas, e incluso podía dejarse por alguien que hubiese muerto intestado.

b").- Podía dejarse escrito en griego o en algún otro signo sencillo.

c").- Podía designarse al fideicomisario del fideicomisario, o sea, podía designarse a la persona que habría de suceder al fideicomisario a la muerte de éste. A este procedimiento, prohibido tratándose de testamentos y legados cuando el substituto no estu--

(13) PETIT EUGENE, Ob. cit. Págs. 129 y sgs.

viese vivo o siquiera concebido, se le dió como fin el que los bienes quedasen en una misma familia, ya que el fideicomitente señalaba como fideicomisarios a los hijos primogénitos varones de sus descendientes, a los que desde luego no conocía porque no habían nacido.

d).- Gracias al Senadoconsulto Trebeliano, el fideicomisario se asemejó al heredero, al serle transmitidas de pleno derecho todas las acciones hereditarias para reclamar los bienes del fideicomisum, cuando éste era de herencia y tenía por objeto la totalidad o una parte alcuota de la sucesión.

Esta fué una gran ventaja pues modificaba los procedimientos anteriores que obligaban al fiduciario, tratándose de bienes corporales, a transmitirlos al fideicomisario en alguna de las formas reconocidas por el derecho, o bien debía dejarle que tomara posesión de los mismos para que posteriormente los adquiriese por usucapión. Además, cuando había derechos de crédito, el fiduciario tenía que vender la sucesión al fideicomisario en un precio ficticio, fijándose las estipulaciones normales entre un vendedor y un comprador, obligándose el fiduciario a entregar los créditos que cobrara y el fideicomisario a pagar todos los créditos que tuviese en contra la sucesión.

En un principio, el fideicomisario sólo tuvo una acción personal en contra del fiduciario, otorgada por el pretor, que por su intervención más decidida consiguió mayores derechos y mejores medios procesales eficaces en favor del fideicomisario.

La fiducia, durante la época clásica, quedó perfectamente delimitada como la transmisión de bienes o derechos a otra persona, quien adquiría para sí la propiedad de los bienes o el ejercicio de los derechos, porque se le tenía confianza en que habría de actuar de acuerdo a las indicaciones que le hubiera dado quien le otorgó los bienes o derechos mencionados.

La simple confianza correspondía al campo de la fides y sus aplicaciones se derivaban hasta el concepto de la buena fé, que tuvo repercusiones en el campo de las obligaciones en general y en algunos contratos, sobre todo en los llamados de "bona fides", como el mandato, el depósito, la sociedad, etc.

d].- La fiducia después de la época clásica.

No viene al caso repetir que durante ese tiempo el derecho perdió la claridad que tuvo en tiempos anteriores y que repercutió hacia todas las instituciones, incluyendo a la fiducia.

Justiniano fué quien hizo una revisión de todo el Derecho Romano del que tuvo conocimiento, haciendo un código con interpretaciones aplicadas al año en que reinó. Tratándose de la fiducia muchas de sus aplicaciones desaparecieron al dejar de existir la coemptio, la mancipatio, etc. De hecho sólo sobrevivió el fideicommissum a las reformas y aunque conservó su espíritu, la utilidad que se le dió tuvo que ver únicamente con las substituciones de los fideicomisarios, que eran gran ventaja para los grandes terratenientes que ya existían en ese entonces.

Cuando mucho hay que apuntar que Justiniano derogó el Senadoconsulto Pegasiano haciendo pasar su contenido al Senadoconsulto Trebeliano y designando, equivocadamente, a la cuarta parte a que tenía derecho cualquier heredero, como cuarta trebeliana. Esto prueba uno de los múltiples errores que se cometieron en la labor compiladora.

La fiducia en sí, al dejar de tener aplicación la inmensa mayoría de los pactos de fiducia, cayó en desuso a excepción del fideicommissum. La causa primordial para que esto ocurriera fué -- que después de tantos años el Derecho Romano perdió el rigor que fomentaba, para librarlo, el que se idearan formas distintas a las conocidas para lograr la voluntad de las personas. Para demostrar esta afirmación basta con regresar y repasar los motivos que originaron la fiducia.

En la adopción, para que el hijo se librara de la patria po

testad y pasara a depender de un tercero, primero tenia que llevarse al cabo la venta del hijo mediante la mancipatio, pues las ideas imperantes daban enorme importancia al poder del padre sobre los hijos. Cuando estas ideas se desvanecieron ya no habia raz6n de vender al hijo para emanciparlo, sino que la adopci6n fu6 tomando otra naturaleza distinta que hizo innecesario el que se celebraran pactos de fiducia que garantizaran las ventas para emancipar al hijo.

En la manus, la idea principal era el poder del marido o de alg6n var6n sobre las mujeres agnadas y la dependencia de 6stas en sus personas y bienes respecto a los primeros. Librarse de la manus no era cualquier cosa, ni siquiera durante el per6odo cl6sico, por eso, cuando las ideas sociales se transformaron 6sta se transform6 hasta desaparecer, resultando innecesario servirse de un pacto de fiducia.

Trat6ndose de la prenda y la hipoteca, Justiniano ya distingui6 entre una y otra y les di6 las caracter6sticas, que con algunos cambios, perduran hasta hoy d6a. La evoluci6n de la idea de cr6dito y la forma de garantizarlo evitaron la severidad y formalidad de los primeros a6os e hicieron innecesarios que pactos de fiducia evitaran el que un acreedor prendario o hipotecario dispusiese de los bienes antes de que se cumpliera con la obligaci6n garantizada. Nuevas normas prohibieron lo que antes se aseguraba con un pacto de fiducia.

En conclusi6n, la fiducia decreci6 en importancia porque:

1o.- Desaparecieron el rigor, el formalismo y las formas tradicionales del Derecho Romano que daban pie a la existencia de los pactos de fiducia con los cuales se lograban objetivos que el derecho vigente no permitia por sus v6as normales.

2o.- La intervenci6n de los gobernantes en la creaci6n del derecho y en la administraci6n de justicia durante la etapa de un aparente "socialismo de estado" en la era Justiniana, aunado a las-

ideas cristianas, modificaron la esencia misma de todas las instituciones jurídicas y se promovieron reformas que garantizaban lo que antes sólo se podía asegurar con un pacto de fiducia.

3o.- Al equipararse la propiedad quiritaria a la bonitaria -- perdieron importancia la mancipatio, la in iure cessio y las reformas hechas por el pretor en el derecho honorario fueron adaptadas al ius civile, consolidándose la nueva idea del derecho de propiedad, con sus acciones procesales para garantizarlo. Los pactos de fiducia ya no fueron necesarios y fué el legislador el que, mediante su obra, logró lo que antes sólo se conseguía celebrando pactos de fiducia.

4o.- En las sucesiones mortis causa el espíritu cristiano terminó con muchas de las incapacidades para ser instituido como heredero o para recibir un legado, de ahí que al fideicommissum sólo se le vió como una forma de hacer substituciones fideicomisarias.

5.- EL PRINCIPIO DE LA FIDUCIA.

Todo este largo sendero que inicié desde la definición del derecho, en donde hice notar la importancia de los principios, que siguió con el estudio de la fiducia en el Derecho Romano, tiene su lógico final como capítulo, en esta parte, en el que habré de concluir qué fué la fiducia y cómo y porqué llegó a ser un principio en el mundo jurídico.

Para definir a la fiducia primero señalaré las características que tuvo:

a).- Debía haber una transmisión de bienes o derechos de una persona que fuera titular de esos, con capacidad para hacerlo, en favor de otra.

b).- La transmisión de bienes o derechos se hacía con todas las consecuencias legales que ello implicaba, de tal forma que a ---

quien se le transmitía quedaba como nuevo titular de los mismos.

c).- La transmisión se hacía porque se tenía confianza en que la persona que los recibía habría de realizar con esos bienes o derechos, o ambos, los actos que el transmitente le hubiere encomendado conforme a su voluntad.

d).- Quien recibía los bienes o derechos tenía obligaciones de dar y de hacer. Solo en casos muy contados tendría a su cargo obligaciones de no hacer.

e).- El cumplimiento de las obligaciones de quien recibía -- los bienes o derechos, quedaban sujetas inicialmente a la lealtad de éste.

f).- Los actos encomendados se debían hacer por lo general en provecho de otra persona solo por excepción en beneficio del propio transmitente.

g).- Podía establecerse por un pacto entre vivos o "mortis causa".

h).- La confianza era un factor determinante porque en caso de que no se confiara en quien recibiría los bienes o derechos, para que ejecutara los actos encomendados, ni siquiera se haría la -- transmisión de los primeros.

En base a todo lo anterior puedo afirmar que la fiducia era: El acto jurídico por medio del cual una persona, titular de determinados bienes y derechos, transmitía estos en su totalidad o en -- parte a otra, a quien se denominaba fiduciario, para que este ejecutara los actos que le hubiese encomendado el transmitente, median te un pacto entre vivos o mortis causa, en beneficio de uno o va-- rios terceros, denominados fideicomisarios, siendo la confianza de positada en el fiduciario el motivo principal de la transmisión.

Ahora bien, la fiducia llegó a ser un principio jurídico al momento en que los fiduciarios comenzaron a incumplir sus obliga--

ciones, o sea, en el instante en que dejaron de acatar los encargos de los transmitentes y la conciencia social se alteró, buscándose -- luego la forma en que los fiduciarios respondieran cabalmente a la confianza que se les había depositado para ejecutar los actos previamente encomendados. No tardó la autoridad en exigir a los fiduciarios que cumplieran con sus obligaciones.

El valor tutelado por la autoridad fué que la confianza depositada en los fiduciarios para que cumplieran con lo que se les había encomendado, no debía ser traicionada, por lo tanto debía protegerse la voluntad de los transmitentes y sancionarse a los fiduciarios desleales.

Resalta sobre todo algo que ya he repetido y que consiste en que la transmisión de los bienes y derechos nunca se hubiese efectuado de no haber existido confianza en que el fiduciario cumpliría -- con los actos que se le hubiesen encomendado.

Esta idea de transmitirse bienes o derechos a un fiduciario, a quien se le confiaba que ejecutara con los mismos determinados actos, fué aceptada socialmente y se transformó en una máxima cuando se protegió la confianza depositada en el fiduciario y se le obligó a respetarla.

Hubo principio de fiducia desde el momento en que se aceptó y reconoció que una persona podía transmitir sus bienes o derechos a otra, a la que le tenía confianza, para que ésta realizara respecto a esos bienes o derechos, los actos que la primera le encomendara.

El principio de fiducia no tuvo relación con la técnica jurídica, ni tenía un contenido filosófico-valorativo que afectara a todas las normas jurídicas, ni podía ser clasificado como un principio general del derecho, sino que surgió, según lo he demostrado de las relaciones entre personas civiles, en la acepción que esto tiene hoy en día, por lo tanto, su aplicación quedó restringida a los actos de esas personas civiles.

CAPITULO II

RECEPCION DEL PRINCIPIO DE LA FIDUCIA EN OTRAS LEGISLACIONES. LA SITUACION PARTICULAR DE INGLATERRA. LOS USOS Y LOS TRUSTS.

1.- LA EDAD MEDIA.

Ya se vió en el capítulo anterior, qué es y cómo aparece la fiducia en el Derecho Romano. Ahora me corresponde anotar como esa institución escapa al ámbito de su nacimiento y se proyecta en el tiempo y en el espacio.

La Edad Media comienza después de la caída de Roma, formándose en el antiguo territorio del Imperio Romano de Occidente varios reinos bárbaros, siendo los principales: El Ostrogodo, el Visigodo, el Franco, y, el Anglo-Sajón. (14)

Ostrogodos, Visigodos y Francos, procuraron utilizar, en su organización, normas del Derecho Romano, además de que la Iglesia y el sistema económico feudal, propiciaron su recepción.

La Iglesia favoreció la aplicación del Derecho Romano porque era conveniente para la administración de sus bienes. El feudalismo, por su parte, requería del concepto de propiedad de este, para fundamentar su estructura jurídica.

Bajo estas circunstancias surgió el Derecho Medieval en el occidente europeo.

2.- EL DERECHO MEDIEVAL.

Exceptuando al Anglo-Sajón, en los demás reinos bárbaros, se dió el fenómeno de recepción directa del Derecho Romano, como se puede constatar en las denominadas "Leges Romanae Barbarorum", o Leyes Romanas Bárbaras, entre las que se cuentan: El Edicto de Teodorico, el Breviario de Alarico, etc.

Estas leyes bárbaras del medioevo amalgamaban elementos de:

a).- Derecho Romano.

Se conoció en su mayoría por la obra de Justiniano y se aplicó en el régimen de las personas, los bienes, derechos reales, contratos y sucesiones.

La fiducia, que había caído en desuso, fué utilizada úni-

(14) FLORIS MARGADANT S, GUILLERMO. Introducción a la Historia Universal del Derecho. Tomo I. Ed. de la Univ. Veracruzana. 1974. Págs. 139 y sgs.

camente en las sucesiones, por la ventaja que representaban las - substituciones fideicomisarias en la tenencia de la tierra, que - definitivamente fué la principal fuente de riqueza.

b).-Derecho Canónico.

Aunque estaba íntimamente relacionado con el Derecho Romano, el Derecho Canónico fué considerado porque los tribunales - eclesiásticos tuvieron amplia jurisdicción en materias como el matrimonio; los bienes, cuando eran propiedad de miembros del clero o de la iglesia misma; los contratos, cuando en ellos intervenían la iglesia o los miembros de ésta; y, los testamentos, ya que frecuentemente se dejaban bienes en favor de corporaciones religiosas.

La iglesia misma, en sus concilios, sínodos, etc., había producido gran cantidad de "cánones", que trataban de poner orden entre las materias apuntadas.

La fiducia inspiró a una institución que habría de originarse en tiempos venideros y que fué la capellanía.

c).- Derecho Germánico.

La célula social de la sociedad germana era la "sippe", -- compuesta por una minoría de hombres libres y por dependientes semejantes a la clientela romana. La sippe era titular del derecho de propiedad y repartía la tierra colectiva según los intereses de grupo. En ciertas tribus surgió una organización de tipo militar en la sippe, denominada centena, porque agrupaba a un conjunto de cien familias de las que habrían de salir los guerreros.

Se desconocía el derecho de propiedad y la tierra colectiva era trabajada indistintamente por cualquier miembro de la comunidad, al prevalecer el interés de grupo sobre los individuos.

La justicia era administrada por la asamblea de jefes o -- guerreros en una especie de arbitraje popular, que recurría frecuentemente a ordalías antes de dictar sus fallos.

No había desarrollo en materia contractual y los préstamos

se garantizaban con la vida del deudor, en la misma forma en que se hizo en la antigüedad romana.

En materia de sucesiones no había ni derechos de primogenitura ni obstáculos para que las mujeres heredaran, sin embargo, - las tierras comunitarias debían permanecer en el seno de la sippe.

Este esquema rudimentario difícilmente pudo haber conocido, adaptado o aplicado cualquier forma de fiducia.

Alrededor de los siglos XI, XII y XIII, el derecho medieval recibió el impulso de la obra de los glosadores y los postglosadores. Estos fueron juristas, normalmente religiosos, dedicados al estudio del Digesto, al que le hacían aclaraciones o pequeños comentarios, para adaptarlo a las realidades del momento.

El derecho medieval se transformó según iba avanzando la sociedad feudal. Nuevas teorías sobre la propiedad vieron la luz, enarbolando ideas sobre los diferentes derechos que se tenían sobre la tierra según el lugar que se ocupara en la pirámide social. Quienes se encontraban en la cúspide ejercieron un derecho de propiedad absoluto, de dominio directo de la tierra, con facultades para transmitirla a cambio de servicios.

En la parte inferior se encontraban los siervos de la gleba, sin título alguno, más que el dominio útil para mantener la producción, base de las relaciones con su señor feudal, al que estaban sujetos por lazos que revestían situaciones de fidelidad in cluso.

Quienes quedaron al margen de la sociedad feudal fueron -- los comerciantes y los burgueses, establecidos en ciudades y dedicados a otras actividades, mal vistas por quienes detentaban el poder de la tierra, que eran los señores feudales y la propia iglesia.

La fiducia, según fué estudiada en el capítulo anterior, - desapareció casi por completo, y para comprobarlo me remontaré en especial a la evolución del Derecho Inglés.

3.- DESARROLLO DEL DERECHO EN LA ISLA BRITANICA.

La isla fué ocupada por las legiones romanas en el año 43-D.C. En esa fecha 40,000 legionarios desembarcaron en Kent y comandados por Aulo Plato, avanzaron hasta Londinium (Londres actualmente), donde fueron alcanzados por el Emperador Claudio, - quien les ordenó continuar sobre Essex para tomar Camulodunum - (hoy Colchester), su capital. Desde Londinium y Camulodunum tres legiones continuaron su camino hacia el norte, conquistando a los habitantes e imponiendo la paz romana.

Los romanos edificaron a su paso pequeñas fortalezas en -- las que permanecían 500 ó 1000 legionarios encargados de controlar la región sojuzgada y fué hasta el año 80 D.C. cuando la mayor parte de la isla pudo ser sometida, apareciendo en Britannia, nombre que se le dió al territorio, la vida civilizada, que se -- fincó en el Este y en el Sur, a orillas del Támesis, en las colonias creadas, algunas de las cuales se consideraron en su tiempo como "municipium".

En el siglo V, cuando la Galia cayó en manos de los bárbaros, se rompió la dependencia de Britannia con Roma y ante eso no tardó el ataque sajón sobre la isla, destruyendo todo lo que encontró a su paso y absorbiendo a la población, sin haber dejado -- vestigio de la cultura latina, pues lo único que sobrevivió fueron las obras materiales como los caminos, fortalezas, puentes y algunos puertos.

El inicio del período anglo-sajón ocurre inmediatamente -- después del rompimiento con Roma y los habitantes de la isla fueron todos de origen germánico, principalmente de tres razas: Sajones, Anglos y Jutes. Los anglos provenían de Angeln (Angeln está en Schleswig, actualmente un Estado de la República Federal Alemana, fronterizo con Dinamarca), los jutes eran de una región de lo que hoy en día es Dinamarca y los sajones de la actual Alemania - Occidental. En la zona correspondiente a lo que actualmente es -

Escocia y país de Gales, el dominio fué de los Celtas.

En el período anglo-sajón toda la cultura latina desapareció, es decir, no quedó rastro del latín, de la religión cristiana, del arte y del derecho, creándose una cultura nueva con raíces y costumbres germánicas puras, formándose los siguientes reinos:

- 1).- Wessex, Sussex y Essex, de dominio sajón.
- 2).- Mercia, East, Anglia y Northumbria, controlados por los anglos.
- 3).- Kent y la Isla de Wight, formados por jutes. (15)

El primer contacto con el Derecho Romano por parte de estos reinos, tuvo verificativo hasta el año 596, cuando la misión enviada por el Papa Gregorio I, con San Agustín al frente, divulgó someramente la obra de Justiniano.

Aethelberth de Kent, fué el primer rey en favorecer la entrada del cristianismo, construyendo la catedral de Canterbury y algunas otras obras de importancia. Para proteger a la nueva religión, éste rey expidió el primer código redactado en una lengua germánica, a diferencia de las leyes romanas bárbaras del continente, redactadas en latín. Esta ley garantizó la seguridad de los ministros de la religión cristiana y de sus bienes.

Muy poco habría de durar esta obra, destruida por las invasiones vikingas, iniciadas en el año 830. Estos hombres nórdicos invadieron las costas de Inglaterra y destruyeron casi todos los reinos anglo-sajones, haciendo imposible cualquier tipo de florecimiento cultural. Por su situación geográfica, la isla padeció con mayor intensidad de los saqueos normandos, que también afectaron las zonas costeras del continente.

Con el transcurso del tiempo las oleadas nórdicas se fueron deteniendo, mientras tanto en la isla los pequeños reinos anglo-sajones se habían unido para hacer frente común a los constantes embates de los piratas vikingos-daneses, hasta integrarse en-

(15) PIRENNE JACQUES. Historia Universal, Ed. Volcán, S.A. Vol. I Panamá 1965. Págs. 421, 425, 429, 457 y 470.

un sólo reino, influenciado indudablemente por los escandinavos, por lo que a éste período se le conoce como el momento anglo-danés.

El reino anglo-danés, pacificadas las cosas, recommenzó su trabajo en búsqueda de una identidad cultural. Sobresaliente fué la labor de Canuto, quien fuera rey de Noruega, Dinamarca e Inglaterra.

Todas estas condiciones difirieron de las que se presentaron en el continente y por eso la organización social inglesa tuvo rasgos originales.

En el siglo XI, la organización social se basaba en la relación que existía entre los "ceorls" o hombres libres y los "lords" o señores, dependiendo los primeros de los segundos por la protección que les daban.

El país estaba dividido en "shires", que a su vez se subdividían en "hundreds" o "wards", formadas éstas últimas por pueblos o villas. Las shires eran gobernadas por un "ealdorman", que era comandante militar y presidía la corte local en compañía del Obispo. El ealdorman era auxiliado en su función administrativa por un representante real, conocido como "King's reeve, shire reeve o sheriff", que tenía como tareas principales el mantener la paz y recolectar impuestos, funciones que cumplió con tanta eficacia que con el tiempo substituyó al ealdorman. (16)

El que el país estuviese dividido en la forma descrita interesa porque en cada hundred o ward había una corte de justicia, al igual que en las shires. Las primeras se reunían una vez al mes y eran presididas por el sheriff o un lord, siendo competentes para cualquier tipo de litigio, que resolvían de acuerdo a las costumbres del lugar. Las segundas sesionaban 3 ó 4 veces al año y en ellas se discutían los asuntos de mayor trascendencia para la región. Ambas cortes estaban compuestas por hombres libres que hacían las veces de un jurado.

[16] POLLOCK F. Y MATTLAND F. W. The History of English Law Before the Time of Edward I. The University Press, Cambridge. 1898 - Págs. 44 y sgs.

Los problemas más comunes fueron los relacionados con la tenencia de la tierra, los contratos y las sucesiones, aplicándose un derecho costumbrista conocido como "folkright". El folkright nació, no sólo de la usanza de la gente en su actividad diaria, sino también de los precedentes que sentaban los tribunales al resolver casos similares.

Los tribunales de las shires, hundreds y wards, debían aplicar este derecho consuetudinario, obligatorio también para los enviados reales.

El rey inglés formaba el gobierno central en unión de un grupo de nobles, reunidos en una asamblea denominada "Witan" o "Council of Notables". El rey expidió leyes, decretos y ordenanzas, todos redactados en inglés y apegados a las costumbres de su reino.

Según puede verse, Inglaterra seguía un sistema de raíces germánicas y escandinavas, distinto al que se aplicaba en el continente al mismo tiempo.

En el año 1066, Guillermo "Duque de Normandía", invadió la isla y conquistó Inglaterra, iniciándose una nueva era, que fue la Anglo-Normanda.

Guillermo y sus hombres dominaron la isla después de vencer a Haroldo en Hastings, y para someter completamente a la población tomaron varias medidas, siendo las principales:

a).- Guillermo se hizo coronar rey de Inglaterra, convirtiéndose de paso en el monarca más poderoso de Europa Occidental. El conquistador se dió cuenta, gracias a su relación con Eduardo "El Confesor", del prestigio que gozaba el soberano inglés entre los nobles y decidió fortalecer su posición, forzando a los habitantes de la isla a reconocerlo como rey.

b).- Guillermo, convertido en Guillermo I, monarca y propietario absoluto de toda la tierra, la repartió entre sus segui-

dores y miembros de su ejército, reorganizando el sistema feudal, al que le imprimió bases castrenses para que los conquistadores - pudiesen mantener el poder de las armas, ya que siendo el sector minoritario de la población, podían verse vencidos por la mayoría de origen anglo-danés.

c).- Se mantuvo el sistema administrativo, sobre todo porque era muy efectivo para el pago de los impuestos. También se respetaron las costumbres del lugar en base a las cuales seguían resolviéndose los juicios.

d).- Guillermo se deshizo del Witan y en su lugar instauró la "Curia Regis". Esta estuvo compuesta por los altos funcionarios del reino, de la iglesia, por consejeros reales y los barones más poderosos, siendo una institución plenamente normanda con características romanas. (17)

A.- La tenencia de la tierra, el derecho y la administración de justicia bajo los Normandos.

1).- La tenencia de la tierra.

Al invadir Inglaterra, Guillermo se dispuso a hacer de la corona inglesa la más fuerte y prestigiada de Europa Occidental.

Todas las tierras de la isla pasaron a sus manos con la conquista y él pagó con tierra los servicios que se prestaron a la corona. Quienes recibieron tierra directamente de manos del rey Guillermo (o de sus descendientes en el trono posteriormente), fueron llamados "tenants in chief" y poseyeron extensiones considerables. Los tenants in chief tenían obligación de prestar al rey determinados servicios y tenían el derecho de dar parte de sus propiedades a otras personas, quienes tendrían respecto a ellos otras obligaciones.

Se inició de esta manera una cadena de transmisiones del mismo bien, del rey a un tenant in chief y de este, generalmente un noble, a otro noble de menor jerarquía, y así sucesivamente.

(17) PIRENNE JACQUES. Ob. cit. Págs. 111 y 173.

hasta llegar al último eslabón que eran los "villeins" y siervos.

De acuerdo a la forma de poseer la tierra, al modo como se obtenía la posesión y a las obligaciones de los poseedores, se -- crearon distintos "tenures". Estos se dividían en dos, que fue-- ron:

a).- Free tenures.

b).- Unfree tenures o tenures in villeinage.

a).- Los free tenures se subdividían en:

- | | |
|--------------------------|-----------------|
| 1'.- Tenures in Chivalry | Grand Serjeanty |
| | Knight Service |
| 2'.- Tenures in Socage | Petty Serjeanty |
| | Common Socage |
| 3'.- Spiritual Tenures | Frankalmoign |
| | Divine Service |

En estos free tenures los deberes de los terratenientes - eran preestablecidos, de tal forma que en el Grand Serjeanty el - "tenant" o poseedor estaba obligado a prestar personalmente un -- servicio honorario en favor del rey. El Knight Service o Military Tenure obligaba a proporcionar al señor feudal o al rey, que - de hecho era otro señor feudal de mayor rango, una cantidad deter -- minada de soldados equipados y preparados para pelear, o bien a - formar parte de su ejército, aunque con el tiempo esta obligación se transformó en una simple ayuda económica.

El Petty Serjeanty también imponía el deber de prestar ser -- vicios al soberano, sólo que a diferencia del Gran Serjeanty es -- tos no eran personales. El Common Socage era el más común y obli

gaba a efectuar labores agrícolas. Había varias clases de socage tenure, algunas de las cuales permitían, a la muerte del poseedor, que sus hijos se repartiesen la tierra por partes iguales, subsistiendo las obligaciones de su padre.

Los spiritual tenures eran propios de corporaciones religiosas, monasterios y altos dignatarios eclesíásticos. La obligación de los poseedores era orar por el señor feudal y sus herederos. El Frankalmoing no señalaba cuantos rezos debían hacerse, mientras que en el Divine Service se especificaba el número de estos.

b).- Los unfree tenures se subdividían en:

1).- Villein Tenure.

2).- Customary Freehold.

En estos se determinaba de antemano el número de días en que el poseedor debía trabajar para el señor feudal, sin especificarse la naturaleza de dicho trabajo. No había protección legal para estos. (18)

Tanto los free como los unfree tenures quedaban encuadrados en "estates" que determinaban por cuanto tiempo se tenía derecho a poseer la tierra y la forma en que se trasladaba el dominio sobre ésta, si esto era posible.

Si se aplicaban a un free tenure los estates podían ser:

a).- Fee simple

b).- Fee tail o Entail

c).- Life estate

a).- El fee simple daba derecho al terrateniente a poseer libremente mientras vivía y a transmitir ese derecho a sus "heirs" o sucesores que podían ser sus descendientes o no.

Con el tiempo se pudo trasladar el dominio sobre la tierra

(18) POLLOCK F. Y MAITLAND F. W. Ob. cit. Págs. 49 y sgs.

por un acto inter-vivos o mortis-causa con la única restricción de que el nuevo poseedor respetara los derechos del señor feudal sobre la tierra, fijados por el tenure respectivo.

b').- El fee tail se creó en 1285 y duraba mientras el terrateniente original y sus descendientes en línea recta vivieran. La tierra siempre pasaba a los descendientes en línea recta.

c').- El life estate duraba mientras vivía la persona a -- quien se otorgaba la tierra. En un principio no podía haber traslado de dominio del life estate y al morir el poseedor, la tierra volvía al señor feudal.

Al aplicarse a los unfree tenures, los estates, al principio, no tenían duración determinada y los poseedores podían ser despojados en cualquier momento. Con posterioridad se protegió a quienes tuvieron unfree tenures por los tribunales, reconociéndoles el derecho a conservar la tierra y transmitirla.

Cuando las transmisiones de tierra se hicieron más frecuentes, los señores feudales fijaron gravámenes a la posesión para garantizar sus intereses, siendo los de mayor importancia los siguientes:

a').- Wardship

b').- Marriage

c').- Aids

d').- Heriots

e').- Escheat

f').- Felony

Con el primero, el poseedor tenía que designar al señor -- feudal de quien hubiese recibido la tierra como tutor de sus hijos menores de edad. El marriage imponía a los poseedores que -- consultaran con los señores feudales quienes debían ser los esposos de sus hijas. Los aids eran una carga para entregar contribu

ciones especiales en dinero al señor feudal. El heriat obligaba al poseedor a entregar sus mejores animales a su señor. Los dos últimos obligaban a devolver la tierra al cometerse actos delictivos, de traición o de infidelidad por el poseedor contra el señor feudal. (19)

Estas cargas para los poseedores favorecían a los señores feudales, quienes procuraban impedir que la tierra saliese de su dominio directo y pasara al de otro señor. Por eso intervinieron hasta en los matrimonios de las hijas de sus vasallos, para que estas no se casaran con súbditos de señores enemigos.

Los normandos perfeccionaron el sistema feudal en Inglaterra resultando sobresaliente el hecho de que utilizaron la publicidad para las transmisiones de la posesión de la tierra.

2).- El derecho.

A la llegada de los normandos se mezclaron dos corrientes jurídicas: La anglo-sajona-danesa, de influencia germánica y escandinava, y la francesa de los conquistadores, con ascendencia germánica-neoromanista.

La característica de mayor importancia del Derecho Anglo-sajón-danés fué que el origen de sus normas se encontró en las decisiones costumbristas de los tribunales, que eran recopiladas e iban creando precedentes obligatorios en los casos similares surgidos en el futuro, en consecuencia, el derecho no era escrito ni existían normas expresas dispositivas o prohibitivas, sino que su contenido era inducido de las decisiones judiciales. Además no había algún órgano que tuviera asignada la función legislativa y sólo por excepción el rey expedía leyes para regular situaciones que requerían ese tipo de intervención.

Por el otro lado, el Derecho Normando, como buen ejemplo del neoromanismo, debió el origen de sus normas a la tarea legislativa del rey y su consejo, que otorgaron un derecho escrito en base al cual debían ser resueltas todas las controversias.

(19) POLLOCK F. Y MAITLAND F. W. Ob. cit. Págs. 49 y sgs.

Los normandos respetaron el sistema anglo-sajón-danés, a pesar de lo cual, hubo la siguiente influencia del Derecho Normando:

a).- Con la conquista de Inglaterra el francés se transformó en el idioma culto de la isla. Todos los habitantes importantes hablaban en francés y a veces leían o escribían también en esta lengua. El derecho no permaneció ajeno a esta circunstancia y los juristas ingleses, a partir de ese momento, se acostumbraron a pensar y a hablar en francés, sin que sea sorprendente encontrar tantas palabras de origen francés en el léxico jurídico de los ingleses.

b).- El rey comenzó a representar un papel más activo en la creación del derecho, promulgando leyes, decretos, ordenanzas, etc., así como en la administración de justicia a través de funcionarios y cortes reales.

3).- La administración de justicia.

Las medidas concretas de administración impuestas por los normandos fueron:

a).- Que cada lord principal o "tenant in chief" tuviera y presidiera una corte o tribunal.

Las razones para imponer esta regla fueron: primero, que se trataba de un derecho feudal, consistente en que cada gran propietario podía resolver en la corte que el presidiera los litigios surgidos por la tenencia de la tierra que el hubiese entregado y, segundo, que los normandos consideraron indispensable tener en sus manos la administración de justicia para someter a la población.

b).- Que subsistieran las cortes existentes antes de su llegada.

Las cortes de las hundreds y de las shires coexistieron --

con las nuevas cortes feudales, aplicándose en todas el folkright o derecho consuetudinario.

Las cortes con el ámbito de competencia territorial más pequeño eran las "manor courts", en las que se produjeron cambios, siendo el más trascendente en la esfera de los unfree tenures, reconociéndose el derecho de los titulares de los unfree tenures o tenures in villeinage de poseer, por lo menos, durante toda su vida y a transmitir ese derecho sobre la tierra. En los archivos de estas cortes se conservó una copia de las declaratorias hechas en favor de los tenants de los unfree tenures, que hizo las veces de título del estate y a partir de entonces a los unfree tenures se les denominó como "copyhold tenures".

Litigar en cualquiera de estas cortes costaba dinero y las de las shires eran más caras que las de las hundreds porque los lores y funcionarios eclesiásticos que las presidían eran de mayor jerarquía que sus similares de otros tribunales.

c).- Se crearon cortes dependientes del rey.

Una lucha característica del medioevo fué la que se libró entre los señores feudales y el rey, buscando este último concentrar en sus manos el poder que compartía con los primeros. Entre las formas ideadas por la corona para conseguir su objetivo estuvo el impartir justicia en cortes especiales por conducto de jueces designados personalmente por el monarca, o impartirla el mismo con su consejo.

Inicialmente se habilitaron jueces que recorrieron Inglaterra e impartieron justicia a nombre del rey para los que preferían la justicia real sobre cualquier otra. A estos jueces se les conoció como "Justices of Eyre" y aplicaron el derecho costumbrista del que hicieron una colección de los casos más notables.

Las ideas religiosas colaboraron ampliamente para que el monarca fuese visto como fuente de toda justicia y él mismo se dedicó, según se ha dicho, a la función judicial con la Curia Regis.

Paulatinamente se desprendieron de la Curia Regis tres tribunales especiales, que fueron:

a').- The King's Bench.

b').- The Exchequer Pleas.

c').- The Court of Common Pleas (que en realidad surgió hasta el reinado de Enrique II),

En estas cortes se aplicó el derecho consuetudinario del país.

Aparte de estas cortes, hubo otras, competentes en materias distintas a la tenencia de la tierra, como las "Courts of Staple", encargadas de los litigios del comercio exterior, y las "Courts of Piedpowder", ubicadas en ferias y mercados para resolver las controversias allí surgidas.

La unidad de este sistema de administración de justicia fue rota por los tribunales eclesiásticos, donde se aplicaban normas de Derecho Canónico. (20)

B.- El fin de la dinastía normanda y los primeros Plantagenet.

A la muerte de Guillermo "El Conquistador" sus hijos heredaron sus bienes conforme a las reglas feudales tradicionales, para el mayor el Ducado de Normandía y para el segundo el trono de Inglaterra, al que tuvo acceso como Guillermo II.

Este Guillermo fue nefasto, pues aparte de ser homosexual era muy arbitrario. Fue asesinado por su hermano Enrique, que subió al trono como Enrique I.

Enrique I se casó con una sajona y unificó al ducado con la corona inglesa. Su obra jurídica se plasmó en las "Leges Henrici Primi", con las cuales el rey reestableció el orden legal perdido por el despotismo de Guillermo II. Las Leges Henrici Primi volvían a garantizar la preeminencia del derecho consuetudinario so-

(20) REMBAR CHARLES. The Law of the Land. Simon and Schuster. New York. 1980. Pág. 214 y sgs.

bre cualquier otro sistema, amén de ser uno de los primeros intentos de organizar las distintas resoluciones judiciales y costumbres del país, para buscar uniformidad entre el folkright que se aplicaba.

Al fallecimiento de Enrique I el poder se lo disputaron Matilda, hija de éste, casada en segundas nupcias con Godofredo "El Hermoso", Conde de Anjou, y Esteban, hijo de una hija de Guillermo "El Conquistador". La lucha por el poder dió inicio a una guerra civil que duraría catorce años.

La consecuencia más notable de la guerra fué que, aunque Esteban consiguió el trono inglés, Matilda y su esposo dominaron Normandía. Aparte de esto destaca el que los grandes señores feudales aprovecharon la disputa tomando partido por alguno de los contendientes, según sus intereses particulares, y mientras luchaban vieron la oportunidad de resolver viejas rencillas entre ellos, -- trastornando la vida social.

En medio de toda esta turbulencia apareció un joven impulsivo y ambicioso de nombre Enrique, hijo de Matilda y Godofredo. Enrique buscó afanosamente la corona de Inglaterra, cruzando en varias ocasiones el Canal de la Mancha para internarse en la isla y una vez en esta, organizaba a sus simpatizantes en un pequeño ejército, con el que hostilizó a Esteban, hasta conseguir de éste que le reconociera como el heredero único al trono de Inglaterra.

El joven Enrique recibió a los 18 años el Ducado de Normandía, que le fué cedido por su padre. A los 19 años, a la muerte de Godofredo, heredó el Condado de Anjou y contrajo nupcias con la bella Leonor de Aquitania. Este matrimonio le permitió a Enrique dominar casi la mitad de Francia y poco después se convirtió en Enrique II, monarca de los ingleses y fundador de la casa reinante de los Plantagenet.

Enrique dejó una enorme huella en la historia de Inglaterra. Aunque empezó a gobernar hablando muy poco inglés, su carácter du-

ro y reflexivo y su inteligencia le permitieron llevar al cabo importantes cambios en beneficio de sus gobernados, siendo los más destacados los siguientes:

a).- Mayor y más efectiva administración de justicia por parte de los Tribunales Reales.

Con esta medida Enrique mataba dos pájaros de un sólo tiro. Primero, concentraba más la función judicial en sus manos, privando a los señores feudales de sus derechos e ingresos por resolver controversias en sus cortes locales, favoreciendo a la corona. Segundo, devolvía la confianza a sus súbditos, que había sido mermada por la guerra civil y los abusos de los señores feudales, -- que en sus cortes protegían sus intereses, despojando a veces a quienes consideraban que les habían traicionado.

Resaltó sobre todo la creación de la corte de Common Pleas y la mejora del King's Bench y del Exchequer Pleas.

b).- Modificó una de las bases tradicionales del feudalismo cuando decidió pagar con dinero a sus súbditos, a cambio de sus servicios a la corona, en vez de entregar tierras. Aparte de esto, formó un ejército profesional de mercenarios en lugar de recurrir a los nobles de mayor jerarquía para que le proporcionasen soldados equipados. De esta manera la fidelidad del ejército permanecía con el Rey y no con los señores feudales.

c).- Se inició de hecho la aplicación del gran sistema de derecho conocido como "common law"; al que dedicaré mayor atención más adelante.

A la muerte de Enrique II subió al trono su hijo Ricardo, quien gobernó como Ricardo I.

El reinado de Ricardo se prolongó por diez años, de los cuales nueve estuvo fuera de la isla, así que no tuvo tiempo de crear algo nuevo ni de mejorar lo que recibió de su padre.

Para este trabajo tiene relevancia por un simple hecho. --

Se sostiene en Inglaterra que los tribunales pueden aplicar precedentes dictados de acuerdo al common law, desde la época en -- que fué coronado Ricardo I, en otras palabras, puede afirmarse -- que la memoria legal se retrotrae hasta la coronación de Ricardo el 3 de septiembre de 1189. (21)

En 1199 subió al trono de Inglaterra Juan, el hijo menor de Enrique II.

A pesar de haber sido el más inteligente de sus hermanos -- fué muy impopular, tanto así como que hasta la fecha se le consi -- dera en Inglaterra como uno de los soberanos con menor arraigo -- en la historia. Juan I consiguió que se le odiara porque incre -- mentó exageradamente los impuestos y porque ordenó que se emplea -- ran métodos inhumanos con quienes dejaban de cubrir sus obliga -- ciones hacendarias. Trató de imitar las ideas de su padre en -- cuanto a fortalecer a la corona, solo que su carácter lo enemis -- tó con todos y fracasó.

Como Juan nunca entendió de conciliaciones o de cesiones -- necesarias, todos los problemas del reino le hicieron crisis en -- las manos y por eso perdió el dominio sobre Normandía, fué exco -- mulgado por el Papa y como colofón en 1215, tuvo que pactar con -- los señores feudales, que le exigieron el reconocimiento de sus -- privilegios, en el documento que se conoce como "Carta Magna".

De la Carta Magna se dice que es uno de los pilares del -- moderno Derecho Constitucional y se le usa como ejemplo de mode -- lo democrático, a pesar de que, al haberse redactado, su única -- misión era proteger los intereses particulares de los señores -- feudales antagonistas del Rey Juan. En la misma quedó plasmado -- lo siguiente:

a),- La iglesia quedaba desligada de la obligación de con -- sultar a la corona para designar Obispos ú otros funcionarios -- eclesiásticos,

b),- Los lores más importantes, "tenants in chief", deci-

(21) REMBAR CHARLES. Ob. cit. Págs. 123 y sigs.

dirían libremente sobre los gravámenes impuestos a la tenencia de la tierra por ellos entregada.

c).- Ningún hombre libre podría ser forzado a prestar algún servicio al cual no estuviera obligado en razón de las reglas feudales.

d).- Ningún hombre libre podría ser encarcelado, despojado de su tierra, condenado por la corona, exiliado, etc., sino mediante un juicio previo en el que fuese juzgado por sus pares, de acuerdo al "common law of the land", es decir, a la ley o derecho consuetudinario del lugar.

Un hombre libre tampoco podía ser juzgado por una ley privativa o especial.

e).- Se fijaron reglas de competencia entre los tribunales de las shires, etc., y los del rey.

f).- Dos jueces visitarían cada shire por lo menos cuatroyeces al año y acompañados por cuatro caballeros nobles armados, vigilarían el estricto cumplimiento de la ley.

g).- Las multas y castigos se impondrían de acuerdo a la gravedad de la falta y al rango de quien la hubiese cometido.

h).- Se limitó el número de funcionarios reales y se les prohibió tomar o retener bienes ajenos, a menos que tuviesen un orden para ello, tratándose de deudas civiles. Los mismos funcionarios no podían excederse en sus facultades.

i).- El rey quedaba obligado a repartir, conforme a las reglas feudales, las tierras de la corona obtenidas por Enrique II y por Ricardo I.

En parte por esto Juan recibió el apodo de "Sin Tierra".

j).- Los bosques serían conservados para beneficio de las comunidades y no para uso exclusivo de la corona.

k).- Los mercenarios serían despedidos del ejército y reemplazados por soldados obtenidos conforme a las reglas feudales.

Los mercenarios no podrían permanecer en la isla y debían salir de ella..

1).- El rey debía conceder un derecho de paso, como un señor feudal más, por sus tierras. (22)

Después de Juan I subió al trono Enrique III, quién perdió las posesiones en Francia y tuvo que soportar otra rebelión baronial.

Muerto Enrique III le sucedió Eduardo I, quien patrocinó la obra jurídica más importante de su época en su país.

Eduardo estuvo rodeado de magníficos colaboradores como -- Walter Giffard, Phillip Bassett, Roger Mortimer y su canciller -- Roberto Burnell. Su primera tarea consistió en pacificar al país, convulsionado por la revuelta de los señores feudales. El éxito lo consiguió dando participación a estos señores feudales en los actos de gobierno. A partir del reinado de Eduardo un órgano colegiado se encargó de la redacción y aprobación de leyes del reino, situándose en esta era los orígenes del Parlamento. (25)

Con la ayuda de este nuevo órgano Eduardo se dedicó a la función legislativa, expidiendo varias leyes o "statutes", entre los que destacan: (24)

Westminster I (1275)

Districciones Scaccariil

Estatutos Administrativos

Westminster II (1285)

Winchester (1285)

Gloucester (1278)

Estatutos relativos a derechos de la corona y reglas feudales:

Quo Warranto (1290)

(22) FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO. Introducción a la Historia Universal del Derecho. Tomo I. Ed. Univ. Veracruzana. 1974. Págs. 203 y 204.

(23) FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO. Ob. cit. Pág. 205.

(24) REMBAR CHARLES. Ob. cit. Págs. 43 y sgs.

| | | |
|--|---|--------|
| Estatutos relativos a la reorganización de la tenencia de la tierra, | Westminster II o De Donis Conditionalibus | |
| | Quia Emptores | (1290) |
| | Marlborough | |
| | Mortmain o De Manos Muertas | (1279) |
| | Acton Burnell | (1285) |
| Estatutos relativos al Comercio | Merchants | (1285) |

De todos estos, tres serían fundamentales para el principio de la fiducia, entre ellos se cuentan:

El Estatuto de Manos Muertas, que prohibía transmisiones de tierra a las corporaciones religiosas sin el consentimiento de la corona; el Segundo Estatuto de Westminster, que reorganizó el sistema de tenencia de la tierra al crear el "fee tail" o "entail", estate al que ya hice referencia, y el Estatuto Quia Emptores, que prohibió los enfeudamientos, o sea, prohibió que se transmitiera la tierra de acuerdo a las reglas feudales a cambio de servicios. Después de Quia Emptores no hubo más cadenas de enfeudamiento.

Los acontecimientos del fin de la era normanda y del principio del reinado de los Plantagenet sirvieron para dar origen a varias instituciones importantes, como los usos y a la larga los trusts. Veré a continuación su origen y la influencia que recibieron del common law y la equidad, además de explicar su conexión con la fiducia.

C.- Aparición de los usos. El common law y la equidad,

Los usos eran transmisiones de tierra que hacía una persona, a quien se denominaba "settlor", en favor de otra llamada "feoffee to use", para que esta dispusiera de la tierra en beneficio de un tercero, al que se designaba como "cestui que use".

Por qué, cuando y como surgieron los usos son interrogantes a las que daré respuesta para poder explicar con mayor exactitud lo que eran esos usos.

¿Por qué surgieron los usos? Existieron a mi juicio varias razones, siendo las principales, las siguientes:

a).- En el feudalismo la principal fuente de riqueza era la tenencia de la tierra. Detentar grandes extensiones otorgaba poder y colocaba a los poseedores en la cima de la pirámide social.

El complicado sistema de tenures y estates giraba alrededor de esta idea.

Es lógico pensar que cualquier hecho o circunstancia que pudiese privar a una persona de su posesión territorial fuese visto con desconfianza y temor, por ejemplo, la invasión normanda, las guerras civiles entre los grandes señores feudales, las luchas constantes entre el rey y otros reyes nobles importantes, la aplicación de gravámenes, etc. La reacción normal de cualquier ser humano ante esos acontecimientos hubiese sido el procurar poner a salvo sus bienes más preciados, pero, ¿cómo proteger los derechos sobre la tierra?. La respuesta la dieron los usos. Mediante estos la tierra se transmitía a otra persona, que por su situación particular estuviese alejada del peligro de perder su posesión y garantizara, por la confianza que se le depositaba, que habría de mantener la tierra para beneficio de quien se la había entregado, o de un tercero.

b).- De la Edad Media se dice que fue una era oscurantista y retrógrada, ausente de racionalidad y de curiosidad científica y; por eso mismo llena de fanatismo.

Estos calificativos impiden apreciar los acontecimientos históricos de esa época con objetividad, sin embargo, hay que reconocer que muchas actividades de ese entonces se encaminaban por la vía de la irracionalidad,

La institución que más duros ataques recibió en este sentido es la Iglesia Cristiana. Esto se debió a las enormes contradicciones que se vivieron en su seno desde finales del siglo IX y hasta la conclusión de sus reformas internas siglos más tarde.

La iglesia tenía en propiedad, desde antes de la caída de Roma, grandes extensiones territoriales. Eso la convertía en un factor de poder si se considera que la posesión de la tierra era la principal fuente de riqueza. Los señores feudales, incluyendo a los reyes, se andaban con pies de plomo para no perturbar a la iglesia en sus bienes.

En Inglaterra, el Estatuto de Manos Muertas fué el camino seguido por la corona para evitar que la iglesia continuara acumulando tierras.

Cuando la tierra caía en manos de la iglesia el sistema de producción feudal peligraba, porque esa tierra no pasaba a otras manos para ser trabajada a cambio de servicios según la costumbre, sino que por lo general permanecía ociosa. Además, la iglesia, como institución, ni se muere, ni se casa, ni tiene hijos, ni cuida ganado, ni cosecha, etc., privando a otros señores feudales de los beneficios que obtendrían si el terrateniente fuese un simple mortal.

Como las tierras de la iglesia quedaban sin trabajar o producir se les llamaba de manos muertas.

Mediante el Estatuto de Manos Muertas se prohibió entregar tierras a la iglesia sin el permiso de la corona.

Obviamente la iglesia se sintió gravemente herida porque su poder se veía disminuido, pues a partir de la vigencia de la

ley ya no recibiría tierras por actos entre vivos o por causa de muerte, si la corona lo impedía.

Pero la iglesia no fue la única afectada, ya que las personas comunes y corrientes creían que si dejaban sus bienes a la iglesia antes de morir lograban un buen trecho en el camino hacia la salvación, sólo que a partir del estatuto no lo podrían hacer, entonces recurrieron a los usos, mediante los cuales transmitían la tierra a una persona de su confianza para que esa persona poseyera la tierra en beneficio de la iglesia, evitando caer en los supuestos del ordenamiento de manos muertas pues la persona a quien se transmitía era una persona física normal.

Estas son las dos razones primordiales por las que surgieron los usos, pero ¿cuándo aparecieron en la vida inglesa?

Nadie lo sabe con exactitud y considero que no tiene tanta relevancia el proporcionar una fecha precisa. Pudo haber sido con las guerras civiles desde el reinado de Esteban o tal vez en años posteriores, pero lo cierto es que ya a finales del siglo XII se empleaban en forma generalizada.

Los autores de origen anglo-sajón, con más prestigio en la materia, (25) admiten que mucho antes del siglo XII ya se conocían los usos, aunque no se les empleara con tanta frecuencia. Por mi parte, creo muy probable que desde la época normanda hubiesen existido individuos, lo suficientemente hábiles, como para proteger su tierra dándola en uso a otra persona de toda su confianza.

Ahora bien, la pregunta más interesante es ¿cómo surgieron esos usos?. Para darle respuesta debo adentrarme en la estructura del common law y de la equidad.

a).- El Common Law.

En Inglaterra el derecho siguió un camino distinto al que tomó en el resto de Europa Occidental. Quizás por su situación geográfica y en gran parte por los acontecimientos históricos se-

(25) POLLOCK F. Y MAITLAND F.W. Oñ. cit. Págs. 51 y sgs,

olvidó la senda del Derecho Romano, creándose una nueva corriente, basada en las costumbres y en las decisiones de los órganos encargados de la función judicial,

El common law tuvo su antecedente en el folkright, que -- fué un conjunto de reglas de conducta cuyo origen fué, tanto la costumbre que tenían los hombres de una región determinada, como las decisiones de las cortes que formaban precedentes judiciales.

En tiempo de Enrique II puede marcarse el nacimiento del common law aunque se le reconoció formalmente desde el reinado de Ricardo I. A partir de entonces el common law es el sistema jurídico que regula las relaciones entre las personas, fijando o estableciendo las reglas de conducta entre estas de acuerdo a -- los precedentes judiciales existentes, mismos que toman en consideración las costumbres comunitarias y la racionalidad o justicia de estas costumbres o prácticas.

El common law no es un derecho escrito, según lo he dicho y no existen normas jurídicas declarativas, dispositivas o prohibitivas plasmadas en un código.

En los sistemas escritos de derecho se sigue un método de deducción lógica, a modo de un silogismo, en el que la premisa mayor es la norma jurídica, la premisa menor es el caso concreto y la conclusión es la solución. En estos sistemas la norma jurídica contiene un supuesto, o hipótesis normativa que se actualiza cuando la conducta de un sujeto cae dentro de dicha hipótesis, entonces se aplica la regla de derecho escrito. (26)

En el common law, por el contrario, no hay premisa mayor porque no hay derecho escrito, entonces esta premisa debe obtenerse en forma distinta. Esa forma consiste en estudiar el caso planteado y buscar antecedentes de casos iguales o similares, para analizar la solución que se les haya dado. De esos antecedentes se obtiene una regla general que hace las veces de norma de derecho.

(26) VINOGRADOFF PAUL. Introducción al Derecho. Fondo de Cultura Económica. México, 1967. Pág. 132.

Se puede afirmar que el common law es un derecho de casos, que se estructura alrededor de precedentes judiciales, que por su parte toman en cuenta las costumbres comunitarias, la racionalidad de la conducta y el afán de justicia de cada caso. De los casos resueltos se obtienen reglas generales de conducta que se consideran obligatorias en cuanto tienen vida repetida en sociedad.

El common law, como cualquier otro sistema de derecho, requiere ser dinámico para adaptarse a la realidad de los tiempos y a las necesidades de los hombres. El estancamiento paraliza la evolución de la vida, jurídica o social, y eso le sucedió momentáneamente al common law, porque los "writs" se volvieron el único acceso a los tribunales, además, su naturaleza obligaba a los jueces a ser muy estrictos respecto a lo que se podía alegar y probar en juicio. El resultado de esto fue que las sentencias fueran muy rígidas, de tal forma que al ejercitarse cualquier acción se podía saber de antemano el sentido posible de la resolución. Este hecho fue perjudicial porque se impedía cualquier reforma o modificación a las normas jurídicas, o sea, las resoluciones repetitivas y acartonadas formaban precedentes judiciales de los que se extraían las normas de derecho, en consecuencia esas normas reflejaban inamovilidad.

Puede afirmarse que a causa de la estrechez de los "writs" el efecto producido fue una parálisis en todo el sistema jurídico.

La posibilidad de alivio pudo haber venido de la legislación, si es que el rey hubiese podido dictar estatutos obligatorios que modificaran el derecho y que fuesen observados por los tribunales, sin embargo, los señores feudales se opusieron con tenacidad, pero no sólo ellos, de hecho gran parte de la población veía en el derecho legislado un obstáculo al common law y aunque Eduardo I emprendió una gran labor promulgando leyes, sólo pocas de éstas modificaron la estructura de este sistema.

El nuevo aire vino gracias a la equidad.

b), - La Equidad,

El origen de la equidad se encuentra en las ideas que consideraban al rey como fuente de toda justicia. Esta ideología surgió a la vida como un reflejo de los deseos reales por quitar poder a los señores feudales y concentrarlo en manos del soberano, quien se erigía como la fuerza capaz de destruir las arbitrariedades de esos señores.

Conforme a esta manera de pensar el rey no tenía por qué sujetarse a regla alguna de derecho en su búsqueda de verdad y de justicia, ya que todo derecho emanaba de él por encomienda directa de Dios.

Inglaterra fué una de las cunas de este pensamiento, de ahí que no pasara mucho tiempo para que los habitantes de la isla buscaran al monarca a fin de que resolviese situaciones irremediables conforme al common law.

El rey no impartió justicia en forma directa, sino a través del Lord Canciller, que era el funcionario apropiado para ello por sus características. El Canciller recibía a los súbditos, escuchando sus problemas y si creía que se cometía contra ellos un acto ilegal, libraba una orden, dirigida a otra persona (en este caso esa persona era quien se beneficiaba en forma indebida), para que ésta se abstuviera de realizar determinados actos o bien para que ejecutara otros, que remediaran el mal cometido.

La orden del Canciller daba inicio a un juicio y el demandado era citado para que se presentara ante el Tribunal de la Cancillería en un día y hora determinado, apercibido que de no presentarse sería encarcelado y conducido a juicio por la fuerza, además, se le apercibía para que dejara las cosas en el estado en que se encontraban, absteniéndose de ejecutar actos que empeoraran las cosas, o bien para que realizara lo suficiente a fin de mantener el status quo hasta que se dictara una sentencia definitiva. (27)

(27) MOLINA PASQUEL ROBERTO. Fideicomiso, Trust y Equity, Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo V. México, 1955. - Págs. 53 y sgs.

El procedimiento de equidad era el siguiente;

El actor acudía ante el Tribunal de la Cancillería a exponer su problema. Si el Canciller estimaba que no había solución conforme al common law y que existía una situación injusta, libraba la orden ya descrita, iniciando el juicio.

El demandado tenía que presentarse ante el tribunal en la fecha fijada, pues de no hacerlo se le consideraba contumaz a un mandamiento real y se le podía encarcelar para conducirlo a juicio.

Una vez en presencia de las partes, el Canciller les interrogaba en busca de la verdad y cuando creía haberla encontrado dictaba su sentencia.

Del procedimiento de equidad se dice que recibió influencia del Derecho Romano porque los cancilleres fueron por lo general clérigos versados en las normas de éste. Yo no dudo de la sapiencia de los cancilleres pero no creo que la equidad sea producto de una imitación del derecho de Roma, cuando mucho pudo encontrar parte de su base filosófica en él.

Para evitar confusiones, señalo como características propias del procedimiento de equidad, las siguientes:

a').- Su procedencia se encuentra en las ideas que ubican al rey como fuente de justicia y del derecho por mandato del Ser Supremo.

b').- La equidad fué administrada por el Lord Canciller y al paso del tiempo se vió la necesidad de organizar un tribunal que aplicara este sistema.

c').- Las facultades del Canciller eran discrecionales, o sea, podía iniciar un juicio si creía que había razón para ello, pero también podía negarse.

d').- El actor debía proceder con buenas intenciones, con la conciencia limpia, pues de lo contrario no obtendría una solución favorable.

Para intentar la vía de la equidad se debía tener una causa justa, siendo improcedente cualquier petición basada en engaños, conductas delictivas o mala fe.

e').- Para tener acceso a la equidad era indispensable que el common law no pudiese remediar el problema, estableciéndose varios principios de aplicabilidad:

a').- Que el pago de daños fuera insuficiente para cumplir una obligación o para reparar un hecho ilícito.

b').- Que el common law estuviese imposibilitado a mantener las cosas en su estado, cuando la conducta del demandado pusiera en peligro un derecho del actor y la continuación de esa conducta diera por resultado un hecho de imposible reparación.

c').- Que el demandado se negare a entregar bienes adquiridos en forma ilícita o indebida, enriqueciéndose ilegítimamente, sin que mediante el common law se le pudiese obligar a devolverlos.

d').- Que un error, que no fuera un obstáculo para la validez del acto celebrado, no fuese corregido por las cortes del common law a pesar de las acciones del actor y del beneficio indebido por este error del demandado.

e').- Que el demandado se negare a cumplir una conducta previamente pactada, en perjuicio del actor.

f').- Todas las acciones, remedios, recursos, etc., de equidad actuaban "in personam", por tanto, negarse a obedecer una orden del Tribunal de la Cancillería era un desacato castigado con pena de prisión.

g').- Se expidieron "injunctions", que eran mandamientos dirigidos a los demandados, ordenándoseles la realización de ciertos actos o la abstención de hacerlos, para mantener el estado de las cosas.

Los injunctiõs podfan ser: prohibitivos o mandatorios, segdn exigieran conductas negativas o positivas del demandado, - Tambi3n podfan ser provisionales o definitivos. (28)

h').- Las sentencias de equidad no modificaban las normas del common law, pues su objetivo era remediar situaciones injustas de casos particulares, por eso, exigfan del demandado que hiciera lo necesario para remediar el mal o que se abstuviera de seguir haci3ndolo.

La equidad surgi3 como una jurisdicci3n distinta al common law, lo que confunde a muchas personas, por eso enlistar3 las diferencias que existen entre ambos sistemas:

1o.- En el common law los hechos se presentaban ante un jurado que decidfa sobre la causa del actor.

En la equidad los hechos y pruebas eran analizados directamente por el Canciller, quien podfa empezar investigaciones en busca de m3s datos sobre el caso planteado hasta que 3l dictara sentencia.

2o.- En el common law con los precedentes judiciales se obtenfan reglas generales de conducta y cuando se presentaban casos semejantes en el futuro se aplicaban estas normas generales.

En la equidad no hubo obligaci3n de seguir precedentes -- hasta la gesti3n de Heneage Finch, Canciller de 1675 a 1682, que fij3 los principios de la equidad moderna.

A pesar de esto el objetivo de la equidad era conseguir soluciones justas para las partes en un juicio y es que en las normas del common law la justicia se plasm3 en forma general, como un valor humano, mientras que el otro sistema hizo una apreciaci3n subjetiva de lo justo, de acuerdo al caso concreto, para determinar en particular qu3 era lo equitativo para cada quien.

3o.- En el common law los efectos de la sentencia se apli

(28) RADASA OSCAR. El Derecho Anglo Americano, Ed. Fondo de Cultura Econ3mica. M3xico. 1944, P3gs. 254 y sgs.

caban sobre los bienes. Se actuaba "in rem",

En la equidad los efectos iban dirigidos a la conducta de las personas, porque esa conducta era la que provocaba lo injusto. Se actuaba "in personam",

Aquí conviene explicar un poco esta diferencia. Como se recordará, en la Carta Magna se prohibió al soberano privar a los súbditos de su libertad o bienes, sin que se hubiese seguido un juicio conforme al common law of the land. El rey también fue obligado a proceder en toda acción según las normas consuetudinarias del lugar. Como consecuencia de esto, para cumplir las resoluciones de common law, no había encarcelamiento o medidas de ese tipo.

La equidad, por su parte, derivada del poder del monarca, sí podía utilizar esos medios de coacción personal para hacer valer sus determinaciones, pues su fundamento era distinto.

Los señores feudales también se opusieron a la equidad, pero, en esta lucha propia de la Edad Media, triunfó el soberano, administrando justicia por conducto de su Canciller.

Por último, en 1873, se fusionaron ambos sistemas, por disposición del Estatuto o Ley de Judicatura, cuando el Derecho Público Inglés estaba más evolucionado y no existía oposición a la reforma del derecho por vía de la legislación, admitiéndose la posibilidad de que se puedan modificar por vía de la legislación, las reglas del common law o de la equidad. (29)

Ahora ya analizados los dos sistemas de derecho, apuntaré como surgieron los usos.

Una persona que deseaba proteger sus derechos sobre la tierra, transmitía su posesión conforme a las reglas del common law, para uso de ella misma o de quien designara. La persona que recibía la posesión, celebraba con el primero la formalidad del "livery of seisin", que de acuerdo al common law era el único medio existente para que la transmisión fuese válida y enton-

(29) VINOGRADOFF PAUL. Ob. cit. Pág. 149.

ces, conforme a este sistema, el nuevo titular de los derechos terrenales era el feoffee to use.

El feoffee debía poseer en beneficio de la persona o personas que le habían sido indicadas, bien entendido que sus obligaciones no eran legales, pues conforme a la ley no se le podía exigir que ejecutara ese uso y entonces se estaba a la conciencia y buena fe de esta persona, que sabía que la transmisión se había hecho porque se tenía confianza en que cumpliera su palabra,

Obviamente no faltó quien se pasara de listo y una vez -- que era titular de los derechos sobre la tierra, se olvidaba del settlor. Este por su parte no tenía recursos conforme al common law para que se exigiera al feoffee el cumplimiento de su obligación moral, pues la transmisión con la formalidad del livery of seisin convertían al feoffee en el legítimo poseedor, a modo de propietario absoluto y no se le podía molestar en su posesión.

Los settlors engañados recurrieron a la cancillería donde relataban lo que les había sucedido. El Canciller, dándose cuenta de lo injusto de la actitud del feoffee, le exigía que ejecutara el uso, lo que lograba de la siguiente forma:

a).- El feoffee debía abstenerse de actuar con la tierra como el poseedor legítimo y no podía traspasarla o aprovecharla en su beneficio.

b).- El feoffee tenía que actuar como poseedor legítimo a favor de los beneficiarios del uso.

El Canciller sabía que en varias ocasiones la tierra se entregaba en uso para incumplir obligaciones feudales, o para defraudar acreedores y en otras por simple protección ante acontecimientos virulentos, pero también se daba cuenta que en las -- transmisiones se depositaba una fe casi absoluta en los feoffees, para que éstos ejecutaran los usos y lograran el objetivo de los settlors, comprendiendo que de no existir confianza en estos --

feoffees no se hubiese hecho la trasmisión de la tierra.

El que los feoffees traicionaran la confianza en ellos depositada, fué mal visto por los cancilleres, pues éstos pensaron que era mucho más injusto perder la tierra a manos de un supuesto amigo que haberla perdido de otro modo, por eso, al dictar -- sus sentencias reconocieron un derecho de equidad en favor de -- los beneficiarios para que éstos exigieran de los feoffees el cumplimiento de la voluntad de los settlers.

De no haber existido la protección de la equidad, los usos y a la larga los trusts, jamás hubiesen existido. Por el contrario, los cancilleres reconocieron en favor de los beneficiarios de los usos un derecho que debía ser respetado por todas las personas, bajo pena de encarcelar a quienes lo violaran.

La protección de los usos por la jurisdicción de equidad los hicieron proliferar en forma exagerada y no tardaron en ocurrir los abusos de personas que daban en uso la tierra para violar derechos ajenos, siendo lo más común que éstos se constituyeran en fraude de acreedores. (30)

Estas irregularidades hallaron un límite en el Estatuto o Ley de Usos de 1535, promulgada bajo el reinado de Enrique VIII, segundo soberano de la casa de los Tudor. (31)

Esta ley adoptó, entre otras, las siguientes medidas:

1o.- No se prohibieron los usos ni se declararon ilegales, sino que el cestui que use fué considerado como titular del bien entregado en uso.

2o.- Se respetó el derecho de los cestuis como un derecho de equidad sobre el bien.

Los que creyeron que la ley acabaría con el desorden provocado por tantos abusos se equivocaron porque el hecho de que el cestui fuese reconocido como titular del bien, partía del supuesto

(30) LIZARDI ALBARRAN MANUEL. Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. Tesis, México 1945. Págs. 32 y sgs.

(31) BATIZA RODOLFO. El Fideicomiso. Ed. Porrúa. 3a. Ed. México, 1976. Pág. 41.

to de que el feoffee sólo poseía para el uso del beneficiario, -- siendo éste un uso pasivo que se ejecutaba por la simple posesión en favor del cestui. Pero si al feoffee se le imponía una obligación de hacer, sin tener título alguno no podía cumplirla y entonces estos usos activos dejaban de ejecutarse.

Otro problema sobrevino porque la ley no precisaba cómo se debía proceder en otros casos, por ejemplo, en usos sobre - - - "leaseholds" o posesiones con limitación en tiempo a modo de arrendamiento, ni qué pasaría con los derechos sucesorios sobre un uso, ni en la constitución de un uso sobre otro.

Fue la labor de los tribunales durante muchos años la que resolvió estos puntos, cuando se ordenó la administración de justicia fijándose el principio de que la equidad sigue a la ley (entendida ésta como el common law), para fortalecer a la institución surgida de los usos, que fue el trust.

D.- Los trusts. Generalidades.

La palabra trust tiene, en la actualidad, varias acepciones. La mayoría se refiere a su sentido económico, sentido que tuvo desde finales del siglo pasado cuando la Standard Oil de Nueva Jersey escogió para constituirse la forma conocida como "Massachusetts Trust". El mismo término tiene otros significados, entre los que se encuentran: confianza, fe, esperanza, y, entre ellos, el que me interesa y que describe la relación establecida cuando se transfieren bienes o derechos a un trustee para que éste los tenga en beneficio de uno o varios terceros. (32)

Los usos pasivos, ejecutados según la ley de usos, fueron denominados trusts y desde ese momento esta palabra echó raíces en el vocabulario jurídico anglo-sajón.

Los elementos personales que pueden intervenir en un trust son:

a). - Settlor. - Es la persona, titular de bienes o dere--

[32] WEBSTER'S THIRD NEW INTERNATIONAL DICTIONARY. G&C. Merriam Co. 1960, Pág. 2456.

chos que no sean estrictamente personales, que transfiera estos en su totalidad o en parte a otra persona, para que esta cumpla con ellos la voluntad del primero en beneficio de quien designe el propio settlor.

b).- Trustee (antes feoffee to use).- Es quien recibe la titularidad de bienes y derechos para ejecutar con ellos el objetivo del trust.

c).- Cestui que trust o beneficiario (antes cestui que use).- Se trata de la persona o personas en cuyo beneficio se constituye un trust.

Los trusts pueden clasificarse de la siguiente manera:

Executed trusts

1).- Express trusts

Executory trusts

Resulting trusts

2).- Implied trusts

Constructive trusts (33)

Express trusts o trusts expresos son aquéllos constituidos por voluntad del settlor, expuesta en un acto entre vivos o por causa de muerte. Los executed o ejecutados, son los que contienen todas las instrucciones para su cumplimiento en el acto constitutivo, mientras que los executory o pendientes de ejecución dejan al trustee la facultad de tomar decisiones en el cumplimiento del trust.

Implied trusts o trusts tácitos son los que crean los tribunales en cualquiera de estos supuestos: Cuando concluyen que la intención de una persona era constituir un trust pero que por

[33] SCOTT AUSTIN W. The Law of Trusts. Little, Brown and Company. Boston. 1939. Págs. 26 y sgs.

alguna razón su voluntad no quedó claramente expuesta, entonces nos encontramos ante un resulting trust o trust resultante. Por otra parte, los tribunales pueden crear un trust cuando una persona que obtiene un beneficio indebido es obligada a constituir un trust con los bienes logrados en forma ilegítima debiendo señalarse como costui que trust al ofendido o a la sociedad. Estos se denominan constructive trusts o trusts correctivos.

Una última clasificación es la que toma en cuenta la calidad jurídica de la persona que crea el trust y no el origen de la voluntad del acto constitutivo, está es:

Trust privado

Trust público

Trust internacional

El primero es el que crea un particular o es ajeno por completo a los fines estatales. El segundo es creado por una persona de derecho público y el tercero se refiere a territorios del planeta que sean administrados por otros países haciendo las veces de trustees o bien que se constituye por organismos internacionales reconocidos como personas.

Ahora bien, las características más trascendentes del trust, que conforman su naturaleza jurídica son:

a).- Se puede consituir por un acto de voluntad del settlor o por decisión de los tribunales. En general no se exigen formalidades para su creación.

Quando se origina por un acto volitivo del settlor, éste debe tener plena capacidad de goce y de ejercicio y debe estar en aptitud de poder trasladar el dominio de los bienes o la titularidad de los derechos que van a ser el patrimonio del trust.

Puede constituirse trust expreso por un acto entre vivos o por causa de muerte.

Cuando se crea por decisión de los tribunales se dice que no es necesario que exista un settlor, sin embargo, en mi opinión, la voluntad del tribunal suplente a la del settlor y se está ante una ficción jurídica, que tiene por objetivo el constituir un trust cuando se presume que una persona tenía la intención de crearlo, sin que lo haya podido hacer por circunstancias secundarias o cuando se corrige un mal cometido por una persona, entregándose en trust los bienes obtenidos en forma ilícita y en este supuesto, el tribunal suplente la voluntad del settlor, presumiendo que éste actúa de buena fé y procura enmendar el daño cometido.

b).- El trust puede abarcar cualquier tipo de bienes y de derechos, a excepción de aquéllos que sean personalísimos e intransferibles.

Los usos tenían por objeto derechos sobre la tenencia de la tierra y la posesión de la misma. Con el tiempo se constituyeron sobre bienes muebles y poco a poco fueron abarcando todas las cosas susceptibles de ser el objeto en un acto jurídico.

c).- El acto constitutivo debe contener instrucciones para el cumplimiento del trust, Puede señalarse a una persona determinada como trustee o puede omitirse esta designación, en cuyo caso, los tribunales deberán señalar quién habrá de fungir -- como trustee,

Debe indicarse la retribución que habrá de recibir el trustee, aunque ésta puede ser fijada por el tribunal.

En el acto constitutivo el settlor puede reservarse determinados derechos, como el de revocación, puede dejar órdenes para ser cumplidas por el trustee o puede darle facultades discrecionales,

Se pueden designar órganos de apoyo, de vigilancia o de verificación para ayudar al trustee,

Cuando hay actos traslativos de dominio, se pueden fijar reglas al respecto, por ejemplo, de orden, etc.

d).- El trustee no puede renunciar a su cargo más que por causa justificada debidamente aprobada por el juez,

Debe tener capacidad plena de goce y de ejercicio, pues será el titular de los bienes y derechos que formen el patrimonio del trust,

Como titular del patrimonio del trust, el trustee debe -- ejercitar las acciones que sean necesarias para conservar o proteger dicho patrimonio. También deberá efectuar todos los actos que permitan mantener ese patrimonio.

El trustee debe actuar como un padre de familia, administrando correctamente y haciendo lo mejor en interés del beneficiario o beneficiarios.

e).- El trustee es el titular de los bienes y derechos -- que forman el patrimonio del trust. Esta titularidad deriva del hecho de que se le transfieren los bienes y derechos, pues se deposita en él confianza en que habrá de cumplir con los encargos o fines del trust.

Respecto a la propiedad personal del trustee y su posible confusión con el patrimonio del trust, el Derecho Inglés, que es un derecho de casos, ha emitido resoluciones que aparentemente son contradictorias para un sistema como el mexicano, pues en ocasiones se ha considerado que el trustee debe responder con -- sus propios bienes por errores o actos indebidos con el manejo -- del patrimonio del trust y en otros casos, se ha sostenido que -- las obligaciones del trustee no pueden ser ejecutadas en los -- bienes o derechos entregados en trust.

La regla general es la siguiente: no se puede ejecutar -- en el patrimonio del trust una obligación personal del trustee, -- debiéndose de garantizar el cumplimiento con bienes de la propie -- dad personal del trustee. Las obligaciones que se contraigan en cumplimiento a los fines del trust deberán garantizarse con el -- patrimonio de éste y sólo cuando el trustee actúe indebidamente-

se podrán confundir los patrimonios personal de éste y del trust.

f).- El beneficiario puede ser una o varias personas, Puede designarse un beneficiario determinado o bien pueden señalarse las características de un posible beneficiario. Incluso puede ser toda una comunidad.

El settlor puede ser beneficiario del trust por él creado.

El beneficiario tiene un derecho de equidad y además los derechos y favores que las leyes le otorguen o que le sean dados por el settlor en el acto constituido.

El beneficiario tiene acciones personales contra el trustee para forzarlo a cumplir con sus obligaciones o para que se cumplan los derechos establecidos en su favor en el trust. Tratándose de las acciones sobre los bienes del patrimonio del trust, estas acciones son de carácter personal, no real, de tal forma que el beneficiario no puede ejercitar acciones para recuperar la propiedad de bienes que forman parte del patrimonio del trust, pues dichas acciones sólo corresponden al trustee, que es el titular de dicho patrimonio.

Cuando el trustee enajena indebidamente un bien que forma parte del patrimonio del trust, el beneficiario debe ejercitar su acción personal contra el trustee y a la vez debe llamarse a juicio al adquirente del bien, en contra de quien se ejercita la acción real para recuperar la propiedad. Si el adquirente es de buena fé, la acción real resultará improcedente y entonces el beneficiario sólo tendrá un derecho personal en contra del trustee.

Hay que destacar que los tribunales pueden crear un trust en favor del mismo beneficiario, con bienes que hubiesen sido mal administrados por el trustee, actuando éste de mala fé.

g).- El trust requiere, para su buena administración, que el trustee tenga un inventario de bienes o relación de derechos, que cumpla con todas las obligaciones de tipo fiscal, administra-

tivo, laboral, etc., en relación con los bienes y derechos del patrimonio del trust. También es indispensable llevarse una contabilidad adecuada. (34)

h).- El trust no es una persona, ni se puede constituir en fraude de acreedores, ni para violar leyes, ni para constituir monopolios, ni para efectuar substitutiones de beneficiarios que aún no nazcan y que no estén concebidos. Los tribunales tienen facultades para anular éstos trusts, haciendo la declaratoria correspondiente. (35)

Con todas estas reglas se entiende que el trust es una auténtica relación de fiducia elaborada por años de cuidadoso estudio por parte de los tribunales de Inglaterra.

4.- EL DERECHO EN LOS PAISES DE TRADICION ROMANISTA.

Al exponer las características del derecho medieval dije que la fiducia desapareció casi por completo. A excepción de Inglaterra, donde sobrevivió con los usos y los trusts, en el resto del continente europeo se dejó de emplear, sirviendo únicamente a un propósito, que fue el de poder dejar un bien a una persona, generalmente un hijo, para que éste fuera poseedor del mismo hasta en tanto tuviese otro hijo a quien le entregaría la tierra en posesión y quien tendría a su vez dicha posesión en beneficio de otro hijo, continuándose esta cadena en forma indefinida y lográndose mantener los bienes en poder de una familia por varias generaciones.

La institución por medio de la cual se consiguió que se hicieran estas substitutiones fideicomisarias, fue el mayorazgo, que tuvo mucho auge en España.

La capellanía fue otra institución que pudo adoptar la fiducia. Con la misma una persona entregaba ciertos bienes a otra, para que ésta los detentase en favor de una orden religio-

(34) RESTATEMENT OF THE LAW OF TRUSTS. American Law Institute. - Vols. I y II. American Law Institute Publishers. St. Paul - 1935.

(35) BATIZA RODOLFO. Ob. cit. Pág. 56.

sa. La persona a quien se entregaba la propiedad de los bienes era por lo general un miembro del clero y el objetivo consistía en conservar bienes, entre ellos alguna propiedad terrenal, para fincar un recinto religioso y difundir la religión católica.

Concluiré diciendo que la fiducia, en los países de tradición romanista, sólo se utilizó como medio de lograr las substituciones fideicomisarias, pero ninguna otra institución que implicase la trasmisión de bienes a otra persona, para que ésta ejecutara con los mismos lo que se le ordenara, sobrevivió, ni siquiera el fideicommissum.

España, conquistadora y colonizadora del territorio que actualmente ocupa la República Mexicana, legó la tradición romanista que hasta la fecha se sigue en la mayor parte del sistema mexicano, en especial en los códigos civiles de 1870, 1884 y el vigente Código civil para el Distrito Federal.

5.- LA FIDUCIA Y SU EVOLUCION O CAMBIOS DESPUES DEL DERECHO ROMANO.

Por principio de cuentas debo insistir en el hecho de que en los países con tradición romanista el principio de la fiducia desapareció casi por completo.

Lo interesante consiste en determinar si la fiducia del Derecho Romano inspiró a los usos o trusts del Derecho Anglo-sajón.

Mi respuesta es que no porque lo que pasó en Inglaterra tuvo características muy propias que no se presentaron en el resto de Europa.

La situación geográfica, las invasiones de los piratas anglo-sajones, la destrucción de la cultura latina, la creación de reinos con costumbres bárbaras, las invasiones nórdicas, la conquista de Inglaterra por Guillermo de Normandía, las constantes-

guerras civiles, el desarrollo de un sistema novedoso, que no tenía ascendencia de algún otro más evolucionado, etc., me hacen pensar que al utilizarse por primera vez los usos, los hombres respondieron a un instinto de protección en sus bienes. Dudo mucho que alguna persona hubiese pensado en el Derecho Romano para poder poner a salvo su tenencia sobre la tierra.

No es sorprendente el hecho de que en dos pueblos diferentes, separados por varios siglos de distancia, se hayan adoptado situaciones parecidas para resolver problemas semejantes. Cuando mucho esto sirve para comprender más y mejor la naturaleza humana y para considerar muy seriamente que se tienen más cosas en común como seres humanos que diferencias provenientes de distintos factores.

A pesar de que los cancilleres hubiesen sido hombres versados en el Derecho Romano y aún con los distintos intentos de penetración de este sistema jurídico, los usos y los trusts nacieron de necesidades específicas de los habitantes de Inglaterra y ellos, para resolver los problemas que tenían, carecían de los medios y de tiempo para poder estudiar una solución de acuerdo al Derecho Romano. Lo que hicieron fue más simple y esto fue que depositaron su confianza en otra persona para que ésta, teniendo la posesión de su tierra, actuara según las indicaciones que previamente se le habían dado.

Al igual que los romanos en su época, los ingleses, en la suya, actuaron como lo hubiese hecho cualquier ser humano interesado en conservar sus pertenencias más preciadas, considerando que el derecho fuese incapaz de resolver sus conflictos.

El principio de fiducia no murió porque, a pesar de que los países con tradición romanista la dejaron de aplicar, en Inglaterra, con el desarrollo de los usos y de los trusts, se mantuvo vivo, sin que ello implique que los usos y el trust se hayan inspirado en el Derecho Romano, sino que por caminos distintos se formaron los pilares de este principio.

CAPITULO III

EL PRINCIPIO DE LA FIDUCIA EN EL DERECHO CIVIL -
MEXICANO.

1.- EL DERECHO CIVIL MEXICANO,

México nació en el instante en que se rompieron los lazos de dependencia que se tenían con España, y en concreto, en el momento en que la voluntad de convertirse en un estado libre y soberano, quedó plasmada jurídicamente.

El Plan de Iguala, firmado en 1821, fué el primer escalón hacia la independencia y posteriormente, con los Tratados de Córdoba, se confirmó que México adquiría su libertad. La entrada del Ejército Trigarante a la ciudad de México fué tan sólo la -- confirmación de hecho de una realidad jurídica que tuvo que ser aceptada por la antigua metrópoli.

A partir de entonces se hizo necesario darle los ordenamientos para regular su vida, interna y externa.

Lo tocante a las relaciones entre las personas civiles se ría regulado por las normas del Derecho de España, al no existir disposiciones aplicables dictadas por el gobierno establecido en aquella época.

No fué fácil aplicar el Derecho Civil, ya que existían diversos ordenamientos que contenían normas aplicables a las personas, a la familia, a los bienes, a los contratos, a las sucesiones, etc., y lo más prudente fué imponer un orden de prelación en la aplicación de las normas jurídicas.

Esta prelación era, con algunas excepciones, la siguiente:

a).- Leyes nacionales promulgadas con posterioridad a la consumación de la independencia, incluyendo cualquier otro tipo de disposición de los congresos mexicanos.

b).- Leyes expedidas por las Cortes de Cádiz.

c).- Leyes españolas que se hubiesen dado para regir di-

- rectamente en el Continente Americano, incluyendo -
 las Recopilaciones de Indias y de Castilla,
- d).- Cédulas y Órdenes emitidas con posterioridad a que -
 se editara la Novísima Recopilación.
 - e).- El Ordenamiento Real.
 - f).- El Ordenamiento de Alcalá.
 - g).- Las Ordenanzas de Intendentes.
 - h).- El Fuero Real.
 - i).- El Fuero Juzgo.
 - j).- Las Siete Partidas. (36)

Por supuesto que a la cabeza de esta lista se encontraban -
 las leyes mexicanas, pero éstas fueron tan escasas en los primeros
 años de independencia, que tratándose de las relaciones civiles no
 hubo más remedio que acudir al derecho extranjero para que regulara
 la vida civil.

El Derecho Civil Mexicano surgió al redactarse los primeros
 códigos con normas apropiadas para regular la vida de las personas
 civiles, siguiéndose en todos la tradición romanista.

2.- ¿HAY FIDUCIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO?

En el capítulo primero de este trabajo señalé las caracte-
 rísticas del principio de fiducia y dije que debía haber una tras-
 misión de bienes o derechos de una persona que fuera titular de --
 los mismos, en favor de otra, siendo esa transmisión legal y hacién-
 dose porque se tenía confianza en que el nuevo titular de los bie-
 nes y derechos habría de realizar con éstos, las instrucciones que
 le hubiese dado el transmitente.

Mencioné también que la confianza era un factor determinan-
 te en esa transmisión de bienes y derechos, pues en caso de que és-

(36) GONZALEZ MA, DEL REFUGIO. Historia del Derecho Mexicano. UNAM.
 México, 1983. Págs. 46 y sgts.

ta no existiera, la transmisión no se hacía.

Desde luego que esta es mi opinión acerca de la fiducia.

De los tratadistas que he consultado y leído, ⁽³⁷⁾ no he encontrado a ninguno que sostenga lo mismo que hasta ahora he planteado en este trabajo y los pocos autores que hablan de la fiducia la limitan única y exclusivamente a la noción de la confianza, es decir, hay fiducia cuando alguna institución tiene entre sus características rasgos que permitan establecer relaciones de confidencialidad o confianza.

Los códigos civiles que he consultado y en especial el Código civil vigente para el Distrito Federal, ni siquiera hacen mención de la palabra en su texto, de ahí que, para responder a la pregunta con que comencé este punto, seguiré este camino.

A).- Analizaré todas aquellas instituciones del Derecho Civil, que tengan que ver con la noción de la confianza.

B).- Estudiaré los alcances de la confianza, llegando incluso a las relaciones de fidelidad y a los conceptos de buena y mala fé.

C).- Examinaré los puntos anteriores tomando como base el Código civil para el Distrito Federal en vigor.

D).- Concluiré si mi concepto de la fiducia puede ser aplicable al sentido de la confianza imperante en el código civil materia de estudio y posteriormente llegar a las conclusiones que correspondan.

A.- Análisis de instituciones del Derecho Civil que tengan que ver con la noción de la confianza.

Para comenzar, debo establecer un criterio lógico en base al cual seleccione a las instituciones relacionadas con el concepto de la confianza, a fin de escoger sólo aquellas que en su for-

(37) GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. Derecho de las Obligaciones. GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. El Patrimonio. ORTIZ URQUIDIRAU. Derecho Civil. AGUILAR CARVAJAL LEOPOLDO. Segundo Curso de Derecho Civil. BORJA SORIANO MANUEL. Teoría General de las Obligaciones. GALINDO GARFIAS IGNACIO. Primer Curso de Derecho Civil. ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. DE PINA RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano.

mación estén inspiradas por esta noción.

Dicho criterio lo sujetaré a las siguientes reglas:

1a.- Por confianza se entenderá la actitud guardada hacia una persona por sus cualidades o la conducta que se espera de -- una persona, tomando en cuenta el comportamiento general en situaciones similares.

2a.- Para que una institución pueda ser relacionada con la confianza, la misma debe haber sido inspirada por ésta en sus orígenes, o bien, los sujetos a quienes se les apliquen las normas que regulen a la institución en cuestión, deberán ser depositarios de las cualidades propias de una relación de confianza.

3a.- Revisaré el Código Civil para el Distrito Federal en vigor y de acuerdo a su división por libros, iré escogiendo las instituciones que reúnan los requisitos de los dos puntos anteriores.

En el libro primero del código civil, que se refiere a -- las personas, encontré únicamente a la tutela, El libro segundo, que se refiere a los bienes, no contiene institución alguna que amerite su análisis. En el libro tercero que regula las sucesiones se incluyen las disposiciones relativas a los albaceas, que merece atención especial. Por último, en el libro cuarto, donde se trata lo relativo a las obligaciones, en su segunda parte, incluye contratos como el depósito, el mandato, la prestación de servicios, las asociaciones y sociedades y la fianza, que desde luego tienen estrecha relación con la confianza.

Veré a continuación, una por una, las instituciones nombradas:

a).- La tutela.

El código civil la define en su artículo 142 por su objeto y al efecto señala:

"El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 403".

Yo defino a la tutela como:

"La institución de interés público, por medio de la cual una persona plenamente capaz se encarga de la guarda personal, administración de bienes y representación, de quien tiene una incapacidad natural y legal, sin estar sujeto a patria potestad, en razón de un encargo que se le confiere".

Menciono que la tutela es una institución de interés público porque el propio código, en su artículo 452, señala que la tutela es un cargo de esta naturaleza, del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima. Es evidente que la autoridad considera primordial proteger a quienes no pueden hacerlo por sí mismos, entonces quien recibe el cargo de tutor tiene una gran responsabilidad a la que no puede renunciar sino por alguna razón justificada, pues la sociedad pone especial atención en el cuidado que se debe tener para quienes no pueden encargarse de su persona o sus bienes, en razón de su edad, su estado físico o mental, etc.

Por supuesto que quien realice el encargo de tutor, debe ser una persona con capacidad plena de goce y ejercicio, a fin de que pueda cumplir su misión en forma completa y legal.

Las personas que están sujetas a la tutela son las que tienen una incapacidad natural y legal y estas pueden ser, según el artículo 450, las siguientes: Los menores de edad; los mayores de

edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos; los sordomudos que no sepan leer ni escribir y los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

Hay tres tipos de tutela, que son: La testamentaria, la legítima y la dativa,

La tutela testamentaria se regula por los artículos del 470 al 481 y se reconoce el derecho que tienen los ascendientes y el padre adoptante para nombrar tutor de sus hijos en su testamento.

La tutela legítima puede referirse a los menores; a los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y los que habitualmente abusan de las drogas enervantes; y a los menores abandonados,

La tutela dativa se norma por los artículos del 495 al 502 y tiene lugar cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien le corresponda la tutela legítima y cuando el tutor testamentario está impedido para ejercer su cargo en forma temporal, sin que exista algún pariente que pueda ocuparse del incapacitado,

El tutor dativo es designado por el menor de edad si ha cumplido 16 años y si no el nombramiento se hará por el juez de lo familiar dentro de las personas que enliste el Consejo Local de Tutela,

El tutor no es el único involucrado en la atención del incapaz, pues también participan el curador, el Ministerio Público, los Consejos Locales de Tutela, y los propios jueces.

Esta institución está relacionada con la confianza porque:

a).- En su origen la tutela era desempeñada por un pariente del incapaz que procuraba que los bienes de éste no salieran del patrimonio familiar, Eran más importantes esos bienes -

que el incapaz mismo, por eso se hacía necesario que una persona de confianza, de preferencia de la misma familia, los vigilara.

b).- Cuando la tutela evolucionó se dió más protección para la persona del incapaz. Si éste era menor de edad sin ascendientes que ejercieran la patria potestad, se buscaba a alguien que le pudiera guiar por el mejor camino. En este caso el tutor testamentario era en quien se depositaba confianza para cumplir dicha misión.

El tutor legítimo es designado según lo dispone el código, y aunque se sigan las reglas del ordenamiento civil para ello, la sociedad tiene interés en que el cargo se desempeñe con rectitud. Normalmente es un pariente del incapaz de quien se supone una preocupación por su pupilo. Por esto creo que del texto de la ley se desprende que el tutor legítimo tiene depositada sobre sus hombros la confianza de la sociedad en el cumplimiento de sus obligaciones.

El tutor dativo es designado normalmente por el juez y no cabe duda que su cargo representa un interés social que se le confía.

A pesar de las obligaciones tan severas impuestas a los tutores, éstas no desvirtúan el rasgo de la confianza, antes bien, le refuerzan, porque son la forma que el legislador escogió para asegurarse de que los cargos serían fielmente cumplidos.

c).- El código demuestra el interés que se puso en los incapaces y por ello reforzó las obligaciones de los tutores, sin embargo, no se pierde en esencia la confianza que deposita el autor de un testamento o la sociedad en éstos, exigiéndoseles conductas de acuerdo a cualidades que se presumen deben seguir.

b).- El Albacea.

La palabra albacea proviene del vocablo árabe "alvaciya", utilizado para designar a una persona encargada de ejecutar la voluntad de otra. (38)

(38) GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. El Patrimonio, Pecunario y Moral o Derechos de la Personalidad. Ed. José M. Cajica Jr. S.A. Puebla, Pue. 1971. Pág. 620.

El código civil no proporciona definición alguna de la institución y comienza a regularla señalando quienes no pueden fungir como albaceas, incluyendo a los que no tienen libre disposición de sus bienes; a los magistrados y jueces en ejercicio en el lugar donde se abra la sucesión; a los que hubiesen sido removidos del cargo con anterioridad; los condenados por delitos contra la propiedad y a los que no tengan un modo honesto de vivir.

Yo defino al albaceazgo como:

"La institución por la cual una o varias personas, a quienes se denomina albaceas y que son designadas por el autor de un testamento, por la junta de herederos, por los legatarios o por el juez, se encargan de cumplir las disposiciones testamentarias o legales, y para tal efecto representan a las personas y sus diferentes intereses que se rednen en torno a la sucesión, ejercitando las acciones que hubieren correspondido al autor de la herencia para preservar el acervo hereditario".

Las obligaciones del albacea son las siguientes:

a').- Deducir las acciones que hubieron correspondido al autor de la herencia, representando a quienes concurren a la misma para defender su interés común en dicha herencia.

b').- Debe presentar el testamento.

c').- Asegurar los bienes de la masa hereditaria.

d').- Formar inventarios, administrar bienes y rendir cuentas cada año.

e').- Pagar deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias.

f').- Continuar con el juicio sucesorio hasta la adjudicación de los bienes.

g').- Garantizar su manejo en términos del artículo 1708 -

y con las excepciones de los artículos 1709 y 1710,

El albacea puede tener un interventor que vigile el exacto cumplimiento de su cargo. Este es designado por los herederos minoritarios inconformes con el albacea designado.

El interventor tendrá una retribución fijada por los herederos o cobrará como apoderado de acuerdo a los aranceles correspondientes si es designado por el juez.

La institución del albacea está relacionada con la confianza por lo siguiente:

a).- La designación del albacea la hacen el testador, los herederos, los legatarios o el juez, y el nombramiento recae en una persona con cualidades suficientes para llevar a buen término el procedimiento sucesorio. Estas características hacen del albacea una persona en quien se deposita confianza de cumplir su misión.

b).- La sucesión no es una persona en el Código Civil del D.F. y ¿qué sucede pues con los bienes que forman parte de la herencia?, ¿quién los administra?, ¿quién se encarga de los trámites legales para su conservación si quien era su titular ha fallecido? Obvio es que nadie le encomienda esta tarea a cualquiera y por eso del albacea se espera una conducta honesta y diligente, depositándose en él una función de confianza.

Hay que tener cuidado de anotar que el albacea representa a las personas que tienen interés común en la herencia y que desean suceder al de cujus en la titularidad de algunos bienes o derechos, por eso su cargo es de vital importancia para el propio testador, los herederos o legatarios. Incluso una persona que muera sin designar o tener sucesores y que deja algunos bienes, estos serán heredados por la beneficencia pública, y el albacea designado deberá conservar esos bienes hasta que la institución que los reciba pueda encargarse directamente de ellos.

Esto hace del albaceazgo, por las cualidades y la conduc-

ta esperada por los herederos, legatarios y la sociedad, de parte del albacea, una institución de confianza,

c).- El depósito.

El depósito es un contrato cuyo origen se encuentra en el Derecho Romano. En Roma era un contrato por el cual una persona entregaba a otra algún bien mueble para que ésta lo custodiara.

El Código Civil del D.F. lo define en su artículo 2516, diciendo que:

"Es el contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble que aquél le confia, y a guardarla para restituirla --- cuando la pida el depositante"

En la actualidad el depósito comprende las cosas muebles o inmuebles a diferencia de la antigüedad en que sólo podía celebrarse respecto de bienes muebles. Otra diferencia entre el depósito que regula el código civil y el vigente en Roma es que éste último se tipificaba como un contrato real, mientras que hoy en día se le considera como un contrato consensual. (39)

Existen dos clases de depósito, que son: Los regulares y los irregulares. Depósito regular es aquél en el cual el depositario no puede disponer ni usar la cosa depositada y debe restituirla en su oportunidad.

Depósito irregular es aquél en el cual el depositario está autorizado para usar de la cosa depositada, en virtud de que el contrato se constituye sobre bienes fungibles. La obligación del depositario es devolver al depositante otro tanto de los mismos bienes, que sean de la misma especie y calidad. El depósito irregular no está tipificado por el código civil y como generalmente las cosas materia del mismo son dinero, se le equipara a un contrato de mutuo.

(39) ZAMORA Y VALENCIA MIGUEL ANGEL. Contratos Civiles, Ed. Porrúa, S.A. México 1985, Págs. 179 y sgs.

Este contrato está relacionado con la confianza por lo siguiente:

a').- Desde su origen en Roma este tipo de contrato era -- considerado de buena fe porque los deberes de las partes se fijaban tomando en consideración las circunstancias que mediaban al propio contrato, las intenciones de las partes y la equidad.-

Es lógico pensar que la cosa se entrega siempre a una persona a quien se tiene confianza en que habrá de cuidarla y conservarla en el mismo estado en que la recibió.

b').- De las obligaciones del depositario se desprende sin lugar a duda, que ejecuta una labor de confianza en la guarda de la cosa depositada. El simple hecho de conservar un bien ajeno - indica que el depositario de ese bien es receptor de la confianza del depositante.

d).- El mandato.

En Roma el mandato era el contrato por el cual una persona encargaba a otra que realizara determinados actos por cuenta y en interés de la primera. Se le consideraba como un contrato "intuitu personae", pues se celebraba tomando en cuenta las cualidades de una persona.

El código civil lo define en su artículo 2546 como:

"El contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga".

Este contrato está relacionado con la confianza por lo siguiente:

a').- Desde su origen se le consideró como un contrato intuitu personae al celebrarse tomando en cuenta las cualidades de una persona.

Son las cualidades de la persona las que llevan al mandante a contratar con el mandatario, pues de no existir esas cualidades el contrato no se celebra y ello implica una relación especial entre ambas partes, que desde luego incluye aspectos de confianza, (40)

b).- Pocos contratos como éste ponen de manifiesto lo que trato de demostrar pues, insistiendo, el contrato se celebra primordialmente por las características que tiene una de las partes a quien se le debe tener confianza, pues de no tenerse simplemente no hay contrato,

e).- La prestación de servicios.

Para empezar debe quedar bien claro que la prestación de un servicio personal subordinado a cambio de un salario es un contrato de trabajo, cuya regulación cae en los supuestos de la Ley Federal del Trabajo y no en el Código Civil y por lo tanto, no debe haber confusión entre el contrato de trabajo y los contratos de prestación de servicios que pueden ser regulados por el ordenamiento civil.

El Código Civil en su artículo 2606 dice que el contrato de servicios profesionales se celebra entre quien presta y quien recibe los servicios profesionales.

Su regulación queda fijada por muy pocos artículos ya que la mayor parte de los servicios que una persona presta a otra en la actualidad se reputan como contratos o relaciones de trabajo y muy pocos son los que quedan en la esfera del Derecho Civil.

Los pocos contratos de prestación de servicios que quedan dentro del ámbito de competencia del Derecho Civil, son intuitu-personae, ya que son las cualidades del profesionista las que llevan al cliente a celebrar el contrato, por tanto, existe un vínculo de confianza semejante al que se encuentra en el contrato de mandato.

(40) ZAMORA Y VALENCIA MIGUEL ANGEL, Ob. cit, Págs. 187 y sgs.

f).- Asociaciones y sociedades.

Empezaré por indicar que en Roma la sociedad era un contrato consensual calificado como intuitu personae.

El Código civil del D.F. distingue lo que es una asociación y lo que es una sociedad.

Según el artículo 2670 una asociación es:

"La reunión de varios individuos, que con vienen en unirse de una manera más o menos permanente, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial".

Veré primero lo referente a la asociación.

La asociación es persona moral de acuerdo con lo que dispone la fracción VI del artículo 25 del código civil. Ello implica que la unión de los asociados y la celebración del contrato que da nacimiento a la asociación, producen el nacimiento de una persona jurídico-colectiva, con personalidad de pleno derecho, que no se confunde con la de los miembros que la formaron y que se rige por su escritura constitutiva y su estatuto y obra y se obliga por medio de sus órganos conforme a la ley o a las disposiciones de su estatuto o escritura constitutiva. (41)

El contrato por el que se constituya una asociación debe constar por escrito y se debe fijar el estatuto que habrá de regirla, el cual debe ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad, a fin de que produzca efectos contra terceros.

Enseguida veré lo relativo a la sociedad civil.

La sociedad civil también es persona moral de conformidad con la fracción III del artículo 25 del código civil. En razón de este hecho la sociedad civil tiene personalidad de pleno derecho, que no se confunde con la de los socios que la formaron.

[41] ZAMORA Y VALENCIA MIGUEL ANGEL. Ob. cit. Págs. 223 y sgs.

La diferencia entre la sociedad civil y la sociedad mercantil, se establece porque la segunda tiene un fin común preponderantemente económico que constituye una especulación comercial, mientras que la primera no puede constituirse para la especulación comercial.

El contrato de la sociedad civil debe constar por escrito pero, deberá contenerse en escritura pública cuando algún socio transfiera a la sociedad bienes cuya enajenación requiera de este tipo de formalidad.

El contrato de asociación y el de sociedad tienen rasgos de confianza porque se celebran tomando en cuenta las cualidades de las personas que intervienen en los mismos. En ambos casos se persigue un fin común y lícito o sea, todos los socios o los asociados están interesados en lograr un objetivo y si se reúnen para lograrlo es porque comparten ideas o formas de actuar, de ahí que estos contratos se celebren intuitu personae e impliquen necesariamente relaciones de confianza.

g).- La fianza.

El artículo 2794 del código civil define a la fianza como:

"El contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace".

La principal característica de la fianza es que se trata de de un contrato accesorio.⁽⁴²⁾ El artículo 2797 confirma este carácter al señalar que la fianza no puede existir sin una obligación válida.

La noción de la confianza se encuentra presente en este contrato por lo siguiente:

a).- Las raíces mismas de la palabra demuestran que su origen se encuentra en el latín y que es una composición del ver-

(42) ZAMORA Y VALENCIA MIGUEL ÁNGEL, Ob. cit. Pág. 273 y sgs.

bo "fidere", que significa fe o confianza

La fides en Roma trataba de las relaciones personales de fidelidad o confianza.

Al español el verbo fidere se transformó en el verbo fiar, que entre sus acepciones principales tiene las que implican fidelidad, fe y confianza.⁽⁴³⁾

b').- La fianza es un contrato consensual que celebran el acreedor de una obligación principal y el fiador, por medio del cual éste último se compromete a pagar por el deudor de la obligación en caso de incumplimiento.

El deudor permanece ajeno a la celebración del contrato y los efectos de la fianza entre el fiador y el deudor derivan de las disposiciones de la ley, por eso, el deudor queda obligado a reembolsar al fiador cuando éste haya pagado.

La construcción técnica de esta clase de efectos que se producen por un contrato para una persona que no interviene en el mismo, revela que el sistema jurídico mexicano está lo suficientemente evolucionado para comprender que, aunque el fiador se obligue con el acreedor, lo hace para beneficiar al deudor en las relaciones normales de su vida y por ello la ley obliga al deudor a pagar al fiador todo lo que éste hubiese dado en su nombre.

En los inicios de este tipo de contrato el fiador se obligaba por el interés, afectivo o de algún otro tipo que tenía con el deudor. El fiador garantizaba y daba confianza al acreedor en la celebración del acto jurídico con el que nacía la obligación principal.

La persona misma del fiador, su respaldo y sus bienes, hacen confiar al acreedor en que la obligación principal será debida y cabalmente cumplida.

Adn hoy día, cuando existen compañías afianzadoras, consti

(43) MOLINER MARIA. Diccionario de Uso del Español. Ed. Gredos.- Madrid, 1983. Pág. 1298.

tuidas de conformidad con la ley aplicable, su intervención en un contrato de fianza, no sólo sirve para garantizar el pago de una obligación, sino que de hecho dan confianza al acreedor y a la sociedad en que la obligación se cumplirá.

No debe olvidarse que en la antigüedad romana, gran parte de las relaciones de fiducia surgieron de entre los contratos de garantía que involucraban a la prenda y a la hipoteca, remitiéndome a lo que mencioné al respecto en el capítulo señalado.

Estas son en general las instituciones del Derecho Civil que tienen que ver con la noción de la confianza y que examiné - tomando como base el Código civil para el Distrito Federal.

Indudablemente que se podrían considerar en mayor o menor grado algunas otras instituciones, por ejemplo, la gestión de negocios, que según el artículo 1896 surge cuando una persona sin mandato y sin estar obligada para ello, se encarga de un asunto de otra, obrando como si fuera el dueño del negocio.

La gestión de negocios es una fuente de las obligaciones que en mi concepto no está directamente vinculada al significado de la confianza, pues tipifica una conducta que se aproxima mucho más a la fidelidad. Sin embargo, hay que reconocer que la fidelidad abarca aspectos de confianza, por ello, a continuación, analizaré los alcances de la confianza en el Derecho Civil Mexicano.

B.- Estudio de los alcances de la confianza en el Derecho Civil, incluyendo a las relaciones de fidelidad y a los conceptos de buena y mala fe.

El Diccionario de Uso del Español de Marfa Moliner menciona como primera acepción de la palabra confianza, la actitud o estado de confiado. En el mismo diccionario y como significados del verbo confiar se incluyen: fidedigno, fiel, leal y fiar.

El mismo lexicón apunta como concepto de fiar el garantizar a alguien con su propia responsabilidad que otro cumplirá cierto compromiso; confiar en algo o en alguien; etc. Finalmente, se indica que fé es sínonimo de fiar, (44)

Según se puede ver todos estos términos están relaciona--dos y cuando se habla de confianza, se puede referir a un sinónimo de relaciones, que abarcan mucho más que la simple cualidad atribuida a una persona o la esperanza en algún acontecimiento.

De acuerdo con todo esto la confianza alcanza a compren--der relaciones de fidelidad entre las personas o la fé que se --tiene en alguien o en algo.

Para el Derecho Civil éstas relaciones de fidelidad revisten importancia en algunas instituciones y a la fé se le ha transformado para tipificar el modo de actuar de un sujeto en un mo--mento determinado o lo que se espera de su actuación, cuando aún no se produce.

Veré a continuación, de acuerdo al Código civil del Distri--to Federal vigente, qué relaciones de fidelidad se encuentran re--guladas y de qué manera se ha elaborado la fé.

a).- Las relaciones de fidelidad.

Primero me ocuparé de aquéllas relaciones de fidelidad que se encuentran en el código civil para después elaborar un concep--to de éstas.

a').- En los esponsales,

Según el artículo 139, la promesa de matrimonio que se ha--ce por escrito y es aceptada, constituye los esponsales.

La relación de fidelidad surge aquí desde el instante en --que se acepta la promesa de matrimonio. A partir de entonces los dos promitentes esperan que entre ellos se respete el compromiso y que llegado el momento se cumpla fielmente.

(44) Ob, cit, Págs. 1289, 1299, 1399 y 717,

La relación que les une es evidentemente afectiva y el interés común se centra en contraer nupcias,

La ley le reconoce un valor afectivo al compromiso matrimonial, por ello, en su artículo 143 indica que el que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado. Es más, el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales tendrá la misma responsabilidad.

El tercer párrafo del artículo 143 contiene una mención que hace más patente la fidelidad que se deben los promitentes, al establecer que el prometido que falte a su compromiso sin causa grave, deberá pagar una indemnización a título de reparación moral cuando, por la duración del noviazgo; la intimidad establecida entre los promitentes; la publicidad de las relaciones; la proximidad del matrimonio, o alguna otra causa semejante, cause un grave daño a la reputación del inocente.

Independientemente de la consideración que pueda hacerse sobre este artículo y los llamados derechos de la personalidad, no cabe duda que quienes celebran los esponsales se unen por lazos de profundo afecto, que obligan a las dos partes a respetar su promesa, pues se presume un interés común en casarse, en pocas palabras, se tiene fé en que el matrimonio los hará felices.

b').- En el matrimonio.

La primera aclaración que sobre este punto debo hacer es que el matrimonio en su conjunto no es una relación de fidelidad, sino que como parte del mismo se dan éste tipo de relaciones entre los cónyuges, y para comprobarlo me referiré a determinados artículos:

El artículo 147, dispone que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o la ayuda mutua que se de--

ben los cónyuges, se tendrá por no puesta,

Es la ayuda mutua una relación de fidelidad que se deben los esposos, pues sin esa ayuda mutua el matrimonio simplemente no sale adelante,

Los artículos 162, 164 y 168, ratifican en forma positiva que los cónyuges están obligados a contribuir con los fines del matrimonio; a contribuir económicamente al sostenimiento -- del hogar; a su alimentación; al cuidado, alimentación y educación de los hijos, y a resolver de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar. Estas relaciones son de fidelidad, pues, es evidente, que sin fe entre los cónyuges y en la institución del matrimonio, éste fracasará,

Los artículos 156 en su fracción X, 216 y 267 en su fracción I, demuestran que los cónyuges se deben, el uno al otro, - fidelidad, entendida ésta como el respeto a la persona con la - que se está casado y el respeto a la institución que los une.

Lógico es que el adulterio sea una causa de divorcio y que al estar casado con una persona, no se pueda contraer nupcias con otra, mientras subsista el vínculo anterior, pues la ley le reconoce un valor significativo a la fidelidad que se deben los esposos.

c'). - En el concubinato.

El concubinato tiene relaciones que se asemejan a las -- que se dan en el matrimonio y por tanto, puede decirse que entre el concubino y la concubina existen relaciones de fidelidad que en su mayoría aún no son reconocidas por la legislación civil del Distrito Federal. (45)

A pesar de lo anterior, puede decirse que entre el concubino y la concubina se reconocen relaciones de fidelidad tratándose de los descendientes,

d'). - En la adopción,

(45) En los Códigos Civiles de Tlaxcala de 1976, Quintana Roo de 1980 y Puebla de 1985, ya el concubinato se equipara en todos sus efectos, al matrimonio.

La adopción en sí no es una relación de fidelidad, sin embargo, en la misma se comprenden este tipo de relaciones entre adoptante y adoptado.

Si se analiza la fracción II del artículo 405, se aprecia que la adopción puede revocarse por ingratitud del adoptado. Esto significa que el adoptado debe tenerle a su adoptante agradecimiento por encargarse de él y por darle afecto, aparte de las demás obligaciones que se tienen para él. Si el adoptado no es capaz de mostrar gratitud, el adoptante puede pedir que se revoque la adopción al haberse incumplido una relación de fidelidad.

e).- En la patria potestad.

En el artículo 411 del código civil se establece que los hijos, cualesquiera que sean su estado, y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

El artículo 413 indica por su parte que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos y los artículos 422 y 423, señalan que las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, deben educarlo convenientemente, debiendo de observar una conducta que sirva de buen ejemplo y contando con facultades para corregirlos.

Sin lugar a dudas que la honra y el respeto que los hijos les deben a los padres y la atención y cuidados que éstos merecen, son relaciones de fidelidad, que se deben tomar en cuenta entre las variadas relaciones que existen entre padres e hijos.

f).- En la copropiedad.

El artículo 943, dice que cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copropietarios usarla según su derecho.

El artículo 944, se refiere a los gastos de conservación

de la cosa común y el artículo 946 indica que en la administración de esta cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría.

Por otro lado, el artículo 951 determina lo relativo a departamentos, viviendas, casas o locales de un inmueble, construidos en forma vertical, horizontal o mixta, susceptibles de aprovechamiento independiente y que conocemos como condominios.

Yo creo que los copropietarios, en bien de la cosa común, se guardan entre ellos relaciones de fidelidad, puesto el interés común de todos en la conservación del bien del que son comuneros.

Sobre todo en los casos de copropiedad en condominio, las relaciones de fidelidad hacen que las personas pongan toda su diligencia en la administración y cuidado del bien común.

Estimo conveniente que el código civil fuese más claro y más severo respecto a las relaciones de fidelidad que debe haber entre los copropietarios de la copropiedad en condominio e incluso entre los arrendatarios que viven en un mismo edificio, a fin de que las relaciones entre éstos se ventilaran en un clima de cooperación y armonía y no en el desorden que se acostumbra a ver.

g').- En la servidumbre.

En los predios entre los que está constituida una servidumbre voluntaria, los dueños tienen derechos y obligaciones que la ley determina, sin embargo, analizando el contenido de los artículos 1123 y 1124 se encuentra alguna relación de fidelidad entre el dueño del predio dominante y del predio sirviente, ya que si el dueño del predio sirviente, en el lugar designado para el uso de la servidumbre encuentra graves inconvenientes, podrá ofrecer otro que sea cómodo al dueño del predio dominante.

Asimismo, el dueño del predio sirviente puede ejecutar obras que hagan menos gravosa la servidumbre.

Debe tenerse presente que en el Código civil para el Distrito Federal vigente impera la idea de la "función social" en la propiedad y que para darle un fin social a algo, es indispensable tener fe en la sociedad en la que se está viviendo y cooperar con las demás personas con las que se tienen tratos jurídicos, así pues, en la servidumbre voluntaria se pueden ubicar relaciones de fidelidad en interés de aprovechar debidamente este derecho real.

h'.- En la gestión de negocios.

El artículo 1896 del código civil la define de la siguiente forma:

"El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del negocio".

El gestor, según disposición del artículo 1897, debe desempeñar su encargo con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios.

La gestión de negocios existió en Roma y allá como aquí, está fundada en una idea de solidaridad, con las obvias distinciones que existen entre la Roma de aquel entonces y el México de hoy en día.

Esta idea de solidaridad social tiene aspectos en los que se pueden encontrar relaciones de fidelidad, mismas que se reconocen por la ley, tan es así que el artículo 1906 menciona que la ratificación pura y simple del dueño del negocio, produce todos los efectos de un mandato, contrato relacionado con la confianza.

Con la gestión de negocios se va viendo como la función social representa aspectos de fe entre las personas que forman parte de una misma comunidad.

i).- En la promesa de contrato.

El artículo 2243 del código, menciona que puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro y el artículo 2245 afirma que la promesa de contrato sólo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido.

El simple hecho de prometer a otra persona, hace que ésta deposite su fe en que se cumplirá dicha promesa, siendo más que clara la relación de fidelidad, que además es sancionada por el propio código en su artículo 2247, cuando el promitente rehusa firmar los documentos para dar forma legal al contrato o trasmite la propiedad del bien a un tercero de buena fe, en cuyo caso deberá cubrir lo que el propio código dice al respecto.

j).- En el comodato.

El comodato es el contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente. (46)

El artículo 2502, menciona que el comodatario está obligado a poner toda diligencia en la conservación de la cosa.

Siendo el comodato un préstamo de uso gratuito, lo mínimo que se puede esperar del comodatario es que tenga cuidado en el bien que se le ha prestado. Si se reconoce que en el código impera la idea de la función social, se puede admitir que una relación de fidelidad existe entre las partes de este contrato por conservar la cosa materia del mismo.

Estas son a mi juicio las más claras relaciones de fidelidad que regula el código civil, sin excluir a las que se pudieran presentar en las instituciones que tienen que ver con la noción de la confianza y que ya dejé estudiadas. Me dejo una interrogante acerca de la posibilidad de que este tipo de relaciones se pue

(46) ZAMORA Y VALENCIA MIGUEL ANGEL. Ob. cit. Pág. 171 y sgs.

dan dar en el juego y la apuesta y en la simulación lícita de - actos jurídicos.

Ahora bien, el siguiente paso, consiste en elaborar una definición o concepto de relación de fidelidad, para lo cual he bré de buscar los elementos comunes a todas las relaciones que encontré en el código civil de este tipo.

Dicho concepto que propongo es este:

"Relaciones de Fidelidad son las que se establecen entre dos o más personas, tomando en cuenta el afecto que se guardan o la relación jurídica que les une, por las cuales quedan constreñidas a ser leales - en el cumplimiento de las obligaciones -- convencionales o legales que tienen, o en las promesas que se hacen, de acuerdo a los intereses y fines comunes y sociales-fijados para una convivencia armoniosa y equitativa."

De todas las relaciones que según mi concepto abarca el código civil y que tienen que ver con la fidelidad, el elemento común a todas es que se adquiere siempre un compromiso moral entre dos personas por lo menos, para que en base al mismo mantengan empeño en observar todas aquellas conductas que llevan a feliz término el negocio que les une.

Si una diferencia pudiese existir entre la fidelidad y la confianza, ésta podría ser que la confianza se deposita por lo general en una persona o en un acontecimiento, mientras que la fidelidad requiere del compromiso de dos personas y su interés por hacer más fácil y más feliz su vida.

Para José Luis de los Mozos la fidelidad es un aspecto de la fides, señalando el mismo autor que la fidelidad tiene -- su fundamento natural en la vida humana de relación, pues de ésta deriva incluso la confianza. (47)

La fides existió en Roma y en la misma tuvo diversas - -

(47) DE LOS MOZOS JOSE LUIS. El Principio de la Buena Fé. Ed. - Bosch, Barcelona 1965, Pág. 22.

aplicaciones, por ejemplo, en las relaciones entre Roma y otros pueblos, como "fides populi romani". También se le utilizó en las relaciones internas para fundamentar el poder político en el "venire in fidem". De las relaciones con los extranjeros -- (peregrinos), surgieron otras formas de aplicación, como bona fides, en la vida mercantil; en la societas iuris; en las relaciones entre patronato y clientela; en las relaciones de amistad privada en el ambiente de los senadores y los caballeros; en el instituto del consilium; en la tutela; en la gestión de negocios ajenos; en el mandato; en el derecho hipotecario; en el fideicommissum; en la fidelidad al juramento o el valor de la promesa; en la doctrina de las fuentes, es decir, en la obligatoriedad para el pretor de atenerse a sus edictos. En el ius honorarium, como bona fides, se aplicó en el nexum; en los contratos consensuales que no estaban sujetos a forma solemne; en la jurisprudencia como "bonae fidei iudicia"; en el derecho procesal en las acciones ex fide bona y en las excepciones excepti doli, (48)

Como puede verse, la fides tuvo un campo de aplicación bastante amplio. Cuando en Roma se fueron terminando las formas solemnes en los contratos, la fides se ligó con aspectos morales que fundamentan el cumplimiento de los mismos y fué así como surgió la noción moderna de buena fé, la que pasará a estudiar de acuerdo a como la regula nuestro código civil.

b).- La buena y mala fé.

Este es uno de los temas que ocasiona mucha controversia, especialmente porque nadie se pone de acuerdo sobre el significado que se le debe dar a la buena y mala fé.

El código civil menciona estos términos en diversos artículos: así la buena fé se emplea en los artículos 198, 199, -- 248, 255, 256, 257, 261, 344, 798, 799, 800, 806, 807, 808, 810, 811, 815, 900, 921, 929, 1152, 1153, 1796, 1886, 1887, 1888, -- 1889, 1890, 2076, 2087, 2165, 2184, 2557, 2597, 2598 y 2770, y --

(48) DE LOS MOZOS JOSE LUIS. Ob.cit. Págs. 22, 23, 24 y 25.

la mala fé se menciona en los siguientes: 200, 201, 202, 261, - 344, 806, 812, 813, 897, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 916, 922, 923, 928, 931, 932, 1152, 1816, 1883, 1884, 1885, 2129, 2164, -- 2166, 2167, 2168, 2169, 2434, 2521 y 2558.

Pasaré a analizar en forma general el articulado en cuestión para, con posterioridad, poder precisar qué se debe entender por buena fé y por mala fé y su relación con el tema que me ocupa.

a').- Buena fé.

a'').- Artículos 198 y 199.- Tratan de las consecuencias de un matrimonio declarado nulo en la sociedad conyugal.

De la buena fé de los cónyuges dependerá la subsistencia de la sociedad conyugal, esto es, que la sociedad se puede considerar subsistente hasta que se pronuncie sentencia ejecutoriada, siempre que los dos cónyuges hubiesen procedido de esta manera. Si sólo uno de los cónyuges tuvo buena fé, la sociedad también subsistirá hasta que cause ejecutoria la sentencia, con la excepción del propio artículo 199.

b'').- Artículos 248, 255, 256, 257, 261 y 344. Tratan sobre las consecuencias jurídicas del matrimonio nulo sobre las personas de los cónyuges.

De la buena fé de los cónyuges depende que el matrimonio contraído produzca todos sus efectos civiles mientras éste dure, estableciéndose una presunción iuris tantum en el artículo 257.

c'').- Artículos 798, 799, 800, 806, 807, 810, 811 y 815.- Tratan acerca de la buena fé en relación a la posesión.

Se fijan algunas reglas importantes, por ejemplo, se dice que el poseedor de una cosa mueble perdida o robada no podrá recuperarla de un tercero de buena fé; también se menciona que las monedas y los títulos al portador no pueden ser reivindicados --

del adquirente de buena fé. En el artículo 806, se dice que es poseedor de buena fé el que entre en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho de poseer, presumiéndose siempre esta buena fé, aunque esta presunción, pueda destruirse por quien afirme que esta no existió. Por último, los artículos 810 y 811 hablan de los derechos de los poseedores de buena fé.

d).- Artículos 900, 921 y 929. Tratan de la buena fé en la accesión.

El artículo 886, dice que la propiedad de los bienes dá derecho a todo lo que ellos producen o se le une o incorpora natural o artificialmente. Este derecho se llama de accesión.

e).- Los artículos 1152 y 1153. Tratan de la usucapión o indebidamente llamada prescripción positiva o adquisitiva.

De la buena fé del poseedor depende el término para que pueda adquirir bienes por usucapión.

f).- Artículo 1726. Este artículo reviste especial importancia. En el mismo se indica que desde que se perfeccionan los contratos, obligan a los contratantes al cumplimiento de lo expresamente pactado y a las consecuencias que según su naturaleza van de acuerdo a la buena fé, al uso o a la ley.

g).- Artículos 1886, 1887, 1888, 1889 y 1890. Tratan de la buena fé en el enriquecimiento ilegítimo.

El artículo 1886, se refiere al caso en el que un tercero adquiere un bien de buena fé, estableciéndose que sólo podrá haber reivindicación cuando la enajenación se hace a título gratuito.

El artículo 1887, por su parte mencionada el supuesto -- de que una persona de buena fé hubiere aceptado un pago indebido de una cosa cierta y determinada,

Los artículos 1888 y 1889, también se refieren a pagos in

debidos que hubieren sido recibidos o aceptados por una persona de buena fé y, por último, el artículo 1890 indica el caso de - quien paga, creyendo de buena fé que libera un crédito legítimo y subsistente.

h").- Artículos 2076 y 287. Tratan de la buena fé cuando se hace el pago.

Refieren el pago hecho de buena fé y el pago que se hubiere hecho de buena fé con bien fungible, cuando el acreedor - lo haya consumido de buena fé.

i").- Artículos 2165 y 2184. Tratan de la buena fé que pueda existir en los actos celebrados en fraude de acreedores y en la simulación de actos jurídicos.

En ambos casos se trata de actos anulables, sólo que la consecuencia varía con la conducta de buena fé de quienes hubieren celebrado el acto jurídico.

j").- Artículos 2557, 2597 y 2598. Tratan de la buena fé que pueda existir en determinadas circunstancias dentro del contrato de mandato.

El artículo 2557 se refiere al caso en que queda nulo el mandato y sólo se dejan subsistentes las obligaciones contraídas entre el tercero de buena fé y el mandatario. Los artículos 2597 y 2598, hablan por su parte de casos específicos en que el mandatario o terceros procedan de buena fé.

k").- El artículo 2770. Trata de la buena fé en el contrato aleatorio del juego y la apuesta.

Se dice que el que haya dado forma de título a una obligación de juego o apuesta, debe pagarla al portador de buena fé, aunque se conceden los derechos del artículo 2765.

h').- Mala fé.

Se le menciona en los siguientes capítulos.

En el que se refiere al matrimonio al tratar de la sociedad conyugal; en el tocante a los matrimonios nulos; en la posesión; en la accesión; en la usucapión o mal llamada por el Código Civil del D.F. prescripción positiva; en el punto relativo a los vicios del consentimiento; en el enriquecimiento ilegítimo; en el saneamiento para el caso de evicción; en lo referente a los actos celebrados en fraude de acreedores; en las obligaciones y derechos del arrendatario; en el contrato de depósito y en el contrato de mandato.

Después de este breve repaso acerca de lo que menciona el código civil en relación con la buena y la mala fé, haré la conexión con el tema de la tesis.

La fides tuvo, según apunté, varias aplicaciones en el Derecho Romano. Las de mayor importancia se reflejaron en correcciones a la rigidez en la aplicación del derecho; en fundamentar el cumplimiento de los contratos no solemnes, y en gufa de conducta para hacerse acreedor a un derecho.

Con el tiempo, estos aspectos de la fides crearon a la bona fides o buena fé. Su significación original tenía mucho más de contenido moral, pues en base a la misma se exigía de los sujetos una actitud honesta y acorde con las necesidades sociales.

Más adelante la buena fé se transformó en un modelo de conducta social, considerada en forma objetiva. Desde este punto de vista se exige de los sujetos no sólo el evitar conductas prohibidas y deshonestas, sino que deben actuar estos en forma positiva, persiguiendo lo mejor para la convivencia comunitaria. Esta buena fé objetiva, como comportamiento de fidelidad, está situada en el mismo plano en el que se encuentra la ley, pues se le da una función de norma dispositiva, es decir, está ubicada como una regla obligatoria para todos los sujetos en cuanto a su forma de actuar.

El ejemplo más claro al respecto se encuentra en el ar---

artículo 1796 del código. Este artículo obliga a quien intervenga en un contrato, a cumplir, no sólo con lo expresamente pactado, sino además con las consecuencias que vayan de acuerdo a la buena fé, a los usos y a la ley. En este sentido, la buena fé se ubica en un plano que consiste en la ausencia de espíritu lesivo y en el comportamiento o creencia de que se está obrando conforme a la ley y a la justicia.

Lo anterior tiene relevancia porque la buena fé objetiva abarca un tipo de conducta que compromete a los sujetos para que busquen el mayor beneficio y equidad en sus relaciones. Ya no se trata de permanecer indiferente a circunstancias extraordinarias, limitándose a cumplir con las obligaciones expresamente pactadas, sino que se debe procurar hacer todo lo posible por cumplir dichas obligaciones de acuerdo a las contingencias que se puedan presentar, con afán de justicia.

Verbi gratia, se contrata a una persona por sus conocimientos musicales, para que haga una programación con lo mejor de la música clásica, a fin de que las obras escogidas sean transmitidas por la radio.

El experto musical tiene obligación de escoger música clásica, pero si él, en razón de su sapiencia, pasa por alto que se festeja el aniversario de un compositor importante e ignora las festividades que en su nombre se hacen, limitándose a señalar algunas otras obras, se puede asegurar que no está actuando de buena fé, ya que deja de tomar en cuenta que el interés del público está concentrado en la obra del compositor cuyo aniversario se festeja.

En este caso, la actuación que se calificaría de buena fé, sería aquella en la que esa misma persona pusiese más interés y diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. No basta pues con cumplirse con lo expresamente pactado ni con lo que la ley exige, sino que debe existir el ánimo de hacer el bien, lo -

justo y lo equitativo.

La ausencia de este tipo de comportamiento origina a la mala fé, sin embargo, la mala fé no se utiliza por el código civil en ese sentido, ya que el código habla en realidad de mala intención.

Coincido con la opinión que a este respecto sostiene el Lic. Gutiérrez y González, pues el código civil no emplea el término mala fé como antónimo de la buena fé objetiva, sino que se refiere a conductas subjetivas sancionadas por la mala intención de las personas que las realizan. (49)

Aparte de esta buena fé objetiva, es común que se hable de una buena fé subjetiva, entendiéndola como la conducta adecuada de un sujeto en una relación jurídica determinada y en cumplimiento a las normas de derecho.

Esta buena fé subjetiva da lugar a que se diga que hay buena fé cuando una persona conociendo el contenido y alcances del derecho, actúa de conformidad con lo que se estipula y lo peor es que hay quien se atreve a sostener que la mala fé es el actuar en forma contraria al orden jurídico, a sabiendas de que se obra en forma indebida.

Yo por mi parte me resisto a creer que la buena fé deba de confundirse con un simple conocimiento o creencia de que se actúa en forma adecuada, pues considero que la buena fé exige que se tenga conciencia de lo justo y de lo razonable. Todo lo que se oponga a este significado de buena fé debe tenerse como buena intención, de la misma forma que el código, cuando regula a la mala fé, está refiriéndose únicamente a la mala intención de una persona, sin que en alguna norma se exprese que la simple ausencia del sentido de equidad da lugar a una auténtica mala fé.

Creo que no tiene relevancia determinar si la fides fue-

(49) GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO, Derecho de las Obligaciones- José M. Cajica Jr. S.A. Sa. Ed. 1974. Págs. 285 y sgs.

el origen de las aplicaciones de la noción de la confianza o si sucedió lo contrario, pues lo que me interesa es hacer notar -- que la confianza, en su aplicación jurídica, está entrelazada - con otros puntos, que han dado origen a las más diversas instituciones.

C.- El concepto de fiducia mencionado en este trabajo y su aplicabilidad probable en el Código Civil para el Distrito Federal.

Debo insistir en que para mí, la fiducia no es simplemente un sinónimo de confianza, pues ya anoté que la confianza en el mundo del derecho se adopta por varias instituciones de manera muy distinta en cada una, además, la confianza está estrechamente vinculada con las relaciones de fidelidad que regula el propio código civil, mismas que derivaron de la fides que originó a los conceptos de buena y mala fé.

No cabe duda que si se utilizara la palabra fiducia como equivalente de confianza, se podrían crear confusiones que denotarían poco afán de estudio y de técnica jurídica. Por eso, -- sostengo que la fiducia es:

"El acto jurídico por medio del cual una persona, que es titular de determinados bienes o derechos que no sean estrictamente personales, transmite éstos en su totalidad o en parte a otra persona, --- quien debe ejecutar con los mismos, los actos que le hubiese encomendado el transmitente mediante un acto entre vivos -- o por causa de muerte, y en beneficio de uno o varios terceros, siendo la confianza en cumplir con lo encomendado el motivo principal de esa transmisión de bienes y derechos".

Esta es la verdadera fiducia, que derivó de la noción de la confianza. No hay pues confusión gramatical, pues la verdad

es que en el mundo del derecho, cuando se habla de fiducia, - - siempre se hace referencia a una relación en la que se transmiten bienes y derechos, fundándose esa transmisión en la confianza que se deposita en una persona.

Tomando en cuenta este concepto de fiducia, puedo afirmar que ésta no está contemplada en el Derecho Civil Mexicano.

La razón de esto es muy sencilla. La fiducia en el Derecho Romano se utilizó para alterar ciertas reglas muy rígidas del derecho vigente en aquella época. Poco a poco las normas fueron evolucionando y las instituciones como la tutela, el matrimonio, etc., evolucionaron lo suficiente como para evitar -- que se celebraran pactos de fiducia en base a los cuales se lograrán fines que el derecho positivo de entonces hacía imposibles.

Muchos años pasaron para que la posesión, la propiedad, las servidumbres, el usufructo, la prenda, la hipoteca, los contratos, la teoría general de las obligaciones, las sucesiones, etc., fueran adquiriendo sus características propias. Estas -- instituciones daban la posibilidad a las personas civiles de intervenir en la vida social con la certeza de poder lograr los objetivos de su vida, considerando, desde luego, que la vida no tenía las posibilidades que ofreció en el siglo pasado y que -- ofrece en la actualidad.

Lo único del Derecho Romano que sobrevivió, tratándose de la fiducia, fueron las substituciones fideicomisarias, bien acogidas por el régimen económico feudal.

Cuando las ideas del liberalismo se extendieron, chocaron con lo que representaban las instituciones fideicomisarias, por eso los códigos civiles de 1870, de 1884 y el actual de 1928, -- prohíben éstas.

Los artículos 1473, 1478, 1479 y 1482 del vigente código

civil, son la confirmación plena de este hecho,

Las excepciones a esta prohibición se encuentran en los artículos 1480 y 1483 del código civil, que contienen reglas -- acerca de lo que se conoce como "substituciones fideicomisarias permitidas".

El hecho de que la fiducia no esté contemplada por el -- actual código civil, no significa, que no se pueda incorporar -- al mismo, eso sí, debidamente reglamentada.

3.- CONCLUSIONES ACERCA DE LA FIDUCIA Y SU RELACION AL -- DERECHO CIVIL MEXICANO.

Al iniciar el apartado 2, hice una propuesta, cuya última parte tiene su colofón aquí.

La primera conclusión es que fiducia no es sinónimo de -- confianza, sino que tiene las implicaciones a las que ya hice -- referencia.

Una segunda conclusión es que el Derecho Civil Mexicano, no tiene incorporada en alguna de sus partes a la fiducia, como yo la entiendo.

A este respecto hay algo muy interesante, que es lo siguiente:

El principio de fiducia se encuentra también presente en una institución jurídica de origen anglo-sajón como lo es el -- trust. En Inglaterra y en los Estados Unidos de América, el -- trust consiguió en la vida civil de las personas, lo que en los países de tradición romanista consiguieron otras instituciones -- más elaboradas, como por ejemplo, el derecho real de propiedad, el derecho real de usufructo, etc.

Durante muchos años la fiducia fue del todo innecesaria -- en los países de tradición romanista, es más, después de la Re -- volución Francesa, ni las substituciones fideicomisarias tenían

razón de ser, pues era evidente que en la vida civil estaba perfectamente bien regulada por códigos civiles, que después del ejemplo napoleónico, fueron adoptados en casi todas partes,

En Inglaterra y en los Estados Unidos de América no necesitaban copiar al derecho romanista, pues el trust era el medio que les permitía cubrir todas sus necesidades civiles.

A finales del siglo pasado y comienzos de éste, la revolución industrial había transformado por completo a Inglaterra y a los Estados Unidos de América, quienes desde el punto de vista mercantil y comercial, se colocaban a la vanguardia del mundo moderno.

Sobre todo en los comienzos del siglo XX se notaron profundos cambios en el seno de estas sociedades. Los habitantes de Inglaterra y de los Estados Unidos tenían que adaptarse a las nuevas necesidades del capitalismo moderno.

La vida civil dejaba de ser acartonada e inmóvil y exigía de todos los ciudadanos ser más prácticos, más ágiles, más participativos y sobre todo más modernos.

La vida tranquila del campo llegaba a su fin y las grandes ciudades empezaban a convertirse en lo que son hoy en día. Las riquezas provenían de la habilidad en los negocios y no necesariamente de los antiguos métodos de producción. Las personas comenzaron a participar en sociedades mercantiles comprando acciones o bonos, así mismo, desarrollaron un mayor interés en la inversión de valores, en la especulación con bienes raíces, etc., ya que esos eran los medios para edificar una fortuna familiar.

El trust sirvió a las mil maravillas para este propósito. Las personas civiles podían encomendar a otra persona más hábil la atención de sus bienes, mientras que ellos trabajaban en sus ocupaciones habituales. No tardaron en formarse empresas que adoptaron la forma del trust para constituirse.

Mientras esto sucedía en Inglaterra y en los Estados Unidos, los demás países, en especial los de tradición romanista, encontraban muchas dificultades para adaptarse a este sistema rápido y práctico. El Derecho Civil era sin duda eficaz, sin embargo, se complicaba demasiado cuando se trataba de celebrar todos los actos jurídicos que llevaran al mismo camino de protección de bienes, esto es, había que celebrar mandatos u otro tipo de contratos, había que intervenir en operaciones de compra-venta o de administración, era necesario pues que la persona fuese muy ducha para mantenerse al paso de los tiempos.

Sin duda que Inglaterra y los Estados Unidos de América tienen grandes defectos como naciones, sin embargo, se encuentran a la cabeza del mundo por sus múltiples virtudes y sobre todo porque sus habitantes actúan con gran sentido práctico.

Llegó el instante en que esto causó mucha admiración y no tardaron en producirse las siempre odiosas imitaciones. Una de estas imitaciones se dio en el campo del derecho cuando, en diversos países de tradición romanista se trató de copiar el trust anglo-sajón.

Muchos errores se cometieron en este afán de copia, pero resaltan la falta de cuidado y de estudio, tanto de la institución de origen netamente anglosajón, como en la naturaleza de los distintos derechos romanistas. A nadie se le ocurrió modificar el sistema romanista y adaptarlo a las necesidades del mundo moderno y ciegamente se creyó que era indispensable copiar el trust a costa de lo que fuere.

Desde luego que entiendo que en muchas ocasiones, sobre todo en Europa, los países de tradición romanista se tenían que enfrentar con problemas derivados de trusts que se celebraban en Inglaterra y que tenían que ejecutarse en territorios ajenos a la institución, sin embargo, prevaleció la precipitación y no el buen sentido para resolver esos conflictos.

El afán de no quedarse rezagados, llevó a muchos países a copiar el trust y los mexicanos, no fuimos la excepción.

Cuando en México se ocurrió tan nefasta copia, se cometieron muchos errores, pero los más destacados son éstos:

a).- En los países anglosajones incluso las personas físicas pueden ser fiduciarias y esto se debe al hecho de que en su principio, el trust se aplicaba en las relaciones civiles y más adelante se le incorporó a la vida mercantil, porque se exigía más participación de los ciudadanos en la vida capitalista.

En el trust la confianza sigue siendo un elemento fundamental.

Aquí, en México, eso se olvidó por completo, pues, por disposición de la ley, sólo pueden ser fiduciarias las instituciones que la ley autoriza para tal efecto, que siempre son personas morales.

En México, por ley, se tiene que depositar la confianza, a fuerza, en una institución de crédito, lo que es criticable, no porque no merezca confianza, sino porque se priva a las personas civiles de libertad para poder relacionarse, o sea, se les considera suficientemente deshonestas como para no poder funcionar como fiduciarias.

b).- El trust sirvió y sirve a propósitos de personas civiles en su vida civil y en ocasiones cuando constituyen un trust no siguen ningún fin comercial o especulativo.

En México, aunque una persona disponga de sus bienes en un testamento y constituya un fideicomiso, sin que ello tenga relación alguna con la vida mercantil del país o de los individuos, la institución copiada es, por disposición de la ley, un acto de comercio.

A ese acto de comercio se le han de aplicar las normas--

de Derecho Mercantil y Bancario que están en vigor, no así las disposiciones del código civil que está para regular las relaciones entre las personas civiles.

c). - Asombra darse cuenta de que los ciudadanos de los Estados Unidos de América en especial, sean tan ordenados y respetuosos de la ley y con frecuencia se olvida que esa conducta fué fomentada con la idea del compromiso comunitario en un ambiente de libertad.

La libertad tiene muchos riesgos, entre ellos, se encuentra el de equivocarse ejecutando actos antisociales, sin embargo, una sociedad libre y responsable va creando una conciencia de colaboración y de seguridad entre sus miembros.

No entiendo el temor del legislador mexicano a que las personas físicas puedan ser fiduciarias, a pesar de los riesgos que se pueden correr, pues está visto que no hay libertad sin riesgo y que no puede haber avance y responsabilidad sin libertad.

El Derecho Civil fué despreciado olímpicamente como si se tratara de un sistema viejo y obsoleto, cuando por el contrario es el Derecho Civil el que requiere de sangre nueva para adaptarse a las nuevas inquietudes sociales.

Si la vida del mundo moderno requiere de cambios en las personas físicas, pues no queda más que volverse más dinámicos adaptando el Derecho Civil a las nuevas necesidades.

En México, cuando se copió al trust, se le adaptó a la vida mercantil, se le puso un término que no le corresponde, y se le modificó la esencia de la fiducia.

Debo insistir en que el trust no tuvo su origen en el Derecho Romano, sino que el principio de la fiducia que se contiene en él mismo, es producto de una necesidad social que tuvieron los ingleses en su tiempo. Ambos pueblos, sin haberse conocido,

utilizaron el mismo principio para crear instituciones de derecho diferente.

En México se debió analizar con cuidado este principio de fiducia y se debió adaptar a la vida civil, que tanto lo necesita y no nada más a la vida mercantil, a la que también le es indispensable.

Desde el primer capítulo manifesté que el principio de la fiducia es un principio nacido en las relaciones entre las personas civiles, habiendo sostenido que era un principio aplicable a una rama en especial del derecho. Pues bien, aún que se pueda considerar que dicho principio ha rebasado los límites del Derecho Civil hacia normas de Derecho Mercantil, Comercial o Administrativo, es innegable que, su principal aplicación se da entre personas civiles; de ahí mi insistencia para que en los códigos civiles se tome esto en cuenta, pues favorecería enormemente la facilidad para que las personas intervinieran en muchos más actos.

En base a las consideraciones anteriores, y en la verdad de que el principio de fiducia se requiere en el Derecho Mexicano, se le debe incorporar al Derecho Civil, en una forma inteligente y acorde al origen romanista que se tiene en México.

CAPITULO IV

LA EVOLUCION DEL PRINCIPIO DE FIDUCIA HACIA EL -
DERECHO MERCANTIL Y ADMINISTRATIVO. SU DEFORMA--
CION EN LOS MISMOS.

1.- LA EVOLUCION DEL PRINCIPIO DE FIDUCIA HACIA EL DERECHO MERCANTIL.

Es indudable que el principio de la fiducia rebasó al Derecho Civil y que ésto se debió, conforme lo expuse en el capítu lo III, a que con el tiempo las necesidades del ser humano contemporáneo le llevaron hacia una vida más completa en la que ya no sólo se limitaba a las antiguas formas de convivencia, sino que se le exigía participar más en las actividades comerciales y mercantiles del mundo moderno.

Los seres humanos desde principio de este siglo, gracias al ayance científico, han podido conocerse mejor y se relacionan con más facilidad y mayor rapidez. Hoy en día, una persona que trabaja y obtiene un salario por su labor, debe ponderar todas las expectativas que se le ofrecen para invertir en algo productivo el dinero percibido, de tal forma que se puede acudir a --- una institución bancaria para efectuar un depósito, o bien se -- puede participar en el mercado de valores o en mercados de dinero. También es frecuente observar que muchas personas emplean sus recursos en bienes raíces o en prácticas comerciales aisladas, etc., de tal forma que su capacidad esté siempre en movi--- miento y les pueda redituar beneficios.

Todos los países en la actualidad tienden, de alguna manera o de otra, a que sus habitantes estén más comprometidos con la vida comercial y mercantil de la nación.

Fué por todo esto que la fiducia llegó al campo del Derecho Mercantil, inundándolo y beneficiándolo enormemente.

Desde hace varios siglos se encontró que el comercio tiene también importantes pilares en la confianza, por ejemplo, la idea del crédito, la representación comercial y las sociedades mercantiles, son una buena muestra de tres áreas en las cuales la confianza ha jugado un papel de primer orden, pues sin ésta -

no se hubiesen podido consagrar esas tres instituciones,

El trust del Derecho Anglo-norteamericano resultó espléndido en la vida mercantil por las siguientes razones:

a).- No todas las personas son expertas en asuntos mercantiles o comerciales. De hecho en algunos aspectos éstos resultan bastante complicados y se consideró que resultaba muy conveniente poder constituir un trust en el cual el trustee fue se una persona con capacidad para conducirse con acierto en los negocios,

b).- La vida moderna trajo consigo muchas innovaciones en la vida mercantil, requiriéndose grandes sumas de dinero para los innumerables proyectos que se tenían en mente.

Si se deseaba constituir un trust para la construcción de un edificio, o para el manejo de gran volumen de acciones de determinadas empresas, era necesario que el trustee tuviese, no sólo gran capacidad para cumplir con el encargo, sino que también se exigió que contase con capital suficiente para responder en lo personal de las obligaciones que contrajere por motivo del trust.

La solución fué que se crearan compañías, con un capital elevado, cuyo objeto primordial fuese el de servir como trustees para aquellas personas interesadas en constituir un trust y que buscaran mayor seguridad en el manejo de sus bienes.

Estos son a mi juicio los dos motivos principales para que el trust entrara de lleno en la vida mercantil, sin que se olvide que su verdadera esencia nació en las relaciones entre las personas civiles.

Fué el trust del Derecho Anglo-Sajón el que propició que la fiducia entrara en la vida mercantil. El trust está inspirado en el principio de la fiducia, aunque no haya sido influenciado por el Derecho Romano, remitiéndome a lo que ya expuse al

respecto, en el sentido de que los ingleses y los romanos utilizaron, sin conocerse, el mismo principio, por circunstancias especiales que dieron lugar a que se idearan formas de protección del patrimonio personal y que fueron formando al principio de la fiducia.

Resulta también muy claro que el principio de la fiducia dejó de utilizarse por los países de tradición jurídica romanista y, cuando se dieron cuenta de que requerían de una fórmula fácil para transmitir bienes en busca de un fin determinado, encontraron que no contaban con algo tan ágil como el trust de los ingleses y de los norteamericanos.

Fue muy loable que se tratara de poner un remedio a esta laguna, sin embargo, se buscó de una forma equivocada, pues lo que se intentó hacer fue una imitación del trust, que a la larga condujo a una deformación del principio ya multicitado de la fiducia.

México fue víctima de esa deformación a partir de los primeros años de este siglo, como lo acredita a continuación:

2.- LA DEFORMACIÓN DEL PRINCIPIO DE FIDUCIA EN EL DERECHO MERCANTIL MEXICANO, IMITÁNDOSE AL TRUST.

Rodolfo Batiza menciona que la primera utilización del trust en México se debió al financiamiento en la construcción de ferrocarriles, indicando que el Código civil de 1884 y la Ley de Ferrocarriles de 1899 permitieran la eficacia del trust deed, al que se consideró como una descomposición de varios contratos de préstamo, mandato e hipoteca. (50)

En el año de 1905, el que fuera Secretario de Hacienda, José I. Lamantour, envió a la Cámara de Diputados una iniciativa para que se facultara al Ejecutivo Federal a fin de que este expidiese una ley por la cual se pudiesen constituir en México ins

(50) BATÍZA RODOLFO. Ob. cit.-Págs. 97, 98 y sgs,

tituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes "fideicomisarios".

El proyecto en cuestión se atribuye al Lic. Jorge Vera - Estañol, siendo lo más importante del mismo lo siguiente:

a).- En la exposición de motivos se expresaba que en la vida nacional hacían falta organizaciones especiales que en los países anglo-sajones se conocían como "trust companies", cuya función fundamental consistía en ejecutar actos ó operaciones en beneficio de una parte interesada o de un tercero,

Se destacó también que éstas organizaciones especiales actuarían de buena fé y que, su capital y experiencia servirían para que se cumpliera el encargo que se les había encomendado.

b).- También en la exposición de motivos se mencionó -- que las relaciones, cada vez más constantes, entre México y -- los norteamericanos, hacían indispensable que se contara con -- este tipo de instituciones, comunes entre los habitantes de -- los Estados Unidos e Inglaterra, que estaban acostumbrados a -- éstas, por lo tanto, sus frecuentes inversiones debían asegurarse mediante la constitución de éste tipo de compañías.

c).- Se utilizó a la palabra fideicomiso como sinónimo de trust, manifestándose que se respetarían los principios de nuestro sistema jurídico aunque se copiara una figura extranjera.

d).- En el proyecto se mencionaba además que deberían precisarse todas las características que tendría ese "fideicomiso", procurando que se respetaran los principios del Derecho Mexicano y que se evitara la libre circulación de los bienes.

e).- Se hizo una especie de descripción de este fideicomiso, diciéndose que era un encargo hecho al fideicomisario, en razón de un contrato o por mandamiento judicial, a fin de que se ejecutaran actos, operaciones o contratos lícitos, res-

pecto de bienes determinados y en beneficio de un tercero,

f).- Se dijo que el fideicomiso daría lugar a que se creara un derecho real respecto de los bienes sobre los que se constituyera.

g).- Se estipuló que la institución creada, necesitaría de autorización o concesión por parte de la Secretaría de Hacienda y que se reglamentarían las obligaciones de este tipo de compañías.

h).- Se facultaba al Ejecutivo para modificar la legislación civil, mercantil y de procedimientos a fin de que se asegurara el buen funcionamiento de las instituciones de fideicomiso.⁽⁵¹⁾

Este proyecto sólo sobrevivió como tal, pues nunca se discutió ni se aprobó por la Cámara de Diputados.

En el año de 1924, al celebrarse la primera convención bancaria, el Sr. Enrique Creel, expuso un proyecto en base al cual funcionarían compañías bancarias de fideicomiso.

Este proyecto del Sr. Enrique Creel, aunque jamás llegó como iniciativa a la Cámara de Diputados, inspiró a la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, -- que en su capítulo octavo reglamentó a los bancos de fideicomiso, diciendo de los mismos los siguiente:

"Sirven los intereses del público en varias -- formas y, principalmente, administrando los -- capitales que se les confían e invirtiendo -- con la representación común de los suscripto-- res o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos al tiempo de su vigencia" (52).

Esta ley de 1924, publicada en el Diario Oficial de 16 de enero de 1925, anunció que los bancos de fideicomiso se habrían de regir por una ley especial.

(51) BATIZA RODOLFO. Ob. cit. Págs. 98 y sgs.

(52) PEÑALOZA S. DAVID, El Fideicomiso Público Mexicano, Ed. Cajica, S.A. Puebla, Pue. 1983. 1a. Ed. Pág. 23 y sgs.

En el año de 1926, se promulgó la Ley de Bancos de Fideicomiso y en el curso del mismo año, se publicó la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, que abrogó la Ley de Bancos de Fideicomiso y que mejoró la de 1924, - que había estado en vigencia con el mismo nombre.

La Ley de Bancos de Fideicomiso era la ley con la que se reglamentaba el funcionamiento de los Bancos de fideicomiso, que habían sido anunciados por la Ley General de Instituciones de -- Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.

Como parte fundamental en la exposición de motivos se mencionó que el fideicomiso era una institución nueva en el país y que por lo tanto, su legalización requería de tiempo y cuidado.

En la misma exposición de motivos se decía que la palabra fideicomiso, tenía una nueva acepción y que no significaba lo -- que antes se había entendido por ésta, ya que en realidad se estaba imitando al trust del derecho anglo-sajón y no se copiaba - al fideicommissum romano.

Se reconocía que se estaba copiando una institución anglo-sajona, sin embargo, se decía que se habían tomado todas las previsiones para que se pudiese adaptar al sistema del Derecho Me-xicano.

En esta ley se definía al fideicomiso como:

"Un mandato irrevocable, en virtud del cual se entregaban al banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes para que se dispusiera de ellos o de sus productos, se gún la voluntad de quien los entregara y a quien se denominaría fideicomitente, todo a beneficio de un tercero llamado fideico-misario o beneficiario".

La misma ley señalaba que el fideicomiso sólo podía consti-tuirse para un fin lícito y por lo tanto, se prohibían los fidei-comisos secretos o los constituidos a título gratuito que produje

ran efectos a la muerte del fideicomitente en favor de los incapaces para heredar o recibir legados.

Desde luego que sólo podían ser fiduciarios los bancos, - que en cumplimiento de su encargo, debían ejercitar todas las acciones y derechos inherentes al dominio de los bienes fideicomitados, aunque se les prohibía enajenarlos, gravarlos, pignorarlos, etc., a menos que tuviesen facultad expresa para ello o que actos similares fuesen indispensables para ejecutar el fideicomiso.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, que abrogó a la ley analizada, copió el mismo articulado de esta Ley de Bancos de Fideicomiso.

En el mismo año de 1926, el Lic. Jorge Vera Estañol, presentó a la Secretaría de Hacienda un proyecto al que denominó -- "Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro".

Rodolfo Batiza, en su obra acerca del Fideicomiso, refiere que éste proyecto del Lic. Vera Estañol, a diferencia del que hizo el mismo en 1905, tenía adiciones interesantes, entre las que se encuentran: (53)

La mención del término "operación fideicomisaria", que consistía en el encargo que por virtud de un contrato hicieran dos o más personas a la compañía, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto a bienes determinados en beneficio de algunos o de todos los contratantes, o en el de hacer efectivos los derechos o cumplir obligaciones estipuladas en dicho contrato. También se decía que una operación fideicomisaria era el encargo que por parte interesada o por mandamiento judicial, se hiciera a la compañía de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos, respecto de bienes determinados en beneficio de un tercero con derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus productos, o a cualquier otra ventaja o aprovechamiento sobre los mismos.

En el proyecto se volvía a repetir que en caso de conflicto, las partes interesadas ventilarían un juicio mercantil conforme al código de comercio. (54)

En el año de 1926, aparte de la obra legislativa ya expuesta y del proyecto que se le presentó a la Secretaría de Hacienda por parte del Lic. Vera Estañol, se publicó, por parte de la misma Secretaría, una explicación acerca de los bancos de fideicomiso, reiterándose que se estaba copiando la institución jurídica moderna que ayudaba enormemente a la vida mercantil en los países anglo-sajones.

En el año de 1932, se publicó una Ley General de Instituciones de Crédito, que en su exposición de motivos se remitió a la ley de 1926, reconociendo que había introducido en el Derecho Mexicano una institución jurídica de tradición ajena a la nuestra, pero que podría servir a la actividad del país.

Esta ley mencionó que el carácter sustantivo del fideicomiso sería regulado por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y por tanto, en ésta sólo se reglamentaría lo relativo a las instituciones fiduciarias.

En forma expresa se dijo que sólo se autorizarían la constitución de fideicomisos cuando el fiduciario fuera una institución sujeta a la vigilancia del estado y prohibía substituciones fideicomisarias o la constitución de patrimonios alejados del tráfico normal de bienes.

La Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 fue abrogada por la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, y ésta, con un sistema por demás curioso y antes nunca visto, fue derogada respecto de las instituciones nacionales de crédito, pero se le dejó en vigor en relación con dos instituciones de crédito, el Banco Obrero, S.A. y el First National City Bank N.A. Al lado de ésta, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de 1932, en sus artículos del-

(54) BATIZA RODOLFO. Ob.cit. Págs. 98, 104, 105 y sgs..

346 al 359 se ocupa de regular al llamado fideicomiso como operación de crédito.

Me ocuparé de ambas leyes, sólo en lo que de importancia respecto de la fiducia tienen a mi juicio, así:

a). - Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En su exposición de motivos esta ley de títulos, menciona en forma textual lo siguiente:

"Aun cuando ello ofrece los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso, porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito los había aceptado, y porque su implantación sólida en México, en los límites de nuestra estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y forma de trabajo de nuestra economía. Corrigiendo los errores o lagunas más evidentes de la ley de 1926, la nueva ley conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establece las reglas indispensables para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso, ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana. Los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversa a la nuestra, pueden ser cumplidos aquí con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor construídas. En cambio, el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él, por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación".

Como puede verse, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, copió el trust del derecho anglo-sajón, nombrándole fideicomiso.

El artículo 346 de esta ley, describe al fideicomiso diciendo que en virtud del mismo, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

Es el artículo 350 el que se ocupa de las instituciones fiduciarias y al efecto se vuelve a reiterar que sólo puede ser fiduciaria la institución expresamente autorizada por la Ley General de Instituciones de Crédito.

El artículo 351, habla del objeto del fideicomiso diciendo que pueden serlo toda clase de bienes o derechos, salvo aquellos que sean estrictamente personales de su titular.

En el segundo párrafo de este artículo 351, queda de manifiesto la naturaleza jurídica que la ley le dió a este fideicomiso a la mexicana, al establecer que los bienes dados en fideicomiso se considerarán afectados al fin para el cual se destinaron y por ello, el fiduciario podrá ejercitar los derechos y acciones necesarios para cumplirse con dicho fin, a excepción de los que expresamente se haya reservado el fideicomitente y los demás que establece la ley.

Conforme al artículo 356 el fiduciario debe obrar como buen padre de familia y es responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes fideicomitidos sufran por su culpa.

Por último, el artículo 350 dice que son prohibidos los fideicomisos secretos; aquéllos que contengan cláusulas con substituciones fideicomisarias y, los que tengan una duración mayor de treinta años, si se designa como fideicomisario a una persona jurídica que no sea de orden público o que no sea una institución de beneficencia.

Se hace la salvedad de que los fideicomisos pueden durar más de treinta años cuando su fin sea mantener museos científicos o artísticos que no tengan por objeto el lucro.

B).- Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

El artículo 2o. de esta ley disponía que para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito, se requería concesión del gobierno federal.

En el mismo artículo se estableció que esas concesiones eran, por su propia naturaleza, intransmisibles, y que se referían a uno o más de varios grupos de operaciones de banca y crédito. Entre ese grupo de operaciones, se citaban a las operaciones fiduciarias.

El artículo 44, disponía que las sociedades o instituciones de crédito que disfrutaran de concesión para llevar al cabo operaciones fiduciarias, estarían autorizadas, en términos de esta ley, para practicar las operaciones de fideicomiso, entre otras operaciones.

En la fracción IX se obligó a la fiduciaria a notificar al beneficiario de toda percepción de rentas, frutos o productos de liquidación, en un término de cuarenta y ocho horas, a menos que por la naturaleza del fideicomiso dicho término no se pudiese respetar, pero en ese caso el Banco estaba obligado a guardar riguroso secreto sobre las percepciones obtenidas.

La fracción X se refería también al secreto que debía guardar la fiduciaria sobre las operaciones que realizara y en caso de violar dicho secreto, la institución incurría en responsabilidad civil y penal.

La fracción XII trató de la responsabilidad del Banco cuando causara daños y perjuicios por incumplimiento en las con

diciones señaladas en el fideicomiso, en la ley, por malversar fondos o bienes, por hechos ocasionados por su culpa y por actos negligentes o intencionales de los funcionarios de la institución.

La fracción XIII se refería al capital y reservas de las instituciones fiduciarias y la fracción XIV, contenía una disposición muy importante. Según esta fracción, el personal que las instituciones fiduciarias utilizaran directamente para el desempeño o realización de fideicomisos, no formarían parte del personal del banco, sino que, según cada caso, se consideraría al servicio del patrimonio dado en fideicomiso, sin embargo, cualquier derecho que asistiera a los trabajadores debería ser ejercitado contra el banco, que en su caso, para cumplir con la resolución de la autoridad competente, afectaría los bienes materia del fideicomiso.

Por último, el artículo 46 de esta ley hacía mención a prohibiciones dirigidas en forma exclusiva a instituciones o departamentos fiduciarios, como si distinguiese entre el banco y el departamento encargado de la operación de fideicomiso.

Como ya anoté antes, la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares fue derogada parcialmente por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito del 31 de diciembre de 1982 y esta ley reglamentaria se derogó a su vez por otra ley del mismo nombre, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 14 de enero de 1985.

El mismo día 14 de enero de 1985, se publicó la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, que en su segundo artículo transitorio repitió que se derogaba a la ley antes apuntada.

c).- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Esta ley de enero de 1985, tiene ya más orden que otras -

disposiciones similares.

En el artículo 30, se indica que las instituciones de crédito podrán realizar operaciones de diversas especies, entre las que se encuentran el practicar operaciones de fideicomiso, como consta en la fracción XV de dicho artículo.

El último párrafo del artículo 60 determina que los bienes sólo estarán afectos a la ejecución del fideicomiso.

En el artículo 61, se dice que las operaciones de fideicomiso serán realizadas por la institución de crédito, que ejercerá sus facultades por medio de delegados fiduciarios.

El artículo 63, repite algo que ya había sido mencionado por la Ley de Instituciones de Crédito de 1941 y que consiste en afirmar que el personal que las instituciones de crédito utilizan directa o exclusivamente para la realización de un fideicomiso, no formará parte del personal del banco, sino que, se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso aunque, -- cualesquier derechos que asistan a las personas, deberán ejercitarse contra la institución de crédito, la que en su caso, para cumplir con la resolución o laudo que se dicte, deberá afectar los bienes en la medida que esto fuese necesario.

El artículo 65, fija la obligación a la institución fiduciaria de rendir cuentas de su gestión en un plazo de quince -- días hábiles después de ser requerida y si no lo hace puede ser removida del cargo.

También hay remoción por sentencia ejecutoriada, cuando la institución sea culpable de pérdidas y menoscabo de los bienes dados en fideicomiso por negligencia o por un proceder indebido.

El segundo párrafo del artículo 65, se refiere a las acciones que se pueden ejercitar para pedir cuentas a la fiduciaria y quienes pueden ejercitarla.

Por último, el artículo 66 se refiere al supuesto en que se constituya un fideicomiso por el gobierno federal.

Aparte de las leyes mercantiles que se encuentran en vigor y que regulan el fideicomiso, existen también disposiciones que tratan el mismo aunque sea por excepción, siendo la más importante la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, que en su artículo 159, en el que trata la separación de ciertos bienes de la masa de la quiebra, en su fracción VI, inciso a), indica que deben separar los bienes que el quebrado debe restituir y que se encuentran en su poder en razón de un fideicomiso.

Hasta aquí la somera cita sobre las disposiciones que -- han copiado el trust anglo-sajón, nombrándole fideicomiso mexicano, y ya con ese comentario, verá como se deformó a la fiducia con este fideicomiso a la mexicana.

A.- Razones por las cuales se deformó a la Fiducia en el Derecho Mercantil Mexicano al crearse el llamado - - Fideicomiso Mexicano.

Debo reiterar que el fideicomiso mexicano es una copia - del trust anglo-norteamericano, y de aquí surge una primera -- pregunta: ¿Por qué se denominó como fideicomiso a la copia del trust?.

La razón se debió sin duda a una equivocación por parte de juristas estudiosos del trust de principios de este siglo. -- Estos juristas consideraron que el trust podía haberse originado en el fideicommissum del Derecho Romano, de ahí que hayan -- castellanizado el término latino para darle un nuevo significado en la actualidad.

Mucho se ha criticado esta equivocación, sin menospreciar desde luego el valioso trabajo que se desempeñó por quienes intentaron adaptar el trust a los sistemas romanistas.

Aclarado lo del nombre, conviene exponer por qué se copió al trust en vez de haber investigado a fondo en busca de una figura que, apegada a la tradición de nuestro derecho, cumpliera fines similares a los que el trust produce en Inglaterra, en los Estados Unidos de América y en los demás países -- en los que se le aplica.

Lo copiaron, porque los juristas mexicanos absorbieron los estudios que realizaron dos extranjeros que fueron el Dr. panameño Ricardo J. Alfaro y el francés Pierre Lepaulle.

Tanto Alfaro como Lepaulle, se avocaron con pasión a estudiar al trust anglo-sajón y a ambos juristas les pareció fascinante por la gama de posibilidades que ofrecía, de ahí que los dos magníficos juristas propusieran que se adoptara el trust a los derechos romanistas. Nótese bien que la propuesta fué en el sentido de que se adaptara el trust anglo-norteamericano y no que se buscara otra figura de base romanista que pudiera cumplir fines similares.

Si los estudiosos indicados hubiesen procedido a elaborar una figura propia a nuestros sistemas, se habrían encontrado con la fiducia, a la que rescatarían del olvido para darle un nuevo destino, sin embargo, por razones que ignoro, escogieron estudiar y copiar al trust.

Como la teoría de Alfaro y la de Lepaulle, tuvieron definitiva influencia sobre el Derecho Mexicano, haré una breve exposición de su pensamiento en relación al fideicomiso que ellos ayudaron a crear.

a).- Ideas del Dr. Ricardo J. Alfaro.

El Dr. Alfaro sostenía, como pilares para que se copiara al trust, lo siguiente:

a').- Que el "fideicomiso romano" era en su esencia una institución análoga al trust anglo-sajón y que el trust o "fi-

deicomiso" anglo-sajón es, en una expresión simple, la transmisión de bienes que una persona hace a otra en quien tiene confianza para que cumpla con ellos un fin lícito en favor de un tercero o de sí mismo.

b').- Que para adaptar al trust a las legislaciones romanas, lo primero que debería de hacerse era destruir la creencia de que entre el common law y el Derecho Civil existía una distancia infranqueable.

c').- Que aunque la mentalidad civilista rechaza la existencia simultánea de dos dominios distintos sobre una misma cosa, la jurisprudencia romana reconocía la existencia de la propiedad fiduciaria, que era la que tenía el heredero o legatario a quien se encargaba restituir la herencia o el legado.

d').- Que los códigos colombianos y chilenos, inspirados en las ideas y el trabajo de Andrés Bello, siendo códigos romanos, definían a la propiedad fiduciaria como la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición.

e').- Que la estructura del Derecho Civil permite la existencia de la propiedad fiduciaria respecto de bienes transmitidos por causa de muerte, sin que exista razón para que esa propiedad fiduciaria no se pueda transmitir por un acto entre vivos.

f').- Que la institución romana era fosilizada y estéril y que mediante el nuevo fideicomiso, se podía aplicar el trust-anglo-sajón.

g').- Que el trust y el fideicomiso romano habían tenido una causa común, un mismo propósito, un mismo medio, una forma similar y que ambos consistían, en su origen, en una súplica hecha a otra persona a quien se trasladaban o traspasaban bienes, para que cumpliera con los encargos que se le hicieran.

h').- Que el principal problema al copiar el trust se encontraba en la doble concepción del dominio o de la propiedad -- que se da en el Derecho Anglo-Sajón, aunque la solución se encontraba en la propiedad fiduciaria que es la que tienen dos personas al mismo tiempo.

i').- Que como en el sistema romanista no hay jurisdicción de equidad, para lograr los fines del trust, es indispensable hacer del fiduciario un propietario ordinario y regular, con capacidad de gozar y ejercitar todas las facultades y atributos inherentes al dominio que ejerce sobre la cosa.

j').- Que en el Derecho Civil el trust debe clasificarse, no como una confianza, ni como un derecho o interés en equidad, ni como se establece en el estado de Louisiana, en una relación-fiduciaria, sino que debe considerarse como un contrato.

k').- Que el fideicomiso debe ser clasificado como un mandato irrevocable, pues esa es su naturaleza jurídica, lo que se desprende de las facultades de los trustees, a los que se califica como mandatarios por diversas disposiciones legales, debiendo desecharse la opinión en el sentido de que se trata de negocios-fiduciarios, compuestos por un contrato real positivo, que es la transmisión de los bienes y por otro contrato obligatorio negativo que son las obligaciones del fiduciario.

l').- Que sin duda la clasificación como mandato irrevocable se prestaba a muchas confusiones, pero que sin embargo, era mucho mejor que la teoría de los franceses de un patrimonio de afectación o que la teoría italiana de un negocio fiduciario, tomándose en consideración que el verbo afectar tiene una connotación distinta en el idioma español y que la propiedad fiduciaria a que se refiere el negocio fiduciario no se aplicó ni en Chile, ni en Colombia por ser extraña a la mentalidad romanista.

m').- Que el fideicomiso tiene tres elementos importantes que son: La transmisión del patrimonio; el destino que se le da al mismo y el encargo que se debe ejecutar.

n).- Que la definición de trust expreso que se encuentra en el "Restatement of the Law", es; Una relación fiduciaria relativa a Bienes, que sujeta a la persona que tiene los mismos al deber de equidad de detentarlos en beneficio de otra persona y - que surge como resultado de una manifestación de la intención de crearlo, .

Que en esta definición el adjetivo fiduciario no tiene -- equivalente en los derechos romanistas y que por lo tanto habría que hablar de relación de confianza para posteriormente precisar que se trata de un cargo de confianza. (55)

b).- Ideas de Pierre Lepaulle,

El jurista francés sostuvo como base para que se copiara el trust, lo siguiente:

a').- Que el trust había invadido a Francia por el hecho de que muchos ciudadanos ingleses y americanos se hubiesen establecido en territorio francés, y que estaban acostumbrados al -- trust y a sus múltiples fines, sin que encontraran una figura en base a la cual pudieran cumplir sus propósitos.

b').- Que en el trust un propietario o un acreedor llamado settlor transfiere todo o parte de sus bienes ó de su crédito a otra persona llamada trustee, en beneficio de un tercero o del propio settlor.

c').- Que en el trust anglo-sajón el settlor no era indispensable, pues había ocasiones en que una figura de éstas podía ser creada en razón de una resolución de un juez.

d').- Que en el trust tampoco era indispensable nombrar a un trustee pues el juez, al ver constituido un trust sin que se hubiese designado trustee, podía hacer la designación en favor - de cualquier persona,

(55) ALFARO RICARDO J. Y PATTON RUFFORD G. El Fideicomiso Moderno. Revista Jurídica de la Univ. de Puerto Rico. Vol. XXVIII. -- Parte I. Parte II. Parte III. 1958 y 1959.

e').- Que en el trust no era necesario que hubiese un beneficiario determinado.

f').- Que la importancia del trust al crearse radicaba en una "res", es decir, en un elemento activo de patrimonio sobre el que pueda recaer.

g').- Que ese patrimonio se debía afectar a un fin lícito para que el trust tuviera vida y que ese fin lícito podía ser toda una serie de posibilidades permitidas por la ley.

h').- Que el trustee pasa a ser el encargado de los bienes que forman parte del patrimonio del trust y también es encargado de los derechos que forman parte de este patrimonio y que el deber del trustee se limita a cumplir con la misión que se le encomienda.

i').- Que el patrimonio otorgado en trust forma un patrimonio autónomo.

j').- Que el origen del trust se encuentra en la astucia de las personas para librarse de los peligros feudales y de las prohibiciones establecidas en las leyes de manos muertas, siendo su antecedente inmediato los usos.

k').- Que la naturaleza jurídica del trust se puede definir como un patrimonio afectado a un fin lícito determinado.

l').- Que la afectación de bienes debe realizarse por medio de una voluntad, sin importar de dónde provenga ésta.

m').- Que las obligaciones del trustee existen en relación con el trust y no respecto del beneficiario.

n').- Que el derecho del beneficiario es un derecho de crédito contra el patrimonio del trust y no contra el trustee.

o').- Que el trust debe tener un domicilio y una nacionalidad.

p').- Que el trust se puede crear por un acto entre vi-

vos o a causa de muerte y que es objeto de diversas clasificaciones,

q').- Que los elementos esenciales del trust son un patrimonio y que ese patrimonio sea distinto de los patrimonios de los sujetos que intervienen en la relación, aparte de que se destine a un fin lícito,

r').- Que el trust debe extenderse al Derecho Civil a pesar de las dificultades y obstáculos que esto representa, pues con el mismo se pueden lograr fines que el Derecho Civil hace casi imposibles (56).

Como conclusión puedo afirmar que las razones por las cuales se deformó la fiducia, fueron el deseo de copiar y adaptar el trust anglo-norteamericano y la copia que se hizo de las ideas de los dos estudiosos sobre los que he hablado.

B.- La deformación de la Fiducia en el Derecho Mercantil - Mexicano. Crítica personal.

Para elaborar este punto, procederé en el siguiente orden:

a).- Por principio de cuentas analizaré la naturaleza jurídica que más se atribuye al fideicomiso mexicano, criticando las teorías del mandato irrevocable, del patrimonio de afectación y del negocio fiduciario, que son las tres principales.

b).- Criticaré a la legislación mercantil y a las opiniones jurisprudenciales que se han inclinado por estas tres teorías.

c).- Volveré a ubicar lo que es la fiducia, su naturaleza jurídica, su esencia evidente en el Derecho Civil y la forma en que se debe adaptar al Derecho Mercantil.

a).- Para poder concretar en qué se deformó la fiducia, -

(56) LEPAULLE PIERRE. Tratado Teórico y Práctico de los Trusts. En Derecho Interno, en Derecho Fiscal y en Derecho Internacional. Ed. Porrúa. México 1975. Págs. 30 y sgs.

se debe ver la naturaleza que ha adoptado el fideicomiso mexicano en sus diferentes etapas,

La primera opinión fué tomando las ideas del Dr. Alfaro, sosteniéndose que el fideicomiso era un mandato irrevocable, por lo tanto, pasará a criticar esta teoría.

1a.- Teoría del Mandato Irrevocable.

Si una persona habla y lee en inglés en forma fluida y si siente curiosidad por leer algún libro acerca del trust, podrá darse cuenta de que no hay un capítulo especial al que se pueda designar como "legal nature", que sería una traducción aproximada de naturaleza jurídica,

El hecho de que los autores ingleses o norteamericanos sobre la materia no se concentren en la naturaleza jurídica del trust, se debe sin duda a que el common law y la equidad no son sistemas escritos de los que puedan obtenerse todas las características de la institución, por ello se limitan a citar sus elementos principales, de acuerdo a los precedentes judiciales aplicables, y cuando mucho hacen comparaciones con algunas otras figuras de derecho,

No se por qué razón los estudiosos versados en un derecho de tradición romanista, se preocupan tanto por encontrar una naturaleza jurídica definitiva al trust, cuando quienes lo aplican no se ocupan de ello.

El primer error de esta teoría consistió en que la misma quiso explicar el funcionamiento y bases del trust con ideas y conceptos del derecho y pensamiento jurídico romanista.

La teoría del mandato irrevocable admite que en el trust existe una transmisión de bienes o derechos de una persona a otra, para que ésta realizara con los mismos los encargos del primero, sin embargo, no se centró la atención en esa transmisión del dominio de bienes o de la titularidad de derechos para actuar con --

ellos de acuerdo a la voluntad de otro, sino que se puso mayor importancia en las obligaciones a cargo del trustee.

Se consideró que el trustee tenía que actuar conforme a las instrucciones que se le daban en el acto constitutivo del trust, pues de su actuación dependería el que se cumpliera con el fin de la institución, es decir, si el trustee no cumplía con su encargo, los fines del trust no se lograban.

Habiéndose puesto énfasis en éste hecho, se buscó cómo definir la actuación del trustee y se creyó, que en su actuación, obraba como un mandatario especial que recibía la propiedad de cosas o la titularidad de derechos para poder cumplir con ese contrato.

El autor de esta teoría no ignoraba la naturaleza del mandato, por ello, a este mandato especial del trustee le calificó como irrevocable, puesto que el trustee, una vez designado, tenía la obligación de cumplir con el encargo, sin que pudiese evadir su observancia, salvo causa plenamente justificada y autorizada por un juez.

Es así como se llegó a clasificar al trust como un mandato irrevocable, en el que el trustee recibía en propiedad bienes, o se convertía en titular de derechos, para actuar con ellos como un mandatario especial que no podía evitar cumplir con su encargo.

El segundo error consistió en equiparar las funciones del trustee, con las obligaciones de un mandatario en un contrato de mandato, ya que el trustee no representaba en un acto jurídico a otra persona, sino que recibía la propiedad o titularidad de bienes y derechos, para actuar con ellos de acuerdo a las indicaciones de otra persona, insistiendo en que el trustee no estaba representando a nadie y por ello, los actos que ejecutara no obligaban a quien hubiese creado el trust.

Además de esto resalta el hecho de que en el contrato de mandato, el mandante no trasmite la propiedad de sus bienes o la titularidad de sus derechos al mandatario, pues lo único que hace es otorgarle a éste un poder para que ejecute por cuenta del primero los actos jurídicos que se le encarguen.

En el trust, al efectuarse una transmisión de bienes, el trustee queda como propietario o titular de los mismos y por ello, para conservar el bien, puede ejercitar todas las acciones necesarias para tal efecto, sólo que no puede disponer de ellos libremente, ya que la transmisión se realizó para que actuara con esos bienes en una forma previamente establecida y en beneficio de otra persona distinta a él. Esto no tiene nada que ver con un mandato y la naturaleza de éste tipo de contrato, no se asemeja para nada con lo que sucede en el trust.

Lo de irrevocable cae por su propio peso, desde el instante en que el trustee puede renunciar a su encargo por una causa justificada que un juez apruebe al considerarla legítima.

En resumidas cuentas, en la teoría del mandato irrevocable se pasa por alto como elemento trascendental, la transmisión de bienes o derechos que se hace a otra persona, para que ésta disponga de esos bienes y derechos en una forma previamente fijada y para beneficio de un tercero, siendo la confianza que se deposita en el trustee, un aspecto de suma importancia.

A continuación, criticaré la segunda teoría que se ha utilizado para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano.

2a.- Teoría del Patrimonio de Afectación.

Al igual que la teoría del mandato irrevocable, ésta intentó explicar la naturaleza jurídica del trust, de acuerdo a la forma de pensar de un jurista con bases romanistas, lo que constituye un grave error.

En esta teoría se admite también que una persona transmite la propiedad de sus bienes o la titularidad de sus derechos a otra, para que ésta actúe con los mismos en la forma en que se le indica y en beneficio de un tercero, sólo que ahora los sujetos carecen de importancia y lo único que interesa son los bienes o derechos que habrán de destinarse para el nacimiento del trust. Estos bienes y derechos que formarán al trust, deberán ser considerados como una universalidad, es decir, como un patrimonio autónomo.

Con ese patrimonio autónomo el trustee debe actuar de una forma previamente determinada, de ahí que se haya dicho que ese patrimonio se afectaba a un fin, que debía ser lícito.

Es así como nació la teoría que explica al trust y al fideicomiso mexicano como un patrimonio afectado a un fin lícito, reconociéndose que ese patrimonio surge cuando una persona transmite la titularidad de bienes o derechos a otra, con objeto de que ésta actúe con dichos bienes o derechos en la forma que se le haya indicado.

La teoría en cuestión reconoce que el trustee queda como propietario de los bienes y titular de los derechos, sólo que su persona es irrelevante y lo único trascendental es el patrimonio autónomo que forman los bienes y derechos transmitidos, afectados previamente al trust.

El primer error de esta teoría consiste en que al trust y al fideicomiso mexicano se les considere como patrimonios autónomos en el sentido de que no tienen titular alguno.

La opinión acerca del trust puede carecer de importancia, pero tratándose del fideicomiso mexicano, se está actuando con ligereza, porque el patrimonio de este fideicomiso se considera fuera del dominio del fideicomitente y fuera del dominio del fideuciario, quien sólo tiene el ejercicio de acciones y derechos para conservar los bienes y derechos objeto del fideicomiso.

Recuérdese que la autonomía del patrimonio se da en relación al fin lícito que se le da a éste, no en relación al sujeto, de ahí que el fiduciario debe ser considerado como el titular de ese patrimonio, que, por estar afectado a un fin lícito, que la ley estructura y reglamenta, debe actuar en forma congruente para la consecución de ese fin.

El segundo error de esta teoría se encuentra en que se llega a hablar de titulares del patrimonio, pero de hecho no se dice quién es el propietario de los bienes fideicomitidos. Desde luego que se debe considerar como propietario al fiduciario, pero la teoría no lo establece así, de tal forma que se sostiene que los derechos del fideicomisario son derechos que se tienen, no contra la persona del fiduciario, sino contra la masa de bienes fideicomitidos.

Este concepto ha originado que los juristas de tradición romanista enreden sus ideas acerca de la propiedad y que crean, tontamente, que se está admitiendo una dualidad o triple modalidad del derecho de propiedad, como si se reconociera un derecho original de propiedad del fideicomitente, otro de dominio del fiduciario y otro de disfrute del beneficiario.

El hecho de que no se establezca a quién corresponde la propiedad de los bienes fideicomitidos ocasiona además que no se sepa qué tipo de acciones y excepciones deben otorgarse a las partes que intervienen en un fideicomiso, ignorándose si deben ser reales o personales.

Por último, el que la teoría sostenga que los derechos de ben de ejercitarse contra la masa de bienes fideicomitidos, que es representada por el fiduciario, ha provocado que muchas personas estén convencidas de que el fideicomiso es una persona jurídica, lo que desde luego es falso y hasta absurdo.

La propiedad de los bienes fideicomitidos es, como podrá comprobar más adelante, del fiduciario, con la aclaración de que

el tipo de acciones que se otorguen a los demás sujetos deberá depender del acto constitutivo del fideicomiso y de la legislación en vigor.

La última teoría que explica la naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano, no se encuentra plasmada en forma concreta en alguna disposición vigente, sin embargo, ha cobrado mucho auge, y procederé a criticarla.

3a.- Teoría del Negocio Fiduciario.

Del negocio fiduciario se dice que:

"Es aquél acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otro, obligándose éste último a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquél le señaló, con lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero". (57)

Cuando se trata lo relativo a los elementos de este negocio fiduciario, se mencionan a los sujetos que intervienen en el mismo y después se hace referencia a dos relaciones que forman el negocio. La primera, que se dice real, porque se hace consistir en la transmisión de bienes o derechos al fiduciario, y la segunda, que se califica de obligatoria, porque el fiduciario queda obligado a cumplir con esos bienes o derechos un fin determinado.

Hay autores, como Ferrara, que sostienen, que el negocio fiduciario consta de dos contratos: Uno real positivo que genera la transferencia de bienes o derechos y que se realiza con todas las consecuencias que ello implica, y el otro, obligatorio y negativo, que constriñe al fiduciario a disponer de-

(57) DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A.- El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico.- Ed. Porrúa, S.A. 1975. 2a.- Ed. Pág. 167.

los bienes y derechos en la forma que le es previamente determinada. (58)

En primer lugar, la definición de negocio no me deja muy convencido porque la ley mexicana no reconoce aún la existencia de la teoría que lo fundamenta, por tanto, su difusión es limitada y crea muchísimas confusiones. Esto es importante porque si los juristas mexicanos que van a aplicar el derecho y a recomendar la constitución de un fideicomiso mexicano, no conocen lo que es el negocio jurídico, menudo problema tendrán los clientes, que jamás obtendrán una respuesta satisfactoria acerca del acto que se les propone iniciar.

Lo anterior puede quedar superado algún día, sin embargo, hay otra cuestión que no me agrada acerca de la clasificación -- que se hace del fideicomiso como negocio fiduciario. Aún suponiéndose que el fideicomiso sea un negocio jurídico, la clasificación como negocio no nos dice absolutamente nada respecto a la institución, ya que un contrato de compra venta podría ser clasificado también como un negocio y por hecho de decir que se trata de un negocio contractual, no vamos a aclarar nada acerca de su esencia.

Todos los autores que son partidarios de esta teoría, emplearon muchas hojas en exponer lo que es un negocio jurídico, pero casi ninguno de ellos se ocupó de la fiducia ni de lo que "fiduciario" debía de significar en su clasificación, es decir, nadie se preocupó por la fiducia y por sus características, pues incluso el fideicomiso mexicano representa al principio de la fiducia, que nadie pudo o supo definir y explicar.

El tercer error en esta teoría lo encuentro en el hecho de que el fideicomiso mexicano es una mala copia del trust anglo-norteamericano y de clasificarse también al trust como negocio fiduciario, olvidando que en los sistemas sajones un juez puede ordenar la constitución de un trust para que una persona repare-

(58) FERRARA FRANCISCO, La Simulación de los Negocios Jurídicos. Ed. Revista de Derecho Privado. 1953. 3a. Ed. Madrid. Pág. 66.

un hecho ilícito que hubiese cometido, me resultaría muy difícil entender que ese tipo de trust pudiese ser definido como negocio, aunque es cierto que el fideicomiso mexicano copió únicamente al trust expreso y que, en razón de ello, sí podría clasificarse a este fideicomiso y al trust expreso como negocios fiduciarios.

b).- La legislación mercantil ha cometido diversos errores con el llamado fideicomiso, siendo los principales los siguientes:

1o.- Para empezar, el haber adoptado el término fideicomiso para referirse a la copia del trust.

Creo que faltó tiempo, preparación y estudio para darse cuenta de que entre el trust y el fideicommissum romano no hubo relación directa, aunque ambas figuras representen o plasmen al principio de la fiducia.

El nombre fideicomiso se popularizó por las ideas de autores extranjeros, se copió, y a la fecha está consagrado.

2o.- Las primeras leyes y proyectos en relación al fideicomiso, lo trataron como una operación bancaria especializada -- que favorecía a la economía nacional.

Como se reconoció que se estaba copiando al trust, por lo novedoso de la institución y lo desacostumbrada que estaría la gente a su uso, se decidió que fuesen las instituciones de crédito, las únicas que pudiesen fungir como fiduciarias. Tal vez esto haya sido acertado en su momento, sin embargo, había muy poca comprensión respecto de la naturaleza de las obligaciones de las fiduciarias y por eso mismo, no se podía explicar a satisfacción qué relación había entre un fideicomiso constituido en un testamento y una operación netamente bancaria.

3o.- Cuando se adoptó la teoría del mandato irrevocable, -- muy pocos fideicomisos llegaron a existir, pero conviene resal--

tar que la creación del fideicomiso ocasionó muchas controversias porque no se supo definir qué situación concretamente guardaban los bienes fideicomitidos, ni quien era propietario de los mismos, ni qué tipo de acciones tendría el fideicomisario en el supuesto de que la institución de crédito actuara en forma contraria a los fines o encargos del fideicomiso.

4o.- Con la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, aún vigente, donde se sostiene que la naturaleza jurídica del patrimonio fideicomitado es la de un patrimonio de afectación, se causó un problema para los juristas, quienes no pudieron determinar quién era propietario de los bienes fideicomitidos, ni qué tipo de acciones debían de ejercitarse en relación a los mismos.

Hubo y hay quienes ven en el fideicomiso relaciones entre un patrimonio y una persona, lo que equivale a sostener que las cosas y las personas tienen relaciones jurídicas. Además, hubo gente que creyó ver en el fideicomiso, la creación de una persona moral, lo que es falso y equivocado.

La misma ley de la materia origina que los juristas no se pongan de acuerdo sobre lo que puede ser un fideicomiso, si es originado por un contrato o si nace en razón de una declaración unilateral de voluntad.

5o.- Si todo lo anterior era complicado, lo relativo a los certificados de participación, títulos de crédito emitidos por una sociedad fiduciaria, enredaron todo de una manera monstruosa.

Basta recordar el tercer párrafo del artículo 228b, que habla de certificados que las sociedades expidan, haciendo constar la participación de distintos copropietarios en bienes, títulos o valores en poder de las fiduciarias, que aunque llevan el mismo nombre, no son títulos de crédito, sino que se trata de simples documentos probatorios.

La inclusión de este tercer párrafo se debió al deseo de que los bienes inmuebles en las franjas fronterizas, no fuesen controlados de hecho por extranjeros.

Go.- La que sigue siendo destinada es la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, que con sus disposiciones complica la naturaleza del fideicomiso y de hecho modifica su estructura establecida por la Ley de Títulos.

La ley en cuestión, en su artículo 45, limita el cumplimiento de los fideicomisos, pues impone a los bancos la obligación de no aceptar cualquier fideicomiso en el que se tengan que seguir órdenes contrarias a las disposiciones de carácter general que dicte el Banco de México,

Obyiamente que nunca se han precisado cuáles son esas disposiciones de carácter general, ni se dice qué es lo que se trata de evitar y lo que resulta es que dos bancos pueden llegar a frustrar el fin lícito de los fideicomisos por supuesto cumplimiento a acuerdos emitidos por el Banco de México.

Este artículo 45, maniat a las instituciones de crédito y lo peor es que le quita su atractivo al fideicomiso.

La fracción XIV del artículo 45, que dispone lo relativo al personal, ocasiona que se establezcan relaciones de trabajo entre las personas y la nada, ya que, el personal debe ser considerado al servicio del patrimonio, olvidándose la ley de que el funcionario del banco encargado del fideicomiso, puede contratar o despedir a trabajadores utilizados para cumplir con el fin del propio fideicomiso; que puede incumplir obligaciones trascendentales, como el pago del salario, etc., y que esos actos, imputables por completo a un fiduciario indolente, deben ser responsabilidad del fiduciario, y se afectan abiertamente los derechos del fideicomitente y hasta los del beneficiario.

La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Cré

dito, es más ordenada, aunque su artículo 63, sea una copia de la fracción XIV del artículo 45, y por ello, merece la misma crítica,

7o.- No obstante que desde 1956 y 1957 los funcionarios judiciales, federales y ordinarios, pensaron que el fundamento del fideicomiso está en el negocio fiduciario, los legisladores posteriores a esas decisiones no han considerado tal opinión, - que propiciaría el mejor entendimiento de la fiducia.

c).- En el primer capítulo hice una definición de la fiducia, después de haber enumerado las características principales de ésta,

Esa definición de fiducia la hice en consideración de su utilización en el Derecho Romano. Después apunté como la fiducia fué absorbida en el trust y ahora se debe reconocer que en el mal llamado fideicomiso mexicano, se contiene el principio de la fiducia, por el simple hecho de que el legislador mexicano se limitó a copiar al trust dándole otro nombre.

Repararé pues, cuales son las características actuales de la fiducia en el fideicomiso. Estas son:

1o.- En el mismo una persona propietaria de determinados Bienes, o titular de ciertos derechos, transmite estos a otra persona, que es siempre una institución de crédito.

2o.- Para que esa transmisión sea válida, se requiere que quien los transmite tenga la capacidad jurídica suficiente para hacerlo y para poder disponer de esos bienes y derechos, en la forma deseada.

3o.- La transmisión de bienes implica que el nuevo propietario de los mismos será quien los reciba. Lo mismo sucede tratándose de los derechos, pues su nuevo titular será aquél a quien se le transmiten, o sea, la institución bancaria.

4o.- La transmisión de bienes y derechos se hace en favor de una institución en la que se deposita confianza, Esa relación de confianza fué estrictamente personal en sus orígenes, pero, al paso del tiempo, la confianza alcanzó un significado objetivo, que responde a necesidades sociales más evolucionadas.

5o.- La transmisión de bienes y derechos se hace porque se tiene confianza en que se cumpla con un encargo determinado y para lograrse un fin lícito.

De no existir confianza, simple y sencillamente no se hace la transmisión de bienes y derechos.

Aquí también debe entenderse, que en su origen, la fiducia nace porque se tenía confianza en una persona, misma que habría de cumplir el encargo y llevar a buen término el fin previamente establecido. Con el tiempo, es obvio que se puede señalar, tratándose del fideicomiso mexicano a un fiduciario, que por alguna razón justificada y lógica, puede no llegar a recibir la titularidad de bienes y derechos para cumplir el encargo, a pesar de lo cual, un juez habrá de señalar a otro fiduciario que se encargue de cumplir con los fines del fideicomiso. Es evidente que a la confianza se le vuelve a dar un sentido y un valor objetivo, --- pues se entiende que en la constitución del fideicomiso, lo que se busca es un fin lícito y, el derecho, pone su interés en que ese fin lícito se cumpla, porque el fideicomitente espera de la institución del fideicomiso un beneficio, y de no haber tenido confianza en que se lograran sus objetivos, ni siquiera se habría molestado en constituir fideicomiso alguno.

Nótese que la confianza se transforma en un valor objetivo.

6o.- La institución fiduciaria está obligada a disponer de los bienes en beneficio de la persona o personas, determinadas o indeterminadas, que se le hayan señalado desde el acto constitutivo.

El único requisito es que los beneficiarios de la fiducia estén vivos, o siquiera concebidos, al momento en que se origine ésta, ya que, la fiducia ya no es un obstáculo para que los bienes circulen libremente.

7o.- El fideicomiso se puede establecer por un acto entre vivos o por causa de muerte.

Por último, creo conveniente mencionar que la fiducia se ha transformado en un principio, principio que se basa en la idea de una transmisión de bienes o derechos de una persona a otra, para que ésta actúe con los mismos de una forma previamente fijada, tomándose en consideración que la confianza en el cumplimiento del fin perseguido es la que dá lugar a la transmisión de los bienes. La fiducia, desde que se convierte en un principio, deja de tener una vida propia como institución y se adapta a otras figuras nuevas, como el trust o el fideicomiso mexicano, que le adoptan y le dan características propias.

No es tan importante precisar cuál es la naturaleza jurídica de la fiducia, porque la fiducia en sí, no vive en forma aislada, sino que se ha adaptado a otras formas jurídicas ya reconocidas.

Por eso, este trabajo se refiere al principio de la fiducia, porque, la idea original que se ha seguido, para llegar a una conclusión, es que la fiducia, como acto jurídico que fué en Roma, dejó el terreno de la simple normatividad para alcanzar el de un valor jurídico tutelado y reconocido como apreciado por los hombres. Este principio se enraizó y creó a otras figuras jurídicas, de tal forma que cuando se habla del trust anglo-norteamericano, puedo concluir que su naturaleza jurídica es una relación de fiducia, de igual forma que al hablar del fideicomiso mexicano, puedo exponer que su naturaleza jurídica corresponde a un negocio de fiducia o acto de fiducia, según se esté a favor de la doctrina del negocio jurídico, o en contra de la misma.

De todo lo expuesto, estimo que se obtienen estas conclusiones:

a').- Aunque el fideicomiso mexicano deformó el principio de la fiducia, porque destruyó a la confianza como uno de sus elementos fundamentales, hay que reconocer que dentro del mismo, se contienen características de la fiducia.

b').- En vez de haber copiado al trust anglo-norteamericano, se debió crear una institución, acorde al sistema romanista-mexicano conforme a sus necesidades y limitaciones, a partir del principio de la fiducia.

c').- Desde su origen, la institución que se hubiese creado, debió tener como naturaleza jurídica la de un acto, relación o negocio de fiducia.

d').- La fiducia, como principio, se da primordialmente en las relaciones entre personas civiles, pero ello no implica que no pueda evolucionar hacia el Derecho Mercantil, como vía de lograr un beneficio en la intermediación en el cambio.

Si el principio de fiducia evoluciona hacia el Derecho Mercantil, ello no implica, que no pueda utilizarse en las relaciones entre personas civiles, ya que en esencia a éstas ha beneficiado con conductas de aprovechamiento personal.

e').- La simple consideración del fideicomiso mexicano como una operación bancaria, deforma al principio de la fiducia y hace pensar en que ésta requiere de una serie de reformas muy profundas en nuestro sistema jurídico.

3.- EVOLUCION Y DEFORMACION DEL PRINCIPIO DE FIDUCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

El Estado Mexicano, tan inquieto en su aparato administrativo, no permaneció ajeno a la novedad que significó en su momen-

to el fideicomiso y pronto encontró la forma en adaptarlo a sus necesidades sin beneficio real para los gobernados.

Durante el gobierno del Lic. Echeverría, se promulgó la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión-Extranjera. Esta ley persigue un objetivo muy importante y muy trascendente, como lo es el defender la soberanía nacional de la forma de penetración más usual en estos días y que corresponde a la inversión de capital extranjero.

Estoy totalmente de acuerdo en que se protejan los más altos intereses nacionales, evitando el saqueo de la Nación por parte de intereses que sólo persiguen un beneficio económico, pero de ahí, a que se haya establecido el absurdo denominado fideicomiso en fronteras y litorales, hay un camino muy grande.

El artículo 18 de esta ley señala que, en términos de la fracción I del artículo 27 constitucional, se faculta a la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que autorice la conveniencia de conceder a las instituciones de crédito, permisos para adquirir como fiduciarias, el dominio de bienes inmuebles -- destinados a la realización de actividades industriales y turísticas en la faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras o en la zona de cincuenta kilómetros a lo largo de las playas del país, siempre que el objeto de la adquisición sea el de permitir la utilización y aprovechamiento de dichos bienes a los fideicomisarios, sin constituir derechos reales sobre los bienes y pudiendo emitir certificados de participación inmobiliaria, nominativos y no amortizables.

Tómese en cuenta que el artículo 27 constitucional manifiesta que la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponden 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.

La fracción I de este artículo indica que sólo los mexi-

canos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas, tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones y para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado puede conceder el mismo derecho a los extranjeros, sólo que, 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 las tierras y aguas.

A esta prohibición constitucional se le reconoce la influencia de la llamada "Cláusula Calvo", que tuvo su origen en el afán de proteger a naciones débiles, de los intereses expansionistas que tenían otros países, sobre todo en el siglo pasado.

En el sexenio antepasado, se consideró que la mayor parte de nuestras divisas provenían del turismo y que la mayor parte de los turistas provenían de los Estados Unidos de América. También se admitió que no teníamos capacidad financiera suficiente como para poder invertir en grandes hoteles y mucho menos teníamos la capacidad como para administrar exitosamente esos hoteles.

Se reconoció que era necesario hacer algo para resolver ese problema y que era indispensable atraer la inversión de aquellas personas que tenían deseos de disfrutar de las bellezas naturales de México, sin que se fuese a exponer el país a otra tenencia territorial de nuestros vecinos del norte.

Estoy de acuerdo en que era necesario hacer algo, pero de finitivamente la constitución de estos fideicomisos, a la larga, sólo trajo aparejados problemas, pues no se supo ni qué eran esos fideicomisos, ni cómo resultarían los certificados de participación y mucho menos se sabe qué habrá de pasar cuando se cumplan los treinta años y los extranjeros sigan con deseos de tener una propiedad en las hermosas playas mexicanas.

No quiero decir que este fideicomiso de las zonas prohibi

das represente en algo al principio de la fiducia y entiendo que sólo se le utilizó como un disfraz administrativo para conseguir recursos financieros para la construcción de hoteles en las playas o en la franja fronteriza.

Fue a partir de este momento que el Estado encontró una forma muy práctica de emplear sus recursos financieros o sus bienes, para dedicarlos a otros fines, algunos de estos muy buenos y nobles y otros, muy criticables.

Me toca hablar pues, de los llamados fideicomisos públicos:

A.- Los fideicomisos públicos.

El fideicomiso público viene a ser una especie de fideicomiso mercantil mexicano, y aparte de encontrarse regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en forma especial se encuentra reglamentado por:

a).- La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Esta ley establece las bases de organización de la administración pública federal, centralizada y paraestatal, comprendiendo a los fideicomisos creados por el Gobierno Federal.

La misma ley, establece que los fideicomisos son, de acuerdo con su artículo tercero, entidades de la administración pública paraestatal, auxiliares del Poder Ejecutivo.

b).- La Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público.

c).- La Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal.

d).- La Ley General de Deuda Pública.

e).- La Ley General de Bienes Nacionales.

f).- La Ley de Ingresos de la Federación y el Presupuesto de Egresos de la Federación.

Además de todas estas leyes, son aplicables los siguientes ordenamientos:

a).- Acuerdo de 17 de abril de 1979.

Por medio de éste se determinó que las dependencias y entidades de la administración pública federal, debían adecuar -- planes, a fin de reformar, modificar o fusionar a los fideicomisos públicos.

b).- Decreto de 10 de enero de 1979.

El decreto en cuestión se publicó en el Diario Oficial de la Federación de 27 de febrero del mismo año, y en este se trata lo relativo a la constitución del fideicomiso, para lo cual se requiere la autorización del Ejecutivo Federal. Antes de -- constituirse un fideicomiso público, se deben fijar, de conformidad con este decreto, los objetivos generales y los fines del fideicomiso.

Se establece que el fideicomiso público es un contrato -- y buena prueba de ello, es que se menciona que en el contrato -- deberán precisarse los derechos y acciones que corresponderán -- al fiduciario, así como los derechos que se reserve el fideicomitente.

Se prevee también la creación de un comité técnico, debiendo de señalarse las facultades del mismo.

Se dispone también que el delegado fiduciario general -- tenga una serie de facultades, que se contraponen en ocasiones -- con las funciones de los delegados fiduciarios especiales.

Este decreto, que es un ejemplo de la ignorancia e ineptitud administrativa, fue obra de los encargados de la reforma-

administrativa en el sexenio pasado,

B.- Elementos en los fideicomisos públicos,

Se dice, que los fideicomisos públicos tienen ciertos elementos, que no tienen los demás fideicomisos, cuestión que me parece equivocada, pero que se ha sostenido por quienes se encargan de la administración pública.⁽⁵⁹⁾

En primer lugar, en un fideicomiso público, el fideicomitente puede ser, el gobierno federal; los gobiernos de las entidades federativas; los ayuntamientos en los municipios, y -- los organismos del sector paraestatal.

Como fiduciaria debe designarse a una institución nacional de crédito.

El patrimonio fiduciario puede formarse por la transmisión de bienes del dominio público o del dominio privado de la federación, o bien por la transmisión de fondos públicos. Se acepta que el fiduciario tendrá la propiedad y titularidad de los bienes que se le transmitan,

El objeto del fideicomiso debe ser la inversión; el manejo y administración de obras públicas; la prestación de servicios o la producción de bienes para el mercado, pero eso sí, el fin del fideicomiso público siempre deberá de ser de interés público.

C.- Deformación del principio de la fiducia en los fideicomisos públicos.

Si la misma ley sustantiva regula a los fideicomisos privados, no veo mayor diferencia en entender los públicos.

La única característica especial que se les debe atribuir a este tipo de fideicomisos, es que son constituidos por personas de Derecho Público y que su fin debe ser de interés público. Fuera de esto, tienen la misma naturaleza que cualquier otro fideicomiso.

(59) ACOSTA ROMERO MIGUEL. Teoría General del Derecho Administrativo. Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. México 1983, Pags. 267 y sgs.

Estoy de acuerdo en que no es lo mismo transmitir la propiedad de un inmueble cualquiera que la de un bien del dominio público de la federación, pero, en el fondo, si se habla de un fideicomiso, se está tratando lo relativo a una relación de fiducia, con sus elementos perfectamente bien definidos.

Las deformaciones del principio de la fiducia en los fideicomisos públicos, se notan en lo siguiente:

a).- La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, establece que los fideicomisos son entidades de la administración pública paraestatal.

Estos fideicomisos no pueden ser entidades, ya que no -- son personas, como varias veces lo he apuntado a lo largo de este trabajo.

Si el fideicomiso se constituye siguiéndose los lineamientos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no -- hay razón para que se crea que se está dando nacimiento a una -- persona moral.

b).- La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal designa a los fideicomisos como entidades, pero debe tomarse en cuenta que el Ejecutivo Federal carece de facultades para crear organismos o entidades. Es más, el Congreso de la Unión tampoco tiene facultades para crear entidades u organismos, como se comprueba con la lectura de los artículos 73, 74 y 89 de la Constitución General de la República.

Si se clasificara a un fideicomiso público como una entidad u organismo, se puede afirmar que hay inconstitucionalidad del Ejecutivo y del Legislativo para poder crear estos.

Esto no implica que, el Ejecutivo Federal, pueda, de -- acuerdo con las leyes aplicables, constituir un fideicomiso, -- entregando bienes o fondos públicos, a una institución nacional de crédito, a fin de que ésta actúe con los mismos de la --

forma en que se le indique en el acto constitutivo, pero recordando siempre que detrás de ese fideicomiso hay una relación de fiducia y no una persona moral.

c).- Los fideicomisos públicos han sido convertidos en - empresas sui generis, pues se les crea como unidades económicas de producción, sin personalidad jurídica y sujetos a todas las disposiciones aplicables a la administración pública centralizada.

De nueva cuenta debo insistir en que los fideicomisos no son ni entidades, ni organismos, ni algún otro tipo de personalidad, sino que son contratos que se celebran y en los que encontramos una relación de fiducia, porque existen transmisiones de bienes o derechos a otra persona, para que ésta actúe con -- los mismos de acuerdo a las instrucciones que se marcan en el - acto constitutivo, entendiéndose que es la confianza la que motiva esa transmisión de bienes o derechos.

Es común que a los fideicomisos públicos se les utilicen en forma deformada, porque se destinan bienes del dominio público o privado de la federación, o fondos públicos, para cuestiones que no benefician a los gobernados y que no justifican la - constitución de estos fideicomisos.

En la administración pública se debe entender que, cuando se constituya un fideicomiso, se hace porque el Estado no - puede atender directamente ciertos problemas o necesidades y re - curre a una institución nacional de crédito, para que ésta con - mayor capacidad de funcionamiento, pueda cumplir con el interés público que el Estado, en un momento no puede satisfacer. En es - te caso, la institución nacional de crédito, es depositaria de - la confianza del Estado, y habrá de poner atención e cumplir con los fines del fideicomiso.

d).- Los fideicomisos públicos tienen en la actualidad - muy poca utilidad porque se les ha convertido en aparatos buro -

cráticos, llenos de empleados improductivos, a quienes hay que mantener con partidas presupuestales cada vez menos justificables.

Si se hubiese entendido el principio de la fiducia contenido en el fideicomiso, se habría llegado a la conclusión de que el mismo se debe constituir cuando el Estado no puede encargarse directamente de ciertos aspectos importantes para la comunidad, que se encuentren dentro de sus fines, entonces sí se justifica entregar bienes, fondos públicos, etc., a una institución nacional de crédito, para que ésta, como depositaria de la confianza del Estado, actúe con los mismos en persecución de los fines que se señalen en el acto constitutivo.

La institución nacional de crédito, como fiduciaria, deberá de actuar, con la misma diligencia con que actúa en otros fideicomisos y deberá dejársele en libertad para que cumpla -- con los fines del fideicomiso.

Considero también que debe estudiarse muy a fondo la situación que guardan los fondos públicos o los bienes del dominio público o privado de la federación cuando se constituya un fideicomiso, pues debe recordarse que la transmisión de los bienes hace que el nuevo propietario de bienes o titular de derechos sea el fiduciario.

Todo esto se ha ignorado por quienes tienen a su cargo la administración pública y por ello se ha deformado a la fiducia con los fideicomisos públicos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La fiducia, aunque gramaticalmente significa confianza, en el derecho tiene una implicación conceptual más amplia. (Capítulo I).

SEGUNDA.- La fiducia fué utilizada originalmente por el Derecho Romano, mediante pactos con los cuales buscaban evitarse el rigorismo y el formalismo del Derecho Romano en sus primeras etapas. La fiducia se empleó en instituciones como la adopción; la manus; en algunos contratos verbis, como la mancipatio y la coemptio; en el testamento mancipatorio; en algunos contratos re, como la prenda y el comodato; en el fideicommissum; y, en la tutela. Durante la época clásica del Derecho Romano la fiducia quedó delimitada como la transmisión de bienes o derechos que una persona hacía a otra, para que la segunda actuara con esos bienes o derechos en una forma previamente señalada, siendo la confianza que se le depositaba el elemento principal de esa transmisión. (Capítulo I-4-F).

TERCERA.- La fiducia llegó a ser un principio desde el instante en que se reconoció como un valor jurídicamente tutelado la confianza que se depositaba en la persona que recibía la propiedad de bienes o la titularidad de derechos, para cumplir con los mismos la voluntad del transmitente. (Capítulo I-5).

CUARTA.- El principio de la fiducia surgió como un principio especial del Derecho Civil, pues su aplicación inicial quedó restringida a los actos de las personas civiles. (Cap. I-5).

QUINTA.- La fiducia desapareció casi por completo en la última etapa del Derecho Romano, al haber desaparecido el formalismo y los rigores que propiciaban la celebración de pactos de fiducia. Su única aplicación se dió en las substituciones fideicomisarias, (Capítulo I-4-5),

SEXTA.- La fiducia no fué utilizada durante la Edad Media, en los derechos romanistas, porque éstos habfan heredado del Derecho Romano instituciones ya bien definidas que no la necesitan y sobrevivieron exclusivamente las substituciones fideicomisarias. (Capitulo II).

SEPTIMA.- La fiducia se utilizó en el Derecho Inglés, sin que se haya copiado o imitado el Derecho Romano. La utilización de la fiducia se dió en los usos, que eran transmisiones de tierra que hacia una persona en favor de otra, para que ésta dispusiera de la tierra en beneficio del primero o de un tercero. Los usos nacieron de necesidades de los ingleses por proteger sus intereses sobre la tierra, que se vieron afectados por los más variados acontecimientos históricos, entre los que se encuentran el régimen de la tenencia de la tierra en Inglaterra; las constantes guerras civiles; y, las disposiciones legales que procuraron limitar los enfeudamientos y que prohibieron la transmisión de tierra a la iglesia. (Capitulo II-3).

OCTAVA.- La fiducia en Inglaterra contó con el respaldo de la jurisdicción de equidad, que rompió el endurecimiento en que habfa caído el common law. Los cancilleres comprendieron que los usos se constituían para proteger intereses terrenales, dando la tierra a una persona en quien se tenfa confianza, así que los cancilleres fomentaron que esos depositarios de la confianza respondieran a lo que se esperaba de ellos. (Capitulo II-3).

NOVENA.- La fiducia también se encuentra presente en el trust del Derecho Anglo-sajón, siendo que el trust surgió de los usos. (Capitulo II-3).

DECIMA.- La fiducia se encuentra en el trust, porque éste consiste en la transmisión de bienes y derechos que hace una persona a otra, para que ésta cumpla con los mismos fines que el settlor le indique, siendo el trustee un depositario de la

confianza del settlor. (Capítulo II-3-D).

DECIMA PRIMERA.- La fiducia, entendida como la transmisión de bienes o derechos que hace una persona en favor de otra, en quien se deposita confianza, para que con esos bienes y derechos se cumplan las instrucciones del transmitente, no se encuentra regulada en el Código Civil para el Distrito Federal en vigor. (Capítulo III).

DECIMA SEGUNDA.- En el Código Civil para el Distrito Federal en vigor, se regulan varias instituciones y contratos que implican relaciones de confianza, como la tutela; el albaceazgo; el depósito; el mandato; la prestación de servicios; las asociaciones y sociedades; y, la fianza, sin embargo, estas relaciones de confianza no se confunden con la fiducia, que no es una simple relación de confianza, pues siempre lleva de por medio la transmisión de bienes o derechos que hace una persona en favor de otra. (Capítulo III-2-A).

DECIMA TERCERA.- En el Código Civil para el Distrito Federal en vigor, se regulan diversas relaciones de fidelidad, entendiéndose por éstas, las relaciones que se establecen entre dos o más personas, tomando en cuenta el afecto que se guardan o la relación jurídica que las une, por las cuales quedan constreñidas a ser leales en el cumplimiento de las obligaciones convencionales o legales que tienen, o en las promesas que se hacen, de acuerdo a los intereses y fines comunes y sociales fijados para una convivencia armoniosa y equitativa. Esas relaciones de fidelidad se dan en los espousales; en el matrimonio; en el concubinato; en la adopción; en la patria potestad; entre los copropietarios; en la servidumbre; en la gestión de negocios; en la promesa de contrato; y, en el comodato, sin que estas relaciones de fidelidad se confundan con el principio de la fiducia. (Capítulo III-2-B).

DECIMA CUARTA.- La confianza, por si sola se encuentra-

comprendida en la fides, que originó a los conceptos de buena y mala fé y que se distingue con claridad de la fiducia. (Cap. III-2-B)

DECIMA QUINTA.- El principio de fiducia se requiere en el Derecho Mexicano y se le debe incorporar al Derecho Civil en una forma inteligente y acorde al sistema romanista que se tiene en México. (Capítulo III-3).

DECIMA SEXTA.- El principio de la fiducia evolucionó hacia el Derecho Mercantil porque las necesidades de la vida moderna así lo exigieron. El trust, como depositario del principio de la fiducia, mostró su gran utilidad en la vida mercantil. (Capítulo IV-1).

DECIMA SEPTIMA.- En México y en el Derecho Mercantil Mexicano se deformó el principio de la fiducia porque se imitó al trust, en vez de buscar una figura más adecuada al sistema jurídico mexicano. Hubo deformación del principio de la fiducia porque se copiaron las teorías de dos autores extranjeros que pretendían la imitación del trust del Derecho Anglo-Sajón. (Cap. IV-2).

DECIMA OCTAVA.- La deformación del principio de la fiducia en el Derecho Mercantil Mexicano, se hace patente cuando se impide a las personas físicas poder fungir como fiduciarias y obligando a quienes deseen constituir un fideicomiso mexicano, que trasmitan sus bienes a una institución bancaria. Además, la deformación se hace evidente con el término fideicomiso, a pesar de que entre el trust que se copió y el fideicommissum romano, no existen líneas de influencia. (Cap. IV-2-B).

DECIMA NOVENA.- La deformación del principio de la fiducia en el Derecho Mercantil Mexicano, se aprecia cuando al fideicomiso se le reputa como una operación bancaria; cuando se considera que el fideicomiso es una persona moral; y, cuando se ignora quién es el titular de los bienes y derechos transmitidos en el fideicomiso, (Capítulo IV-2-B).

VIGESIMA.- El fideicomiso mexicano, producto de una imitación del trust, tiene características del principio de la fiducia, que se encuentra contenido en sus normas. (Capítulo IV-2-B).

VIGESIMA PRIMERA.- El principio de la fiducia fué deformado por el Derecho Administrativo Mexicano, en los llamados fideicomisos públicos, al considerárseles como entidades, a pesar de que ni el Ejecutivo Federal ni el Legislativo tienen facultades para crearlos. Además de esto la deformación se nota pues de los fideicomisos públicos se han hecho empresas irregulares o - sui generis, que nada tienen que ver con el fideicomiso adoptado en México. (Capítulo IV-2-C).

VIGESIMA SEGUNDA.- La fiducia requiere de una regulación adecuada en el Derecho Civil y, acorde con esta regulación deberá de hacerse lo propio en el Derecho Mercantil y Administrativo, respetándose los pilares de este principio del mundo jurídico. (Capítulo IV).

VIGESIMA TERCERA.- La fiducia debe entenderse como el acto jurídico por medio del cual una persona, que es titular de determinados bienes y derechos que no sean estrictamente personales, transmite éstos en su totalidad o en parte a otra persona, quien debe ejecutar con los mismos los actos que le hubiese encomendado el trasmiteante mediante un acto entre vivos o por causa de muerte y en beneficio de uno o varios terceros, o del mismo trasmiteante, siendo la confianza en cumplir con lo encomendado el motivo principal de la transmisión.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- ACOSTA ROMERO MIGUEL, Teoría General del Derecho Administrativo, Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. - México 1983.
- 2.- AGUILAR CARVAJAL LEOPOLDO. Segundo Curso de Derecho Civil. Ed. Porrúa, S.A. México 1960.
- 3.- ALFARO RICARDO J. Y PATTON - RUFFORD G. El Fideicomiso Moderno. Revista Jurídica de la Univ. de Puerto Rico. Vol. XXVIII. Parte I al III. 1958-1959.
- 4.- ALFARO RICARDO J. El Fideicomiso, estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los países latinos una institución nueva semejante al Trust del Derecho Inglés. Ed. Imprenta Nacional, Panamá. 1920.
- 5.- BARRERA GRAFF JORGE. Estudios de Derecho Mercantil. Ed. Porrúa, S.A. México. 1958.
- 6.- BATIZA RODOLFO. El Fideicomiso. Ed. Porrúa, S.A. - México. 1976.
- 7.- BETTI EMILIO. Teoría General del Negocio Jurídico. Madrid, 1959.
- 8.- BONNECASE JULIEN. Elementos de Derecho Civil. Tomo - II. Ed. José M. Cajica. Puebla. -- 1945.
- 9.- BORJA SORIANO MANUEL. Teoría General de las Obligaciones. Ed. Porrúa, S.A. México. 1944.
- 10.- CERVANTES AHUMADA RAUL. Títulos y Operaciones de Crédito. - Ed. Herrero. México. 1973.
- 11.- COULANGES FUSTEL DE. La Ciudad Antigua. Ed. Porrúa, S.A. México. 1980.
- 12.- DE LOS MOZOS JOSE LUIS. El Principio de la Buena Fé. Ed. - Bosch, Barcelona. 1965.
- 13.- DE PINA RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo I al IV. Ed, Porrúa, S.A. México. 1956.
- 14.- DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. Ed. Porrúa. México. 1972.

- 15.- FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO. Derecho Romano. Ed. Esfinge. México.
- 16.- FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO. Introducción a la Historia Universal del Derecho. Tomo I. Ed. de la Universidad Veracruzana. Jalapa.- 1974.
- 17.- GALINDO GARFIAS IGNACIO. Primer Curso de Derecho Civil. Ed. Porrúa, S.A. México. 1973.
- 18.- GONZALEZ MARIA DEL REFUGIO. Historia del Derecho Mexicano. - UNAM, México. 1983.
- 19.- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. Derecho de las Obligaciones. Ed. - José M. Cajica, Jr. Puebla, 1974.
- 20.- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. El Patrimonio. Pecunario y Moral - o Derechos de la Personalidad. José M. Cajica, Jr. Puebla. 1971.
- 21.- HERNANDEZ OCTAVIO A. Derecho Bancario Mexicano. Ed. Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas. México. 1956.
- 22.- IBARROLA ANTONIO DE. Cosas y Sucesiones. Ed. Porrúa, S.A México. 1957.
- 23.- KEETON GEORGE W. The Law of Trusts. 7th. Ed. Sir - - Isaac Pitman & Sons Ltd. London - - 1957.
- 24.- KRIEGER EMILIO. Manual del Fideicomiso Mexicano. México. 1976.
- 25.- LEPAULLE PIERRE. Tratado teórico y Práctico de los - Trusts, En Derecho Interno, en Derecho Fiscal y en Derecho Internacional. Ed. Porrúa, S.A. México. 1975.
- 26.- LIZARI ALBARRAN MANUEL. Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. Tesis. México. - 1945.
- 27.- MOLINA PASQUEL ROBERTO. Fideicomiso, Trust y Equity, Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo V. México. 1955.
- 28.- MOLINER MARIA. Diccionario de Uso del Español. Ed. Gredos. Madrid. 1983.
- 29.- ORTIZ URQUIDI RAUL. Derecho Civil. Ed. Porrúa, S.A. - México. 1972.
- 30.- PALLARES EDUARDO. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Ed. Porrúa, S.A. México. 1963.

- 31.- PERALOZA S. DAVID. El Fideicomiso Público Mexicano. - Ed. Cajica. Puebla. 1983.
- 32.- PETIT EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. de Saturnino Calleja, S.A. Madrid.
- 33.- PIRENNE JACQUES. Historia Universal. Ed. Volcán, S.A. Panamá. 1965.
- 34.- POLLOCK F. Y MAITLAND F. W. The History of English Law Before - the Time of Edward I. The University Press. Cambridge. 1898.
- 35.- RABASA OSCAR. El Derecho Anglo Americano. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. - 1944.
- 36.- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. - Madrid. 1970.
- 37.- REMBAR CHARLES. The Law of the Land. Simon and Schuster, New York. 1980.
- 38.- RESTATEMENT OF THE LAW OF TRUSTS. American Law Institute. Vol. I y II. American Law Institute Publishers. St Paul. 1935.
- 39.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Compendio de Derecho Civil. Tomo I - al IV. Ed. Porrúa, S.A. México. -- 1962.
- 40.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. Tomo I al VI México. 1959.
- 41.- SERRANO TRASVINA JORGE. Aportaciones al Fideicomiso. Tesis.- México. 1950.
- 42.- SCOTT AUSTIN W. The Law of Trusts. Little Brown and Company. Boston. 1939.
- 43.- VILLAGORDOA LOZANO JOSE M. Doctrina General del Fideicomiso. Ed. Porrúa, S.A. México. 1982.
- 44.- VINOGRADOFF PAUL, Introducción al Derecho. Fondo de - Cultura Económica. México. 1967.
- 45.- WEBSTER'S THIRD NEW INTERNATIONAL DICTIONARY. G&C. Merriam Co. 1960.
- 46.- ZAMORA Y VALENCIA MIGUEL A, Contratos Civiles. Ed. Porrúa, S.A México, 1985.

LEGISLACION

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.
- 3.- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.
- 4.- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de - 1928.
- 5.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. 27 de agosto 1932.
- 6.- Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. 9 de marzo de 1973.
- 7.- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. 29 de diciembre de 1976.
- 8.- Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. 31 de mayo de 1941.
- 9.- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito. 14 de enero de 1985.
- 10.- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, 20 de abril de 1943.
- 11.- Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público. 31 de diciembre de 1976.
- 12.- Ley General de Deuda Pública. 31 de diciembre de 1976.
- 13.- Ley General de Bienes Nacionales. 8 de enero de 1982.
- 14.- Acuerdo de 17 de abril de 1979.
- 15.- Decreto del 10 de enero de 1979.