



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**FIDEICOMMISSUM, TRUST, FIDEICOMISO,
Y OTRAS OPERACIONES FIDUCIARIAS:
EL VÍNCULO DE SU NATURALEZA JURÍDICA.**

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO
PRESENTA

OSWALDO ANÍBAL MENDOZA POPOCA

TUTOR

**DR. JESÚS DE LA FUENTE RODRÍGUEZ
DIVISIÓN DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO**

COTUTORES

**DR. FABIÁN MONDRAGÓN PEDRERO DRA. AÍDA ROJAS CASTAÑEDA
DIVISIÓN DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO**

México, D.F., mayo de 2014.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ÍNDICE

	PAG.
INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO PRIMERO	
NATURALEZA JURÍDICA	
I. INTRODUCCIÓN	1
1. <i>Derecho y ciencia.</i>	2
2. <i>Derecho y epistemología.</i>	4
3. <i>Derecho y metodología.</i>	7
4. <i>Derecho y sistema.</i>	8
II. ACERCA DE LA CIENCIA Y EL DERECHO.	9
1. <i>Concepto de ciencia.</i>	10
2. <i>Clasificación de las ciencias.</i>	18
3. <i>Derecho y ciencias sociales.</i>	19
4. <i>El carácter científico del Derecho.</i>	22
III. MODELOS EPISTEMOLÓGICO-JURÍDICOS.	27
1. <i>Ius naturalismo.</i>	29
2. <i>Positivismo jurídico.</i>	31
3. <i>Otros modelos epistemológicos.</i>	33
A. <i>Sociología y derecho.</i>	33
B. <i>El modelo analítico.</i>	38
C. <i>La teoría pura del derecho.</i>	44
D. <i>Modelos Contemporáneos.</i>	48
IV. EL DERECHO, SU TEORÍA, Y SU (¿CIENCIA?) TÉCNICA.	51
1. <i>Dogmática jurídica.</i>	52
2. <i>Teoría general del derecho.</i>	56
V. ¿QUÉ ES ENTONCES LA NATURALEZA JURÍDICA?	62
1. <i>Noción Técnica.</i>	63
2. <i>Interpretación y argumentación.</i>	66

**CAPITULO SEGUNDO
FIDEICOMISO MEXICANO
EL PROBLEMA DE SU NATURALEZA JURÍDICA**

I INTRODUCCIÓN	70
II. ESTUDIO DEL FIDEICOMISO	70
1. <i>Concepto de ley.</i>	70
2. <i>Concepto etimológico.</i>	71
3. <i>El fideicomiso en la doctrina jurídica mexicana.</i>	73
A. <i>El Fideicomiso y los hechos jurídicos</i>	75
B. <i>El Fideicomiso y otras instituciones</i>	84
C. <i>El Fideicomiso y las teorías patrimonialistas</i>	94
4. <i>La naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano</i>	104
A. <i>Consideraciones generales.</i>	104
B. <i>El fideicomiso mexicano como declaración unilateral de voluntad. Sustentación jurídica.</i>	114

**CAPITULO TERCERO
FIDEICOMMISSUM ROMANO**

I INTRODUCCIÓN	125
II. UNA VISIÓN HISTÓRICA	126
1. <i>La evolución de la historia de Roma.</i>	126
2. <i>La evolución del Derecho Romano.</i>	131
A. <i>Conceptos fundamentales.</i>	133
a. <i>Derecho y religión (ius y fas).</i>	133
b. <i>Divisiones del derecho.</i>	134
1) <i>Derecho público y derecho privado.</i>	134
2) <i>Derecho escrito y derecho no escrito.</i>	136
c. <i>Fuentes del derecho.</i>	136
1) <i>Costumbre.</i>	137
2) <i>Lex.</i>	137
3) <i>Plebiscitos.</i>	139
4) <i>Senadoconsultos.</i>	139
5) <i>Jurisprudencia.</i>	140
6) <i>Edictos.</i>	142
7) <i>Constituciones.</i>	143
B. <i>Las etapas del Derecho Romano.</i>	144
C. <i>Características del Derecho Romano en cada etapa.</i>	147
a. <i>Derecho arcaico. Formalismo. (753 A.C.- 449 A.C.)</i>	148
b. <i>Derecho preclásico. Flexibilización. (449 A.C.- 27 A.C.)</i>	149
c. <i>Derecho clásico. Jurisconsultos. (27 A.C.-235 D.C.).</i>	151
d. <i>Derecho Postclásico. Transformación. (235 D.C.- 527 D.C.)</i>	153
e. <i>Derecho justinianeo. Codificación. (527 D.C.- 565 D.C.)</i>	155

III FIDEICOMMISSUM. SU NATURALEZA JURÍDICA.	157
1. <i>Comentario preliminar.</i>	157
2. <i>Concepto de fideicommissum.</i>	158
3. <i>Ubicación del fideicommissum en el Derecho Romano.</i>	159
4. <i>Naturaleza jurídica.</i>	166

CAPÍTULO CUARTO EL TRUST

I INTRODUCCIÓN	170
II. UNA VISIÓN HISTÓRICA	173
1. <i>La Alta Edad Media. Siglos V al X.</i>	173
2. <i>Plena Edad Media. Siglos XI al XIII.</i>	176
3. <i>Plena Edad Media en Inglaterra.</i>	181
4. <i>El origen del common law y de la equity.</i>	184
5. <i>Desarrollo de la equity.</i>	190
6. <i>El primer antecedente del trust: el "use".</i>	192
III. ESTUDIO DEL TRUST	195
1. <i>Concepto.</i>	195
2. <i>Clases de trusts.</i>	196
3. <i>La esencia (naturaleza) del Trust.</i>	199

CAPÍTULO QUINTO COMPARACIÓN DEL FIDEICOMISO, FIDEICOMMISSUM Y TRUST

I. INTRODUCCIÓN	205
II. DERECHO COMPARADO	205
1. <i>Disciplina independiente, o método.</i>	204
2. <i>Tres elementos fundamentales: Macro y microcomparación; funcionalidad, y tertium comparationis.</i>	211
III. COMPARACIÓN ENTRE FIDEICOMISO, FIDEICOMMISSUM Y TRUST	212

CONCLUSIONES.	216
----------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA	223
---------------------	------------

INTRODUCCIÓN

El fideicomiso quedó definitivamente establecido en nuestra legislación en el año de 1932. En la iniciativa de ley correspondiente se dijo, paradójicamente, que se trataba de una figura extraña a nuestra cultura jurídica, pero que su inclusión era benéfica pues facilitaba la contratación que en otras circunstancias sería muy compleja.

A partir de entonces, el fideicomiso ha suscitado todo género de comentarios, los más de ellos, y por mucho, en forma elogiosa, y los menos, afortunadamente, a manera de censura o reprobación. El primer tipo de comentarios se externa para reconocer la gran riqueza conceptual de esa figura jurídica y el genio indiscutible de quienes participaron en su creación. La segunda clase de opiniones buscan en la actualidad, en algunos casos, dejar constancia de inconformidad con las más recientes reformas legales que en buena medida eliminaron parte de la aludida riqueza conceptual, pero también, en otros casos, para señalar negativamente algunas de sus aplicaciones por lo regular en el campo de las operaciones de la administración pública, aunque quienes así se conducen, lo hacen casi siempre por ignorancia.

Todo eso ocurre porque la duda y la inquietud son parte de la vida misma del fideicomiso en México. Todavía ahora, a poco más de ocho décadas de su introducción en nuestro sistema jurídico, el fideicomiso es una operación que pocos conocen y entienden, y cuando alguno se topa con ella por primera vez, no deja de señalar que se siente colocado en un terreno poco firme que amerita ser transitado con cautela.

Así ocurre, básicamente, porque el fideicomiso trastoca uno de los pilares de nuestro sistema jurídico, una de las piezas básicas de nuestra concepción del derecho, uno de los cimientos de la cultura jurídica de la que nuestro sistema forma parte: el concepto de propiedad.

En efecto, la propiedad, así como se la entiende generalmente, se ha convertido en una idea básica de la organización social, en algo que está íntimamente arraigado en la conciencia colectiva, en una noción que facilita la convivencia al mismo tiempo que se erige en valladar y que se defiende por sobre otras muchas cosas, incluso con la vida misma. Por la propiedad discuten los individuos y surgen conflictos entre las comunidades y entre las organizaciones políticas cual lo son las entidades partes de la Federación. La propiedad es parte de las personas, y no son completas sin algo de lo que puedan decir que es de su propiedad.

De ahí es fácil entender que la institución jurídica de la propiedad, con sus atributos clásicos provenientes de la cultura romana que la ligan a la posibilidad de usar, disfrutar, disponer e incluso abusar, sea aceptada sin discusión, con la única limitación de que el ejercicio del derecho no perjudique a terceras personas.

Podría decirse que no es claro qué es causa y qué efecto, por la relación indisoluble que existe entre la noción colectiva y la convicción de la tutela jurídica. Qué es lo que dio lugar a lo otro, es más bien un asunto que queda a la consideración de quienes de la sociología hacen su modo de vida. Lo cierto es que el común de las personas tienen una clara idea de lo que la propiedad significa, y entre los profesionales del derecho se sabe con claridad cuáles son los elementos de la misma como derecho subjetivo, y no es exagerado decir que todo eso es resultado de una evolución secular.

Cuando surge una nueva institución jurídica como el fideicomiso lo fue en nuestro medio y en su momento, y se aparta de todo lo que antes se ha mencionado, naturalmente causa malestar y provoca discusiones, y, en buena medida, alejamiento, pues ante la novedad que representó, los más, incluyendo a los profesionales del derecho, trataron de no ocuparse de hacer reflexiones sobre ella, a menos de que las circunstancias los obligaran, pero en tanto no fuera así, resultaba mejor colocarla a un lado, observarla de soslayo e imaginar que tal vez un día sería materia de ocupación, procurando siempre que esa fecha se dilatara intencionalmente.

Ciertamente, con el fideicomiso ocurre que el propietario (fiduciario) no aprovecha los bienes en beneficio propio, ni puede disponer de ellos libremente, ya que sólo está facultado para ponerlos en juego en la medida que sea necesaria para lograr la finalidad que es materia de la encomienda que recibió. Por eso la institución choca de primera instancia a los profesionales del derecho y les resulta difícil entenderla, pero cuando la han estudiado y por tanto la asimilan, surge entonces un genuino interés por ella y se da paso a la reflexión seria y profunda, pues el fideicomiso ejerce una especie de atracción que impide ahora el colocar distancia y se convierte en objeto precioso a la observación. Es entonces cuando la cavilación hace acto de presencia y la discusión se centra en tratar de entenderla a cabalidad, en sus detalles, en sus resquicios, en su naturaleza, a propósito de la cual nuevamente se discute y hay controversia.

Son muchas las posiciones que los doctrinarios y estudiosos del derecho han tomado para tratar de esclarecer la naturaleza del fideicomiso, y entre ellas hay una gran variedad pues son disímboles. Los análisis que a propósito del fideicomiso se han hecho, siguen rutas muy diferentes y no obedecen a un mismo patrón, situación que claramente contribuye a alimentar la discusión pues pocos son los puntos de contacto entre las diferentes ideas que se han planteado, de donde resulta que se carece a la fecha de algún resultado que pudiera gozar del beneplácito de un mayor número de interesados en el tema.

Al hacer un repaso de lo que los juristas han señalado respecto de la naturaleza del fideicomiso, se habrá de encontrar una larga lista de autores y de puntos de vista. Lo mismo se dice que es un contrato, o que un patrimonio de afectación, o negocio fiduciario, o negocio indirecto, o patrimonio sin titular, o una especie de mandato, o una manifestación unilateral de voluntad, o contrato a favor de tercero, o acto de comercio, etc. y, como ya se dijo, ninguna de esas versiones prevalece

abiertamente sobre las otras, sin dejar de reconocer que la primera de las citadas es una de las que más adeptos tiene.

El hecho de que haya tantas variantes deja en claro que el fideicomiso es una operación compleja, plena de matices y de una gran riqueza conceptual. Al mismo tiempo, permite identificar que la ausencia de un método propio del derecho impide arribar, si no a la misma conclusión en cuanto a la naturaleza jurídica de las instituciones, por lo menos sí a un mismo género de explicación, con las modalidades que en su interior pudiera haber.

El asunto amerita atención porque el lograr la mayor precisión posible en la identificación de la naturaleza de las cosas, deberá contribuir a su fortalecimiento y al del conocimiento del derecho y a la solución de las controversias que respecto de la aplicación práctica de las instituciones jurídicas puedan surgir, de manera tal que no quede en una mera especulación teórica, en una especie de esfuerzo estéril, o, peor aún, en una frivolidad.

La profusión de datos que a la fecha existe confirma la especie de que no hay todavía una adecuada explicación y, lo que es más, ha provocado una importante contradicción (superable en beneficio de la institución que nos ocupa) en la conjugación de nociones que en principio pudieran pensarse totalmente alejadas la una de la otra por ser propias de distintos sistemas jurídicos o familias.

La cuestión se explica de la siguiente manera: las disertaciones habidas sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso han llevado a sus autores a tratar de indagar sobre sus antecedentes. De manera muy simple, dada la identidad en el vocablo, se identifica a uno de ellos en el fideicommissum del Derecho Romano. Otro antecedente lo es el Trust del sistema anglosajón, caso éste respecto del cual, es prácticamente unánime la opinión de que fue el modelo que se siguió para estructurar nuestro fideicomiso; lo es en tanto que opinión sustentada en semejanzas que se identifican en el estudio de ambas figuras, y es afirmación sostenida por el autor del capítulo correspondiente de la Ley.

Ahora bien, aceptado como es que el Trust funge como antecedente directo de nuestro fideicomiso, no ocurre de igual manera con relación a la institución del Derecho Romano en la que algunos autores ven aplicaciones que no coinciden con lo que es el marco que regula a nuestra institución.

Sin haber evidenciado todavía en dónde está la contradicción anunciada, dejemos ahora constancia de otro dato. Una de las tesis de mayor solidez para explicar la naturaleza del fideicomiso, es aquella que sostiene que se trata de un negocio jurídico. La idea del negocio jurídico es una modalidad a la teoría del acto jurídico que sustentaron los juristas franceses de la época del Código Napoleón, y tal modalidad consiste básicamente en que quienes intervienen en el negocio jurídico determinan libremente sus finalidades, sin sujetarse a las que estén señaladas por el ordenamiento legal, aunque, claro es, el negocio debe ser lícito y posible.

La propuesta del negocio jurídico fue hecha por juristas alemanes del grupo que es conocido como los pandectistas en virtud de que sostuvieron tesis con base en sus análisis del Derecho Romano. El primer impulsor de esta tendencia lo fue Federico Carlos de Savigny quien en su *Sistema de Derecho Romano Actual* afirmó el valor permanente de este derecho como base y componente genuino de la cultura occidental.

Con estas breves referencias ya es posible identificar la contradicción que consiste en el hecho de intentar explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso con base en las ideas de quienes están imbuidos del espíritu del Derecho Romano, y al mismo tiempo, negar vinculación con el fideicommissum del Derecho Romano.

He ahí lo que de primera mano en efecto aparece como contradicción, sin embargo el problema en el fondo radica en la falta de un análisis de mayor profundidad que permita identificar que el fideicommissum, el trust y el fideicomiso gozan de la misma naturaleza; que se trata de instituciones jurídicas con la misma raíz, y que tienen sus peculiaridades en función de las circunstancias de tiempo y espacio que las moldean para que funjan como instrumentos acordes a sus respectivos ordenamientos y sistemas jurídicos.

Este trabajo se ocupará de precisar el hilo conductor que une a todas las instituciones mencionadas y, aún más, se habrá de ocupar de tratar de identificar cuál es la esencia misma de todas ellas con un propósito doble: por una parte para intentar contribuir con una explicación sobre la naturaleza del fideicomiso y, por otra, para sostener una tesis sobre lo que es adecuado conceptualizar como naturaleza jurídica en general.

Resumiendo, el problema radica en la falta de un análisis de conjunto sobre los antecedentes del fideicomiso, en el entendido de que si se lleva a cabo, se estará en la posibilidad de configurar de mejor manera la naturaleza jurídica de esa institución.

CAPÍTULO PRIMERO NATURALEZA JURÍDICA

I. GENERALIDADES

El objetivo primordial de este trabajo es identificar el vínculo que une al *fideicomissum* del derecho romano, con el trust del derecho anglosajón y con el fideicomiso mexicano. La hipótesis implícita en el párrafo anterior, consiste en la existencia de un tronco común en la naturaleza jurídica de las tres instituciones. El fideicomiso mexicano está ligado a las otras instituciones mencionadas; al *fideicomissum* lo une la pertenencia al sistema romano canónico, y, al trust, el hecho de que éste fue el modelo que se tomó en cuenta para la introducción del fideicomiso en la legislación de nuestro país. No aparece tan evidente la vinculación entre el *fideicomissum* y el trust, pero sí la hay por evidencias históricas de ciertas condiciones de su respectiva aplicación, que presentan rasgos y propósitos similares, así como circunstancias semejantes.

Las tres instituciones tienen la misma naturaleza jurídica. Para identificarla, es indispensable contar con un adecuado concepto de *naturaleza jurídica* a fin de brindar claridad al resultado final pretendido.

El concepto de "naturaleza jurídica" no ha sido suficientemente explorado. Se le cita con demasiada frecuencia pero pocas veces los estudiosos del derecho se ocupan de señalar en qué consiste.

El asunto se explica de la siguiente manera: en el propósito de sistematizar las reflexiones acerca de los fenómenos jurídicos, quienes de ello se ocupan procuran establecer patrones básicos que sean las indispensables referencias que toda sistematización requiere. Cuando así proceden, hablan de la *naturaleza jurídica* de las instituciones materia de sus reflexiones, sin embargo, antes de hacer tales señalamientos, carecen de una necesaria convención sobre lo que representa la expresión *naturaleza jurídica* de algo.

Por eso en muchas ocasiones un mismo objeto es visto en muy diferentes perspectivas. Si hubiese una clara concepción de lo que es la *naturaleza jurídica*, cuando diferentes autores mencionaran la que corresponde a un objeto dado, podría haber diferencias de matiz, de percepciones, de opiniones, y no referencias tan disímolas como ocurre cuando, a propósito del fideicomiso, algunos dicen que su naturaleza es la de un negocio jurídico, y otros que es la de un patrimonio sin titular. Esas dos versiones dan evidencia de nociones sin relación alguna entre ellas (a menos, claro, que se fuerzan los conceptos en un empeño francamente absurdo) y abren oportunidades para hacer calificaciones de falta de rigor en los estudios jurídicos.

En estas condiciones, antes de señalar cómo están unidas las tres instituciones mencionadas por compartir la misma "naturaleza jurídica", es necesario precisar, el

concepto de "naturaleza jurídica". Surge ahora la pregunta sobre cómo habrá de hacerse tal precisión, porque, de primera intención, pareciera que la indagación sobre ese punto es de carácter filosófico, sin embargo, el concepto de "naturaleza jurídica" es usual en el terreno de los trabajos de sistematización de las normas del derecho, en los estudios sobre el orden positivo, y no en los análisis sobre las categorías apriorísticas ni en las reflexiones axiológicas sobre el derecho.

Ese incierto panorama obliga a hacer una reflexión sobre el carácter de los estudios acerca del derecho, para establecer si constituye una ciencia y por tanto el concepto de "naturaleza jurídica" goza del mismo carácter, o bien se trata de otro tipo de estudios y consecuentemente el concepto que se busca tiene una ubicación distinta en el mundo del saber.

El punto de partida de este trabajo es el intento de alcanzar el concepto de "naturaleza jurídica". A ello se dedicarán los primeros esfuerzos y se enfrentarán obstáculos varios que están presentes de siempre en el estudio del Derecho.

En otras palabras, en su primera parte, este trabajo está íntimamente ligado a la determinación (o no) del carácter científico de la disciplina que estudia al Derecho y a la identificación del objeto de estudio. El siguiente obstáculo está representado por la selección del método conveniente en el estudio de ese objeto (suponiendo que haya sido posible hacer alguna individualización), y luego se presenta el caso de cierta dificultad para precisar las materias que correspondan a la disciplina, y la materia que convenga poner en juego para los efectos de saber qué es eso a lo que los juristas llaman "naturaleza" de algo jurídico.

1. Derecho y ciencia.

Dice el maestro García Máynez en su muy conocida *Introducción al Estudio del Derecho* que lo primero que el estudioso se pregunta "al hollar el umbral de la ciencia jurídica" es ¿qué es el Derecho?¹

En esas primeras frases, el maestro García Máynez menciona la existencia de la "ciencia" jurídica, sin embargo en ese mismo estupendo trabajo no hace alguna afirmación de la que se pueda desprender si admite o no que el Derecho sea una ciencia.

Imer B. Flores, en su trabajo sobre la vida y obra del maestro García Máynez, hace un análisis y sistematización de sus trabajos, y así nos dice que se pueden agrupar en tres momentos o períodos, el primero de los cuales se centra en la filosofía del derecho y la filosofía de los valores; el segundo está referido a la axiología jurídica, ontología formal del derecho, lógica del juicio jurídico y concepto jurídico; finalmente, en el tercero, se enfoca nuevamente en la axiología jurídica, en la filosofía del derecho y en la reconstrucción de su teoría de los tres círculos.²

¹ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 24ª ed, México, Porrúa, 1975, p. 3.

² Cfr Flores, Imer B., *Eduardo García Máynez (1908-1993). Vida y obra*, , México, UNAM, 2007, p.24.

Aunque reconoce que es difícil considerar como un sistema a la obra filosófica-jurídica del muy distinguido jurista, lo cierto es que en el trabajo citado, Imer B. Flores hace lo necesario por manejarla como tal y a lo largo del recorrido que efectúa por la obra del ilustre iusfilósofo, no se encuentra mención alguna que permita distinguir si tomó alguna posición por considerar que el Derecho es o no una ciencia. Cabe mencionar que Imer B. Flores aparentemente sí toma posición al respecto, pues de manera expresa se refiere a la *ciencia del derecho*³ en la nota preliminar del trabajo en cuestión.

En relación al mismo asunto, es decir, tratar de determinar el carácter científico del Derecho Karl Larenz pregunta: *“En qué otra ciencia sería posible que una determinada respuesta a una pregunta determinada no pudiera calificarse inequívocamente de verdadera o falsa, sino sólo de defendible?”*⁴

A otras preguntas que en el mismo tenor hace, el jurista alemán responde afirmando que el Derecho es ciencia, de carácter *comprensivo*⁵, que procura interpretar de un modo determinado el *material que le es dado, a saber, normas e institutos de un Derecho positivo*. *“Si la Ciencia del Derecho nos dice lo que es Derecho hic et nunc, no por ello es por cierto capaz de hacer enunciado alguno sobre lo que es justo en sí. Tales enunciados tiene que dejarlos al filósofo, quien en verdad puede indicar ciertos principios, pero tiene que dejar sin resolver la aplicación al caso particular”*⁶

Algunas palabras del profesor argentino Carlos S. Nino parecen coincidir con la incierta situación que se ha tratado de describir. Dice el autor mencionado: *“Al pretender hablar de la ciencia Jurídica uno tiene la sensación de estar pisando un terreno espinoso y resbaladizo en el que es muy difícil eludir la declamación, el lenguaje vago y los lugares comunes...La expresión ciencia jurídica es insatisfactoria puesto que parece prejuizar acerca del carácter científico de la actividad en cuestión, con las implicaciones que ello trae aparejado en relación a los rasgos que ella debería presentar”*⁷

El mismo autor, en su *Introducción al Análisis del Derecho*, anota: *“el término ciencia tiene una carga emotiva favorable. Su aplicación a una actividad es una especie de condecoración que atrae hacia ella el respeto y el aprecio de la gente. Si observamos que la discusión sobre el carácter científico de la actividad de los*

³ Ibidem, p. 1.

⁴ Larenz Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 2001, p. 26.

⁵ Recordemos que el término “comprensivo (a)” es atribuido a Max Weber, quien decía que es de la esencia de las ciencias sociales el considerar la transitoriedad al mismo tiempo que la renovación del tipo ideal y que éste es una construcción del pensamiento de carácter instrumental e intercambiable que se ocupa si es útil en la realidad presente, pero que puede ser sustituido cuando la realidad cambia, de donde resulta que cada tipo ideal tiene un sentido que es indispensable “comprender”.

⁶ Ibidem, p. 27.

⁷ Nino, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, cuarta reimpresión de la 1a ed., México, Fontamara, 2007, p. 9.

*juristas está motivada en muy importante medida por ese anhelo de apropiarse de un rótulo laudatorio, podemos despreocuparnos de la disputa"*⁸

Para acentuar la indefinición antes de concluir esta fase de la nota preliminar, conviene mencionar que Norberto Bobbio, en un ensayo sobre *Derecho y Lógica*, señaló: *“La jurisprudencia, suponiendo, pero no concediendo, que convenga llamarla ciencia, no es una ciencia como todas las demás; su fin principal no es describir hechos, explicar causalmente sucesos del mundo natural o social, formular hipótesis, hacer previsiones de sucesos futuros, sino interpretar discursos. La jurisprudencia es, en gran parte, el análisis de un lenguaje así técnico, organizado en un universo de discurso casi sistemático, con el fin de volverlo cada vez más técnico y sistemático”*⁹

2. Derecho y epistemología.¹⁰

Aunque sea reiterativo decirlo, los estudiosos no tienen una idea unánime sobre el carácter de la disciplina que se ocupa de ese fenómeno de la cultura que se llama Derecho, y, esto, no es el único ni quizás el principal problema con que se topa quien quiere desbrozar alguna parcela de lo jurídico, pues incluso el objeto de estudio es materia de cuestionamientos ya que no hay un criterio uniforme respecto de cuál de las diversas manifestaciones de lo jurídico es aquella que conviene tomar en cuenta para hacer los estudios y análisis correspondientes.

La selección de alguna de esas manifestaciones está condicionada por una forma de ver lo jurídico, y, en ocasiones, la misma manifestación es vista desde ángulos distintos. En cada caso la posición del observador genera o representa una manera diferente de conocer. El asunto es muy antiguo, y sin embargo no ha sido resuelto.

A decir de Rodolfo Vázquez, las dificultades en el terreno que ahora nos ocupa, nacen de que hay una relación muy cercana entre los fenómenos jurídicos y los valores morales, y esta cercanía ha planteado muchas dudas para los estudiosos que tradicionalmente han quedado colocados en dos posiciones opuestas: la tesis de la vinculación y la tesis de la separación, o, en otras palabras, jus naturalismo y jus positivismo.¹¹

El jus naturalismo, casi tan antiguo como la humanidad, tiene como esencia de su enfoque a una noción moral en la que la justicia prevalece en comunión perfecta con el Derecho, tanto como que una y otro son la misma cosa, por lo que, siendo justo, el Derecho vale por sí mismo.

⁸ Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 8ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1997, p. 320.

⁹ Bobbio, Norberto, *Derecho y lógica*, 2ª ed. México, UNAM, 2006, p. 19.

¹⁰ Entendiendo por epistemología a la doctrina de los fundamentos del conocimiento, conforme a su sentido literal.

¹¹ Cfr Vázquez, Rodolfo, *Teoría del derecho*, 1ª ed. México, Oxford, 2008, p. 10.

Este principio rector, explica la creación de la norma como algo que proviene directamente de la divinidad; su planteamiento es algo que se dio con el nacimiento de la Filosofía. El connotado iusfilósofo Miguel Villoro Toranzo hacía saber que la doctrina del jus naturalismo aparece con tres características que nunca perderá: 1) es una reflexión racional; 2) señala como criterio de la conducta humana al orden de la naturaleza (por eso se llama natural); y 3) se encuentra dicho criterio en la recta razón escrita en todos los corazones, es decir, en una exigencia de comportamiento (por eso es Derecho) que todo hombre conoce por su conciencia moral.¹²

Dicho autor, al hacer un repaso del tema, indica que la doctrina del jus naturalismo no permaneció inmutable al paso del tiempo, sino que, por el contrario, fue sufriendo variantes, básicamente en función de lo que en diferentes épocas fue considerado como lo natural, y cada una de esas variantes representó a su vez un modelo diferente de conocimiento de lo jurídico. Las variantes van desde la ya referida concepción de un producto divino que está claramente representada en *Antígona* de Sófocles, hasta las nociones racionalistas del siglo XVII cuando el holandés Hugo Grocio hizo la sistematización del jus naturalismo bajo ese enfoque.

Según Francisco Larroyo, Kant desvinculó moral y derecho, y asignó a éste un papel de tutelador ante la posibilidad de conflictos entre lo que él identificó como el arbitrio de uno y el arbitrio de otro. La moral es un orden autónomo y el Derecho es la ley humana; el primero proviene del ámbito interno de cada individuo, en cambio el segundo es producto de una actividad ajena y exterior: el Derecho es la norma positiva que los poderes públicos imponen al individuo desde afuera por la fuerza. Esa reflexión kantiana, dice Larroyo, ya nunca abandonará al jus positivismo, con independencia de los matices que ha tenido a lo largo de la historia.¹³

El mismo Francisco Larroyo señala que Kant hubo de admitir en su concepción del derecho alguna incursión de la moral, para dar cabida a la idea de la justicia, pero fue apenas una manera de sustentar su propia tesis de la separación que quedó anotada en su *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* que publicó en 1797 apenas unos cuantos años antes de su muerte ocurrida en 1804.

Ya planteada la separación entre moral y Derecho, fueron apareciendo otros modos de conocer a éste, todos con un denominador común: el sustento en la realidad de los hechos, es decir, la experiencia. Las variantes, al igual de lo que ocurrió durante muchos siglos con el concepto de naturaleza, se van dando en función de la manera de entender lo que la experiencia es, sin embargo puede decirse que en el concepto de experiencia va implícita la idea de que se trabaja con algo que ya está ahí, en la realidad, con algo que está colocado o puesto, es decir, con lo positivo.

¹² cfr Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, 6ª ed, México, Porrúa, 1984, p. 18.

¹³ cfr Larroyo, Francisco, *Estudio introductorio y análisis de las obras Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Crítica de la razón pura, La paz perpetua, de Manuel Kant*, México, Porrúa, 2010, Colección Sepan Cuantos, No. 212, p. XXV.

Con la diversidad de enfoques explicativos, surgen denominaciones varias encaminadas a dar individualidad a cada una de las diferentes manifestaciones. Así, en el siglo XIX tenemos a las escuelas, histórica, de jurisprudencia de conceptos, jurisprudencia analítica, sociologismo jurídico, de la exégesis, del voluntarismo, etc, aunque, como ya se dijo antes, en todos los casos es posible considerar que estamos en presencia de posiciones del jus positivismo que, en términos generales, da preeminencia a las ideas contenidas en el texto de la ley y al trabajo del legislador.

El siglo XX inicia con una corriente de oposición al formalismo de las posiciones positivistas, lo que nuevamente plantea otras formas de conocimiento de lo jurídico. En Alemania surge lo que se conoce como jurisprudencia de intereses, en Norteamérica la escuela del realismo jurídico, y, en esta misma tesitura, es de destacar a la corriente del marxismo jurídico. Habrá que agregar a una versión del Derecho como fenómeno social con la sociología del Derecho de Ehrlich, la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound, el sociologismo empirista de Duguit y el movimiento del Derecho libre de Kantorowicz.¹⁴

No obstante la profusión de vertientes, la separación entre moral y Derecho se acentuaba cada vez más, y llegó a la que es quizás su máxima expresión (tanto por la radicalidad de la postura separatista, claramente neokantiana, como por la envergadura en sí de la obra), con el pensamiento de Kelsen que fue predominante en el ámbito jus filosófico de la primera mitad del siglo pasado.

El fin de la segunda guerra mundial provocó un giro en las reflexiones. Voltearon hacia el jus naturalismo como lógica reacción contra la crisis generada por el sometimiento al Derecho formalmente válido que alegaban los ejecutores de las órdenes de destrucción emanadas de los gobiernos totalitarios¹⁵.

Esta tendencia jusnaturalista fue vista con gran simpatía por distinguidos juristas, entre ellos el maestro Recaséns Siches, sin embargo resultó hasta cierto punto efímera pues hacia la década de los sesenta empezaron a surgir formas que impulsaron nuevamente la separación, si bien es cierto que en un contexto diferente que ya no puede ser calificado como típicamente positivista.

No es posible dejar fuera del repaso que en forma panorámica se está emprendiendo, a las escuelas del realismo jurídico, tanto la escandinava, como la anglosajona. Los representantes por excelencia de la primera son Alf Ross y Karl Olivecrona; de la segunda Karl Llewellyn, Jerome Frank, Oliver Wendel Holmes y Roscoe Pound. También es de anotar a la escuela analítica con Austin, Glanville Williams y H.L. A. Hart¹⁶

¹⁴ cfr Vázquez, Rodolfo, *op cit*, nota 11, pp 140 a 151.

¹⁵Cfr Sánchez Vázquez, Rafael, *Metodología de la ciencia del derecho*, 1ª ed, México, Porrúa, 1995, p. 127.

¹⁶ Cfr Muñoz Rocha, Carlos I., *Teoría del derecho*, 1ª ed, México, Oxford, 2007, pp. 242 a 250.

No resultaría adecuado concluir la segunda fase de este apuntamiento preliminar, sin hacer mención de cinco destacados juristas, representantes de los movimientos contemporáneos, que han hecho importantes aportaciones en el propósito del conocimiento del Derecho: se trata del jurista y estudioso de la política, el italiano Norberto Bobbio y su modelo de ciencia estructural-funcional; Ronald Dworkin y su modelo cognoscitivista; el español Manuel Atienza y su modelo argumentativo; finalmente, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin y su modelo de ciencia sistemática.¹⁷

3. Derecho y metodología.¹⁸

Los autores que han quedado inscritos como exponentes de alguna de las posiciones a las que se hizo alusión, tienen algún particular enfoque de lo que el Derecho es, y en tal virtud resulta que hay un gran número de formas y maneras de conocer al Derecho.

Por lo que se refiere al método conforme al cual sea posible estudiarlo, no hay, ni siquiera, una posición mayoritaria. Conviene destacar que, para los filósofos, el término "metodología" tiene dos significados posibles. En uno, método es la orientación de una investigación; en otro, se refiere a una particular técnica de investigación.¹⁹

Esa dualidad está presente en los estudios acerca del Derecho, pues con toda claridad cuando del método se trata, o se aborda una reflexión con base en cierta escuela, doctrina o corriente, y por tanto se adopta el primero de los sentidos del vocablo "método"; o se alude a alguna técnica de investigación, con lo que se usa al "método" en la segunda de las acepciones mencionadas. Una hojeada a los textos relativos a metodología jurídica²⁰ permitirá corroborar los asertos que antes se anotaron.

Pero hay algo más: suele ocurrir que bajo la denominación de método o de metodología jurídica, se haga una sistematización del Derecho, es decir, un trabajo que pretende organizar el todo que el Derecho representa, y cuyo resultado es una clasificación de sus partes aparentes, bajo ciertos criterios que por lo regular en buena medida dependen de la adopción de alguno de los enfoques de conocimiento que se han mencionado líneas arriba.

¹⁷ Las denominaciones de las propuestas de los autores citados en este párrafo, están tomadas de Vázquez, Rodolfo, *op cit*, nota 11 pp 166, 169, 175 y 177.

¹⁸ Entendiendo por "metodología" a los procedimientos de investigación, comprobación y control de una disciplina. Véase nota 21 siguiente.

¹⁹ cfr Abbagnano Nicola, *Diccionario de filosofía*, tercera reimpresión de la 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, p. 802.

²⁰ Según Abbagnano, (idem) el término "metodología" tiene cuatro posibles significados, que son: 1) la parte de la Lógica que estudia los métodos; 2) la Lógica Trascendental aplicada; 3) los procedimientos metódicos de una ciencia; 4) el análisis filosófico de tales procedimientos. Por lo regular, en el ámbito jurídico, cuando se habla de "metodología", se le refiere en el tercero de los sentidos mencionados y se elige, respecto del método mismo, alguna de las dos alternativas señaladas arriba.

En este punto, hay una gran semejanza en los tópicos que se incluyen en los trabajos de metodología y los que se abordan en lo que en nuestra tradición de la enseñanza del Derecho, corresponde a la asignatura que se conoce con el nombre de Introducción al Estudio del Derecho.

Lo que se puede deducir de estas breves notas, es que los juristas no han podido construir un método adecuado a las características del objeto de estudio, entre otras buenas razones, porque ese objeto no ha sido plena y cabalmente identificado, y aceptado de una manera genérica.

4. Derecho y sistema.

Si se contempla el asunto de la sistematización del Derecho y se hace a un lado el hecho de que en ocasiones la sistematización es parte de una especial manera de conocerlo (método+ en el primero de los sentidos anotados para este vocablo), podremos apreciar que tampoco hay claridad suficiente que permita identificar las partes del todo y que esas partes reciban una calificación uniforme respecto de sus objetivos, alcances, e incluso denominación.

Tal vez, la única zona en la que sea posible apreciar cierto tratamiento homogéneo, es aquella en la que se estudian las normas emitidas por el poder público y que son de cierto tipo, o regulan cierta materia. En ese caso por lo menos es posible decir que la rama es tal, o cual, o aquella. Este fenómeno se repite de sistema a sistema legal con algunas mínimas variantes en la denominación; así ocurre, por ejemplo, cuando en un cierto lugar se alude a la legislación penal, cuyo contenido coincide con la legislación criminal de otro sistema.

Salvo en el caso citado, en cualquiera otro en el que se trate de precisar cuáles son las disciplinas jurídicas, hay casi tantas variantes como autores son. Pongamos un ejemplo tomando para ello las obras de dos distinguidos juristas, uno el maestro García Máynez de reconocido prestigio desde mucho tiempo atrás, y otro el investigador Jaime Cárdenas Gracia que alcanza apenas la etapa de la edad madura.

El maestro García Máynez indicaba: *El estudio de la noción de lo jurídico constituye el objeto de la teoría fundamental del derecho. La teoría fundamental debe explicar, además, los conceptos jurídicos esenciales, es decir, las categorías o nociones irreductibles, en cuya ausencia resultaría imposible entender un orden jurídico cualquiera. Queremos referirnos a los conceptos de supuesto jurídico, derecho subjetivo, deber jurídico y sujeto de derecho.*²¹

Sigue diciendo el ilustre jurisconsulto que al arte de la interpretación y aplicación de los preceptos del Derecho vigente se le llama Técnica Jurídica, uno de cuyos temas es el de la integración, a propósito de la cual señalaba: *Se puede presentarse el*

²¹ Gracia Máynez, Eduardo, *op cit*, nota 1, p. 119.

*caso de que una cuestión sometida al conocimiento de un juez no se encuentre prevista en el ordenamiento jurídico. Si existe una laguna, debe el juzgador llenarla. La actividad del juez no es, en esta hipótesis, interpretativa sino constructiva.*²²

Por su parte Jaime Cárdenas Gracia expresa: *En cuanto a la teoría general del derecho, podemos decir que se ocupa de los distintos materiales normativos (diferentes tipos de reglas, principios, valores, directrices, definiciones, etcétera), de los problemas del ordenamiento jurídico (por ejemplo las lagunas y las antinomias) y del análisis de los conceptos jurídicos fundamentales que son aquellos comunes a los diversos sistemas jurídicos o a las diversas ramas del derecho (derecho, no derecho, deber, responsabilidad, inmunidad, etcétera).*²³

La referencia a los respectivos textos de los autores citados, nos permiten apreciar varios datos: en primer término, una coincidencia, en cuanto a lo que son los conceptos fundamentales; en segundo lugar, una aproximación, en lo que toca a la denominación de la disciplina: teoría fundamental según el maestro Eduardo García Máynez, teoría general según Jaime Cárdenas Gracia. Por último una clara discrepancia, pues mientras éste autor ubica al problema de las lagunas en la teoría general, el maestro García Máynez lo coloca en una disciplina diferente a la que llama técnica jurídica.

Este es el panorama general del estudio del derecho: una amplísima gama de variantes y muy pocas posibilidades de coincidencias. Esas son las dificultades por enfrentar en la búsqueda del concepto de naturaleza jurídica, y era necesario hacerlas notar como un antecedente del trabajo que en seguida se emprenderá.

II. ACERCA DE LA CIENCIA Y EL DERECHO.

Para encontrar el concepto de *naturaleza jurídica*, resulta indispensable preguntar en dónde, en el amplio campo de los estudios del derecho, podrá tener cabida tal concepto. Es posible incluso preguntar si hay o no ese concepto en el terreno del derecho, porque si se toma en cuenta que hay una gran imprecisión sobre lo que el derecho es, también resulta difícil tener claridad sobre la existencia de tal noción.

En estas condiciones, se estima necesario hacer varias reflexiones que partan del intento de esclarecer si el derecho es o no una ciencia, para lo cual es necesario precisar qué es una ciencia, a fin de que, por comparación, sea posible responder a la primera pregunta.

1. Concepto de ciencia.

²² García Máynez, Eduardo, *op cit*, nota 1, p. 129.

²³ Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, 1ª ed, México, Nostra y UNAM-III, 2009, p. 59.

Dejemos en claro desde ahora, que el concepto de ciencia es muy debatido y se trata de una ardua cuestión, en cierta forma añeja, tanto como la especulación filosófica. Hay una vinculación estrecha entre Filosofía y ciencia desde los remotos tiempos de la antigüedad.²⁴

Desde siempre se han formulado cuestionamientos, sobre el alcance de la actividad intelectual, sobre la manera en que los individuos interpretan los acontecimientos naturales, sobre la relación entre unos y otros y sobre las conclusiones que de todo ello sea posible obtener. Esos eran en sus primeros pasos los contenidos de la Filosofía,²⁵

Ahora bien, todos los esfuerzos que en la antigüedad se hicieron al respecto, pueden ser entendidos como fórmulas relativas a la explicación de todas las cosas, pero difícilmente encajan en el concepto que de ciencia pueda tenerse desde la revolución copernicana hasta nuestros días.

El concepto de ciencia que generalmente se conoce, tiene su origen en el siglo XVII y se sustenta en los trabajos de ilustres pensadores como Galileo, Bacon, Kepler y Newton, (aunque éste es un poco posterior a los tres primeros)²⁶, ya que a través de su obra dejaron constancia de la experimentación como base del conocimiento, así como de su desvinculación respecto de la moral, la teología, y la política, disciplinas éstas que continuaron ligadas a la filosofía de mejor manera que el conocimiento obtenido en la constatación de los fenómenos de la naturaleza.

Hull reflexiona al respecto: *La línea de pensamiento que tuvo su primera culminación con el triunfo de Newton creó, pues, una atmósfera de optimismo científico que persistió pese a ocasionales protestas moderadoras a lo largo de los siglos XVIII y XIX las inteligencias de primera clase empezaron a seguir su ejemplo en el descubrimiento de regularidades naturales mediante el método científico perfeccionado por Newton*²⁷

A partir de entonces, y hasta el siglo XIX, el concepto de ciencia fue claramente empirista; después, se apoyó en la notable evolución técnica que se conoce en la historia como la revolución industrial, época en la cual se lograron importantes aplicaciones prácticas de la física, de la biología y de la química y surgen nombres,

²⁴ "La filosofía es una ciencia. En la tradición aristotélico-tomista se define la ciencia como un conocimiento cierto de las cosas por sus causas". Gutiérrez Sáenz Raúl, *Introducción a la filosofía*, 15ª ed., México, Esfinge, 2010, p. 20.

²⁵ "El hombre conoce reflexivamente ciertas cosas después de haberlas estudiado e investigado. Todas las cosas que el hombre conoce y los conocimientos de esas cosas, todo ese conjunto del saber humano, lo designa Aristóteles con la palabra filosofía. Y desde Aristóteles sigue empleándose la palabra filosofía en la historia de la cultura humana con el sentido de la totalidad del conocimiento humano" García Morente Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 1ª ed., México, Editorial Época, 1967, p. 7.

²⁶ Francis Bacon (1561-1626); Galileo (1564-1642); Kepler (1571-1630); Newton (1642-1727).

²⁷ Hull, L.W.H., *Historia y filosofía de la ciencia*, 1ª ed., traducción de Manuel Sacristán, Barcelona, Crítica, 2011, pp. 182 y 183.

hoy por demás conocidos y respetados como Galvani, Volta, Faraday, Berzelius, Ampère, Helmholtz, Mendel y, por supuesto, Darwin.

En estas circunstancias de gran respeto y consideración hacia la investigación de lo natural, Augusto Comte (1798-1857) expuso su doctrina positivista que vino a robustecer el enfoque empirista de los siglos XVII y XVIII. El positivismo resalta lo real, lo natural, lo que está ahí, *puesto*, los hechos comprobables por la experiencia que permiten la formulación de leyes que expresan las relaciones constantes entre los fenómenos observados. Es necesario citar, en este orden de ideas, que David Hume (1711-1776) es considerado por muchos el precursor del positivismo, ya que sustentaba la tesis de que todo conocimiento deriva en última instancia de la experiencia sensible, siendo ésta la única fuente de conocimiento y sin ella no se lograría saber alguno.

En opinión de Ramón Soriano, el método positivo se caracteriza por lo siguiente: *El nuevo método positivo se concreta en cuatro procedimientos: la observación, la experimentación, la historia y la comparación. Los hechos observados se comprueban empíricamente, se les examina en el proceso histórico y se les compara con otros semejantes para precisar su regularidad* ²⁸

A partir de entonces, el concepto de ciencia se sustenta en que ésta deriva de hechos, afirmación de la que se dice que cuenta con tres componentes que son: a) los hechos se presentan ante observadores; b) los hechos son anteriores a la teoría e independientes de ella; c) los hechos son un fundamento firme y confiable para el conocimiento científico.²⁹

En relación a estos componentes, se hacen los comentarios que se anotan a continuación: 1) La observación nunca es suficientemente objetiva pues siempre está influida por diversos factores, tales como la propia experiencia del observador, y su conocimiento previo respecto de aquello que esté observando³⁰; 2) Puesto que el observador tiene necesariamente un cierto nivel de conocimiento sobre lo que observa, es muy difícil sostener de manera tajante que los hechos son previos a la teoría; es ésta el objeto de comprobación mediante hechos; 3) La experimentación puede dar como resultado separar o sustituir hechos, para conservar algunos o adoptar otros, los que sean pertinentes al caso que se analiza, de donde resulta que los hechos no necesariamente son confiables todos ellos.

Sobre lo anotado, dice Alan F. Chalmers: *Si bien estas observaciones pueden parecer comentarios bastante obvios acerca de la actividad científica cotidiana, tienen, sin embargo, implicaciones serias para gran parte de la filosofía ortodoxa de*

²⁸ Soriano Ramón, *Sociología del derecho*, 1ª. Ed., Barcelona, Ariel, 1997, p. 70.

²⁹ Cfr Chalmers Alan F., *Qué es esa cosa llamada ciencia?* 3ª ed., Madrid, Siglo XXI España, 2000, p. 3.

³⁰ Los filósofos y los psicólogos han acuñado un concepto que es el de la “forma o gestalt” que consiste en una estructura aportada por el sujeto cognoscente e implantada en el dato recibido a través de los sentidos, sin que ese sujeto se percate de ello. Véase Gutiérrez Sáenz Raúl, *Introducción a la filosofía*, op cit. nota 24, p. 60.

la ciencia, puesto que socavan la noción ampliamente extendida de que la ciencia descansa sobre fundamentos seguros ³¹

La idea de que la ciencia deriva de hechos, implica un razonamiento de tipo inductivo, esto es, se hace una generalización de algo que se observa en un número limitado de casos. Para que la inferencia inductiva esté razonablemente justificada, se requiere, según Alan F. Chalmers, que el número de hechos observados sea considerablemente grande; también es indispensable que la observación de los hechos se repita en una amplia variedad de condiciones, y finalmente, que ningún resultado observacional entre en contradicción con la ley universal producto de la inducción.

No obstante, el propio Chalmers llega a la conclusión de que aun siguiendo los términos de lo propuesto, se enfrentan muchas dificultades que generan incertidumbre acerca del proceso de experimentación descrito, toda vez de que no es posible, por ejemplo, definir el número de casos a tratar a fin de que se le considere *grande*, y tampoco es factible establecer anticipadamente qué es lo que ha de entenderse por una amplia *variedad de condiciones*, a lo cual es posible agregar que muchos asuntos materia de observación, están referidos a objetos que no son observables sin el apoyo de instrumentos, y a veces ni siquiera éstos llevan a la observación propiamente dicha, en razón del empleo de los sentidos para el uso de los instrumentos, lo que agrega posibilidades de variación.

De ahí que sea frecuente que los científicos admitan un cierto margen de error y un cierto margen de inexactitud en lo que es la materia de sus investigaciones. La aceptación de estas condiciones de relatividad, se hace patente con el empleo de fórmulas que refieren simplemente una *probabilidad* de que el resultado sea en todos los casos idéntico al que han encontrado en sus muestras de experimentación. Las *leyes* científicas, son en consecuencia, expresiones probabilísticas.

El conocimiento científico, la ciencia, en el concepto generalizado que de ella se tiene después del positivismo de Comte, sufre, según lo expresado, graves cuestionamientos, los cuales, en buena medida, fueron útiles para que Karl Popper elaborara su doctrina del conocimiento científico que es comúnmente conocida como *falsacionismo*.

Esta doctrina propugna, básicamente, por la posibilidad de refutar cualquier teoría, mediante un contraejemplo. Si no es posible refutarla, la teoría queda corroborada, pero nunca comprobada de manera definitiva, no obstante que haya resistido varios intentos de refutación, porque las afirmaciones científicas siempre están sujetas a la posibilidad de contradicción.

El conocimiento científico, dice Karl Popper, no está sustentado en la observación, sino en la teorización problemática, es decir, en la formulación de teorías a partir del

³¹ Chalmers Alan F., op cit, nota 29, p. 34.

planteamiento de un problema. *De manera, pues, que el punto de partida es siempre el problema; y la observación únicamente se convierte en una especie de punto de partida cuando desvela un problema; o, con otras palabras, cuando nos sorprende, cuando nos muestra que hay algo en nuestro conocimiento . en nuestras expectativas, en nuestras teorías- que no está del todo en orden. Las observaciones sólo conducen a problemas, en la medida en que contradicen algunas de nuestras expectativas conscientes o inconscientes. Y lo que en tal caso se convierte en punto de partida del trabajo científico no es tanto la observación en sí como la observación en su sentido peculiar, es decir, la observación generadora de problemas*³²

Los problemas dan lugar a teorías y las teorías son conjeturas o suposiciones especulativas que tienen por finalidad solucionar los problemas y proporcionar una explicación adecuada del comportamiento de algunos aspectos del mundo o universo. El paso siguiente será la contrastación, es decir, el intento de falsación en el lenguaje de Karl Popper, conforme al cual habrán de quedar desechadas aquellas teorías que no superaron el intento por haber sido refutadas.

El ilustre pensador afirma al respecto: *a) El método de las ciencias naturales, radica en ensayar posibles soluciones para sus problemas, es decir, para esos problemas en los que hunden sus raíces. b) Si es accesible a una crítica objetiva, intentamos refutarlo; porque toda crítica consiste en intentos de refutación; c) Si un ensayo de solución es refutado por nuestra crítica, buscamos otro; d) Si resiste la crítica, lo aceptamos provisionalmente, y, desde luego, lo aceptamos principalmente como digno de seguir siendo discutido y criticado; e) El método de la ciencia es, pues, el de la tentativa de solución, el del ensayo (o idea) de solución sometido al más estricto control crítico. No es sino una prolongación crítica del método del ensayo y del error*".³³

El falsacionismo propuesto por Karl Popper es en muchos sentidos atractivo, por ejemplo, cuando confirma que la ciencia no deriva de los hechos, o cuando reitera que la simple observación no la origina, pues la problematización teórica que propone, implica que, cronológicamente, es primero la formulación de la teoría y después la observación a la luz de lo que ésta plantea,³⁴ sin embargo, no es la solución definitiva en el intento de encontrar el mejor concepto de ciencia. La propuesta popperiana está muy lejos de serlo, muestra de lo cual son las intervenciones de un nutrido grupo de autores que entraron con Popper en franco debate.

Uno de los puntos débiles del falsacionismo, radica en la incompatibilidad de su propuesta con la evolución de la ciencia, de la que se planteó en la era aristotélica y de la que se generó después de Copérnico, Galileo y Newton. Cada uno de los

³² Popper Karl, et al., *La lógica de las ciencias sociales*, 1ª ed. Trad de Jacobo Muñoz, México, Colofón, S.A. de C.V., 2008, p. 14.

³³ Ibidem.

³⁴ Coincide la teorización así planteada, con el conocimiento holístico o intuitivo. Véase Gutiérrez Sáenz Raúl, op cit nota 24, p. 59.

descubrimientos científicos de esos autores no hubieran sido aceptados en su contexto científico, si se les hubiese visto en el enfoque de la falsación, habida cuenta de la manifiesta resistencia que hacia ellos se planteó en sus respectivas épocas. La propuesta de la falsación admite un cierto grado de dogmatismo para evitar que la crítica o refutación se lleve a un extremo en el que diluya peligrosamente el poder de las teorías.

Se han revisado dos posiciones respecto del concepto de ciencia: una que da preeminencia a los hechos observables; la otra que sostiene la importancia del problema teorizado. Ni la una ni la otra resuelven satisfactoriamente el cuestionamiento que inquiere sobre la esencia del conocimiento científico. La postura falsacionista, después de combatir a la empírica, fue a su vez rechazada por varios autores, uno de los cuales, Thomas Kuhn, dio lugar con sus estudios a la que tal vez, en épocas recientes, sea la visión mayormente aceptada.

Ese investigador plantea que la ciencia es una teoría no cuestionada en función de un acuerdo sobre la estructura de su planteamiento. A decir de Kuhn, será ciencia todo aquello contenido en una teoría que haya sido armada conforme a ciertas reglas previamente establecidas que den congruencia y coherencia al discurso con el que se expresa, es decir, el carácter científico de una proposición depende de que se le formule en términos de un lenguaje que haya sido aceptado para el caso o para la disciplina en la que se trabaje.³⁵

En palabras del propio Kuhn: *“una característica distintiva de la actividad científica es la interpretación de las observaciones y los datos”* Pero cada una de esas interpretaciones presuponía un paradigma en virtud de un paradigma aceptado, el científico sabía qué era un dato, qué instrumentos podían usarse para capturarlo y qué conceptos eran relevantes para interpretarlo. Dado un paradigma, la interpretación de los datos es central para la empresa de explorarlo.³⁶

Kuhn señala además que la ciencia está sujeta a un proceso de cambio en razón del establecimiento de nuevos paradigmas que se ven precedidos por ciertos estadios de desacuerdo y que son producto del cuestionamiento lógico de lo establecido según se presentan nuevos enfoques o nuevos descubrimientos. El proceso en su conjunto se ilustra con el siguiente esquema: *preciencia-ciencia normal-crisis-revolución-nueva ciencia normal-nueva crisis*.

La actividad científica según Kuhn, surge a partir del establecimiento del paradigma que está constituido por los supuestos teóricos generales, las leyes y las técnicas para su aplicación que adoptan los miembros de la comunidad científica. La *preciencia* está caracterizada por la falta de acuerdo en lo fundamental y una vez

³⁵ Dice Chalmers al respecto: “Un diccionario es inútil a menos que ya se sepan los significados de muchas palabras” Op cit, nota 29, p. 99.

³⁶ Kuhn Thomas, “Las revoluciones como cambios de la concepción del mundo” en Olivé León, y Pérez Ransanz Ana Rosa (compiladores), *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, 2ª reimpresión de la 1ª ed, México, UNAM y Siglo XXI Editores, 2010, pp. 264 y 265.

que se logra tal acuerdo, se está en la posibilidad de establecer lo que él llama la *ciencia normal*. El paradigma entra en crisis cuando se cuestiona la parte fundamental que permitió llegar al nivel de ciencia normal, y se transforma en revolución cuando la comunidad científica en su conjunto, está dispuesta a abandonar el paradigma original para sustituirlo por uno nuevo.

Quizás hay un punto en el que Popper y Kuhn se acercan y ese punto se localiza en que Kuhn admite que los paradigmas son imperfectos y que esa imperfección abre la oportunidad de los cuestionamientos que pueden provocar la crisis que desembocará en la revolución que establece el nuevo paradigma. Problema e imperfección son vocablos usados respectivamente por los autores mencionados y aluden a una situación que guarda semejanza.

Raúl Gutiérrez Sáenz propone el concepto de *paradigma fundamentado*. Reconoce en Kuhn el origen, pero, aclara: *La definición de ciencia como paradigma fundamentado está inspirada, mas no calcada, en la lectura de un libro moderno de epistemología: La estructura de las revoluciones científicas, de Thomas Kuhn*³⁷

Anota Gutiérrez Sáenz que los paradigmas tienen una fundamentación acorde al tipo de ciencia de que se trate. En algunos casos la fundamentación es experimental, pero en otros no, como en el caso de la filosofía, la lógica y las matemáticas que se fundamentan en un nivel racional ya que aluden a objetos invisibles, lo cual no es obstáculo para proporcionar la evidencia que el paradigma requiere.

De manera congruente con el pensamiento de Kuhn, afirma Gutiérrez que los argumentos y pruebas que se ofrecen no necesariamente son aceptables (recuérdese el señalamiento de la imperfección), pero que *la validez absoluta y definitiva de una fundamentación es una pretensión utópica y falaz*³⁸

En sus escritos acerca de la ciencia, Norberto Bobbio se anticipó en cierta medida a Kuhn, pues en 1952, es decir diez años antes que éste, señaló el rigor del lenguaje como la característica esencial de aquella, aún sobre la característica de pretensión de verdad que durante mucho tiempo la singularizó. El rigor científico expresado en el manejo congruente del lenguaje, se identifica en el establecimiento de reglas de: a) uso de las palabras básicas (primitivas les llama Bobbio) de un sistema; b) transformación de las palabras base o primitivas a las derivadas.

En función de esas reglas la ciencia se presenta como un sistema cerrado y coherente de proposiciones definidas, y mientras más se respete la coherencia, mayormente posible será que ese sistema reciba el calificativo de científico. Aclara Bobbio que no se trata de reducir la ciencia a un puro y simple hecho lingüístico, sino de aceptar que un estudio debe estar propuesto en razón de signos convencionales y que el rigor en su manejo los superpone al habla común. La

³⁷ Gutiérrez Sáenz Raúl, op cit nota 24, p. 22.

³⁸ Ibidem, p 23.

ciencia comienza con la formación del lenguaje científico, y a todo esto le llama la concepción moderna de la ciencia.³⁹

Para concluir, se anotarán las notas que, según algunos autores, caracterizan a la ciencia. Al efecto es conveniente señalar que este es otro tema en el que no priva la uniformidad. Para evitar una poco útil dispersión, se hará alusión sólo a dos enfoques.

Mario Bunge en su trabajo intitulado *La ciencia, su método y su filosofía*⁴⁰ identifica las características que en seguida se anotan, mismas que son aplicables, de acuerdo con el propio Bunge, a las ciencias fácticas que son lo que él mismo llama las ciencias materiales, o ciencias de la naturaleza y de la sociedad:⁴¹

- Es un conocimiento de hechos: los describe y reconstruye en un proceso experimental.
- Es trascendental: va más allá de las apariencias al seleccionar hechos relevantes y descartar los que son apariencias.
- Es analítica: descompone la realidad en sus partes.
- Es especializada: considera un aspecto de la realidad.
- Es clara y precisa: trata de obtener datos exactos, define conceptos, crea lenguajes, mide y registra fenómenos.
- Es comunicable: se hace pública.
- Es verificable: se comprueba a través de la experiencia.
- Es metódica: se planea y excluye al azar a menos que sea conveniente usarlo.
- Es sistemática: forma un conjunto integrado por hipótesis, teorías y leyes íntimamente conectadas entre sí, de manera tal que la sustitución de un supuesto básico provoca un cambio en el conjunto.
- Es general: no se ocupa de hechos aislados o individuales.
- Es legal: busca descubrir leyes de la naturaleza o de la cultura y las aplica.
- Es explicativa: Interpreta los hechos y proporciona información acerca de ellos mediante la formulación de leyes y principios.
- Es predictiva: hace proposiciones sobre lo que bajo ciertas condiciones ocurrirá.
- Es abierta: admite la refutación como medio de progreso.
- Es útil: busca la verdad y provee herramientas con independencia de la calidad de los fines para los cuales se empleen.

³⁹ cfr Bobbio Norberto, "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", en Ruiz Miguel Alfonso (editor) *Contribución a la teoría del derecho*, 3a ed, Puebla, 2006, pp. 187-189.

⁴⁰ http://www.aristidesvara.net/pgnWeb/metodologia/metodo_cientifico/naturaleza_metodo/bunge_li_bro_aristidesvara.pdf

⁴¹ Esta clasificación de Bunge no es del todo clara, entre otras cosas porque la identificación de las fácticas se desenvuelve en el documento citado, casi por exclusión, pues se presta una explicación más o menos amplia sobre lo que son las ciencias formales como la matemática y la lógica, y a partir de ello se van identificando algunos rasgos de su contraparte que son las ciencias fácticas.

Se verá en seguida la relación de características que propone Oscar Correas en su libro *Metodología Jurídica II*⁴²

- ✓ Es un discurso: para que haya ciencia es necesario que alguien produzca conceptos formalizados en un lenguaje.
- ✓ El discurso es analítico: descompone los problemas en elementos que en muchos casos son resultado del trabajo intelectual, es decir, no son reales.
- ✓ El discurso es objetivo por comunicable: la comunicabilidad tiene razón de ser básicamente para una comunidad, aquella a la cual se dirige el discurso.
- ✓ El discurso es objetivo por descriptivo: se trata de una representación en la que se anotan partes, cualidades o circunstancias.
- ✓ Es especializado: el discurso está referido a un campo reducido de trabajo.
- ✓ El discurso está formulado en un lenguaje especial: se trata de un lenguaje construido en base a definiciones previas de las palabras utilizadas.
- ✓ El discurso se refiere a hechos.
- ✓ Versa sobre hechos cuantificables.
- ✓ Es descriptiva.
- ✓ Produce enunciados comprobables.
- ✓ Procede con métodos rigurosos aprobados por la comunidad científica.

La semejanza que se aprecia al leer las dos relaciones de características que se han anotado, vendrá a fortalecer la idea de que ambas relaciones son acertadas, pues refieren casi lo mismo; no hay contradicción, si acaso, hay algunas no muy importantes diferencias en cuestión de los vocablos usados para mencionar la misma idea.

Otro dato que salta a la vista de quien lee las relaciones antedichas, es que en ambos casos se hace alusión al empleo de una clase especial de lenguaje; así ocurre en lo que se anota en los respectivos incisos e) y 6). Esto es significativo, porque la mención a un lenguaje especial coincide con las propuestas de Bobbio y de Kuhn (paradigma), asunto que será retomado más adelante.

2. Clasificación de las ciencias.

La clasificación es una operación de la lógica por medio de la cual se obtienen serialmente los diferentes conceptos subordinados de otro que funge como concepto genérico.⁴³

Este proceso está sujeto, desde el punto de vista de la ciencia que lo regula, a diferentes reglas que, entre otros resultados, arrojan el que haya diferentes clases de clasificaciones. Una de esas clases, simplista por demás, nos dice que la

⁴² Correas Oscar, *Metodología Jurídica II. Los saberes y las prácticas de los abogados*, 1ª ed, México, Fontamara, 2006, p. 60 y sigs.

⁴³ cfr Larroyo Francisco y Cevallos Miguel Ángel, *La lógica de las ciencias*, 14ª ed, México, Porrúa 1964, p. 144.

clasificación puede ser artificial o natural⁴⁴, entendiendo por la primera a la que se hace por la selección de ciertos caracteres exteriores escogidos de manera hasta cierto punto arbitraria, y por la segunda a la que teóricamente habría de ser hecha en función de las condiciones esenciales del objeto de estudio.

Si se toma en cuenta que en el caso de la ciencia en general, no hay consenso sobre lo que fundamentalmente la identifica, es posible decir que las clasificaciones que de ella se han hecho, responden más bien al primer criterio de los dos expresados, esto es, al de la selección arbitraria de ciertos datos. Eso explica en parte el porqué de la existencia de diversas clasificaciones, pues la clasificación se convierte en un asunto de perspectiva o de puntos de vista; no obstante este dato, conviene asentar algunas de las clasificaciones más conocidas.

Larroyo y Cevallos⁴⁵ nos dicen que este asunto ha sido tratado desde la antigua Grecia; así, afirman: Aristóteles tomó en cuenta las formas posibles de la actividad humana para hacer su clasificación de la ciencia; en tiempos menos lejanos, Bacon elaboró una clasificación con base en las facultades psíquicas de quien produce los conocimientos; André Ampere elaboró otra clasificación, ahora con sustento en la naturaleza de los objetos de estudio; Schopenhauer tomó como referencia la razón de ser de los objetos de conocimiento y ubicó a las ciencias en dos grupos que son: ciencias puras, *a priori* y ciencias empíricas, *a posteriori*; recogiendo el espíritu positivista de la época, Spencer hizo una clasificación que agrupa a las ciencias en tres apartados: ciencias abstractas (lógica y matemáticas), ciencias abstracto-concretas (mecánica, física y química), ciencias concretas (astronomía, geología, biología y sociología).

Bajo el título de clasificación metódica de las ciencias, y tomando en cuenta la peculiar manera de existir de todos los objetos, los autores que venimos siguiendo (Larroyo y Cevallos) hacen una clasificación. Los objetos, nos dicen, los hay reales e ideales. Los primeros son los que existen en el tiempo y en el espacio; los objetos ideales no poseen el carácter espacio-temporal, es decir, no son objeto de experiencia, lo cual no quiere decir que se dude de su existencia, pues tienen una consistencia tal que echa abajo cualquier posibilidad al respecto. Se trata de los objetos de la matemática, los conceptos, los juicios, los valores, etc.

Esta dicotomía da lugar a una clasificación en ciencias reales (fácticas) y ciencias eidéticas (formales). Entre las reales se hace una separación en ciencias naturales y culturales. Para el caso de las eidéticas se les agrupa en ópticas y normativas.

En la clasificación que formula el maestro García Máynez, identifica también un grupo de ciencias normativas. A través de esa clasificación García Máynez recoge el criterio del filósofo alemán Windelband y el criterio del famoso jurista, jefe de la Escuela de Viena, Hans Kelsen, y los adiciona incluyendo en la clasificación a las ciencias de axiomas. La clasificación completa del maestro García Máynez se

⁴⁴cfr Márquez Muro Daniel, *Lógica*, 5ª ed, México, Porrúa, 1963, p. 92.

⁴⁵ cfr Larroyo Francisco y Cevallos Miguel Ángel, op cit , nota 43, p. 257 y sigs.

presenta en la siguiente forma: ciencias de leyes (nomotéticas según Windelband); ciencias de sucesos (idiográficas según el mismo filósofo); ciencias de axiomas (adición de García Máynez); ciencias normativas (según Kelsen).⁴⁶

Las ciencias de leyes corresponden a las fácticas o naturales que ya hemos visto; la historia corresponde al caso de las ciencias de sucesos; en el grupo de las axiomáticas García Máynez incluye a las matemáticas; por supuesto, conforme a la propuesta de Kelsen, entre las normativas se encuentra al derecho. Las ciencias normativas, expresa García Máynez, *“se caracterizan en que su objeto no estriba en explicar lo real, sino en conocer normas, es decir, reglas de conducta que postulan deberes”*

3. Derecho y ciencias sociales.

Dado que en esta parte el trabajo tiene por finalidad encontrar una respuesta a la pregunta de si el derecho es o no ciencia, es indispensable continuar en un esfuerzo semejante al de la definición tradicional, es decir, presentar nuestro objeto de estudio frente a otros semejantes para ubicar las diferencias específicas.

Para tal efecto se procederá ahora a revisar otra clasificación de las ciencias, la muy conocida que toma como punto de partida un enfoque práctico en el que se destaca el ámbito del cual se ocupa la ciencia: natural o humano. Conforme a este enfoque, las ciencias se ocupan de los acontecimientos que ocurren en el mundo natural, o de aquellos que atañen al quehacer del hombre.

Esta manera de ver las cosas toma relevancia a partir del siglo XIX (si bien es cierto que son temas que ya habían sido materia de consideración en la filosofía empirista de Bacon, Hobbes, Locke, y Hume) con el auge del pensamiento positivista de Comte.

*“Acontece para las ciencias del hombre un despertar análogo al conocido por las ciencias naturales en aquella época. El estudio sistemático del hombre, de su historia, de su lengua, usos e instituciones sociales, adquiere una altura comparable a la alcanzada por la ciencia galilaico-newtoniana. Nos encontramos, por tanto, a mediados del siglo XIX con una ciencia natural asentada cada vez más fuertemente sobre los pilares de la tradición galileana y unas ciencias humanas con grandes logros y pretensiones científicas”*⁴⁷.

No obstante que la ciencia, a la que todavía llamaremos humana, había logrado una posición propia, lo cierto es que la ciencia natural ocupaba el lugar verdaderamente relevante, a grado tal que en buena medida el vocablo *“ciencia”*, así, sin adjetivo, sirve desde entonces para identificarla casi con exclusividad, a diferencia de la primera que ha tenido siempre que precisar su campo de aplicación para lograr su

⁴⁶ cfr García Máynez Eduardo, op cit, nota 1, p 127

⁴⁷ Mardones J.M. y Ursúa N., *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*, 2ª reimpression de la 1ª ed corregida, México, Ediciones Coyoacán, 2003, pp 18 y 19.

identidad. *A veces llamada las artes, a veces las humanidades, a veces las letras o las bellas letras, a veces la filosofía y a veces incluso la cultura la alternativa de la ciencia ha tenido un rostro y un énfasis variables, una falta de coherencia interna que no ayudó a sus practicantes a defender su caso ante las autoridades, especialmente debido a su aparente incapacidad de presentar resultados prácticos*⁴⁸

Los factores que influyeron con mayor fuerza para que las ciencias que se ocupaban del acontecer humano lograran reconocimiento, fueron, por una parte, los movimientos sociales que se iniciaron en el siglo XVIII y que tuvieron su refuerzo en diversos hechos ocurridos durante el siglo XIX, y desde luego el éxito que entre los pensadores y los educadores logró el positivismo. Recordemos al respecto que el propio Comte llamó inicialmente a la sociología como *física social*, en un claro intento de lograr la equiparación en el método de estudio que para ambos casos debería sustentarse en la comprobación de hechos observados.

El aspecto fundamental de este proceso evolutivo radica en la separación en dos grandes grupos de los temas del conocimiento: la física, química y biología claramente en uno de ellos, y la historia, economía, sociología, antropología y política en el otro. En todos los casos del segundo grupo fue posible identificar bases de funcionamiento semejante a los del primer grupo, es decir, la aplicación del método empírico, aunque no siempre de manera tan rigurosa como era claro que ocurría con la física o la química.

El caso de la historia merece comentario, porque la pretensión de sus cultivadores se enfocó hacia el abandono de ciertos métodos que había venido manejando, como era el caso de la tradición oral, para sustituirlos por la indagación documental, lo que trajo como consecuencia el fortalecimiento de la disciplina, al permitir que los hechos del pasado, en cierto sentido, pudieran ser corroborados por la experiencia.

Durante los primeros años del siglo XX la tendencia descrita quedó confirmada en el ámbito de las universidades, las principales en el mundo, que dieron cabida a la formación de profesionales en cada una de las disciplinas mencionadas (las del grupo de las *humanas*) que ya para ese tiempo eran reconocidas bajo el calificativo de *sociales*, y lo hicieron con base a la idea central de lo que se conoce como *fundacionismo*, que, según John Hughes y Wes Sharrock, *es la idea de que el conocimiento verdadero debe descansar sobre un conjunto firme e indiscutible de verdades indisputables a partir de las cuales se pueden deducir lógicamente nuestras creencias, reteniendo así el valor de verdad de las premisas fundacionales de las que se derivan, y en términos de las cuales pueden ser lícitos nuestros métodos de formar nuevas ideas sobre el mundo e investigarlo*⁴⁹

⁴⁸ Wallerstein Immanuel (coordinador), *Abrir las ciencias sociales. Informe de la comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales*, 9ª ed, México, UNAM y Siglo XXI Editores, 2006, p. 8.

⁴⁹ Hughes John y Sharrock Wes, *La filosofía de la investigación social*, 2ª ed en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p.18.

Por supuesto, la filosofía no estaba incluida en el debate. Reconocida de siempre como la base del saber, su carácter de ciencia no ha sido cuestionado; por el contrario, algunos de sus desmembramientos, con carácter y desarrollo propios, siguen siendo vistos como íntimamente ligados a ella y participan de su condición de ciencia sin demérito. Así ocurre por ejemplo con la lógica, la estética y la metafísica. En condición semejante de existencia sin cuestionamientos, se encuentra la ciencia de las matemáticas.

Como se habrá apreciado, el derecho no hizo acto de aparición en el proceso narrado. De primera intención se hubiera supuesto que el derecho es una ciencia social, o por lo menos, en tanto se fija una posición respecto a su carácter científico (lo tiene o no), se le ve muy cercanamente ligado a los fenómenos sociales, sin embargo, carece de los atributos que permitieron a las otras disciplinas quedar incluidas en el grupo de las ciencias sociales.

Las causas de que el derecho no forme parte de ese grupo, es precisamente su condición difícilmente científica. *Los científicos sociales nomotéticos veían la jurisprudencia con cierto escepticismo. Les parecía demasiado normativa y con demasiado poca raíz en la investigación empírica. Sus leyes no eran científicas, su contexto parecía demasiado idiográfico*⁵⁰

Si es obvio que el derecho no forma parte del grupo de las ciencias naturales y al mismo tiempo resulta que tampoco está incluido entre las que reciben el calificativo de sociales, la pregunta a formular es si resulta cierto que el derecho no es ciencia y por tanto no se le considera en ninguno de los dos casos. A tratar de dar respuesta a ese cuestionamiento se dedicarán las líneas siguientes.

4. El carácter científico del Derecho.

*¿Sí; pero ¿por qué a la fuerza lo que hagan los juristas debe ser ciencia? ¿Por qué hay que hacer el intento de reducir la jurisprudencia a ciencia? Bueno fuera que los juristas lo consiguieran. Pero si no ¿no es mejor la crítica de su práctica apologética que proporcionarles, además, el prestigio de la ciencia? ¿Por qué todos esos esfuerzos no son conducidos a mostrar a cada momento que lo que los juristas hacen no es científico, que no hay pureza posible tratándose del estudio del poder? No se entiende por qué tantos esfuerzos para fundar una ciencia que nadie quiere practicar*⁵¹

Esas son duras palabras del distinguido jurista Oscar Correas que pudieran ser completadas con otro aserto suyo que reza: *la actividad de los juristas difícilmente puede ser considerada ciencia* + y si a ellas queda limitado este trabajo, ya quedaría contestada la cuestión que líneas arriba se planteó: el Derecho no es ciencia.

⁵⁰ Wallerstein Immanuel, op cit, nota 48, p. 32.

⁵¹ Correas Oscar, *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*, 2ª ed, México, UNAM y Ediciones Coyoacán, 2005, p. 134.

Esto, que parece una respuesta, no es aún definitivo, porque el párrafo de la autoría de Oscar Correas contiene varios aspectos que ameritan algunos comentarios.

En primer lugar es imprescindible anotar que Oscar Correas coincide en el punto de vista de Thomas Kuhn. Este tratadista, según se vio antes, introdujo el concepto de la ciencia como paradigma (la teoría expresada conforme a un lenguaje coherente) y Correas afirma que la ciencia es un discurso⁵² (es decir, un conjunto de enunciados que mantiene una determinada coherencia conforme con reglas que el emisor ha establecido o aceptado y que se denominan, método científico), de donde resulta que hay gran semejanza en el concepto que de la ciencia proporcionan ambos autores.

El segundo comentario radica en que el pensamiento de Oscar Correas, en lo que al tema en cuestión se refiere, está sustentado, en muy buena medida, en una posición ideológica que asocia al derecho con el establecimiento de un sistema político que hace uso de la ciencia a efecto de excluir la crítica: ciencia es lo verdadero, siempre y cuando sea el discurso hecho por las estructuras establecidas y reconocidas por el propio Estado; *el derecho no se apoya en nada que no sea la amenaza de utilizar la fuerza.*⁵³

Todo discurso que merezca el calificativo de científico, dice Correas, cae en un modelo previamente aprobado (se ve en esto la influencia de Kuhn, si se recuerda su proceso preciencia-ciencia normal), sólo que en el caso de la ciencia en general, la aprobación del modelo es una decisión de la comunidad científica y en el caso del derecho la aprobación del discurso es algo que atañe a quien pueda utilizar la amenaza de la fuerza, porque el discurso del derecho se formula alrededor del concepto de la norma, la producida por ese alguien que tiene la posibilidad de establecerla, lo que genera una especie de relación tautológica en virtud de que el reconocimiento de un enunciado normativo, implica necesariamente la facultad del emisor de la norma, lo que viene a invalidar cualquier cuestionamiento que de la norma pueda hacerse, y por el contrario se justifica el poder de quien pretende tenerlo. Una ciencia jurídica objetiva, dice Correas, es imposible⁵⁴.

El tercer comentario que las palabras de Oscar Correas generan, consiste en que el autor de mérito hace alusión muy discreta al mismo argumento que al inicio de este capítulo se mencionó como de la autoría de Carlos S. Nino (atribuir a algo el carácter de ciencia, funciona como una condecoración que atrae respeto y aprecio), cuando refiere el *prestigio de la ciencia*+lo cual sin duda es indicativo de que existe la convicción generalizada de que la ciencia es algo valioso.

Otro comentario radica en que, salvo mejor interpretación, Correas desenvuelve su muy extenso y completo análisis, partiendo de que la expresión del derecho es la

⁵² Ibidem, p. 62.

⁵³ Ibidem, p. 129.

⁵⁴ cfr Ibidem, p. 128.

norma que produce un órgano del Estado, y eso le permite poner en juego su construcción crítica íntimamente vinculada a su posición ideológica.

El último comentario puede funcionar a manera de conclusión y consiste en señalar que el planteamiento del jurista en cuestión incluye algunos aspectos discutibles y otros que abren la posibilidad de considerar una postura opuesta a lo que sus palabras parecen decir. Es discutible restringir el ámbito del derecho, para los efectos de su calificación como ciencia, a su manifestación como producto de la actividad del Estado, porque, como se verá un poco más adelante, resulta factible ampliar la visión al respecto; también es discutible la idea de que la ciencia es un instrumento del poder, posición ideológica ésta que parece tener influencia del marxismo⁵⁵.

Por el contrario, se aprecia como positivo que se identifique a la ciencia como un discurso y que se la califique, aunque sea de manera indirecta, como algo encomiable. La ciencia es digna de alabanza porque, dicho de manera simplista, es la representación de una actividad que, de manera ordenada, busca la obtención de ciertos resultados que se presume serán benéficos para el grupo social. El estudio de diversos tópicos está justificado precisamente por la posibilidad de la obtención de datos que podrán ser puestos en juego con la finalidad de atraer beneficios de diverso orden para la colectividad. Eso es válido para las ciencias naturales, para las sociales, para las humanísticas y para las formales, y de eso no es sensato alejar al derecho, so pretexto de un enfoque parcial (en tanto que no es opinión generalizada) que es reflejo de una visión ideológica determinada. La crítica del Dr. Oscar Correas no está sustentada en la falta de los elementos que él mismo identifica en la ciencia, sino en ciertos otros aspectos derivados del origen de la norma, vistos a la luz de su posición ideológica. En síntesis, se aprecia inadecuado sostener una postura que niegue el carácter de ciencia al derecho, con base en argumentos como aquellos a los que se ha venido haciendo alusión.

Otros varios autores se inclinan también por considerar que el derecho no es ciencia. La lista es larga, pero por ahora basta con incluir en este trabajo, de nuestro medio, a dos de ellos.

Juan Manuel Terán, en su *Filosofía del Derecho*, hace saber: *“El derecho, en cambio, no tiene estas características [se refiere a que la ciencia es un juicio, contiene enunciados, es racional, busca la verdad] de las ciencias, es un producto práctico, nace en la costumbre, no se origina en la construcción racional pura; tampoco tiene como fin la verdad, sino la justicia. En conclusión, por estos rasgos, el derecho no es una ciencia, Puede ser objeto de estudio o de consideración científica, pero no es ciencia”*⁵⁶

⁵⁵ “...derecho, Estado e ideologías son medios de creación y uso de esta clase [la dominante] en su esfuerzo de imposición y control de las de más clases sociales” Karl Marx: la sociedad antagónica y conflictiva y la lucha de clases, en Soriano Ramón, op cit, nota 28, p. 82.

⁵⁶ Terán Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, 20ª ed, México, Porrúa, 2009, p. 46.

En términos semejantes expresa su opinión Luis Alfonso Dorantes Tamayo, quien al respecto cita: *“¿o resta por saber si la jurisprudencia, que no estudia el pasado, sino el derecho positivo, es una ciencia o no. Desde este punto de vista, consideramos que ni de acuerdo con el concepto tradicional, ni de acuerdo con el cultural-histórico de ciencia, lo es desde el momento en que la jurisprudencia tiene como objeto de estudio el derecho positivo vigente en una época y en un país determinados, no puede ser una disciplina científica”*⁵⁷

Ambos autores parten de la misma base para negar al derecho el status de ciencia: lo identifican como la norma emitida por el poder público y por tanto limitan a eso la materia de su estudio. Dorantes lo dice sin cortapisas en el párrafo transcrito; Terán lo presupone, habida cuenta de que afirma que el derecho puede ser objeto de estudio científico, es decir, se entiende que lo considera como algo existente, como un dato materia de observación, como algo positivo (puesto), pero no es en sí mismo la ciencia. Más adelante se harán consideraciones sobre lo que al derecho corresponde estudiar y se precisará si en algún caso el estudio es científico, o bien si no cabe esa posibilidad en supuesto alguno. Por ahora basta con sumar, a continuación, otras opiniones negativas también.

La ciencia es un discurso, un paradigma. Es también, según el Dr. Alfonso Bouzas, *“conocimiento cierto de la cosas./cuerpo de doctrina metódicamente ordenado que constituye un ramo particular de los conocimientos humanos”*⁵⁸.

En palabras de Bobbio, la ciencia está caracterizada por el rigor del lenguaje con el que se expresa, el cual ha de ser coherente para formar un sistema. El rigor del lenguaje se hace constar en dos circunstancias, la primera, en el previo establecimiento de significado para los vocablos que integran al sistema; la segunda, cuando se establecen las reglas que permiten la modificación de las proposiciones, pues es válido efectuar cambios, siempre y cuando tales cambios se lleven a cabo conforme a las reglas previamente establecidas. Bobbio le llama a esto, las reglas de *formación* para el primer caso, y las reglas de *transformación* para el segundo. Ahora bien, el ilustre pensador italiano deja en claro que el asunto no se reduce a una mera cuestión de manejo de palabras, sino que se trata del establecimiento de la coherencia sistémica que incluya la posibilidad de comunicación sin deficiencias ni obstáculos. *“La ciencia, en suma, comienza con la formación del llamado lenguaje científico, es decir, con aquel lenguaje que de un conocimiento puramente subjetivo (mi percepción) hace un conocimiento intersubjetivo en el máximo grado”*⁵⁹

En concordancia con lo que se anotó, Jean Wahl nos dice que la ciencia es la persecución de la unidad y de la identidad, es decir, del establecimiento de un haz

⁵⁷ Dorantes Tamayo Luis Alfonso, *Filosofía del Derecho*, 1ª ed (en Porrúa), México, Porrúa, 2009, p. 13.

⁵⁸ Bouzas Ortiz José Alfonso (coord.) y Hernández Cervantes Aleida, “Localización gramatical de la Epistemología y clasificación de las teorías epistemológicas”, en *Epistemología y Derecho*, 1ª ed., México, UNAM, 2007, p. 19.

⁵⁹ Bobbio Norberto, op cit, nota 39, p. 189.

de relaciones a través de las cuales sea posible comunicar de manera ordenada ciertos datos, y que esos datos estén tan armónicamente vinculados entre sí, que proporcionen identidad al asunto de que se trate. *La meta de la ciencia es tejer una red de relaciones más bien que encontrar un fondo idéntico por debajo de todas las cosas*⁶⁰

Para abundar en lo anotado, resulta oportuno referir que en un curso que impartió en el año de 1929 y que poco después se publicó bajo el título *¿Porqué se vuelve a la Filosofía?*, Ortega y Gasset decía que en la evolución que hasta ese momento habían tenido las ciencias, particularmente la física, era notorio que habían entrado en crisis (si bien es cierto que crisis no significa algo negativo puesto que su correcto sentido es cambio intenso y hondo) y por tanto se estaban cuestionando muchos de sus propios principios, lo cual venía a fortalecerlas, pues se muestran tan seguras de sí mismas, que se atreven sin reticencias a cuestionarse e ir moldeando nuevos sustentos.

En estas condiciones, *cada ciencia acepta su limitación y hace de ella su método positivo cada ciencia se hace independiente de las demás. Y esto, precisamente esto, sólo pueden hacerlo si toman de nuevo tierra firme en la filosofía. Síntoma claro de que caminan hacia esta nueva sistematización es la frecuencia creciente con que el científico particular se siente forzado a calar . por la urgencia misma de sus problemas- en aguas filosóficas.*⁶¹

Con estas palabras el destacadísimo filósofo español, dejaba clara constancia de algunas notas que, como hemos visto, caracterizan a la ciencia: rigor y cambio, e incluye otras (que han de resultar básicas para el propósito que aquí se persigue), y que son la independencia que cada ciencia va construyendo y el necesario anclaje en la filosofía para explicar algunas de sus más importantes cuestiones.

El Dr. Luis Recaséns Siches, discípulo de Ortega según él mismo lo expresa, recoge las líneas de pensamiento arriba expuestas, y nos dice que el derecho no puede explicar ni los supuestos básicos sobre los cuales se asienta, ni las ideas de valor que le dan sentido, a menos de que recurra a la filosofía, lo que en su momento dio lugar a la fundación de la teoría general o fundamental del derecho y a la estimativa o axiología jurídica⁶².

Lo dicho por el Dr. Recaséns viene a confirmar dos cosas: en primer término que las ciencias, en el proceso actual, pero de siempre, son fórmulas que en su propio beneficio se consolidaron independientes de la fuente primordial que es la filosofía, pero al mismo tiempo siguen a ella vinculadas, sobre todo cuando inquieren por las causas primeras, por el conocimiento básico, por el saber fundamental.

⁶⁰ Wahl Jean, *Introducción a la filosofía*, 10ª reimpresión de la 1ª ed en español, México, FCE, 1999, p 238.

⁶¹ Ortega y Gasset José, *¿Qué es Filosofía?*, 1ª ed, México, Porrúa, 2004, colección "Sepan cuántos", pp 31 y 33.

⁶² cfr Recaséns Siches Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 3a ed, México, Porrúa, 1965, p. 11.

En este panorama es posible ahora preguntar si el derecho es ajeno a lo que de la ciencia se ha venido señalando. Queda fuera, desde luego, cualquier comparación respecto de lo que se ha identificado como ciencias fácticas o naturales, pero en lo que toca a otras consideraciones (entre las que se puede incluir al ser paradigmático y fundamentado, conducirse con un discurso riguroso, con un lenguaje coherente y sistemático, formativo, transformador, generador de conocimiento, ser independiente pero al mismo tiempo tener vinculación con la filosofía), es posible afirmar que, aparentemente, casi todas ellas pueden ser satisfechas por el derecho.

Ahora bien, si por derecho ha de entenderse a algo más que la norma emitida por el poder público y sin excluir a ésta, resulta que queda pendiente identificar entonces, cuál es esa parte, o cuál es la rama del derecho que puede recibir el calificativo de científica, y a eso se dedicarán los renglones siguientes, tratando de ubicarla primero en alguno de los modelos epistemológicos que a lo largo de la historia jurídica se han construido.

III. MODELOS EPISTEMOLÓGICO-JURÍDICOS.

En efecto, es indispensable revisar, aunque sea de manera panorámica, los distintos modelos epistemológicos que se han construido tratando de explicar la esencia del derecho, pues dependiendo de la orientación que al respecto se siga, la respuesta a la pregunta planteada podrá ser diferente.

Se pretende la búsqueda de la rama del derecho que pueda ser calificada como científica, pero el tronco común de lo que el derecho es, no tiene una calificación uniforme y varía según la atalaya en la que el observador quiera ubicarse. Por eso resulta necesario elegir alguna, a efecto de lo cual es indispensable repasar las que más significación han tenido. Cada modelo epistemológico construye su propio objeto de estudio, una vez ubicado el cual, conforme al modelo correspondiente, será posible constatar si en ese objeto (lo que el derecho sea) encontramos alguna rama que reúna o no los atributos de la ciencia.

Conviene, antes de iniciar el repaso anunciado, hacer una breve anotación sobre el sentido en el cual se está empleando el vocablo "epistemología", porque, aún entre los filósofos, carece de un único significado.

Etimológicamente, el vocablo epistemología proviene del griego, *episteme*⁶³, conocimiento, saber, y *logía*⁶⁴, estudio, ciencia, es decir, la teoría del conocimiento.

⁶³ <http://etimologias.dechile.net/?epistemologi.a>

⁶⁴ Gómez de Silva Guido, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, 1ª ed, México, FCE, 1988, p. 421.

Con ese significado se usó originalmente el término⁶⁵, sin embargo en la actualidad es rechazado porque se estima que el conocimiento no es una categoría universal que pudiera indagarse como tal, de manera que lo que en realidad es objeto de estudio es el conjunto de procedimientos y lenguaje que hacen posible la obtención de un cierto tipo de conocimiento, esto es, el conocimiento científico, aquél que se obtiene mediante la aplicación de ciertas reglas que constituyen un método. Hay una asimilación entre epistemología y metodología que es el análisis de las condiciones y límites de los procedimientos de investigación y de los instrumentos lingüísticos del saber científico⁶⁶.

En estas condiciones, los modelos epistemológicos vendrán a ser las formas con las que se toma el conocimiento, las maneras en las que se observan los objetos de estudio, los procesos que se aplican, los puntos de vista que son usados como referencia, y desde luego, el lenguaje que en cada caso se ha decidido emplear.

Lo dice Walter Arellano con las siguientes palabras: *“En la práctica, los enfoques de la Epistemología se dan a través de las distintas doctrinas que surgen para explicar el conocimiento humano, de tal manera que éstas pueden ser de muy diversa índole y naturaleza, pero siempre ajustadas a un rigorismo de carácter metodológico. Las doctrinas epistemológicas surgen de la opinión generalmente aceptada de uno o varios autores sobre alguna ciencia, materia, rama o aspecto del conocimiento humano. Con ellas se pretende explicar el origen, naturaleza y evolución de dicho conocimiento, sin otros límites que los que tiene el pensamiento mismo.”*⁶⁷

En síntesis, la epistemología se encarga del estudio del conocimiento científico, pero no en sí mismo, sino en cuanto a la forma en que se produce y de la orientación que se dan a los procedimientos que para su obtención se ponen en juego. La epistemología no es un saber en sí mismo, es una reflexión sobre la manera de asir el conocimiento científico, de cómo llegar a él, y tiene tantas variantes como medios o formas de tratar de obtenerlo se han planteado los pensadores. Es una disciplina procedimental que trata de identificar rasgos o características comunes en las formas que se van planteando para poder llegar al conocimiento científico; es continente y no contenido.

Cuando se observan modelos epistemológicos relativos al derecho, se pretende identificar las estructuras que se han construido en la intención de responder a la pregunta que tanto ha inquietado, y sigue inquietando, a los estudiosos del mismo: ¿qué es el derecho? Muchos han sido los caminos seguidos para encontrar la esencia del derecho, y casi siempre con el uso de patrones comunes, y de variantes específicas de intento a intento, que permiten configurar los diferentes modelos, con su pretensión de rigor metodológico y en ocasiones su propio lenguaje.

⁶⁵ Así lo emplea García Morente en sus *Lecciones preliminares de Filosofía*, cuando cita: “...el problema metafísico no es abordado sino después de una preparación más o menos minuciosa del problema de teoría del conocimiento, o, como suele decirse, epistemológico.” Op. cit. nota 25, p. 162.

⁶⁶ Abbagnano Nicola, *op. cit.*, nota 19 p. 227.

⁶⁷ Arellano Hobelsberger Walter, *Metodología Jurídica*, 2ª ed, México, Porrúa, 2009, p. 21.

Como es sabido, hay dos grandes bloques entre los estudios de quienes se ocupan de la esencia del derecho: el iusnaturalista y el positivista⁶⁸. En cada uno de ellos se identifican corrientes que le dan variantes a la propuesta fundamental; cada corriente es una derivación de ésta y cada corriente pretende dar una explicación que se sustenta en la esencia del caso, pero al mismo tiempo ofrece o se coloca en un ángulo diferente que le permite tener un matiz distinto con el que busca cierto grado de originalidad, aunque claro es que, en tanto que es parte de un modelo epistemológico, la diferencia que propone no es vana, sino seria, consistente, sistemática y congruente.

A continuación se abordarán los principales modelos epistemológicos:

1. *Ius naturalismo.*

Desde las remotas épocas de la antigüedad griega, el ius naturalismo se identifica con una noción ética, porque preconiza el establecimiento de un orden en el que prevalezcan principios universalmente válidos e intrínsecamente justos. El derecho natural tiene desde sus orígenes, según Villoro Toranzo, ciertas características que lo han identificado al paso del tiempo. Tales características ya quedaron anotadas en este trabajo, por lo que para evitar repeticiones se remite al lector a la parte conducente.⁶⁹

Las palabras transcritas, tienen el mérito de resumir mucho de lo que se ha dicho acerca del derecho natural. En primer lugar deja en claro que se trata de algo que ha sido identificado, tomado, aceptado, mediante el uso de la razón; podría decirse que el derecho natural estaba ahí, desde siempre, listo a que se le reconociera y se le adoptara en función de su valía intrínseca, pero para eso fue indispensable poner en juego la razón humana, la capacidad de raciocinio de los hombres que supieron encontrarlo e incorporarlo a sus vidas, como un punto de referencia para dotar de valor a lo que ellos mismos hacen.

El segundo señalamiento refiere el ámbito en el cual eso valioso en sí mismo se encontraba. No es producto de la actividad de los hombres, es algo anterior a ellos y surgió espontáneamente sin el concurso de su voluntad, sin embargo, nadie ha podido establecer convincentemente para todos, cuál es el origen de ese orden. Desde que resultó claro que los hombres necesitaban una referencia para calificar lo que estaban haciendo en el contexto normativo, se han planteado muchas maneras de entender el concepto de naturaleza a que se refiere la expresión derecho natural. *El iusnaturalismo antiguo con expresiones biológicas en Calicles; teológicas y racionalistas de Sócrates; racionalistas, sociológicas y realistas de*

⁶⁸ Señala Norberto Bobbio al respecto: "...la oposición entre iusnaturalismo y positivismo jurídico se lleva a cabo, como decía, dentro de cada uno de nosotros, entre nuestra vocación científica y nuestra conciencia moral, entre la profesión de científico y la misión como hombre." *El problema del positivismo jurídico*, 8ª reimpresión de la 1ª ed, México, Fontamara, 2004, p. 9.

⁶⁹ Villoro Toranzo Miguel, *op. cit.* nota 12.

*Aristóteles y teológicas y racionalistas de Cicerón. El iusnaturalismo del Medioevo de expresiones cristianas en Santo Tomás de Aquino. El iusnaturalismo moderno de los siglos XVII y XVIII y cuyo mérito está en destacar los aspectos subjetivos del derecho natural, exalta la razón como valor máximo del individuo y de la humanidad, tiene en Kant su especulador más consumado, en Rousseau su consagración ideológica y en Grocio y Pufendorff sus juristas más importantes. El iusnaturalismo contemporáneo, posterior a las dos guerras mundiales, concepción que se contrapone al positivismo y expresa una lógica opuesta al poder del Estado*⁷⁰

No obstante la diversidad de ideas sobre lo que el derecho natural es, el maestro García Máynez sostiene que hay un elemento común en todas ellas, que las une y permite englobarlas bajo un solo rubro y contraponerlas al positivismo: *Caracteriza a las posiciones iusnaturalistas el aserto de que el derecho vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido. El carácter polémico de aquellas posiciones es evidente en dicho aserto, ya que implica la negación de que la validez de las normas jurídicas derive de la observancia de ciertos requisitos del proceso a través del cual son creadas. Llevado a sus consecuencias últimas, el mencionado enfoque desemboca en la tesis de que la regla de conducta que para los órganos estatales es formalmente válida puede carecer de validez intrínseca y, por tanto, de carácter jurídico, si lo que ordena a sus destinatarios se opone a la justicia o a las exigencias primordiales que dimanar de otros valores jurídicos: seguridad, bien común, etcétera*⁷¹

El autor citado invoca a Leibniz y dice que este pensador proporciona la fórmula más consecuente y radical del iusnaturalismo objetivista cuando dice que hablar de *de* derecho justo es un pleonasma y de *de* derecho injusto una contradicción.⁷²

Las posiciones iusnaturalistas son muchas, posiblemente tantas como cultivadores de la misma, y las maneras de entender lo que lo *de* natural es, cambian según el exponente. Así ocurre ahora y así ha ocurrido desde siempre. Tal vez lo único que pueda afirmarse sin temor a equivocación, es que el iusnaturalismo se opone al positivismo jurídico. Se trata de dos maneras de ver el fenómeno jurídico que se excluyen y no coexisten.

Para robustecer lo que se afirma, conviene traer a discusión las palabras de Nicolás Coviello, citado por Arellano Hobelsberger. Según el primer autor mencionado, el derecho natural (ideal, racional, filosófico) es vago e indeterminado: *de* si se entiende por Derecho Natural a las normas correspondientes a la naturaleza

⁷⁰ Bouzas Ortiz José Alfonso y López Durán Rosalío, "El ius naturalismo antiguo", en Bouzas Ortiz José Alfonso, (coord.), *Epistemología y derecho*, México, UNAM, Facultad de Derecho e Instituto de Investigaciones Económicas, 2007, p. 96.

⁷¹ García Máynez Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, 1ª ed, 5ª reimpression, México, Fontamara, 2007, p. 112.

⁷² Idem.

*abstracta del hombre, entonces serían normas perpetuas y universales, al ser el hombre en su naturaleza único en todos los tiempos y lugares. Pero ese hombre abstracto solo es creación de la mente, no es una realidad, ya que el hombre tiene tendencias y necesidades distintas de acuerdo al lugar y a la época, por lo que no es eterno, y el Derecho debe regular sus relaciones. La razón humana es única sólo si se considera en abstracto, ya que varía en cada individuo la potencia intelectual; por esto es que no puede haber una norma constante y universal con eficiencia jurídica.*⁷³

En razón de estas circunstancias el iusnaturalismo es un modelo epistemológico que no aporta datos suficientes para sustentar el carácter científico del derecho. La diversidad que lo reviste impide el establecimiento de un método de estudio y por tanto no hay manera de que este modelo sea útil para los propósitos que se persiguen en la búsqueda de las notas que permitan corroborar o negar la cientificidad del derecho.

2. Positismo jurídico.

El positivismo jurídico, también conocido como iuspositivismo o iusnormativismo⁷⁴, es el modelo epistemológico que trata de encontrar la esencia del derecho en la norma creada por la voluntad humana. Es el extremo opuesto al modelo iusnaturalista; en el caso del iuspositivismo lo que importa como referencia del conocimiento jurídico es la norma establecida conforme a ciertos procedimientos que constituyen el sustento de su valor; se trata de las reglas creadas por el Estado las cuales son consideradas como válidas en función de que en su creación se siguieron tales procedimientos e intervinieron determinados órganos del propio Estado en ejercicio de las funciones que les competen. Su valor es una cuestión que deriva de la observancia de formas y no de su contenido.

A las normas creadas por los órganos del Estado se les llama derecho positivo, porque constituyen un dato, un hecho, un acontecimiento que con su existencia modificó la realidad preexistente. Se trata de algo que está ahí, como realidad observable, y cuya validez, ajena a consideraciones metafísicas, es comprobable empíricamente mediante la constatación de la observancia de los procesos de su creación. El iuspositivismo, como modelo epistemológico, no toma en cuenta el contenido de las normas, por lo menos en su caracterización inicial.

En congruencia con estas ideas, Carlos S. Nino refiere que en una posición de escepticismo ético, para muchos positivistas *no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos. Algunos pensadores positivistas, como Hans Kelsen y Alf Ross, advertiremos fácilmente que esta tesis es, en general, decididamente defendida por ellos. Estos autores sostienen que los únicos juicios cuya verdad o falsedad es decidible racionalmente son (fuera de los juicios analíticos cuya verdad está*

⁷³ Arellano Hobelsberger Walter, op cit, nota 67, p. 264.

⁷⁴ Ibidem, p. 263.

determinada por su estructura lógica) los juicios que tienen contenido empírico. Los enunciados valorativos son, para ellos, subjetivos y relativos y se limitan a ser la expresión de estados emocionales de quienes los formulan. Kelsen afirma que, por ejemplo, las definiciones del concepto de justicia que se han propuesto son vacuas, y que no puede ser de otra manera, pues el concepto carece de contenido cognoscitivo; la justicia es un mero ideal irracional. Los intentos de justificar racionalmente ciertos principios de justicia suelen incurrir, según este autor, en el vicio lógico de pretender derivar juicios de deber ser, o normativos, de juicios del ser, o descriptivos.⁷⁵

Lo asentado, podría ser la caracterización del iuspositivismo a la luz de los principios básicos de la filosofía positivista de Comte, sin embargo, los juristas han sido reticentes a adoptar de manera tan rigurosa esa postura, y han tratado de introducir, de manera sutil, algunas consideraciones valorativas.

De ahí que Carlos S. Nino afirme que la expresión iuspositivismo jurídico es sumamente ambigua y designa posiciones no solamente diferentes, sino incluso mutuamente excluyentes⁷⁶, idea ésta que es posible complementar, señalando que los esfuerzos que hacen los autores por identificar los rasgos más notables del iuspositivismo, llevan invariablemente a anotar especies diversas que le restan importancia a la idea central.

En ese orden de ideas se desenvuelven los comentarios de Villoro Toranzo, para quien el iuspositivismo tiene tres facetas que lo ubican en otras tantas diferentes posturas: empirismo, racionalismo y voluntarismo jurídicos, dependiendo de cuál sea el punto que en cada caso se resalte, esto es, las normas como simple hecho, o bien el raciocinio y la habilidad dialéctica para los efectos de interpretación, o, en el último caso, la voluntad del legislador que crea las normas.⁷⁷

El mismo Carlos S. Nino, en su invocada *Introducción al análisis del derecho*, dice que si bien el escepticismo ético de Kelsen y Ross les sirve de apoyo para defender su postura positivista, no identifican a una cosa con la otra, lo que lleva a Nino a sustentar que los principios morales y de justicia universalmente válidos y racionalmente justificables son perfectamente compatibles con la concepción positivista del derecho⁷⁸.

Por eso, en el caso del denominado positivismo ideológico, anota que Bobbio le atribuye la característica de preconizar que el derecho positivo, por el hecho de ser positivo, es justo, y es también útil para la obtención de fines deseables como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal. De ambas posiciones se deduce la consecuencia de que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; con otras palabras, la obediencia a las normas jurídicas

⁷⁵ Nino Carlos S, op cit. nota 8, p. 31.

⁷⁶ Nino Carlos S, op. cit, nota 7, p. 74.

⁷⁷ Villoro Toranzo, op cit, nota 12, p. 106.

⁷⁸ cfr Nino Carlos S. op cit nota 8, p. 32.

*es un deber moral, entendiéndose por deber moral una obligación interna o de conciencia; en otros términos, la obligación debida por respeto a las leyes, en contraposición a aquella obligación externa o por temor a la sanción*⁷⁹

Siguiendo con Nino, se tiene que otra variante del iuspositivismo, es aquella que consiste en afirmar que el derecho está compuesto exclusiva o predominantemente por preceptos legislativos y no por normas consuetudinarias o jurisprudenciales. También sostiene esta postura que el orden jurídico es siempre completo, sin contradicciones y no presenta ambigüedades; en suma, un orden autosuficiente. Bobbio identifica a esta variante con el nombre de *positivismo teórico*, y ha sido rechazada por iuspositivistas como Kelsen, Ross y Hart en virtud de que ellos mismos han demostrado que el orden jurídico también está integrado por normas consuetudinarias y jurisprudenciales, y además han contribuido, en unión de otros juristas, a esclarecer el tipo de indeterminaciones que un orden jurídico puede presentar (lagunas, antinomias, etc.)⁸⁰

Bobbio propone una tercera modalidad de positivismo jurídico (objetivista) y de ella dice que su esencia radica en la distinción entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*, y por la idea básica de que el derecho del que se ocupa el jurista es el primero. Aclara Bobbio que el modo de acercarse al derecho, no es un método en el sentido riguroso de esta palabra, sino que en su propuesta significa la delimitación del objeto de estudio, razón por la cual establece con claridad que el derecho en el cual los especialistas ponen su atención, es el derecho real (el que *es*) y no el ideal (el que *debe ser*). Este positivismo estudia el derecho de manera objetiva, con neutralidad ética, sin tomar posición frente a la realidad observada; acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de la que no lo es, la derivación de ciertos hechos como es el caso de que la norma jurídica emana de ciertos órganos y conforme a ciertos procedimientos, y no su correspondencia con cierto sistema de valores. El positivista conforme a este enfoque, no niega la existencia de un derecho ideal, simplemente rechaza que éste pueda ser su objeto de estudio.⁸¹

Las posturas positivistas tienden a asimilar el derecho con la ley. Las normas que emanan del poder público facilitan el trabajo de quienes se conciben como positivistas, ya que, por una parte, son identificables como hecho; por otra parte, permiten verificaciones de manera semejante a las que se practican en las ciencias naturales (en el caso de las normas jurídicas básicamente para comprobar que hayan sido creadas por determinados órganos y siguiendo ciertos procedimientos), y, por último, porque es relativamente fácil adoptar una posición avalorativa que no comprometa al análisis del contenido de las reglas, ya que, como lo señala García Máynez, *lo que ante todo les preocupa es negar que el llamado natural sea verdadero derecho*.⁸²

⁷⁹ Bobbio Norberto, op cit, nota 68 p. 47.

⁸⁰ cfr Nino Carlos S. op cit nota 8, p. 37.

⁸¹ cfr Bobbio Norberto, op cit nota 68, pp 41 a 43.

⁸² García Máynez Eduardo, op cit, nota 71, p. 60.

El iuspositivismo tampoco es útil como modelo para definir los alcances del derecho como ciencia, en tanto que hace la limitación antes señalada. El derecho plasmado en la ley, no agota todas las manifestaciones posibles, porque también son derecho las resoluciones de los jueces, la costumbre, las normas individualizadas y los acuerdos internacionales. Especialmente estos últimos dificultan la caracterización del derecho en un enfoque positivista, en virtud de que la ley, y la verificabilidad procesal de su creación está limitada en su ámbito espacial de validez al Estado que la produce, por lo que es difícil incorporar a esta visión, una norma que surge de una convención entre varios Estados.

3. Otros modelos epistemológicos.

A. Sociología y derecho.

Una corriente importante en el análisis del derecho, es la que considera que el derecho es un hecho social. Esta corriente (o corrientes como se habrá de precisar más adelante), toma en cuenta los aspectos fácticos del derecho, su manifestación como un acontecimiento que se presenta en el grupo social y que es efecto y causa a la vez de diferentes fenómenos, de diversas circunstancias, de diferentes situaciones.

Ahora bien, es necesario hacer una distinción que permita identificar cuáles son los ámbitos de estudio de la sociología del derecho y del ius sociologismo propiamente dicho.

Para la primera, resultan relevantes, sobre cualquiera otra consideración, aquellos datos que permitan explicar cómo y para qué surgen las normas jurídicas y cuáles son los efectos sociales que de ellas se derivan, es decir, cuál es su grado y forma de influencia en otro tipo de acontecimientos sociales. Su objeto de estudio son los fenómenos naturales paralelos al derecho, mas no el derecho en sí. *“Cabe también una Sociología general del Derecho que estudie los fundamentos, el proceso de gestación y de desarrollo sociales del Derecho, así como la reversión social de éste, es decir, sus efectos sobre la colectividad, considerando todos esos fenómenos en sus tipos y regularidades principales”*⁸³.

La sociología del derecho, de acuerdo con Kelsen, indaga las causas y los efectos de los hechos naturales que calificados por las normas jurídicas se presentan como actos jurídicos, porque el derecho se limita al conocimiento de normas.⁸⁴

Sociólogo del derecho, a juicio de Ramón Soriano, es Francois Gény (1861-1959), quien, según el primero, *“advierte de la necesidad de salir de los textos legales y complementarlos con los fenómenos sociales, ya que el ordenamiento jurídico y sus*

⁸³ Recaséns Siches Luis, *Sociología*, 23ª ed, México, Porrúa, 1993, p. 583.

⁸⁴ Citado por Witker Velázquez Jorge y Larios Velasco Rogelio, *Metodología jurídica*, 2ª ed, México, Mc Graw Hill, 2002, p. 185.

fuentes formales son insuficientes [puesto que] *La ciencia jurídica tiene por objeto constatar los datos de la naturaleza y de los hechos* [así como] *b) datos históricos, o reglas del derecho desarrolladas históricamente, que poco a poco van configurando a las instituciones; c) datos racionales, o reglas justas que derivan de la naturaleza racional del hombre en contacto con el mundo, a los que concede Gény gran importancia, y d) datos ideales o reglas ideales de una institución concreta, basadas en consideraciones físicas, psicológicas, morales, religiosas, económicas y políticas*⁸⁵

Otro sociólogo del derecho es Eugen Ehrlich (1862-1922). Este jurista proclama la libre investigación (derecho libre) y el pluralismo jurídicos, en virtud de lo cual considera que es necesario estudiar lo que llama el *derecho social*, que no es otra cosa que el ordenamiento de las relaciones sociales, porque argumenta que el derecho es más amplio que lo que se desprende del derecho del estado. El derecho, según este autor, es *vivo* porque proviene de la sociedad, sin que sea importante si se le ha producido o no por el Estado. Junto al derecho que proviene de la vida, del comercio, de las costumbres, de los usos, y de las asociaciones, se encuentra el derecho de los jueces y de los juristas. Se trata pues del derecho que la sociedad produce de manera espontánea.⁸⁶

La idea del derecho libre que propuso Ehrlich se radicaliza con Hermann Kantorowicz (1877-1940) quien de plano abandona la idea de la primacía del derecho legislado, y señala que ese lugar corresponde a las decisiones de los jueces, los cuales, dice, debieran ser primeramente sociólogos, pues su papel de creadores del derecho les exige abandonar la aplicación automática de la ley para orientar su trabajo de manera discrecional; así, la fórmula libre investigación-libre creación del derecho, resulta la mejor manera de entender el fenómeno jurídico. Este es el sentido de la expresión Derecho Libre, constituido por una serie de principios y valoraciones, dice Rodolfo Vázquez,⁸⁷ carentes de sanción oficial, pero influyentes en la práctica. Las ideas de este autor resultaron extremistas y por tanto censuradas, pero tienen la importancia de haber robustecido el ímpetu por los enfoques sociológicos, y la coincidencia de su pensamiento con el de los juristas realistas.⁸⁸

Por su parte, el ius sociologismo, o sociología en el derecho se caracteriza por el estudio del derecho como un fenómeno social; es el análisis del fenómeno social llamado derecho y visto por sí mismo, a fin de analizar cuáles son sus repercusiones en el propio ordenamiento jurídico, pero siempre sin perder de vista que se trata de un acontecimiento que se produce en el seno de un grupo social. El derecho es un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de quienes crean, aplican o vigilan las normas de derecho.

⁸⁵ cfr Soriano Ramón, op cit, nota 28, pp 119-120.

⁸⁶ cfr Ibidem p 124.

⁸⁷ cfr Vázquez Rodolfo, op cit, nota 11, p. 148.

⁸⁸ cfr Soriano Ramón, op cit, nota 28, p 125.

León Duguit (1859-1928) es calificado como sociologista. Su pensamiento es positivista, porque propuso la desvinculación del derecho de toda reflexión metafísica, pero al mismo tiempo intenta reducir el ordenamiento jurídico a un hecho social cuya función es la realización de la solidaridad social que es el elemento irreductible de todo grupo social. La base del derecho, dice este autor, es la solidaridad social y la regla jurídica exige de todos los miembros del grupo que contribuyan a la realización plena de la misma. Duguit señala que ninguna ley ni orden administrativa es válida si no es conforme a los principios de solidaridad social y de interdependencia social. La regla jurídica de Duguit, basada en la idea de solidaridad social, a juicio de Geny⁸⁹, genera una paradoja, pues se trata de algo totalmente metafísico, alejado del positivismo y del empirismo.

Forma parte del ius sociologismo, la corriente denominada realista, o del realismo jurídico, la cual se presenta básicamente en los países escandinavos y en los Estados Unidos de América como lógica consecuencia de sus sistemas jurídicos de carácter consuetudinario, caracterizados porque la ley, formalmente hablando, ocupa un lugar menos relevante que el que tiene en los países de la denominada tradición *continental europea*, y por tanto no han recogido los principios del culto a las cualidades racionales del legislador, el cual es, presuntivamente, hacedor de leyes o códigos sin posibilidad de defectos por lagunas o antinomias.

Para los juristas del *common law*, en virtud de la indeterminación natural del lenguaje, las normas jurídicas tienen inconvenientes por falta de completitud, y presencia de contradicciones. Ambos problemas son resueltos por la actividad de los jueces, porque las decisiones judiciales son los hechos para construir el derecho, ya que, en palabras de Rafael Márquez Piñero: *+. . . esos ordenamientos jurídicos no están sujetos a la estricta rigidez del formalismo jurídico; hay un mayor dinamismo jurídico. Es algo más flexible, se trata del polo opuesto al dogmatismo continental europeo*⁹⁰. De ahí que Karl Llewellyn (1893-1962) dijera: *Las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. Tal es toda su importancia, excepto como juguetes vistosos*⁹¹

Entre los puntos característicos del ius realismo, Cárdenas Gracia anota: un papel importante de los jueces, una concepción dinámica e instrumental del derecho y de la sociedad, el escepticismo frente a las normas, las decisiones judiciales como objeto de estudio del derecho, y, finalmente, que la validez de las normas depende de su efectividad.⁹²

El ius realismo norteamericano tiene a su iniciador en el famoso Magistrado de la Suprema Corte, Oliver Wendell Holmes (1841-1935) quien expresó que *la vida real del Derecho no ha consistido en lógica sino en experiencia. Las necesidades*

⁸⁹ Citado por Bodenheimer Edgar, *Teoría del derecho*, 5ª reimpresión de la 2ª ed en español, trad de Vicente Herrero, México, FCE, 2007, pp. 216 y 217.

⁹⁰ Márquez Piñero Rafael, *Filosofía del derecho*, 2ª reimpresión de la 1ª ed, México, Trillas, 1998, p. 52.

⁹¹ Citado por Nino Carlos, op cit, nota 8, p. 45.

⁹² cfr Cárdenas Gracia Jaime, op cit, nota 23, pp. 55 y 56.

*sentidas en cada época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones en que la acción política se ha inspirado, bien aquellas confesadas explícitamente o bien otras inconscientes, e incluso los prejuicios que los jueces tienen al igual que todas las otras gentes, han tenido que ver mucho más que los silogismos en la determinación de las normas para gobernar a los hombres*⁹³ A decir de Recaséns Siches, el juez Holmes sostenía que en el desarrollo del derecho y en las resoluciones de los jueces, priva, más allá del razonamiento lógico, lo que él llama el *buena sentido*, porque para resolver un problema es indispensable elegir entre principios y entre hechos, sopesando las ventajas sociales de los deseos en conflicto, conjugando todo con la experiencia vital, ya que el derecho está en constante cambio, y es sólo un medio para los fines sociales. Todo eso llevó al juez Holmes a señalar: *Entiendo por derecho, las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos*

Otros destacados juristas del realismo estadounidense, son Benjamín Cardozo (1870-1938) y Roscoe Pound (1870-1964). El primero (sucesor del Magistrado Holmes en la Suprema Corte de EU) sostiene que los tribunales tienen una actividad creadora del derecho sustentada en la vida misma; por su parte, Pound afirma que el análisis de la justicia debe considerar los intereses humanos individuales y los intereses públicos y sociales en general, para propiciar confianza en las instituciones como la familia, la seguridad de las instituciones políticas, religiosas, culturales y económicas, y la conservación de los recursos naturales.⁹⁴

El ius realismo tiene a un representante moderado en Alf Niels Christian Ross (1899-1979). Su postura es claramente positivista, pues niega la posibilidad de normas de valor apriorístico. Según el autor danés, las normas tienen valor en función de la conciencia de los individuos, tanto los que son agentes por virtud de la celebración de actos jurídicos, como los que se desempeñan como jueces que, *además de acatar externamente las disposiciones normativas, se sientan obligados a aplicarlas*⁹⁵.

Estas ideas se desprenden con facilidad de su definición de derecho vigente: *el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (experienced and felt) como socialmente obligatorias*⁹⁶

En esta definición, se identifican elementos positivistas porque Ross recurre a lo empírico cuando refiere "el derecho en acción", es decir, a un dato verificable en la experiencia. A la vez es claramente sociologista, ya que habla de datos que son

⁹³ Citado por Recaséns Siches Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 3ª ed, México, Porrúa, 1980, p. 43.

⁹⁴ Citado por López Durán Rosalío, *Metodología jurídica*, 4ª reimpression de la 1ª ed, México, Iure, 2008, pp. 202 y 203.

⁹⁵ Ibidem, p. 204.

⁹⁶ Idem.

extraíbles del comportamiento en la sociedad, cuando menciona que las normas son experimentadas y sentidas en sentido obligatorio. Es muy conocida su alegoría del juego de ajedrez,⁹⁷ con la cual trata de ejemplificar los diferentes tipos de normas que es posible establecer, pero sobre todo, cómo operan los mecanismos que llevan a los miembros de un grupo social, al convencimiento respecto de la obediencia de las reglas que rigen el juego cotidiano del que son partes.

Hans Kelsen expresó su desacuerdo con las tesis del ius realismo, particularmente en dos aspectos: en primer lugar en lo que se refiere a la importancia que se le confiere al hecho de la obediencia a la norma por parte de los miembros del grupo social y a las experiencias que de ello se derivan para la solución de los conflictos; en segundo lugar a las referencias que se hacen sobre la conveniencia de vislumbrar el sentido que pudieran tener las resoluciones de los jueces, a fin de ir precisando qué es el derecho en función de lo que en esas resoluciones se determine.

Sobre el primer punto, Kelsen anota que la eficacia de las normas es un dato que no influye en su validez, pues como él lo demuestra, el valor de las reglas jurídicas proviene de la observancia de ciertos requisitos de carácter extrínseco y no necesariamente de su observancia. Dice el célebre jurista vienés: *“La posibilidad de su ineficacia, es decir, que en casos particulares no sea aplicada y acatada, debe siempre aceptarse. El comportamiento contrario a una norma jurídica cuando no supera en su frecuencia cierta medida, no es motivo para que la ciencia jurídica considere como carente de validez a la norma jurídica violada por esa conducta, ni para remplazar por otro el enunciado jurídico que describe ese derecho.”*⁹⁸

Por lo que toca al segundo de los puntos mencionados, Kelsen considera que la llamada jurisprudencia realista incurre en una confusión entre derecho y la ciencia que lo describe. En tratándose de ésta, dice Kelsen, es válido hacer predicciones y formularlas en oraciones que expresen relaciones causales, pero no lo es cuando se habla de normas jurídicas porque éstas no expresan ese tipo de relaciones; las relaciones que por las normas jurídicas se crean, son específicamente imputativas.⁹⁹

B. El modelo analítico.

Bajo el título arriba anotado se incluyen en realidad dos posturas que se asemejan en sus propuestas, aunque pudiera decirse que no están conectadas si se toma en cuenta la época en la cual tiene lugar cada una de ellas. La primera tiene como su más conspicuo representante al jurista británico John Austin (1790-1859). La segunda corresponde a lo que los expertos identifican como jurisprudencia analítica, que viene a ser una derivación de la escuela filosófica del mismo nombre

⁹⁷ cfr Muñoz Rocha Carlos I., op cit, nota 16, pp. 157-163.

⁹⁸ Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, 14ª ed, trad de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2005, p. 102.

⁹⁹ Ibidem, p 103.

que nació en el siglo veinte y que alcanzó un importante desarrollo por vía de los estudios de algunos de los más connotados investigadores del siglo pasado.

La propuesta de John Austin es positivista, y aunque fue contemporáneo de Augusto Comte, es difícil decir que hubiese sido influido por éste último. Austin es positivista en la medida en que rechaza la intervención de la ética en el derecho: *«La ciencia de la jurisprudencia se ocupa de leyes positivas, o simplemente de leyes en sentido estricto, sin considerar su bondad o maldad»*¹⁰⁰ El jurista se ocupa del derecho tal y como es, porque el derecho que debe ser, es la ocupación del filósofo o del legislador, decía Austin.

El derecho es establecido por una persona o cuerpo soberano, entendiendo por "soberano" al órgano que está facultado para emitir las normas, cual es el caso de los jueces cuya fuerza legal deriva de la autoridad dada por el Estado. El derecho es un mandato del Estado que emplea su poder coactivo para lograr su aplicación. En este punto, para Austin es importante incluir el concepto de obediencia, porque la aplicación del derecho la implica, a grado tal de que la identificación del poder soberano va ligada a la actitud de una comunidad política, dispuesta a obedecer.

En la exposición de su teoría, Austin deja constancia de diferentes vocablos que cobran significación individual conforme a la misma, es decir, va acuñando conceptos a partir del análisis de la experiencia.

La escuela analítica toma como punto de partida un orden jurídico dado y formula definiciones indispensables para comprenderlo, a la par que formula clasificaciones que le permitan un estudio sistemático. Los resultados que obtiene son útiles para analizar y comparar otros ordenamientos jurídicos, lo que le da a este modelo un carácter empírico en tanto que estudia fenómenos reales. Se apoya mucho en la lógica y preconiza el empleo del silogismo como medio de solución de conflictos, pues sostiene que la función del juez consiste en subsumir el caso particular en la norma general.

Rodolfo Vázquez afirma: *«Austin abrió el camino a la elaboración de una ciencia formal del derecho que no se planteó el estudio del derecho vigente, sino del sistema de conceptos a que se reducía el derecho»*¹⁰¹. Manuel Atienza lo anota diciendo que: *«Él trató de elaborar una serie de conceptos jurídicos que no fueran simplemente los conceptos más amplios y simples posibles que pudieran extraerse de un determinado ordenamiento jurídico, sino nociones formales implícitas en todo Derecho posible; tales nociones formales constituirían el objeto de la verdadera ciencia jurídica»*¹⁰² En palabras de Carlos Muñoz Rocha, el positivismo analítico introduce el estudio de los *«conceptos jurídicos fundamentales»*¹⁰³

¹⁰⁰ Bodenheimer Edgar, op cit, nota 89. p. 321.

¹⁰¹ Vázquez Rodolfo, op cit, nota 11, p. 138.

¹⁰² Atienza Manuel, *Introducción al derecho*, 5ª reimpresión de la 1ª ed corregida, México, Fontamara, 2008, p. 179.

¹⁰³ Muñoz Rocha Carlos Ignacio, op cit, nota 16, p. 178.

No se debe olvidar que la jurisprudencia analítica (desde luego posterior y desvinculada en el tiempo a Austin) es una derivación de la filosofía analítica que se inició en los albores del siglo XX. De ésta se dice que tiene cuatro claras etapas que están representadas respectivamente por el atomismo lógico de Bertrand Russell (1872-1970), el análisis filosófico del lenguaje de Ludwig Wittgenstein (1889-1951), el Círculo de Viena creado por Johan Craidoff y Moritz Schlick (1882-1936), y el positivismo lógico, uno de cuyos más destacados representantes es Rudolf Carnap (1891-1970).¹⁰⁴

Como suele ocurrir en la pretensión de agrupar el pensamiento de varios autores alrededor de una idea central y con eso construir una escuela, resulta ser que es complejo identificar rasgos comunes, sin embargo, Eduardo Rabossi (1930-2005), el conocido filósofo argentino citado por Atienza, menciona que los autores analíticos comparten la tendencia a vincular la filosofía y el lenguaje, ser refractarios a la metafísica, ser positivistas y aceptar que el análisis constituye una condición indispensable del filosofar.¹⁰⁵

Un jurista respecto del cual es posible decir que representa un vínculo en el tiempo entre John Austin y la jurisprudencia analítica, es Wesley Newcombe Hohfeld (1879-1918). Sus propuestas se anticiparon a los estudios de la jurisprudencia analítica; su muerte acaeció justo unos cuantos años antes de la fundación (1922) del Círculo de Viena, no obstante lo cual, sus contribuciones son en mucho coincidentes con lo que sostienen los juristas que forman parte de la tendencia mencionada.

Hohfeld habló de los conceptos jurídicos fundamentales, haciendo alusión a una serie de ocho combinaciones de vocablos (o conceptos) que identificó en los usos de los jueces de su país (Estados Unidos de América) y señaló que eran el *“mínimo denominador común del derecho”*.¹⁰⁶ Genaro R. Carrió, en la nota preliminar a la traducción del trabajo de Hohfeld, deja en claro que este autor sólo se propuso elucidar el significado de los mencionados conceptos fundamentales, sin pretender: (i) aclarar si en un determinado orden jurídico se establecen privilegios o derechos, pues eso sería materia del trabajo de los juristas dogmáticos; (ii) establecer cuáles son las condicionantes y consecuencias de tales derechos o privilegios, porque eso es tarea de los sociólogos del derecho; (iii) finalmente, no fue su intención dilucidar sobre la justicia o injusticia de los mismos derechos o privilegios, porque ello sería labor de los filósofos del derecho, o de los políticos y legisladores.

La intención de Hohfeld, a decir de Carrió, fue realizar una aportación a la Teoría General del Derecho, con significación muy amplia, más allá de los límites del sistema anglosajón, y claramente aprovechable para los sistemas de Europa

¹⁰⁴ Jiménez Moles María Isabel, *La nueva ciencia y filosofía del derecho*, 2ª ed, México, Fontamara, 2011, p. 86.

¹⁰⁵ cfr Atienza Manuel, op cit, nota 102, p. 136.

¹⁰⁶ Hohfeld W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, 5ª reimpresión de la 1ª ed, trad de Genaro R. Carrió, México, Fontamara, 2004, p. 93.

continental y sus derivaciones en los países de América Latina. *Con lo que antecede quiero destacar que el trabajo de Hohfeld es un ensayo de jurisprudencia analítica. No resuelve problemas como los indicados. Sólo puede ayudar a solucionarlos en cuanto contribuye a pensar en ellos con más claridad. Tal es su único mérito, que, por supuesto, es enorme.* + Agrega el distinguido jurista argentino: *Puede afirmarse que la contribución de Hohfeld reviste un valor considerable dentro de los estudios de jurisprudencia analítica. Su elucidación de los conceptos jurídicos fundamentales puede ser objeto de rectificaciones . algunas de ellas importantes-, y la nómina de ellos seguramente debe ser enriquecida para poner a la Teoría General del Derecho a la altura de los tiempos y acercarla más a las preocupaciones efectivas de los juristas. Tal tarea está aún por hacerse, pero nada de ello resta valor a lo que el joven Hohfeld¹⁰⁷ escribió hace ya más de 50 años+*¹⁰⁸

Si se acepta en unión de Rabossi que la jurisprudencia analítica vincula lenguaje y filosofía, tiene que ser admitido que Georg Henrik von Wright (1916-2003) forma parte de esa misma tendencia de pensamiento, aún y cuando no se trata de un jurista, puesto que su formación y la parte principal de su obra es de carácter filosófico. Este filósofo finlandés es considerado como fundador de la lógica deóntica contemporánea y es autor de un libro que intituló *Norma y Acción+*, a través del cual elaboró una teoría de las normas en general que a juicio de algunos juristas es de la mayor utilidad para el esclarecimiento de lo que son las normas jurídicas. *La importancia de von Wright para los juristas reside, por tanto, fundamentalmente, en la atención que ha prestado a los conceptos de acción, norma y de valor. De esta tríada, sin embargo, los trabajos sobre los dos primeros conceptos constituyen algo así como una línea de pensamiento que se puede individualizar y que está dotada de cierta autonomía y de una lógica interna propia dentro del conjunto de la obra de nuestro autor+*¹⁰⁹

Rodolfo Vázquez menciona que en la abundante literatura que se ha ocupado de estudiar los usos del lenguaje aplicados a las normas, destaca la obra de G.H. von Wright, que consideró que no todas las normas fueran prescripciones, aunque admitió que éstas constituyen la mayor parte. Von Wright hace una distinción entre normas primarias y normas secundarias, y a cada grupo atribuye otras tres clases. Las prescripciones corresponden a la clase de las primarias y se caracterizan porque prohíben u obligan respecto de cierta conducta; éstas son las normas dictadas por alguna autoridad, están destinadas a un agente respecto del cual la propia autoridad quiere que adopte una conducta, a cuyo efecto la formula en un cierto lenguaje (promulga), y va seguida de una sanción o amenaza. Claramente son éstas las *leyes del Estado+* y son del tipo que singulariza a las normas jurídicas.

¹⁰⁷ Aunque no lo expresa así Carrió, es de entenderse que no está aludiendo a una etapa, sino a la vida misma de Hohfeld quien murió de apenas treinta y nueve años.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 22.

¹⁰⁹ González Lagier Daniel, *G. H. von Wright y los conceptos básicos del derecho*, 1ª ed, México, Fontamara, 2001, p. 11.

Von Wright aclaró que sus estudios sobre las normas, constituyen una tipología de éstas y no tanto una teoría, porque estimó que el vocablo norma es impreciso y no es posible identificar características comunes entre las diferentes normas para los propósitos de formar una clase con subclases. Como sea, el pensamiento de Von Wright ha sido influyente en el ámbito jurídico y es indispensable incluirlo como un exponente destacado de la jurisprudencia analítica.

También forma parte de la corriente de la jurisprudencia analítica, el pensamiento de Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), cuyos rasgos más sobresalientes son, de manera genérica, *“apreciar al Derecho, como un sistema de normas producto de las instancias de creación y aplicación, de señalar cuidadosamente las condiciones que gobiernan el uso de la expresión Derecho y las de los conceptos jurídicos fundamentales, antes de proceder a definirlos de manera dogmática; de considerar la realidad social en la que opera el Derecho objeto de una Ciencia Jurídica o jurisprudencia que no incluye un derecho (sic) Natural (objeto de una Metafísica especial); de tomar en cuenta no sólo al Derecho general, abstracto e impersonal sino además al individualizado (específicamente el creado por los jueces) y el que es producto de un proceso consuetudinario en los países donde opera el Common-Law”*¹¹⁰

De este distinguido autor británico se dice que es *“el autor más importante del siglo XX en la filosofía jurídica de habla inglesa, y, sin duda, un hombre que transforma la forma de pensar sobre el derecho en todo el mundo a finales de este siglo”*¹¹¹

No obstante que fue apenas el segundo de sus trabajos, la obra más conocida y, por supuesto, la más importante de Hart, es *El Concepto de derecho*, publicada en 1961. A diferencia de lo que regularmente se piensa¹¹², Hart dejó en claro cuál era su intención al escribir ese documento y lo dijo con las siguientes palabras: *“Mi objetivo en este libro fue proporcionar una teoría de lo que es el derecho, teoría que es, a la vez, general y descriptiva. Es general en el sentido de que no está vinculada con ningún orden jurídico o cultura jurídica particulares, sino que busca dar una descripción explicativa y esclarecedora del derecho como institución social y política compleja, gobernada por normas (en este sentido, de aspecto normativo). Esta institución, no obstante muchas variaciones en diferentes culturas y en diferente tiempo, ha tomado la misma forma y estructura, aunque la han rodeado muchos malentendidos y mitos obscurecedores que requieren ser explicitados. Mi explicación es descriptiva en que es moralmente neutral y no tiene ningún propósito justificativo: no busca justificar o recomendar en fundamentos morales, o en otros, las formas o estructuras que aparecen en mi descripción general del derecho,*

¹¹⁰ Jiménez Moles María Isabel, op cit, nota 106, p. 89.

¹¹¹ Tamayo y Salmorán Rolando, “H. L. A. Hart, y la teoría jurídica analítica (Estudio preliminar)”, en Bulloch Penélope A. y Raz Joseph (editores) *Post scriptum al concepto del derecho de H. L. A. Hart*, 1ª ed en español, México, UNAM-IIJ, 2000, p. XII.

¹¹² “Herbert Hart no construyó ex profeso un modelo de ciencia jurídica porque en el mundo anglosajón no existe la preocupación por establecer una dogmática jurídica como en el mundo continental europeo.” Hart H. L. A., *Post Scriptum al Concepto del derecho*, Bulloch Penélope A. y Raz Joseph (editores), 1ª ed en español, México, UNAM-IIJ, 2000, p. 53.

*aunque un claro entendimiento de éstos, pienso, es un preliminar importante para cualquier crítica moral útil del derecho*¹¹³

A través de sus propias palabras, resulta claro que Hart adopta una posición positivista y que trata de contribuir al enriquecimiento de una Teoría General del Derecho, y lo hace mediante un cuidadoso análisis del lenguaje en que el derecho se expresa. Para tratar de explicarlo, se sigue básicamente el punto de vista del Dr. Rolando Tamayo y Salmorán anotado en su *Estudio preliminar al Post Scriptum* de Hart.¹¹⁴

Hart sostiene que la manera tradicional de formular definiciones de los conceptos jurídicos es inadecuada, toda vez que dichos conceptos tienen una esencia funcional en el campo del derecho y no una correspondencia observable en el mundo de los sentidos, de ahí que resulta equivocado aplicar el método de género próximo y diferencia específica; lo indicado, a juicio de Hart, es establecer las condiciones en las cuales se producen los vocablos de carácter jurídico. Este autor distingue dos tipos de normas jurídicas: primarias y secundarias. Las primeras son aquellas que persiguen regular la conducta de los individuos y las segundas establecen capacidades y permiten que las autoridades hagan efectivas a las primarias. Las reglas secundarias las clasifica a su vez en reglas de enjuiciamiento ó adjudicación, de cambio, y, la más importante, de reconocimiento.

La regla de reconocimiento especifica los criterios que permiten identificar cuándo otra regla forma parte del mismo sistema y es una parte medular en la teoría de Hart, pues esta norma se manifiesta en una serie de prácticas de autoridades y particulares conforme a las cuales se van identificando a las otras normas que quedan incorporadas al sistema. A esta situación Hart la llama *fundamento de un orden jurídico*.

La incorporación de las reglas primarias a un sistema, se da mediante la aplicación de la regla de reconocimiento. A esto Hart lo llama *el punto de vista interno*, que es el de los jueces, autoridades y abogados. Su complemento es el *punto de vista externo*, es decir, el que expresa un observador de esta situación, que no necesariamente comparte. La norma de reconocimiento es un hecho, una realidad fáctica expresada a través del mecanismo complejo de su aceptación, en virtud de lo cual de ella no se puede expresar criterio alguno de validez, a diferencia de las reglas primarias que sí reciben esa calificación en tanto que son incorporadas al sistema por su correspondencia con la mencionada regla de reconocimiento.

Hart dio mucha importancia a las prácticas sociales e hizo una interpretación del significado que guardan con respecto a las reglas de derecho; su concepto de aceptación y obediencia están con ello íntimamente vinculados. Su propuesta tiene también bases sociológicas.

¹¹³ cfr H. L. A. Hart, *Post Scriptum al Concepto del derecho*, Bulloch Penélope A. y Raz Joseph (editores), ibídem, pp. 11 y 12.

¹¹⁴ cfr Tamayo y Salmorán Rolando, op cit nota 111, pp XXI y sigs.

Hart enfrentó críticas a su pensamiento. Su texto póstumo, el *Post Scriptum*, pretende ser una respuesta a los cuestionamientos de Ronald Dworkin, y una conciliación con otros autores en la medida en que reconoce haber aceptado e incorporado muchos de sus comentarios. Esta obra quedó inconclusa, no obstante lo cual, permite un acercamiento importante con el pensamiento de este distinguido autor.

C. La teoría pura del derecho.

Hans Kelsen (1881-1973) publicó en 1934 la primera edición de su obra *Teoría Pura del Derecho* y tal vez no imaginó las repercusiones que tal acontecimiento habría de tener. Kelsen generó opiniones a favor y otras en contra. Es sin duda uno de los más destacados juristas (por no decir el más importante) del siglo XX y se esté con él o no, lo cierto es que nadie puede negarle ese mérito.

Dice el famoso jurista: *La teoría jurídica pura es una teoría del Derecho positivo. En cuanto teoría, quiere limitarse a conocer única y exclusivamente su propio objeto. Se propone contestar a esta pregunta: ¿qué es y cómo es el Derecho?, mas no le interesa plantearse la cuestión en torno a cómo debe ser, con arreglo a qué criterio debe ser construido. Es ciencia jurídica, no Política del Derecho*¹¹⁵

Como lo dice su autor, la teoría pura del derecho es una construcción positivista, que fácilmente puede enmarcarse en la visión empirista de esta corriente que responde a la orientación de los trabajos del círculo de Viena, aunque ni Kelsen ni sus comentaristas declaran expresamente alguna vinculación.

Con su teoría pura del derecho, *Kelsen ha sentado como base de la Filosofía de la Ciencia jurídica o del Derecho positivo el lema de la <<pureza del método>>, la cual entiende como empleo de meros conceptos normativos formales, con exclusión de todo estudio sociológico y de toda idea finalista o política. Parte de una noción irreductible, de un primus indemostrable, pero evidente: la existencia de dos categorías, la del ser y la del deber ser, correspondientes a dos mundos: el de los hechos o fenómenos (Naturaleza física, espiritual y social) y el de las normas. El Derecho pertenece al segundo de estos dos mundos porque es un producto normativo*¹¹⁶

La Teoría Pura del Derecho trata de eliminar los elementos extraños al Derecho y pretende evitar el error en que, a juicio de su autor, habían incurrido los juristas del siglo XIX y principios del XX, quienes *han creído acrecer su prestigio científico tomando prestados sus conocimientos de las otras disciplinas. La consecuencia lógica ha sido la desnaturalización de la ciencia del Derecho*¹¹⁷ Continúa diciendo

¹¹⁵ Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Luis Legaz, México, Colofón, p.9.

¹¹⁶ Recaséns Siches Luis, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico (La filosofía del derecho en el siglo XX)*, reimpresión, México, Editora Nacional, 1974, p. 44.

¹¹⁷ Op cit, nota 115, p. 10.

el ilustre jurista: *Contra estas tendencias dirígese la teoría jurídica pura. Ella aspira a exponer el Derecho tal como es, sin legitimarlo por su justicia ni descalificarlo por su injusticia; pregúntase por el Derecho real y posible, no por el Derecho justo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Rechaza toda valoración, todo juicio en torno al Derecho positivo. Como ciencia, no se siente obligada mas que a conocer el Derecho positivo en su esencia, y a comprenderlo mediante un análisis de su estructura. Por eso se opone, en particular, a ponerse al servicio de cualesquiera intereses políticos, suministrándoles la ideología con arreglo a la cual pudiérase legitimar o descalificar el orden social existente en virtud de su tendencia antiideológica, revela la teoría pura del Derecho su carácter de verdadera ciencia jurídica*¹¹⁸

En su intento por elaborar una propuesta en la que se atendiese únicamente al carácter normativo del Derecho, Kelsen aborda el estudio de diversas cuestiones a éste inherentes, de manera tal que en su obra se ocupa de analizar y de fijar su postura respecto de temas varios como son, el deber ser, la antijuricidad, la sanción, el derecho subjetivo, el sujeto de derecho, la relación jurídica, el deber jurídico, la imputación, el sistema normativo, la norma fundamental, la pirámide jurídica, la interpretación, la seguridad jurídica, las lagunas y sus especies (técnicas y del legislador), los métodos de la creación del derecho, el Estado, etc.

Kelsen buscó establecer una teoría que no estuviese ligada ni a la sociología ni a la ética, hizo planteamientos novedosos y creó conceptos para el caso del derecho como ocurre con su proposición de la estática y la dinámica jurídicas, tratando de significar con la primera a un sistema de normas con validez, *al derecho en su estado de equilibrio*, y con la segunda, el proceso jurídico en el que el derecho se produce y aplica, el derecho en su movimiento. Además señaló, en su teoría, una manera diferente de abordar varios asuntos, transformando sustancialmente los enfoques tradicionales de los conceptos jurídicos, por ejemplo, con su propuesta de dar preeminencia a las normas sancionadoras con respecto a las normas que contienen los supuestos que deben ser observados por los sujetos, o en el caso de su concepto de norma fundante básica.

La novedad de sus planteamientos provocó, reacciones de apoyo, pero también reacciones de inconformidad. De ahí que *sin exageración puede decirse que el paisaje intelectual jurídico está dividido hoy en dos grandes sectores contrapuestos; kelsenianos y antikelsenianos*¹¹⁹ Entre los del segundo grupo tal vez es adecuado colocar al ius filósofo argentino Carlos Cossio que sostuvo una polémica importante con Kelsen en 1949, cuando éste acudió a la Argentina para impartir algunas conferencias en la Universidad de Buenos Aires. Carlos Cossio había acuñado un concepto al que llamó *egología*¹²⁰ y con el cual trató de significar la importancia de

¹¹⁸ Ibidem pp. 19 y 20.

¹¹⁹ Recaséns Siches Luis, op cit, nota 116, p. 47.

¹²⁰ El pensamiento egológico, en síntesis, propone que el derecho es conducta en interferencia intersubjetiva; considera todas las acciones humanas; se interesa por el acto humano en su unidad; supone la posibilidad de

la conducta humana para diversos análisis filosóficos y desde luego para el derecho. Por ello contravino las teorías kelsenianas, puesto que para éstas no hay base sociológica de consideración.

Las repercusiones del debate fueron importantes y se les dio difusión en publicaciones especializadas. Kelsen no quedó indemne y hubo de tomar en cuenta la situación que Cossio planteó. Así lo anota Fausto E. Rodríguez García en la *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*¹²¹, cuando menciona: *“... preocupación que el profesor Kelsen tiene, en los últimos años, de afirmar y reafirmar su postura racionalista frente al derecho, sobre todo a raíz de su visita a la Argentina, en cuya ocasión la teoría egológica del Derecho, por conducto de su creador Carlos Cossío, emplazó a la teoría pura con una crítica fundamental, que posteriormente habría de traducirse en una polémica de resonancia mundial”* +El mismo Fausto E. Rodríguez García abunda en comentarios críticos y así anota: *“... Kelsen establece una barrera infranqueable entre el jurista como científico y la realidad viviente de la conducta humana comunitaria, condenando a aquél a una labor infecunda que sólo se ocupa de unos objetos ideales e intangibles (juicios o conceptos) como son las normas en tanto que tales”*¹²²

Claro es que sólo alguien de gran estatura puede convertirse en el centro de un haz de relaciones con polos diametralmente opuestos y esa es la gran importancia que tiene el pensamiento de Kelsen. Por eso es que también hay pronunciamientos a favor de su teoría. El gran jurista austríaco tiene numerosos y destacados seguidores que en unión de él forman lo que se conoce como la escuela de Viena (Adolf Merkl, Alfred Verdross, Josef Kunz, Rudolf Aladar Metall, F. Weyr, Felix Kaufmann, Fritz Schreier y otros¹²³). En México¹²⁴ han sido cultores de las tesis kelsenianas, los profesores Fausto Vallado Berrón, Salvador Corrales Ayala, Guillermo Héctor Rodríguez, Ulises Schmill Ordoñez. También habrá que citar en ese grupo a Rolando Tamayo y Salmorán, Agustín Pérez Carrillo, Javier Esquivel e Ignacio Carrillo Prieto¹²⁵.

Yolanda Higareda Loyden, profesora en la Facultad de Derecho de la UNAM, ha escrito en defensa de su maestro, lo siguiente: *“... la Teoría Pura es ciencia normativa, no porque postule normas, ya que no es moral, sino ciencia que conoce a la moralidad más objetiva que es el derecho. Con lo que se contesta a los que confunden la Teoría Pura con un probable derecho positivo puro. Es ciencia normativa, única y precisamente: porque conoce normas, porque su objeto teórico*

actos de fuerza; tiene como contenido a la libertad; conceptualiza la conducta en interferencia intersubjetiva y, finalmente, es imputativo de sanciones.

¹²¹ Rodríguez García Fausto E., *Introducción a la teoría pura del derecho*, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/.../bib36.pdf, p. 201.

¹²² Ibidem, p. 203.

¹²³ cfr Recaséns Siches Luis, op cit, nota 62, pp. 27 y 28.

¹²⁴ Recaséns Siches Luis, “Filosofía del derecho en México: siglo XX”, *LXXV Años de evolución jurídica en el mundo*, México, UNAM, 1979, t.IV, p. 46.

¹²⁵ Vázquez Rodolfo y Lujambio José María (comp.), *Filosofía del derecho contemporánea en México*, 1ª reimpresión de la 1ª ed, México, IJ-UNAM e ITAM, 2004, p. XV.

*es lo normativo jurídico. Es la teoría para conocer, sistematizar y probar la mayor exactitud y objetividad posibles, en el producto espiritual que llamamos derecho. Ella aspira a ser el fundamento de validez o legalidad originaria para todo material dado al conocimiento, como problema de derecho. Por ello, es ciencia (la más general y abstracta), no sólo para cualquier derecho positivo, sino también para cualquier derecho posible. Así la teoría pura procura ser el método de conocimiento de los fundamentos o principios independientes de todo lugar y tiempo reales, que se proyectan hacia la dinámica inagotable del saber jurídico del futuro*¹²⁶

Lo cierto es que resulta difícil permanecer como mero observador de las ideas kelsenianas y no tomar partido por alguna de las posiciones que las rodean.

Son discutibles varios de los puntos que Kelsen propone, por ejemplo la subordinación del derecho subjetivo a la idea de deber jurídico. Como se sabe, Kelsen afirma que el derecho subjetivo es tan sólo una manera de relacionarse con el derecho objetivo en función del incumplimiento de quien tiene a su cargo el deber que la norma estatuye. Aún más, dice Kelsen que el derecho objetivo se transforma en subjetivo, en razón de una declaración del pretensor que lleva a la intervención del aparato estatal para los efectos de dilucidar la cuestión; en otras palabras, para Kelsen derecho subjetivo y acción (en sentido procesal) son una misma cosa. Kelsen lo dice con las siguientes palabras: *“la teoría jurídica tradicional se niega obstinadamente a reconocer que el derecho subjetivo, es decir, la facultad jurídica de uno, no es otra cosa que el reflejo del deber jurídico de otro”* Pero justamente en este punto acude a la lucha la teoría pura del Derecho, con su crítica de las concepciones dominantes, situando en primer plano y haciendo resaltar toda la importancia del deber jurídico. Para ella, el deber jurídico no es más que la norma de Derecho aplicada a la conducta concreta por ella estatuida..un hombre está obligado a una determinada conducta, en tanto que la conducta antitética de la misma se halla determinada en la norma de Derecho como condición de un acto de coacción, constitutivo de la consecuencia jurídica. Así, pues, el deber jurídico es, para nosotros, la única función esencial del Derecho objetivo¹²⁷

No es el propósito de este trabajo el reabrir la discusión sobre asuntos como el que se asienta en el párrafo superior, pero sirva lo anotado para ejemplificar cómo es que la teoría pura del derecho abre muchos espacios para la reflexión, el diálogo, y por supuesto la crítica, aunque, justo es reconocerlo, también para la alabanza, pues contiene propuestas de suma importancia sobre todo en tanto que busca un método único, especial y directamente encaminado al estudio del derecho, alejado de toda influencia ideológica, y sin referencias a otras áreas de conocimiento, especialmente las sociológicas, que hacen del derecho, para los efectos de la discusión sobre su cientificidad, altamente vulnerable por relativo, temporal y limitado espacialmente.

¹²⁶ Higareda Loyden Yolanda, *Filosofía del Derecho. La teoría pura del derecho y el derecho positivo*, 1ª ed, México, Porrúa, 2003, pp. 32 y 33.

¹²⁷ cfr Kelsen Hans, op cit, nota 115, pp 40, 41, 42.

Las ideas de Kelsen, son, sin duda, la base y la referencia esencial de planteamientos posteriores que mucho han contribuido en el estudio del derecho. Hart, el gran ius filósofo inglés, es consecuente en su pensamiento respecto de la teoría pura del derecho, y es un ejemplo de las amplias repercusiones que tiene el trabajo del ilustre vienés.

D. Modelos Contemporáneos.

En este apartado se hace referencia a las ideas de cuatro distinguidos juristas: Norberto Bobbio (1909-2004), Ronald Dworkin (1931), Carlos Alchourrón (1931-1996) y Eugenio Bulygin (1931), aunque en el caso de los dos últimos el análisis es conjunto, toda vez que su obra tiene el mismo carácter.

Con una obra expresada a través de estudios monográficos, el jurista Norberto Bobbio (su obra también abarca otros temas e incide en los terrenos de la filosofía y de la política) contempló varios y distintos aspectos del derecho: metodología jurídica, teoría general del derecho, filosofía del derecho, estudios sobre el positivismo jurídico, etc.

Bobbio fue modificando su pensamiento jurídico a lo largo de su vida; sus ideas se fueron transformando para evidenciar cambios importantes. Es conocido que en sus primeras aportaciones Bobbio consideró, con base en las ideas del positivismo lógico, que la jurisprudencia podía ser una ciencia si se manejaba con un lenguaje riguroso. Bobbio lo expresa de la siguiente manera: *“La parte crítica común e indispensable de toda ciencia es el llamado análisis del lenguaje. Pues bien, la jurisprudencia es en su parte esencial un análisis del lenguaje, y, de modo más preciso, de ese específico lenguaje en el que a través de las proposiciones normativas se expresa el legislador. Respecto al discurso legislativo aquella se comporta como cualquier otra ciencia respecto al discurso físico, matemático, etcétera; debe transformar el discurso legislativo en un discurso riguroso, en el sentido que antes se ha dado a la expresión rigor. Sobre esta base, y sólo sobre esta base, se convierte en ciencia. Pero precisamente porque su operación fundamental consiste en la construcción de un lenguaje riguroso, es decir, científico, es ciencia al igual que cualquier otra ciencia empírica o formal”*¹²⁸

Un punto medular en esta postura inicial, radica en la identificación de aquella labor que para Bobbio es la esencia de la cientificidad de la jurisprudencia: se trata de la interpretación, porque la interpretación es el análisis del lenguaje del legislador. *“No hay ciencia del Derecho, en suma, fuera de la labor del jurista intérprete, el cual precisamente como tal intérprete realiza ese análisis lingüístico del que ninguna ciencia puede prescindir y constituye ese lenguaje riguroso en el que consiste . según la concepción moderna de la ciencia que ha pasado el problema de la ciencia de la verdad al rigor- el carácter esencial de todo estudio que pretenda tener validez de ciencia”*¹²⁹

¹²⁸ Bobbio Norberto, op. cit., nota 39, p. 192.

¹²⁹ Idem

En la misma época (inicios de la década de los años cincuenta), Bobbio presenta algunos trabajos sobre teoría general del derecho y de ellos se destaca que, con claridad, atribuye a esa disciplina un carácter científico y le atribuye el estudio de problemas estructurales: *«el problema de la estructura típica de la norma jurídica (norma primaria y norma secundaria) y de sus elementos constitutivos (sujeto activo, sujeto pasivo, prestación etcétera), los problemas de las distintas figuras normativas o, como alguno dice, de calificación jurídica (la obligación, el ilícito, el derecho subjetivo, etcétera), esto es, de todas aquellas figuras abstractas de calificación que derivan del tipo de norma que se postula como norma jurídica desde el mismo comienzo del estudio y que, por tanto, se deducen analíticamente de la propia definición de norma jurídica: todos estos problemas, y otros que sólo un estudio concreto puede poner de manifiesto en cada caso, son de tal entidad que su planteamiento y solución es independiente de la naturaleza de los supuestos de hecho concretos y, por tanto, no precisan del estudio analítico de éstos últimos para ser planteados»*¹³⁰

Los datos anotados, son importantes para el propósito de este trabajo, en tanto que se pretende encontrar referencias epistemológicas sobre la posible calificación del derecho como ciencia, de ahí que, los trabajos posteriores de Bobbio únicamente sean mencionados en tanto que son ejemplos de la variación que los comentaristas de su obra encuentran a lo largo del tiempo. Tal vez por la amplia variedad de temas que este autor trató, es que en la segunda y tercera etapas de sus trabajos, no encuentran quienes lo estudian, suficientes elementos que permitan conceptualizar con claridad sus posturas. Rodolfo Vázquez, por ejemplo, dice que la segunda etapa del pensamiento de Bobbio es de transición, y de la tercera, a la cual identifica como la de la propuesta estructural-funcional, no contiene la identificación sistemática de un modelo de ciencia.¹³¹

Es por ello, que en este apartado se alude a los resultados de la primera de sus etapas, porque en ella es posible encontrar la claridad temática que los objetivos de este trabajo pretenden.

En un intento como éste que pretende presentar modelos epistemológicos, no puede omitirse una referencia al trabajo de Ronald Dworkin, toda vez que parece plantear una nueva manera de enfocar el iusnaturalismo. En 1977 se publicó una compilación de diversos trabajos escritos por este autor, a la cual se le intituló *«Taking rights seriously»* (Los derechos en serio, en la edición en español de 1984). Con ella Dworkin pretende hacer una crítica severa de lo que él llama la *«teoría jurídica dominante»* a la cual atribuye dos partes: la primera la identifica con el positivismo y a la segunda con la filosofía utilitarista de Bentham, sin embargo, hay en sus textos una parte propositiva y Dworkin dice: *«Los pasajes constructivos subrayan una idea que también es parte de la tradición liberal, pero que no tiene lugar ni en el positivismo jurídico ni en el utilitarismo. Es la antigua idea de los*

¹³⁰ Ibidem, p. 86.

¹³¹ cfr Vázquez Rodolfo, op cit, nota 11, p. 168.

derechos humanos individuales, a la que Bentham llamaba el disparate en zancos¹³²

Los escritos de Dworkin se centran en la tutela de los derechos individuales y plantean, en forma lógica, una conexión entre moral y derecho, a la vez que un ataque al positivismo con referencia expresa al utilitarismo y a las corrientes que de esa posición se derivan. Al respecto Dworkin expresa: *“el positivismo jurídico es la teoría según la cual los individuos tienen derechos legales sólo en la medida en que éstos han sido creados en virtud de decisiones políticas explícitas o de una práctica social explícita” una teoría conceptual alternativa que muestra cómo los individuos pueden tener derechos legales diferentes de los creados por una decisión o una práctica explícita; es decir, que pueden tener derecho a resoluciones judiciales específicas incluso en casos difíciles en que no hay una decisión o una práctica explícita que exija una decisión en ningún sentido*¹³³

Para sustentar sus ideas, Dworkin señala que al lado de las normas existen directrices y principios los cuales pueden ser considerados por los jueces en los casos difíciles y los coloca jerárquicamente por encima de las normas que, en su idea, debieran ser acordes a éstos, por lo que si las normas siguen un camino diferente, entonces son los principios los que habrán de sustentar la solución de tales casos, ya que eso implica garantizar un derecho preexistente, lo cual en la teoría de Dworkin resulta clave a fin de explicar que los jueces no actúan de manera discrecional ni retroactiva. Aplicar principios es una tarea que los jueces deben emprender para construir teorías que justifiquen las decisiones.

La tesis de Dworkin es significativa en tanto que representa una manera de volver al iusnaturalismo, si bien es cierto que con algunas particularidades en la manera de proponer la conexión entre moral y derecho que han sido objeto de crítica severa por muchos otros juristas a los que el propio Dworkin refuta.

Es interesante para los estudiosos del derecho el trabajo desarrollado por Alchourrón y Bulygin. Estos filósofos plantean la posibilidad de elaborar un sistema que contribuya al esclarecimiento de diversos temas que han sido tradicionalmente una parte importante del trabajo de los juristas, sobre la base de que las normas son, más que sentidos o significados específicos, entidades lingüísticas que correlacionan casos con soluciones. Para ello se valen de los principios de la lógica deóntica y sostienen que es indispensable acercar a ésta con el derecho y romper una tendencia de alejamiento que tuvo consecuencias muy lamentables.

Sugieren estos autores la necesidad de prestar una mayor atención a las investigaciones formales de los conceptos normativos y dejar de trabajar con las herramientas tradicionales para superar el estadio de *subdesarrollo* en el que se encuentra la metodología de la ciencia jurídica, señalando al efecto *“es que*

¹³² Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, 5ª reimpresión de la 1ª ed, trad de Marta Guastavino, Barcelona, España, Ariel, 2002, p. 32.

¹³³ Ibidem, p. 38.

*muchos de los problemas tradicionales de la ciencia jurídica pueden reconstruirse como cuestiones referentes a la sistematización de los enunciados de derecho. Problemas empíricos relativos a la identificación de aquellos enunciados de derecho que pueden constituir la base del sistema (el problema de la validez) han de distinguirse claramente de las cuestiones referentes a la organización de tales enunciados en un sistema. Estas últimas plantean problemas de índole conceptual (lógica). Las ideas de completitud, coherencia e independencia, desempeñan aquí un papel muy importante.*¹³⁴

Con esa referencia, los autores arriba citados construyen una teoría del sistema jurídico, de la norma jurídica y de la sentencia judicial, y analizan otros temas como validez, fuentes del derecho, interpretación, etc. No es erróneo afirmar que la propuesta de Alchourrón y Bulygin es uno de los mejores intentos de contribución a la teoría general del derecho, por su carácter formal, lo que, a decir de los propios autores, ~~permite su aplicación a normas de cualquier índole~~ pero quizás, en tanto que se trata de un trabajo de lógica aplicada al derecho, la razón de su virtud se convierte, paradójicamente, en la causa de su poca difusión entre los juristas, pues es claro que se trata de un trabajo de mucha especialización que no es asequible al común de quienes se dedican al estudio de los problemas del derecho, sin perder de vista que el origen geográfico de la obra (Latinoamérica) restringe las posibilidades de la aceptación que se brinda casi sin reticencias a cualquier trabajo proveniente de Europa, y, más recientemente, para aquellos que provienen de los sistemas de la familia del common law.

IV. EL DERECHO, SU TEORÍA, Y SU (¿CIENCIA?) TÉCNICA.

Una vez que se ha hecho la revisión panorámica de diferentes modelos epistemológicos, llega el momento de elucidar la cuestión que nos viene ocupando. ¿Es posible atribuir al derecho el carácter de ciencia? Suponiendo sin conceder que la respuesta a esa pregunta sea afirmativa, surge una segunda interrogante: ¿cualquier manifestación del derecho es científica, o por el contrario sólo alguna o algunas de ellas tienen esa condición?

Aunque se les planteó en un orden dado, las respuestas a las preguntas anotadas provendrán en sentido inverso, es decir, resulta indispensable precisar de inicio, por lo menos para los efectos de este trabajo, qué se entiende por derecho, para después atender la primera de las inquietudes anotadas. Así, el orden en que se desarrollará esta parte del trabajo es el siguiente: significado o sentido de la palabra derecho; cuál de sus manifestaciones es, en su caso, científica.

1. Dogmática jurídica.

¹³⁴ Alchourrón Carlos y Bulygin Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 4ª reimpresión de la 1ª ed, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, p. 24.

Conviene iniciar por mencionar, como lo hace Carlos S. Nino que las palabras refieren objetos en virtud de convenciones entre los individuos. En el presente es aceptado sin contratiempos, que el lenguaje es un medio de comunicación y que ese medio responde a la satisfacción de necesidades que han ido cambiando en el tiempo, por lo que las palabras son un instrumento que permite la interlocución sobre la base de acuerdos previos en los que se identifica cuál o cuáles son los sentidos o significados que se les atribuyen.¹³⁵

Esto es claro si se compara, por ejemplo, la actitud del órgano rector del idioma español (la que tenía a mediados del siglo pasado), con la que se observa en la época actual, y el resultado de la comparación llevará a afirmar que en los últimos tiempos ha habido una gran apertura que ha traído como consecuencia la incorporación al idioma de nuevos y diferentes vocablos, provenientes de los usos amplios en los diferentes países donde se le habla y de los avances tecnológicos que a la vez han ido creando nuevas formas de identificar objetos que antes ni siquiera existían. En síntesis, las palabras no reflejan esencia de los objetos, sino los arreglos que al respecto tienen las comunidades para facilitar entre sus miembros la comunicación.

El vocablo derecho es equívoco¹³⁶. En efecto, como Carlos S. Nino lo señala, la palabra *derecho*, refiere, indistintamente, un conjunto de reglas, una facultad concedida a una persona, o una disciplina para el estudio o investigación, es decir, está afectada de ambigüedad. Otra situación que la afecta es la vaguedad, pues no ha sido posible establecer un común denominador sobre las propiedades intrínsecas de aquello a lo que esa palabra se refiera, de manera tal, que hay diferencias de opinión; así, algunos estiman que la coactividad singulariza a lo que se identifica con el vocablo, en tanto que otros consideran que se refiere a órdenes o directivas, y algunos más la identifican con la generalidad que en algunas de esas órdenes es posible ubicar. Además, conforme a la opinión del autor mencionado, la palabra *derecho* tiene en los usos corrientes de la misma una enorme carga emotiva, lo cual significa que el común de las personas suelen usarla para identificar algo que consideran propio, pero en una relación sumamente estrecha, o bien, para referir alguna situación general a la que consideran favorable o conveniente.

Con independencia de los diferentes objetos que la palabra derecho identifica, o los alcances disímboles que puede tener, hay un elemento común en todos los casos, que consiste en que aquello a lo que se llama derecho es una obra humana, es decir, un producto de la cultura. Esto es claro cuando por derecho se hace referencia a la ley y a los reglamentos que emanan de los poderes públicos, a las sentencias de los jueces, a las resoluciones administrativas, a los contratos o los testamentos.

¹³⁵cfr Nino Carlos S., op cit nota 7, pp 13 a 16.

¹³⁶ Según el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, el significado de "equívoco" es: *adj. Que puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, o dar ocasión a juicios diversos.*

En todos estos casos nadie pondría en tela de juicio que se está aludiendo a una obra humana, sin embargo el asunto ya no resultaría claro si al hacer alusión a los principios o reglas inmutables, eternos y de valor universal, que se entiende constituyen el llamado derecho natural, se dijera que también estamos en presencia de un producto cultural, sin embargo, así pudiera resultar.

Si bien es cierto, que eso que se llama derecho natural, es de todos aceptado que alude a principios de valía intrínseca que existen con independencia de la voluntad humana, también es cierto que los iusfilósofos no han podido identificar de manera universalmente aceptada, ni su fuente ni en qué consisten tales principios, y por eso las opiniones diferentes abundan. Si en algún momento dado fuera posible unificar tales opiniones y consecuentemente elaborar un catálogo de los principios en cuestión, se estaría en presencia de un acuerdo, de una convención y como tal de un acto humano a través del cual se logra la definición hasta ahora inalcanzada, y, puesto que no existe una referencia que permita constatar que eso que contiene tal convención es en efecto lo que se supone que debe contener, el resultado necesariamente será que el catálogo de mérito sería también un producto de la cultura. En síntesis, todo aquello que se identifique con la expresión "derecho", es resultado de la actividad de los hombres.

En esas condiciones, dada la relatividad del término, resulta conveniente que se recoja para los efectos de este estudio, algún sentido específico para tal vocablo, de entre los varios que es posible atribuirle, asunto en cual se habrá de seguir, inicialmente, la docta opinión del jurista Rolando Tamayo y Salmorán, quien al respecto anota: *El derecho se aplica, propiamente, a las normas jurídicas, i.e., a aquellos materiales prescriptivos dirigidos, o más bien, impuestos, a los hombres para que éstos hagan u omitan.*¹³⁷ De lo transcrito se infiere, que el Dr. Tamayo identifica la palabra derecho con la ley en sentido formal, es decir, con las normas elaboradas, producidas y promulgadas por los órganos del Estado con competencia para ese tipo de actividad, sin embargo, como una de las notas con las que pretende singularizar la mención, alude a la condición de imposición (lo cual además ocupa un lugar destacado por la inflexión que deriva de la sintaxis elegida), es de considerar que también puede incluir las normas provenientes de los reglamentos, de las decisiones de los jueces y de las resoluciones de las autoridades administrativas, pues en todos esos casos se está en presencia de normas impuestas a los hombres para que hagan u omitan algo.

Ahora bien, con la finalidad de tratar de evitar confusiones (recordemos que el término es equívoco), a todas esas manifestaciones del derecho, se les identificará en lo sucesivo como *ley*. Así, se tiene un primer resultado, un punto de partida en el intento de esclarecer cuál de las manifestaciones del derecho es, en su caso, la que merece el calificativo de *ciencia*.

¹³⁷ Tamayo y Salmorán Rolando, *Introducción analítica al estudio del derecho*, 1ª ed, México, Themis, 2008, p. 302.

Al arribar a este punto, permítase hacer una digresión. Con independencia del vocablo ("ley") arbitrariamente elegido para los efectos de este trabajo, es conveniente anotar que, en rigor, en opinión del autor del mismo, el derecho es un instrumento de convivencia, un conjunto de señalamientos (prescripciones, directrices y principios) sobre lo que los individuos deben o pueden hacer u omitir en aras de lograr una situación sin interferencias, molestias, menoscabos, o daños, en o para la vida de los otros, y que al mismo tiempo abran la oportunidad para cada individuo de intentar el logro de sus propios fines o propósitos.

Volviendo al lugar en el que se desenvolvía la atención del tema materia de análisis, es de precisar que, la *ley*, es un objeto de la cultura, algo que existe como resultado de la actividad humana y que persigue generar ciertos comportamientos en los individuos, en función de señalar acciones u omisiones, de acuerdo a lo señalado por el Dr Tamayo, aunque también cabe agregar que no solamente ordena o prohíbe, sino que en ocasiones permite alguna conducta. Ese objeto cultural no genera por sí mismo un saber, no hace análisis de la realidad, ni interpreta hechos ni produce enunciados sujetos a comprobación; tampoco es su función provocar conocimiento, en tanto que no describe algo, sino que refiere lo que los sujetos que son sus destinatarios deben actuar (hacer, no hacer); la "ley" simplemente identifica datos, los señala, los singulariza y los coloca como la referencia de lo que los individuos deben hacer, o no hacer, o de lo que les está permitido. En suma, la *ley* no es ciencia. Esta afirmación constituye la opinión del autor, y queda sustentada en todos los elementos expuestos en este primer capítulo, hasta aquí y hasta ahora.

La *ley*, se maneja como una especie de materia prima para producir un resultado o producto. Los juristas llevan a cabo el trabajo y usan esa materia prima que les fue dada por las instancias que la crearon. El producto que buscan obtener es la conformación de un sistema que permita o facilite el estudio de la misma *ley* para otros propósitos. Ese producto es un entramado de las disposiciones contenidas en la *ley*, mismas que se van acomodando de manera ordenada, siguiendo las más de las veces ciertos criterios de clasificación, todo en vías a facilitar su estudio y comprensión. Este trabajo tiene que ser realizado por especialistas, de ahí la intervención de los juristas que aplican ciertos conocimientos de los que gozan para lograr el resultado apetecido.

El Dr. Tamayo lo refiere de la siguiente manera: *¿cómo puedo caracterizar a la jurisprudencia como la disciplina que determina y describe el material reconocido por derecho, sin cuestionar su validez. La jurisprudencia se encuentra en los escritos de los juristas. Cuando los juristas hacen jurisprudencia su propósito es describir un determinado derecho. Para tal objeto proceden, primeramente, a identificar su objeto; posteriormente lo describen. El primer paso consiste en la identificación de los materiales jurídicos. El jurista reconoce como derecho aquel material y sólo aquel que ha sido establecido por las instancias sociales reconocidas como las instancias creadoras del derecho (sin cuestionar su legitimidad).*¹³⁸

¹³⁸ Ibidem, p. 309.

Como ya se dijo, el producto que obtienen los juristas permite en una segunda instancia el estudio de la ley; es entonces cuando ésta es usada como objeto de estudio con base en el resultado de sistematización obtenido en la primera ocasión. En tanto que no haya cuestionamientos de valor sobre la materia prima de la que disponen para los efectos de su sistematización ni para los efectos del estudio del sistema obtenido, se dice que la actividad de los juristas en ambos momentos es dogmática. Por dogmática del derecho se entiende lo que los juristas hacen para sistematizar y estudiar la ley por la comentada razón de la ausencia de juicios de valor.

La denominación dogmática es un buen auxiliar para lograr una mejor comprensión de lo que los juristas hacen con ese material primo, aunque en realidad resulte un tanto cuanto contradictoria porque los dogmas llevan de manera implícita la calificación (juicio de valor) que los hace pasar por firmes y ciertos. A esto conviene agregar que según el distinguido jurista Manuel Atienza, la dogmática jurídica es en realidad valorativa ya que se orienta a la aplicación e interpretación del derecho y éstas son siempre actividades que envuelven valoraciones.¹³⁹

Esta actividad dogmática tiene, en opinión de Atienza, la función de suministrar criterios para la aplicación de las normas vigentes y para la estabilización y cambio del sistema jurídico, además de otras funciones secundarias de carácter descriptivo del propio sistema y generar conceptos que permitan su aprehensión. *Dicho de otra forma: la dogmática jurídica cumple una función eminentemente práctica, constituye una técnica . si se quiere, una técnica de segundo grado, en relación con la del juez, el abogado, etc.- y no propiamente una ciencia. Lo que la caracteriza . como a la investigación técnica- es que no trata sin más de explicar un acontecimiento, sino de explicar cómo se puede producir un determinado resultado, dadas ciertas condiciones; por ejemplo, de qué manera se puede interpretar un determinado fragmento del Derecho para lograr una solución razonable a un cierto problema. Su fin no es propiamente conocer, sino obtener ciertos resultados prácticos...*¹⁴⁰

La dogmática del derecho, aplicada a la ley, es entonces una técnica porque busca resultados prácticos y procede ordenando todos los componentes, para integrar con ellos un conjunto que proporcione después cierta información que sea útil para fines diversos en la atención de casos varios producto de la vida cotidiana, algunas veces conflictivos (los casos que provienen de conflictos son los de mayor significación) y también de previsión para tratar de obtener el máximo aprovechamiento de las condiciones que la ley plantea. Estamos en presencia de una situación semejante a la de quien construye alguno de los modernos telescopios que permiten escudriñar lejanísimos lugares del universo. El constructor toma diversos elementos, los reúne, acomoda convenientemente y los hace trabajar de manera conjunta para permitir la observación y el estudio de los cuerpos celestes. En un proceso como el que se menciona, se ponen en juego construcciones previas (cada uno de los componentes del telescopio) y se les acomoda en un nuevo

¹³⁹ Atienza Manuel, op cit, nota 102, p. 249.

¹⁴⁰ Atienza Manuel, *El sentido del derecho*, 4ª impresión de la 1ª ed, Barcelona, Ariel, 2009, p. 246.

aparato mediante una tarea que a su vez requiere de una específica preparación, pues el orden que se siga en la disposición de esos componentes, habrá de influir significativamente en su óptimo aprovechamiento para los fines que se persiguen. Toda esa labor debe seguir un orden determinado y debe emplear materiales concretos especialmente seleccionados para el caso, y todo debe confluir en un funcionamiento armónico y conjunto que le brinde al resultado del proceso (el telescopio) la posibilidad de funcionar para lo que se le construyó. El trabajo que se llevó a cabo, aprovecha indudablemente el conocimiento previo, pero ese trabajo en sí mismo, como lo dice Atienza respecto de la dogmática jurídica, no busca generar conocimiento, sino un resultado práctico que lo ubica en el nivel de técnica y no de ciencia.

Claro es que la situación que se describe (siguiendo con el ejemplo del telescopio), no es óbice para que, una vez construido el aparato, el proceso mismo de su preparación pueda ser objeto de estudio para generar un nuevo conocimiento y se contribuya así a la continuación de un proceso constante de evolución en el desarrollo científico. Desde el punto de vista funcional, el aparato que se construyó implica un sistema que es resultado del trabajo con cierta materia prima (los componentes del telescopio) y ese sistema puede ser objeto de estudio en su funcionamiento y en la forma en que se dispusieron los componentes para lograr la indispensable armonía.

Para eliminar reticencias sobre el calificativo dado (técnica) a la actividad que lleva a ~~la~~ *saber hacer* las distintas cosas, como puede decirse que ocurre en el caso del ejemplo anotado arriba o con la dogmática jurídica, Javier Hervada la llama *ciencia práctica*.¹⁴¹ Ésta es una denominación que pudiera ser mayormente aceptable, sobre todo para aquellos que no vean con buenos ojos que la actividad cotidiana de los juristas quede colocada, no en el nivel de ciencia, sino en el de técnica.

2. Teoría general del derecho.

Quienes intervienen en el proceso con el que la dogmática jurídica funciona, conocen los elementos con los que trabajan y cuentan con la información indispensable que les permite arribar al resultado exitoso que esperan obtener. Para sistematizar la ~~ley~~ *ley*, les es menester conocerla, pero además necesitan conocer los principios que rigen la sistematización, es decir, hacen uso de un saber específico, un conocimiento particular que ha sido elaborado por los propios juristas, pues de otra manera no sería posible lograr la sistematización que la dogmática implica.

El trabajo de sistematizar no puede quedar sujeto al particular interés de quien lo lleva a cabo. Quien sistematiza requiere seguir ciertas reglas pre-establecidas, pues de lo contrario su labor sólo será útil para sus propios fines, los de la persona que hizo esa actividad, y en realidad su trabajo no responderá al sentido de una sistematización; en el mejor de los casos será un orden especial, una especie de

¹⁴¹ Hervada Javier, *Qué es el derecho*, 2ª ed, Bogotá-Colombia, Editorial Temis, 2009, p.6.

clasificación con utilidad sólo para su autor. El auténtico trabajo de sistematización se hace para un conjunto de objetos, físicos o de conocimiento, en la condición de funcionar como sistema, y eso, sistema, es un conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí.

La sistematización a que se refiere la dogmática del derecho, presupone, necesariamente, la existencia de un sistema.

En este punto conviene hacer una aclaración. La actividad que llevan a cabo los órganos del Estado para producir normas, tiene como resultado a la ley, en sentido formal. Se entiende que la preparación de la ley es un trabajo que se realiza de manera ordenada y que, en consecuencia, su resultado, la ley, también tiene la característica del orden. Es por ello que las leyes, en sentido formal, cada una de ellas, pueden ser vistas como *un sistema* y la suma de ellas, en un Estado particular, también es visto como *sistema*. Esto es así por el orden cuya existencia se presume, y que, en tanto presunción, beneficia la labor de los legisladores haciendo que el resultado de su trabajo se vea (aunque la ley y la legislación en conjunto no siempre reúnan, ni individual, ni colectivamente, el atributo de orden) como *un sistema*.

No es ese el sentido en que el vocablo sistema se emplea para los efectos de la dogmática del derecho. En lo que a esta toca, la idea de sistema es diferente. El sistema cuya conformación se requiere antes de la dogmática del derecho, representa un conjunto de conceptos que se elaboran como referencias y puntos de enfoque que los juristas tienen que aplicar para sistematizar. Son fundamentos, bases, esencias para la comprensión y manejo de los contenidos de *la ley*. Son formas, coberturas, estructuras indispensables en el uso del lenguaje que forma parte de *la ley*. Ésta se presenta, se arma, se elabora, con expresiones lingüísticas, pero es requerido que esas expresiones se hagan respetando las estructuras a que se viene aludiendo (aunque en muchos más casos de lo que fuera deseable el legislador no siga los cánones que tales fundamentos representan y por tanto se generen leyes inadecuadas desde el punto de vista estructural). Una vez que se han dado los pasos correspondientes para que *la ley* cobre vida, en la práctica de la dogmática del derecho los juristas toman como punto de partida en su trabajo sistematizador, al sistema que ellos mismos han establecido, y que contiene, como se dijo, los conceptos fundamentales.

Los conceptos fundamentales son categorías básicas que están presentes en *la ley*, con independencia de la materia a la que ésta, en cada una de sus manifestaciones, se refiera. Esas categorías básicas están definidas por los juristas; ellos han analizado y estudiado el lenguaje en que *la ley* se expresa, y de ella han deducido tales categorías. Es necesario insistir en que los conceptos fundamentales no refieren contenidos de las normas porque no es ese su propósito; para los conceptos fundamentales es indiferente la materia a la que *la ley* se refiera, no ponen atención en lo que se regula, ni hacen juicios de valor, ni buscan los principios inmutables de que se ocupa el derecho natural. Las categorías básicas o conceptos fundamentales son estructuras, son formas, son límites que es

indispensable identificar en *la ley* para lograr su comprensión. *La ley* las contiene, primero, porque en la evolución de las cosas y al paso del tiempo, los creadores de reglas encontraron que era conveniente estructurarlas de una manera particular que permitiese un mejor entendimiento de su sentido y por consecuencia generara condiciones propicias para su aplicación y observancia, hecho lo cual, en segundo lugar se fue produciendo el trabajo de recopilación de esas formas y de su conceptualización, para entonces dar lugar a una tercera etapa en la que el trabajo de la segunda se convirtiera en fuente de orden para nuevas reglas y para su agrupación en aras a su estudio, divulgación, etc.

El sistema está integrado por los conceptos fundamentales, por las categorías básicas, por los puntos sustanciales de referencia, luego entonces, tal sistema es a su vez un producto del trabajo intelectual de los juristas, de un trabajo especial y concreto que ellos han desarrollado para poder integrar ese sistema. Claro es que la misma noción de sistema lleva a que en el terreno que nos ocupa, como en cualquiera otro donde se hable de un auténtico sistema, se haya logrado una convención que le brinde carácter obligatorio a la utilización del sistema. En lo que a *la ley* se refiere, tal convención no es expresa, sí tácita, pero con suficiente fuerza y presencia como para que los propios juristas, en general, actúen en sus términos, para cumplirla y aplicarla. Los juristas han hecho muchos esfuerzos para lograr la integración del sistema, y aun y cuando hay y ha habido voces discordantes, ciertamente lo que antes se afirma corresponde a una realidad mayoritaria.

Al respecto, Recaséns Siches anota: *«Pero si el concepto universal o esencial del Derecho es el supuesto básico de toda ciencia jurídica, no es el único de sus supuestos. Hay otra serie de nociones . que a manera de séquito esencial del concepto de lo jurídico acompañan dondequiera a éste-, las cuales constituyen también supuestos fundamentales de toda ciencia del Derecho. Se trata de las nociones de derecho subjetivo, deber jurídico, persona, objeto, relación jurídica, supuesto jurídico, consecuencia jurídica. Esas nociones constituyen la estructura esencial de toda norma, de toda figura y de toda situación jurídica. Son nociones no exclusivas de determinados ordenamientos, sino enteramente comunes a todos ellos.»*¹⁴²

Como lo anota el ilustre iusfilósofo español, se trata de elementos que están presentes en cualquier conjunto de reglas con independencia de la materia que se regule y de su ámbito espacial de vigencia.

Bobbio por su parte alude a este asunto de la siguiente manera: *«Forma y contenido de un ordenamiento . regla y regulado o norma y comportamiento- dan origen, cada uno, a un tipo de estudios característicos. Del elemento formal nace el estudio o conjunto de estudios en torno a la naturaleza, constitución, funcionamiento y extinción de la norma jurídica como tal. Del elemento material nace el estudio en torno a la determinación, clasificación y sistematización de los supuestos de hecho.»*

¹⁴² Recaséns Siches Luis, op cit, nota 62, p. 12

El primer estudio responde a la pregunta fundamental: ¿cómo está constituido el ordenamiento jurídico? El segundo a otra pregunta fundamental: ¿qué establece ese conjunto de reglas de las que se compone un ordenamiento jurídico? Los problemas del primero son estructurales y los del segundo sustanciales. Por ejemplo, los problemas de las fuentes del Derecho . entendida esta expresión en el sentido riguroso de actos o hechos a los que ligamos el nacimiento, la modificación o extinción de una norma jurídica-, el problema de la estructura típica de una norma jurídica (norma primaria y norma secundaria) y de sus elementos constitutivos (sujeto activo, sujeto pasivo, prestación, etcétera), los problemas de las distintas figuras normativas o, como alguno dice, de calificación jurídica (la obligación, el ilícito, el derecho subjetivo, etcétera), estos es, de todas aquellas figuras abstractas de calificación que derivan del tipo de norma que se postula como norma jurídica desde el mismo comienzo del estudio y que, por tanto, se deducen analíticamente de la propia definición de norma jurídica : todos estos problemas, y otros que sólo un estudio concreto puede poner de manifiesto en cada caso, son de tal entidad que su planteamiento y solución es independiente de la naturaleza de los supuestos de hecho concretos y, por tanto, no precisan del estudio analítico de éstos últimos para ser planteados+¹⁴³

Todos los datos que anotaron Recaséns y Bobbio, identifican otros tantos conceptos jurídicos fundamentales, o categorías básicas del derecho. Se trata pues de todos los elementos de cuyo estudio se han ocupado los juristas para conformar el sistema que, después, les permite hacer dogmática jurídica, que les permite la sistematización de *la ley+*, porque están presentes en todos los ordenamientos y su razón de ser no depende de los contenidos concretos que las normas puedan tener.

Recaséns y Bobbio coinciden en el carácter independiente de los conceptos fundamentales, pero difieren en lo que toca a las condiciones, a la esencia misma del trabajo que se realiza para la conformación del sistema. Recaséns dice que se trata de un trabajo filosófico¹⁴⁴; Bobbio niega tal carácter y afirma que se trata de un asunto científico y abunda para señalar que se trata de una reflexión sobre el derecho positivo (puesto).¹⁴⁵ Con Recaséns, García Máynez anota que la actividad que se comenta es una parte de la filosofía del Derecho.

¹⁴³ Bobbio Norberto, *"Filosofía del derecho y teoría general del derecho"*, en Ruiz Miguel Alfonso (editor) *Contribución a la teoría del derecho*, 3a ed, Puebla, 2006, p. 86.

¹⁴⁴ Lo dice Recaséns de la siguiente manera: *"...si contemplamos el conjunto de conceptos empleados por la Jurisprudencia, advertiremos cómo éstos pueden ser clasificados en dos grupos. Por una parte hallamos conceptos empíricos, contingentes, históricos, es decir, descriptivos de realidades creadas por los hombres en un cierto lugar y en un cierto tiempo... por otra parte, hallamos también una serie de conceptos jurídicos puros, necesarios que no expresan realidades creadas contingentemente por los hombres en determinada situación histórica, sino que, por el contrario, pertenecen a la esencia de lo jurídico pura y simplemente, y, por eso, son comunes a todas las regulaciones de Derecho...todos estos temas no pueden ser resueltos por la suma de las aportaciones de cada disciplina jurídica particular, sino que requieren una doctrina general autónoma, que tiene ya carácter filosófico."* Op. cit, nota 62, pp 12 y 13.

¹⁴⁵ Bobbio Norberto, op cit, nota 143 p. 89.

Con independencia de su carácter, los dos primeros autores coinciden en la denominación de la actividad: Teoría general del derecho: García Máynez le llama Teoría fundamental, pero coincide en lo que se refiere a la identificación de los asuntos de que se ocupa.

Bobbio sostiene su tesis de científicidad sobre la base de que la regla jurídica es un hecho de la experiencia social y todos los elementos constitutivos de una definición de la regla jurídica son empíricos, lo que le permite anotar que la Teoría General del Derecho no es un conocimiento apriorístico como lo son los conocimientos filosóficos, consecuencia de lo cual es que tal disciplina es un conocimiento científico¹⁴⁶. Dicho en otras palabras, según Bobbio la Teoría General del Derecho es la ciencia jurídica.

Esta argumentación puede resultar atractiva para quienes quieren sostener que el derecho es ciencia, por lo menos en el sentido que de ésta aportó Kuhn, pero es posible apreciar que Bobbio hizo una amalgama de conceptos pues quiso extraer principios generales de una cierta experiencia, la social, que evidentemente no es constante habida cuenta de los cambios que experimenta de un lugar a otro y de un tiempo a otro. Si para sostener la postura de Bobbio se dice que pretendió que en cada ámbito espacial de vigencia se construyese, sobre la base de su respectivo derecho positivo, una Teoría General aplicable al mismo, resultaría entonces que habría tantas Teorías Generales como ámbitos espaciales de vigencia son, lo cual resulta contradictorio con el sentido que a la Teoría General del Derecho se le proporciona, en tanto que conocimiento amplio, abstracto y formal de las categorías que están presentes en cualquier conjunto de normas jurídicas.

Ahora bien, que los juristas han estado preocupados por sostener la científicidad del derecho, eso es algo más que evidente, aún en el caso de quienes como Recaséns y García Máynez, consideran que la Teoría General del Derecho es una disciplina que se ubica en el campo de la Filosofía y no de la ciencia. Esos muy distinguidos autores se refieren en sus obras a la vigencia del derecho+ e incluso presentan comentarios categóricos para sostener tal afirmación. García Máynez, por ejemplo, en su Introducción a la Lógica Jurídica lo sostiene con gran firmeza: *“los axiomas de la Ontología Formal del Derecho, escapan, por su índole enunciativa y su carácter necesario, al arbitrio de los órganos legisladores, y se les imponen de manera ineluctable. En cuanto puramente formales, revelan ciertas conexiones de esencia entre determinados objetos del conocimiento jurídico; pero su pobreza resulta compensada por el hecho de que constituyen lo único absoluto en el campo del derecho, a la vez que permiten sostener, frente a la despectiva opinión de*

¹⁴⁶ “La teoría general del Derecho es, pues, una ciencia formal, pero sus conceptos no son ni a priori, ni universales. Lo que quiere decir que, para quienes distinguen filosofía y ciencia en base a los atributos de la aprioridad y la universalidad, la teoría general no es filosofía. Por otra parte, el concepto fundamental que constituye su objeto es de derivación empírica. Por ello la teoría general no se distingue de las demás ciencias y, en una palabra, es una ciencia”. Bobbio Norberto, *ibídem*, p 94.

*Kirchmann, que en uno de sus aspectos, cuando menos, la doctrina jurídica es tan rigurosa, y tan científica, como la lógica formal o la geometría*¹⁴⁷

Las categorías fundamentales que son contenido de la Teoría General del Derecho, y que en la exposición que se hizo arriba forman el sistema que soporta a la dogmática jurídica, son resultado de un estudio riguroso, coherente y preciso, que en el campo de la filosofía han hecho los juristas, es decir, se trata de la filosofía aplicada al derecho. Todo lo demás que hacen los juristas, es Lógica (coherencia, integridad, unidad), o Ética (valores universales, principios inmutables), o Sociología (efectividad, cumplimiento, vigencia), o Historia (fuentes, antecedentes), o Política (contenido real de las normas, orientación específica), o Dogmática Jurídica (sistematización del derecho positivo) o bien Técnica Jurídica (interpretación, integración, conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio), y por tanto no se encuentra un espacio que dedicar al derecho en tanto que ciencia.

En síntesis, y en opinión del autor de este trabajo, la manifestación del derecho como estudio acerca de las normas jurídicas (el llamado derecho positivo), no es ciencia; se trata de un esfuerzo de ordenación, de acomodo, que permita una mejor y más fácil comprensión del fenómeno para los efectos de conocimiento del mismo y de su aplicación en la vida diaria. Ese esfuerzo es de carácter técnico, porque no genera conocimiento por sí mismo, aunque sí aprovecha otros conocimientos generados por otras disciplinas, alguna de ellas construida por los propios juristas cual es el caso de la Teoría General del Derecho.

La Teoría General del Derecho, es el conocimiento especial de los juristas, es el conocimiento que ellos han construido para sus propios y específicos fines; es el conocimiento que es útil sólo para los propósitos del derecho y que no se confunde ni se comparte con alguno otro, pero ese conocimiento ha buscado y seguirá buscando la esencia misma de lo jurídico, lo fundamental, el punto primero de la reflexión, lo que pueda ser tratado por absoluto, las causas iniciales de lo jurídico, con valor universal y atemporal. García Máynez lo expresa de la siguiente manera: *“Si, como escribe Del Vecchio, la filosofía es el conocimiento de lo universal, la del derecho tendrá que ser, ante todo, el conocimiento de lo jurídico en sus aspectos y elementos universales; o, expresado en otro giro: una aplicación, al campo del derecho, de la reflexión filosófica y trata de brindarnos, acerca del mismo, la verdad autónoma, el conocimiento último y definitivo. La teoría fundamental debe explicar, además, los conceptos jurídicos esenciales, es decir, las categorías o nociones irreductibles, en cuya ausencia resultaría imposible entender un orden jurídico cualquiera”* Por esta razón se ha escrito, parafraseando una expresión kantiana, que tales nociones son categorías que condicionan la posibilidad del conocimiento del derecho¹⁴⁸

V. ¿QUÉ ES ENTONCES LA NATURALEZA JURÍDICA?

¹⁴⁷ García Máynez Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, 1ª ed, México, Fontamara, 2007, p. 22.

¹⁴⁸ García Máynez Eduardo, op cit, nota 1, pp 119 y 120.

Al inicio de este trabajo se dijo que su objetivo es encontrar la naturaleza jurídica del fideicomiso y que en ese intento es necesario precisar el concepto de "naturaleza jurídica", para lo cual, a su vez, es indispensable ubicar la disciplina jurídica a poner en juego, teniendo en cuenta que el enfoque del concepto "naturaleza jurídica" puede variar según la disciplina de que se trate.

Como se ha reflexionado, el derecho es un fenómeno cultural de muchos matices y por tanto complejo. Algunos de los estudios que sobre ese fenómeno se realizan, no son generadores de conocimiento por sí mismos, ya que se nutren invariablemente de lo que se hace en otros campos, especialmente de la Filosofía. De este terreno provienen los conceptos jurídicos fundamentales, lo que significa que la Filosofía, aplicada al derecho, le permite a éste lograr la identificación de sus puntos básicos de referencia, sus datos apriorísticos, sus nociones esenciales. Tal es la condición de la Teoría General del Derecho, ya que se trata de una indagación filosófica especialmente destinada a encontrar la esencia de lo jurídico. Por su parte, la Dogmática Jurídica es una técnica de sistematización de las normas jurídicas positivas, de las normas que han sido emitidas por el poder público conforme a ciertos procedimientos que constituyen el fundamento de su valor formal. Por último, el conjunto de los trabajos relativos al estudio de los métodos de interpretación, de integración, de solución de conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio tiene también un carácter técnico, pues esa es la calificación que corresponde a las actividades que, para ciertos propósitos de utilidad en un determinado terreno, se sirven del conocimiento generado por otras disciplinas.

Así las cosas, habré de ocuparme en tratar de identificar qué es eso que se llama "naturaleza jurídica". Dado que es frecuente que al hablar de la "naturaleza" de algo se esté inquiriendo por su esencia, pareciera que la respuesta tendría que estar dada en el terreno de la filosofía, sin embargo no es así, porque cuando se habla de "naturaleza jurídica" invariablemente se vincula a esos dos vocablos con algo más. La expresión "naturaleza jurídica" sirve como un calificativo para un objeto en el campo del derecho, para un objeto concreto y particular que proviene de las normas positivas. La "naturaleza jurídica" se precisa, se identifica, se anota, siempre, respecto de un objeto proveniente del derecho positivo. De ahí que se trate de algo particular y concreto, claramente individualizado. Si se tratara de encontrar la "naturaleza jurídica" de algo que no fuera particular y concreto, sino general y abstracto, ya no sería un objeto del derecho positivo, sino, tal vez, de una categoría básica o fundamental, y, si así fuera, la reflexión carecería, por tautológica, de sentido. Así ocurriría, por ejemplo, si la alusión de "naturaleza jurídica" se hiciera respecto de uno de los conceptos fundamentales que son objeto de estudio por parte de la Teoría General del Derecho, por ejemplo, del sujeto de derecho o del derecho subjetivo. La Teoría General del Derecho, en tanto que es un saber filosófico, precisamente se ocupa de tratar de precisar la esencia, la naturaleza de las categorías primarias para el terreno jurídico, por lo que es absolutamente innecesario referir acerca de ellas su "naturaleza jurídica".

1. *Noción Técnica.*

La *naturaleza jurídica* es un concepto que tiene razón de ser respecto de ciertas específicas creaciones del derecho positivo, para tratar de encontrar en qué consisten, qué son, pero, precisamente, para el derecho positivo. Ahora bien, reiteremos una idea expresada en el párrafo superior: no es la búsqueda del ser filosófico, no es un asunto de ontología llevada al derecho, no es cuestión metafísica. Es la búsqueda del ser jurídico, la búsqueda del ser legal, la búsqueda en el contenido de las normas, en el contexto de ellas y en tanto que con ellas sea útil; estamos hablando de una noción en buena medida contingente, cambiante, mutable, que funciona en el ambiente de una legislación específica, en un tiempo y en un lugar determinados, y que se entiende en razón del conjunto de disposiciones de las que forma parte ese algo respecto del cual se está tratando de precisar su *naturaleza jurídica*; y es muy probable (aunque no necesario), que ante alguna modificación que se diera al conjunto de reglas, alteraría lo que hasta antes de la modificación era esa su *naturaleza jurídica*.

Es una situación que proviene en mucho de algo que se ha visto que resulta consustancial al mundo del derecho, esto es, el problema del manejo del lenguaje con todas sus imprecisiones, ambigüedades y vaguedades.

Cuando las normas positivas se encargan ellas mismas de precisar el sentido de lo que ahí se dice, el asunto de la *naturaleza jurídica* pasa a un segundo término, pero, cuando no lo hacen, entonces cobra importancia, pues con la precisión de su *naturaleza jurídica* se trata de lograr la más correcta aplicación de la norma. Si se logra identificar la esencia de aquello que es materia de regulación, será más fácil dar solución a los conflictos que se hubiesen presentado, o bien prevenir y evitar la incidencia de éstos. La *naturaleza jurídica* es un tema inherente a la materia de la regulación, al contenido de las normas, a las conductas que se está procurando regular.

Ahora que ya se dijo qué no es y a qué se refiere la *naturaleza jurídica* (contenido de las normas), sigue pendiente precisar de qué trata tal concepto, y para disipar la duda se empezará por citar que no es tan sólo una cuestión relativa a la mera definición de algo, ya que es un asunto que linda con lo pragmático, es decir, con las consecuencias prácticas del pensamiento, con las consecuencias vistas en razón de su eficacia y valor útil para el derecho.

El derecho tiene razón de ser en la medida en que es un instrumento, un producto de la cultura, un medio para la realización de ciertos fines colectivos; así es y así ha sido el derecho. Esta simplista forma de ver al derecho está ligada con una también sencilla manera de ver las cosas que es propia de los seres humanos y les permite apreciar que todo funciona en razón de una vinculación lógica que se explica como causa y efecto. *Los seres humanos crecemos en un universo en el que funcionan las leyes de la lógica*; así lo dice Villoro Toranzo, y al citar a Galán y Gutiérrez, anota: *La hipótesis de la existencia de un orden del universo es ciertamente, un presupuesto indeclinable de la investigación científica más rigurosa*

y severa. No hay investigador alguno, biólogo, físico, químico . cualquiera que sea su ideología- que pueda extirpar de su espíritu esa creencia en un orden del universo, la creencia que para todos los fenómenos cabe encontrar una regularidad y una ley. Cuando el científico, en sus investigaciones en pos de la regularidad de tales o cuales fenómenos, fracasa, quedará decepcionado de su labor y de su trabajo, pero mantendrá incólume su confianza en la estabilidad de las leyes de la naturaleza¹⁴⁹

Esa convicción en un orden (cosmos según los griegos) es lo que se llama la naturaleza de las cosas y consiste en las leyes que rigen el funcionamiento de cada ser, de cada ente. Las cosas se nos presentan con una unidad de ser y de operar que les es propia, con una consistencia en torno a la cual se agrupan sus operaciones, unidad que nuestra inteligencia interpreta como esencia o como naturaleza o como substancia. Y cada cosa se comporta de acuerdo con su esencia y no según la esencia de otros seres. La naturaleza de las cosas es la esencia que se proyecta en la acción de acuerdo con las leyes que son propias a su esencia¹⁵⁰

La constante y frecuente comprobación en la vida cotidiana de la existencia de ese orden, moldea el pensamiento humano y lo enfoca para que en sus creaciones se repita la situación, tratando de que tengan siempre una finalidad que sea posible conseguir, es decir, se procura que cada producto cultural obedezca al mismo patrón de orden y cobren sentido en razón de su utilidad. Ahora bien, es conveniente que este concepto de utilidad se entienda en función de valores de distinto rango y no únicamente en el sentido vulgar y materialista del vocablo, porque lo útil implica siempre y en un primer lugar, a los valores éticos supremos.

El derecho responde asimismo a ese tipo de consideraciones y busca la consecución de ciertos fines. Así la filosofía del derecho se encarga de su estudio y pretende encontrar su naturaleza. Esos serán los fines del derecho en general, pero el derecho tiene además otros fines que están implícitos en la materia específica de cada tipo de regulación. Son, por así decirlo, fines de segundo grado en tanto que ya no se refieren a los valores éticos supremos relativos al comportamiento del grupo social en su conjunto, sino que se trata de propósitos concretos que están relacionados con diferentes ámbitos de la vida cotidiana de los individuos.

Para el logro de esos concretos propósitos se establecen reglas, las cuales serán jurídicas, cuando son la materia de cada una de las leyes; el contenido de esas reglas constituye el medio para alcanzar los fines que se persiguen. Cada regla establece algo como medio, como instrumento, pero ese instrumento habrá de funcionar de manera diferente según su propia naturaleza. *La doctrina de la naturaleza de las cosas se contenta con establecer relaciones entre medios y fines. En este sentido la teoría de la naturaleza de las cosas puede ser considerada como un aspecto de la concepción general del derecho según la cual el Derecho es una*

¹⁴⁹ Villoro Toranzo Miguel, *Teoría General del Derecho*, 2ª ed, México, Porrúa, 1996, p 106.

¹⁵⁰ *Ibidem* pp 107 y 108.

*técnica de la convivencia social, que es, entre todas las concepciones del Derecho, la que siempre me ha parecido la más convincente*¹⁵¹

Puede haber diferentes instrumentos que traten de alcanzar la misma finalidad, y cada uno de ellos trabajará en una forma distinta según su esencia se lo permita, de donde es posible colegir que no necesariamente se obtendrá siempre el mismo resultado, porque puede haber una distinción entre grados de eficacia, dependiendo del instrumento que se aplique; o dicho de otra manera, en función de la naturaleza de cada uno de ellos.

Norberto Bobbio expresa lo mismo de la siguiente manera: *“Si es cierto que una regla técnica (y podemos considerar a las reglas jurídicas como reglas técnicas) se deriva de la resolución de una relación causa-efecto: <<A produce B>>, en una relación de fin-medio: <<Si quieres el fin A, debes querer el medio B>>, es igualmente cierto que de la observación de que un comportamiento produce ciertas consecuencias, yo no obtengo necesariamente una regla, sino que puedo obtener al menos tres, según el distinto modo con el que se tome posición frente a las consecuencias: <<Si quieres A debes hacer B>>; <<Si no quieres A, no debes hacer B>>; <<Si A te es indiferente, puedes hacer o no hacer B>>”*¹⁵²

La *naturaleza jurídica*, de acuerdo a lo que se ha expuesto, vendrá a ser la esencia de lo regulado en tanto que sea medio para la consecución de una finalidad determinada. Es el ser jurídico del ente, visto en razón de su utilidad para obtener lo que se desea en el conjunto del ordenamiento jurídico. Siguiendo con Bobbio, la idea se expresa de la siguiente manera: *“La naturaleza de un objeto es para un jurista su idoneidad para servir de medio en el logro de ciertos fines; la naturaleza de un sujeto es su idoneidad para realizar ciertos actos en la obtención de ciertos fines; la naturaleza de un comportamiento es su idoneidad en el logro de ciertos fines; y la naturaleza de una institución no es más que su función económico-social”*¹⁵³

2. Interpretación y argumentación.

Si la *naturaleza jurídica* de las cosas es una noción que permite constatar la utilidad de esas mismas cosas (idoneidad en el lenguaje de Bobbio), eso significa que el asunto tiene importancia en lo que se refiere a la aplicación de las normas del derecho, y si se hace necesario indagar sobre la *naturaleza jurídica* de algo, lo más probable es que se esté enfrentando una situación dubitativa, un momento en el que resulta necesario precisar el alcance de la norma, en síntesis, un problema de interpretación.

¹⁵¹ Bobbio Norberto, “La naturaleza de las cosas”, en Ruiz Miguel Alfonso (editor) *Contribución a la teoría del derecho*, 3a ed, Puebla, 2006, p 151.

¹⁵² Idem.

¹⁵³ Ibidem, p 155.

Al enfrentar los problemas de la interpretación, será de mucha ayuda identificar la esencia de lo regulado para entender si en función de ella, de esa esencia, es posible obtener lo deseado, y consecuentemente la regulación de utilidad, pero es indispensable no perder de vista que la «naturaleza jurídica» del algo que se tiene frente a sí, es la de un ser jurídico que a la vez tiene razón de ser en un contexto específico y que ese contexto está formado por otras normas del mismo ordenamiento, por hechos presentes, por acontecimientos del pasado y por fines explícitos o implícitos de la propia regulación. Por eso se afirmaba líneas arriba que esta noción de «naturaleza jurídica» es algo contingente. La idoneidad de la que Bobbio habla, se entiende sólo en razón de ese contexto, de uno en particular y no de otro. Recaséns Siches anota que es un error darle una connotación de verdad absoluta, pues se trata, en sus palabras, de meras «*etiquetas clasificatorias para una buena ordenación de los conocimientos jurídicos; pero no eran ideas con validez esencial en sí y para sí. Por eso, los contenidos de las normas jurídicas, no pueden, no deben ser tratados como verdades mediante el instrumento de la lógica de lo racional. Pues los problemas humanos prácticos, y entre ellos los jurídicos, deben ser tratados y resueltos no por razones de la lógica de lo racional, sino por razones de la lógica de lo razonable. los argumentos razonables son razones. esa razón de lo razonable habrá de ser, al fin y al cabo, una especie de la razón vital e histórica, o, mejor dicho, una lógica de la acción, la cual es también razón, logos, pensamiento justificado*»¹⁵⁴

¿Cómo identificar la «naturaleza jurídica» de algo? La respuesta será: constatando que ese algo funcione, desde un cierto punto de vista, como el medio para el logro del fin propuesto. Aquí la clave del aserto es la frase «desde un cierto punto de vista», pues el algo respecto del cual se quiere descubrir su naturaleza jurídica, en la equivocidad del lenguaje, puede ser visto con diferentes enfoques, de ahí que sea indispensable verificar en cuál de ellos es que funciona de manera efectiva, como la causa eficiente de la finalidad apetecida.

Todo esto lleva a considerar que la reflexión sobre la «naturaleza jurídica» es un asunto de orden práctico, en buena medida porque las palabras no reflejan un único sentido, lo que obliga a hacer análisis con la intervención de muchos factores. Atienza lo señala de la siguiente manera: «*hay que huir de diversos errores. Uno es suponer que los conceptos (y las palabras) reflejan una esencia inmutable, esto es, suponer que la intención de un concepto (como «Derecho») puede fijarse totalmente y de una vez por todas. Ello no es posible, entre otras razones, porque dicho concepto tiene como referencia un fenómeno (o más bien un conjunto de fenómenos) histórico y variable. No es, por tanto, un concepto puramente abstracto, formal, como los de la lógica o la matemática (que tampoco reflejan esencias, pero cuyos significados pueden establecerse indicando una serie de condiciones necesarias y suficientes que deben darse siempre que los utilicemos).*»¹⁵⁵

¹⁵⁴ Recaséns Siches Luis, *Introducción al estudio del derecho*, 7ª ed, México, Porrúa, 1985, pp 235 y 236.

¹⁵⁵ Atienza Manuel, *El sentido del derecho*, nota 140, p. 57.

En realidad, como se anotó, estamos en presencia de un tema relativo a la aplicación del derecho. Es un asunto ligado básicamente a la interpretación de las normas y, como es sabido, en este campo ha cobrado mucha importancia en las últimas décadas el sentido de la argumentación, fenómeno que revive y que por tanto no es nuevo. Por el contrario, se trata de una actividad que claramente se puede ubicar en los tiempos de las antiguas Grecia y Roma, y en el destacadísimo pensamiento de Aristóteles y Cicerón.¹⁵⁶

El renaciente interés por la argumentación, tiene origen, a decir de Manuel Atienza, en varios factores, uno de los cuales consiste en el tránsito del *estado legislativo* al *estado constitucional*, en el que se exige cada vez más el sometimiento del poder público al derecho, especialmente en lo que toca al respeto a los derechos humanos, lo cual va acompañado de una más clara conciencia de un sentido democrático, todo lo cual exige que las autoridades expongan mejores y mayores razones para sustentar sus actos, y también abre oportunidades para que los gobernados formulen sus planteamientos de mejor manera, en una concepción más amplia del derecho ligada a los aspectos constitucionales. En otras palabras, se ha hecho indispensable para unas y otros el exponer razones, el argumentar con base en las disposiciones jurídicas, pero también en las directrices y en los principios.¹⁵⁷

El discernimiento acerca de la *naturaleza jurídica* de algo, tiene, en las circunstancias del presente, una enorme importancia, pues permite esgrimir argumentos de más solidez y peso. Por tanto este tema conviene que sea visto como parte de los procedimientos de argumentación, por ejemplo del tipo de lo que los especialistas llaman el argumento *pragmático*, que *es un argumento consecuencialista que consiste en justificar un significado a partir de las consecuencias favorables que de él se derivan, o la inconveniencia de otro significado posible de un enunciado por las consecuencias desfavorables que de él se deriven, que pueden ser sociales, económicas, morales, etc.*¹⁵⁸, aunque también pudiera ser aplicable el *argumento de la identificación*, que *es el acto mediante el cual el argumento elige un significado restrictivo de muchos que componen el universo semántico del vocablo. Esta elección deja de lado el significado común o prima facie del vocablo y también deja de lado todo el universo semántico posible atribuible a dicho vocablo. La construcción de la elección de un significado restrictivo de todos los posibles del universo semántico es lo que debe argumentarse. Una vez legitimada esta elección (que es el proceso argumentativo) se elige el significado deseado, posible y necesario para la argumentación en cuestión.*¹⁵⁹

¹⁵⁶ Véase al respecto a Vallarta Marrón José Luis, *Argumentación jurídica, enseñanzas básicas desde la antigüedad greco-romana hasta nuestros días*, 1ª ed, México, Porrúa, 2011, Cap. 2.

¹⁵⁷ cfr Atienza Manuel, *El derecho como argumentación*, 1ª ed, Barcelona, Ariel, 2006, pp 15 a 19.

¹⁵⁸ Galindo Sifuentes Ernesto, *Argumentación jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y del juez*, 4ª ed, México, Porrúa, 2012, p 215.

¹⁵⁹ Ribeiro Toral Gerardo, *Verdad y argumentación jurídica*, 3ª ed, México, Porrúa y Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, 2009, p 92.

El concepto de *naturaleza jurídica* es de carácter pragmático, y en la medida en que se le incluya como parte de las técnicas de argumentación, se le reconocerá su valor y trascendencia, los que ha tenido desde siempre. No es ocioso recordar ahora que entre los pueblos de la antigüedad, *quienes desempeñaban las funciones jurídicas no poseían una especial preparación jurídica, sino que eran hombres políticos, expertos en retórica, miembros de las clases superiores* y que *La figura del jurista es una creación original de Roma, pero el jurista romano . por lo menos en el período de máximo desarrollo de la jurisprudencia- no era un operador del derecho sino quién poseía y elaboraba los conocimientos técnicos necesarios para la realización práctica del derecho*.¹⁶⁰ A través de este aserto, Atienza deja en claro dos aspectos significativos para la caracterización del derecho: por una parte, que en el desempeño de las actividades relativas a su aplicación, desde siempre ha sido indispensable argumentar, lo que en la antigüedad se hacía a través de la palabra hablada, es decir, con el empleo de la retórica¹⁶¹; en segundo lugar que el derecho era praxis, experiencia, acción, usando los conocimientos técnicos de los juristas. Esta última idea se refuerza si se toma en cuenta que, los juristas romanos, eran los expertos en la interpretación del derecho, y que establecieron fórmulas para entender lo que en la ley se decía, y esas fórmulas, de cuyo conocimiento eran celosos guardianes, en realidad eran directrices, es decir, reglas técnicas que contribuían a facilitar la aplicación del derecho. Se está aludiendo a los conocidos *aforismos*, cuyo mérito radica en que son sentencias a través de las cuales se hace evidente (en función de la naturaleza de las cosas, es decir, de la observación de los acontecimientos), cuál es el sentido de la disposición jurídica. Son formas mediante las cuales se repite lo que ya está dicho, pero la repetición contribuye a hacer palpable lo que ya estaba señalado; se trata de auténticas tautologías que muestran los fines que se persiguen.¹⁶²

Las instituciones romanas se fortalecieron con el sentido práctico que los juristas, a través de su labor, dieron al derecho. *Los jurisconsulti desarrollaron un sistema: (i.e., la iurisprudencia) por el cual el cambio del derecho, y el cambio social en general, fue relativamente fácil y en el que la posibilidad de llevarlo a cabo estaba en manos de las mejores cabezas ante experiencias concretas*.¹⁶³

El derecho siempre ha tenido un carácter pragmático y esa condición ahora ha quedado resaltada a través de diversos acontecimientos, algunos de los cuales ya han sido mencionados como explicación del resurgimiento de la argumentación como técnica en la aplicación del derecho.

El pragmatismo jurídico, según Atienza, toma en cuenta algunas de las siguientes tesis: 1.- El derecho se considera en relación con el contexto; 2.- El derecho es un instrumento para la obtención de fines sociales; 3.- El derecho está vinculado con

¹⁶⁰ Atienza Manuel, Introducción al derecho, nota 102, p. 165.

¹⁶¹ "Retórica.- El arte de persuadir mediante el uso de instrumentos lingüísticos." Abbagnano, Nicola, op cit, notas 20, 21, 68, p. 1018.

¹⁶² cfr Villoro Toranzo Miguel, *Teoría general del derecho*, nota 149, p. 116.

¹⁶³ Tamayo y Salmorán Rolando, *Introducción analítica al estudio del derecho*, nota 137, p 297.

ciertas necesidades prácticas de los hombres; 4.- La verdad está ligada a la utilidad de los enunciados; 5.- La práctica es un medio de conocimiento: se aprende a argumentar argumentando.¹⁶⁴

Si se coincide con esa propuesta, se entiende mejor porqué el derecho es técnica y porqué en su empleo resulta conveniente aplicar ciertos instrumentos, aquellos que provienen de la naturaleza misma de las cosas.

La naturaleza jurídica de algo, es una noción eminentemente práctica, mutable, adaptable a las circunstancias y al contenido de un ordenamiento específico, que permite identificar de qué manera funciona mejor un objeto jurídico. Es también un instrumento para la interpretación y ahora se destaca como parte de los medios de argumentación jurídica. Esta es la noción de naturaleza jurídica que habrá de ser puesta en juego en este trabajo para alcanzar el objetivo anotado al principio de este primer capítulo.

CAPITULO SEGUNDO FIDEICOMISO MEXICANO EL PROBLEMA DE SU NATURALEZA JURÍDICA

I INTRODUCCIÓN.

En el capítulo anterior se dejó constancia del alcance de la expresión naturaleza jurídica; se trata del concepto que ha de ser útil para los efectos de este trabajo, toda vez que el propósito central del mismo consiste en la búsqueda del vínculo que une al fideicomisum romano, al trust anglosajón y al fideicomiso mexicano, bajo la hipótesis de que ese vínculo es, precisamente, su naturaleza jurídica.

En el presente capítulo se identificará la que corresponde al fideicomiso mexicano, y para ello se seguirá la línea de reflexión que el propio autor planteó en otro trabajo elaborado respecto del mismo tema, aunque en este capítulo se hacen indispensables ajustes, en vías de lograr mayor orden y también mayor precisión. La más significativa de las novedades, consiste en el señalamiento expreso de la naturaleza jurídica que al fideicomiso mexicano corresponde, en la opinión del autor de este trabajo.

¹⁶⁴ cfr Atienza Manuel, *El derecho como argumentación*, nota 157 p. 57.

II. ESTUDIO DEL FIDEICOMISO.

1. Concepto de ley.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, (LGTOC) en su art. 381 señala lo siguiente:

Artículo 381.- En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.

A reserva de ahondar en el asunto, conviene desde ahora hacer algunas precisiones en relación al precepto arriba transcrito. Una lectura cuidadosa del mismo, permitirá identificar claramente tres partes en ese texto; la primera corresponde a la expresión *“en virtud del fideicomiso”*¹⁶⁵; la segunda a la acción que es consecuencia de la antedicha primera parte y que consiste en la transmisión de bienes o derechos a la fiduciaria; la tercera contiene la alusión al encargo que el fideicomitente hace a ésta.

La primera parte de las tres identificadas, deja ver con claridad que el fideicomiso está creado antes de que el fideicomitente haga la transmisión de bienes a una institución fiduciaria. El legislador eligió la expresión que ya se ha referido, pero el mismo sentido tendría cualquiera otra por la que se hiciese notar que el fideicomiso ya estaba establecido, por ejemplo: *“en función del fideicomiso”*, ó *“en razón del fideicomiso”*, ó *“a consecuencia del fideicomiso”*, ó más claramente *“dado que el fideicomiso está establecido”*.

Ninguna de las frases anotadas a manera de ejemplo, altera o trastorna el sentido de la disposición, el cual seguiría siendo el mismo si se hubiera utilizado cualquiera de ellas. La fórmula que contiene el texto en vigor de la ley, se refiere sin duda a lo que ya existe, y funge como el hecho cuya consecuencia es la transmisión de propiedad del fideicomitente hacia la fiduciaria.

Conviene hacer notar que la expresión *“en virtud del fideicomiso”* está separada del texto por una coma (*signo ortográfico [,] que sirve para indicar la división de las frases*), lo cual significa que el legislador quiso dejar en claro el hecho que se viene señalando, es decir, la previa constitución del fideicomiso, o dicho en otra forma, el antecedente que tiene un consecuente.

La tercera parte de la disposición comentada, alude a un acontecimiento simultáneo a la transmisión de propiedad, y lógicamente también posterior a la constitución del

¹⁶⁵Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, “virtud” es, “Actividad o fuerza de las cosas para producir o causar sus efectos”, y la expresión “en virtud”, significa “En fuerza a, a consecuencia o por resultado de”.

fideicomiso. Esto es claro por la utilización del gerundio¹⁶⁶ del verbo encomendar, el cual, en la frase que se comenta, califica al verbo transmitir en función del señalamiento de una circunstancia. Se trata de la mención del encargo que se le confiere a la fiduciaria.

En resumen, las tres partes del Artículo 318 de la LGTOC aluden, respectivamente, a la creación del fideicomiso, a la consecuente transmisión de propiedad, y a la concomitante (con ésta), encomienda al fiduciario. Estos apuntes serán retomados posteriormente para el propósito de precisar la naturaleza del fideicomiso mexicano.

2. Concepto etimológico.

Cuando el fideicomitente ha creado el fideicomiso, requiere de la intervención de una fiduciaria para encomendarle la realización de la finalidad que tiene contemplada. El fideicomitente entrega a la fiduciaria ciertos bienes y encarga a ésta que los aplique a la consecución de esa determinada finalidad. Es posible, pero no indispensable, que dicha finalidad persiga beneficiar a una tercera persona (fideicomisario), pero bien puede ocurrir que el beneficiario sea el propio fideicomitente, o que, simplemente, no se identifique a persona alguna como receptora del beneficio. Existen algunos fideicomisos en los cuales las circunstancias que los rodean provocan que desde su origen participen las tres partes, pero hay otros muchos en los cuales solo intervienen las dos primeras, no obstante lo cual, el fideicomiso será válido, ya que así lo prevé el tercer párrafo del artículo 382 de la ya mencionada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra dice: *El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario* +

Si se reflexiona que al crear un fideicomiso se busca que alguien lleve a cabo una finalidad deseada y que ese alguien no es ni el dueño presente de los bienes ni tampoco el beneficiario de la propia finalidad, resulta necesario apreciar, de manera general, que esa situación es producto de factores diversos que provocan que se busque a un tercero (el fiduciario), a fin de que se encargue de hacer lo necesario para obtener el resultado apetecido.

Por supuesto que de un caso a otro tales factores cambian, sin embargo hay uno que está siempre presente y que se identifica en la palabra misma que denota la figura sujeta a estudio: se trata de la confianza, la que se le proporciona al fiduciario. El distinguido jurista Pablo Macedo, así lo destaca en el estudio que sobre el fideicomiso mexicano hace para prologar a la versión en español del *Tratado Teórico y Práctico de los Trusts* de Pierre Lepaulle, cuando cita que en el esfuerzo

¹⁶⁶ Forma invariable no personal del verbo, cuya terminación regular, en español, es *-ando* en los verbos de la primera conjugación, *-iendo* o *-yendo* en los de la segunda y tercera. *Amando, temiendo, partiendo*. Suele denotar acción o estado durativos. *Estoy leyendo. Seguiré trabajando*. Tiene más generalmente carácter adverbial, y puede expresar modo, condición, tiempo, motivo, concesión y otras circunstancias. *Vino corriendo. Hablando se entiende la gente*. Se emplea a veces en construcciones absolutas. *Consultando el diccionario, descubrí esa palabra*. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=aras

de adaptación e inteligencia del trust a nuestro derecho, *“pueden destacarse los siguientes conceptos: la confianza en el trustee como esencia del trust; la transmisión de bienes al trustee en forma de propiedad fiduciaria o legal; las limitaciones que esos conceptos implican”*¹⁶⁷

Si para alcanzar la finalidad requerida es necesario, por ejemplo, poner en juego elementos técnicos que no tienen ni el fideicomitente ni el fideicomisario, ello explica la intervención del fiduciario. Si, en otro caso hipotético, para alcanzar tal finalidad, entre fideicomitente y fideicomisario no existe suficiente confianza que sustente la relación, entonces también se explica la conveniencia de la intervención del fiduciario.

Cuando la intervención de tal fiduciario se centra en razones técnicas, la confianza sigue jugando un papel preponderante, pues en muchos casos no es suficiente la destreza o sabiduría para recibir una encomienda; a las habilidades debe sumarse la confianza de los terceros respecto de la correcta aplicación de dichas habilidades para el logro del objetivo por alcanzar.

En suma, se busca la intervención de un fiduciario por la confianza que en él es posible depositar. El fiduciario se convierte en un intermediario entre el fideicomitente, los objetivos por alcanzar y el fideicomisario. El fideicomiso es sin duda, una intermediación de confianza. Decía Ricardo J. Alfaro sobre este tema, que: *“Siempre es la fe que se tiene en el fiduciario”*¹⁶⁸ *lo que impele al fideicomitente a encomendarle el encargo”*¹⁶⁹

Raúl Lemus García en su *“Derecho Romano”*¹⁷⁰ señala al respecto lo siguiente: *“El término fideicomiso deriva del Latín, fides que significa fe y commisus que se traduce por confiado; consecuentemente, fideicomiso etimológicamente quiere decir confiar en la buena fe, referida ésta a un tercero”*¹⁷¹

3. El fideicomiso en la doctrina jurídica mexicana.

En nuestro sistema jurídico el fideicomiso está regulado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Conforme al artículo primero de esa ley, las operaciones de crédito que la misma reglamenta son actos de comercio. Las disposiciones relativas al fideicomiso se encuentran en el Título II que se refiere a las operaciones de crédito. Así pues el fideicomiso es un acto de comercio, consistente en una operación de crédito.

¹⁶⁷ Lepaulle, Pierre, *Tratado teórico práctico de los trusts*, 1ª ed. México, Porrúa, 1975, p. X.

¹⁶⁸ “Fiduciario ‘que depende del crédito y confianza; conservado para otro debido a su confianza’: latín *fiduciarius* ‘confiado en depósito; relativo a la confianza’, de *fiducia* ‘confianza’ (de *fidere* *fiar*, confiar” Gómez de Silva Guido, *Diccionario Etimológico de la Lengua Española*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 300.

¹⁶⁹ Citado por Batiza, Rodolfo, *El Fideicomiso, teoría y práctica*, 3a ed, México, Porrúa, 1976, p. 121.

¹⁷⁰ Lemus García Raúl, *Derecho romano (personas-bienes-sucesiones)*, México, Editorial Limsa, 1964, p. 313.

¹⁷¹ En el mismo sentido se puede consultar a Corripio Fernando, *Diccionario Etimológico General de la Lengua Castellana*, 3ª ed, Barcelona, Bruguera, 1984, p. 200.

Estas referencias pudieran ser unánimemente aceptadas como suficientes para explicar la naturaleza del fideicomiso, y sin embargo no es así. Se les considera insuficientes, porque ciertamente lo evidente de los datos proporcionados dice poco respecto del tema materia de estudio, apenas unas cuantas notas relativas a su aspecto formal, de manera tal que es indispensable llevar a cabo un análisis de mayor alcance para tratar de precisar su esencia.

En uno de los primeros intentos por establecer al fideicomiso en nuestro régimen jurídico, se le daba el tratamiento de *mandato irrevocable*. Así ocurrió en la Ley de Bancos de Fideicomiso promulgada el 30 de junio de 1926. Esta ley se elaboró con base en las ideas del jurista panameño Ricardo J. Alfaro cuya obra no deja lugar a dudas sobre sus referencias básicas: *El Fideicomiso, estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva, semejante al trust del derecho inglés*. La Ley de 1926 tuvo una efímera vigencia. Sus comentaristas afirman que su principal mérito radica en que permitió avanzar en el proceso de introducción del fideicomiso en México.

Fue en 1932 cuando se inicia la etapa de consolidación del fideicomiso en el régimen jurídico de nuestro país. El abogado Pablo Macedo, redactor del capítulo correspondiente de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, reconoció que su fuente directa de inspiración fue el trust anglosajón¹⁷². Al hacer ese reconocimiento generó muchas inquietudes entre los estudiosos del derecho, ya que las bases de organización del sistema jurídico anglosajón difieren sustancialmente de aquellas que conforman la familia romano-canónica de la cual proviene nuestro ordenamiento.

Por eso, el fideicomiso provocó muchos cuestionamientos desde ese entonces. El proceso de su incorporación, adaptación y aceptación a nuestra vida jurídica no resultó fácil, pues en muchos aspectos difería de lo que era comúnmente admitido. Este tipo de situaciones fueron las que provocaron inquietud entre los tratadistas que no acertaban a admitir la transformación de principios e instituciones a consecuencia de la aplicación de la nueva legislación contenida en apenas 14 artículos de la Ley ya mencionada. Es explicable por tanto que tratando de precisar la naturaleza jurídica del fideicomiso se hayan expuesto muy diversos puntos de vista que trataremos de plantear de manera sintética.

Al revisar lo que los expertos exponen como explicación de sus respectivos resultados en las indagaciones que han hecho para precisar la naturaleza jurídica del fideicomiso, se encuentra que aluden a objetos que no parecen tener conexión entre sí, de donde resulta que, en apariencia y dada la diversidad de resultados, la búsqueda no estaba orientada hacia lo mismo, es decir, no había una referencia

¹⁷² Pablo Macedo reconoce en el prólogo al *Tratado teórico y práctico de los trusts*, de Pierre Lepaulle, ser el autor del texto original del capítulo relativo al fideicomiso de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y también que ahí se logró, “captar la verdadera naturaleza jurídica del trust o fideicomiso anglosajón que se pretendió reconstruir dentro de la estructura jurídica mexicana”, op cit, nota 167, p. XXXIX.

básica respecto de la cual pudieran haberse planteado diferencias según lo que cada investigador hubiese hecho y hubiese obtenido.

Así, se le explica en tanto se asemeja al mandato, o se toma como punto de partida su aspecto patrimonial y por tanto se dice que es un patrimonio sin titular o un desdoblamiento del derecho de propiedad, o un patrimonio de afectación. Por otra parte, cuando se alude a uno de sus efectos (la transmisión de derechos) se privilegia el enfoque del origen, esto es, un acontecimiento que tiene consecuencias de derecho, y se habla del fideicomiso como negocio jurídico, o como negocio fiduciario; por último, cuando se enfoca la reflexión en su contenido obligacional, se busca la explicación en la declaración unilateral de la voluntad o acaso en el contrato en general.

Si se toma en cuenta que, por *naturaleza jurídica* se entiende a una noción eminentemente práctica, mutable, adaptable a las circunstancias y al contenido de un ordenamiento específico, que permite identificar de qué manera funciona mejor un objeto jurídico, es claro que cuando se habla de la naturaleza de un objeto desde un punto de vista jurídico, se usa el término en esa acepción que ya se ha referido y cuya parte medular es la identificación del término con una concepción funcional. El vocablo *funcional* es un adjetivo que deriva o proviene del sustantivo *función*, el cual significa *la operación propia de la cosa, en el sentido de que es lo que ésta hace mejor que las otras cosas. En este sentido, la palabra tiene un uso frecuente tanto en el lenguaje científico como en el común*.¹⁷³

Conjugando las ideas expuestas, es posible decir que cuando se analiza la naturaleza jurídica de un objeto de estudio, se pretende identificar qué es lo que ese objeto hace mejor en el terreno de lo jurídico, cuál es la mejor posición que a ese objeto podemos darle en razón de la función que desempeña. Así pues, para encontrar la naturaleza jurídica del fideicomiso es necesario preguntar cuál es la función que tiene, jurídicamente hablando, lo cual no ha de llevar en manera alguna a sus aplicaciones en la práctica, sino al exclusivo terreno de lo jurídico para ubicar la posición que juega en el gran mundo de las relaciones contempladas por el derecho.

A los diferentes enfoques teóricos de abordar el asunto se les puede reunir en tres grandes grupos: el primero está constituido por aquellos intentos de explicación que se preocupan de ubicar al fideicomiso, o de dar al fideicomiso un lugar dentro del amplio conjunto de los hechos jurídicos; el segundo, pretende explicar la esencia del fideicomiso equiparándolo a alguna otra institución jurídica; el tercer enfoque podemos llamarlo patrimonialista porque los intentos de explicación giran alrededor de los efectos de la celebración de un fideicomiso respecto del conjunto de los bienes que el mismo comprende. Se abordará en seguida, cada uno de esos enfoques.

A. El Fideicomiso y los hechos jurídicos.

¹⁷³ Abbagnano Nicola, *op cit*, notas 19, 20, 66, 161, pp. 575 y 576.

Para referir a las posiciones del primer grupo, es necesario hacer un repaso somero de las principales teorías que se han elaborado con relación a los hechos jurídicos.

Se dice que los acontecimientos que se producen cotidianamente en la vida, tienen en ocasiones trascendencia para el derecho y en otras no la tienen¹⁷⁴; cuando ocurre lo primero, se está en presencia de un hecho jurídico, el cual puede ser resultado de un suceso natural sin intervención del hombre, o bien producto de alguna acción de éste, por lo que así se tiene una primera clasificación de hechos jurídicos que quedan divididos, según palabras de Borja Soriano, en involuntarios y voluntarios¹⁷⁵. Ejemplos de los primeros, según Rico Álvarez y Garza Bandala¹⁷⁶, son las catástrofes naturales, el nacimiento, la muerte de las personas+

Los hechos que se producen con la intervención del hombre (voluntarios), se clasifican a su vez en dos apartados, según sea que el individuo que los produce pretenda o no generar consecuencias de derecho. Los hechos voluntarios, evidentemente requieren del concurso de la voluntad humana, sin embargo, es importante dejar constancia de que aunque se trata de hechos en los que interviene un individuo, éste ha puesto en juego su voluntad para la realización del hecho y no necesariamente para que el mismo hecho genere a su vez, con respecto a él mismo, consecuencias de derecho.

Cuando la voluntad humana está dirigida a la obtención de consecuencias de derecho, esto es, a la producción, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones, los hechos reciben el nombre de actos jurídicos. Estos son los hechos que corresponden al primero de los apartados mencionados.

Borja Soriano define los actos jurídicos como una manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad¹⁷⁷. El acto jurídico suele tener a su vez un tratamiento clasificatorio que lo divide en unilateral y bilateral, son unilaterales, por ejemplo, la declaración unilateral de voluntad y la remisión de deuda; ejemplos de los bilaterales son, el contrato que crea o transfiere derechos y obligaciones, y el convenio que los modifica o extingue.

Los del segundo apartado, es decir, aquellos cuyo autor no busca generar consecuencias de derecho, se dividen a su vez en dos; la división se da en razón de la licitud o ilicitud de los hechos. Son ejemplos de hechos lícitos, la gestión de

¹⁷⁴ “Hay hechos que no producen efectos de derecho, por ejemplo leer un libro. Otros los producen, pues el derecho los toma en consideración para atribuirles consecuencias jurídicas. Los efectos de derecho pueden consistir en la creación, transmisión, modificación y extinción de obligaciones o derechos. Los hechos que producen estos efectos jurídicos se llaman hechos jurídicos, en el sentido general de esta expresión” Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 9ª ed, México, Porrúa, 1984, p. 84.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 85.

¹⁷⁶ Rico Álvarez Fausto y Garza Bandala Patricio, *Teoría general de las Obligaciones*, 3ª ed, México, Porrúa, 2007, p.29.

¹⁷⁷ Borja Soriano Manuel, op cit, nota 174, p 84.

negocios y el enriquecimiento ilegítimo; corresponden al segundo caso los delitos, tanto los intencionales como los culposos (aquellos que se cometen por imprudencia, negligencia, o falta de previsión). En estos casos, las consecuencias jurídicas se producen por ministerio de ley e incluso en contra de lo que el individuo pudiera haber deseado respecto de la aplicación del ordenamiento legal.

Las ideas expuestas corresponden a la doctrina francesa o tradicional, aunque, claro es, con algunas mínimas variantes en aras de simplificación. Esta doctrina sufrió los embates del pensamiento de otros tratadistas, básicamente alemanes¹⁷⁸, quienes generaron la noción de negocio jurídico, respecto de la cual Ernesto Gutiérrez y González dice que: *“tiene a ser lo mismo que el acto jurídico pero dicho en forma menos clara”*¹⁷⁹

El agudo comentario de tan ilustre jurisconsulto tiene algo de extremoso a la vez que encierra cierto grado de verdad, pues la doctrina del negocio jurídico admite que el acto jurídico es el género y el negocio jurídico una de las especies. Así lo afirma Jorge Alfredo Domínguez Martínez¹⁸⁰, quien señala: *“Así como el hecho en sentido estricto y el acto jurídico, son especies del hecho jurídico lato sensu, el acto cuenta también con dos especies a saber: acto jurídico, en su acepción limitada y negocio jurídico”*¹⁸¹

De acuerdo con los tratadistas, por negocio jurídico se entiende al acto que se celebra con la expresa intención de generar consecuencias de derecho, pero no algunas que previa y expresamente contenga el orden jurídico, sino unas especiales y específicas producto del libre juego de la voluntad de los que en el acto participan, de donde viene a ser que el negocio jurídico es auténticamente creador de consecuencias de derecho. Para contribuir al esclarecimiento de esta noción, es necesario precisar que la distinción entre negocio jurídico y acto jurídico en sentido estricto, consiste en que, para éste, las consecuencias de derecho ya están establecidas en la ley; la voluntad humana, en el caso del acto jurídico, juega un papel relativamente secundario, pues no es generadora de consecuencias, sino que actúa para colocar al individuo en el marco que está previamente definido.

¹⁷⁸ “La consagración del negocio jurídico como término técnico y figura básica de la dogmática del Derecho privado, se debe al esfuerzo de los pandectistas alemanes para sistematizar la ciencia jurídica (Hugo, Heise, Thibaut, Savigny). Puede destacarse como decisiva la obra de Savigny, que utilizando como sinónimos los términos declaración de voluntad y negocio jurídico, estudia unitaria y detalladamente la problemática del negocio jurídico; cuya distinción respecto del concepto de acto jurídico resultará desde entonces evidente” De Castro y Bravo, Federico, *El negocio Jurídico*, reimpresión de la 2ª ed, Madrid, España, Editorial Civitas, 1991, p. 20.

¹⁷⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 16ª ed aumentada y puesta al día por la Dra. Raquel Sandra Contreras López, México, Porrúa, 2007, p. 117.

¹⁸⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*, 11ª ed. México, Porrúa, 2006, p.21.

¹⁸¹ En el mismo sentido se pronuncia Raúl Ortiz Urquidi (*Derecho civil. Parte general*, 3ª ed. México, Porrúa, 1986, p. 227), quien al respecto expresa: “el *negocio* es una especie del género *acto* y éste a su vez una especie del género *hecho*”.

Lo que diferencia el acto jurídico en sentido estricto de negocio jurídico es el papel que juega la autonomía de la voluntad de las partes, en un caso, limitado a la decisión de aplicar un régimen existente, y en otro, a definir el contenido del régimen aplicable (Rico Álvarez y Garza Bandala)¹⁸², o en palabras de Jorge Alfredo Domínguez *“el negocio jurídico viene a ser el acontecimiento cuya esencia consiste en que el particular dicte y se dé normas constituyentes, insistimos, manifestaciones de voluntad destinadas precisamente a crear determinadas consecuencias de contenido jurídico”*¹⁸³.

Antes de pasar al repaso de la vinculación entre negocio jurídico y fideicomiso, resulta indispensable hacer alguna consideración sobre las ideas expuestas, es decir, respecto de lo que se entiende por negocio jurídico. Para identificar esa noción, se recurre consistentemente a señalar que se trata de una especie del acto jurídico y que su especificidad radica en el concurso de la voluntad humana para generar consecuencias jurídicas. Al mismo tiempo señalan, quienes hacen esa afirmación, que las consecuencias jurídicas consisten en la creación, modificación, transmisión y extinción de derechos y obligaciones. Así pues, resulta que la distinción entre acto y negocio jurídico es prácticamente inexistente en función de la terminología empleada. Raúl Ortiz Urquidi lo admite de manera expresa cuando dice que *“nuestro concepto de negocio es puntualmente el mismo que el alemán . rechtsgeschaefte- o sea el acto de los franceses, de los españoles y de nuestro Derecho patrio”*¹⁸⁴.

Esta situación viene a confirmar la opinión de Gutiérrez y González ya antes referida, pues todo parece indicar que se trata tan sólo de un afán de introducir vocablos para hacer distinciones hasta cierto punto artificiosas, pues no se aprecia una verdadera razón de fondo, con sustento lógico y lingüístico, que lleve a denominar con palabras diferentes a lo que en esencia es lo mismo¹⁸⁵.

Para quienes se sienten inclinados a aceptar la tesis de los negocios jurídicos en los términos expuestos, convendría que hiciesen un estudio filológico con incidencia en el idioma alemán, de manera tal que se indagara si en esa lengua, el vocablo equivalente a *“negocio”* tiene alguna connotación que explique o justifique la distinción con respecto al vocablo *“acto”*. Vale la pena citar que incluso en la teoría francesa no hay un señalamiento de lo que haya llevado a designar con la palabra *“acto”* a aquellos acontecimientos con los que se busca intencionalmente la producción de consecuencias jurídicas; *“acto”* (ejercicio o resultado de hacer) y *“hecho”* (acción que se ha llevado a cabo), tanto en francés como en español tienen significados sinónimos, y en alguna acepción, la palabra *“negocio”* (ocupación,

¹⁸²Rico Álvarez y Garza Bandala, op cit, nota 176, p. 31.

¹⁸³ Op cit, nota 180, p 24 y 26.

¹⁸⁴ Op. cit., nota 181, p. 250.

¹⁸⁵ Resulta adecuado mencionar que los autores que se han dedicado a estudiar el negocio jurídico, no logran dar una explicación directa, clara y sencilla de lo que el negocio jurídico es. En su afán de informar ¿que es eso que se llama negocio jurídico, hacen prolijas explicaciones sin concretar de buena forma una idea o concepto. Se sugiere revisar en este aspecto dos casos, a saber: De Castro y Bravo Federico, op cit, nota 178, y Paredes Sánchez Luis Eduardo, *Presupuestos del negocio jurídico*, 1ª ed, México, Porrúa, 2010.

quehacer o trabajo) se asemeja a las anteriores. Bien sabido es que las ciencias crean sus propios términos; que las palabras que emplean tienen sentidos específicos que difieren de los del uso general o común, pero esa situación no debe ser llevada a un punto tal en el que se coloquen vocablos diferentes a los previamente aceptados por la propia ciencia, sólo por un propósito de originalidad, pues cuando así ocurre, como parece que se trata en el caso que nos ocupa, se pierde seriedad y se debilita la posición del conocimiento.

Las explicaciones que se dan sobre lo que pudiera entenderse como negocio jurídico, parten del empleo erróneo de términos. Cuando se habla de consecuencias jurídicas se admite unánimemente que se hace alusión a crear, modificar, transmitir y extinguir derechos y obligaciones y eso es lo que da identidad o igualdad, al acto y al negocio. Bajo ese enfoque no hay diferencia.

Si se reservara el término *consecuencias* para lo que tradicionalmente se ha usado y en el intento de separar al negocio del acto jurídico se hablara de *finalidades*, entonces sí habría distinción. Se explica de la siguiente manera: cuando se habla de consecuencias jurídicas, poco importan los propósitos específicos que busquen o tengan los que en el acontecimiento participan, porque a fin de cuentas, según lo hemos podido apreciar, tanto en la doctrina francesa como en la alemana e italiana, las consecuencias jurídicas son las mismas; el concurso de la voluntad no podrá ir más allá de crear, o transmitir, o modificar o extinguir derechos y obligaciones. Si se piensa en finalidades, esto es, en el contenido mismo que se le pueda dar a los derechos y a las obligaciones en un libre juego de la voluntad, en el fin u objetivo que impulse a los participantes a la realización del acontecimiento, entonces sí cabe la posibilidad de la distinción.

Es evidente que las leyes contemplan o definen el contenido de muchos acontecimientos y que los individuos tienen la posibilidad de optar por colocarse en la hipótesis normativa, para efectos de su realización (acto jurídico); sin embargo, la voluntad no habrá de llegar más allá de decidir precisamente la realización del acto, y de aceptar que ese acto tenga para sí el contenido que la ley prevé. Con independencia de las razones que a alguien impulsen a comprar una cosa, del uso que a la misma piense dar, o del tiempo que tenga contemplado conservarla en su patrimonio, el que compra, desde el punto de vista del acto jurídico, decidió colocarse en el supuesto de comprador y de atraer para sí las consecuencias previstas en el ordenamiento jurídico, que en el caso que se cita, son dos básicamente: adquirir la propiedad de la cosa y pagar el precio. Todo lo demás, es, por lo general, indiferente para el ordenamiento jurídico; la adquisición de un bien por compra, genera las consecuencias mencionadas que están definidas en la ley y que corresponden al género *crear* derechos y obligaciones.

En cambio, si el ordenamiento jurídico abre la posibilidad de que en ciertos acontecimientos los individuos establezcan libremente el contenido de los derechos y obligaciones, esto es, que sin más restricción que el respeto a las leyes de orden público y las buenas costumbres definan los alcances de los hechos positivos o negativos, de las obligaciones de dar, hacer o no hacer que entre ellos deseen

establecer, estaremos en presencia de una categoría diferente a aquella que se ha denominado tradicionalmente como acto jurídico.

Para este tipo de situaciones viene bien la denominación de %negocio jurídico+, ya que el vocablo %negocio+, en una de sus acepciones, conforme al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española¹⁸⁶, significa %acción y efecto de negociar+ y a su vez, %negociar+ significa %tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro+, lo cual es algo que se hace en un proceso en donde dos o más voluntades tratan libremente de establecer normas y de dar a esas normas el contenido adecuado para tratar de satisfacer sus deseos, para tratar de alcanzar sus respectivos fines, o de concretar sus objetivos.

En este punto, conviene hacer una reflexión sobre las posibilidades de libre actuación que tienen los individuos en el terreno de los contratos.

Desde siempre ha sido evidente que las leyes no alcanzan a recoger todas las posibilidades del hacer humano cuya enorme versatilidad rebasa con mucho la creación legislativa; más aún, ésta casi siempre actúa por reacción, colocando en la ley lo que es indispensable frente a acontecimientos de previa realización. De esta forma encontramos que la ley regula a posteriori las situaciones que fueron concebidas y ejecutadas antes por los individuos, y que, lógicamente, todavía no contempla las que ya se están presentando y las que después surgirán como producto de la actividad creadora de los seres humanos.

En este contexto, la propia ley alienta el espíritu creativo en función del respeto a la libertad contractual, lo que permite un amplio margen para aplicar la imaginación que, dentro de los límites del respeto a las normas de derecho público o a las buenas costumbres¹⁸⁷, abre la oportunidad para que los contratantes regulen sus relaciones con amplia libertad.

En la legislación civil la libertad contractual está regulada en varios artículos del Código Civil Federal; así, por ejemplo, encontramos al artículo 1832 relativo a la forma de los contratos, al 1839 relacionado con el contenido mismo de los contratos y muy señaladamente el artículo 1858 que alude a la posibilidad de contratar

¹⁸⁶ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, <http://buscon.rae.es/drae/>

¹⁸⁷ *El Código Civil Federal señala con claridad el marco en el cual han de moverse los actos de los contratantes para efectos de ser considerados lícitos. La disposición al respecto consta en los artículos 1830 y 1831 que son del tenor literal siguiente:*

Artículo 1830.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

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

mediante el empleo de fórmulas distintas de aquellas que están expresamente contempladas en dicho Código.¹⁸⁸

Con relación a estas ideas, Ramón Sánchez Medal hace una por demás conveniente precisión, pues deja en claro que no es lo mismo la libertad de contratar, que la libertad de contratación, ya que la primera se refiere a la posibilidad de celebrar contratos y la segunda se refiere a la posibilidad de pactar libremente el contenido de dichos contratos y pone al respecto el ejemplo del matrimonio (sin discutir ahora si es o no un contrato), en los siguientes términos: *“No debe confundirse la libertad contractual con la libertad de contratar, pues, por ejemplo, existe libertad de contratar a propósito del matrimonio, para casarse o no casarse y para hacerlo con ésta o con aquella persona; pero no existe libertad contractual en materia de matrimonio, porque las normas que rigen a esta institución son estatutarias e imperativas”*¹⁸⁹

Dado que en un fideicomiso es posible prever una gran variedad de consecuencias de hecho que estarán sustentadas legalmente por el contenido obligacional que el fideicomiso implica, algunos autores han estimado que la naturaleza jurídica de éste corresponde a la de un negocio jurídico, entre ellos, Octavio A. Hernández, Mario Bauche Garciadiego, Raúl Cervantes Ahumada, y Jorge Alfredo Domínguez Martínez

Efectivamente, Octavio A. Hernández se inclinó por considerar que el fideicomiso es un negocio jurídico. Así lo señaló de manera expresa en los siguientes términos: *“El fideicomiso es negocio jurídico por cuya virtud quien es titular de un derecho sobre una cosa o de un derecho sobre otro derecho, constituye con tal derecho un patrimonio autónomo cuya titularidad confiere a otra persona para que lo dedique a la obtención del fin lícito querido por el titular original o, en su caso, determinado por la ley”*¹⁹⁰

En lo que se refiere a Bauche Garciadiego y Cervantes Ahumada, también mencionan que el fideicomiso es un negocio jurídico, pero no dan información acerca del porqué arriban a esa conclusión, sin embargo es de suponer que se

¹⁸⁸ Artículo 1832.- En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

Artículo 1839.- Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

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

¹⁸⁹ Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 2ª ed, México, Porrúa, 1973, p. 8.

¹⁹⁰ Hernández, Octavio A., *Derecho bancario mexicano*, México, Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, Tomo II, 1956, p. 298.

adhieren a la doctrina alemana y que la encuentran adecuada para explicar la naturaleza jurídica de nuestro fideicomiso.

Quien sin duda sostiene que el fideicomiso es un negocio jurídico con base en lo que los pandectistas alemanes y sus seguidores italianos y españoles han establecido, es el Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez. Este autor, en sustento de sus afirmaciones hace un recorrido por algunas de las normas que lo regulan y encuentra que la ley confiere una enorme posibilidad de crear situaciones jurídicas a quienes intervienen en un fideicomiso, entre ellas: que la finalidad puede ser elegida sin más restricción que la licitud; que se puede designar o no fideicomisarios; que pueden ser lo mismo uno que varios; que los bienes materia del fideicomiso pueden ser varios y de diferente naturaleza, etc, situaciones todas ellas que a decir de este ilustre jurista, confirman que en el fideicomiso se encuentra una gran libertad contractual que se traduce en una amplísima posibilidad de generar consecuencias especiales de derecho, y por tanto estamos en presencia de un negocio jurídico¹⁹¹

Otra postura doctrinaria, trata de encontrar la naturaleza del fideicomiso en lo que se llama el negocio indirecto, entendiendo por tal, a un negocio jurídico que se celebra siguiendo el patrón de una figura típica contemplada en la ley, pero a la cual se adosan otras estipulaciones que son especialmente pactadas por las partes para que el resultado, siendo diferente de lo que contempla expresamente la legislación, sirva a específicos fines por ellas contemplados. Se trata pues de una apariencia de contrato que persigue propósitos diferentes de los que la ley regula para la figura que se eligió como modelo. El negocio indirecto, como fácilmente se aprecia en su misma denominación, vendrá a ser una especie del negocio jurídico.

Algunos autores encuentran semejanzas entre el negocio indirecto y el fideicomiso. Así lo sostienen argumentando que es posible encontrar en cada fideicomiso una operación que está regulada en la ley en una figura típica (compraventa, préstamo, donación, etc), pero que a la vez hay una pretensión ulterior, una especie de finalidad no siempre manifiesta que llevó a quien decidió crear el fideicomiso a elegir esta figura en sustitución de la que la ley contempla y regula de forma expresa. En el fideicomiso encuentran, quienes tratan de asemejarlo al negocio indirecto, dos situaciones claramente establecidas: por un lado la transmisión de propiedad; por otro un complemento consistente en alguna finalidad determinada por el fideicomitente que se convierte en lo medular, ya que la transmisión de propiedad opera sólo como un vehículo de lo segundo.

En este tenor de ideas se pronuncia Joaquín Rodríguez Rodríguez¹⁹² quien sostiene que el fideicomiso es un negocio indirecto, opinión que se complementa con otra aseveración suya que citaremos tan pronto como hayamos hecho constar la referencia a la teoría del negocio fiduciario.

¹⁹¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op cit., nota 180, p. 35.

¹⁹² cfr Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 15a ed revisada por José V. Rodríguez del Castillo, México, Porrúa, 1980, Tomo II, p 120.

El negocio indirecto opera, a su vez, como un género respecto de otra categoría que es la del negocio fiduciario. Para explicar lo que es el negocio fiduciario, es de anotar que ante las naturales limitaciones en la identificación de supuestos que la legislación implica, los individuos han recurrido a generar cierto tipo de relaciones que se caracterizan por la existencia de un preponderante factor de confianza entre ellos y por el hecho de que conllevan, hasta cierto punto, dos diferentes actos, uno que es público y por tanto evidente ante terceros, y otro de cuya existencia no necesariamente han de estar informados más allá de quienes en la relación participan.

El acto que es público tiene, según quienes explican lo que es el negocio fiduciario, una naturaleza real porque involucra la transmisión de bienes; del segundo se dice que tiene un carácter %obligatorio+ porque implica un compromiso entre los participantes. La denominación de %obligatorio+ se presta a confusión, porque sin duda el primer acto también tiene ese carácter como resultado del o los acuerdos habidos entre los participantes; tal vez fuera mejor distinguirlos con la terminología usual y así los identificaríamos como el acto de características reales y el acto de características personales.

Por el primer acto, el real, una persona llamada fiduciante, transmite a otra, llamada fiduciario, ciertos bienes o derechos. Por el segundo, el obligatorio o personal, el fiduciario se compromete con el fiduciante a destinar los bienes o derechos al fin previsto en la celebración del acto y a retransmitirle los bienes o derechos una vez alcanzada y satisfecha la finalidad, o bien transmitirlos a un tercero designado por el propio fiduciante.

Este tipo de pactos, tienen la característica de que se celebran para atender una situación que no tiene una regulación específica en la ley, es decir, son atípicos. Se dice además que generan relaciones contradictorias, pues por una parte hay una transmisión de propiedad, pero por la otra, el propietario actúa respecto de los bienes, no en función de un derecho, sino en razón de una obligación. Por último, es de mencionar que algunos ven a este tipo de pactos como algo que suele ser usado para propósitos antijurídicos pues se generan para superar limitaciones o prohibiciones contenidas en la ley, lo cual no quiere decir que eso sea su único uso, ya que nada impide que tenga aplicaciones para situaciones que simple y sencillamente no están contempladas en la legislación y que no contravienen normas de derecho público ni afectan derechos de terceras personas.

Esto es en síntesis lo que se llama negocio fiduciario, y que como se ve tiene mucha semejanza con nuestro fideicomiso, en tanto que en ambos casos hay transmisión de bienes o derechos, los cuales quedan destinados a la realización de un fin. También es elemento de ambas figuras y de la mayor importancia, la confianza que es indispensable entre los contratantes. En palabras de Jordano Barea invocado por Jorge Alfredo Domínguez Martínez,¹⁹³ de la siguiente manera: *%a causa fiducia, informa el contenido del negocio fiduciario. Los efectos reales y los efectos*

¹⁹³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op cit, nota 180, p. 171.

obligatorios (obligación de retransmitir y de comportarse conforme al fin propuesto) tienen el mismo fundamento causal. La fides es el puente que une el lado real con el lado obligatorio, armonizándolos en lo posible dentro de la superior unidad del negocio. El negocio fiduciario es así un negocio real obligatorio+

De lo relatado se puede colegir que el fiduciario goza de los atributos del negocio indirecto, pero éste se desenvuelve en un contexto mucho más amplio, ya que no refleja el factor de limitación que sí existe en el negocio fiduciario respecto de la estricta utilización de los bienes materia del pacto, ni tampoco en el compromiso de devolución de los bienes o su transmisión a una persona previamente señalada como beneficiario. Así lo hace constar Jorge Alfredo Domínguez Martínez cuando señala: *“En consecuencia, como todo negocio fiduciario es indirecto, situación que carece de reciprocidad, debe concluirse, con base en la manifiesta mayor amplitud de los negocios indirectos, que éstos son el género y los fiduciarios la especie de aquellos”*¹⁹⁴

En el sentido de considerar que el fideicomiso es un negocio fiduciario, se inclinan José Manuel Villagordoa Lozano¹⁹⁵, y Jorge Barrera Graf, además de Joaquín Rodríguez Rodríguez, quien al respecto expresa: *“El fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan.”*¹⁹⁶

En sentido opuesto se pronuncian autores como Cervantes Ahumada, Bauche Garciadiego, Octavio A. Hernández y Rodolfo Batiza. Los tres primeros argumentan básicamente que el negocio fiduciario es atípico, esto es, que no está regulado en la ley, lo cual sirve en cierta manera de referencia para sostener, en adición, que el negocio fiduciario es secreto, ilícito y que en él puede participar cualquier persona; en contraste, señalan, el fideicomiso está colocado en supuestos diametralmente opuestos, ya que se trata de una operación típica, lícita y en ella sólo pueden intervenir las instituciones expresamente facultadas para actuar como fiduciarias. Batiza sustenta su posición en dos tipos de observaciones; por el primero, a semejanza de lo invocado por los autores previamente citados, señala que el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo a diferencia del negocio fiduciario que es atípico; por el segundo tipo de argumentos, Batiza considera que el negocio fiduciario está integrado por dos elementos, uno externo de carácter real, y el otro que preponderantemente es interno y con efectos entre las partes que son contradictorios, a diferencia del fideicomiso que es un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros.

Como se recordará, se ha hecho una clasificación en tres grupos de las teorías que intentan explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso. Hasta aquí llega el

¹⁹⁴ Ibidem, p. 185.

¹⁹⁵ Villagordoa Lozano, José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso*, 2ª ed. México, Porrúa, 1982, p. 97.

¹⁹⁶ Rodríguez Rodríguez Joaquín, op. cit., notas 192, tomo II, p. 119.

comentario relativo al primero de esos grupos y ahora iniciaremos el tratamiento del segundo, que corresponde a las posturas que tratan de identificar al fideicomiso con alguna institución jurídica preexistente.

B. El Fideicomiso y otras instituciones.

En primer término resulta importante señalar que algunos autores consideran que el fideicomiso es una declaración unilateral de voluntad, por lo que es menester dejar constancia de lo que se entiende por tal institución.¹⁹⁷

En la actualidad se acepta, en términos generales, que la declaración unilateral de voluntad es fuente de obligaciones, sin embargo no siempre fue así. Su aceptación como una fuente independiente, en nuestro medio es relativamente reciente, pues no fue sino hasta el siglo pasado que se la configuró e incorporó a la legislación mexicana.

Rojina Villegas dice que fue establecida por el derecho moderno y que no se encuentra antecedente de ella en el derecho romano, ni en el antiguo derecho francés, español o italiano. Dice este autor que: *“Sólo se mencionan dos casos del derecho romano: la oferta hecha a favor de los dioses, y la hecha a favor de una ciudad. También el derecho canónico acepta que la promesa hecha a favor de Dios crea una obligación; pero son casos que como se ve, no tienen interés jurídico para constituir una fuente de obligaciones”*¹⁹⁸. Coincide con este punto de vista Raúl Ortiz Urquidí quien cita: *“En Roma fueron admitidos, como excepcionales, dos solos casos de obligaciones nacidas de declaraciones unilaterales de la voluntad: el votum, del antiguo Derecho, o sea la promesa hecha a una divinidad, y la pollicitatio, del Derecho reciente, o sea la promesa hecha a una ciudad.”*¹⁹⁹

A decir del maestro Manuel Bejarano Sánchez²⁰⁰, la declaración unilateral de voluntad quedó descartada en el Código Napoleón de 1804, lo mismo que en la doctrina francesa, y cita como referencia a los Mazeaud quienes dicen que es imposible que una persona tome el carácter de acreedor sin el concurso de su voluntad y únicamente porque así lo quiera otra persona que a su vez se torna en deudora.

Fue hasta 1896 que a la declaración unilateral de voluntad se la incluyó en el Código Alemán y una vez que tomó fuerza su posición como una institución regulada legalmente, se inició la discusión entre los tratadistas para determinar si los individuos están en la posibilidad jurídica de comprometerse a todo aquello que

¹⁹⁷ “Institución es el núcleo de preceptos que reglamentan relaciones de igual naturaleza” García Máynez, Eduardo, op cit, nota 1, p. 128.

¹⁹⁸ Rojina Villegas Rafael, *Teoría general de las obligaciones o derechos de crédito, Tomo II*, México, El Nacional, 1943, p 191.

¹⁹⁹ Op. cit, nota 181, p. 281.

²⁰⁰ cfr Bejarano Sánchez Manuel, *Obligaciones civiles*, decimoséptima reimpresión de la 5ª ed, México, Oxford, 2008, p. 139.

siendo lícito y posible puedan establecer, o bien sólo están en esa posibilidad en aquellos casos que la legislación prevea.

En nuestro medio, los códigos civiles de 1870 y 1884 no conocieron ese tipo de actos y es hasta 1928, con la promulgación del Código Civil de ese año que se recoge la declaración unilateral de voluntad como fuente generadora de obligaciones, pero en forma limitada ya que sólo se identifican ciertas formas de ella. Es de señalar que hay coincidencia entre los estudiosos del Derecho Civil para deducir de la ley cuatro formas de declaración unilateral de voluntad (oferta al público, promesa de recompensa, estipulación a favor de tercero, documentos civiles a la orden y al portador), pero respecto de sus alcances queda abierta la polémica que se menciona en el párrafo inmediato anterior.

El tema es por demás interesante y abre posibilidades al análisis. Sólo a manera de ejemplo de lo que aquí se afirma, es posible referir que Fausto Rico Álvarez y Patricio Garza Bandala, en su citado libro *Teoría General de las Obligaciones*²⁰¹ mencionan la existencia de varias posiciones doctrinales, pues afirman que es posible hacer una clasificación que las agrupe, primero, entre las que aceptan que la declaración unilateral es una fuente de obligaciones y las que le niegan tal carácter, para después al primer grupo dividirlo en dos partes, relativas, respectivamente, a las posturas que esos autores identifican como radicales por un lado y moderadas por el otro (la declaración es una fuente excepcional de obligaciones). Las posturas radicales pueden, a su vez, dividirse en dos apartados, que son los radicales dogmáticos (el contrato está formado por dos declaraciones unilaterales de voluntad; el consentimiento es una ficción jurídica) y los radicales con apoyo en argumentos históricos (la declaración de voluntad es un producto de la evolución del derecho alemán).

Los tratadistas mencionados en el apartado superior, cuando emiten su opinión, se adhieren a la postura que niega el carácter de fuente de obligaciones a la declaración unilateral de voluntad y sustentan su posición en la consideración de que la declaración no genera una obligación en tanto que no es posible identificar acreedor alguno al momento en que se la emite; se trata, dicen, de un deber jurídico²⁰², consistente en no revocar arbitrariamente el compromiso materia de la declaración.

Antonio Hernández Gil, citado por Manuel Bejarano Sánchez²⁰³ establece: *“la obligación se diferencia del deber general en que éste sólo expresa el directo sometimiento a las normas, mientras que a través de la obligación ese sometimiento se traduce en un concreto deber de conducta hacia otros que integra el contenido*

²⁰¹ cfr Rico Álvarez, y Garza Bandala, op cit, notas 176, 182, p. 195.

²⁰² Siguiendo algunas líneas del pensamiento del ilustre iusfilósofo García Máynez, es posible considerar que el deber jurídico está constituido por una limitación que la norma impone a la libertad individual. Dicho autor nos dice al respecto: “Cuando un deber jurídico nace a cargo de un sujeto, éste pierde, al mismo tiempo, ya el derecho de omitir lo que se le ordena, ya el de hacer lo que se le prohíbe”, op cit, notas 1, p. 268.

²⁰³ Op cit nota 200, p. 10.

de la obligación+ Siguiendo con Bejarano Sánchez, es de citar que este autor se inclina por considerar que la obligación es una especie de deber jurídico, y que en la declaración unilateral de voluntad hay vinculación con los conceptos clásicos de la obligación; así, por ejemplo, cuando se refiere a la promesa de recompensa, nos dice que, *“mientras no aparece un acreedor determinable con el cual se establezca la relación jurídica, el promitente tendrá sólo un deber jurídico, que eventualmente alcanzará el carácter de obligación, al surgir el acreedor y en el supuesto de que éste llegue a existir por haber realizado la conducta solicitada en la promesa”*²⁰⁴

Una posición interesante es la de la Dra. Raquel S. Contreras López quien propone el siguiente concepto de declaración unilateral de voluntad: *“Es la necesidad jurídica de mantenerse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), a favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o que existiendo, eventualmente puede llegar a aceptar.”*²⁰⁵ En este caso se hace una amalgama de diferentes puntos de vista y su mérito fundamental consiste en que incorpora expresamente dentro del concepto, el hecho de que el declarante no tenga frente a sí un acreedor, al momento de efectuar la declaración.

En el fondo de estos temas gira una cuestión semejante a la que dio origen a la teoría del negocio jurídico y que consiste en aceptar o no que la voluntad individual pueda, de manera lícita, dar contenido a las normas más allá de lo que expresamente prevea el ordenamiento legal. La cercanía en estos temas queda evidenciada en el párrafo siguiente: *“El negocio jurídico no se confunde ya hoy con la declaración de voluntad, y se reconoce por todos que el supuesto de hecho negocial será generalmente una cuestión compleja. Afirmación que puede matizarse añadiendo, que si la declaración de voluntad sola no lo constituye, es ella el elemento indispensable o esencial del negocio jurídico”*²⁰⁶

La dilucidación acerca de los alcances de la declaración de voluntad es un punto que a su vez está vinculado con el principio de la autonomía de la voluntad que forma parte de los pensamientos que sostuvieron los ideólogos de la Revolución Francesa, específicamente Rousseau y su teoría del contrato social.

El principio de la autonomía de la voluntad, a decir de Villoro Toranzo²⁰⁷, implica: *“1) una actividad libre del individuo; 2) que sea en materias diferentes de las reguladas coactivamente por mandatos y prohibiciones del orden jurídico; y 3) que sea creadora tanto de la existencia como de los límites, forma, naturaleza y contenido de relaciones jurídicas”*²⁰⁸.

²⁰⁴ *idem.*

²⁰⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, op. cit, nota 179, p. 445.

²⁰⁶ De Castro y Bravo Federico, op cit, nota 178, p.26.

²⁰⁷ Op. cit. nota 12, p. 455.

²⁰⁸ En su ya citada obra, Federico de Castro y Bravo, refiriéndose al tema de la autonomía privada, dice que los hombres de la Ilustración, piensan que “El Derecho Estatal debe limitarse a servir la voluntad individual y, en su caso, a completarla o suplirla, conforme a lo que puede presumirse querido” Op. cit. p. 178.

La conexión de estos temas se da en el punto en el que los autores se cuestionan si las consecuencias jurídicas se producen por la voluntad de los individuos, o provienen exclusivamente de la ley, o se requiere el concurso de ambos factores. Si se acepta la primera posibilidad, se actúa en el marco liberal del principio de la autonomía de la voluntad, pero si se inclina la respuesta por admitir cualquiera de las otras dos posibilidades, se restringe el ámbito de aplicación de tal principio y ello tiene consecuencias con relación al tema de la declaración unilateral de voluntad que estamos tratando, en tanto que se le considere como apta fuente general de obligaciones, o bien sólo como fuente excepcional para los casos que expresamente prevea la ley.

El principio de la autonomía de la voluntad, tuvo sus mejores expresiones durante el siglo XIX, sin embargo, la cruda realidad de diversos acontecimientos sociales y las corrientes de pensamiento que se fueron gestando a lo largo de ese siglo para propugnar por la mejora en las condiciones de vida de los grupos que en ese entonces eran menospreciados, fueron minando la vigencia de ese principio hasta el grado de que se le limita en aras de una pretendida socialización como aconteció en el caso del Código Civil de 1928 aplicable en ese entonces al Distrito Federal en asuntos del orden común y en toda la República en el orden federal.

En su Teoría General de las Obligaciones, Borja Soriano transcribe algunos significativos párrafos de la obra de otro gran jurista mexicano, el Lic. Ignacio García Téllez [*Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil Mexicano, 1932*] quien señala: *“han hecho indispensable que el Estado intervenga para regular las relaciones jurídico-económicas, relegando a segundo término al no ha mucho triunfante principio de que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos” Es preciso socializar el Derecho* ²⁰⁹

No obstante lo que se ha transcrito, es indispensable reconocer que el propósito socializante no se llevó al extremo de nulificar por completo el efecto generador de derechos y obligaciones que a la voluntad individual corresponde, de ahí que, conforme a Sánchez Medel, *“no por ello puede afirmarse que las frecuentes limitaciones sociales a la libertad de contratar y a la libertad contractual han hecho desaparecer ese poder de autodeterminación de la persona, al cual suele llamarse en nuestros días la autonomía privada y se le define como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social... No es, por tanto, de aceptarse la tesis extrema y opuesta que expusiera Duguit en 1911 al hablar de las transformaciones del Derecho Privado en sus célebres conferencias en la Universidad de Buenos Aires, para combatir y aniquilar el principio de la autonomía de la voluntad, pues a pesar de todo la regla sigue siendo la libertad contractual”*²¹⁰

²⁰⁹ Op. cit. nota 18, p. 174.

²¹⁰ Op. cit. nota 189, p. 7.

En función de lo anotado, es de estimar que la voluntad de los individuos puede llevarlos a la creación de normas jurídicas como ocurre en el caso de la declaración unilateral de voluntad, y conviene ahora, esclarecer en definitiva, si es una fuente general de obligaciones, o si es solo una fuente para los casos que específicamente señale la ley. Rojina Villegas opina en pro de la primera posibilidad de las citadas, pero es fuertemente criticado por Borja Soriano²¹¹. El primero sustenta su postura en lo dispuesto por el artículo 1859 del Código Civil de 1928, el cual dispone: *Artículo 1859. Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos*+Borja Soriano, por su parte, dice que, *Este precepto [el artículo 1859] se refiere, evidentemente, a los actos jurídicos ya existentes, o sea a aquellos en los que se reúnen la voluntad y la norma de derecho que los haga producir efectos*²¹²

Borja Soriano no quiso ceder al razonamiento de Rojina y adoptó una posición rigorista. Paradójicamente, en su ya citada obra, Borja Soriano transcribe algunos párrafos de la exposición de motivos del Proyecto de Código, en los que se lee: *no se comprende por qué una persona capaz de obligarse con otra, no pueda imponerse voluntariamente una obligación o constreñir su conducta*²¹³ de lo que puede fácilmente concluirse que los redactores de dicho Proyecto admiten la posibilidad de que la declaración unilateral de voluntad sea una fuente general de obligaciones, lo que a su vez no está reñido con el hecho de que hayan incluido expresamente cuatro formas de ella en el propio Proyecto y que así se le haya aceptado y promulgado.

Si se admite que la declaración unilateral de voluntad es una fuente general de obligaciones que puede adoptar diversas formas más allá de las cuatro que están reglamentadas en el Código Civil de 1928, parece admisible que el fideicomiso sea alguna de las que no están incluidas en dicho Código.

Entre los tratadistas hay uno que abiertamente se inclinó por considerar que el fideicomiso es una declaración unilateral de voluntad; se trata de Jorge Alfredo Domínguez Martínez, quien se expresa al respecto en los siguientes términos: *el fideicomiso reconoce una sola voluntad creadora, o sea, la del fideicomitente que lo constituye por lo que...es un acto unilateral el fideicomiso en su fase constitutiva, es una declaración unilateral de voluntad*²¹⁴. No obstante esa expresión tan contundente, en una publicación posterior a la referida arriba con la transcripción

²¹¹ El maestro Borja Soriano expone los términos de su diferencia con Rojina Villegas. Lo hace en la Sección 3a del capítulo destinado a mencionar las generalidades de la declaración unilateral de voluntad. Op. cit., nota 174, pp. 301 a 304.

²¹² Ibidem, p. 304.

²¹³ Ibidem, p. 300.

²¹⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano*, 3ª ed, México, Porrúa, 2000, p. 27.

correspondiente, ese mismo autor opina que conforme a las disposiciones en vigor a partir del año 2003, el fideicomiso tiene una naturaleza contractual²¹⁵.

La variación se explica en función de los cambios habidos en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuyo texto sufrió una importante reforma en el año de 2003, de la que se desprende, a juicio del distinguido jurista, que el fideicomiso se establece mediante contrato. A esta conclusión llega, y lo hace dejando constancia de su desacuerdo con la reforma desde diversos puntos de vista.

En el estudio que hace sobre el fideicomiso mexicano a manera de prólogo del *Tratado Teórico y Práctico de los Trusts*, Pablo Macedo hizo notar, a propósito del cuarto párrafo de lo que era el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (ahora artículo 385), lo que en seguida se anota: *“Se configura el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes”* y se refería a la intervención del fideicomitente y de la fiduciaria.

Esa afirmación, además de otras consideraciones propias, ha hecho que algunos autores, aún antes de la citada reforma del 2003, hayan expresado su postura en pro de estimar que el fideicomiso es un contrato y nunca una declaración unilateral de voluntad. Batiza²¹⁶ señala expresamente que el fideicomiso tiene una naturaleza contractual, e incluso lo ubica en la clasificación de los bilaterales y sinalagmáticos perfectos. Acosta Romero, por su parte, dice que el fideicomiso *“...es una relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre debe haber un fideicomitente y una institución fiduciaria; esa relación establece derechos y obligaciones entre dos partes y, por lo tanto, no puede concebirse como una manifestación unilateral de voluntad.”*²¹⁷

Como se anticipaba, el tema es difícil y suscita opiniones encontradas, aunque no deja de llamar la atención el que ni el texto anterior ni el resultante de la reforma de 2003 señalan de forma expresa que el fideicomiso sea un contrato.

La situación es inconsistente y se pierde de vista alguna otra parte del texto legal que puede dar lugar a un resultado diametralmente opuesto. En efecto, el texto mismo en vigor de la ley, lleva a una duda razonable, pues reza el artículo 381 lo siguiente: *“Artículo 381. En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite encomendando la realización”* y estas expresiones son casi iguales a las del texto anterior, salvo porque en lugar de la palabra *“transmite”*, se decía *“destina”*. La duda surge porque con el texto anterior, en función del empleo de los vocablos *“destinar”* y *“encomendar”*, Jorge Alfredo Domínguez Martínez encontró razones suficientes para sustentar su posición en pro de considerar que el

²¹⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El fideicomiso de antes y de ahora*, México, Porrúa y Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2008, p. 50.

²¹⁶ cfr Batiza, Rodolfo, op.cit.p.169.

²¹⁷ Acosta Romero, Miguel, (coord.), *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*, México, Banco Mexicano Somex, 1982, p 157.

fideicomiso era una declaración unilateral de voluntad. Ahora, el texto legal contiene el vocablo *transmite*, pero puesto que subsisten la noción de la encomienda y la expresión *en virtud del fideicomiso*, pudiera entenderse que la transmisión es tan sólo un efecto de la previa existencia del fideicomiso evidenciada con la frase que apenas se transcribió en este párrafo. Cuando se dice *en virtud del fideicomiso* se deja en claro que se trata de algo que ya está ahí, que ya está dado, y que a consecuencia de ello opera un efecto de transmisión de propiedad o de titularidad. Si se acepta que el fideicomiso es algo preexistente, puede hacerse la deducción de que no se trata de un contrato, menos aún cuando que ese vocablo nunca fue introducido en el texto legal.

Las dudas surgen al considerar que, conforme al texto de la ley, la intervención de la fiduciaria es tan sólo para el efecto de aceptar o no la encomienda, y no se le da intervención en algún otro aspecto. Siendo de la esencia del fideicomiso la definición de fines y habiendo quedado ello, en los términos de la ley, a la única decisión del fideicomitente, es aceptable dudar si se trata en realidad de un auténtico libre juego de voluntades respecto de la esencia misma del asunto y por tanto de un real contrato.

Es posible que en el caso del fideicomiso nos estemos enfrentando a una figura jurídica cuyas características la alejan de lo previamente establecido. Si de origen se dijo que se trataba de algo extraño a nuestra tradición jurídica, no sería imposible que en algunos otros aspectos se le pudiera considerar diferente a cualquiera otra institución. El hecho de que con las reformas del 2003 se haya efectuado una conveniente adaptación a necesidades de orden práctico en el manejo de la figura, eso no necesariamente ha de llevar a que se considere transformada de manera radical su naturaleza jurídica, ni que se renuncie de antemano a la posibilidad de encontrar en ella matices nuevos que permitan conformar una especie distinta dentro de las instituciones jurídicas, pues la evolución de las cosas también afecta al campo del Derecho y debemos evitar la cerrazón que trata de encontrar siempre que todas las cosas quepan en los moldes de lo conocido.

Más adelante se habrá de insistir en este tema, pero, por ahora, es necesario continuar en el repaso de las instituciones a las cuales el fideicomiso ha sido asimilado, y toca su turno al mandato.

Se seguirá de primera instancia al destacado jurista Pablo Macedo, quien en su estudio sobre el fideicomiso mexicano, proporciona datos sobre el asunto que ahora se trata. Así, de acuerdo con Macedo, en un trabajo que publicó en 1930 Don Toribio Esquivel Obregón se ocupó del *Carácter legal de lo que la Ley Bancaria llama Fideicomiso*. En ese estudio dice Esquivel Obregón: *Se ve por esto que la función de un llamado Banco de Fideicomiso, no es ni de fideicomiso, ni de trust; la palabra fideicomiso no es allí otra cosa más que un disparate, un neologismo engañoso para designar las únicas funciones que nuestra ley permite y para las cuales tiene un nombre cuya connotación es perfectamente conocida. Se llama*

mandato ²¹⁸ Aunque estas palabras fueron escritas con la clara intención de rechazar la figura del fideicomiso en nuestra legislación, para los propósitos de este apartado tienen la importancia de que nos dejan ver que entre fideicomiso y mandato es posible encontrar una gran semejanza. Así resulta, de que tan afamado jurista sostenga que los propósitos que se persiguen con el fideicomiso se logran con el mandato.

El propio Pablo Macedo, reseña otro caso de asimilación entre el fideicomiso y el mandato; se trata de la opinión que externó el doctor Ricardo J. Alfaro, quien en su conocida obra *El Fideicomiso, estudio sobre la conveniencia y necesidad de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva, semejante al trust del derecho inglés*, propuso un proyecto de ley en el cual define al fideicomiso como un mandato irrevocable.

Bajo la influencia del trabajo del doctor Alfaro, dice Macedo, en 1926 se promulgó en nuestro país la Ley de Bancos de Fideicomiso, en cuyo artículo sexto se establece que el fideicomiso es un mandato irrevocable. En ese mismo año se promulgó también la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios que sigue la tónica de la ley anterior y nuevamente califica al fideicomiso como mandato irrevocable en su artículo 102. Estas definiciones ya no fueron repetidas por la legislación de 1932, año en el cual se inicia la vigencia de nuestro actual fideicomiso. Hasta aquí la referencia al trabajo de Pablo Macedo.

Ahora bien, conviene intentar explicar la incuestionable semejanza habida entre ambas instituciones, la cual proviene de que tanto el mandato como el fideicomiso implican una encomienda, un encargo que una persona hace a otra para que ésta lleve a cabo cierta actividad, en función de la confianza bajo la cual la relación se manifiesta, pues ni en el fideicomiso, ni mucho menos en el mandato podemos perder de vista que el encargo correspondiente se otorga básica y fundamentalmente por la confianza que es posible depositar en el fiduciario y en el mandatario, respectivamente.

En el Derecho Romano, *el mandato es un contrato por el cual una persona da encargo a otra persona, que acepta, de realizar gratuitamente un acto determinado o un conjunto de operaciones*²¹⁹, y también el factor confianza estaba presente, pues a decir de Eugene Petit, *el mandatario, en quien el mandante pone toda su confianza, debe merecerla por sus cuidados*²²⁰, de ahí que una de las causas de terminación de la relación jurídica que nacía del contrato en cuestión fuera la muerte del mandante o del mandatario²²¹.

²¹⁸ Op. cit. nota 167, p XII.

²¹⁹ Petit, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de José Fernández González, México, Editora Nacional, 1952, p. 412.

²²⁰ Ibidem, p. 415.

²²¹ "Como se trataba de un contrato *intuitu personae*, la otra parte no tenía obligación de continuar la relación jurídica en cuestión con los herederos del difunto" Margadant S. Guillermo F., *El Derecho privado romano*, 26 ed., México, Esfinge, 2008, p. 421.

Entre los romanos y para efectos de este contrato era tan importante el mencionado factor de la confianza, que el vocablo *mandato* tiene en sus raíces una expresión de ello, pues siendo, como lo dice Ortolan²²², que el origen de esta figura puede encontrarse en la religión y en la amistad, no es de extrañar que la palabra misma con la que se le designa, revele un símbolo primitivo de la mano que se proporciona y se recibe en señal de fe²²³.

Sólo para abundar en estos señalamientos, hemos de transcribir las palabras de Carlos Sepúlveda Sandoval, quien al respecto cita: *Desde el antiguo derecho romano, al mandato se le ha considerado como un contrato de carácter personal, es decir, como una convención intuitu personae; en virtud de que para su concertación se atienden aspectos o cualidades personales de los contratantes . por sobre todo del mandatario-, de entre los cuales destaca la confianza que debe existir entre éstas, al encomendarse la realización de actos jurídicos que implican (sic).*²²⁴

En el Código Civil Federal, la definición del mandato contiene con claridad uno de los dos elementos de los que se ha venido hablando, ya que se establece en el Artículo 2546: *El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga+* de manera tal que no ha lugar a dudas sobre la existencia de la encomienda pues así está prevista expresamente con el vocablo *encarga+*

No aparece con tanta transparencia el elemento de confianza, pues en dicha definición es difícil ubicarlo; para lograr su identificación, es indispensable poner en juego el texto de otro de los artículos del Código de referencia. Se trata del 2574 que señala: *Artículo 2574. El mandatario puede encomendar a un tercero el desempeño del mandato si tiene facultades para ello+* Como se ve, esta disposición limita de manera importante la posibilidad de actuación del mandatario pues lo constriñe, en principio, al desempeño del mandato por sí mismo, salvo que expresamente se le haya autorizado para delegar su responsabilidad en otra persona. El hecho de que la ley contenga esta restricción hace llegar a la conclusión de que el mandato se otorga en función de las calidades que el mandatario reviste y por tanto no es permisible que haga intervenir a otro sujeto que no sea él mismo.

Nuevamente acudimos a la autorizada voz de Jorge Alfredo Domínguez Martínez quien sobre el particular señala: *Las características del mandato cuya celebración tiene como fundamento cualidades personales del mandatario resulta de ello fácilmente comprensible que el mandatario debiera ejecutar personalmente los actos correspondientes al mandato, sin tener la posibilidad legal de a su vez*

²²² Ortolan J, *Instituts de l'empereur Justinien*, 12ª ed. Paris, E. Plon, Nourrit et Cie, 1883. p. 315.

²²³ Del Latín, "*mandare*", encomendar, encargar; dar órdenes (sentido implícito): encargar, poner en manos de), de *manus*, mano+ *dare*, dar. Gómes de Silva Guido, *Breve diccionario etimológico de la Lengua Española*, 1ª ed. México, El Colegio de México y Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 434.

²²⁴ Sepúlveda Sandoval Carlos, *Contratos civiles*, 1ª ed. México, Porrúa, 2006, p. 810.

*encargarlos a un tercero, salvo si estuviere facultado expresamente para ello por el mandante*²²⁵

Para concluir este repaso sobre dos aspectos de la esencia del mandato que lo asemejan al fideicomiso, recordemos palabras de dos ilustres juristas, iniciando por las del mexicano Ignacio García Téllez: *Por medio del mandato se desdobra la personalidad del individuo y puede éste, por conducto de personas de su confianza, obrar como si fuese en propia persona.*²²⁶ ; ahora continuemos con las que en su oportunidad pronunció el panameño Ricardo J. Alfaro: *Conservo el nombre de fideicomiso porque ese nombre resulta tan expresivo y adecuado que es irremplazable. Siempre es la fe que se tiene en el fiduciario lo que impele al fideicomitente a encomendarle el encargo*²²⁷

La coincidencia que se da entre fideicomiso y mandato en razón de la importancia que en ambas instituciones tienen la encomienda y la confianza depositada en el receptor de aquella, llevó a Alfaro a concluir que el fideicomiso es en sustancia un mandato, sin embargo ya apuntaba lo que en definitiva es la diferencia básica y fundamental entre uno y otro: la transmisión de propiedad que se opera en el caso del fideicomiso respecto de los bienes materia del encargo.

Ciertamente, ese es el punto que los distingue y que impide la asimilación, sin dejar de reconocer la fuerza e importancia de las notas que les son comunes. Asimismo es indispensable destacar que lo que constituye la diferencia apuntada, fue un punto de hondas discusiones y divergencias entre los tratadistas, e incluso, por lo menos en una primera etapa, a nivel de los tribunales, que finalmente, con decisiones de la Suprema Corte, dejaron en claro que el fideicomiso tiene un efecto traslativo de dominio. Este punto hoy día ha dejado de ser materia de dudas, ya que, con motivo de las reformas habidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el año de 2003, se reconoce expresamente que al fiduciario se le transmite la propiedad de los bienes materia del fideicomiso, si bien es cierto que esa propiedad tiene características propias y distintivas como más adelante se habrá de comentar.

En síntesis, fideicomiso y mandato están colocados, bajo ciertas perspectivas, en una situación común, pero la traslación de dominio que se opera en el primero, los distingue con claridad; en palabras de Villagordoa Lozano *En el mandato, en ningún caso, el mandante transmite derechos al mandatario para que produzca efectos la representación que implica este acto jurídico*²²⁸

C. El Fideicomiso y las teorías patrimonialistas.

²²⁵ Domínguez Martínez Jorge Alfredo, *Derecho civil teoría del contrato. Contratos en particular*, 2ª ed. México, Porrúa, 2002, p. 597.

²²⁶ Citado por Figueroa Luis Mauricio, *Contratos Civiles*, 1ª ed. México, Porrúa, 2007, p. 177.

²²⁷ Citado por Batiza Rodolfo, nota 169, op. cit. p. 121.

²²⁸ Op. cit., nota 195, p 104.

Es momento de hacer el estudio del tercer grupo de teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, esto es, aquellas a las que hemos llamado patrimonialistas en razón de la importancia que confieren precisamente al régimen en el cual quedan colocados los bienes que son materia del fideicomiso.

Como otras varias cosas que han ocurrido cuando de estudiar al fideicomiso se trata, el punto al que se hace alusión en el párrafo inmediato superior ha provocado múltiples conjeturas, análisis y divergencia en las opiniones de los juristas.

El primer aspecto a considerar consiste en la determinación de si el fideicomiso implica necesariamente la traslación de la propiedad y en caso de que así sea, en cuál grado. Aunque parezca repetitiva la cuestión, resulta indispensable señalar que en función del texto vigente de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, hoy día, la situación parece resuelta habida cuenta de que en forma expresa en dicha ley se dice que en virtud del fideicomiso se transmite la propiedad a la fiduciaria, sin embargo, no se puede perder de vista que esta figura jurídica es en extremo rica desde el punto de vista conceptual y que al hacer consideraciones sobre la misma, si queremos encontrar su esencia, es necesario ir más allá de lo que la ley diga a la letra, como ahora se hace al referir los diversos puntos de vista de quienes del fideicomiso se han ocupado poniendo en juego su saber.

En efecto, desde la introducción del fideicomiso a la vida jurídica de México en el año de 1932, se generó inquietud entre los tratadistas por precisar el régimen de los bienes fideicomitidos.

Es posible que el origen del asunto se encuentre en la resistencia del legislador de 1932 para establecer en el texto de la ley que el fideicomiso implica la transmisión de propiedad. Recordemos que el fideicomiso se encuentra regulado en el Capítulo V del Título Segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y que el autor del propio Capítulo lo fue el Lic. Pablo Macedo, quien dejó constancia de que no se le quiso llamar propietaria a la fiduciaria y que se limitó a concederle la titularidad. Muy ilustrativas son sus palabras cuando expresa: *“En ese patrimonio, que ya no pertenece al fideicomitente, pero no pertenece tampoco al fiduciario ni al fideicomisario, radica toda la institución. ¿Se trata de un patrimonio sin propietario? Esa es la conclusión de Lepaulle. Sin llegar a ella, pues no nos atrevimos a adoptar una teoría que no tenía pacífica aceptación, tampoco la rechazamos, pues no acogimos ni quisimos construir un nuevo tipo de propiedad fiduciaria, o hacer un desdoblamiento de la propiedad en legal y económica. Nos limitamos a conceder al fiduciario la titularidad, sin conferirle empero a este carácter, categoría de propiedad. La razón para proceder así consistió en que cuanto más se profundizaba el estudio, más numerosas resultaban las teorías sustentadas por los autores consultados.”*²²⁹

Rodolfo Batiza se expresa en tono crítico respecto a la falta de definición en el texto original de la ley sobre el régimen de propiedad y se pronuncia por sostener que se creó un nuevo concepto, tomando en cuenta que el antecedente inmediato de

²²⁹ Op. cit. nota 167, p. XXV.

nuestro fideicomiso lo es el *trust* anglosajón en el cual la propiedad puede estar sujeta a un doble sistema (*legal y de equidad*), de ahí que señale: *La única actitud realista, por tanto, es reconocer que el fideicomiso ha producido, más aún, presupone, un desmembramiento del derecho de propiedad, un nuevo derecho real con caracteres distintivos propios, lo que podría denominarse propiedad fiduciaria, cuya reglamentación rebasa el marco de las leyes mercantiles y que corresponde estrictamente al Código Civil. Establecidas en éste las bases de la propiedad fiduciaria, al lado de los derechos reales ya consagrados, no habrá necesidad alguna de recurrir, para caracterizar al mecanismo peculiar del fideicomiso y al derecho de naturaleza especial que transfiere, a un término de contenido y alcance tan imprecisos como es el de titularidad*²³⁰

El párrafo de Batiza que se acaba de transcribir, aborda por lo menos dos temas importantes, a saber: en primer término el relativo al efecto traslativo de propiedad que él caracteriza como *desmembramiento* y en segundo lugar la crítica al concepto *titularidad*. Ahora bien, con respecto al primero, Rodolfo Batiza no se limitó a evidenciar que la regulación del fideicomiso era omisa en el señalamiento del régimen al que quedaban sujetos los bienes materia del fideicomiso desde el punto de vista de la propiedad, sino que fue más allá y propuso que se considerara que el fideicomiso implica un nuevo régimen de propiedad, algo distinto de lo regulado, y a lo cual llama simplemente *propiedad fiduciaria*.

Conviene resaltar que el propio Pablo Macedo²³¹ incurre en una importante imprecisión por las razones que en seguida se mencionan: a) dice este autor que al redactar el Capítulo V de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se optó por concederle al fiduciario la *titularidad*, sin embargo no incluyó tal expresión en ninguno de los 14 artículos que en su versión original conformaban dicho capítulo; b) afirma expresamente que el patrimonio materia del fideicomiso no pertenece ni al fideicomitente, ni al fiduciario ni al fideicomisario, sin embargo ni adopta, ni rechaza (así lo dice de manera expresa) la teoría del patrimonio sin propietario; c) más adelante señala que por virtud de la afectación, el fideicomiso implica tanto un patrimonio distinto del personal del fideicomitente, como la salida de los bienes de ese patrimonio personal, cual si la afectación fuese la causa eficiente de la traslación de los bienes; d) después reitera la idea de la salida de los bienes para dar lugar a la constitución del patrimonio fiduciario, y, aunque con esa afirmación deja clara evidencia de que hay una enajenación, sigue en la tónica de no llamarle propiedad al derecho que tiene el fiduciario sobre los bienes enajenados. Todo lo mencionado deja en claro que hay una gran ambigüedad en el manejo de los conceptos, lo que necesariamente arroja falta de precisión, y esta situación es destacable por provenir precisamente del autor del texto legal.

Frente a este tipo de situaciones el debate quedó abierto, y los autores tomaron distintas posiciones sobre el alcance de las facultades de que se hacía gozar a la institución fiduciaria con respecto a los bienes materia del fideicomiso. Los

²³⁰ Op. cit., nota 169, p. 155.

²³¹ op. cit., nota 167 p. XXV y sig.

tratadistas coincidían en aceptar la formación de un patrimonio diferente al patrimonio del fideicomitente y del patrimonio propio de la fiduciaria, y también coincidían en que ese patrimonio estaba afecto a la realización del fin establecido por el fideicomitente. No se cuestionaba, y por tanto se aceptaba sin restricción, que el fiduciario tuviese las *facultades necesarias* para el cumplimiento del propio fideicomiso tal y como se preveía en el artículo 356 (ahora 391) de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; lo que motivaba dudas era el sustento de esas mismas *facultades necesarias* en función de propiedad. Dicho de otra manera, tales *facultades necesarias* podrían ser distintas en su alcance según el fiduciario fuese o no propietario de los bienes fideicomitados.

Joaquín Rodríguez Rodríguez decía que el fideicomiso crea una nueva estructura en el derecho de propiedad, que implica una traslación de dominio a favor del fiduciario, lo que quiere decir que éste aparece como dueño y que los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio separado, un patrimonio fin o de afectación.²³²

El distinguido jurisconsulto Raúl Cervantes Ahumada, por su parte afirmaba que el fideicomiso constituye un patrimonio autónomo, distinto de los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso; que ese patrimonio está afectado a un fin determinado y por tanto se encuentra fuera de la situación normal en que los patrimonios se encuentran colocados, y cuya titularidad se atribuye al fiduciario, entendiendo por titularidad, a la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica.²³³

En cierta medida, con expresiones de alcance semejante dejaba constancia de su parecer el maestro Octavio A. Hernández, al decir: *“Quien constituye el fideicomiso, transmite su título sobre el patrimonio por fideicomitir, a la fiduciaria, que adquiere su titularidad. El poder de la fiduciaria sobre el patrimonio fideicomitado estará determinado por el acto constitutivo del fideicomiso o, en su defecto, por la naturaleza del fin al que se destine el patrimonio fideicomitado. De lo dicho es posible inferir que el alcance de la titularidad de la fiduciaria sobre el patrimonio fideicomitado está limitado por: 1º. El fin a cuya consecución tiende el fideicomiso; y 2º. La naturaleza de la titularidad que tuvo el fideicomitente sobre el patrimonio fideicomitado.”*²³⁴

En una noción de dominio limitado dejaba su punto de vista Mario Bauche Garciadiego, pues anotaba que los bienes fideicomitados pasan a ser titulares (sic) de la institución fiduciaria, en un efecto traslativo de dominio que recae en el banco, el cual puede disponer de ellos pero sólo para los fines que se pacten.²³⁵

²³² cfr Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op cit.* nota 192, p. 121.

²³³ cfr Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, 13ª ed., México, Editorial Herrero, 1984, pp. 289 y 290.

²³⁴ Hernández, Octavio A., *op. cit.*, nota 190, t II, pp. 276 y 277.

²³⁵ cfr Bauche Garciadiego, Mario, *Operaciones bancarias*, 3ª ed. México, Porrúa, 1978, p. 360.

El Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez se inclina por la noción de titularidad, pues expresamente señala: *“el fideicomiso es un contrato por medio del cual una persona física o moral (Fideicomitente), transmite a una institución bancaria o no bancaria (Fiduciario), la titularidad de uno o más bienes o derechos”*²³⁶

Otras dos opiniones destacadas es menester citar. Se trata en primer lugar de la que externa José Manuel Villagordoa Lozano quien dice que la transmisión que se realiza al fiduciario es una transmisión plena, de la propiedad, si se trata de bienes; de titularidad, si se trata de derechos de crédito. Sin embargo, más adelante establece una variante que matiza su afirmación inicial, pues cita textualmente: *“ahora bien, admitimos que la transmisión hecha al fiduciario no es absoluta, ya que dicho fiduciario no puede disponer de los derechos transmitidos en su propio provecho. La limitación no modifica la esencia del derecho de propiedad sino únicamente implica una modalidad de dicho derecho de propiedad”*²³⁷

La segunda de las opiniones anunciadas es la que corresponde a Jorge Alfredo Domínguez Martínez, que en lo conducente expresa: *“no es que el fideicomitente transmita los bienes a la fiduciaria, por el contrario, el fideicomitente, como propietario de los bienes fideicomitados, conserva la propiedad sobre los mismos...”* Continúa señalando este autor: *“la institución fiduciaria es la titular de los bienes fideicomitados, estos continúan siendo propiedad del fideicomitente, con la salvedad de que por la constitución del fideicomiso dichos bienes quedan destinados a la realización de un fin lícito y determinado, que la propia ley protege al establecer que sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que se refieran a ese fin”*²³⁸

Como se puede apreciar, el fideicomiso ha dado lugar a muchas deliberaciones y a puntos de vista muy diferentes entre los estudiosos del derecho. Hemos efectuado un repaso somero de varias opiniones relativas a un punto concreto que dejan ver con claridad que el fideicomiso es un terreno fértil para la reflexión. Así pues, siguiendo con este asunto, es de apuntar que algunas resoluciones del Poder Judicial Federal denotan cierta ambivalencia por la referencia a distintas nociones, no obstante que, en términos generales, puede decirse que se aceptó que el fideicomiso tiene un efecto de traslación de la propiedad²³⁹.

²³⁶ De la Fuente Rodríguez, Jesús, *Tratado de derecho bancario y bursátil*, 6a ed, México, Porrúa, 2010, Tomo I, p. 489.

²³⁷ Villagordoa Lozano José Manuel, op. cit., nota 195, pp. 68 y 69.

²³⁸ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op cit, nota 180, pp. 212 y 213.

²³⁹- *“Aun cuando el fideicomiso es una institución que participa de la naturaleza de la cesión de bienes y del concurso, no puede equipararse a ninguno de ellos en particular;”*

Amparo civil en revisión 4010/35. Riveroll Roberto. 2 de julio de 1936. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; XLIX; Pág. 30; [T.A.];

- “El fideicomiso es traslativo de dominio, ya que por virtud del contrato, el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre el bien que es su objeto, acciones y derechos que se transfieren a la institución fiduciaria, para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito que le es encomendado; es decir, se sustituye en el derecho pleno de administrar y disponer que, antes del contrato, correspondía al dueño del bien afectado, atenta la restricción de esos derechos, limitada tan sólo por aquellos adquiridos con anterioridad a la constitución del fideicomiso.”

Amparo administrativo en revisión 4572/48. Financiera de Construcciones, S.A. 31 de agosto de 1950. Unanimidad de cinco votos. Relator: Franco Carreño.

5a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; CV; Pág. 2047; [T.A.];

- òEntre el fideicomitente y el fiduciario hay una relación de causahabencia, dado que aquél trasmite a éste el dominio de los bienes fideicomitados y al extinguirse el fideicomiso se opera la retransmisión del dominio de esos mismos bienes de la fiduciaria al fideicomitente, por lo que no es suficiente la figura del mandato para explicar la capacidad jurídica del fiduciario para ejecutar los actos jurídicos que se le han encomendado, ya que no actúa en nombre de otro sino que ejecuta un derecho propio, en virtud de que tiene el dominio sobre los bienes afectos al fideicomiso, sin perjuicio de su obligación de rendir cuentas al fideicomitente y de devolver los bienes que resulten a la terminación del fideicomiso.ö

Amparo civil directo 2064/52. Acosta Sierra Francisco. 26 de octubre de 1953. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Gabriel García Rojas no intervino en este asunto por las razones que constan en el acta del día. Ponente: Vicente Santos Guajardo.

5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; CXVIII; Pág. 1083; [T.A.];

- “La fiduciaria adquiere el dominio de los bienes sobre los que se constituye el fideicomiso, siempre que requiera de facultades de dominio para ejecutar el fin del fideicomiso, llegando a ser en este caso titular de un derecho de dominio con más o menos limitaciones, según se haya fijado en el acto constitutivo, puesto que la fiduciaria, como dueña puede disponer de dichos bienes.”

Amparo civil directo 1822/54. Acosta Sierra Francisco. 1o. de julio de 1955. Mayoría de tres votos. El Ministro José Castro Estrada no votó por habersele aceptado la excusa que presentó. Disidente: Gabriel García Rojas. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; CXXV. Pág.: 25. Tesis Aislada. Materia(s): Civil

- òConforme a los artículos 346, 351 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se concibe al fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, afectación por virtud de la cual el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados, de los cuales pasa a ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado.ö

Amparo directo 1355/67. Jesús Galindo Galarza. 30 de septiembre de 1968. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Azuela.

6a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Cuarta Parte, CXXXV; Pág. 77; [T.A.];

- “El fiduciario es titular, pero no propietario de los bienes afectados (no obstante que, si se trata de inmuebles, deben transmitírsele en la misma forma en que se tramite la propiedad de los mismos), y según el artículo 356

La ambigüedad que estaba latente según el texto original del Capítulo V de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no fue eliminada del todo con la reforma del 2003, aunque pareciese que tal era la intención del legislador. Paradójicamente, la reforma acentúa la necesidad de esclarecer los conceptos, pues al señalar el texto vigente de dicha ley (Art. 381) que el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de los bienes materia del fideicomiso y no hacer distinción sobre el alcance que dicha propiedad tiene, bien pudiera entenderse que se trata de una propiedad plena, sin limitación ni modalidad alguna, aplicando el conocido aforismo *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere*

de la ley en referencia, tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto,..."

Amparo directo 3176/65.-Elvira Rascón de Macin y coag.-22 de septiembre de 1970.-Cinco votos.-Ponente: Salvador Mondragón Guerra.-Secretario: Rodolfo Carrillo Barragán. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 21, Séptima Parte, página 39, Sala Auxiliar.

- òEl fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio fiduciario autónomo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria, para la realización de un fin determinado; pero al expresarse que es un patrimonio fiduciario autónomo, con ello se señala particularmente que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, o sea, es distinto a los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario. Es un patrimonio autónomo, afectado a un cierto fin, bajo la titularidad y ejecución del fiduciario, quien se halla provisto de todos los derechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso, naturalmente de acuerdo con sus reglas constitutivas y normativas. Los bienes entregados en fideicomiso, salen, por tanto, del patrimonio del fideicomitente, para quedar como patrimonio autónomo o separado de afectación, bajo la titularidad del fiduciario, en la medida necesaria para la cumplimentación de los fines de la susodicha afectación; fines de acuerdo con los cuales (y de conformidad con lo pactado), podrá presentarse dicho titular a juicio como actor, o demandado, así como vender, alquilar, ceder, etcétera.ö

Amparo directo 5567/74. Banco Internacional Inmobiliario, S.A. 15 de junio de 1979. Mayoría de tres votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo. Secretario: José Guillermo Iriarte y Gómez.

7a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; 121-126 Cuarta Parte; Pág. 43; [T.A.];

- "El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el contrato respectivo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado."

Amparo en revisión 769/84. Unitas, S.A. de C.V. 26 de agosto de 1986. Mayoría de diecisiete votos. Disidentes: Mariano Azuela Güitrón, Atanasio González Martínez y Ulises Schmill Ordóñez. Ponente: Felipe López Contreras. Secretario: Diego Isaac Segovia Arrazola.

7a. Época; Pleno; S.J.F.; 205-216 Primera Parte; Pág. 52; [T.A.];

*debemus*²⁴⁰.

Aún más, y siguiendo con las reformas del año citado, resulta ser que también se modificó el texto del artículo 384 que ahora establece que sólo pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir *la propiedad* de los bienes objeto del fideicomiso. Esta modificación es significativa, porque en el texto anterior a la reforma que se comenta, el artículo en cuestión se refería a la capacidad necesaria para hacer *la afectación* de bienes que el fideicomiso implica, es decir, se refería a una noción totalmente distinta. Ahora el texto en vigor habla de la propiedad y ello naturalmente genera dudas sobre los alcances de ésta.

El problema podría plantearse en los siguientes términos: ¿es el fiduciario un propietario sin limitación, o su propiedad tiene límites o modalidades no obstante que la ley no las establece?; ¿la propiedad del fiduciario es equiparable a la nuda propiedad?; suponiendo que se aceptara que se trata de una propiedad *sui generis*, una propiedad especial, una categoría diferente de propiedad, ¿cuál es la naturaleza de los derechos y acciones que se refieren al fin que en cada caso se establezca y que son los únicos que se pueden ejercitar respecto de los bienes en fideicomiso, según reza el segundo párrafo del artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito?

Las cuestiones de ese tenor y otras semejantes que seguramente los estudiosos de esta figura han planteado, no tienen todavía una respuesta satisfactoria y lo único que parece cierto es que las reformas del 2003 generaron un marco legal hasta cierto punto incongruente en tanto que hoy día el texto en la ley alude a la transmisión de propiedad y sigue conservando como una parte esencial de la figura, al régimen de afectación, que es *un régimen legal impuesto por alguien a una parte de sus bienes, sin necesidad de pensar en un desprendimiento patrimonial*²⁴¹, es decir, una limitación que impone el propietario, pero que en el caso del fideicomiso es una limitación impuesta por quien ya dejó de ser precisamente propietario, por lo que es oportuno volver a invocar a Domínguez Martínez, quien dice: *la situación observada es una ensalada en la cual se combina la transmisión y la afectación de bienes*²⁴²

Es pertinente ahora referir otras opiniones, recientes ellas, que son ilustrativas del problema que se encuentra irresoluto. Sergio Monserrit lo dice en los siguientes términos: *en tanto que consideremos que el fideicomiso tiene influencia del trust debemos admitir también que carece de tradición jurídica en nuestro derecho y que se crea un concepto de propiedad diferente a la del Derecho Romano, en tanto que en éste la propiedad legal excluye la propiedad de hecho y en aquél coexisten la propiedad fiduciaria de carácter legal (trustee) y la propiedad económica del*

²⁴⁰ “Donde la ley no distingue, nosotros tampoco debemos distinguir”. Cisneros Farías Germán, *Diccionario jurídico: más de 750 frases y aforismos latinos*, 1ª ed, México, Trillas, 2006, p. 107.

²⁴¹ Domínguez Martínez Jorge Alfredo, op. cit., nota 180, p. 374.

²⁴² Idem.

*fideicomisario (cestui que trust)*²⁴³

Por su parte, De la Mata Pizaña y Garzón Jiménez señalan: *“el derecho que tiene el fiduciario no corresponde al dominio que ostenta el propietario, aunque pueda inclusive enajenar el bien fideicomitado a fin de cumplir el fin del fideicomiso. Consideramos que por vía del fideicomiso se impone a los bienes fideicomitados una modalidad al derecho real de propiedad del fideicomitente derivada de la afectación impuesta a los bienes fideicomitados. El fiduciario sólo adquiere legitimación sobre bienes ajenos a fin de poder cumplir con lo dispuesto en el negocio constitutivo (pese a lo que se indica de manera aberrante en la citada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito)”*²⁴⁴ +

Como se puede apreciar, las reformas del 2003 no han eliminado el debate, e incluso, a juzgar por las dos opiniones antes mencionadas, podría decirse que lo han alimentado llevándolo a posturas radicales, pues Monserrit se inclina por considerar que el término *“propiedad”* se refiere a una categoría diferente de la tradicional, en tanto que De la Mata y Garzón se pronuncian por una postura semejante a la que en su oportunidad sustentó Domínguez Martínez, pues afirman que el fideicomitente continúa siendo el propietario de los bienes y, en esa tesitura, califican al texto legal vigente de *“aberrante”*.

Aún cuando con el texto original de la Ley el asunto se manifestó polémico, es de reconocer que había un grado de sutileza que evidenció mejores reflexiones por parte de su autor, que aquellas que inspiraron la modificación del 2003, que resultó burda por el afán de precisión terminológica que se logró de tosca manera. Se insiste en que la esencia de la controversia está dada por la mezcla de los conceptos de propiedad y de afectación. Esta mezcla no existía en el texto original y tenía, por tanto, congruencia. Con el texto en vigor, el fideicomitente transmite la propiedad de los bienes, pero, sin que la ley haga distinción, se entiende que tal transmisión no es plena pues los bienes quedan afectos a la realización de una finalidad, de donde resulta que el propietario-fiduciario, no es tal en términos de la concepción romanista de la propiedad, no obstante que la ley dice que se le transmite la propiedad y la ley es omisa en indicar que tal propiedad tiene alguna limitación. En síntesis, un galimatías.

La reforma del 2003, en el punto específico que nos ocupa, buscó eliminar de tajo la duda preexistente sobre el alcance del derecho de la fiduciaria con relación a los bienes materia del fideicomiso. Desde ese enfoque, el intento es positivo, sin embargo no se le materializó de la mejor forma y el resultado es una modificación parcial, que se ve mal hecha y que sigue suscitando comentarios varios en tono dubitativo o francamente crítico.

Puesto que ya se utilizó la noción de propiedad, tal vez ahora correspondería

²⁴³ Monserrit Ortiz Soltero Sergio, *El fideicomiso mexicano*, 3a ed, México, Porrúa, 2006, p. 104.

²⁴⁴ De la Mata Pizaña Felipe y Garzón Jiménez Roberto, *Bienes y derechos reales*, 1ª ed. Porrúa, México, 2005, pp. 52, 53 y 54.

complementarla con el adjetivo *fiduciaria*, lo que permitiría identificar que se trata de algo diferente a lo tradicional; también pudiera señalarse que el propietario fiduciario no tiene el dominio, pero sí la facultad de disposición para el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Conviene aquí hacer una precisión terminológica: los vocablos dominio y propiedad tienen acepciones sinónimas,²⁴⁵ sin embargo, en el terreno de lo jurídico no necesariamente significan lo mismo²⁴⁶. En su Diccionario de Derecho, Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara²⁴⁷ mencionan: *“Dominio. Conjunto de las facultades que sobre la cosa en propiedad corresponden a su titular”* *Propiedad. Derecho de goce y disposición que una persona tiene sobre bienes determinados, de acuerdo con las leyes, y sin perjuicio de tercero”* +

Nótese como el dominio viene a ser, de acuerdo a este concepto, una especie de atributo, una condición que singulariza al propietario consistente en la suma de facultades que puede ejercer respecto de aquello que es de su propiedad. Si nos atenemos a este concepto, dominio y propiedad no son lo mismo, y por tanto es perfectamente factible que alguien, siendo propietario de algo, en tanto no reúna todas las facultades correspondientes, carezca del dominio sobre ese algo. Si así son las cosas, el fiduciario podrá ser un propietario que carece del dominio.

Rojina Villegas indica que la propiedad es el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible ese poder jurídico a un sujeto pasivo universal; también cita ese autor que el aprovechamiento se ejerce bajo la forma de uso, disfrute o disposición de la cosa.²⁴⁸

En concordancia con lo expresado, podría señalarse que el fiduciario es un propietario que no tiene el dominio, porque la afectación que el fideicomitente establece al crear el fideicomiso implica que el bien fideicomitado se usará, disfrutará o dispondrá, únicamente en la medida en que cualquiera de esas tres acciones contribuyan a lograr la finalidad deseada, de donde resulta que el fiduciario carece del poder jurídico del que habla Rojina ya que el uso, disfrute o disposición están predeterminados por un factor de calidad consistente en la realización de una cierta y determinada finalidad. Además, el uso, disfrute o disposición no es total puesto que la finalidad establecida, por lo menos en términos generales, no beneficia al fiduciario quien para estos efectos está colocado en una situación semejante a la de cualquier otro tercero, (el sujeto pasivo universal de que habla Rojina Villegas), en razón de lo cual, la ley faculta tanto al fideicomitente como al fideicomisario para

²⁴⁵ Conforme al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, dominio significa “derecho de propiedad”. <http://buscon.rae.es/draef/>

²⁴⁶ “Sutilezas apreciativas” les llama el Dr. Ignacio Burgoa, en su *Diccionario de Derecho Constitucional, garantías y amparo*, 2ª ed. México, Porrúa, 1989, p. 128.

²⁴⁷ De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 33ª ed. México, Porrúa, 2004, p.257.

²⁴⁸ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, 3ª ed, México, Porrúa, 1970, T II, bienes, derechos reales y sucesiones, p.79.

reclamar del fiduciario cualquier comportamiento que no se apegue a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso.

Por otra parte, la propiedad está considerada tradicionalmente como una facultad, como un derecho, y en tanto que tal, su titular lo ejerce de manera discrecional en razón de la libertad que todo derecho lleva implícita, sin embargo, tratándose del fideicomiso, la propiedad tiene un carácter ambivalente pues representa también una obligación para el fiduciario, ya que debe ejercer el derecho de que goza en cumplimiento del fideicomiso. El fiduciario no puede actuar discrecionalmente con respecto a la propiedad de la cual es titular; no actúa a discreción ni en el sentido de aprovechamiento, ni en el sentido de temporalidad, ni en el sentido de oportunidad, e incluso ni siquiera para efectos de desidia en la que tan frecuentemente caen muchas personas que no aplican el debido cuidado a los bienes de los que son propietarios. Por el contrario, el fiduciario tiene la obligación de aplicar los bienes materia del fideicomiso a la consecución de la finalidad establecida por el fideicomitente y de poner en juego para alcanzarla, toda su capacidad, conocimiento y diligencia. Su derecho de propiedad es la causa eficiente de muchas de sus obligaciones.

Tal vez por razones como las anotadas, el propio Batiza distingue dos nociones de propiedad. Al citar al jurista panameño Ricardo J. Alfaro, expresa que *“el fiduciario no es dueño absoluto su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso”*. Y eso fue lo que lo llevó a considerar, como ya se indicó, que, *“al adoptarse el fideicomiso en nuestro sistema legal no sólo se ha reglamentado una institución jurídica nueva, sino que correlativamente se ha trasplantado con ella un nuevo concepto de la propiedad lo que podría denominarse propiedad fiduciaria”* ²⁴⁹

A esto cabría agregar que la *propiedad fiduciaria* tiene los límites que imponga el fideicomitente por virtud del destino que para los bienes fideicomitados establezca, es decir, la afectación será la medida de los límites, lo que no impide desde luego, que se faculte o legitime al fiduciario para transmitir a terceras personas la plena propiedad, sin limitación, y en los términos del concepto tradicional.

4. Naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano.

A. Consideraciones generales.

Son varias las posturas que los estudiosos del derecho han adoptado para tratar de precisar la naturaleza jurídica del fideicomiso, y de ellas, la que en este trabajo se tiene por mejor, es la que lo identifica con la declaración unilateral de voluntad.

Antes de anotar las razones que explican el por qué se sigue la posición mencionada, se hará una breve mención de los razonamientos por los que se considera que las otras alternativas son inadecuadas.

²⁴⁹ Batiza, Rodolfo, op cit. Nota 169, p. 130.

Las propuestas patrimonialistas tienen el inconveniente de que todas ellas hacen alusión a uno de los efectos de la creación del fideicomiso: la transmisión de propiedad. Ciertamente el definir las condiciones de la propiedad de la que goza la fiduciaria es materia que se presta a la discusión, al igual que el determinar si es o no la propietaria, o si lo es sólo en un sentido formal porque en lo económico el propietario es otra persona, etc; todo ello sigue vigente en el terreno del análisis. Con independencia del alcance e importancia que puedan tener este tipo de asuntos, no cabe duda que se refieren a uno de los efectos de la constitución del fideicomiso, y en tanto que tal, no son útiles para precisar la esencia de la operación, porque la consecuencia no puede, en ningún caso, ser lo mismo que el ser de aquello de lo que deriva.

Si se pone atención en otros de los géneros que se han empleado para aclarar lo que el fideicomiso es, se encontrará que la amplitud de esos géneros es tal, que nada dice de lo que es la naturaleza del caso. Se están refiriendo expresiones como la de acto jurídico, negocio jurídico, o la de contrato, caso éste último que amerita especial comentario por tratarse de una mención muy generalizada y, hasta podría decirse, la más comúnmente aceptada.

Se debe considerar que el contrato es solamente un medio, un vehículo, *un instrumento para el intercambio de satisfactores*²⁵⁰. Etimológicamente, contrato es lo que se ha juntado, lo que se ha reunido; proviene el vocablo del latín *contrahere* (*con* - en unión de, y *trahere* . arrastrar hacia sí)²⁵¹, que significa estrechar, juntar. En el contrato se da la reunión, la conjunción de dos o más voluntades. Si se dice que el fideicomiso es un contrato, así, sin proporcionar alguna nota adicional, se le equipara a la compraventa, al comodato, al hospedaje, a la sociedad y, en general, a cualquiera otra actividad que implique, como en cualquier contrato, juntar dos o más voluntades hacia un propósito determinado, en el que cada una de las voluntades admite o acepta asumir una cierta posición respecto de ese propósito. En otras palabras, en tanto que no hay el señalamiento de un dato particular, no se le distingue de esas otras actividades.

Si se trata de identificar la naturaleza jurídica de algo, el asunto no puede quedar reducido a la mención de un género, porque entonces no se ha logrado lo que se desea. La sola mención de que el fideicomiso es un contrato, no esclarece la cuestión relativa a la precisión de su naturaleza. Para ello habrá que ir en búsqueda de otros elementos que efectivamente permitan singularizarlo.

Es necesario abundar en comentarios que permitan dejar en claro que el fideicomiso no es un contrato, como si lo son (o por lo menos esa es la postura incuestionada de prácticamente todos los civilistas), los cuatro casos referidos en las líneas superiores.

²⁵⁰ Domínguez Martínez Jorge Alfredo, op cit, nota 222, p. 1.

²⁵¹ Gómez de Silva Guido, op cit, nota 64, pp 186 y 187.

Todas esas operaciones, son contratos, si bien tienen diferencias específicas que permiten su individualización. En efecto se trata en todos los casos de la reunión de voluntades alrededor de un propósito único, en el que cada voluntad tiene su propio ángulo, su propio interés, que no puede quedar satisfecho si no se da la conjunción con otra voluntad por lo menos. Esa es la parte que funciona como género próximo, y la otra parte, que será la diferencia específica, sirve para precisar la naturaleza jurídica de cada caso, sin perjuicio de que, en algunos supuestos, la diferencia respecto de otros contratos se convierta a su vez en género que amerite una segunda diferencia que posiblemente sea ya su naturaleza jurídica.

Lo dicho se explica de la siguiente manera, tomando nuevamente como ejemplo, los cuatro casos antes anotados. Compraventa, comodato, hospedaje y sociedad, son contratos (género), pero tienen diferencias: el primero es traslativo de dominio; el segundo es préstamo de uso; el tercero es un servicio y el último es asociativo. Ahora bien, la compraventa no es el único caso traslativo de dominio, de donde resulta que esa referencia se convierte ahora en un segundo género, respecto del cual habrá que anotar diferencias con respecto a la donación, permuta y mutuo. Lo mismo ocurre en los otros tres contratos que requieren ser separados de otros con los que comparten características. El ejercicio de ir señalando géneros y diferencias permitirá, a la postre, precisar la naturaleza de cada uno de ellos, pero en todos los casos que se han mencionado, es posible partir de una primera condición general: son contratos pues juntan o reúnen voluntades en función de un propósito, con independencia de que cada voluntad lo vea desde una atalaya diferente en razón de su concreto y particular interés.

En el fideicomiso, en su parte esencial, no hay reunión de voluntades. Para explicar este aserto, es necesario hacer el siguiente repaso: es posible que para satisfacer una necesidad, una persona se plantee la conveniencia de hacer algo; cuando ha discernido con suficiente claridad qué es lo que desea que se haga para satisfacer esa necesidad, habrá de considerar cuáles son los elementos materiales que resulta adecuado poner en juego para llevar a cabo lo que desea; una vez que ha identificado tales elementos, podrá ubicarlos dentro de los que forman parte de su patrimonio y entonces tomar una importante determinación, que consiste en separarlos, apartarlos, y dejarlos destinados a tratar de aplicarlos para hacer lo requerido a fin de satisfacer la necesidad. En síntesis, esa persona habrá definido fines por conseguir y bienes por utilizar para lograr esos fines. En un proceso como el que se ha relatado, cabe la posibilidad de que la necesidad esté planteada en razón de proporcionar ciertos beneficios a una tercera persona, pero también es posible que la necesidad por satisfacer no implique la identificación de algún tercero como beneficiario.

En una situación como la que se refiere en el párrafo inmediato anterior, puesta en juego con lo anotado en el que a su vez antecede a ese párrafo, quien está inmerso en ese proceso no requiere de reunir otra voluntad a la suya para definir fines, ni para identificar bienes, ni para decidir que queden destinados a la realización de los mencionados fines.

Esa primera parte del proceso, la que ha quedado relatada, se lleva a cabo en la esfera individual de una persona, sin que participe alguna otra. En esta primera etapa queda establecido el fideicomiso, con la definición de fines y de bienes por afectar para la realización de aquellos. Así se infiere claramente de lo dispuesto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que señala: *Artículo 381. En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite +*

Si se sigue la tónica de lo dispuesto en el artículo transcrito en el párrafo superior, se aprecia claramente que el fideicomiso está establecido antes de la transmisión a la fiduciaria. Eso es así, porque el fideicomiso consiste en la elección de fines y bienes por parte del fideicomitente. Esa elección de fines y de bienes, la hace el fideicomitente de una manera particular e individual, sin requerir la participación de otra persona. Se trata de una decisión individual que origina al fideicomiso.

Ahora bien, hay una segunda fase en la que sí es necesaria la intervención de otros. La ley dispone, a manera de requisito y en el mismo artículo: *Artículo 381. a una institución fiduciaria la propiedad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria+*

Para poder llevar a cabo las actividades inherentes a la realización de los fines concebidos por el fideicomitente, resulta indispensable, conforme a la ley, dar una encomienda a alguna de las personas que la propia ley faculta para ello. La ley exige la participación de personas específicas, en quienes presume las aptitudes necesarias para llevar a cabo lo requerido en vías de conseguir los fines que el fideicomitente estableció, para lo cual señala que se les transmitirán los bienes que dicho fideicomitente decidió separar de entre los que conforman su patrimonio.

En esta segunda etapa se da un acuerdo de voluntades, porque si bien es cierto que la ley faculta para recibir estas encomiendas a sólo unas cuantas personas, también es cierto que la persona que estableció los fines e identificó y separó los bienes con los cuales desea llevarlos a cabo, puede acudir a cualquiera de ellas de entre las varias que están facultadas para recibir este tipo de encomiendas, por lo que una vez elegida alguna, con ella habrá que tratar todo lo relativo a la que se pretende darle. El receptor elegido está facultado para aceptar o rechazar la encomienda, ya que el hecho de tener la calidad que la ley exige, no lo constriñe a aceptar cualquiera que se desee darle. Se está en presencia de un auténtico juego libre de voluntades que podrán coincidir y por tanto consentir, o bien disentir, lo que generará la necesidad de la búsqueda de otro receptor de encomiendas.

Si se da la coincidencia y el consentimiento, la encomienda será el objeto del contrato correspondiente; la encomienda es la esencia de ese acuerdo de voluntades, de esa reunión de voluntades, aunque, como ocurre en todo contrato, en rigor, hay dos intereses distintos: uno enfocado a encomendar, otro a percibir una contraprestación por el desempeño de la encomienda. Este es un punto esencial en la comprensión de la naturaleza jurídica del fideicomiso, porque el

acuerdo relacionado con la multicitada encomienda, no involucra la definición de fines ni a la afectación de bienes, aspectos éstos que corresponden a la única voluntad del fideicomitente.

Hay una tercera etapa del proceso que consiste en la vida misma del contrato, pues las encomiendas de este tipo generan actos sucesivos en el tiempo, tantos y tanto tiempo como sean necesarios hasta la materialización total de los fines establecidos. Es una etapa en la que es posible la cooperación de quienes intervienen en el contrato, aunque no es indispensable, porque en la vida de la operación puede ocurrir que solamente actúe el receptor de la encomienda, en tanto haya aceptado que así ocurra y asuma la responsabilidad de su ejecución sin la intervención, para propósito alguno, de quien se la confirió.

La primera etapa, como ya el lector se dio cuenta, se da con la sola intervención del fideicomitente; en la segunda y tercera etapas interviene la fiduciaria.

Conviene repetir que el fideicomiso quedó establecido en la primera etapa, esto es, con la concepción de fines y la afectación de bienes. Estos hechos tienen una importante trascendencia en el mundo jurídico como veremos en seguida, pues el fideicomitente procede a la segunda etapa, es decir, a la encomienda, respecto de su personal e individual decisión sobre fines y bienes. Sin estos elementos no cabe la posibilidad de encomendar. La encomienda tiene sentido si y solo sí, el fideicomitente definió antes esos dos elementos. La precisión al respecto le permite entonces otorgar la encomienda, y respecto de ésta, requiere, por mandato de ley, la intervención de la fiduciaria.

La fiduciaria interviene porque así lo requiere la ley, y lo hace para aceptar la encomienda (o para rechazarla), más no está facultada, bajo ningún supuesto, para poner en juego su voluntad en lo que se refiere a los dos elementos antes mencionados (definición sobre fines y bienes), es decir, respecto de la concepción y establecimiento del fideicomiso. Esta es la situación trascendente que se anunció al inicio del párrafo anterior. La ley exige la intervención de una fiduciaria, pero no la faculta para reunir, juntar o sumar su voluntad en lo que toca a fines y afectación de bienes; su voluntad queda limitada para intervenir en lo que se refiere al encargo, a la encomienda, la cual, evidentemente, implica un contrato, que se lleva a cabo en la segunda de las etapas mencionadas y representa la vida de la tercera, pero, se reitera, nada hace, en nada interviene en la primera, la cual da origen al fideicomiso.

Ahora bien, es necesario hacer una aclaración para evitar confusiones. El que quiere enajenar, o el que decide tomar un inmueble en préstamo, o el que requiere recibir hospedaje, o el que desea reunirse con otros para juntos hacer algo, toman, sin duda, en un momento dado, una decisión individual. Así es y así se inician todos los contratos: son consecuencia de decisiones individuales que después salen de la esfera particular de quiénes las tomaron, para reunirse con otras que les resultan correlativas y comunes en un mismo propósito. Dado que las cosas funcionan por virtud de decisiones individuales, es de admitir que en el mundo de lo jurídico esas

decisiones no tendrán trascendencia, contractualmente hablando, si no logran la reunión de una segunda voluntad que funcione como contraparte. Por más que alguien haya decidido vender, no habrá compraventa si no hay quien decida comprar el bien que el primero quiere vender; el que necesita hospedaje no lo recibirá si no hay oferentes de ese servicio, y lo mismo ocurrirá con el comodato y la sociedad; en todos los contratos la decisión primaria individual tiene trascendencia jurídica si puede reunirse con otra voluntad que a su vez haya decidido, inicialmente y de manera individual, lo mismo que la primera. Carecerá de trascendencia jurídica en el mundo de los contratos, si no se reúne con la otra voluntad.

A diferencia de lo expresado, las declaraciones unilaterales de voluntad no necesitan de ninguna otra voluntad, para trascender jurídicamente hablando. El que oferta al público asume el deber de sostener la oferta por el tiempo correspondiente, y el deber de actuar en términos de la oferta como obligado, en caso de que alguien la acepte. Puede ocurrir que nadie la acepte, pero eso no resta valor jurídico a su expresión. La mera expresión de voluntad del oferente, sin el concurso de ninguna otra, surte efectos jurídicos. Lo mismo sucede con el que promete recompensar, o con el que estipula a beneficio de un tercero, o con el que suscribe documentos civiles al portador.

Es cierto que la declaración de voluntad en algunos casos genera de inmediato deberes (la obligación surgirá después, cuando alguien tome el carácter de acreedor), pero esa situación no es igual en todos los casos, pues hay importantes variantes de grado que generan diferencias significativas. Por ejemplo, en la oferta al público resulta que el deber del oferente queda sin efectos si éste revoca la oferta en las mismas condiciones de publicidad que el ofrecimiento (*Art 1863 del Código Civil Federal*); en otro caso, el derecho del beneficiario de una estipulación a favor de tercero se tiene por no nacido si el promitente la revoca o incluso si el propio beneficiario decide rehusar la estipulación a su favor (*Art. 1871 del Código Civil Federal*). Estos dos ejemplos dan clara evidencia de que la regulación de la declaración unilateral de voluntad no es uniforme; carece de un tratamiento que individualice tanto su surgimiento (la oferta en sus tres modalidades y la emisión de títulos civiles al portador son claramente unilaterales, en cambio la estipulación a favor de tercero, según se dispone en el artículo 1867 del Código Civil Federal, consta en un contrato), como que singularice sus efectos, lo que permite afirmar ahora y a reserva de abundar más adelante en el tema, que la legislación abre la posibilidad de que la declaración unilateral de voluntad tenga diferentes condiciones. El género será el reconocimiento que la legislación hace de una decisión individual; las especies son varias, con distintos alcances y consecuencias y sin que sigan un patrón común más allá de lo que ya quedó identificado como su género.

En el caso del fideicomiso encontramos una situación semejante: la determinación de los fines y la consecuente afectación de bienes son producto de una decisión individual que origina al fideicomiso. Esa decisión individual ha de ser hecha manifiesta (pública) y puesta en juego para los efectos de la celebración posterior

de un contrato, pero con la modalidad, en dicho contrato, de que la contraparte no suma su voluntad respecto a la definición de fines, ni para la afectación de bienes. La intervención de la fiduciaria es un requisito que la ley señala, y para el cumplimiento de ese requisito es que se celebra el contrato relativo a la encomienda, pero, se insiste, el objeto del contrato, es la encomienda y no la definición de fines y bienes.

La decisión individual es trascendente jurídicamente, porque sin ella no hay fideicomiso, pero no forma parte del acuerdo de voluntades propiamente dicho, el cual queda limitado a la encomienda y su aceptación. El fideicomiso involucra dos aspectos: fines y bienes. Hay una decisión individual que se convierte en declaración unilateral de voluntad al hacerse manifiesta cuando se celebra el contrato de encomienda. El fideicomiso se convierte en una declaración unilateral de voluntad con motivo del otorgamiento del encargo a la fiduciaria.

Los efectos de esa declaración unilateral de voluntad consisten en una liberalidad del fideicomitente que decide que una parte de su patrimonio quede destinada o afectada a la realización de ciertos fines que él mismo concibió. El efecto primordial de esa decisión individual que se convierte en declaración unilateral de voluntad, radica en la afectación patrimonial, que, se reitera, es una liberalidad por parte de quien actúa como fideicomitente. Es mayormente significativa la liberalidad, en los casos en los que se designa fideicomisario, pero, como ya se ha visto, no es indispensable para la validez del caso que lo haya.

El establecimiento del fideicomiso acarrea consecuencias jurídicas. La decisión debe ser manifiesta (lo es en el proceso de encargo) y la hace un individuo sin intervención (porque no se requiere) de ninguno otro; es una expresión que el derecho reconoce. Como antes se señaló, esta posición es congruente con el texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.²⁵² Todo esto lleva a sostener que el fideicomiso es, en esencia, una declaración unilateral de voluntad.

Se abunda en lo comentado diciendo que en los contratos, hay dos o más decisiones individuales que coinciden en un propósito (si bien con intereses diferentes), y que se requieren e implican recíprocamente; para dar lugar al contrato, una de las decisiones individuales necesita de la otra decisión individual. La una sin la otra no puede formar un contrato; éste existe por la conjunción de ambas, en una situación en la que se amalgaman, se suman, se funden en el propósito que es, para el contrato, único. Quizás surja la duda de cómo es posible que eso ocurra, si como se dijo, cada voluntad tiene un interés diferente. La explicación consiste en que el propósito único es la esencia del contrato, que no riñe con los intereses particulares de quienes en él intervienen. Cítese un ejemplo: la compraventa tiene

²⁵² Sólo para tratar de fortalecer el aserto expresado (más adelante se harán observaciones sobre este punto), es de señalar que, por su parte, la fiduciaria tiene intervención para aceptar el encargo, según reza la parte final del tercer párrafo del artículo 382 de la misma ley, que a la letra dice: *"El fideicomiso será válido..., y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario"*, sin embargo, por las razones que más adelante se expresarán, esta "aceptación" está en realidad limitada a un supuesto previsto en el mismo artículo 382.

como propósito único la transmisión de propiedad, acerca de la cual, una parte quiere vender (su interés en el caso), y la otra quiere comprar (su interés en el caso); otro más: en el hospedaje el propósito es un servicio, respecto del cual una parte tiene interés en recibirlo y pagar su precio, y la otra en proporcionarlo y cobrar ese precio.

En el fideicomiso, la decisión individual del fideicomitente no requiere de alguna otra para surtir sus efectos como declaración unilateral de voluntad. Esa decisión subsiste por sí misma y es el presupuesto esencial que da lugar a la posterior celebración del contrato. Esa decisión es el fideicomiso propiamente dicho, y en el momento en que se hace pública, toma el carácter de declaración unilateral de voluntad y no se junta ni reúne con alguna otra decisión individual para surtir sus efectos; queda incólume, en sus términos, y es la referencia básica del encargo que el fideicomitente da a la fiduciaria. Ésta interviene con aquél en la celebración de un contrato que tiene un propósito único y que consiste en la prestación de un servicio para poner en práctica lo que el fideicomitente decidió, pero la fiduciaria no suma su voluntad a lo que es materia de la decisión del propio fideicomitente. Al momento en que se celebra el contrato hay tres diferentes decisiones, una, la que es unilateral y corresponde al fideicomitente, otra también de éste relativa a otorgar una encomienda y la tercera, de la fiduciaria, para prestar un servicio consistente en el desempeño de la encomienda recibida. La primera decisión está ahí, como algo establecido, como un patrón de referencia que no se suma ni reúne con ninguna otra decisión (es unilateral); la segunda y tercera se amalgaman para dar lugar a la celebración del contrato por el cual el fideicomitente encarga y la fiduciaria acepta la encomienda.

El fideicomiso propiamente dicho, es la decisión del fideicomitente relativa a la determinación de fines, identificación de bienes y la afectación de éstos para realizar los fines concebidos. Esto es el fideicomiso, y su naturaleza jurídica consiste en una declaración unilateral de voluntad.

Otro caso de declaración unilateral de voluntad que funciona como presupuesto de la celebración posterior de un contrato es el llamado *“poder+”*, el cual, como lo anotan los juristas Fausto Rico y Patricio Garza, *“es la declaración unilateral de voluntad por la que una persona llamada poderdante faculta a otra llamada apoderado para intervenir en su esfera jurídica”*²⁵³. Otros autores como Jorge Alfredo Domínguez Martínez, Carlos Sepúlveda Sandoval y Ramón Sánchez Medal, coinciden en calificar al *“poder+”* como declaración unilateral de voluntad. En adición a este concepto, Rico Álvarez y Garza Bandala mencionan que el poder es comúnmente confundido con el mandato, por *“el hecho de que el poder sea en sí una oferta de mandato”*²⁵⁴. Es de agregar, con respecto a este punto, que dichos autores, al igual que otros varios, señalan que la ley civil contiene notables deficiencias que inducen a la confusión entre lo que es el poder y lo que es el mandato, lo cual no es óbice para que todos ellos sostengan la naturaleza de declaración unilateral del llamado

²⁵³ Rico Álvarez Fausto y Garza Bandala Patricio, *De los contratos civiles*, 1a ed, México, Porrúa, 2008, p 239.

²⁵⁴ *Idem.*

~~Pod~~

En refuerzo de la tesis sostenida, conviene recordar a uno de los más distinguidos juristas de nuestro país, el Dr. Cervantes Ahumada, quien en su muy conocida obra *Títulos y Operaciones de Crédito*, a propósito del fideicomiso hace el siguiente apuntamiento: *El acto constitutivo de fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad*. Ciertamente es que ese señalamiento fue hecho con mucha anterioridad a las reformas a la Ley de la materia que en el año 2003 dieron al fideicomiso una regulación diferente a la que tuvo desde su origen, pero se estima, que los argumentos vertidos en este trabajo son razón suficiente para sostener la naturaleza jurídica del fideicomiso como declaración unilateral de voluntad y que por tanto sigue siendo válido lo que el Dr. Cervantes Ahumada opinó, no obstante los cambios habidos en la ley.

Es conveniente apuntar otro dato. La reforma del 2003 a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dejó el siguiente texto para el tercer párrafo del artículo 382: *El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario*. Este es el texto que fortaleció la idea de que el fideicomiso es un contrato y ello ocurrió a propósito de su última parte, la que fue materia de adición en el mencionado año y habla de la intervención del fiduciario para aceptar el encargo.

Es necesario eliminar esa errónea apreciación. El mencionado artículo 382, contiene la regulación aplicable al fideicomisario; sus cinco párrafos establecen diversos supuestos aplicables a los fideicomisarios. Esa es la tónica de ese artículo y, en ese contexto, la correcta interpretación del referido tercer párrafo, lleva a determinar que la mención de la aceptación del fiduciario está referida al caso en que no se haya designado fideicomisario, y no es razonable extender el alcance de esa disposición a cualquier fideicomiso.

La puntuación de ese párrafo no deja lugar a dudas. La primera coma está colocada después de que se ha establecido la referencia fundamental del párrafo; esa referencia consiste precisamente en la determinación de que el fideicomiso es válido aunque no se designe fideicomisario, y la pausa que genera el signo ortográfico (,) permite identificar un par de complementos relativos a esa primera idea. Tales complementos funcionan a manera de requisitos: el fideicomiso en el cual no haya designación de fideicomisarios es válido si (i) su fin es lícito y determinado y, (ii) el fiduciario acepta el cargo.

Esa es la manera de leer el artículo 382. Quienes han interpretado que se estableció un requisito genérico, se equivocaron.

En refuerzo de la idea expresada, conviene citar que antes de la reforma del 2003, el artículo 382 simplemente decía: *El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado*. Con ese

texto, nunca a nadie se le ocurrió decir que el señalamiento de licitud y determinación, estaba inserto para que funcionase a manera de previsión general para cualquier fideicomiso. Por el contrario, era claro que se trataba de un requisito aplicable al caso de la ausencia de fideicomisario. En esa tónica, el hecho de que ahora se haya agregado la aceptación del fiduciario, no tiene porqué variar el alcance de la disposición. Se reitera, entonces, que se trata de un segundo requisito aplicable al caso ya citado, en el cual el fideicomiso se establece sin designar fideicomisario.

En estas condiciones, no queda duda de que el fideicomiso no tiene una naturaleza de ~~contrato~~ como muchos estudiosos tratan de sostener, ya que la aceptación del fiduciario está prevista sólo para un caso, el ya mencionado, y no como un requisito a satisfacer en todo fideicomiso.

La idea queda completada si se toma en cuenta que es en el artículo 381 en donde se alude a la licitud y determinación de los fines como requisitos de carácter general aplicables a todo fideicomiso. El texto de ese artículo es del siguiente tenor: *Artículo 381. En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria*

La mención en el artículo 382 a la licitud y determinación de los fines, es, simplemente, reiterativa de lo anotado en el artículo anterior, pero limitada (no tendría por qué ser genérica) al caso de la ausencia de fideicomisario.

Una situación semejante se observaba en el texto legal antes del 2003, pues era en el artículo 381 en donde se aludía de manera general a los requisitos de licitud y determinación que deberían caracterizar a la finalidad de todo fideicomiso. Su texto decía: *Artículo 381. En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria*

La interpretación que se propone para el tercer párrafo del artículo 382, revela una deficiencia, pues no es lo mejor que el legislador haya hecho una repetición de los requisitos que ya están señalados en el artículo inmediato anterior. Tampoco es adecuada la colocación de la aceptación del fiduciario si la intención del legislador era que funcionase como un requisito de carácter general.

Esto evidencia defectos en la estructura de la ley, pues, si se pretendía establecer una relación típicamente contractual para el efecto de crear un fideicomiso, lo adecuado hubiera sido introducir el requisito de la aceptación del fiduciario en otro lugar, tal vez en el artículo 387 que, hasta ahora, se refiere únicamente a la forma escrita, según se puede leer a continuación: *Artículo 387. La constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito*

El legislador no actuó de esa forma, y el texto en vigor dice una cosa distinta de la

que muchos autores han querido ver. Se insiste en que, conforme al texto que la ley tiene en la actualidad, la recta interpretación del artículo 382, sólo puede llevar a considerar que la aceptación de la fiduciaria está prevista, única y exclusivamente, para el caso de que no haya designación de fideicomisario.

**B. El fideicomiso mexicano como declaración unilateral de voluntad.
Sustentación jurídica.**

Que el fideicomiso mexicano es una declaración unilateral de voluntad, es la postura que se viene sosteniendo en este trabajo. Así se ha hecho constar antes y se reitera ahora. Es necesario, por tanto, dejar en claro en qué consiste una declaración unilateral de voluntad.

Una primera respuesta consiste en decir que se trata de una fuente de obligaciones. Así se le considera en el Código Civil Federal, según se puede leer a continuación:

"CODIGO CIVIL FEDERAL.

LIBRO CUARTO. DE LAS OBLIGACIONES.

PRIMERA PARTE. DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL.

TÍTULO PRIMERO. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.

CAPÍTULO II. DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE LA VOLUNTAD"²⁵⁵.

Siendo cierto, como es, que se trata de una fuente de obligaciones, también es cierto que esa mención no es suficientemente explicativa de lo que la declaración unilateral de voluntad es, por varias razones que se anotarán a continuación.

Si se limita el efecto de la declaración unilateral de voluntad a la generación de obligaciones, se pierde de vista que la regulación de la misma genera un campo de actuación mucho más amplio, en el cual es posible encontrar en realidad, una clara expresión del principio de autonomía de la voluntad que funciona más allá de la mera restricción a la libertad individual que la obligación conlleva.

Así es en tanto que quien declara tiene, bajo ciertos supuestos, la posibilidad de liberarse por su propia voluntad de la intención de asumir una obligación inicialmente expresada. Es el caso de una oferta al público que se revoca, en las mismas condiciones de publicidad que el ofrecimiento, y antes de que esté prestado el servicio o cumplida la condición a la que estaba sujeta la oferta misma. También es posible revocar la estipulación en favor de tercero, antes de que éste haya manifestado su intención de aprovecharla. Estos dos casos permiten apreciar que la declaración unilateral de voluntad no queda constreñida a su potencial efecto obligatorio.

²⁵⁵ <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/1/1875.htm?s=>

Otra razón para afirmar que considerarla sólo como fuente de obligaciones es un enfoque parcial e insuficiente, radica en que no es útil para explicar la naturaleza de la declaración unilateral de voluntad que el testamento implica. El testador, dice el Código Civil Federal en su artículo 1295, *“declara o cumple deberes para después de su muerte”*. En esa sencilla y breve frase se identifica a la declaración unilateral de voluntad, relativa, no a obligaciones, sino a deberes, lo cual se entiende por el factor de la muerte del testador. Al respecto el maestro Antonio de Ibarrola anota: *“Para BONNECASE el testamento: a) Es un acto jurídico SOLEMNE cuyo propósito es dar a conocer por parte de su autor, su voluntad para la época que seguirá a su fallecimiento, tanto desde el punto de vista pecuniario como extrapecuniario. b) Es esencialmente revocable: en él el testador a nada se obliga”* ²⁵⁶

Otro argumento es el siguiente: su carácter de fuente de obligaciones no explica el caso de un cheque librado a la orden del librador. Este ejemplo merece la anotación de algunas consideraciones, a saber: los títulos de crédito, según lo expresan algunos autores, son declaraciones unilaterales de voluntad. En la obra *“Los Títulos de Crédito”* del distinguido jurista Pedro Astudillo Ursúa, se lee: *“Francisco Messineo, refiriéndose a las doctrinas unilaterales dice: La verdad es que la explicación de cómo y en virtud de qué acto nace la obligación del suscriptor, reside en una declaración unilateral de voluntad (promesa unilateral y no simple oferta) del suscriptor, que vincula sin necesidad de ser aceptada, o sea por el hecho mismo de la creación del título (redacción y suscripción)”* ²⁵⁷ En el mismo tenor expresaba su opinión Joaquín Rodríguez Rodríguez cuando hacía constar que el negocio cambiario, *“se concreta en las declaraciones negociales unilaterales no recepticias contenidas en el título valor”* ²⁵⁸. Por último, es de citar al maestro Roberto L. Mantilla Molina quien en su libro *“Títulos de crédito cambiarios”* expresó: *“El crear la cambial . acto jurídico unilateral-, el añadirle una firma . también acto jurídico unilateral- es la fuente de la obligación: tenemos, por ende, un caso más en el cual el ordenamiento jurídico mejicano (sic) reconoce la validez de la declaración unilateral de voluntad, aún cuando se discute en nuestra doctrina si una declaración de este tipo tiene eficacia general, o la cobra sólo en los casos en que la ley la mencione explícitamente, o de modo implícito, como sucede en la LTOC”* ²⁵⁹

El caso del cheque es ilustrativo de lo que se sostiene, pues no es posible considerar la existencia de una obligación para con uno mismo. Al librar un cheque a la orden del propio librador, el título de crédito no sufre demérito en su condición, pero eso no significa que lleve implícita una obligación a cargo de aquél. Se trata de una declaración unilateral de voluntad que lógicamente no es fuente de obligación para el librador.

Un cuarto caso es el testamento ológrafo, regulado todavía en el Código Civil Federal (art 1550 y sigs.). Admitido como es que el testamento es en general una

²⁵⁶ Ibarrola, Antonio de, *Cosas y sucesiones*, 6a ed., México, Porrúa, 1986, p. 684.

²⁵⁷ Astudillo Ursúa Pedro, *Los títulos de crédito*, 6ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 95.

²⁵⁸ Op. Cit., nota 192, tomo I, p. 263.

²⁵⁹ Mantilla Molina Roberto L., *Títulos de crédito cambiarios*, 1ª ed., México, Porrúa, 1977, p. 32

declaración unilateral de voluntad, cobra importancia, para los efectos de la explicación que aquí se está anotando, que esta forma ordinaria de testamento carezca de los requisitos que para las otras se exigen y que consisten en la intervención de un notario público. Ciertamente la ley prevé el depósito en el Archivo General de Notarías del documento en el que la declaración conste, sin embargo, salvo las notas relativas a la recepción de éste, no hay mayor formalidad al respecto, lo cual evidencia que la libre manifestación de la voluntad, en diversas condiciones y circunstancias, sin homogeneidad o uniformidad, salvo por el hecho mismo de la declaración unilateral, es generadora de efectos jurídicos.

Con esas referencias es posible demostrar que el potencial contenido obligacional de una declaración unilateral de voluntad, no es el elemento definitorio de su singularidad. Además, hay otros casos contemplados en nuestra legislación que funcionan como declaración unilateral de voluntad y que no necesariamente son fuente de obligaciones.

Al respecto, cabe aclarar que para sustentar jurídicamente tal afirmación, es indispensable traer a colación la discutida cuestión sobre el alcance de la declaración unilateral de voluntad, en tanto que si es una figura que existe sólo en los casos a que se refiere el Capítulo II, del Título Primero, Primera parte, Libro Cuarto, del Código Civil Federal (oferta al público, promesa de recompensa, concurso con promesa de recompensa, estipulación a favor de tercero, títulos civiles a la orden y al portador), o bien, es posible considerar válidas otras formas de declaración unilateral de voluntad.

Considérese sobre el particular que es un asunto ampliamente abordado por la doctrina y que motivó una disputa intelectual entre dos de los más reconocidos civilistas de nuestro país: Don Manuel Borja Soriano y Don Rafael Rojina Villegas. Opinaba el primero que la declaración unilateral de voluntad era válida sólo en los casos regulados expresamente en el Código Civil; por lo contrario, el segundo se inclinaba por ubicarla en un contexto de mayor aplicación y efectos generales. Curiosamente ambos autores sustentaban su posición en una diferente interpretación de la misma disposición legal, en el ya invocado artículo 1859 del mismo ordenamiento que más adelante se transcribe nuevamente.

Dicho artículo es uno de los dos que integran el muy breve apartado que a continuación se refiere:

**CODIGO CIVIL FEDERAL.
LIBRO CUARTO. DE LAS OBLIGACIONES.
PRIMERA PARTE. DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL.
TÍTULO PRIMERO. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.
CAPÍTULO I. CONTRATOS.**

Í Disposiciones Finales

Artículo 1858.- Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se registrarán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones

de las partes, y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.

Artículo 1859.- *Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.*²⁶⁰

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1858, es posible celebrar contratos diferentes de los que expresamente están reglamentados en el Código Civil Federal. Los contratos no reglamentados se regirán, en el siguiente orden jurídico: por las reglas generales establecidas en el propio Código Civil; por las estipulaciones de las partes; y en su caso, frente a la omisión de éstas, por las disposiciones del contrato mayormente análogo de los reglamentados.

Además de esa previsión general que amplía el campo de aplicación de las normas sobre contratos hacia otros contratos distintos de los que el Código contempla, dichas normas también serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, según reza el mencionado artículo 1859, aunque la jerarquización de las normas para este caso sigue un orden inverso y se da prioridad a las disposiciones especiales de la ley relativas a dichos actos, y a lo que corresponda de acuerdo a su naturaleza.

En razón de lo establecido en los artículos en cuestión, resulta que está permitido, en primer lugar, celebrar acuerdos de voluntades para producir o transferir obligaciones y derechos (contratos) distintos de los expresamente contemplados en el Código Civil Federal, en segundo lugar, celebrar acuerdos de voluntades para modificar o extinguir obligaciones (convenios), y, por último, también está permitido celebrar otros actos jurídicos. En tal virtud, la previsión contenida en el artículo 1859, necesariamente es aplicable para ciertos acuerdos de voluntades y actos jurídicos no regulados en el propio Código.

Cuando se celebren tales contratos distintos de los contemplados en el Código, se aplicarán las reglas del propio Código, las estipulaciones de las partes y, de ser necesario, las reglas del contrato mayormente análogo.

Cuando se celebren convenios u otros actos jurídicos, se aplicarán, en primer lugar, las disposiciones especiales de la ley sobre dichos convenios y actos (si las hubiere), y, en segundo lugar, las disposiciones sobre contratos, siempre y cuando no sean opuestas a lo que corresponda según la naturaleza de dichos convenios o actos, de lo que resulta que la propia ley dispone que las reglas sobre contratos dejarán de aplicarse si son opuestas a la naturaleza de lo que las partes acuerden en un convenio, o bien de lo que alguien decida en un acto jurídico.

La conclusión a la que es posible arribar, consiste en sostener que es válido hacer declaraciones unilaterales de voluntad (acto jurídico), diferentes de las que están

²⁶⁰ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2.pdf>

contempladas en el Código Civil Federal, puesto que este mismo ordenamiento, en el multicitado artículo 1859, prevé expresamente esa posibilidad, en el entendido de que para ese caso se aplicarán las disposiciones especiales de la ley y después las reglas generales sobre contratos, salvo que contravengan la naturaleza del acto.

Estos datos corroboran el criterio del maestro Rojina Villegas al sostener que la declaración unilateral de voluntad es una fuente general de obligaciones y por tanto no queda limitada a las cuatro formas que expresamente considera el Código Civil Federal.

Una vez que se ha dejado en claro que es posible admitir la existencia de otras formas de declaración unilateral de voluntad, diferentes de las que plantea expresamente el Código Civil Federal, es el momento oportuno de mencionar algunos casos de las primeras.

Se inicia por señalar el caso de los títulos de crédito, siguiendo las doctas opiniones referidas antes. Este peculiar caso surgió a la vida jurídica antes que las cuatro formas contempladas en el Código Civil Federal, ya que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito entró en vigor el 15 de septiembre de 1932 y el ordenamiento que ahora es de aplicación federal y que surgió como *%Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal+* entró en vigor el 1º de octubre del mismo año. En consecuencia, siguiendo con las referidas opiniones, en cierto sentido el caso de los títulos de crédito es confirmatorio de que hay otras formas de declaración unilateral de voluntad, más allá de lo que establece la ley civil, por el hecho de ser un ordenamiento especial y diferente, y por el hecho de haber entrado en vigor, antes que el ordenamiento civil, es decir, antes de que se pudiera discutir si la declaración unilateral de voluntad en éste contemplada tiene o no efectos generales.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito regula otro caso de declaración unilateral de voluntad; se trata de la emisión de certificados de participación. Establece al respecto: *%Artículo 228 m. La emisión se hará previa declaración unilateral de voluntad de la sociedad emisora expresada en escritura pública, en la que se harán constar:õ +*

La hipoteca voluntaria regulada en el Código Civil Federal, en tanto que es posible establecerla sin que medie contrato, es también un caso de declaración unilateral de voluntad. A esta figura se refiere el artículo 2920 que a la letra dice: *%Artículo 2920. Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen+* En el mismo Código se encuentra la regulación del llamado *%poder+*, que ya antes quedó comentado en el apartado inmediato anterior de este capítulo, y al cual es de remitir al lector en obvio de repeticiones.

La Ley del Mercado de Valores contiene varios casos de declaración unilateral de voluntad. Se trata de la inscripción de valores en el Registro Nacional de Valores en los siguientes tipos: inscripción sin oferta pública; inscripción preventiva de acciones

en listado previo; inscripción preventiva de valores de deuda por programa de colocación; inscripción preventiva de valores de un mismo tipo o clase en la modalidad de genérica (arts 90 al 93).

El primer caso comprende la inscripción de valores sin que al efecto medie oferta pública; el segundo caso es relativo a la inscripción de acciones que serán objeto de una oferta pública posterior; el tercero se refiere a la inscripción de ciertos valores, que permitirá su emisión y colocación, en una o varias series, en forma sucesiva; el cuarto es un caso reservado al Gobierno Federal, al Banco de México, al Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, y a los organismos financieros multilaterales, instituciones de crédito y fondos de inversión, para llevar a cabo ilimitadamente emisiones de los valores objeto de la inscripción, es decir, se trata de valores que aún no están emitidos y consecuentemente serán materia de oferta en fecha posterior.

La condición común de esos cuatro casos regulados en la Ley del Mercado de Valores, es el hecho de dejar constancia pública de una determinación unilateral, y sin oferta de por medio al momento de la inscripción. La existencia de una obligación en potencia, es algo que queda postergado para su realización en los plazos que al efecto determina la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, mediante reglas de carácter general.

Es usual que las emisiones de valores bursátiles se efectúen haciendo constar, en el acta de emisión, que se trata de una declaración unilateral de voluntad. Sirve de ejemplo al respecto, el contenido del *anexo F+* de la circular que contiene *Disposiciones de carácter general aplicables a las emisoras de valores y a otros participantes del mercado de valores*, emitida por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. En dicho anexo se lee lo que a continuación se transcribe: **ANEXO F. ACTA DE EMISION DE TITULOS OPCIONALES.** *La emisión de los títulos opcionales será hecha por declaración unilateral de voluntad y el acta deberá contener, como mínimo, lo siguiente*²⁶¹

Todos los casos de declaración unilateral de voluntad que antes han quedado mencionados, tienen dos características comunes: en primer lugar, son actos libres de disposición de bienes (cosas y derechos) y autónomos (surgen por iniciativa del declarante y no en cumplimiento de una obligación). En segundo lugar, se trata de algo que se hace con un factor preponderante de publicidad, es decir, el acto se lleva a cabo para que trascienda hacia terceras personas, generalmente varias, sin excluir el caso de que sea una tan sólo, como ocurre en el poder otorgado mediante carta.

El factor de publicidad es propiamente un requisito o condición de necesaria observancia que establece el orden legal. Por el contrario, el primer elemento

²⁶¹ <http://www.cnbv.gob.mx/Paginas/Normatividad.aspx#>

constituye un claro ejemplo de libertad jurídica, es decir, la posibilidad de ejercer o no los derechos que a cada uno asisten.

Es posible decir, en consecuencia, que todas las formas de declaración unilateral de voluntad, implican una determinación individual, particular, libre y autónoma, que debe ser dada a conocer mediante el cumplimiento de un requisito que la ley establece y que funciona como medio de publicidad. Este requisito varía de caso a caso y se logra, por lo general, mediante la intervención de fedatario, o por la inscripción en un registro público, aunque también se prevé que el requisito sea la celebración de un contrato, como ocurre con la estipulación a favor de tercero. El caso de los títulos de crédito es diferente, pero no contradictorio, ya que, aunque no intervienen ni fedatario, ni registro público, ni se les estipula contractualmente (la causalidad es excepcional), se trata de instrumentos creados para circular, lo que presupone la posibilidad de publicidad.

El fideicomiso cumple claramente esas condiciones. Ya se ha explicado con amplitud que es una declaración unilateral de voluntad porque implica una libre disposición de bienes, acompañada de la también libre elección de ciertas finalidades y la no menos libre decisión de afectar los bienes a la realización de los fines.

Respecto del factor de publicidad, la ley exige un requisito al respecto que consiste en la necesaria intervención de un tercero que es la fiduciaria. El proceso transcurre conforme a lo siguiente: el fideicomitente toma la determinación libre y dispone de sus bienes; acto seguido busca la intervención de la fiduciaria (requisito de publicidad).

Carecería de sentido, jurídicamente hablando, tomar una decisión unilateral que no trascendiese la esfera individual. Por eso en todos los casos de declaración unilateral de voluntad, como se ha visto, hay un elemento de exteriorización que funciona como requisito de publicidad. La decisión personal e individual sale de esta esfera y se hace pública y es así como tiene efectos de derecho. Las decisiones personales que quedan en la intimidad de la esfera propia del sujeto no son jurídicas.

En el caso del fideicomiso el factor de exteriorización, es un requisito que la ley impone y consiste en la intervención de una fiduciaria, la cual, como se ha visto, participa sólo para la prestación del servicio tendiente a la realización de los fines del fideicomiso, y no está facultada para negociar en todo aquello que forma parte de la libre e individual determinación que el fideicomitente ha tomado. El contrato que con la fiduciaria celebra el fideicomitente es para la prestación de un servicio, el necesario para realizar los fines definidos por éste, previa, libre y excluyentemente.

El fideicomiso existe desde que el fideicomitente tomó su decisión personal de disposición y afectación de bienes. Existe como algo respecto de lo cual nada puede decidir la fiduciaria, cuya esfera de actuación está limitada a determinar si presta o

no el servicio. El fideicomitente, de manera libre y autónoma decide los fines que desea realizar, identifica los bienes adecuados para la realización del fin y determina afectarlos para ello. Ese conjunto de decisiones son del fideicomitente y no son materia de negociación con la fiduciaria.

En el momento en que el fideicomitente tomó dichas decisiones queda establecido el fideicomiso, pero en esas condiciones el asunto sigue en su exclusiva esfera de actuación, la personal, y todavía no ha trascendido a la esfera jurídica, porque para que ello ocurra, es necesario el factor de exteriorización.

Esa primera parte del proceso, vista en el enfoque de la declaración unilateral de voluntad, corresponde a la primera característica de la misma, la de la decisión libre y autónoma. Aquí radica la unilateralidad de la decisión y la constitución propiamente dicha del fideicomiso.

Ya se ha anotado que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito presupone la existencia del fideicomiso, cuando en el artículo 381 anota la frase *“en virtud del fideicomiso...”* Esta idea está corroborada por lo dispuesto en el párrafo final del artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que no deja lugar a dudas sobre la existencia del fideicomiso de manera independiente a la participación de la fiduciaria.

Dicho párrafo señala que *“Salvo lo que se prevea en el fideicomiso, cuando por renuncia o remoción la institución fiduciaria concluya el desempeño de su cargo, deberá designarse a otra institución fiduciaria que la sustituya. Si no fuere posible esta substitución, el fideicomiso se dará por extinguido”*

La lectura de esa disposición permite identificar que el fideicomiso existe separadamente del fiduciario; que es una entidad diferente a éste y por tanto la renuncia o separación sólo tiene el efecto inmediato de la búsqueda de un sustituto. Ante la imposibilidad de la sustitución, la ley dice que *“el fideicomiso se dará por extinguido”* Esta mención, deja claramente sentado que el fideicomiso tiene existencia independiente respecto del fiduciario²⁶². Esa es la interpretación que corresponde en función de la voz pasiva (*extinguido*) empleada en la expresión transcrita. El fideicomiso está *“puesto”* en la realidad, de manera separada a la fiduciaria. Cuando no es posible lograr que participe una diferente de la que antes estaba interviniendo, esa entidad que el fideicomiso es, se tiene por extinguida. La conclusión en el encargo de una fiduciaria anterior, no tiene el efecto inmediato de extinguir el fideicomiso, lo cual ocurre sólo si no hay otra que intervenga posteriormente a la renuncia o remoción de la primera.²⁶³

²⁶² El texto en vigor antes de la reforma del 2003 a la Ley General de títulos y Operaciones de Crédito señalaba que “...cesará el fideicomiso”, pero como bien dice el autor mencionado en la nota inmediata posterior, cesar y extinguir, son vocablos con el mismo significado.

²⁶³ En palabras del Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez: “...para dejar de existir se requiere haber existido, estar existiendo y dejar de hacerlo.” *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano*, op. Cit. Nota 211, p. 38.

En el párrafo en cuestión, la ley da preeminencia a lo que el fideicomitente haya decidido. Es claro que así ocurre cuando se lee la frase, *Salvo lo que se prevea en el fideicomiso* + Este punto es acorde con lo anotado en el artículo 1859 del Código Civil Federal, que, como ya se vió antes, permite la celebración de otros actos jurídicos diferentes de los que el propio Código prevé, y establece la posibilidad de que dichos actos se regulen preferentemente por lo que decidan quienes los celebren.

El fideicomiso existe por virtud de la determinación del fideicomitente que, además, fija las reglas que han de regirlo, entre las cuales pueden estar incluidas las relativas a una conveniente previsión sobre la posibilidad de la renuncia o remoción de la fiduciaria, todo lo cual se da sin que sea necesaria la intervención de alguna de las instituciones que están facultadas para prestar servicios en la materia. Así es porque ésta no participa de la decisión que crea y regula al fideicomiso, que como se ha visto, es unilateral.

La segunda característica de la declaración unilateral de voluntad, queda evidenciada, en lo que al fideicomiso toca, por la necesaria vinculación con la fiduciaria porque la intervención de alguna es indispensable para que a su cargo quede la realización de los fines del fideicomiso. La ausencia de la misma impediría dicha realización y por tanto el fideicomiso estaría colocado en una situación de imposible realización jurídica, en atención a lo dispuesto por el artículo 1828 del Código Civil Federal.

Al requerir la intervención de la fiduciaria, lo que era una decisión unilateral que estaba en la esfera individual del fideicomitente, se convierte, de inmediato, en una declaración unilateral de voluntad, porque se ha tornado en pública, en tanto que ha salido de la esfera personal de dicho fideicomitente. Es entonces cuando toma también un auténtico carácter jurídico por ser un asunto exteriormente manifestado.

La relación entre el fideicomitente y la fiduciaria es para los efectos de la prestación del servicio tendiente a la consecución de los fines del fideicomiso que, como se ha venido sosteniendo, ya existe desde antes de que el vínculo con la fiduciaria se establezca.

La transmisión de propiedad o titularidad que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito contempla en el artículo 381, no modifica la esencia del fideicomiso. Esa transmisión es parte del requisito de publicidad que implica la necesaria participación de una fiduciaria, a la cual se le transmiten los bienes o derechos para que pueda realizar respecto de ellos los fines concebidos por el fideicomitente.

La transmisión es un efecto que fija la ley. Es algo equivalente al de la determinación de que sólo cierto tipo de instituciones puedan prestar el servicio fiduciario. Son decisiones del legislador con las que se construye el régimen de la figura pero que no identifican aspectos medulares de la misma.

El efecto legal de transmisión no es un aspecto esencial para el fideicomiso. El fideicomiso existe antes de la transmisión y ésta es sólo un efecto de la constitución del primero. No es esencial porque no forma parte de la intención primordial del fideicomitente, quien no establece el fideicomiso para transmitir los bienes materia del mismo. Si la transmisión fuera su propósito fundamental, ocioso sería hacerlo a través de un fideicomiso, cuando hay otras varias figuras que le permitirían llevarla a cabo de manera directa. Es evidente además, que el receptor de la transmisión, no es para el fideicomitente el sujeto de su intención de transmisión si la tuviera. La fiduciaria carece de interés propio en la adquisición, pues es, como ya se ha tratado, un propietario *pro sui generis* que no se beneficia de los bienes materia del fideicomiso. Cabe citar al respecto lo establecido en la parte final del segundo párrafo del artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que señala que: *“la institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad”*

La redacción actual del artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, hace evidente, con la mención expresa de la transmisión, lo que era implícito en la redacción anterior de la misma disposición, cuyo texto original no la incluía, lo cual no fue obstáculo para que la interpretación de las autoridades judiciales fuera en el sentido de que todo fideicomiso implicaba dicha transmisión²⁶⁴. Esa interpretación no fue razón suficiente para que se estimara que la naturaleza del fideicomiso era la de un contrato.

Sin el efecto de transmisión de propiedad, fideicomiso y mandato hubieran sido lo mismo; el primero, una encomienda para la realización de ciertos actos, no necesariamente jurídicos todos; el segundo, una encomienda para realizar actos jurídicos, según reza el artículo 2546 del Código Civil Federal. No es el caso. El fideicomiso tiene una connotación diferente al mandato por ese efecto traslativo, que desde la entrada en vigor de la ley que lo regula ha tenido y que funciona como un claro complemento de la idea de afectación propia de la figura. La identificación de un propietario de los bienes fideicomitados, es una atinada determinación para eliminar la posibilidad de confusiones que en nuestro medio pudiera haber habido si se toma en cuenta la clara influencia del trust anglosajón que da lugar a una dualidad de propiedades (legal y económica), como se verá posteriormente.

Conviene mencionar que durante el proceso legislativo que llevó a la reforma del año 2003 a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y que dio por resultado el texto que ha sido materia de comentario en este capítulo, las Comisiones, de Hacienda y Crédito Público y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, al emitir el 8 de abril de 2003 su dictamen sobre la Minuta que previamente aprobó la Cámara de Diputados con el proyecto de Decreto que, entre otras reformó a la Ley antes mencionada, hicieron constar lo que en seguida se transcribe: *“En los artículos 381 y 382 de la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se propone conservar la naturaleza del*

²⁶⁴ Véase el apartado “El fideicomiso y las teorías patrimonialistas” de este mismo capítulo.

*fideicomiso como negocio jurídico y, por ende, no calificarlo como contrato*²⁶⁵

Ese punto de vista es útil para los efectos de lo que aquí se sostiene, en tanto que deja clara evidencia de que el legislador negó la calidad contractual para el fideicomiso. También es útil, por lo menos parcialmente, en tanto que lo asimila al negocio jurídico, y de éste ya se ha anotado²⁶⁶ que está estrechamente ligado con la declaración unilateral de voluntad, si bien no es de compartir que la del negocio jurídico sea la esencia del fideicomiso

En consecuencia y en resumen, el fideicomiso implica una declaración unilateral de voluntad, que se satisface por la libre disposición de bienes que lleva a cabo el fideicomitente y el factor de publicidad consistente en la exteriorización de esa decisión a fin de lograr la intervención de una fiduciaria para la prestación de un servicio.

CAPITULO TERCERO FIDEICOMMISSUM ROMANO

I. INTRODUCCIÓN.

La institución jurídica romana cuyo estudio se llevará a cabo en este capítulo, es el *fideicommissum*. Esta institución, por su nombre, es sin duda un antecedente remoto del fideicomiso mexicano, sin embargo, no es la denominación el único factor que le proporciona ese carácter, ya que su propósito es semejante al de nuestro fideicomiso, e incluso comparte con éste rasgos fundamentales que permiten afirmar que tienen la misma naturaleza jurídica.

El *fideicommissum* generaba una relación en la que prevalecía la confianza entre las partes que en ella intervenían. No era la única operación que tenía ese efecto; la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore* son ejemplos de otras operaciones caracterizadas por un preponderante elemento de confianza; el mandato es un caso adicional. Este es uno de los datos que permiten asimilar las operaciones mencionadas con el fideicomiso, caracterizado también por la

²⁶⁵ <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/DetalleProcesoLeg.aspx?IdLey=2348&IdRef=24&IdProc=8>

²⁶⁶ Véase el apartado II, numeral 3, inciso B, de este capítulo, en particular lo que aquí se transcribe: *“El negocio jurídico no se confunde ya hoy con la declaración de voluntad, y se reconoce por todos que el supuesto de hecho negocial será generalmente una cuestión compleja. Afirmación que puede matizarse añadiendo, que si la declaración de voluntad sola no lo constituye, es ella el elemento indispensable o esencial del negocio jurídico”*

existencia de confianza entre las partes, sin embargo, siendo muy importante, no es suficiente para singularizar al fideicomiso ni al *fideicommissum*.

Ya se ha anotado en este trabajo que el fideicomiso mexicano es una declaración unilateral de voluntad, y en este capítulo se aborda el estudio del *fideicommissum* para tratar de evidenciar que comparte esa naturaleza.

En el intento de demostrar el aserto anterior, se llevará a cabo el análisis del régimen del *fideicommissum*, mediante el estudio de diversas épocas, entre las que son destacables las que en seguida se citan: una primera se ubica en el lapso que los estudiosos llaman Derecho Romano Clásico, concretamente a partir del año 40 A.C., cuando, siendo Vespasiano emperador, se promulga la *lex Falcidia*, cuyo cumplimiento se elude mediante el *fideicommissum*, situación que se combatió con la promulgación del senadoconsulto *Pegasiano* (75 D.C.) que extendió al *fideicommissum* la aplicación de dicha ley. Esta etapa concluye en el año 79 D.C., época en la que, según los historiadores, acontece la muerte del emperador Vespasiano. La segunda etapa corresponde al derecho Justiniano, es decir, a los años del 527 al 565 D.C., cuando se hicieron modificaciones importantes al régimen que en apariencia se extendía desde el mencionado senadoconsulto *Pegasiano*.

Para lograr la mejor comprensión del régimen del *fideicommissum*, es conveniente proporcionar elementos que den cuenta de las circunstancias relativas al mismo, sobre todo por el hecho de que el régimen en mención sufrió variantes en un lapso prolongado de tiempo. Por tal razón, en este capítulo se abordarán, de manera esquemática, referencias históricas, unas de carácter general, y otras específicas sobre el desenvolvimiento del derecho romano, para después hacer el análisis del "*fideicommissum*" en cada una de las dos etapas mencionadas. El capítulo concluirá con la reflexión relativa a la determinación de la naturaleza jurídica de esta institución.

II. UNA VISIÓN HISTÓRICA.

1. *La evolución de la historia de Roma.*

En mucho inspirada por leyendas, y en menor parte por elementos históricos, la fecha del inicio de la vida del pueblo romano se sitúa en el año 753 A.C. Roma quedó establecida en una zona llamada Lacio (del latín *latus*-ancho, extenso, dilatado, vasto) que está aproximadamente a 25 km de la desembocadura del río Tíber en el mar Tirreno que se extiende casi a todo lo largo de la costa occidental de lo que hoy conocemos con el nombre de Italia, península que se localiza en la parte sur del continente europeo y que se introduce del noroeste al sureste hacia el mar Mediterráneo y linda con el mar Adriático en su costa oriental²⁶⁷

²⁶⁷ cfr. Mundó, P. José, *Curso de historia universal*, 4a ed., Madrid, España, Espasa Calpe, 1947, pp 145-148.

Los romanos fueron el resultado de la reunión de tres pueblos que se habían asentado en el lugar antes mencionado: etruscos, sabinos y latinos. Estos tres pueblos vivían en condiciones similares que propiciaron su entrelazamiento. Los terrenos del bajo Tíber eran inseguros por propicios a las inundaciones, lo que provocó que los pueblos mencionados buscaran zonas altas que localizaron en las colinas del Aventino, Quirinal, Capitolio, Viminal, Esquilino, Celina y el llamado Monte Palatino. Estas siete elevaciones, de apenas unos cuantos metros (la mayor es el Esquilino con 64m.), proporcionaron a los pueblos en cuestión una mejor ubicación, y su cercanía facilitó la comunicación entre ellos lo que a la postre devino en la conformación de un mismo núcleo de población que fue conocido como Roma.²⁶⁸

Roma es una palabra de origen incierto. Se dice que es posible que provenga de *Ruma* que era el nombre de un antiguo clan etrusco, o bien de *Rumon*, denominación que los propios etruscos daban al río Tiber, aunque igualmente se apunta la posibilidad de que provenga del griego *rheúma*, que significa flujo, corriente de agua²⁶⁹.

Sea como haya sido, lo cierto es que Roma es el vocablo que universalmente identifica a una de las más grandes civilizaciones de la humanidad, cuna de la cultura que trasciende hacia todo el mundo occidental, punto de unión de un gran número de pueblos de la actualidad, cimiento de la gran tradición jurídica de la Europa continental y de Latinoamérica, y, tal vez, punto de influencia de la otra gran familia jurídica que tuvo su origen en la Gran Bretaña y de ahí pasó, entre otros países, a los Estados Unidos de América y a Canadá.

La historia de Roma suele ser dividida en tres grandes períodos iniciales, propios y exclusivos de este pueblo, y uno cuarto que comparte ya con otras naciones y acontecimientos pues está referido a lo que se conoce como Edad Media.

ETAPAS EN LA HISTORIA DE ROMA.

ÉPOCA	INICIO	TÉRMINO
ARCAICA O MONARQUÍA	753 AC	509 AC
REPÚBLICA	509 AC	27 AC
IMPERIO DE OCCIDENTE	27 AC	476 DC
IMPERIO DE ORIENTE	476	1453

²⁶⁸ cfr. Vera Tornell Ricardo, *Historia de la civilización, basada en la obra inglesa Outlines of the world's history de Edgar Sanderson*, Barcelona, España, 1966, p. 323.

²⁶⁹ cfr. Gómez de Silva Guido, op cit, nota 64, p. 612.

La época de los reyes o también conocida como época arcaica, se inicia en el año 753 A.C. (fundación de Roma) y concluye en el año 509 A.C. (expulsión de Tarquino el Soberbio, último rey).²⁷⁰ La época de la República abarca hasta el año 27 A.C., en el que Octavio recibe el título de Augusto que le confiere el Senado. La época del Imperio comprende hasta el año 476 D.C., cuando Odoacro, jefe de la tribu de los hérulos (pueblo germánico cercano a los hunos), depone al último emperador romano de occidente, Rómulo Augústulo. Este es el acontecimiento que según los historiadores marca el fin del imperio romano de occidente.²⁷¹

Durante la época arcaica, la reunión de los pueblos, etrusco, sabino y latino, fue un proceso largo de asimilación, durante el cual cada uno de esos pueblos integraba una tribu, que estaba a su vez dividida en diez curias, y 30 curias formaban los *comicios* (del latín, *com*-juntos e *itium* de *itus*, participio pasivo de *ire*- *ir*²⁷²) *curiados*, asambleas en las cuales se elegía al rey y votaban las leyes.

El pueblo romano estaba formado sólo por los *patricios*, es decir, quienes descendían de los "padres" de la ciudad, los fundadores. Los ciudadanos que no cumplían con ese requisito, estaban sometidos al patronazgo de los primeros, y recibían el nombre de *clientes*. Cada patricio con sus hijos, clientes y *esclavos* formaba una *familia*, y todas las que eran oriundas de un mismo padre formaban un linaje (*gens*). Trescientos ancianos (*seniores*), jefes de linaje, formaban el *Senado*, el cual ordenaba las leyes que serían sometidas a votación.

Mucha gente se sintió atraída por la actividad que en Roma se desarrollaba y se fue acomodando en las colinas. A esos grupos se les conoció como *plebs* (masa) y originalmente carecían de derechos civiles, sin embargo, al tiempo se les acomodó en tribus que tuvieron sus propios *comicios* llamados *tribunicios*. En esos comicios, la *plebs* tomaba sus propias decisiones que entonces no tenían fuerza de leyes y se les conoció con el nombre de *plebiscitos*.

Los asuntos más importantes se decidían sólo con la participación de los patricios, en lo que se llamaba los *comicios centuriados*, porque la votación se realizaba por *centurias*, es decir, por grupos de cien soldados de infantería y 10 de caballería.²⁷³

En los primeros años de la República, Roma era gobernada por dos funcionarios denominados *cónsules*. Estos magistrados eran elegidos por los *comicios centuriados* y duraban en el cargo un año, pero para hacer frente a situaciones extraordinarias que implicaran peligro para la nación, la autoridad era tomada por un solo magistrado al que se llamaba *dictador*, y era elegido por uno de los *cónsules*. El Senado continuó en funciones y aunque era órgano de consulta para los

²⁷⁰ cfr. Barrow, R.H., Los romanos, 25a reimpresión de la 2a ed. México, FCE, 2006, p. 28.

²⁷¹ cfr. Bernal Beatriz y Ledesma José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas*, 13a ed, México, Porrúa, 2006, apéndice No. 1, Cronología de la historia jurídica y cultural de Roma.

²⁷² Gómez de Silva Guido, op cit, nota 64, p. 177.

²⁷³ cfr. Mundó P. José, op cit., nota 252, p. 449.

cónsules, sus determinaciones no tenían para éstos carácter obligatorio. Las leyes que el Senado dictaba, se llamaban *senado-consultos*.

Los plebeyos (*plebs*), ante la situación de inferioridad en la que estaban colocados, decidieron retirarse de Roma, lo que instó a los patricios a darles algunas concesiones, entre ellas y principalmente, la creación de magistraturas, dos en un inicio y diez después, que tenían la facultad de vetar las decisiones del Senado; tales magistrados eran los *tribunos de la plebe* o *tribunos populares*.

Las constantes luchas de los plebeyos fueron dando resultados favorables para ellos. Éste es en realidad el símbolo de la República, pues gracias al ímpetu popular, el gobierno de Roma quedó a la postre conformado de la siguiente manera: a la cabeza estaban los dos *cónsules*, que mandaban el ejército y presidían el Senado; dos *pretore*s administraban justicia, uno *urbanus*, para los ciudadanos, y otro, *peregrinus*, para los forasteros, aunque hubo tiempo en que aumentaron para atender los *quaestiones perpetuae*, nombre que recibían tribunales especiales que atendían asuntos de carácter criminal. Los gobernadores generales de las provincias también gozaban del carácter de *pretore*s. La función de policía era atendida por los *ediles*, dos *curules* y dos *plebeyos*, y los *cuestore*s administraban la hacienda.

Todos estos magistrados duraban un año en el cargo, pues tal era la fórmula que impedía, teóricamente, que abusaran del poder. La excepción a esta regla era el caso de los *censores* que duraban en el cargo cinco años, y su función era hacer el censo y clasificar a los ciudadanos según sus bienes. Esta magistratura era ocupada por *excónsules*.

Las disposiciones legales vigentes en la época, fueron la *Ley de las XII Tablas*, los decretos del Senado y de los comicios centuriados, los plebiscitos de los tribunados y el edicto que cada pretor publicaba al iniciar su magistratura.²⁷⁴

De acuerdo a Barrow, la época imperial recibe este nombre, en razón de que el gobierno estuvo a cargo de un "*Emperador*", aunque continuaron vigentes algunas de las instituciones de la República. Esta época, a despecho de lo que su nombre pudiera dar a entender, tuvo etapas de gran esplendor, a grado tal que algunos historiadores citados por Barrow (Mommsen y Gibbon), anotan que si fuera dable comparar la inteligencia y humanidad con que se gobernaba en esas etapas con lo que prevalece en el presente, es muy dudoso que el juicio fuese favorable para la actualidad.²⁷⁵

La época del Imperio tuvo notorios altibajos y es difícil señalar instituciones a lo largo de la misma, pues es natural que el curso de los acontecimientos estuviese

²⁷⁴ Véase: Mundó P. José, op cit., nota 252 pp 152 a 156. Alvear Acevedo Carlos, Curso de historia general, 8a ed, México, editorial Jus, 1968, p 109. Lozano Fuentes José Manuel, Historia de la cultura, 5a impresión, Editorial Continental, México, 1985, pp 133 a 135

²⁷⁵ Barrow, R.H., op cit, nota 255, p. 30.

vinculado al tono que en cada caso quiso imprimir el respectivo emperador, pues a fin de cuentas el poder de que gozaron fue total ya que en ellos recayeron todas las funciones que en la República estaban distribuidas en diferentes magistraturas, lo cual no significa que éstas hubiesen desaparecido, sino que el emperador ejercía control sobre los funcionarios de manera absoluta.

Hubo emperadores que desempeñaron el cargo con gran tino en beneficio auténtico de la población; otros, por el contrario, se comportaron de manera abusiva y algunos alcanzaron graves niveles de degradación. Entre los primeros habrá que citar a Octavio Augusto; a los siguientes corresponden nombres ejemplificativos de los peores comportamientos como es el caso de Nerón y Calígula. Entre esos extremos habrá que ubicar a los demás emperadores; de ellos destacan los siguientes: Tiberio, Claudio, Vespasiano, Tito, Domiciano, Nerva, Trajano, Adriano, Antonino Pío, Marco Aurelio, Cómodo, Septimio Severo, Caracalla, Alejandro Severo, Diocleciano, Constantino, Juliano, Teodosio.²⁷⁶

Durante el Imperio hubo un par de acontecimientos que no conviene dejar de mencionar pues dan un mejor panorama de las cosas, en relación con el propósito central del presente capítulo. Los acontecimientos en cuestión son, por una parte, el advenimiento del cristianismo, y por la otra, la división del imperio romano.

El Imperio inicia veintisiete años antes del nacimiento de Jesucristo, de manera tal que se desarrolla en unión de la nueva doctrina y muchos de los hechos que hasta el año 476 de nuestra era ocurren, están matizados por la confrontación primero y la aceptación después, del cristianismo.

Por eso es clave, en el curso de los últimos años del Imperio, el *Edicto de Tolerancia* promulgado en el año 313 por *Constantino el Grande*, que marca el triunfo del cristianismo sobre el paganismo greco-romano. Constantino había tomado el poder apenas un año antes, después de cruentas luchas con otros aspirantes al cargo de Emperador, pero no había logrado un triunfo definitivo pues tuvo que sortear todavía algunos intentos de oposición, hasta que en el año 324 logra la consolidación con la muerte de Licinio. Constantino se adhiere al cristianismo y convoca al Concilio de Nicea en el año 325, que fue la primera reunión ecuménica de la iglesia cristiana.

Constantino decidió trasladar la capital a Bizancio y en el año 330 se celebra la instauración de este lugar con el carácter aludido. A la muerte de Constantino le sucede su hijo Constancio y a éste su primo Juliano que intentó, vanamente, erradicar la práctica del cristianismo. Juliano muere en lucha contra los persas en el año 363, y trece años después accede al poder Teodosio que será el último emperador que mantuvo la unidad del Imperio. Teodosio prohibió en el año de 391 todos los cultos paganos, hecho éste que junto con el *Edicto de Tolerancia*, colocan a la religión cristiana como el culto oficial y confirman su vigencia, respaldando la fe de todos los que practicaban el cristianismo. Por decisión de Teodosio, a su muerte,

²⁷⁶ Véase: Mundó P. José, op cit nota 252, pp 200 a 224; Alvear Acevedo Carlos, op cit nota 259, pp 114 a 119.

en el año de 395, se nombró emperador de Constantinopla (Bizancio) a su hijo mayor Arcadio, y al segundo, Honorio, Emperador de Occidente, con la capital en Roma o en Ravena. Así queda escindido el Imperio y se inicia el período que habrá de llevar, después de la derrota de Rómulo Augústulo a manos de los hérulos (476), a una nueva época, la Edad Media cristiana.²⁷⁷

El cuarto período en la historia de Roma, como ha quedado dicho, corre en forma paralela con la Edad Media. Concluye en mayo de 1453, con la caída de Constantinopla, a manos del emperador turco Mohamed II. Este hecho es tan relevante, que en opinión de los historiadores, marca no solamente la caída del imperio romano de oriente, sino también el fin de la Edad Media.

Muchos años antes de esa fecha, en el siglo VI, de los años 527 a 565, Justiniano fue Emperador en el Imperio de Oriente. Este notable personaje de la historia de Roma en general y de la historia del Derecho en particular, hizo un postrer esfuerzo por restablecer la antigua grandeza de Roma. Justiniano fue un gran reformador, a la vez que humanista e impulsor de la fe cristiana, con obras de beneficio colectivo, pero también con mensajes que invitaban a sus súbditos a seguir los principios de Jesucristo. Fue digno sucesor de Constantino el Grande. De sus obras materiales, la más importante es, sin duda, la Hagia Sofía, o Santa Sabiduría, mejor conocida como Santa Sofía, templo de enormes proporciones que, por supuesto, estaba consagrado a la fe de la religión cristiana y que tiempo después fue convertido en mezquita cuando los turcos conquistaron Constantinopla. Justiniano también logró importantes triunfos militares y recuperó para el imperio romano algunas zonas del norte de África, pero a la vez tuvo que hacer concesiones para evitar invasiones de los bárbaros, lo que a final de cuentas empobreció al pueblo de Bizancio. Justiniano pudo haberse conformado con el enorme prestigio que le brindaba la obra de sus sabios y artistas, sin embargo no cedió a las tentaciones del poder. Justiniano murió a la edad de ochenta y tres años y dejó un gran legado a la humanidad.²⁷⁸

De él, dijo Ortolan: "*En somme, Justinien a été un empereur guerroyant, architecte et législateur: de ses guerres il n'est rien resté; de son architecture, quelques monuments; mais ses lois ont régi le monde, et forment encore la base des législations européennes*"²⁷⁹ (*En síntesis, Justiniano fue un emperador guerrero, arquitecto y legislador: de sus guerras, nada queda; de su arquitectura, algunos monumentos; pero sus leyes han regido al mundo y ahora son la base de las legislaciones europeas*).

2. La evolución del Derecho Romano.

²⁷⁷ Véase: Mundó P. José, op cit. nota 252, pp 225 a 227; Grimberg Carl y Svanström Ragnar, *Historia universal*, 1a ed, trad. de T. Riaño, México, Daimon, 1983, T. 3 Roma, pp 347 a 36; Hartmann Johannes, *Esquema de la historia. Desde la prehistoria hasta el siglo XX*, s.f. trad. de Lía e. de Reich, Buenos Aires, Argentina, Fabril Editora, 1964, pp 68 y 69.

²⁷⁸ cfr. Grimberg Carl y Svanström Ragnar, op cit, nota 262, T 4 La Edad Media, pp 63 a 66.

²⁷⁹ Ortolan M., *Explication historique des instituts de l'empereur Justinien*, 8a ed, Paris, Henri Plon Imprimeur-editeur, 1870, p. 7.

Si se toma como referencia inicial el año de creación de Roma (753 A.C.) y como punto final el de la muerte de Justiniano (565 D.C.), se está frente a un largo período de tiempo que abarca trece siglos, en total, mil trescientos dieciocho años.

En tan largo espacio, es natural que haya habido muchos cambios en las instituciones jurídicas del pueblo romano. De ahí que los estudiosos hayan tratado de dividir a ese espacio en etapas, para encontrar ciertas características, o ciertos acontecimientos que permitan darle a cada una de ellas, algún grado de uniformidad que facilite la labor de comprensión del grandioso trabajo jurídico que ese pueblo desarrolló.

El asunto siempre ha sido complicado, y por ello se encuentra que hay diferentes maneras de medir y establecer esas etapas. Tal vez en lo único en lo que hay coincidencia, es precisamente en la conveniencia de hacer el estudio del derecho romano por diferentes períodos, pero el criterio se vuelve dispar apenas se trata de empezar a medir de cuando a cuando corre cada uno de ellos.

El profesor Raúl Lemus García, anota que algunos romanistas toman como criterio de clasificación a las formas de gobierno o acontecimientos histórico-políticos trascendentes en la vida de Roma, y menciona en este grupo a Leibniz, Bach, Schubert, Jacobo Godofredo, Ortolán, Makeldey, Puchta, Marezoll, Mainz, Girard, J.Arias. Otros autores, continúa diciendo el profesor Lemus, se rigen por criterios estrictamente jurídicos, como R. Ihering, Padelletti, Vigt, Cgliolo, Gastón May, Eduardo Cuq, Bonfante. Una última corriente, según el mismo autor, hace una mezcla de ambos criterios para hacer sus propias divisiones; en este grupo ubica a Enrique Ahrens, E. Gibbon, Hugo, Willens, E. Petit²⁸⁰

Las obras sobre el Derecho Romano, fundamentalmente sistematizan sus instituciones de derecho civil (en la noción que del mismo es vigente en nuestro tiempo, es decir, la rama que se ocupa de personas, bienes, sucesiones, obligaciones y contratos), sin embargo la periodización que prácticamente todos los autores llevan a cabo, en cualquiera de los criterios que se han anotado, se realiza sobre la base del estudio de acontecimientos que reflejan la organización socio-política de los romanos, y consecuentemente, abordan el estudio de instituciones jurídicas de carácter público.

Esto es una cuestión paradójica, porque se hace dogmática sobre derecho privado romano, pero para llevarla a cabo, y sin que se diga, los autores efectúan previamente la dogmática del derecho público romano, que es tan importante como el derecho privado, porque sin la adecuada o conveniente regulación de la vida del Estado, los romanos difícilmente hubieran podido construir y desarrollar sus instituciones privadas.

²⁸⁰cfr Lemus García Raúl, *Sinopsis histórica del derecho romano*, s.f. México, Limusa, 1962, pp 40 y 41.

Algunos autores refieren los conceptos fundamentales del Derecho Romano y, al hacerlo, les dan el calificativo de "privados". El autor de estas líneas estima que es errónea esa apreciación, porque, como se podrá ver más adelante, esos conceptos fundamentales, son creaciones que se hicieron en función del comportamiento colectivo; son ideas o pensamientos expresados con palabras sobre asuntos de interés general en el más amplio sentido de la expresión; fueron formas de entendimiento sobre materias básicas para la sociedad romana, que dejan ver cómo las instituciones se fueron acomodando a manera de permitir la armonía del grupo en función de la evolución y cambio que en el tiempo fueron sufriendo sus criterios. Sin menospreciar la sistematización de sus instituciones privadas, en mucho la grandeza jurídica del pueblo romano está expresada en su régimen de la cosa pública que le permitió lograr su preeminencia en el mundo antiguo, y poner en práctica de muchas maneras su genio grandioso, del que dan cuenta obras múltiples, físicas e intelectuales, de las que somos todavía beneficiarios en la Europa continental, Asia Menor, Latinoamérica, e incluso, en cierta medida, en los países del common law.

En síntesis, la periodización del Derecho Romano, se hace respecto del derecho público, y los conceptos fundamentales gozan también de ese carácter. En tal virtud, en este trabajo se seguirá el modelo que toma como primera referencia a los acontecimientos político-sociales, y en segundo lugar las instituciones jurídicas. En cada período se procurará enfatizar las principales características de sus instituciones de derecho, y se harán comentarios de carácter complementario con los datos que proporcionen la información conveniente sobre la situación que en la época prevalecía, pues, como es lógico, esas instituciones fueron respuesta a las necesidades de la vida cotidiana que quedan comprendidas en la descripción de dichas situaciones.

Consecuencia de lo expuesto, es que la evolución del Derecho Romano se presenta en este apartado iniciando por una breve referencia a los conceptos fundamentales, para después hacer alusión a los períodos propiamente dichos, y finalizar con las características del derecho en cada uno de éstos. El detalle se observa a continuación:

CONCEPTOS FUNDAMENTALES:	-Derecho y religión: ius y fas	
	-Divisiones del derecho:	-Derecho público y derecho privado -Derecho escrito y derecho no escrito
	-Fuentes del derecho:	

		<ul style="list-style-type: none"> -Costumbre -Lex -Plebiscitos -Senadoconsultos -Jurisprudencia -Edictos -Constituciones
ETAPAS:	<ul style="list-style-type: none"> -Arcaica -Preclásica -Clásica -Postclásica -Justiniana 	
CARACTERÍSTICAS POR ETAPA:	<ul style="list-style-type: none"> -Formalismo -Flexibilización -Jurisconsultos. -Transformación -Codificación 	

A. Conceptos fundamentales.

Antes de hacer la periodización correspondiente, es menester dejar constancia de la significación de los más importantes conceptos jurídicos que fueron propios del Derecho Romano, pues su conocimiento facilita la comprensión de las características de cada uno de los períodos histórico-jurídicos a que se hará alusión un poco más adelante.

a. Derecho y religión (ius y fas).

A diferencia de lo que ocurrió en la mayor parte de los pueblos de la antigüedad, los romanos pronto separaron la religión del derecho. Para enfatizar esa separación, dieron al derecho creado por los hombres la denominación de *ius*; al derecho sagrado, el de origen divino, se le denominó *fas*, sin embargo, al paso del tiempo, la palabra *ius* fue útil para identificar al derecho todo.

b. Divisiones del derecho.

1) Derecho público y derecho privado.

Para los romanos, el *ius publicum* comprende el gobierno del Estado, la organización de las magistraturas, la parte referente al culto y sacerdocio (*ius sacrum*), así como las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos. En contrapartida, el *ius privatum* se refiere a la regulación de las relaciones entre los particulares.

Dicho así, como se ha anotado, pareciera que la división estaba claramente definida, sin embargo, los romanos tampoco (al igual que ocurre en el mundo moderno) contaron con una línea divisoria tajante, de lo cual dan cuenta algunos aforismos citados por el ilustre romanista e historiador del Derecho, el jurista Guillermo F. Margadant: "*expedit rei publicae, ne quis sua re male utatur*" (es importante para el Estado que nadie haga mal uso de sus propiedades), o bien, "*privatorum conventio iuri publico non derogat*" (el convenio entre particulares no puede modificar el derecho público).

En relación con este segundo caso, encontramos que, como lo dice el mismo autor, la esfera de lo privado está regulada también por normas de carácter público (en tanto que rigen de manera taxativa, es decir, con independencia de, o sobre, la voluntad de los particulares); se trata del *ius cogens*. El caso opuesto es el de las normas que los particulares pueden dejar de aplicar (aunque eso ocurre por virtud de una norma que así lo autoriza o permite, norma ésta que tiene el mismo carácter de las del *ius cogens*) y son *simpliciter disponunt* (simplemente de derecho dispositivo).²⁸¹

A decir de Eugéne Petit, el derecho privado se subdivide en *ius naturale* (derecho natural), *ius gentium* (derecho de gentes) y *ius civile* (derecho civil). Conforme al mismo jurista, *ius naturale* es una noción que se forma por primera vez con Cicerón (106 A.C.- 43 A.C.), quien lo hace inspirado por la filosofía estoica. Más tarde, continúa diciendo Petit, Ulpiano (170 D.C.- 228 D.C.) asienta que el *ius naturale* consiste en las leyes que la Naturaleza ha impuesto a todos los seres animados, quienes acatan los mandatos de la Naturaleza en virtud de que están dotados de razón. La idea del *ius naturale* toma características y fuerza especiales con el cristianismo, y en la época de Justiniano hay referencias al mismo, tanto en las Instituciones como en el Digesto²⁸²

El *ius gentium* comprende las instituciones del derecho romano, de las que pueden participar los extranjeros, lo mismo que los ciudadanos. Éste es su sentido restringido, pero en una acepción amplia, se entiende como el conjunto de reglas aplicables en todos los pueblos, sin distinción de nacionalidad, y en este punto se

²⁸¹ cfr Margadant S. Guillermo Floris, op cit, nota 218, pp 101 a 103.

²⁸² Petit Eugéne, op cit nota 216, p. 21.

aproxima o se parece al *ius naturale*, porque en ambos casos el fundamento se encuentra en la razón humana.

También se consideraba como *ius gentium*, aquella parte del *ius publicum* que regía las declaraciones de guerra, los tratados de paz o de alianza. El *ius gentium* se formó con las reglas que regulaban el comercio marítimo entre los pueblos helénicos y que habían establecido antes de que los romanos conquistaran esa región. A la llegada de éstos, se suscitaron conflictos entre quienes tenían la categoría de ciudadanos y quienes no lo eran, y también surgieron conflictos entre los no romanos. Una manera de dar solución a tales conflictos fue el utilizar las reglas en cuestión y aplicarlas en lugar de las normas que estaban creadas para los ciudadanos de Roma. El *ius gentium* se aplicó con la intervención del *praetor peregrinus*, que encontró su utilidad en virtud de la aceptación de que gozaba habida cuenta de su fuerza racional. Tal fue el éxito del *ius gentium*, que el trabajo del *praetor peregrinus*, fue luego fuente de inspiración para el *praetor urbanus*.²⁸³

El *ius civile* es una referencia que permite distinguir ciertos conjuntos de ordenamientos. El maestro Margadant nos dice que hay hasta tres pares de conceptos en los cuales figura el *ius civile*. El primero y de más fácil explicación, es el que se forma entre el *ius civile* y el *ius criminale* (que vendría siendo algo muy semejante a lo que hoy conocemos como derecho criminal o derecho penal). Esta distinción se usaba en época posterior a la de la *Dinastía Severa* que gobernó del año 193 D.C. al 235 D.C., y cuyos más destacados representantes son *Septimio, Caracalla y Alejandro*. El segundo par permite distinguir el *ius civile* del *ius honorarium*. El *ius civile* era el conjunto de normas que estaba contenido en la costumbre, las leyes, plebiscitos, senadoconsultos y *iurisprudencia*. El *ius civile* era un derecho formado en tiempos remotos, desde la fundación de Roma, y sus disposiciones eran en extremo rigurosas (asperezas les llama el maestro Margadant). La paulatina eliminación de los rigores se hizo, primero, con la labor de la *iurisprudencia*, y después con el *ius honorarium*.

El *honorarium* se formó con un conjunto de medidas que tomaron, en primer lugar, los pretores, y, en segundo lugar, los ediles, gobernadores provinciales, o los cuestores. A través de esas medidas, inicialmente de carácter procesal, se procuraba protección con nuevas instituciones jurídicas, más equitativas y de mayor eficacia, y aunque a veces contradecía lo señalado por el *ius civile*, el *honorarium* no lo derogaba, sino que simplemente coexistía con el primero, quedando yuxtapuesto respecto del primero que no se aplicaba como resultado de la paralización que era provocada por el *honorarium*. Según el maestro Margadant, del *ius honorarium* Papiniano dijo que a veces ayudaba al *ius civile*, o bien, lo complementaba.

El tercero y último par, era el que confrontaba al *ius civile* con el *ius gentium*. Éste, como ya se vio, fue útil para resolver controversias entre quienes no eran romanos, pero su fuerza radicaba en lo racional de sus disposiciones, por lo que se convirtió,

²⁸³ cfr Petit Eugene, op cit, nota 216 p 22 y Margadant S. Guillermo F., op cit nota 15, p. 71.

incluso, en fuente del *ius honorarium*. La dupla de la que ahora es necesario ocuparse (*civile y gentium*), nos revela una distinción importante: por un lado, las normas aplicables a los romanos; por el otro las reglas aplicables a los extranjeros. En este sentido, cabría considerar que *ius civile* y *ius honorarium* son lo mismo, o por lo menos que, para los efectos de la distinción con el *ius gentium*, el *honorarium* forma parte del *civile*.²⁸⁴

2) Derecho escrito y derecho no escrito.

Ius scriptum (derecho escrito) es el que tiene un autor cierto, el que ha sido promulgado por el legislador. *Ius non scriptum* (derecho no escrito) está formado por el uso, por la tradición, sin importar que haya sido consignado en los textos. Es su origen lo que le da su nombre. Esta es una distinción a la que los romanos brindaban gran importancia, ya que fueron un pueblo que tenía en mucha relevancia la figura de sus antepasados (*mores maiorum* - costumbres de los mayores).

El *ius scriptum* provenía de las siguientes fuentes: *las leyes* o decisiones votadas en los *comicios* sobre la proposición de un senador; los *plebiscitos*, o las decisiones tomadas en los *concilia plebis* sobre la proposición de un *tribuno*; los *senadoconsultos*, o decisiones votadas por el Senado; las *constituciones imperiales* que emanan de la voluntad del emperador; los *edictos* de los *magistrados*, es decir, las reglas de derecho que los magistrados encargados de la justicia civil, sobre todo los pretores, publicaban en sus edictos al entrar en funciones; las *respuestas de los prudentes*, o dictámenes de los jurisconsultos. El *ius non scriptum* tiene una sola fuente: la costumbre, en refuerzo de la cual, según anota el maestro Margadant, se decía: ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad mediante votación o por medio de la realidad misma y por sus propios hechos?²⁸⁵

c. Fuentes del derecho.

Al estudio de las fuentes del Derecho Romano, se le conoce también como "historia externa del derecho romano". Es un estudio histórico, porque las fuentes tuvieron diferentes grados de trascendencia, según la época a la cual se refieran, de manera tal que es indispensable colocarlas en cada una de ellas para poder apreciarlas en su dimensión correspondiente.

Se le llama "externa", solamente por razones de método, a fin de poder distinguir este estudio del que se hace, en lo "interno", de cada una de las instituciones del Derecho Romano privado. Este criterio de identificación de las fuentes del Derecho Romano, refuerza la tesis, ya expuesta, de que los conceptos fundamentales son parte del Derecho Romano público. En la medida en que se le califica como "externa", se la identifica como algo diferente de lo que son las instituciones privadas. Hecho este señalamiento, procede anotar que las fuentes que serán

²⁸⁴ cfr Margadant S. Guillermo F, op cit, nota 218, pp 69 a 71, y 101.

²⁸⁵ Véase Petit Eugène, op cit, nota 216 , pp 22 y 23; Margadant S. Guillermo F., op cit, nota218, pp 103 y 104.

analizadas en seguida, son: costumbre; *lex*; *plebiscito*; senadoconsulto; *iusprudentia*; edictos; *constitutio*.

1) **Costumbre.**

La noción de costumbre más frecuentemente aceptada en la actualidad, proviene precisamente del Derecho Romano: "*inveterata consuetudo et opinio iuris necessitatis*". Este concepto suele ser dividido en dos partes o elementos: objetivo el primero, y consiste en la repetición de una conducta, es decir, la actuación de manera semejante por parte de los miembros de la comunidad frente al mismo tipo de estímulo; el segundo elemento es de carácter subjetivo y consiste en la creencia o convicción de que tal comportamiento es obligatorio, no obstante que no esté comprendido en norma alguna de las que forman parte del ordenamiento jurídico emanado de los órganos que tienen por función la creación del derecho.

El profesor Lemus García, en su ya invocada "Sinopsis Histórica del Derecho Romano", cita que Ulpiano anotaba en sus célebres Reglas, la siguiente definición de la costumbre: "*Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine invetaratus*" (la costumbre son los usos arraigados por el tiempo con la conformidad tácita del pueblo).

La costumbre fue la fuente primordial del derecho durante el período de la Monarquía, situación que es comprensible, porque forma parte de los primeros esfuerzos de organización de las comunidades primitivas que se manejan en función de convenciones orales, en tanto van logrando, poco a poco, el establecimiento de órganos formales de gobierno. Al respecto, los distinguidos juristas Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma refieren: "*Durante el período de referencia, el campo de la costumbre es tan extenso, como reducido el de la ley. A medida que el Estado va cobrando fuerza, el ámbito de la ley se amplía y el de la costumbre se reduce paulatinamente, y aunque no desaparece completamente, queda relegado a un plano secundario*"²⁸⁶

2) **Lex.**

Para los romanos, la *lex* (ley), era lo que el pueblo ordenaba. La ley tenía un origen netamente popular. En cierta forma, era el pueblo el gran legislador. El profesor Lemus García, cita a varios jurisconsultos romanos quienes dan conceptos de ley en ese orden de ideas. Dice el maestro Lemus que, Gayo, en sus *Institutas*, expresa: "*Lex est quod populus iubet atque constituit*" (ley es lo que el pueblo ordena o estauye). El mismo autor señala que Justiniano afirma: "*Lex est quod populus romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat*" (Ley es lo que el pueblo romano, interrogado por un magistrado con rango senatorial, como el cónsul, ordenaba o establecía).²⁸⁷

²⁸⁶ Bernal Beatriz y Ledesma José de Jesús, op cit, nota 256, p. 80.

²⁸⁷ Lemus García Raúl, op cit, nota 265, p. 109.

La voluntad del pueblo, para los efectos de la creación de leyes, se expresaba en las asambleas denominadas *comitium* (comicios). Estas asambleas reunían a los ciudadanos que ahí deliberaban sobre asuntos de interés común, especialmente las leyes. Los comicios eran varios, porque estaban integrados por grupos de ciudadanos que recibían, como se ha visto antes, el nombre de curias, de manera tal que las asambleas eran denominadas *comitium curiate*.

La lucha desarrollada por la *plebs* (plebe) para que su voluntad fuera tomada en cuenta, provocó, al paso del tiempo, una reforma en la integración de los comicios, de donde resultó que la unidad de medida eran los grupos denominados centurias, y todavía después, se incorporó otra unidad que fueron las tribus. Aunque se discute cuál era el ámbito real de competencia de esas asambleas, en términos generales se acepta que una de sus funciones es la que ya ha quedado dicha: la aprobación de leyes.

La creación de leyes seguía un proceso en el que intervenían varias partes, a saber, magistrados, comicios y senado. El derecho de convocar a los comicios correspondía a los magistrados (cónsules, pretores, dictador); la plebe era convocada por los tribunos de la plebe. El magistrado convocante presentaba a los comicios el proyecto de ley, mediante la *promulgatio*. A través de este acto, el proyecto quedaba expuesto públicamente para conocimiento del pueblo y en un lapso que no era menor de veinticuatro días, durante el cual el pueblo discutía el proyecto. Una vez que llegaba la fecha señalada para el efecto, los comicios se reunían y se procedía a la votación por curias, centurias o tribus. El voto sólo podía expresar asentimiento o disentimiento, porque el proyecto se aceptaba o rechazaba en su totalidad, sin modificaciones.

En los primeros tiempos el voto se expresaba de viva voz, pero después se usaban unas tablillas que tenían inscritas las letras Q:R: ("*quo rogas*" que significa "como lo pides"), o bien A.Q.R. ("*anti quo rogas*" que se traduce "contra lo que pides"). Cada unidad expresaba su sentir mediante esas tablillas, que se contaban para definir el resultado.

La ley estaba formada por cuatro partes: el "*index*": contenía un sumario del contenido; "*praescriptio*": proporcionaba información sobre el proceso ante los comicios y el nombre del magistrado proponente, que por lo general constituía la denominación misma de la ley; "*rogatio*": era el texto propiamente dicho de la ley; "*sanctio*": cuarta y última parte con medidas tendientes a asegurar la observancia de la ley.

En virtud de que la parte fundamental de la ley era la "*rogatio*" (pregunta), era éste el elemento que permitía distinguir a las leyes que eran aprobadas por los comicios (leyes "*rogatae*"), de las leyes que no requerían su aprobación porque eran

establecidas por ciertos funcionarios que gozaban de la facultad delegada para el efecto. Las de este segundo caso eran las leyes "*datae*" (dadas).²⁸⁸

3) *Plebiscitos.*

En la lucha de la plebe por lograr el reconocimiento jurídico de los ciudadanos romanos, hubo varios momentos de conquista, uno de los cuales fue la formación de los comicios por tribus, llamados *comicios tribunicios* o más comúnmente conocidos como *concilia plebis*.

En estas asambleas se tomaban decisiones que, en las épocas más lejanas, sólo eran obligatorias para la *plebs*. El resultado del proceso correspondiente se denomina *plebiscitum*. *que Gayo* (citado por Gumesindo Padilla Sahagún) define en sus Instituciones de la siguiente manera: *plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit* (plebiscito es lo que manda y establece la plebe).

El plebiscito era el resultado de un proceso legislativo semejante al que se seguía en el caso de la *lex rogatae*, con la diferencia de que la propuesta era formulada por el tribuno de la plebe. En el año 287 A. C., la aparición de la *Lex Hortensia*, provocó que los plebiscitos fuesen obligatorios también para los patricios, lo que es de ser interpretado como un logro más de los plebeyos, aunque es necesario aclarar que tenían el carácter general, siempre y cuando lo resuelto gozase del mismo atributo y no se tratara, por el contrario, de un asunto exclusivo de la *plebs*. La *lex Hortensia* simplificó el conjunto de requisitos que otra ley, anterior a ésta, la *ley Valeria Horatia*, había establecido, pues conforme a ella era indispensable, además, la aprobación del Senado y la ratificación de los comicios curiados.²⁸⁹

4) *Senadoconsultos.*

El nombre de estas disposiciones merece una aclaración. Originalmente el *senatusconsultum* era la respuesta a una consulta. El Senado recibía de un magistrado una solicitud para que le orientase sobre la forma de atender algún asunto y ese cuerpo colegiado atendía la petición con algún consejo que, por lo general, era seguido por el peticionario en función de la relevancia del órgano que le respondía, aunque no debe descartarse que fuese una manera de no asumir totalmente la responsabilidad.

Toda vez que la opinión del Senado quedaba comprendida en el edicto que el consultante emitía, el senadoconsulto no tenía eficacia por sí mismo. El Senado en ese tiempo era un órgano de *auctoritas* (autoridad), carente de *potestas* (potestad), por tanto sus funciones no eran legislativas en el sentido estricto de la expresión,

²⁸⁸ Véase: Bernal Beatriz y Ledesma José de Jesús, op cit, nota 256, pp 71 a 76 y 131 a 133; Lemus García Raúl, op cit, nota 265, pp 108 a 112; Margadant S. Guillermo Floris, op cit, nota 218, pp 46 a 49. Morineau Iduarte Marta e Iglesias González Román, Derecho romano, 4a ed, México, Oxford, 1998, p. 13.

²⁸⁹ Véase Padilla Sahagún Gumesindo, *Derecho romano*, 4a ed, México, Mc Graw Hill, 2008, p. 22; Bernal Beatriz y Ledesma José de Jesús, op cit, nota 256, pp133 y 134.

sin embargo hacia el fin de la época de la República, los comicios caen en desprestigio y empieza a tomar más relevancia la opinión del Senado como fuente de derecho.

Augusto (gobernó del 29 A.C. al 14 D.C.) hace algunas concesiones por virtud de las cuales el Senado ejerce formalmente funciones legislativas e influye significativamente, poco a poco, en la conformación del *ius civile*, hasta llegar al punto, en tiempos de Adriano (gobernó del 117 al 138 D.C.), en que los senadoconsultos valen tanto como las leyes. Esta situación orilló a los emperadores a acudir al Senado para presentar la *oratio principis*, que era una iniciativa a la manera en que lo hacían los magistrados para formular consultas, sólo que, en tratándose de los emperadores, la situación se convirtió en un mero formulismo, pues la iniciativa era aprobada por aclamación, sin discusión, y con el carácter de senadoconsulto se convertía en ley. Esta forma de derecho desapareció en la época del emperador Caracalla (gobernó del 211 al 217 D.C.).²⁹⁰

5) *Jurisprudencia.*

Bajo el nombre de jurisprudencia se identifica al trabajo de los expertos en el derecho romano, expresado, las más de las veces, a través de opiniones sobre la forma de resolver o atender, conforme a la ley, situaciones de todo género.

Las opiniones emitidas por esos expertos, gozaban de gran credibilidad entre los romanos, en función de diversos factores que se conjuntaron para darle la mayor relevancia a esa actividad.

Para mejor comprender cómo es que así ocurría, conviene tomar en consideración el significado mismo de la palabra jurisprudencia, claramente formada por la conjunción de dos vocablos *ius* y *prudencia*. Estas palabras, según el ilustre teórico del Derecho, el Dr. Rolando Tamayo Salmorán, significan, la primera, lugar donde el "derecho" se dice y por derivación el mismo "derecho", y la segunda "saber hacer". Así lo dice el distinguido jurisperito: "*Ius indica, así, el acto o el lugar de administración de jus - ticia*"; *el lugar del ius dicere; el mismísimo acto del ius reddere, del pronunciamiento del derecho. Ius es un topónimo. Ius nombra la resolución judicial; de ahí la frase ita ius esto ('[el] derecho es...') frase con la que el juez comenzaba su sentencia...de ahí que, después ius, por extensión (o posiblemente desde su origen), se refiere, también, al acto o al instrumento en que el derecho se establece, esto es, al conjunto de praecepta o formulae fijados en un texto (e.g. leges, senadoconsulta, edicta)...Dos preguntas han fuertemente intrigado a los seres humanos a través de la historia de la humanidad; éstas son: '¿qué es?' y '¿qué hacer?'. Las respuestas dadas a estas cuestiones han producido dos diferentes derroteros: descripción (i.e. la demostración) que hace la ciencia (episteme), por un lado, y la **justificación de la acción**, por el otro. Este último constituye el campo de la "razón práctica", el mundo de la "acción humana", i.e. el*

²⁹⁰ Véase Margadant S. Guillermo F., op cit, notas 218, pp 52 y 53; Padilla Sahagún Gumesindo, op cit, nota 274, p 23; Lemus García Raúl, op cit, nota 274, p. 113.

*mundo de la prudentia. Es necesario subrayar un rasgo particular de la prudentia; ésta no es caprichosa ni arbitraria. La prudentia procede con el mismo rigor que la ciencia, "ajustándose a la razón". Lo que divide al conocimiento científico (episteme) de la prudencia no es el mecanismo del pensar, sino sus respectivos objetos; la ciencia, conoce; la prudencia conoce y dice **qué hacer**. La prudencia construye la acción humana **racional**, la acción justificada. La prudencia, "siguiendo los cálculos de la razón" señala la mejor acción que un hombre puede seguir en la circunstancia. Esta acción, la que no puede ser objetada (superada) por otra deviene la acción "correcta", la acción "válida"²⁹¹*

De acuerdo a lo expuesto, es acertado decir que una primera significación del vocablo "jurisprudencia" consiste en el adecuado manejo del derecho y esa era la idea que generaba el trabajo de los expertos en el derecho romano, lo que se confirma con las siguientes palabras del Dr. Mario Magallón Ibarra: "...podemos colegir que al jurista romano no le preocupaban las artificiosas elaboraciones de dialécticos argumentos de lógica jurídica, como tampoco definiciones y reglas, sino la determinación de normas claras, precisas y sencillas, que fueran prácticas para poder resolver los problemas de la vida cotidiana...la práctica del derecho, como la exaltación de la prudencia que le servía de fundamento, no constituían una técnica, una mecánica o un conocimiento que se aprendiera de memoria, sino un exquisito arte que se manifestaba con la conducta ejemplar de quien lo poseía y ejercitaba. Por tanto, la jurisprudencia era, ante todo, prudentia iuris; aquella capacidad de saber elegir, entre varias opciones, la más oportuna y adecuada al caso. Esa aptitud de la prudencia no era huérfana devoción moral, sino el convencimiento de la virtud humana que está latente en la vida de cada hombre y constituye su más cuantioso patrimonio. Es, a la vez, evidente que la prudencia está basada en la iustitia, que se manifiesta dando a cada uno lo que es suyo, y también en la utilitas, puesto que quien es prudente debe saber diferenciar lo que es justo de lo injusto; así como también lo que es útil, de aquello que no lo es, de manera que se logre alcanzar el bien y evitar el mal"²⁹²

Los peritos en derecho de Roma, llevaban a cabo cuatro tipos de actividades que se conocen con las denominaciones de *respondere*, *cavere*, *agere*, *scribere*. A través de esas actividades resolvían casos problemáticos, reales o hipotéticos, según lo dice el maestro Margadant, aunque en ocasiones, anota el ilustre jurista, también formulaban reglas abstractas.

Mediante el *respondere* (responder), los juristas romanos emitían su opinión sobre los asuntos que les eran consultados; a través del *cavere* (evitar) redactaban documentos jurídicos; *agere* (llevar, conducir) era la actividad de patrocinio a los interesados en juicios y actos procesales; mediante el *scribere* (componer, escribir)

²⁹¹ Tamayo y Salmorán Rolando, "Jurisprudencia y formulación judicial del derecho" *Isonomía*, México, No. 2, octubre de 2004, pp 196 y 200, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/jurisprudencia-y-formulacin-judicial-del-derecho-0/>

²⁹² Magallón Ibarra Jorge Mario, *La senda de la jurisprudencia romana*, 1a ed, México, IJ-UNAM, 2000, p. 45.

elaboraban colecciones sobre temas jurídicos que daban a la publicidad bajo las formas de *responsa* (respuestas) y de *regulae* (reglas)²⁹³

Los resultados del trabajo de esos peritos se coleccionaban, discutían y comparaban, y ello dio origen a la jurisprudencia romana, en la acepción del vocablo que ya ha quedado anotada. "*Ahora bien, en sentido estricto de la palabra, sólo se puede llamar derecho de juristas a las normas jurídicas creadas directamente por la jurisprudencia en su actividad de dar dictámenes y en su producción literaria sin la mediación de los magistrados o del legislador*"²⁹⁴

6) Edictos.

Edictum (edicto) es una palabra que en latín significa, orden, mandato disposición. Este vocablo proviene a su vez de *edico*, que significa decir en voz alta, proclamar, anunciar. De esto resulta que los edictos eran avisos, o anuncios de lo que, durante el año, pretendían hacer los *magistratus* (magistrados).

Eran miembros de la magistratura (y por tanto magistrados), diversos funcionarios romanos, como era el caso de los pretores, los ediles, gobernadores provinciales, o los cuestores. *Magistratus* proviene de *magister*, vocablo éste que significa, el que conduce, dirige, manda o guía. Estos funcionarios gozaban del *ius edicendi*, es decir, la facultad de emitir los edictos y a través de ellos lograban dar certeza respecto de las reglas que aplicarían en ejercicio de su función, a la vez que contaban con un mecanismo flexible que les permitía hacer adaptaciones anuales de acuerdo a las circunstancias.

El edicto tenía vigencia anual, sin embargo la eficacia de sus disposiciones provocaba, en muchos casos, que se repitiesen en el edicto del año siguiente, por lo que fue usual que estuvieran integrados de dos partes: la *pars traslaticia*, esto es, aquella que contenía la repetición, y la *pars nova*, que era la parte de contenido nuevo, sea porque el magistrado había hecho modificación a su anterior edicto, sea porque, tratándose de un magistrado entrante, consideraba adecuado introducir modificaciones respecto del edicto de su antecesor.

Es pertinente recordar que los edictos fueron la fuente de lo que se conoce como *ius honorarium*, manifestación de normas que vivían concomitantemente con el *ius civile*, pero que tenían la ventaja de establecer condiciones de mayor elasticidad y eficacia. El término *honorarium*, hacía referencia a la condición de *honor, honoris*, (honor) por la cual eran designadas ciertas personas con el carácter de magistrados; a ellas se les confería ese importante cargo, como una distinción por sus cualidades personales, se les honraba en consideración a sus atributos. El derecho honorario era, en consecuencia, el derecho que provenía de quienes habían sido honrados.

²⁹³ Véase: Margadant S. Guillermo F., op cit, nota 218, p54; Lemus García Raúl, op cit, nota 265, pp 119 y 120; Bernal Beatriz y Ledesma José de Jesús, op cit, nota 256, p. 139.

²⁹⁴ Kunkel Wolfgang, *Historia del derecho romano*, 7a impresión de la 1a ed, Barcelona, Ariel, 2008, p. 133.

Los edictos funcionaron como fuente del derecho en la forma que se ha descrito, hasta la época de Adriano (117-138 D.C.) quien ordenó que se hiciese una compilación de los edictos, reuniendo en un solo cuerpo las disposiciones más acertadas, y encomendó ese trabajo al jurista Salvio Juliano, cuya actividad dio como resultado lo que se conoce como *Edicto de Adriano o Edictum Perpetuum* que fue ratificado a través de un senadoconsulto, lo que lleva a algunos autores a afirmar que esta medida limitó considerablemente el desarrollo del *ius honorarium*.²⁹⁵

7) Constituciones.

Las *Constitutiones* (de *cum*-con y *statuo*-poner, levantar, erigir) eran reglas emitidas por el emperador, a consecuencia de un proceso evolutivo por demás interesante y revelador del sentido práctico del pueblo romano, aunque también son evidencia del proceso que llevó a restar importancia a los juristas que dejaron poco a poco de ser las figuras relevantes del derecho clásico, para convertirse en oscuros colaboradores del emperador que hacía suyos los trabajos de aquellos.

Los historiadores no precisan el dato de la fecha en la cual la función legislativa quedó en manos del emperador. Desde la época de Augusto (27 A.C.- 14 D.C.) hubo un trabajo combinado con el senado y los comicios, en donde el emperador hacía propuestas que estos órganos analizaban y después aprobaban. Se trata de un período que llega incluso hasta el año 284 D.C., cuando Diocleciano es emperador, y al cual se conoce como el Principado o Diarquía, precisamente porque se dio el fenómeno de la dualidad de autoridades que compartieron el ejercicio del poder en diversos aspectos, si bien es cierto que en una tendencia clara para ir incrementando paulatinamente el poder del emperador, en perjuicio de los comicios y del senado.

Desde la promulgación del *Edicto Perpetuo* con Adriano, se va disminuyendo la importancia de los edictos como fuente del derecho. Con Septimio Severo (193-210 D.C.) ya son raros los senadoconsultos, hasta que, en tiempos de Caracalla (211-217 D.C.), las disposiciones del emperador sustituyen por completo a las *leges rogatae* y los senadoconsultos.

La actividad generadora de normas que el emperador ponía en práctica, tuvo cuatro distintas manifestaciones: los *decreta*, que eran resoluciones judiciales dictadas en juicios sometidos a su jurisdicción, y que, en atención a la importancia de quien los emitía, fueron una fuente importante de derecho en tanto funcionaban como precedentes para otros funcionarios judiciales; los *mandata*, que eran instrucciones del emperador a sus empleados y llegaron a ser fuente en la materia administrativa; los *rescripta*, que eran las respuestas a consultas formuladas en asuntos jurídicos (por lo regular eran preparadas por los jurisconsultos que a través de esta actividad se fueron convirtiendo en empleados del emperador), y que adoptaron dos fórmulas: las *epistola*, o cartas conteniendo la respuesta, y las *subscriptio*, o anotación en la

²⁹⁵ Véase Padilla Sahagún Gumesindo, op cit, nota 274, p 24; Morineau Iduarte Marta e Iglesias González Román, op cit, nota 273, p.15, Margadant S. Guillermo F., op cit, nota 218, pp 69 a 72.

parte baja de la propia consulta que con ella era devuelta; finalmente, los *edicta*, es decir, las disposiciones, administrativas primero y civiles después, que el emperador emitía en ejercicio del *ius edicendi* del que gozaba.

Así, dado que los jurisconsultos se habían convertido en empleados del emperador, y el *Edicto Perpetuo* había provocado la conclusión de la libre formación del *ius honorarium*, la única fuente del derecho fueron las *constitutiones*, y con ellas se encuentra una manera de manifestar ciertas características de las condiciones imperantes: orientalización, socialización y cristianización.

B. Las etapas del Derecho Romano.

Ya se dijo antes que el criterio a seguir en este trabajo para la identificación de las etapas del Derecho Romano, es aquél que parte de una referencia socio-política, para después considerar los acontecimientos estrictamente jurídicos. Bajo ese enfoque, los períodos a repasar son los siguientes:²⁹⁶

- Derecho romano arcaico (753 A.C.- 449 A.C.)
- Derecho romano preclásico (449 A.C.- 27 A.C.)
- Derecho romano clásico (27 A.C.-235 D.C.)
- Derecho romano postclásico (235 D.C.- 527 D.C.)
- Derecho romano justiniano (527 D.C.- 565 D.C.)

La primera etapa es la del derecho arcaico que toma como punto de partida la fundación de Roma y abarca hasta la promulgación de las leyes de las XII Tablas. La segunda etapa, es decir la del derecho preclásico, concluye junto con la República, porque el senado delega en Octavio todas las potestades y le confiere el título de Augusto que literalmente quiere decir "*el aumentador*", y que por extensión significa majestuoso o venerable.²⁹⁷

La tercera etapa es la del derecho clásico. Se desarrolla en una época de contrastes entre la expansión territorial, períodos de paz, orden, progreso y una organización política en la que se comparte el poder entre el emperador y el senado (diarquía o principado), con etapas de excesos por parte de los emperadores y consecuente anarquía. En esta época y durante la dinastía de los Antoninos se sucede, a decir de Gibbon (citado por Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma), la época más feliz de la humanidad, sin embargo, antes de los emperadores de dicha dinastía, habían gobernado Calígula y Nerón, y después lo hicieron Caracalla y Heliogábalo,

²⁹⁶ Esta división en cinco etapas, la plantea el ilustre ius-historiador Guillermo F. Margadant, si bien con algunas diferencias en cuanto a fechas se refiere, según se puede constatar en la obra que a continuación se indica: Margadant S. Guillermo F., *Panorama de la historia universal del derecho*, 5a reimpression de la 7a ed, México, Miguel Ángel Porrúa, 2011, pp. 103 y 104.

²⁹⁷ Véase: Montanelli, Indro, *Historia de Roma*, s.f., Barcelona, Plaza & Janés, 1963, pp 183-188; Malet Albert, *L'antiquité, Orient, Grece, Rome*, 9a ed revisada, Paris, Librairie Hachette, 1917, pp 378 y 379; Bonardi, Galanti, Zippel e Raulich, *Manuale di storia greca e romana*, 18a ed, Turín, G.B. Paravia, s.a., pp 240 y 241.

emperadores todos ellos que son recordados sobre todo por los desatinos en que incurrieron.

A pesar de estos contrastes, el principado brindó la magnífica oportunidad de que el culto al derecho floreciera y se manifestara con esplendor la labor de los jurisconsultos. El fin de esta etapa de luz jurídica, llega al morir el último emperador de la dinastía de los Severos, esto es, Alejandro (235 D.C.), quien fue asesinado por militares sublevados, acto éste que fue el preludio de una etapa de inestabilidad y de amenazas para el imperio romano, tanto por parte de los persas en el lado oriental, como de parte de los bárbaros que frecuentemente atacaron el flanco nor-occidental.

La necesidad de defensa provocó que los militares tomaran el mando incluso político, y fueron ellos quienes designaron a los muchos emperadores, por demás efímeros y a veces en ejercicio simultáneo, de los casi cincuenta años siguientes, todo lo cual derivó en la época más inestable, políticamente hablando, de la historia de Roma, que concluyó cuando Diocleciano fue proclamado emperador, en el año 284 D.C.²⁹⁸

Salvada la disputa sobre la fecha de la conclusión del período anterior (algunos afirman que ocurre con la muerte de Alejandro Severo), la cuarta etapa, es decir, la del derecho postclásico, inicia con Diocleciano que fungió como el restaurador que necesitaba el imperio al llevar a cabo importantes reformas que devolvieron la indispensable estabilidad política.

Diocleciano fue el primer emperador absoluto, a pesar de que estableció una fórmula llamada "tetrarquía", a través de la cual aparentemente compartía el ejercicio del poder con otros tres funcionarios, sin embargo, la necesidad de permanencia en los cargos públicos generó múltiples mecanismos de facto que llevaban a la sumisión de todos los funcionarios estatales respecto de la investidura del emperador.

El período del derecho postclásico, estuvo caracterizado por diversos acontecimientos entre los cuales destacan el desenvolvimiento del cristianismo, el traslado de la sede del gobierno a Constantinopla (antes Bizancio), la división en imperio de occidente e imperio de oriente, las invasiones de los bárbaros y la caída del imperio occidental a manos de éstos. En síntesis, este período evidencia un proceso de transformación en el que se aprecia el debilitamiento de la sociedad romana en múltiples aspectos de su vida, todo lo cual hace decir a los historiadores que se trata de la época de decadencia y hundimiento de la civilización itálica.²⁹⁹

²⁹⁸ Desde la muerte de Alejandro Severo, hasta la proclamación de Diocleciano como emperador, ocurren muchos hechos de desorden e inestabilidad, lo que origina que se discuta sobre el año en el que concluye la etapa del derecho romano clásico, pues algunos autores ubican su fin en el 235, y otros en el 284, ambos de nuestra era.

²⁹⁹ Véase: Grimberg Carl y Svanstrom Ragnar, op cit, notas 11 y , pp 337 a 361.

Por derecho romano justiniano se entiende al tiempo de Justiniano como emperador, época que, para efectos de este apartado, constituye la quinta y última. Ya se ha hablado en este trabajo sobre la destacada figura de Justiniano, y de algunos detalles de su obra se hará mención un poco después. Por ahora conviene mencionar algunos factores que son significativos en su desempeño como emperador y como jurista.

En primer lugar es de recordar que Justiniano gobierna desde Constantinopla y que por su ubicación geográfica, esta ciudad había recibido múltiples influencias provenientes de las culturas orientales, destacadamente la helénica y la persa, sin menospreciar las de otros pueblos del Asia Menor.

Constantinopla era entonces un destacado centro cultural que, a su vez, ejerció importante influencia para otras zonas geográficas, fundamentalmente eslavas y búlgaras. No en vano se habla de la civilización bizantina para evidenciar la importancia que el imperio tuvo desde esta región hacia otras partes del mundo (tan importante fue su presencia que, como se sabe, hubo de ser conquistada por los turcos para identificar el fin de la Edad Media en el posterior año de 1453).

Justiniano fue también un conquistador, aunque tal vez sea mejor identificarlo como un reconstructor del imperio romano, pues a través de diversas batallas logró recuperar territorios (norte de África, Italia y una parte de España). Devoto de la doctrina de Jesucristo, la defendió con pasión y disfrutaba de participar en discusiones teológicas.

A su llegada al poder, Justiniano se encontró con que el derecho era un conjunto de disposiciones numerosas y en buena medida desordenadas a consecuencia de un cierto abandono en el que los juristas de la época postclásica cayeron en lo que se refiere a la producción de nuevas obras (fenómeno al cual se le conoce como "vulgarización" del derecho), y también por la influencia que los romanos tuvieron que aceptar por las invasiones bárbaras y la asimilación del pensamiento helenístico, todo lo cual contribuyó a cierta degradación de las instituciones jurídicas que no pudieron conservar el rigor y pureza que las había caracterizado durante el período clásico.

Ante este panorama que sobre todo afectaba al imperio de occidente y en menor grado al imperio bizantino, Justiniano trató de revivir los mejores momentos del derecho romano impulsando los esfuerzos de la codificación (el *Código* en sus dos versiones, la primera del 529, y la segunda del 534) y la enseñanza (el *Digesto*, que recopila lo más destacado de la literatura jurídica de la época clásica, y las *Institutas*, obra basada en las *Instituciones* de Gayo, y en otras de la literatura clásica y postclásica, ambas publicadas en el año 533). Después de que Justiniano falleciera, se hizo una recopilación de diversas constituciones por él dictadas. A esta recopilación se le conoce como las *Novelas*.

Las iniciativas de Justiniano, fueron llevadas a la práctica por un grupo de notables juristas que entendieron el propósito del emperador y así lograron conjuntar una

magnífica obra en la que se resumen los mejores tiempos de la jurisprudencia romana, las ideas del cristianismo y el espíritu helénico. Por eso con razón, Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma dicen que Justiniano "...se presenta como el príncipe cristiano de más pura raíz occidental, teniendo clara conciencia de su misión universalizadora." ³⁰⁰

C. Características del Derecho Romano en cada etapa.

Como una "*nación inspirada por el derecho*", califica Barrow a los romanos. ³⁰¹

Ese mismo autor anota que eso es el resultado de una evolución de mil años en la que ese pueblo fue poniendo en práctica los valores que lo caracterizaron: *pietas* (respeto, compromiso), *humanitas* (condición humana), *libertas* (libertad), *mores* (costumbres, tradiciones), *auctoritas* (autoridad), *fides* (fe, confianza), *disciplina* (disciplina), *severitas* (seriedad), *gravitas* (gravedad) y *constantia* (persistencia). Esas, según Barrow, son las cualidades que formaron el genio romano.

Los romanos fueron respetuosos del cumplimiento de los deberes con los demás y de la condición humana, reconociendo la personalidad de cada individuo y su libertad; se guiaron siempre por la experiencia y le dieron valor a la sabiduría de las prácticas constantes que evidenciaron la aceptación del comportamiento colectivo a manera de tradición; sabían obedecer y respetar la autoridad, al mismo tiempo que confiaban en la palabra empeñada y la intención expresada, todo lo cual fue producto de un aprendizaje constante en el hogar y en la vida pública que era visto siempre con seriedad y en la dimensión de importancia que le correspondía, en un contexto de firmeza de propósitos. Así fue el pueblo romano y su derecho de ello dio cuenta fiel. ³⁰²

³⁰⁰ Véase: Grimberg Carl y Svanstrom Ragnar, op cit, nota 262, pp 61 a 66; Sirvent Gutiérrez Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 10a ed, México, Porrúa, 2007, pp 19 a 21; Bernal Beatriz y Ledesma José de Jesús, op cit, nota 256, pp 252 a 256; Ourliac Paul, *Historia del derecho*, s.f., trad. de Arturo Fernández, Puebla, Mex., Editorial José M. Cajica Jr., 1952, p. 27.

No todos los autores se sienten inclinados a profesar gran admiración por Justiniano. El maestro Margadant se expresa de la siguiente manera: " *No conviene calificar como excelente algo simplemente bueno, y a pesar de los exagerados elogios que uno lee a veces respecto de la compilación justiniana, debe reconocerse que este libro de derecho, en forma de mosaico de fragmentos contemporáneos o procedentes de siglos anteriores, es una obra con muchos defectos; la sistemática es mala, las interpolaciones no siempre son congruentes entre ellas, y varias contradicciones fueron trasladadas inadvertidamente, desde la literatura clásica, o surgieron como consecuencia de interpolaciones torpes o incompletas. Por otra parte se ha alegado que en tales defectos de la obra consiste precisamente su mérito para la educación del espíritu occidental: las contradicciones, verdaderas o aparentes, y la manifestación de ideologías procedentes de varias épocas del desarrollo romano-bizantino, posiblemente han sido un reto para el jurista occidental de los siglos siguientes, y el hecho de que el Corpus Iuris, libro de autoridad, contenga puntos de partida para las opiniones más heterogéneas, habrá estimulado el ingenio de los romanistas medievales y posteriores (del efecto de la Biblia, con todas sus contradicciones, sobre la intelectualidad occidental podría decirse lo mismo).* Margadant S. Guillermo F., op cit, nota 281, p. 120.

³⁰¹ Barrow, R. H., op cit., nota 255, p. 219.

³⁰² Idem.

a. Derecho arcaico. Formalismo. (753 A.C.- 449 A.C.)³⁰³

La obra jurídica representativa de la época arcaica es la llamada *Ley de las XII Tablas*. Los historiadores discuten si efectivamente este ordenamiento existió, ya que la mejor evidencia de ello proviene de los relatos de los propios romanos, entre los cuales destacan las figuras de Marco Tulio Cicerón (106-43 A.C), Tito Livio (59 A.C.-17D.C.), Dionisio de Halicarnaso (60-7 A.C.) y de fragmentos comentados por algunos jurisconsultos como Gayo (en general los datos sobre este autor son inciertos. Las fechas que sobre su nacimiento y muerte se manejan son el 120 y 170, respectivamente, de nuestra era) y los comentarios que sobre el mismo constan en el *Digesto* de Justiniano .

Como ocurre con otros muchos datos relacionados con los primeros tiempos de la vida de Roma, las referencias a la *Ley de las XII Tablas* están llenas de leyendas y mitos, sin embargo los estudiosos de Roma han llegado a la conclusión de que es aceptable la versión de su efectiva existencia, si bien es cierto que no ha sido posible comprobar la veracidad de todos los datos alrededor de la misma. Se dice que esta *Ley* fue obra, en dos etapas, de un grupo de diez patricios (*decenviri*) a los cuales se encomendó la labor de reunir, en un sólo instrumento, las disposiciones que regían entre los romanos y que naturalmente eran inciertas y dispersas por su origen consuetudinario. El resultado del trabajo de ese grupo de notables quedó consignado, según reza la tradición, en doce tablas de madera o de bronce que quedaron expuestas en el foro para que todos pudieran imponerse de su contenido. Estos acontecimientos se sitúan en el siglo V antes de nuestra era, aproximadamente en el año 451 A.C.

La *Ley de las XII Tablas* era un conjunto de reglas a las cuales difícilmente puede darse la denominación de código o ley, en el sentido material que estos vocablos tienen en la actualidad, ya que era un conjunto de disposiciones que abarcaban diversas materias, como sigue: derecho procesal (Tablas I a III); derecho de familia y matrimonio (Tabla IV); sucesiones (Tabla V); propiedad y obligaciones (Tablas VI y VII); derecho penal (Tablas VIII a XI); derecho público (Tabla XII).

De los trabajos de reconstrucción que se hicieron por conducto de diversos historiadores en el siglo XIX, ha sido posible conocer que las normas contenidas en estas Tablas eran muy breves, concisas y de gran simplicidad en su estructura, aunque de difícil interpretación, pues incluían una parte condicional y de inmediato una parte imperativa, que obligaba al intérprete a hacer constantes deducciones sobre posibles hechos que debieran vincular al supuesto con la disposición.

La *Ley de las XII Tablas*, refleja un derecho estricto y riguroso, formalista en muchos aspectos hasta llegar a lo solemne, de expresión oral, carente de suficientes instituciones, favorecedor de una clase social (los ciudadanos) y sustentado

³⁰³ Véase: Kunkel Wolfgang, op cit, nota 279, pp 33 a 41; Petit Eugene, op cit, nota 216, pp 35 a 39; De Lorenzo Rodolfo Jorge y De Lorenzo Jorge Eduardo, *Roma derecho e historia*, s.f., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p 45.

básicamente en la organización social donde la gens y la familia ocupaban un papel preponderante.

Sus méritos radican en que fue la primera expresión laica de la legislación, pues antes de ella, había una fuerte comunión entre religión y ley, por virtud de que eran los sacerdotes quienes estaban en posibilidad de conocerla y estudiarla, a la vez que influir en su creación. También debe reconocerse que con ella se contribuyó al proceso de transformación del derecho primitivo, propio de grupos sociales de escasa preparación (comunidades de origen rural), hacia un derecho de rango superior, de mejor concepción teórica, sin perder el sentido práctico que tanto singulariza al pueblo romano.

b. Derecho preclásico. Flexibilización. (449 A.C.- 27 A.C.)³⁰⁴

La etapa que se conoce con el nombre del derecho preclásico, es la más larga de las cinco en las que comúnmente se divide la evolución del derecho romano, pues comprende un poco más de cuatrocientos años.

Durante ese tiempo se suscitaron varios importantes acontecimientos en la vida de Roma que influyeron considerablemente en la transformación del orden jurídico. Algunos de ellos son, por ejemplo: las conquistas, hechas por los romanos, de otros pueblos y territorios; la secularización del derecho; las luchas entre patricios y plebeyos; la adopción de mecanismos de mayor flexibilidad en la aplicación de las leyes; el incremento de la actividad comercial; las crisis derivadas de las relaciones con los pueblos aliados, y los pueblos sometidos; la crisis esclavista; la incorporación de los plebeyos a las magistraturas; la ampliación del número de éstas y la modificación de sus funciones; la transformación del Senado, etc.

Esta etapa inicia con la promulgación de la Ley de las XII Tablas. Aunque sea éste un acontecimiento que quedó ligado a la época anterior, podría decirse que constituye, respecto del derecho arcaico, la cúspide que indica que el proceso llegó a su fin, porque con esa ley culmina una secuencia evolutiva que da lugar a un estadio diferente, que es justamente el que ahora da pie a estas líneas.

El derecho preclásico está caracterizado por la transformación del *ius civile* a consecuencia de los acontecimientos mencionados, ya que sus rasgos de rigidez hubieron de ir cambiando poco a poco para recibir influencias diversas que lo hicieron, en la práctica, más flexible y adaptado a las condiciones específicas de la vida del vasto imperio romano.

Un dato singular, en este contexto, lo constituye el hecho de que los pontífices y los magistrados patricios habían conservado la exclusividad en el conocimiento de las

³⁰⁴ Véase: Petit Eugene, op cit, nota 216, pp 39 a 46; Panero Gutiérrez Ricardo, *Derecho romano*, 3a ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp 55-74; De Lorenzo Rodolfo Jorge y De Lorenzo Jorge Eduardo, op cit, nota 288, pp 47 a 57; Ribas Alba José María y Serrano-Vicente Martín, *El derecho en Roma*, sf, Granada, Editorial Comares, 2010, pp 59-114

fórmulas de las acciones de la ley, lo que obligaba en los hechos a acudir a ellos en consulta para cualquier gestión encaminada a la búsqueda de solución de conflictos, sin embargo dichas fórmulas fueron divulgadas por un personaje llamado *Cneo Flavio* lo que generó una modificación importante, pues a partir de su divulgación (*Ius flavianum*) las fórmulas estaban disponibles para cualquiera, lo que facilitó la intervención de personas ajenas a la comunidad sacerdotal, que así iniciaron el trabajo jurisprudencial que tanto prestigio diera al derecho romano.

Los jurisprudentes fueron entonces frecuentemente consultados y así se inició su actividad a través del *respondere, scribere, cavere*, etc. La laicización del derecho es el tipo de acontecimientos que fueron haciendo más flexible al *ius civile* que claramente se encaminó del formalismo al consensualismo.

El *ius gentium* y el *ius honorarium* son otros claros ejemplos de flexibilización, ya que su fundamento no descansa en la forma, sino en la *fides*, que se identifica con la confianza en el adecuado comportamiento de los demás, lo cual provocó, a su vez, una mejora en la regulación de las relaciones contractuales.

El crecimiento del territorio romano, a propósito de las conquistas, dio lugar a una nueva concepción en el régimen agrario, de suyo muy importante para el pueblo romano que provenía de comunidades rústicas y había desarrollado un especial interés por el culto a la tierra, tanto en su aspecto de explotación, como en tanto símbolo de permanencia elevado al rango de religión (recuérdese la importancia social de los dioses *lares* y los dioses *manes*).

En el mismo tenor de cosas habría que considerar el caso de la influencia que ejerció el contacto con otros pueblos, sobre todo los helénicos, que aportaron a la evolución de Roma su cultura (entendida en su más amplia expresión), sin dejar de lado el contacto con los pueblos del norte de África y de la región norte de los balcanes, todo lo cual trajo reformas en el régimen de la organización familiar en lo que toca al matrimonio y a la patria potestad, pero también en materia de sucesiones en pro de las personas cuyos derechos hereditarios no reconocía el *ius civile*.

c. Derecho clásico. Jurisconsultos. (27 A.C.-235 D.C.)³⁰⁵

Ya se ha anotado que la etapa del Derecho Clásico está llena de contrastes, sin embargo en el campo del Derecho lo que puede decirse es que hubo, en el más estricto sentido de la palabra, una clara evolución (desarrollo, pasando de un estado a otro).

Wolfgang Kunkel lo anota así en su *Historia del Derecho Romano*, cuando dice que es posible identificar tres partes en este período: una, a la que simplemente llama *primera época clásica*, está caracterizada por el *ius publicum respondendi*, esto es, la facultad que el príncipe confería a algunos juristas para "responder" en materia jurídica con la autoridad del príncipe mismo, como si él lo hubiese hecho. Fue

³⁰⁵ Véase: Kunkel Wolfgang, op cit., nota 279, pp 121 a 132.

Augusto quien estableció esta práctica y con ello favoreció el acercamiento de los expertos en derecho con las autoridades del naciente imperio.

La segunda parte y a la cual intitula como *época clásica alta*, es aquella en la que se aprecian claros intentos de recopilación para propósitos de difusión de la obra de los juristas, y se producían colecciones de todos los campos del derecho privado: *responsa* (dictámenes), *epistolae* (cartas de orientación jurídica), *quaestiones* (indagaciones sobre temas jurídicos), *digesta* (colección ordenada de decisiones jurídicas), obras todas ellas que hacen alusión a problemas concretos y que dejan ver una de las principales características del derecho clásico: el casuismo. A esta segunda parte también corresponden las obras de Pomponio y de Gayo, sus muy conocidas y respectivas *Enchiridium* (manuales) e *Institutiones* (del Latín *institutio, onis*, - formación, instrucción, educación), caso éste en el que se abordan diversos temas para los efectos de enseñanza, tales como: nociones generales del derecho, justicia y personas; cosas y testamentos; obligaciones contractuales y cuasicontractuales; delitos y acciones.

En la época clásica tardía, nombre que Kunkel le confiere a la última de las tres partes en que divide a este período, se confirma la tendencia a reunir en colecciones el material jurídico, pero destaca con mayor fuerza la vinculación entre los juristas y la administración del imperio, pues fue frecuente que, además de gozar del *ius publicum respondendi*, a los juristas más destacados se les designaba para ocupar importantes cargos públicos como fue el caso de la *prefectura pretoria*, por la cual se les confería la jefatura de la guardia personal del emperador.

Esa tercera parte en el enfoque de Kunkel, es el tiempo del que ha sido identificado como el "príncipe de los jurisconsultos", Emilio Papiniano (150-212 D.C.), quien, al igual que sus discípulos Julio Paulo, Domicio Ulpiano (170-228 D.C.) y Modestino, integran el conjunto de expertos más destacados en la historia del Derecho Romano, y a decir de Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma, representan el cenit de la jurisprudencia clásica. Estos juristas, al igual que Gayo, conforman el grupo que más tarde, siendo emperador Valentiniano III, en el año 426 de nuestra era, fueron objeto de un reconocimiento expreso a través de la llamada "Ley de Citas", por la cual se dispuso que en los tribunales y para los efectos de fundamentar las peticiones, sólo podían citarse las obras de esos juristas.

La época del derecho clásico tuvo la influencia de la ya mencionada estrecha vinculación con el emperador que dio origen a la concesión del *ius publicum respondendi*, pero también fueron factores de importancia el *ius gentium* y el "Edicto Perpetuo" (también conocido como *Edicto de Adriano* o *Edicto de Salvio Juliano*, en tanto que fue emitido cuando Adriano era emperador o bien haciendo referencia al jurista que se encargó de su redacción).

El primero porque es un reflejo de la trascendencia que tuvo el acercamiento, por vías de la conquista, con otros pueblos, y de la flexibilidad que al rigor original del Derecho Romano dieron los pretores peregrinos incorporando reglas que regían en

las relaciones, sobre todo comerciales y navieras, entre individuos de diferentes orígenes.

El segundo porque vino a sustituir los edictos de los Magistrados; su propósito central era eliminar la multiplicidad de normas que habían ido surgiendo al paso del tiempo a través de dichos edictos que, como se ha mencionado, se dictaban con vigencia anual. El "*Edicto Perpetuo*" era una recopilación de las reglas principales y había de regir de manera indefinida. Esto, sumado a un ambiente de prosperidad generado por la extensión territorial del imperio y a la acertada actuación de algunos emperadores, dio lugar a un fecundo trabajo de los juristas que se ocuparon de hacer los trabajos de integración que ya han quedado referidos, en los cuales tuvieron oportunidad de ir dejando huella de su genio y sabiduría, mediante la expresión de sus propias soluciones a los casos de que conocían, haciendo aplicación depurada y técnica de las normas que a cada caso correspondían, después de concienzudos análisis en los que hacían notar su amplio conocimiento del derecho, con sencillez, brevedad y precisión, claramente enfocadas a lograr un resultado práctico.

La obra de los juristas clásicos es muy amplia, no obstante lo cual, según lo expresa el maestro Margadant, es posible apreciar unidad de criterios, en buena medida porque todos ellos tomaban siempre como referencia las obras de sus predecesores. Estos son algunos de los rasgos que fueron forjando la grandeza de la obra jurídica de los romanos.³⁰⁶

d. Derecho Postclásico. Transformación. (235 D.C.- 527 D.C.)³⁰⁷

La época del derecho postclásico está caracterizada por la flexibilización en el trabajo de los juristas que fueron dejando atrás el trabajo riguroso de quienes les antecedieron. La excelencia se sostiene, en cualquier actividad, sólo por un tiempo determinado (no cuantificable a priori), al cabo del cual hay una clara tendencia a la admisión de criterios de elasticidad que, al principio, parecen favorecer la continuidad, pero que en realidad son la simiente del deterioro, el cual continúa avanzando con la facilidad que le proporciona el paulatino abandono de la disciplina, hasta que toma velocidad y se convierte casi en irrefrenable, a menos que surja algún acontecimiento sumamente notorio que lo detenga y en cierta forma lo revierta.

³⁰⁶ Véase: Krüger Pablo, *Historia, fuentes y literatura del derecho romano*, s.f. México, Editora Nacional, 1980, pp 177 a 207. Fuenteseca Pablo, *Estudios de derecho romano*, s.f. Madrid, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, 2009, pp 332 a 343. Iglesias Juan, *Derecho romano, historia e instituciones*, 1a reimpresión de la 10a ed, Barcelona, Ariel, 1992, pp 30 a 37. Margadant S. Guillermo F., op cit, nota 281, pp 59 y 60. Bernal Beatriz y Ledesma José de Jesús, op cit, nota 256, pp 147 a 194.

³⁰⁷ Véase: Fuenteseca Pablo, op cit, nota 291, pp 345-360; Arangio-Ruiz, Vicente, *Historia del derecho romano*, 4a ed, Reus, Madrid, 1980, pp 426-452; Kunkel Wolfgang, op cit, nota 279, pp 142-170; Ortolan J., *Histoire de la législation romaine*, 11a ed, E. Plon et Cie., París 1880, pp 367-372; Bernal Beatriz y Ledesma José de Jesús, op cit, nota 256, pp 201-237.

La historia de Roma en general y de su derecho en particular, son muestra clara de lo que antes se dice. Al final de la época clásica suceden acontecimientos de gran inestabilidad política como ya se ha mencionado, pero surge la figura de un emperador, el primero auténticamente absoluto, Diocleciano, que impone nuevas instituciones para tratar de lograr la estabilización del imperio.

Estos acontecimientos son definitorios de las condiciones a las que se enfrentaron los juristas de la época postclásica: frente al avasallante poder del emperador, les resulta prácticamente imposible desarrollar de manera libre y creativa su trabajo. Desde el tiempo de Augusto había sido manifiesta la estrecha vinculación de los juristas y el emperador; a partir de Diocleciano la posición de aquellos es más en el contexto de sumisión.

Otros factores influyeron para provocar la laxitud en la actividad relativa al derecho, y provienen casi todos ellos del enorme crecimiento territorial que el imperio tuvo durante la fase inmediata anterior, pues, como es lógico comprender la extensión geográfica se convirtió en punto de debilidad por la imposibilidad de mantener siempre un estricto control social en todas las zonas de dominación.

Cierto es que el gran genio de los romanos pudo aplicar adecuadas medidas para contener los intentos de sublevación producto de la inconformidad de los pueblos sometidos, ejemplo de lo cual fue el permitir la vigencia de sus respectivas instituciones para los pueblos que de inicio habían manifestado su deseo de cooperación con las autoridades romanas, pero al paso del tiempo ni siquiera eso pudo contener en adecuados límites el avance, no sólo físico o material, sino también cultural (quizás esto fue aún más importante) de los pueblos sometidos.

Por el lado del oriente, es evidente que el imperio romano recibió muchas influencias de la cultura helénica y de otras como la persa e incluso de algunas francamente lejanas, las del extremo oriente, que de diversas maneras se hicieron presentes. En el flanco occidental los pueblos germánicos fueron invadiendo paulatinamente las zonas bajo el dominio inicial de los romanos, y llevaron consigo sus hábitos, costumbres y precarios regímenes legales.

Todos esos elementos fueron minando las bases de la civilización romana y la transformaron poco a poco, afectando diferentes ámbitos de su vida, entre ellos, claro es, el de su cultura jurídica, que, casi por necesidad, se fue modificando y adecuando a las nuevas circunstancias.

Los juristas a lo largo de este período muestran un comportamiento irregular pues en los inicios del mismo se interesan sobre todo por el estudio de los trabajos de juristas clásicos como Paulo y Ulpiano, pero lo hacen buscando un enfoque dogmático que choca con el origen casuístico de la obra de éstos, lo que produce su deformación a través de comentarios (glosa) y resúmenes (epítome).

Hubo producción de obra jurídica, pero a manera de colecciones de las obras clásicas, por ejemplo las llamadas *regulae Ulpiani*, las *Pauli sententiae*, o las *res*

cottidiane o *aurea* de Gayo. Posteriormente y dado que se generalizó el estudio del derecho a través de ese tipo de obras, la comprensión se fue tornando elemental, lo que, aunado al abandono de la práctica jurídica como la que fue vigente en la época clásica, derivó en lo que se conoce como *derecho vulgar*, que está caracterizado, según Kunkel, por la pérdida total de las ideas procesales clásicas, las distinciones conceptuales del sistema contractual y la confusión entre las ideas de posesión, propiedad y derechos reales sobre cosa ajena.

La vulgarización del derecho se vio acentuada por la influencia germánica, en virtud de que el derecho de los pueblos de este origen era rudimentario, básicamente consuetudinario y oral. Son muestra de ello algunas codificaciones romano-bárbaras, es decir, leyes promulgadas para regular a las nuevas comunidades surgidas de la unión de las razas romana y germánica.

Tal es el caso del *Código de Eurico* (475 D.C.); la *Lex Gundobada* y la *Lex Romana Burgundionum*, obra ambas de *Gundebaldo* rey de los *burgundios* (promulgadas en el período 483-516 D.C.); la *Lex Romana Visigothorum* (506 D.C.), también llamada *Código de Alarico*, *Breviario de Alarico*, o *Liber Legum*; el *Edicto de Teodorico*, promulgado por el rey visigodo *Teodorico II* en el año 503.

Finalmente conviene destacar que en esta época funcionaron varias escuelas de derecho, algunas en el imperio occidental y otras en el imperio de oriente. Las primeras hicieron una labor menos significativa porque se vieron afectadas de manera más directa por los acontecimientos que se han mencionado. Las segundas, particularmente las de *Berito* (hoy Beirut) y *Constantinopla*, puesto que estaban alejadas de los fenómenos que afectaron a la parte occidental, tuvieron un desempeño mejor y pudieron conservar, en mucho, la obra de los juristas clásicos.

El período que se está comentando ofrece otros datos dignos de mención: se trata de los *Códigos Gregoriano*, *Hermogeniano* y *Teodosiano*. Tienen en común que son colecciones de constituciones imperiales y pretendían simplificar el conocimiento del derecho, mediante la reunión en un solo instrumento de muchas disposiciones promulgadas y dispersas a lo largo de los años; buscaban, en síntesis, poner orden legislativo.

Los dos primeros son obra de juristas (*Gregorio* y *Hermógenes*, respectivamente) que actuaron de manera individual y, se dice, por propia iniciativa (por eso se les da el calificativo de "privados"), dato que es de poner en duda por el hecho de que la información que reunieron constaba en los archivos imperiales a los cuales seguramente tuvieron acceso. El *Código Teodosiano* contiene muchos datos que fueron tomados del *Gregoriano* y del *Hermogeniano* y fue publicado en el año 438 D.C. por *Teodosio II*, emperador del oriente, pero fue acogido por *Valentiniano III*, emperador del occidente quien lo hizo entrar en vigor en la zona bajo su mando en el año siguiente.

e. Derecho justiniano. Codificación. (527 D.C.- 565 D.C.)³⁰⁸

El emperador Justiniano, como otros muchos, no era romano en el sentido estricto del gentilicio, pues nació en una pequeña población de Iliria región de los Balcanes. El dato sobre el año de su nacimiento, generalmente se ubica en el 482, y el de su muerte en el 565. Acerca de su obra ya se han hecho comentarios en este trabajo. El período del derecho romano que está a él referido, requiere sin embargo algunas referencias complementarias, sobre todo si se toma en cuenta que la personalidad de este magnífico personaje, despierta alusiones, las más de ellas laudatorias, pero también las hay de quienes tratan de ser cautos y evitar la sobrestimación de sus méritos, el maestro Margadant entre ellos.³⁰⁹

Justiniano llegó al poder en el año 527. De sus predecesores en el imperio de oriente, poco de significación se menciona, como que pudieron mantener, en buena medida y en el ramo del derecho, la tradición de los clásicos a través del estudio de sus obras. En oriente, a diferencia de occidente, se conservaron los textos antiguos, los *volumina* (manuscrito, volumen, tomo, libro), sobre todo en las escuelas de Berito y Constantinopla, lo cual no obsta para tener en cuenta que, en general, la situación no reflejaba el orden que fuera deseable, pues, como ya se ha comentado había una gran cantidad de textos de los juristas (*iura*) provenientes de tiempos remotos incluso, y desde luego de la época clásica, pero también de normas (*leges*) expedidas por los diferentes órganos que en su momento estuvieron facultados para hacerlas, particularmente los propios emperadores a través de sus constituciones.

Hubo en diferentes momentos ciertos intentos de lograr orden, como lo fue el caso del *Edicto Perpetuo*, o los *Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano*, pero ninguno de esos ordenamientos logró finalmente su propósito. El gran mérito de Justiniano el jurista, fue precisamente intentar la reunión de lo que era disperso, contradictorio e incoherente (por numeroso, de origen diverso en tiempo y circunstancia, y diferente finalidad) para tratar de superar el obstáculo que la falta de orden representaba. Ese es el contexto en el que se desenvuelven sus dos *Códigos y el Digesto* (orden, clasificación, arreglo, colocación) y las *Instituciones*, si bien es cierto que éste último es más bien un trabajo con finalidades de enseñanza.

Es paradójico que se diga que la principal fuente de información sobre el derecho romano sea la compilación justiniana, porque esa compilación se efectuó sobre textos respecto de los cuales no puede asegurarse su autenticidad y tampoco es posible confirmar que el trabajo de compilación sea atribuible en su totalidad a las comisiones que lo llevaron a cabo por indicación de Justiniano.

³⁰⁸ García Garrido Manuel Jesús, Derecho privado romano, 13a ed, Ediciones Académicas, Madrid, 2004, pp 91-93; Schulz Fritz, Principios del derecho romano, 2a ed, Civitas, Madrid, 2000, p. 161; Margadant, S. Guillermo F., op cit, nota 218, pp 77-81; Kunkel Wolfgang, op cit, nota 279, pp 170-184.

³⁰⁹ Véase la nota 285.

En efecto, los estudiosos de estos aspectos de la historia de Roma coinciden en que las escuelas de derecho conservaron la tradición del estudio de los clásicos, pero no pudieron evitar la influencia de diversos factores entre los que destacan el cristianismo, el helenismo, e incluso la de los pueblos bárbaros; los textos que se entiende fueron materia de compilación, es probable que reflejaran cambios con respecto a los originales, y que esos cambios hayan sido, a su vez, producto de los factores de influencia antes mencionados. Esto es lo que se llama las "interpolaciones", cuya existencia se presume en tanto que no se cuenta con evidencias suficientes de originalidad en textos prejustinianos. El mismo Justiniano dio cuenta de dificultades para la realización del trabajo de compilación; lo hizo en las constituciones que promulgó para, por ejemplo, convocar a los colaboradores (*Constitutio Haec*), fijar las directrices de su actividad (*Constitutio Deo Auctore*), publicar los resultados relativos al trabajo de codificación y ordenamiento (*Constitutio Summa Republicae, Constitutio Cordi Nobis, Constitutio Tanta Circa*). Expresamente Justiniano señaló en la *Constitutio Tanta Circa*, que dio libertad a los compiladores para que, si encontraban algo que consideraran superfluo, imperfecto, o inconveniente, ajustaran los textos conforme a las reglas justas y aunque no hay confirmación posterior de que así hubiese ocurrido, es una señal de que pudo haber cortes, adiciones o modificaciones.

Por otra parte, la enorme cantidad de información que se supone fue materia de compilación, aunada al breve tiempo en el que ésta se llevó a cabo, ha generado la idea, entre algunos investigadores, de que el trabajo que se realizó por orden de Justiniano y que en dos ocasiones quedó encomendado a Triboniano, no fue del todo original pues resulta materialmente imposible conjuntar ambos elementos (cantidad y tiempo) para producir el resultado que se conoce; en otras palabras, cabe la posibilidad de que las compilaciones de Justiniano sean el resultado de un trabajo iniciado con anterioridad a la fecha en que ese emperador decidió hacer el encargo a sus subordinados.

Otro dato que amerita reflexión es el que consiste en que toda la obra jurídica romana, especialmente la tan elogiada clásica, tiene como principal fuente de referencia y para los efectos de estudio desde el siglo XV, precisamente a las compilaciones de Justiniano; siendo como es, que a estas se les cuestiona en los aspectos que se han mencionado, no puede dejar de preguntarse cómo es que se sostiene sin reticencias todo lo que sobre el particular se afirma. El maestro Margadant menciona varios ejemplos de las investigaciones que las interpolaciones han provocado con la idea de tratar de identificar hasta dónde los textos, del *Digesto*, por ejemplo, corresponden a las versiones originales y hasta donde contienen los cambios que dichas interpolaciones suponen, pero el asunto representa un grado importante de dificultad, lo suficiente como para que el distinguido jurista comente que se trata de un trabajo detectivesco dependiente de indicios casi imperceptibles.

La confusión se ahondó, curiosamente, por algunas disposiciones del propio Justiniano, ya que estableció como obligatoria la enseñanza del derecho con base en sus compilaciones, con lo cual se abandonó el estudio de las fuentes de éstas y

se llegó al extremo de raspar (borrar) los papiros para darles segundos usos con nuevos y diferentes textos de contenidos ajenos al derecho.

Justiniano también prohibió recurrir en la práctica de los tribunales a los antiguos códigos, hacer comentarios a su obra legislativa y la formación de índices y concordancias bajo la pena de falsedad. Todo esto convirtió a la obra de Justiniano en un sistema cerrado que puso punto final a la larga costumbre de un derecho casuístico. A pesar de que, como dice Kunkel, "...la inmensidad de la materia refundida y la precipitación con que se llevó a cabo la gigantesca empresa, no podía menos que tener numerosos defectos...", la obra de Justiniano es también signo de grandeza y se coloca, como afirma Schulz, en un punto medio entre la romanidad de Diocleciano y el Helenismo de Constantino. Justiniano es uno de los personajes de mayor importancia y trascendencia en la historia de la humanidad y sus esfuerzos dieron paso a los cimientos de los sistemas jurídicos de occidente, por lo cual no es casual que Dante le diera en su Divina Comedia un lugar de privilegio.³¹⁰

III FIDEICOMMISUMM. SU NATURALEZA JURÍDICA.

1. Comentario preliminar.

Los romanos, pueblo práctico por excelencia, no formularon teorías para explicar su regulación jurídica; no manejaron el concepto de instituciones; no hicieron análisis sobre ellas: simplemente las establecieron, las desarrollaron y, cuando fue necesario, las modificaron. Su sentido de lo inmediatamente útil (justo también), facilitó el camino para la labor que los pretores hicieron adaptando a las circunstancias las rígidas disposiciones del derecho civil; de igual forma procedieron los magistrados con sus edictos que hacían mayormente eficaz el *ius civile*, a la vez que lo completaban y actualizaban: *Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis* (Porque el derecho honorario es la voz del derecho civil: Digesto 1.1.8, Marcianus Libro 1.- Institutionum³¹¹).

De esta suerte, no hubo entre los romanos alguna reflexión sobre la naturaleza jurídica de sus instituciones; las definían o las mencionaban en función de alguna aplicación práctica; si acaso, quedaban insertas en clasificaciones. Con ello elaboraron principios, es decir, proposiciones que eran fundamentos para la solución de todo género de problemas, y de esta manera iban atendiendo asuntos particulares para desarrollar la aplicación jurisprudencial del derecho que tanto prestigio les ha dado.

Este capítulo, en consecuencia, presenta como resultado algunas consideraciones del autor del trabajo del que forma parte. De manera ninguna es la presentación de

³¹⁰ Alighieri Dante, La divina comedia, 2a ed, Bruguera, Barcelona, 1970, Paraíso, Canto VI, p 219.

³¹¹ El Digesto del emperador Justiniano, Nueva Edición, Trad. de Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, Madrid 1872, p. 32, Tribunal Superior de Justicia del D.F., Tomo I, México, 2007.

reflexiones de ese pueblo grandioso. Queda hecha la anotación para los efectos de asumir las consecuencias de la crítica.

2. Concepto de fideicommissum.

Fideicommissum significa "encargo de confianza", o también, "encargo de fe". Fue ésta, una operación que consistía en una súplica a otra persona para que realizara ciertos actos en beneficio de una tercera persona, y, claro es, como su nombre lo indica, el destinatario de la súplica era una persona en la que el suplicante confiaba, en la que tenía fe.

El hacedor de la súplica esperaba que el receptor de la misma actuara en los términos de lo que se pedía; que evidenciara con su comportamiento que era digno de recibir la petición; que entre ambas personas había una relación estrecha que denotaba fidelidad. Los romanos, dice Schulz, se vanaglorian de su fidelidad y ser fiel es uno de sus principios vitales. Este mismo autor anota que el fideicomiso obligaba al gravado a la fidelidad, es decir, a mantener la palabra³¹². Siendo la fidelidad algo de mayor importancia para los romanos, se explica porqué señala el propio Schulz que Cicerón considera la fidelidad como "lo más santo que hay en la vida". Este es el contexto en el cual se desenvolvía el fideicommissum y son los datos que informan sobre algunas de sus características según más adelante se anotará.³¹³

3. Ubicación del fideicommissum en el Derecho Romano.

El fideicommissum tiene aplicación en el contexto del derecho sucesorio, pues fue el medio a través del cual los romanos pudieron dar flexibilidad a la rigidez de las disposiciones reguladoras de esa materia. No se cuenta con un dato preciso de la época en la cual se inició la aplicación del fideicommissum; la versión de Vicenzo Arangio-Ruiz lo ubica en los últimos tiempos de la República, la del maestro Margadant un poco después, en el principado, y ambos coinciden con Alvaro D'Ors en tanto que surgió para gratificar a quienes carecían de la *testamenti factio passiva* (capacidad de recibir en herencia por testamento), aunque Arangio-Ruiz y D'Ors lo refieren específicamente a los extranjeros.³¹⁴

³¹² "...y bien pronto será evidente que no basta el respeto formal a la palabra empeñada, en términos de cumplimiento literal de los compromisos estrictamente convenidos, pues el responder por la fides llegará a implicar además asumir un comportamiento honesto, leal, adoptar en el cumplimiento del propio compromiso una actitud que corresponda a las costumbres de la gente de bien... en fin, exigirá un activo pensar en todo aquello que contribuye al bienestar del otro" Neme Villarreal Martha Lucía, *La buena fe en el derecho romano*, 1a ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 103.

³¹³ Schulz Fritz, op cit, nota 293, pp 243 a 245.

³¹⁴ Véase: Arangio-Ruiz Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, reimpresión de la 10 ed italiana, trad. de José M. Caramés Ferro, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986, p. 647; D'Ors Álvaro, *Derecho privado romano*, 8a ed revisada, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991, p. 323; Margadant Floris Guillermo, op cit, nota 218, p. 504.

El régimen sucesorio romano excluía a ciertas personas de la posibilidad de recibir herencia por testamento. Tales personas, según el maestro Margadant eran:

- los peregrinos sin *ius commercii*, porque algunos podían tener, a consecuencia de un privilegio especial, el citado *ius commercii* (principal privilegio de los ciudadanos romanos que permite la celebración de cualquier negocio jurídico y que, bajo ciertas condiciones, se hacía extensivo a los *latini veteres* que eran los originales integrantes de la confederación con Roma en los años previos a la primera guerra latina (493 A.C.) en la época de la República, a los libertos manumitidos de forma solemne, a los *latini coloniari* que eran los habitantes de las colonias consideradas como latinas también en la República, y a los *latini iuniani*);
- los *latini iuniani*, o latinos junianos (esclavos manumitidos según los procedimientos del *ius honorarium*, es decir, sin formalidades, lo cual les daba el carácter de libres, pero no de ciudadanos);
- los *dediticios* (sujetos originarios de poblaciones que resistieron la conquista de los romanos);
- las mujeres, si la herencia excedía de una cierta cantidad establecida en la *Lex Voconia de Legatis* (ley que se promulgó en el año 169 A.C. con la finalidad de establecer restricciones al repudio de las herencias testamentarias, consistente, la principal de ellas, en que se prohibía dejar por legado una cantidad mayor que al heredero);
- personas inciertas (hijos póstumos, personas que designaran terceros, o cuya designación proviniese de un acto casual establecido en el testamento);
- personas jurídicas;
- personas excluidas en virtud de las leyes caducarias (se trata de dos leyes expedidas por Augusto: la *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* del 18 A.C. y la *Lex Papia Poppaea* del 9 A.C. Por la primera se imponía a los hombres y mujeres la obligación de contraer matrimonio, con la finalidad de impulsar la procreación y evitar así la disminución de la población; en virtud de la segunda se otorgaban privilegios a los matrimonios fecundos y se imponen sanciones a los solteros y a los casados sin hijos);
- personas castigadas por herejía o apostasía;
- los que en el momento de la apertura del testamento ya no vivían.

Es posible que hubiese otra razón para el empleo del *fideicommissum*, en función de la simplicidad en cuanto a la forma. Rodolfo Sohm dice al respecto: "*Desde comienzos del Imperio, el testamento romano tiene un competidor en el fideicomiso mortis causa o ruego hecho por el causante a su heredero intestado o al testamentariamente instituido... Mas la forma difería esencialmente, pues estos ruegos fideicomisarios, confiados a la fidelidad del instituido, no se hallan sujetos a los requisitos testamentarios. Basta para otorgarlos, una simple carta -codicilo- dirigida al encargado de cumplirlos o a la persona favorecida. He aquí cómo al lado de los testamentos, aparecen los codicilos, disposiciones de última voluntad exoneradas de toda forma. Podían otorgarse sin necesidad de testamento -codicilli ab intestato- o a más de él -codicilli testamentarii-, pudiendo, en este segundo caso,*

*ser confirmados testamentariamente -codicilli confirmati- o no gozar de tal confirmación -codicilli non confirmati-. El codicilo, por su naturaleza misma, sólo puede contener una única disposición de última voluntad*³¹⁵ Este punto de vista es apoyado por Bonfante que anota: *"En su origen los fideicomisos no estaban vinculados a ninguna forma y hasta se usaba hacerlos verbalmente o más a menudo, por el uso generalizado de la escritura, en un simple escrito que se llamaba codicilo"*³¹⁶

De esta suerte, el fideicommissum ofrece algunas alternativas para flexibilizar el régimen sucesorio, sin embargo en repetidas ocasiones se trató de constreñir a los autores de herencias a que siguieran el camino de la sucesión testamentaria y evitar que hicieran uso del fideicomiso. Esto tiene explicación en razón de algunas particularidades que es menester mencionar a continuación.

Primeramente se requiere tener presente la situación en la que se encontraba el heredero. En palabras de Álvaro D'Ors, *"La colocación de un heredero en la posición jurídica del difunto se llama sucesio. El heredero sucede al difunto porque continua su personalidad en todas aquellas situaciones y relaciones que son transmisibles. Ese conjunto patrimonial transmisible es la herencia (hereditas)."*³¹⁷

A esta situación le llama Rodolfo Sohm *"la subrogación en la personalidad patrimonial del difunto"*³¹⁸, y Arangio-Ruiz lo dice de la siguiente manera: *"El heredero testamentario o ab intestato, familiar o extraño, no recibe solamente las cosas corporales comprendidas en el patrimonio del difunto; por el contrario, lo reemplaza en todas las relaciones jurídicas activa o pasivamente transmisibles, y no sólo en las patrimoniales sino también en otras que nada tienen que hacer con el patrimonio..."*³¹⁹

Bonfante expresa la misma idea de la siguiente forma: *"...lo que hace al heredero es el título, no la asignación del patrimonio bajo una forma cualquiera."*³²⁰

El maestro Margadant lo dice con más claridad aún: *"Observemos aquí que, en su origen, la sucesión romana no sólo comprendía el patrimonio del difunto, sino que incluía también los ideales, las simpatías y las antipatías del difunto; el heredero continúa la personalidad entera del difunto, y no sólo su personalidad patrimonial...A consecuencia de esta función trascendente también sucedía en casi todos los derechos y deberes del difunto, pero esta sucesión patrimonial era sólo una de las consecuencias de la fundamental sucesión en toda la personalidad, y para tener más seguridad de que el heredero aceptaba desinteresadamente su sagrada*

³¹⁵ Sohm Rodolfo, *Instituciones de derecho privado romano*, 1a ed, trad. de Wenceslao Roces, México, Ediciones Coyoacán, 2006, p. 339.

³¹⁶ Bonfante Pietro, *Instituciones de derecho romano*, s.f. México, Tribunal Superior de Justicia, 2007, p 633.

³¹⁷ D'ors, op cit, nota 299, p. 239.

³¹⁸ Sohm op cit, nota 300, p. 311.

³¹⁹ Arangio-Ruiz, op cit, nota 299, p 576.

³²⁰ Bonfante Pietro, op cit, nota 301 p. 630.

función, el de cuius mostraba tendencia a privar al heredero de las ventajas materiales que podría producirle la aceptación de la herencia, repartiendo gran parte de los bienes entre los legatarios: ¡la función del heredero era la de actuar, no la de poseer!.. Todo lo demás era accesorio y servía, en parte, para quitar ventajas materiales al heredero -mediante legados-, a fin de que se concentrara en su típica función trascendente...[lo que] permite explicar una curiosa pugna entre el heredero, por una parte, y el testador y el legatario, por otra...³²¹

La pugna a la que se refiere el maestro Margadant, es un segundo elemento a considerar en relación a los intentos de obligar a los herederos testamentarios a aceptar los testamentos. La pugna consistía en que los herederos por vía testamentaria con mucha frecuencia repudiaban los testamentos, puesto que para ellos prevalecía el encargo de continuar la personalidad del *de cuius*, sin las ventajas materiales que sí recibían los legatarios, a consecuencia de una cuestión cultural típicamente romana, consistente en que los hacedores de la herencia por la indicada vía, consideraban que el heredero recibiría honrosamente la herencia, lo que no tendría que verse afectado por una aspiración sobre los bienes materiales.

Esta situación tuvo su origen en la época arcaica (753-509 A.C.), pero tiempo después, las guerras púnicas (264-146 A.C.) contribuyeron a modificar algunas de las ideas que habían prevalecido entre los romanos, pues el obligado contacto con otras culturas mediterráneas llevó hacia aquellos un espíritu más dispuesto al goce de las cosas mundanas, distinto del enraizado en el ámbito rural que tanto había matizado el comportamiento de los habitantes de Roma desde la época de su fundación.

Es entonces que se produce la transformación y los herederos ya no se muestran dispuestos a prescindir de los bienes materiales, sabiendo que la repudiación de la herencia transforma el proceso en una sucesión legítima que impide a los legatarios designados testamentariamente recibir sus legados, y, por el contrario, a los herederos les permite recibir los bienes del *de cuius*.³²²

Las condiciones relatadas fueron materia de regulación para evitar, como se dijo, que los herederos testamentarios renunciaran a las herencias. Tal es el caso de la *Lex Furia Testamentaria* de principios del siglo II A.C., por la cual se prohibió *"...adquirir legados y donaciones mortis causa que excediesen de mil ases, y concedió al heredero una manus iniectio para recuperar el cuádruplo de lo que el legatario hubiese cobrado de más..."*³²³

Con semejante propósito en el año 169 A.C. se promulgó la *Lex Voconia de Legatis* (a la cual ya se ha hecho referencia) y finalmente la *Lex Falcidia* del 40 A.C. por la que *"... reservó al heredero la cuota mínima de una cuarta parte de la herencia*

³²¹ Margadant Floris Guillermo S., op cit, nota 218, p. 456 y 465.

³²² cfr Margadant, op cit, nota 218, p. 494.

³²³ D'Ors Alvaro, op cit, nota 239, p. 314.

(quarta Falcidia) [que]..se calcula sobre el valor de la herencia en el momento de la muerte del testador, después de deducir las deudas hereditarias...³²⁴

Con estas medidas se suponía que el testador se vería en la obligación de beneficiar materialmente al heredero, lo que a su vez llevaría a éste a aceptar la herencia y consecuentemente ello provocaría que los legatarios recibiesen sus legados. La experiencia demostró que no funcionaron las cosas como se esperaba, porque los testadores burlaron el propósito de la *Lex Furia* y de la *Lex Voconia* distribuyendo su patrimonio en un gran número de legados de pequeña monto y así, sin violar la norma, seguían en el tradicional criterio de que el heredero no se sintiese atraído por cuestiones de índole patrimonial, cayendo en el mismo resultado que el legislador buscaba evitar. Para el caso de la *Lex Falcidia* el remedio fue, simplemente, *el fideicommissum*.

El fideicommissum era una disposición de última voluntad expresada bajo la forma de ruego. "Son disposiciones de última voluntad confiadas a la buena fe de una persona (fiduciario), por las que se hacía una petición o encargo a favor de otra persona (fideicomisario) para que las cumpla. Como resulta de su etimología: confiar en la fe (fideicommittere), se trataba de encargos de confianza para disponer de todo o parte de la herencia. Por ello se hacía en términos de petición o ruego: pido, ruego, quiero, encomiendo a la fe...Sin embargo, no se requerían palabras ni formas especiales. Se podía hacer el encargo en el testamento o en cualquier codicilo y el gravado debía recibir algo del testador o fideicomitente"³²⁵

La petición o ruego se hacían, por lo regular, al heredero o incluso al legatario, con independencia de que constara en el testamento o en un codicilo, según se ha visto.

Es indispensable hacer unas precisiones que contribuyan a dar una mejor idea de la importancia que el *fideicommissum* tuvo en el ámbito sucesorio. En primer término es de recordar que las iniciales noticias que de esta figura se tienen, datan del final de la época republicana (509-27 A.C.), es decir, precisamente del tiempo en el cual se promulgó la *Lex Falcidia* (40 A.C.). En segundo lugar, es cierto que el *fideicommissum* también se aplicaba para beneficio de quienes no gozaban de la *testamenti factio passiva*, e incluso, como lo dice Álvaro D'Ors, "*para dejar liberalidades a ciudades y personae incertae*", sin embargo, todo parece indicar que su campo de acción fue más señaladamente para los propósitos de elusión de la ley mencionada.

Con independencia de ello, lo cierto es que el encargo que el *fideicommissum* implicaba, quedaba, originalmente, confiado a la buena fe, a la confianza que se depositaba en la persona a quién tal encargo se hacía, porque, como ya se anotó, la *fides* era un concepto fundamental en la vida de los romanos, no obstante lo cual, se consideró, bajo Augusto (gobernó del 27A.C. al 14 D.C.), que no era suficiente

³²⁴ Idem.

³²⁵ García Garrido Manuel Jesús, Derecho privado romano. Casos acciones instituciones, 13a ed, Madrid, Ediciones Académicas, 2004, p 628.

la obligación moral y por tanto ese emperador decidió encargar a la jurisdicción de los cónsules, en *cognitio extra ordinem*, (literalmente, "fuera de orden", porque no sigue las dos etapas [*in iure* y *apud iudicium*] del proceso regular, ya que se trataba de un proceso que se desarrollaba en su totalidad ante el pretor y terminaba con una decisión imperativa [*imperium*] del mismo³²⁶) el exigir su cumplimiento.

Este acontecimiento es relevante en tanto que evidencia una característica fundamental en la vida jurídica romana: la primacía de lo procesal. Así lo indica el maestro Margadant: "*En vez de preguntarse: ¿qué deber tiene Tito?, se preguntaba: qua actione tenetur? (¿con qué acción podemos corregir esta situación?). Su pensamiento jurídico estaba más influido por el sistema de acciones y excepciones que el de nuestro tiempo; se acercaba a cada problema jurídico preguntándose: ¿con qué instrumentos procesales podremos atacar esta situación? Dentro de tal ambiente, era natural que, con frecuencia, la creación del derecho sustantivo se hiciera mediante la instauración de nuevas figuras procesales; sobre todo, por medio de innovaciones hechas por el pretor*"³²⁷

Cuando Augusto estableció el procedimiento para reclamar la conducta deshonesta de los fiduciarios que al no entregar los bienes al fideicomisario incumplían la encomienda que habían recibido, se hizo patente que el *fideicommissum* era una figura de frecuente aplicación, tanto como para que, un poco más tarde, el emperador Claudio (gobernó del año 41 al 54 D.C.) dispusiera la creación de magistrados especiales, *praetores fideicommissarii* que se ocuparan de los asuntos relacionados con el dicha figura, misma que, por otra parte, siguió siendo motivo de regulación para tratar de hacerla compatible con el régimen sucesorio romano, el que como se recordará, veía originalmente en el heredero a un continuador de la personalidad del testador, razón por la cual a aquél se transmitían también las responsabilidades de éste, lo que no ocurría con el legatario que simplemente recibía los beneficios materiales sin las deudas que el testador hubiese tenido.

Esta característica del régimen sucesorio daba lugar a algunos inconvenientes cuando el legado comprendía una parte importante de la herencia, pues el legatario no respondía por la misma parte de deudas, situación que se resolvió a través de lo que se llamaba *stipulationes partis et pro parte*, que era un acuerdo entre legatario y heredero, por el cual se hacían recíprocas compensaciones para atenuar los inconvenientes ya descritos.

Cuando a través del *fideicommissum* se transmitía, como en un legado, una parte de la herencia sin obligación para el fideicomisario de responder de las deudas del fideicomitente, se repetía el fenómeno descrito en el párrafo que antecede, pero en el año 56 D.C. tuvo la misma solución ya mencionada, porque en dicho año, siendo Nerón emperador, se dictó el *senadoconsulto Trebeliano* que asimiló el *fideicommissum* de una parte o del todo de la herencia a la sucesión a título

³²⁶ Sohm Rodolfo, op cit, nota 300, p.407.

³²⁷ Margadant S. Guillermo F., op cit, nota 218, p 143.

universal, de donde el fideicomisario devino a una situación equiparable a la del heredero.

Un poco más adelante, en el año 75 D.C., cuando Vespasiano era emperador, a través del *senadoconsulto Pegasiano* se determinó que el *fideicommissum* con el cual pudiera disponerse de más del 75% de la herencia se consideraría como legado, medida que tuvo como consecuencia el haber extendido el alcance de la *Lex Falcidia* al *fideicommissum* (el heredero recibiría la *quarta falcidia*, esto es, el 25 % de la herencia, pero con la denominación de *quarta pegasiana*, en concordancia con el *senadoconsulto* del que provenía), y al mismo tiempo hacer nugatoria la aplicación del *senadoconsulto Trebeliano* en el *fideicommissum* que comprendiera más del 75 % de la herencia, pero no en los casos menores, respecto de los cuales seguía vigente. Este complejo régimen continuó en vigor hasta los tiempos de Justiniano, con la salvedad de que bajo Adriano (gobernó del 117 al 138D.C.) los peregrinos y las *personae incertae* fueron declaradas incapaces de recibir fideicomisos.³²⁸

El *fideicommissum*, en el ámbito sucesorio, tuvo diferentes alcances porque se usaba para distintos propósitos. En un caso, al que se llamaba *fideicommissum hereditatis*, servía para transmitir la herencia en su totalidad o una parte de ella. El heredero fiduciario recibía el encargo del testador de que transmitiese la herencia al fideicomisario, sin ceder su calidad de heredero. Un segundo caso es el *fideicommissum* de residuo, que tiene como objeto lo que queda de la herencia (*quidquid de hereditate supererit*), porque el heredero-fiduciario quedaba facultado para disponer de los bienes de la herencia y disminuirla según la buena fe se lo indicase. Otra especie de *fideicommissum* era el que servía para encargar al fiduciario que manumitiera a un esclavo (*fideicommissaria libertas*). En otro caso, denominado *fideicommissum familiae relictum*, el testador pedía al heredero-fiduciario que conservase el patrimonio hereditario y que a la muerte de éste fuese transferido a personas pertenecientes a familia de dicho fiduciario, quienes lo recibirían con el carácter de fideicomisarios. Bajo otro supuesto, el *fideicommissum* podía quedar sujeto a sucesivas transmisiones que dependían de la muerte del fideicomisario anterior. En un principio existía una limitante porque la transmisión podía hacerse sólo para la primera generación de entre los que no hubiesen aún nacido a la muerte del fideicomitente, sin embargo, cuando Justiniano era emperador, se amplió a la cuarta generación (lo que influyó para que en la Edad Media se estableciese la institución del mayorazgo).³²⁹

El estado de cosas que se ha relatado, desde los tiempos de Adriano (138 D.C) hasta Justiniano (527-565 D.C.), permaneció prácticamente sin cambio, es decir, el

³²⁸ Véase: Arangio-Ruiz Vincenzo, op cit, nota 299, pp 647 a 652; Bonfante Pietro, op cit, nota 301, pp 633 a 635, y 653 a 656; D'Ors Álvaro, Op cit nota 299, pp 329 y 330; García Garrido Manuel Jesús, op cit, nota 293 pp 628 y 629; Samper Polo Francisco, Derecho romano, 1a ed, Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, pp 250 a 253; Margadant S. Guillermo Floris, op cit, nota 218 pp494 a 507.

³²⁹ Véase: D'Ors Álvaro, op cit, nota 299, pp 380-382; García Garrido Manuel Jesús, op cit, nota 293, pp 630-632.

fideicommissum se aplicó en las condiciones mencionadas durante casi cuatrocientos años, sin embargo no podía quedar fuera del espíritu unificador que caracterizó a la obra de este emperador y, dicho de manera sintética, se le modificó para, prácticamente, hacer uno de *fideicommissum* y legado. "Justiniano abolió toda diversidad y formó de los dos un único instituto compuesto de las normas más favorables de uno y de otro y principalmente del fideicomiso"³³⁰

Esta es la modificación más significativa que se hizo en el régimen del fideicomiso en tiempos de Justiniano, y es un cambio explicable en función de varias razones: una de ellas, la ya mencionada y que consiste en que Justiniano actuó con propósitos codificadores, por lo que la unión de *fideicommissum* y legado es congruente con su intención general; por otra parte, el cambio parece ser una consecuencia natural de las cosas, aplicada o realizada tardíamente.

Esto se explica en virtud de las notorias semejanzas que siempre hubo entre legado y fideicomiso, por ejemplo: ambos son actos que implican una liberalidad; en ambos casos se trata de figuras aplicadas en el ámbito sucesorio; generan las dos una encomienda hacia el heredero; implican la concesión de un beneficio a un tercero.³³¹

¿Cuál fue entonces la diferencia entre ambas? Básicamente la posibilidad aceptada en el *fideicommissum* de hacer la transmisión total del patrimonio, aunque quizás no fue esta característica la causa eficiente del nacimiento de la figura, porque su lugar está ocupado por el deseo de eludir las restricciones de la legislación sucesoria a las cuales se ha referenciado en este apartado.

No puede dejar de mencionarse como otras diferencias entre *fideicommissum* y legado, tal vez como la más importante, al hecho de que, a través de diferentes normas que se fueron dictando al paso del tiempo, el *fideicommissum* se asimiló al régimen de la sucesión testamentaria, pero también es de mencionar que el *fideicommissum* podía otorgarse en un codicilo, podía otorgarse a cargo del heredero, legatario o de un fideicomisario, y se reclamaba a través de una cognitio extra ordinem; por el contrario, el legado debía constar en un testamento, sólo corría a cargo del heredero y estaba sujeto al proceso formulario.³³²

El régimen justiniano, según lo destacan los estudiosos del Derecho Romano, en tratándose del *fideicommissum* y el legado, introdujo varios cambios en diferentes aspectos, a fin de hacer compatibles las dos instituciones. Tales cambios operaron en aspectos de forma, o en la definición de derechos y obligaciones para las tres partes que en cada caso participan, pero no fueron suficientes para alterar los principios básicos del *fideicommissum* que se delinearón en el proceso evolutivo que tuvo esta figura desde los años finales de la República hasta los de la primera mitad del período Clásico.

³³⁰ Bonfante Pietro, op cit nota 301, p. 635.

³³¹ Bonfante llama al legado "*fideicomiso singular*" op cit, nota 301, p 636.

³³² Petit Eugene, op cit, nota 216, p 579

4. Naturaleza jurídica.

¿Qué han dicho los estudiosos acerca de lo que es el *fideicommissum*? He aquí algunas de las versiones al respecto:

"Se llama *fideicommissum* a la disposición de última voluntad, a título particular o universal, expresada no bajo la forma de orden (impersonal o dirigida al heredero), sino en la de ruego dirigido a alguien que por ley o testamento recoja los bienes hereditarios" (Vincenzo Arangio Ruiz).

"Fideicomiso, como lo dice el nombre (*fidei commissum*), es un encargo que se confía a la honradez y a la fe ajena; en sentido técnico significa aquella disposición de última voluntad en la que se confía la ejecución fuera del testamento, en la fe del heres (testamentario o legítimo) o en otra persona beneficiada" (Pietro Bonfante)

"El *fideicommissum* es un encargo que una persona, llamada fideicomitente, deja a otra, llamada fiduciario, que de algún modo va a adquirir algo a consecuencia de la muerte de aquél, para que entonces lo cumpla, dentro de los límites de su adquisición y en provecho de un tercero" (Álvaro D'Ors).

"Fideicomisos. Son disposiciones de última voluntad confiados a la buena fe de una persona (fiduciario) para que las cumpla." (Manuel Jesús García Garrido).

"El fideicomiso era una súplica, dirigida por un fideicomitente a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario. La forma normal que tomó en el derecho romano era el del fideicomiso *mortis causa*, en el cual el fideicomitente era el autor de la herencia; el fiduciario, el heredero o el legatario; y el fideicomisario, un tercero" (Guillermo F. Margadant S.)

"Un *fidéicommis*, dans le sens le plus général, est une disposition de biens à laquelle il manque une quelconque des conditions nécessaires selon le droit civil pour constituer une institution d'héritier ou un legs, et dont le défunt charge son héritier soit testamentaire, soit ab intestat ou toute autre personne a qui il laisse quelque chose. [En un sentido amplio, un fideicomiso es una disposición de bienes ante la falta de cualquiera de las condiciones necesarias conforme a la ley para hacer una herencia o un legado, por la cual el difunto grava su herencia, sea testamentaria o sea intestamentaria, hacia alguna persona a la cual deja alguna cosa" (M. Ortolan).

"Cuando un testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía la *testamenti factio*, no tenía otro recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor de su voluntad para dar al incapaz, bien fuera un objeto particular, o bien la sucesión en todo o en parte. Es lo que se llama un fideicomiso, a causa de los términos empleados: *rogo, fideicommitto*" (Eugene Petit).

"Consiste el fideicomiso en un encargo que hace el causante a cualquier persona que vaya a obtener un beneficio a causa de su muerte, para que ésta cumpla alguna

liberalidad a favor de un tercero: el encargado dicese fiduciario y el tercero beneficiado recibe el nombre de fideicomisario" (Francisco Samper Polo).

"Legados y fideicomisos son, unos y otros, disposiciones sobre determinados bienes patrimoniales, para en caso de muerte y a costa de la herencia. Gravan sobre esta misma y se basan en un negocio jurídico unilateral, diferenciándose en esto de las donaciones mortis causa, que salen del patrimonio del donante en vida de éste y responden a un contrato" (Rodolfo Sohm).

Abundando, se anotan en seguida los conceptos de algunos distinguidos juristas mexicanos:³³³

"El fideicommissum es el encargo que una persona denominada fideicomitente, encomienda a la fides de otra persona denominada fiduciario, para que lo cumpla en beneficio de un tercero al que se denomina fideicomisario" (Roberto Héctor Gordillo Montesinos).

"Se puede definir al fideicomiso como el ruego que hace un fideicomitente a un fiduciario para que entregue ciertos bienes a un fideicomisario" (Francisco José Huber Olea).

"El fideicomiso es aquella institución jurídica, en virtud de la cual una persona, el fideicomitente, por disposición de última voluntad encargaba a otra, el fiduciario, transmitir toda o una parte alícuota de su herencia o un bien determinado de su patrimonio a una tercera, el fideicomisario" (Raúl Lemus García)

"El Fideicomiso. Se puede definir como una súplica hecha por una persona -el fideicomitente- a otra -el fiduciario- para que entregara algo a una tercera -el fideicomisario." (Marta Morineau Iduarte y Román Iglesias González).

"El fideicommissum es un acto de liberalidad mortis causa mediante el cual, una persona denominada fideicomitente, hace un encargo a otra, llamada fiduciario, para que lo realice en beneficio de otra, llamada fideicomisario." (Gumesindo Padilla Sahagún).

Un elemento constante en estas definiciones, es la referencia a "una declaración de última voluntad". Otro elemento frecuente es el relativo al "ruego". Uno más está constituido por el "encargo", y, por supuesto, también la mención de las partes es constante.

Los dos primeros elementos (declaración de última voluntad y ruego), permiten ver con claridad, en primer lugar, que la creación o establecimiento del *fideicommissum*

³³³ Véase: Gordillo Montesinos Roberto Héctor, *Derecho privado romano*, 2a ed. México, Porrúa, 2008, p. 394; Huber Olea Francisco José, *Diccionario de derecho romano*, 2a ed, México, Porrúa, 2007, p. 220; Lemus García Raúl, op cit, nota 170, p. 313 Morineau Iduarte Marta e Iglesias González Román, op cit, nota 273, p. 230; Padilla Sahagún Gumesindo, op cit, nota 274, p. 328

era un asunto estrictamente personal, una cuestión que atañe solamente al declarante, algo que le es propio y exclusivo y en donde ninguna otra persona participa; imaginar que no es así, sería muestra de torpeza grave. El ruego es un complemento de la declaración; es una manera de pedir en cierta forma subordinada, porque está sujeta a un acto de gracia por parte de quien lo recibe; implica la concesión de un don o favor. Cuando se ruega, no se hace una expresión con la intención de lograr consentimiento propiamente dicho, sino lo que se busca es obtener una concesión del rogado; al rogar, una persona no pretende sumar otra voluntad a la suya para formar un acuerdo, ya que sólo se trata de obtener una cooperación.

En el rígido régimen formalista romano, la formación del consentimiento estaba sujeta a la observancia de procedimientos varios, de fórmulas diversas; aún en el caso de los contratos consensuales (compraventa, *locatio conductio*, mandato y sociedad) era indispensable satisfacer ciertos requisitos que, si bien no eran necesarios para el perfeccionamiento del contrato, tampoco podían obviarse.

No era esta la situación del *fideicommissum*, en donde, si acaso, por virtud del ruego, se podría decir que había un *pactum nudum*, esto es, un trato entre dos o más sujetos que generaba obligaciones naturales o deberes morales que alcanzan carácter jurídico porque el derecho los tiene en cuenta, pero que no confieren derechos correlativos, ni hay la posibilidad, jurídicamente fundada, de exigir su cumplimiento. Entonces, en el *fideicommissum* podemos identificar dos momentos: uno, el relativo a la decisión personalísima, y otro el relativo al ruego que genera un deber moral.

Con respecto al primero, ocurre que no genera derechos para otra persona respecto de quien toma esa personalísima decisión (fideicomitente); la decisión de última voluntad es autónoma en el más estricto sentido de la palabra, y una vez que está formulada, la decisión correspondiente figura como el antecedente necesario e inmediato del ruego; es la referencia obligada de éste, porque resulta indispensable informar al rogado sobre el contenido del ruego, pero sin que dicho rogado pueda hacer nada por cambiarlo, adecuarlo o ajustarlo.

El ruego, como se ha visto, estaba sujeto a la confianza, a la buena fe, sobre todo en un principio, cuando ni siquiera el fideicomisario tenía acción en contra del fiduciario. En un momento posterior, como se sabe, se confirió a los fideicomisarios la posibilidad de atacar la conducta deshonesta de los fiduciarios, pero esta posibilidad, puesto que perseguía como fin constreñir a éstos al cumplimiento fiel del encargo que habían recibido, viene a reforzar la tesis de que la voluntad del fideicomitente queda incólume y no era aceptable que, por vía de hecho, se la modificase.

Todo lo expresado lleva a concluir que el *fideicommissum* tenía, por el acto que le da origen, el carácter de una declaración unilateral de voluntad. Es de aclarar que entre los romanos la declaración unilateral de voluntad, en tanto que tal, obtuvo escaso reconocimiento, pues era admitida como fuente de obligaciones, sólo en dos

casos: las promesas hechas en favor de la ciudad (*policitatio*) y las promesas a la divinidad (*votum*). No obstante ello, el autor de este trabajo sostiene que esa era la naturaleza del fideicommissum y que, en consecuencia, es equiparable al fideicomiso mexicano.

CAPÍTULO CUARTO EL TRUST

I INTRODUCCIÓN.

En este capítulo se abordará la explicación de lo que es el trust, esto es, la operación jurídica que funge como antecedente inmediato del fideicomiso mexicano³³⁴, para después, en la siguiente parte de este trabajo, comparar su esencia en unión del fideicommissum romano, y así identificar el vínculo que se estima une a las tres figuras mencionadas.

Al describir lo que es el trust, es imprescindible hablar de la familia jurídica de la que forma parte, porque el trust tiene su origen en la dualidad common law-equity que los autores señalan como característica de los sistemas anglosajones, y para entender esa dualidad, resulta necesario recurrir a su orígenes, a fin de conocer cómo es que se formó, y cómo al paso del tiempo matizó toda la vida jurídica de Inglaterra primero, y de las naciones que después, por razones de la extensión del imperio británico, la recibieron.

El trust es una institución claramente representativa de la "equity", si no es que su mejor representante. El trust es, además, una institución hondamente arraigada en la vida de los pueblos anglosajones, pues a ella recurren de manera cotidiana para la realización de propósitos de toda índole, tanto personas físicas como personas morales. Ningún aspecto de la vida queda fuera del alcance del trust, que se emplea incluso para ciertas actividades que logran algún grado de institucionalización y son extrañas a la manera de actuar de los pueblos latinoamericanos por lo menos, cual

³³⁴ Pablo Macedo, autor del texto original de la parte correspondiente al fideicomiso en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, lo dice expresamente cuando anota: "*No debe...extrañar que se haya ocurrido a Lepaulle para redactar nuestra ley sobre fideicomiso; pero se recurrió también a los auténticos expositores de la institución, a los tratadistas ingleses y norteamericanos que se pudo consultar...y al parecer, la ley sí ha logrado captar, la verdadera naturaleza jurídica del "trust" o fideicomiso anglosajón que se pretendió reconstruir dentro de la estructura jurídica mexicana puesto que desde 1932 vive como institución nuestra y ha crecido y se ha desarrollado, como en seguida lo veremos*". Macedo Pablo, "El fideicomiso mexicano", en Lepaulle Pierre, op cit, nota 167, p XXXIX.

es el caso de trusts creados para obras de beneficencia social. Con el trust se administran patrimonios y se invierten los recursos del ahorro de las personas físicas; por medio del trust se garantizan obligaciones empresariales y se administran toda suerte de negocios. También, como anota Batiza citando a Scott, *"...se ha significado como el instrumento accesible y pronto para resolver los problemas cotidianos en la organización, el financiamiento y la liquidación de empresas, en el desplazamiento de riesgos, en las operaciones de crédito y en la prevención de litigios."*³³⁵

El trust es, en síntesis, parte de la vida de los pueblos en los que existe como una importantísima figura jurídica, pero su gran utilidad práctica en la época actual, es una consecuencia natural de la evolución que al paso de mucho tiempo tuvo la figura jurídica que funge como su más remoto antecedente.

Ese antecedente, es el "use". Recurriendo nuevamente a Batiza que ahora cita a Maitland, el *"...use consistía en una transmisión de tierras realizada por acto entre vivos o por testamento a favor de un prestanombre, quien las poseería en provecho del beneficiario o cestui que use"*³³⁶

De acuerdo al concepto antes transcrito, y en una visión absolutamente preliminar, es posible apreciar que el "use" era un medio para eludir la aplicación de ciertas reglas; sólo de esa manera puede entenderse que el concepto incluya una expresa referencia a un "prestanombre", denominación ésta que tiene una clara connotación negativa, pues evidencia que alguien desea ocultar la verdad del hecho consistente en ser propietario de ciertos bienes. Más aún, el mismo concepto devela la situación, cuando nos dice que el "prestanombre" era un mero poseedor, y que a otro correspondía obtener los beneficios del caso.

Dice Batiza que según afirman los autores que del estudio del "use" se han ocupado (Scott, Maitland, Keeton, Bacon, Blackstone, Perry, Holmes), que aún y cuando no ha sido posible precisar de manera satisfactoria el momento histórico en que el "use" hace su aparición en Inglaterra, tal vez su primera y general utilización haya ocurrido en el siglo XIII *"...como resultado de las transmisiones de tierras para el uso de los frailes franciscanos, a quienes las reglas de la orden prohibían, en lo individual o comunalmente, la propiedad de bienes"*.³³⁷

Después de ese posible primer caso, la aplicación del "use" se generalizó, en función de supuestos diferentes, unidos, aparentemente, por un factor común: la elusión de ciertas reglas. Es por eso que conviene iniciar este capítulo con una breve referencia a la situación prevaleciente en esa época, a fin de conocer cuáles fueron las circunstancias que dieron lugar al establecimiento de esa figura para los elusivos propósitos mencionados.

³³⁵ Batiza Rodolfo; *El fideicomiso, teoría y práctica, 9a ed.*, México, Porrúa y Universidad Panamericana, 2009, p. 2.

³³⁶ Batiza, op cit, nota 320, p 4.

³³⁷ Ibidem, p. 7

Pero hay algo más, de suyo muy importante. En la historia de Inglaterra hay un momento que funge como el inicio de una nueva era: se trata de la llegada en 1066 de los normandos comandados por Guillermo El Conquistador, Duque de Normandía (1028-1087), que lleva a ese país la organización política que había establecido en su ducado (norte de Francia). Dice al respecto Marta Morineau: *"El Conquistador importó de Normandía el sistema feudal, muy parecido al que imperaba en el resto de Europa, aunque con características propias, que lo distinguieron del sistema continental"*³³⁸

Con Guillermo el Conquistador, además del sistema feudal llegaron a Inglaterra nuevas instituciones que al paso del tiempo contribuirían, en unión de las existentes reglas locales, al establecimiento del common law, y posteriormente de la equity, que como ya se anotó antes, es el sistema del cual surge el trust.

Los descendientes de Guillermo El Conquistador que sucesivamente ocuparon el trono de Inglaterra fueron: Guillermo II que gobernó de 1087 a 1100; Enrique I que a su vez gobernó de 1100 a 1135 (Guillermo II y Enrique I eran hijos de Guillermo El Conquistador); Esteban I que era nieto de Guillermo El Conquistador y ocupó la corona de Inglaterra en el período de 1135 a 1154. A la muerte de éste, accedió al poder Enrique II, bisnieto de Guillermo El Conquistador, hijo de Godofredo V de Anjou.³³⁹

Las transformaciones habidas en Inglaterra en los años inmediatamente posteriores a la llegada de los normandos, dieron pie al establecimiento del common law, por virtud de un proceso de cambio que alcanza su culminación en el tiempo de Enrique II respecto de quién el ilustre jurista Guillermo F Margadant lo cita como el *"...principal fundador de este derecho común"*³⁴⁰

*"De todos los monarcas que han llevado la corona de la isla, pocos han hecho obra tan grande y tan duradera como Enrique Plantagenet, conde de Anjou...Dejó a Inglaterra un sistema judicial y administrativo y un hábito de obediencia al gobierno...un espíritu legalista educado en el mejor saber europeo de su tiempo, en particular en el renacimiento jurídico que entonces se difundía hacia el norte partiendo de las universidades italianas; por ello fue capaz de ser el precursor de la nueva jurisprudencia en un país que sólo desde entonces fue famoso por su derecho vernáculo."*³⁴¹

³³⁸ Morineau Marta, Una introducción al common law, 2a reimpresión de la 1ª edición, México, UNAM-IIJ, 2004, p. 13

³³⁹ La casa de Anjou en Inglaterra fue conocida como dinastía Plantagenet y reinó en ese país hasta 1399. Véase Macaulay Trevelian George, *Historia política de Inglaterra*, 2a ed en español, México, FCE, 1984, pp 96-114.

³⁴⁰ Margadant, Guillermo F., op cit, nota 281, p. 190.

³⁴¹ ibidem, p 117.

El estudio, aunque sea panorámico, de las condiciones imperantes en esa época, es un presupuesto conveniente para entender, primero, como surge el "common law", segundo, cómo y para qué se forma el "use" (uso, en la expresión castellanizada). En consecuencia, así iniciará este capítulo.

Una vez efectuado el análisis de los acontecimientos referidos, se procederá a revisar otro momento histórico importante en la evolución del "use". Se trata de la época en la que se legisló para restringir su aplicación, a través de la Ley de Usos (*Statute of Uses*), dictada por Enrique VIII en 1535. Con esta ley se buscaba impedir actos fraudulentos a que el abuso del "use" había llevado, sin embargo, como lo dice Batiza, no fue posible eliminar del todo su aplicación, pues en los hechos se presentaban muchas situaciones que la Ley citada no regulaba, lo que llevó a que el "use" siguiese vigente.

Hubieron de pasar un poco más de cien años, para que la evolución de estas situaciones llevaran a la configuración inicial del trust, en función de la asimilación del "use" y de su sistematización, en buena medida por la intervención de Heneage Finch, Conde de Nottingham, Lord Canciller de Inglaterra (1621-1682), de quien se dice que fue "el padre de la equity".³⁴²

Es oportuno mencionar a otros dos grandes juristas que mucho influyeron en la evolución de la equity, según dice Oscar Rabasa y que al igual que el antes citado, ocuparon en su momento la posición de Lord Canciller de Inglaterra: Philip Yorke, Conde de Hartwicke (1690-1764), y John Scott, Conde de Eldon (1751-1838). Al primero se atribuye el establecimiento de bases para la armonización del common law y de la equity, y al segundo la introducción del principio de "*stare decisis*", que consiste en la obligación de acatar lo que los jueces han decidido en casos análogos anteriores, y que ha resultado fundamental en la configuración actual de la familia del common law (entendido éste como el sistema que en el presente aglutina también a la equity).³⁴³

Una vez que se haya hecho la reflexión sobre los acontecimientos que se aluden en los párrafos precedentes, se efectuará el estudio del trust propiamente dicho, a fin de tratar de precisar su naturaleza jurídica (a sabiendas de que los juristas del sistema anglosajón no acostumbran poner en juego ese tipo de nociones), para así poder comparar esta institución con el fideicomiso mexicano y el fideicommissum del derecho romano, si bien es cierto que el fideicomiso en México tiene como antecedente directo e inmediato al trust, lo que hace suponer afinidad en la esencia de ambas instituciones.

II. UNA VISIÓN HISTÓRICA.

³⁴² Encyclopedia Britannica, <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/420800/Heneage-Finch-1st-earl-of-Nottingham>.

³⁴³ Rabasa Oscar, *El derecho angloamericano*, 1a ed, México, FCE, 1944, p 144.

<http://www.britannica.com/search?query=Philip+Yorke%2C+1st+Earl+of+Hardwicke>

<http://www.britannica.com/search?query=John+Scott%2C+1st+Earl+of+Eldon>

1. La Alta Edad Media. Siglos V al X.

La Edad Media, es la época que en la historia de la humanidad, abarca, en la versión más aceptada, desde la caída del imperio romano de occidente (476), hasta la caída del imperio romano de oriente (1453), o, por variación de criterios, el descubrimiento de América (1492). En todo caso abarca diez siglos, desde el V hasta el XV.

Como es natural, en un período tan prolongado para la historia del hombre, se presentaron muchos fenómenos de distinto alcance que provocan que a esta época sea difícil darle un tratamiento unitario, razón por la cual es usual que se le divida en dos o hasta tres partes, que abarcan lapsos con ciertas características uniformes.

De esta suerte se le divide en Alta Edad Media que va del siglo V al siglo X; Plena Edad Media (siglo XI al siglo XIII); Crisis de la Edad Media que ocurre en el siglo XIV. A estos dos últimos períodos, suele agrupárseles en una sola etapa conocida como Baja Edad Media. Algunos autores hacen la división en función de otros datos a los cuales dan más importancia, por ejemplo, cuando toman en cuenta que el imperio bizantino ejerció una gran influencia entre la mayor parte de los pueblos de Europa continental, por lo que una primera etapa queda definida para ellos hasta el año 800 (siglo IX) y corresponde al momento histórico de mayor esplendor de dicho imperio; la segunda etapa abarca hasta el fin de las cruzadas en el 1270 (siglo XIII) y la tercera es la que corre desde ese año hasta cualquiera de las fechas que ya se han mencionado para ubicar el momento de la conclusión de la Edad Media.

Dado que el imperio romano tuvo una influencia menor en Inglaterra (Julio César inició la invasión en el 54 A.C.; fue continuada por Claudio en el siglo I de esta era, y más tarde por Adriano y Severo cien años después; concluyó con el retiro de los ejércitos de Roma en el año 407), porque los romanos permitieron la vigencia de las costumbres locales, la presencia amenazadora de diversos pueblos como los celtas, anglos y sajones, y nunca ejercieron de manera vigorosa su poder, tal vez a consecuencia de la distancia de los centros políticos del imperio, para los efectos de este estudio se tomará en cuenta la primera de las divisiones mencionadas.³⁴⁴

La primera de dichas divisiones, la Alta Edad Media, se refiere a una época crítica porque se da la confrontación de dos mundos, a saber, el de la civilización y orden que constituía el romano, y el primitivo representado por los pueblos de origen germánico y asiático.

³⁴⁴ cfr Mundó José, op cit, nota 252, pp 245 y 246.

Esta confrontación tiene lugar porque pueblos germánicos³⁴⁵ y asiáticos³⁴⁶ se trasladan hacia las regiones dominadas por el imperio romano, primero en las partes septentrional y oriental de la Europa continental, y después hacia la parte suroeste (España) y sur hasta llegar a la misma Roma, en un proceso lento que comprende muchos años pero que tiene sus más importantes manifestaciones desde mediados del siglo IV, siendo Valentiniano I emperador romano.

Cuando Rómulo Augústulo es depuesto como emperador romano en el siglo V de nuestra era por Odoacro, jefe de los hérulos (año 476), se inicia la Edad Media, y es entonces cuando se evidencia en toda su magnitud la diferencia en el desarrollo cultural de los pueblos que invadieron el imperio romano, con respecto a la evolución que había logrado éste, no obstante que en esa época ya hubiera dado muestras de decadencia.

La situación generó, poco a poco, a un proceso de mutua adaptación y asimilación, en función de tres factores: (i) la sobrevivencia de la cultura romana (instituciones políticas y administrativas, lengua, ciencia, derecho); (ii) el caudillaje de los militares entre los bárbaros que tenían una gran inclinación hacia la guerra; (iii) el cristianismo que con mucha fuerza penetró en la conciencia de los individuos, y aprovechó el desconcierto generado por la indefinición de la organización social, para encabezar rudimentarias formas de orden político en pequeñas y medianas comunidades.³⁴⁷

Ese fue el contexto en el cual se desarrolló una gran parte del mundo europeo durante los primeros siglos de la Edad Media, y por tanto no es extraño que se haya dado una situación de cierto estancamiento que en una apreciación preliminar genere comentarios negativos (algunos autores llaman a esta época como la "edad oscura")³⁴⁸

Sin embargo es de reconocer que eso obedeció al choque cultural ya mencionado y al lento proceso de fusión habida cuenta las notorias diferencias entre los bárbaros y los romanos, no obstante lo cual, en ciertos aspectos hubo expresiones de vida importantes.

Así ocurre con el proceso de formación de las nuevas lenguas ciertamente derivadas del latín, con la conservación y reproducción de escritos y documentos en los monasterios (sobre todo benedictinos en la Europa continental y agustinos en Inglaterra) que se convirtieron en centros de enseñanza y refugio de testimonios de la cultura, con el desarrollo de las artes con sello propio (pintura, literatura,

³⁴⁵ La denominación "germánicos" comprende diversos pueblos, algunos cuyos orígenes provienen de la península escandinava como es el caso de los normandos, hérulos, godos, visigodos y ostrogodos, y otros auténticamente germanos porque se asentaban de origen en tierras que actualmente forman parte de Alemania, como es el caso de los sajones y los anglos, e incluso en Polonia como ocurría con los vándalos.

³⁴⁶ Los hunos, hasta donde se sabe, eran una reunión de pueblos diversos con orígenes en Siberia, Turquía y Mongolia.

³⁴⁷ cfr. Vera Tornell Ricardo, *op cit*, nota 253, pp 513-518.

³⁴⁸Carlton J. H. Hayes, Parker Thomas Moon, John W. Mayland, *World History*, New York, 1946, p. 282.

arquitectura e incluso joyería), con la conformación de una nueva clase social, la nobleza, cuyos integrantes fueron mayoritariamente provenientes de los pueblos bárbaros (esta clase incluye tanto a los reyes propiamente dichos, como a sus cercanos seguidores que obtuvieron el reconocimiento de aquellos y el estímulo de ser declarados representantes del rey en ciertos lugares e incluso dueños de extensiones importantes de tierras, lo cual daría después lugar a los feudos) y, finalmente, con un nuevo régimen legal en donde empieza a sobresalir la figura regia en demérito de la participación de los ciudadanos en asambleas.³⁴⁹

La forma dominante de organización política en esta época, se fundaba en lealtades personales y no en conceptos abstractos o instituciones impersonales, anota Joseph R. Strayer, quien agrega que así se formaban reinos efímeros que eran útiles básicamente para enfrentar las emergencias, porque las estructuras básicas, social y económica, no estaban en condiciones de soportar el peso que las auténticas instituciones representan. Los intereses eran locales, limitados a los pequeños centros comunitarios donde la vida se desenvolvía, todo lo cual facilitó el surgimiento del feudalismo, ya que el poder político estaba claramente fragmentado, y es posible decir que, tal vez, sólo la iglesia poseía instituciones duraderas.³⁵⁰

El panorama se complementó con muchas luchas entre los propios pueblos germanos, pero también con otros pueblos como lo fueron los galos. Unos a otros se combatieron y mutuamente se fueron desplazando, hasta que, hacia el final de este período, lograron permanencia en un lugar determinado (lo cual no fue obstáculo para que siguieran combatiendo) y ya no vagaban en busca de nuevos lugares donde asentarse. La estabilidad en un mismo lugar favoreció el nacimiento de organizaciones judiciales y financieras que a su vez fueron fortaleciendo el ánimo de definitividad en un mismo lugar.

2. Plena Edad Media. Siglos XI al XIII.

En esta etapa surge el feudalismo, cuyas raíces se encuentran en el proceso de fusión de los mundos bárbaro y romano. En sentido estricto, feudalismo no es un sistema por las siguientes razones: carece de la regularidad y uniformidad que propiamente devienen en un sistema; prevalece en toda la Europa Occidental con muchas diferencias personales y locales; difiere de una localidad a otra y los acuerdos entre los individuos también difieren de un sitio a otro. No obstante lo citado, en términos generales la práctica del feudalismo tiene rasgos comunes en cualquier lugar.³⁵¹

El feudalismo tiene su raíz en el afán de apropiación de bienes, la tierra básicamente, que cundía entre las tribus de los pueblos germánicos que así daban

³⁴⁹ cfr. Willis Mason West, *The modern world, from Charlemagne to the present time*, revised edition, Boston, Mass, 1924, pp 42-47.

³⁵⁰ Strayer Joseph R., *Sobre los orígenes medievales del estado moderno*, 1a ed en español, Barcelona, Ariel, 1981, pp 22 y 23.

³⁵¹ cfr. Carlton, Parker and Wayland, op cit, nota 333, p. 300.

un mejor sentido a sus inquietudes guerreras. Este factor combinado con el de caudillaje que ya se mencionó, generaron un ambiente propicio para el surgimiento del feudalismo.³⁵²

El distinguido historiador mexicano, Carlos Alvear Acevedo, anota sobre el feudalismo lo siguiente: *"El feudalismo deriva su nombre de la palabra germánica "fēhu" que significa rebaño o propiedad, según algunos, o de los vocablos también germánicos "feh" o "fee", recompensa, y "od" u "odh", propiedad o bienes raíces, según otros, o, finalmente, de "feod", que significa fiar o confiar, y se refiere al hecho de que el rey entregaba a un señor determinado una porción de tierra, a cambio de ciertos servicios que el señor debía prestar al mismo rey... Complementariamente estaba el hecho de que las personas que vivían en la tierra concedida, que eran los siervos, reconocían a su vez como protector al señor, a quien le debían obediencia. Dichos siervos eran de dos clases: los "siervos personales", que estaban obligados a prestar servicios o trabajos al señor; y los "siervos de la gleba", que estaban arraigados en la tierra y no podían abandonar ésta sin el permiso del señor."*³⁵³

Dice el mismo autor que el señor feudal era un rey en pequeño, pues en la tierra que le había sido conferida cobraba impuestos, acuñaba moneda, impartía justicia y los habitantes le rendían vasallaje, y si bien es cierto que en principio estaba sometido al rey de su país, también es cierto que muchos señores feudales llegaron a ser más poderosos que el mismo monarca.³⁵⁴

Los sujetos que al tiempo devinieron en reyes o monarcas, en tanto lograron la institucionalización de la figura regia, eran tan sólo sujetos con dotes de liderazgo que encabezaban las tribus para la guerra, pero que al mismo tiempo requerían de la colaboración de otros ciertos sujetos que se convertían, por causa del apoyo brindado, en los señores feudales. Éstos recibían a cambio de la ayuda proporcionada, la posibilidad de apropiarse de la tierra, pero el caudillo, rey al paso del tiempo, se convirtió en jefe político, con poder de mando, pero no propiedad sobre la tierra. El poder funcionaba como en una federación, con una autoridad central, que aglutinaba bajo su imperio a las demás autoridades, las que, a su vez, ejercían el mando casi sin limitación en las localidades que les habían sido conferidas.

Para Strayer el feudalismo simplifica las instituciones, y aunque al fragmentar el poder político actúa en contra de la consolidación del Estado, paradójicamente es uno de sus fundamentos.³⁵⁵

El feudalismo erigía a los señores en la principal autoridad de la comarca, pues eran ellos los primeros receptores del "feudo", es decir, la propiedad sobre una cierta extensión de tierra que les había sido conferida por el caudillo. El feudo fue,

³⁵² cfr. Vera Tornell Ricardo, op cit, nota 253, p. 570.

³⁵³ Alvear Acevedo Carlos, *Manual de Historia de la Cultura*, 16a ed, México, Jus, 1984, p. 260.

³⁵⁴ Idem.

³⁵⁵ Strayer, op cit, nota 335, p 24

originalmente, el resultado de las invasiones que estos pueblos hicieron sobre las zonas que formaban parte del imperio romano, porque al ejercer dominio sobre las tierras invadidas, el líder o caudillo entregaba a los señores algunas extensiones de tierra, lo cual dio lugar a lo que se conoció como feudo *alodial* (sin cargas), que significaba la propiedad como tal, es decir, la posibilidad de comportarse como dueño sobre esos bienes.

Había una segunda clase de feudo, al cual se llamaba *beneficiario*, que permitía al poseedor de la tierra el usufructo de ella, pero no el dominio. Esta clase de feudos eran una especie de derivación del primero, porque la concesión del usufructo la hacía el señor del feudo alodial.

Estas formas nunca fueron puras, es decir, en la práctica no era posible identificar las modalidades de acuerdo a esa descripción, pues en la mayor parte de los casos se daba un fenómeno de fusión de características que hacía difícil la identificación de cada caso. Lo cierto es que el personaje que entregaba la tierra, sea en dominio, sea en beneficio, esto es el enfeudador, ejercía imperio sobre los que habían recibido el feudo, o sea los enfeudatarios, quienes quedaban vinculados con el primero, básicamente por razones de fidelidad.

*"El que recibía el feudo se hacía súbdito o vasallo del señor que se lo daba, y contraía con él ciertas obligaciones. De rodillas y sin espada, y puestas las manos en las del señor, le rendía homenaje, es decir, se reconocía hombre suyo, y le prestaba juramento de fidelidad."*³⁵⁶

Esta situación, al paso del tiempo se convirtió en causa de abusos, porque los señores feudales obligaban a los enfeudatarios a la prestación de todo tipo de servicios, con el único compromiso de brindarles protección frente a la posibilidad de ataques por parte de otros pueblos. Los servicios prestados, al principio quedaron limitados a contribuir a la defensa del feudo, pero luego se extendieron a casi todo lo que el señor feudal quisiese. Los enfeudatarios estaban sujetos a una condición de servidumbre y no de esclavitud, pues eran hombres libres que incluso, pagando rentas, podían mudar de feudo y vincularse con otro señor.

Los relatos inconvenientes del feudalismo, tuvieron su contrapartida en algunos beneficios. Dice al respecto Joseph R. Strayer: *"...no parece posible afirmar que haya habido un aumento notable de la estabilidad y la seguridad en el período que siguió al año 1000. Sin embargo, si se comparan las condiciones de la etapa con las que reinaban anteriormente, las mejoras resultan innegables; bastaron para permitir un impresionante resurgimiento en la mayor parte de la Europa occidental. La producción agrícola se incrementó, así como también el comercio a distancia; la población creció; los hombres se interesaron más por la religión y la política"*³⁵⁷.

³⁵⁶ Mundo José, op cit, nota 252, p 347.

³⁵⁷ Ibidem, p 30.

El feudalismo encontró las raíces de su decadencia en tres factores: el fortalecimiento de la monarquía, el desarrollo de las ciudades y el cristianismo. En relación al primero debe anotarse que la figura de los reyes fue cobrando importancia poco a poco, gracias, en primer término, al compromiso que los señores feudales con ellos habían establecido, pero también, y en segundo lugar, a un proceso evolutivo que estuvo afianzado socialmente en la necesidad de identificar una autoridad suprema políticamente hablando, que fuera el eje de la conducción de toda la comunidad, y que limitara los abusos de los señores feudales.

El segundo factor tiene como referencia ciertas características físicas que se vieron prontamente rebasadas por el crecimiento de la población: los señores feudales podían brindar una efectiva protección en la medida en que los integrantes del feudo, ante las amenazas de otros pueblos, quedaran resguardados tras las murallas de las localidades donde se asentaba el propio señor feudal. Pero al paso del tiempo y a medida en que las invasiones fueron menos frecuentes, las comunidades crecieron, la población aumentó y ya no era posible que toda ella pudiera encontrar refugio en la antigua ciudadela. Esta situación se generalizó provocando cierta independencia que se reflejaba en que a paso y medida en que la comunidad fue creciendo, se convirtió en una ciudad diferente, con sus propios medios y características, que vivía al margen de lo que el antiguo señor feudal pudiera hacer.

Con respecto al tercer factor, no hay gran cosa que agregar porque se repitió el fenómeno de otras épocas. La difusión de la doctrina de Cristo, con su noción de dignidad humana, fortaleció los espíritus y los inclinó claramente hacia la libertad e independencia. Los siervos fueron encontrando más y mejores razones para no depender de un señor feudal y sí confiar en los designios del Supremo Hacedor.³⁵⁸

No puede descartarse la influencia que en este proceso tuvieron las Cruzadas (1095-1291), porque confrontaron la austera realidad del hombre de la Edad Media, con el refinamiento de las poblaciones del oriente medio. Los cruzados, cuando regresaban a sus tierras, llevaban nuevas ideas y aspiraciones de mejores cosas, que también fueron factores en el desarrollo de las poblaciones europeas³⁵⁹

Un acontecimiento con gran significación en el orden político, fue el conflicto que sostuvieron, durante casi cincuenta años (1077-1122), los gobernantes europeos, básicamente de la zona germana, con las autoridades católicas, conflicto al cual se la ha dado el nombre de "*Querrela de las investiduras*". La disputa se originó cuando el Papa Gregorio VII estableció que sólo a las autoridades eclesiásticas correspondía designar a sus miembros, lo cual generó una protesta del emperador alemán Enrique IV.

³⁵⁸ cfr Vera Tornell Ricardo, op cit, nota 253, pp 569 a 576.

³⁵⁹ . cfr. Van Loon Hendrick W. , Historia de la Humanidad, tr de Juan Gutiérrez Gili, 8a ed. México, Diana, 1963, pp 197 a 206.

Esta protesta tenía como antecedente al hecho de que era costumbre que los emperadores otorgaran feudos a los miembros de la iglesia (*feudos eclesiásticos*), quienes así rendían vasallaje a los primeros y estaban comprometidos, en términos del régimen feudal, a servirles con lealtad y proporcionar ayuda económica e incluso militar si fuera el caso. Fue repetido el fenómeno de que se designara como *eclesiástico* un feudo conferido a quien no era clérigo, pero para salvar la situación, el rey, emperador, o soberano, lo investía como miembro de la iglesia.

La determinación papal restringió esa posibilidad, por lo cual el rey perdía los beneficios de la liga con los clérigos que le servían de igual forma que cualquiera otro sujeto que tuviese el carácter de enfeudatario. Esa fue la razón de la protesta de Enrique IV, que así planteó una disputa entre el poder civil que todavía en ese momento no tenía características de Estado, y la Iglesia.

Ni Gregorio VII (1020-1085) ni Enrique IV (1050-1106) vieron el final de este asunto. Correspondió al emperador Enrique V y al Papa Calixto II tomar los acuerdos por los cuales quedó establecido que sólo el Papa o sus representantes podrían investir a los obispos o a cualquiera otra autoridad eclesiástica. Así ocurrió mediante la firma del "*Concordato de Worms*", acuerdo con el cual también se reconoció que el estamento civil conservaba la investidura feudal.³⁶⁰

El acuerdo de Worms no fue del agrado de todas las autoridades civiles de aquella época y vino a acentuar la separación que de tiempo atrás entre ellas existía, reforzando al mismo tiempo el sentido de independencia que habría de contribuir, al paso del tiempo, a la conformación de los Estados europeos. El Concordato separó con claridad los ámbitos de competencia entre las dos principales autoridades, y dejó en claro cuáles eran los asuntos que cada una de ellas debía atender: lo espiritual en la iglesia, lo político en las autoridades civiles.

Entre los asuntos propios del poder político, destacaba la impartición de la justicia, la aplicación práctica de la noción que al respecto se tuviera, la que, desde luego, en esa época estaba muy influida del pensamiento católico. Para corroborar la separación, los estamentos políticos buscaron conformar las estructuras necesarias para cumplir con esta función y en ello jugó un papel importante el establecimiento de leyes y de órganos encargados de dirimir conflictos.

Para lo primero se guiaron en la obra de Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis*. Para lo segundo trataron de mejorar sus incipientes aparatos de gobierno, poniendo énfasis en la definición de mecanismos tendientes a conformar incipientes tribunales institucionalizados. Una buena razón que impulsó estos afanes, se encuentra en que las infracciones a las disposiciones de las autoridades, en muchos casos eran sancionadas con multas, de donde resultó que había un claro interés en la exacción y en la persecución de las omisiones en su cumplimiento. "*Los beneficios de justicia formaban una parte apreciable de los ingresos locales...La relación entre la*

³⁶⁰ cfr. Carlton J. H. Hayes, Parker Thomas Moon, John W. Wayland, op cit, nota 333, pp 328 y 329

*administración de justicia y la recolección de los beneficios fue estrecha durante toda la Edad Media*³⁶¹

El interés financiero que al principio se puso en el funcionamiento de los tribunales, poco a poco fue cediendo terreno en beneficio del interés puramente político, porque los reyes se dieron cuenta de que la impartición de justicia, siendo claro entonces que era una función que no atendería ya la iglesia, contribuiría a darle vigor e impulso a su posición frente al pueblo que gobernaban.

De esta suerte, los emperadores fueron dando más importancia a su presencia como parte de los órganos de solución de conflictos, con el beneplácito de la mayor parte de la población, e incluso de los miembros de la baja nobleza que vislumbraban así la posibilidad de obtener mejores condiciones para impedir abusos de parte de barones y otros miembros destacados de la clase de los nobles.

Los gobiernos se fueron armando sobre tres bases: la administración de fincas, la administración de ingresos y la administración de justicia, pero también se creó una instancia que auxiliara al soberano en la supervisión del funcionamiento del aparato administrativo en sus tres vertientes y en el manejo de los vínculos muy importantes como el Papado y los soberanos de otros países. Tal instancia fue la cancillería que pronto tomó visos de institucionalización, merced a la participación de individuos que fueron obteniendo experiencia en las tareas que a la misma correspondían y que alcanzaron un nivel técnico adecuado para desempeñar con eficacia su trabajo. La más adelantada en el siglo XII fue la papal, pero pronto las de Inglaterra y Francia se colocaron en un nivel próximo.

Para los efectos de este trabajo, la cancillería del reino inglés tiene especial importancia por las razones que un poco más adelante se expondrán.

3. Plena Edad Media en Inglaterra.

Guillermo el Conquistador llegó a Inglaterra en el 1066, es decir, justo cuando iniciaba la Plena Edad Media. Los normandos que él encabezaba, hicieron la conquista de la isla para hacer iniciar una nueva etapa, en donde la lengua, la literatura y la religión latinas triunfaron sobre las costumbres escandinavas que antes habían impuesto los anglos y los sajones, pero, dice Macaulay Trevelyan, no se debe identificar demasiado estrechamente la civilización normanda con la latina, pues los normandos eran diferentes, con sus propias formas y maneras. Era una cultura de matices propios, por la fusión de caracteres, el del campesino francés, con el del navegante y mercader de la costa danesa, que dos siglos antes habían llegado al norte de Francia.

Normandía era un ducado, una concesión del rey francés, sin embargo el Duque normando era en su tierra, mucho más importante que aquél en su territorio. Bajo el Duque, se encontraban los barones y después de éstos los caballeros. La escala

³⁶¹ Strayer Joseph R. op cit, nota 335, p. 43.

terminaba en los campesinos, que estaban ligados a la tierra y a su señor. Ahí se encontraba la mejor organización política de la Europa medieval que abarcaba también a los príncipes de la iglesia, pues debían su situación al Duque que designaba a todos los obispos y a la mayoría de los abades.

Guillermo, Duque de Normandía decidió la invasión de Inglaterra, reclamando para sí el trono que había dejado vacante la muerte de Eduardo el Confesor, aduciendo que éste le había prometido que sería su sucesor, sin embargo el "*Witan*" inglés, que era un consejo o asamblea de hombres sabios (se trataba de un mecanismo de apoyo hacia el monarca que funcionó desde el siglo VII hasta el siglo XI, cuando desapareció a causa de la conquista normanda), había designado como rey a Haroldo de Wessex.

Guillermo decidió invadir Inglaterra. Los hechos de la conquista culminaron con lo que se conoce como la batalla de Hastings que tuvo lugar en octubre de 1066. Al resultar vencedor, Guillermo se proclamó monarca de Inglaterra. Con ello concluye el tiempo de los anglosajones y comienza la etapa normanda en este país.

Los normandos encontraron varias importantes instituciones en Inglaterra que para efectos de gobierno e impartición de justicia habían establecido los anglosajones, por ejemplo, su división territorial que mucha influencia habría de tener por el trabajo que realizaban los encargados de ciertas funciones en las demarcaciones correspondientes, y que funcionaba bien porque Inglaterra era un reino pequeño, con una extensión apenas mayor que algunos ducados en Francia o Alemania. Esta división comprendía tres tipos de circunscripciones: la mayor que incluía a las otras dos eran los "*shires*" (condado); la siguiente en importancia eran los "*hundreds*" (esta denominación sólo tiene la traducción literal en tanto hace alusión al número cien, porque con ella se identificaba a la porción de tierra que tenía capacidad suficiente para la subsistencia de cien casas rurales); finalmente los "*townships*" (municipio) que representaban la mínima unidad jurisdiccional.

Los "*shires*" estaban a cargo de un "*shire-reeve*" (alguacil), o simplemente "*sheriff*", que era designado por el rey. Estos funcionarios cobraron mayor importancia con la llegada de los normandos, en relación a la que tenían en los tiempos previos. Los "*shires*" contaban con una asamblea llamada "*court*" (corte o tribunal) en la que participaban representantes de los "*hundreds*". Se reunía dos veces al año y funcionaba como un tribunal de apelación, que además atendía otras varias materias del gobierno local.

Los "*hundreds*" estaban gobernados por un cuerpo colegiado llamado "*court*" que se integraba por los propietarios de tierras o sus administradores, el alguacil del condado, el sacerdote del lugar y cuatro representantes de cada "*township*". Este tribunal, de manera semejante a lo que ocurría con su superior, resolvía asuntos de diferente naturaleza, pero en particular atendía las disputas sobre tierras y asuntos de carácter criminal.

Por su parte, los "*townships*" contaban con un régimen de autogobierno, en el cual la dirigencia iba pasando de mano en mano entre los más destacados habitantes del lugar.

Si bien es cierto que con base en ese esquema de organización hubo algunos señores que lograron que el rey les concediese la posibilidad de armar a su conveniencia las cortes o tribunales del condado, también es cierto que el esquema de organización antes descrito no contribuyó a que se desarrollara el sistema feudal como en la parte continental de Europa se le conocía.

En esa virtud, los normandos impusieron cambios significativos para lograr el establecimiento, por lo menos en parte, del sistema que ellos habían experimentado en el ducado de Normandía, y así lo primero que hicieron fue dotar de más atribuciones a los alguaciles, al tiempo que los hicieron depender directamente del emperador; si Inglaterra iba a tener instituciones permanentes, serían reales. Con este cambio iniciaron el proceso de asimilación del sistema feudal.

Otro punto importante consistió en la confiscación de todo el territorio conquistado, mediante ciertos procedimientos legales que permitieron que Guillermo el Conquistador, en tanto rey, deviniese en formal propietario de esas tierras, mismas que distribuyó entre sus seguidores, en algunos casos, y en otros devolvió a sus antiguos propietarios contra el pago de alguna multa, pero en todos los casos, no confirió a los ahora propietarios, ninguna autoridad sobre los habitantes de las villas, a diferencia de lo que ocurría en el régimen feudal conocido, porque esos habitantes debían jurar fidelidad al rey y a ninguna otra persona.

Otras variantes respecto del tradicional sistema feudal, consistieron en la prohibición de que los señores acumulasen propiedades, y cuando llegaron a tener varias, quedaron diseminadas en varios diferentes condados, con lo que el Conquistador trató de evitar que los señores feudales contasen con medios suficientes para poner resistencia a su autoridad, misma que ejerció en todo el territorio en una forma centralista.

Guillermo el Conquistador ordenó hacer un inventario de todas las propiedades, recabando información a través de investigaciones que se hicieron directamente en los condados, mediante un procedimiento denominado "*inquisitio*" (*inquisición o investigación*). El resultado se consignó en un libro que es conocido como "*Domesday Book*"³⁶². Con este trabajo pudo el rey decidir cuánto pagarían de impuesto los propietarios de tierras, en función de sus posibilidades ahí mismo anotadas. Para asegurar que así ocurriese, Guillermo reunió a algunos de los principales propietarios y los instó a hacer juramento de fidelidad hacia él. El acontecimiento se conoce como "Juramento de Salisbury".

³⁶² La denominación de este libro posiblemente sea el resultado de expresiones propias de la época y no precisamente cultas. La mejor traducción es "Libro del juicio final", tal vez porque se pretendió que los datos ahí consignados fueran inalterables.

Conviene recordar que la propiedad tenía un origen real a consecuencia de que Guillermo el Conquistador era el formal propietario de todo lo que en ese entonces era el reino inglés. Este gran propietario había transmitido el dominio de algunas tierras a sus más cercanos colaboradores, pero había reservado para sí otras. El resultado de la transmisión era el feudo, con sus implícitos compromisos ya conocidos. El enfeudatario tenía la posibilidad de repetir la acción para establecer nuevos feudos, y el proceso se repetía varias veces, con un límite identificado con los individuos que ocupaban la más baja posición social ente los hombres libres. Dice Rabasa al respecto: "*Debajo de esta pirámide feudal quedaban colocados los llamados siervos o villanos, que vivían en servidumbre con respecto a la tierra de los señores feudales y formaban la masa de campesinos dueños de pequeñas parcelas y dedicados a cultivar las tierras pertenecientes a los grandes terratenientes*"³⁶³

Siguiendo con Rabasa, este autor señala que había dos clases principales del feudos: libres y no libres. Los primeros, llamados *fee simple*, conferían al enfeudatario (*tenant in fee simple*) la posibilidad de transmitir el feudo o bien un derecho de uso vitalicio intransmisible (feudo vitalicio), por lo que a la muerte del enfeudatario (*tenancy for life*) el feudo pasaba a manos de otra persona designada al efecto por el enfeudador, o bien regresaba al dominio de éste. Los feudos no libres, eran los que correspondían a los siervos o villanos.

Los feudos libres se ubicaban en tres diferentes categorías: los militares que generaban para los enfeudatarios el principal compromiso de asistencia en tiempos de guerra; los agrícolas que implicaban la obligación de prestar servicios de cultivo en las tierras del enfeudador; el eclesiástico conferido a las corporaciones religiosas con la posibilidad de que éstas actuaran a su vez como enfeudadoras.³⁶⁴

A pesar del rigor que los cambios representaron, la llegada de los normandos constituyó un momento de verdadero impulso en la vida de Inglaterra. Antes de eso, estaba aislada del continente, tanto en lo político, como en lo religioso (tema éste de gran importancia en la época). A partir de Guillermo se reactivaron los vínculos e Inglaterra ocupó desde entonces un lugar significativo en el contexto general de Europa, pero, quizás aún más importante, fue el hecho de la unión del pueblo anglosajón con los normandos, combinando las leyes e instituciones de los primeros, con el espíritu de organización de los segundos, lo que dio pie a que se diga: "*England was the first country in the world to work out for a large territory the union of a strong central government and of free institutions*"³⁶⁵

4. El origen del common law y de la equity.

³⁶³ Rabasa Oscar, op cit, nota 328, p 73.

³⁶⁴ cfr idem, pp 74 y 75.

³⁶⁵ cfr Willis Mason West, op cit, nota 334, pp 143 a 153; Carlton J.H. Hayes, Parker Thomas Moon, John W. Wayland, op cit, nota 333, pp 349 a 341; Betten Francis S. and Kaufmann Alfred, *The Modern World*, Boston, Mass., Allyn and Bacon, 1919, p 182; Macaulay Trevelyan George, op cit, nota 324, pp 83 a 108

De acuerdo con el Dr. Margadant, fue Enrique II, (bisnieto de Guillermo el Conquistador), quien dio inicio al common law y gobernó Inglaterra del 1154 al 1189.

A la muerte de Guillermo el Conquistador, Inglaterra fue gobernada durante 67 años por sus descendientes Guillermo II, Enrique I y Esteban I. Años de inestabilidad marcaron la etapa de éste último, porque Matilda, hija de su predecesor le disputó el trono y se inició una guerra civil que incluso duraría aún después de que ésta regresara a Francia con su esposo Godofredo V de Anjou. La guerra concluyó cuando Esteban decide pactar con Godofredo para que el hijo de éste y de Matilda, fuera designado rey de Inglaterra a su muerte.

Así fue como Enrique II accedió al trono inglés, pero tuvo que hacer especiales esfuerzos iniciales para regresar el orden que se había perdido. Fueron símbolos de estas primeras acciones, los castillos que mandó derruir por haber sido edificadas a manera de remembranza de una época feudal que, como se ha visto, en Inglaterra no tenía esos matices, y en condiciones de opresión para el pueblo. Otras medidas que tomó Enrique II para disminuir la fuerza de los señores feudales, fueron la promulgación de la ley por la cual concedió la posibilidad de que todos los individuos poseyesen armas para su propia defensa, pero también para servir a las órdenes de los alguaciles del rey. La segunda gran medida consistió en eximir a algunos individuos de la prestación del servicio militar, a cambio de pagar cierta cantidad de dinero. Los pagos recibidos permitieron al rey contratar soldados profesionales para su propia defensa.

Los ingresos de la corona tenían varias y dispersas fuentes por todo el territorio inglés. A inicios de ese siglo (XII) *"...apareció la Tesorería del reino (Exchequer), institución que desempeñaba varias funciones, pero que tenía por tarea fundamental y más altamente organizada la de revisar las cuentas presentadas por los funcionarios reales de todos los rincones del país. El Exchequer...se estableció tan sólidamente que pudo seguir funcionando aun durante períodos de guerra civil."*³⁶⁶

Las medidas que tomó Enrique II desalentaron el empleo de las armas e hicieron que los individuos se preocupasen más del cuidado de sus propiedades y de los asuntos propios de sus comunidades, participando activamente en las "courts" de sus condados. El renovado impulso en la vida de las cortes, tanto en los condados como en los "hundreds", así como el autogobierno en las villas, tuvo una especial trascendencia en el establecimiento del *common law*.

La impartición de justicia era una función que estaba a cargo de la "*King's Court*"³⁶⁷. Se trataba de un órgano que presumiblemente estableció Enrique I, dando continuidad a una institución existente en la época previa a la llegada de los normandos a Inglaterra, que era el *Witam* o Consejo de Sabios. La "*King's Court*" estaba compuesta por unos pocos sujetos reconocidos por su capacidad y

³⁶⁶ Strayer R. Joseph, op cit, nota 335, p 54.

³⁶⁷ También se le conoce como *King's Council* o *Curia Regis*.

conocimiento, y se encargaba, de funcionar como suprema corte de justicia, además de su papel como asesor real. Su competencia inicial estuvo limitada a los grandes asuntos de los hombres importantes del reino, quejas contra la actuación de los tribunales locales, juicios por delitos contra la autoridad del rey y en contra de su patrimonio, sin embargo al paso del tiempo también se ocupó de otros litigios por conveniencia para el rey, ya que eso le permitía obtener más ingresos, al mismo tiempo que proporcionar signos de poder.

Los años de decadencia durante el período de Esteban, llevaron a la "*King's Court*" a una situación de gran ineficacia, tanta que la gran mayoría de la población prefería buscar solución a sus problemas en las "*courts*" de los condados y "*hundreds*", o bien en otros órganos que poco a poco habían ido surgiendo en las villas.

Como es lógico, las reglas que se aplicaban en las cortes que así funcionaban, tenían un claro origen local. Era más fácil recurrir a las prácticas del lugar como fuente de solución de los conflictos, porque, a fin de cuentas, los órganos que tomaban las decisiones también tenían un claro enfoque en razón del sitio en el que estaban asentados.

Si esta situación hubiese continuado de manera indefinida, el efecto hubiera sido el desarrollo de normas particulares, tantas como condados hubiere, sin posibilidad de que el rey pudiese contar con el soporte de una legislación general.

Para contrarrestar esta situación, Enrique II determinó que la *King's Court* estuviese al alcance de cualquiera que estuviera en peligro, o bien hubiese sido desposeído de su tierra en forma injusta. En esos casos podría recurrir a la *King's Court* para pedir y obtener protección. Al efecto otorgó a la masa de enfeudatarios acciones posesoria y reivindicatoria, así como derechos en contra de los señores feudales, y, algo muy importante, dio plena vigencia al principio de que los juicios, fuera ante la *King's Court*, o bien ante los tribunales locales, sólo podían seguirse en virtud de un *Writ* (mandamiento) del rey, el cual se obtenía de la *Chancery* (Cancillería), que era una instancia de apoyo a las labores administrativas del rey, que estaba a cargo de un *Chancellor* (Canciller) y que en Inglaterra equivalía a un primer ministro.³⁶⁸

Para que esa determinación tuviera aplicación práctica y no quedara en un mero enunciado hueco por la dificultad de acercarse físicamente a la *King's Court*, Enrique II decidió llevar ésta hacia el pueblo. Lo hizo dividiendo el reino en seis distritos, a los cuales enviaría, de tiempo en tiempo, a tres de los jueces de la *King's Court*, mismos que estaban facultados para representar al monarca a fin de hacer justicia en cualquier lugar en donde a él se apelara.

³⁶⁸ Dice Rabasa que la intervención del canciller se explica en función de que era el custodio del Gran Sello del Estado que debía estamparse en los documentos oficiales. Por tanto, los *writs* necesariamente pasaban por sus manos. cfr. Rabasa Oscar, op cit, nota 328, p 83. Esta idea la confirma Alastair Hudson, *Equity and Trusts*, 6a ed, London, Routledge-Cavendish, 2010, p 15.

Ésta, la de hacer justicia, era una función que gran efecto positivo tuvo entre la población, sobre todo porque se hacía sobre la base de un procedimiento de gran simplicidad que se desahogaba en pública asamblea y mediante la participación de vecinos, escogidos entre quienes gozaban en el lugar de mejor reputación, aunque no tuviesen conocimientos legales, pero a quienes se acudía para proporcionar, a base de respuestas a preguntas expresamente formuladas (*King's Inquest*, o indagatoria real), quién tenía el mejor derecho sobre el asunto materia del juicio. Esta fórmula pronto derivó en juicios por jurado (*grand jury*).

El sistema tuvo tres importantes logros: pudo llevar la asistencia del rey para lograr justicia hacia la mayor parte de la población; los jueces de circuito actuaban con mayor independencia de la que pudieron haber tenido los órganos de carácter local; finalmente, y como punto clave, las decisiones de los jueces de circuito fueron formando un único cuerpo legal, si bien no escrito, pero sí uniforme y general, el *common law*.

Los avances que naturalmente tuvo este sistema, aunado al fortalecimiento del *Exchequer*, constituyeron un estímulo para el desarrollo de la cancillería. Ésta llevaba un registro contable muy cuidadoso con base en los informes de los alguaciles y era la instancia de soporte administrativo al funcionamiento de la *King's Court*. El rey controlaba la justicia, establecía los impuestos, promulgaba leyes, y, aunque pedía consejo a su corte o a los barones reunidos en un Parlamento³⁶⁹, era, en suma, la máxima autoridad.³⁷⁰

El *common law* se desarrolló por las decisiones de los jueces; es un derecho básicamente judicial. Las resoluciones de los jueces van declarando lo que es derecho en cada caso, con base en los alegatos que ante ellos se formulaban. Es un derecho predominantemente procesal y las nociones sustantivas se van formando en razón de lo que los jueces decidieron en casos anteriores.

Un dato interesante consiste en que el *common law* va creciendo en función de problemas ligados a la tierra, lo cual resulta congruente con el ámbito feudal en el cual se instaura. Muchos de los asuntos que se llevaban a los tribunales estaban relacionados con este importante aspecto del sistema feudal. "*Es de la land law de la que los tribunales de common law son particularmente celosos, considerándola como su coto exclusivo*"³⁷¹

³⁶⁹ La denominación *Parliamentum*, fue usada por primera vez, de manera oficial, años más tarde, durante el reinado de Enrique III, y no llevaba consigo la idea de elección o representación, ni implicaba una asamblea legislativa; se trataba tan sólo de un conjunto de individuos que se reunían para platicar o discutir sobre algún asunto. ; Macaulay Trevelyan George, op cit, nota 324, p 141.

³⁷⁰ cfr Willis Mason West, op cit, nota 334, pp 156 a 164; Carlton J.H. Hayes, Parker Thomas Moon, John W. Wayland, op cit, nota 333, p 341; Betten Francis S. and Kaufmann Alfred, op cit, nota 350, pp 184 a 191; Macaulay Trevelyan George, op cit, nota 324, pp 114 a 130; Strayer R. Joseph, op cit, nota 335, pp 52 a 68; Rabasa Oscar, op cit, nota 328, pp72 a 89.

³⁷¹ Martínez-Torrón Javier, *Derecho angloamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la "common law"*, 1a ed, Madrid, Editorial Civitas, 1991, p 35.

Los beneficios que el sistema propició al acercar al grueso de la población los mecanismos de impartición de justicia, pronto se convirtieron en sus propios inconvenientes, dada la gran demanda que de sus servicios se tenía. Esta situación orilló a la creación de nuevos tribunales, primero el denominado "*Court of common pleas*" y después el "*Court of King's Bench*".

No hay una clara definición de competencias entre los tribunales; en forma genérica se puede decir que el primero de ellos conocía de todos los juicios que pudieran surgir entre cualquier persona; el segundo trataba de los asuntos en los cuales la corona tuviese un interés directo, tanto civiles como penales.

En realidad esos tribunales se crearon para tratar de atender el mayor número posible de casos, sobre todo en función de una aspiración generalizada que consistía en que la población deseaba la directa intervención del rey en la solución de los conflictos. Los tribunales creados aliviaban las presiones hacia el rey y eran el vínculo que lo unía en esta importante función con el pueblo.³⁷²

Como ya se dijo antes, el rey era la máxima autoridad. Lo era formalmente hablando, pero también lo era desde un punto de vista de principios naturalmente aceptados, podría decirse éticos; el rey era "la fuente de la justicia".

Sus funciones al respecto eran desempeñadas a través de los tribunales que se habían ido creando al paso del tiempo, y muy especialmente a través del *King's Bench*. Que el rey fuera "la fuente de la justicia", era una idea vinculada a otro principio conocido como "la paz del rey", el cual consistía en considerar, de manera amplia, que cualquier acontecimiento que transgrediese el orden impuesto por las normas reconocidas o que afectara a otro individuo, o que atentara contra los intereses de la corona, provocaba el rompimiento de la armonía que debía existir, es decir, la paz. Estos principios explican, de manera significativa, el porqué, el rey era la máxima autoridad, formal o legal y natural.

Este especial carácter del que el rey estaba revestido, hacía que el pueblo buscara su autoridad, más la de orden moral que la formal, para tratar de encontrar la satisfacción a sus intereses, especialmente cuando las resoluciones de los tribunales constituidos resolvían de manera diferente a lo que eran sus pretensiones. Es de tener en cuenta que el *King's Bench*, no era una instancia adecuada para atender este tipo de situaciones, porque el propósito de su creación era otro, con la competencia que quedó anotada.

³⁷² cfr. Plucknett Theodore F.T., *A concise history of the common law*, 5a ed, New Jersey, The lawbook Exchange, LTD., 2001, pp 146 a 150.

Los tribunales emitían sus fallos conforme a las reglas del common law. Esas reglas provenientes de costumbres y usos, eran aplicadas de manera rigurosa y no necesariamente encontraban opiniones contestes.³⁷³

Los procedimientos se manejaban con gran formalidad; de inicio con la elaboración de los *writs* (las fórmulas escritas indispensables para iniciar los procedimientos ante los tribunales), pero también cabe en este concepto, el hecho de que los asuntos regulados por el *common law*, eran sobre todo los relacionados con las cosas, específicamente la tierra. El *common law* poco contemplaba en lo que toca a las personas, de manera tal que había un amplio campo, de regulación muy escasa, que no daba soluciones adecuadas cuando se pretendía fincar responsabilidades a los sujetos, por ejemplo cuando el contenido de las obligaciones consistía en una conducta del obligado (hacer o no hacer).³⁷⁴

De ahí que los interesados acudieran en búsqueda de la justicia del rey (*prerogative of mercy*), quien fue encomendando estos asuntos al Canciller, en razón de la experiencia que había ganado a través de la preparación de los *writs*. La encomienda se hacía por medio de la *King's Court*, en ejercicio de funciones no jurisdiccionales, sino de asesoría o consejo que brindaba al rey.³⁷⁵

Todos estos factores llevaron a que el Canciller resolviera las peticiones que al rey se habían formulado, pero no lo hacía siguiendo las reglas del *common law* (hubiera carecido de sentido hacerlo de esa manera), sino que siguió otros patrones de comportamiento y sus decisiones fueron "*de acuerdo con la conciencia*".

El canciller recurrió a esa referencia para tomar sus decisiones, en función de ciertos elementos que lo explican con facilidad: el primero de ellos es que en ejercicio de sus funciones de apoyo administrativo para el rey, estaba considerado como "*custodio de la conciencia del rey*"; el segundo, porque se acostumbraba que la posición de canciller fuese desempeñada por un miembro de la comunidad eclesiástica. "*Puesto que los primeros cancilleres eran eclesiásticos, normaban su criterio sobre justicia abstracta conforme a los principios del derecho canónico, basando sus ideas de equidad en la consideración de que los litigantes debían obrar conforme a los dictados de la razón y la conciencia...*"³⁷⁶

Lo que siguió, cayó por su propio peso. El incremento rápido y voluminoso de las peticiones hacia el rey que fueron turnadas al canciller, llevó a que la Cancillería se tornase en un auténtico tribunal que trabajaba con base en principios diferentes a los del *common law*. Esos principios provenientes del derecho canónico, estrechamente vinculados a la pretensión de lograr justicia, no eran otra cosa que

³⁷³ Citando a Slapper Gary and Kelly David, la distinguida jurista mexicana Consuelo Sirvent dice: "*Por lo tanto el common law era común para todos en su aplicación, pero por supuesto no común de todos*" Sirvent Consuelo, op cit, nota 285, p 71.

³⁷⁴ cfr. Martínez-Torrón Javier, op cit, nota 356, p 69.

³⁷⁵ cfr Plucknett Theodore F.T., op cit, nota 357, p 180.

³⁷⁶ Rabasa Oscar, op cit, nota 328, p 139.

la eterna idea de equidad de la que incluso se hablaba en la antigua Grecia. Habían surgido así dos instituciones de fundamental importancia en el desarrollo del derecho angloamericano: la *Court of Chancery* y la *equity*.

5. Desarrollo de la equity.

Para comprender lo que la *equity* es en el marco del derecho inglés, es necesario dejar sentados algunos principios: (i) la *equity* no equivale a equidad como quiera que ésta pueda ser entendida en un sentido ético, aunque tampoco puede perderse de vista que son conceptos íntimamente relacionados; (ii) la *equity* es una rama de derecho, que se formó de manera complementaria ante la imposibilidad de dar solución a un gran número de supuestos conforme a los usos y las costumbres que estaban reconocidas jurídicamente mediante el *common law*, el cual funcionaba, básica y sustancialmente, a través de las resoluciones de los tribunales que actuaban conforme a las concepciones originales de esos usos y costumbres y sin incorporar los nuevos fenómenos que la evolución misma de la vida genera³⁷⁷; (iii) como rama de derecho que es, la *equity* fue construyendo al paso del tiempo sus conceptos, formas y procedimientos, que tienen la característica común de ser más flexibles y adaptables a las circunstancias que los del *common law*.

En el contexto de la gran amplitud que pueda darse a un concepto de equidad, éticamente hablando, es de utilidad traer aquí las palabras de Alastair Hudson, profesor de Equidad y Derecho en la Queen Mary University of London, quien anota: "*At its root, equity is concerned to prevent a defendant from acting unconscionably (literally, contrary to conscience) in circumstances where the common law would otherwise allow the defendant to do so*" (En su raíz, es propio de la equidad evitar que el demandado actúe inconscientemente en circunstancias conforme a las cuales el common law se lo hubiera permitido).³⁷⁸ Nótese como según esta idea el sistema de equity busca evitar una conducta inadecuada, lo cual es, según se confirmará más adelante, justamente el propósito central de este sistema.

Una característica importante de este sistema, es el gran margen de acción que tiene, aún y cuando se mueva en función de técnicas elaboradas para su aplicación, lo cual es resultado de un largo proceso que, conforme a Rabasa, se desarrolló en cinco etapas.

Durante la primera etapa, la equidad es el mismo concepto abstracto de justicia general que pudiera haber estado presente en cualquier régimen jurídico de la época (siglo XII al siglo XIV). En la segunda etapa que abarca del siglo XIV al siglo XVI, se invocaba con frecuencia a las disposiciones del derecho canónico, por lo menos de una manera genérica, citando la "ley divina", aún al extremo de que se

³⁷⁷ La equity es, necesariamente, complementaria. Citando a Maitland, Javier Martínez-Torrón anota: "Sin la common law, la equity sería un castillo en el aire, una quimera". Martínez-Torrón, op cit, nota 356, p 74.

³⁷⁸ Alastair Hudson, op cit, nota 353, p. 21.

omitiese la aplicación de la ley del Estado. La tercera etapa tiene lugar cuando Enrique VIII se separa de la autoridad Papal y, en consecuencia, retira a los clérigos de la *Court of Chancery*, y coloca en su lugar a auténticos peritos en derecho, que desempeñan sus funciones con la referencia del manejo del *common law* al que estaban habituados, lo que trajo un mutuo enriquecimiento entre ambos sistemas. Este fenómeno se presentó durante los siglos XVI y XVII. La cuarta etapa abarca el período entre los siglos XVII y XIX, tiempo durante el cual por decisión del rey Jacobo I se confirma el carácter de tribunal para la *Court of Chancery*, y se adopta la regla del "*stare decisis*" con la intervención del canciller John Scott, Conde de Eldon. A partir de entonces la *equity* ya no fue tan sólo un medio de corregir deficiencias, sino más bien un tipo de justicia para regular y proteger derechos, a diferencia del *common law* que repara y remedia las violaciones de los mismos. La quinta y última etapa inicia en el año 1875 cuando en Inglaterra se promulgaron las llamadas Leyes de la Judicatura que dispusieron la unificación de todos los tribunales, lo que marca una tendencia que incluso en Estados Unidos se observa, no obstante lo cual persiste la diferenciación entre *common law* y *equity* como ramas de derecho que tienen sus propios principios y procedimientos.³⁷⁹

En este proceso de conformación de la *equity*, se definieron algunas de sus características importantes. Se trata de una rama complementaria del *common law* que camina en concordancia con ésta y sin quebrantarla; aunque se desempeña en un campo muy amplio, tenía al principio dos limitaciones, porque no aplicaba en el ámbito penal, ni tampoco en los asuntos *in rem*, situación que al paso del tiempo ha tenido sus variantes; una tercera característica consiste en que la *equity* logró definir principios de aplicación obligatoria para los jueces de esta rama.

Esos principios, son, según Alastair Hudson, una colección de enunciados éticos, con posibles diferentes interpretaciones, pero aluden a ciertos valores que a su vez son prescripciones conforme a las cuales los sujetos deberían comportarse, lo cual de ninguna manera debe llevar a desestimarlos, porque los tribunales efectivamente los aplican.³⁸⁰

Los principios en cuestión son los siguientes: 1.- La equidad no tolera agravio sin remedio; 2.- La equidad sigue a la ley; 3.- Cuando la equidad provee igualdad, la ley prevalece; 4.- Cuando la equidad provee igualdad, el primero en tiempo prevalece; 5.- El retraso rechaza la equidad; 6.- El que busca equidad, debe proporcionarla; 7.- El que desea equidad, debe venir con las manos limpias; 8.- Equidad es equidad; 9.- La equidad busca la intención, más que la forma; 10.- La equidad busca hacer lo que se debe hacer; 11.- La equidad presume la intención de cumplir la obligación; 12.- La equidad actúa *in personam*.

A fin de no rebasar en exceso el propósito medular de este capítulo, quedan aquí anotados los referidos principios, sin hacer alguna consideración respecto de cada uno.

³⁷⁹ cfr Rabasa Oscar, op cit nota 328, pp 138 a 146.

³⁸⁰ cfr Alastair Hudson, op cit, nota 353, p 25.

6. El primer antecedente del trust: el "use".

El "uso" es una institución que se aplicó entre los ingleses desde tiempos que no se han podido precisar, aunque algunos autores consideran que pudo haber nacido en el siglo XIII. Así lo afirma , por ejemplo, Batiza.³⁸¹

Rabasa coincide con esa primera referencia. Uno y otro autores estiman que así pudo haber ocurrido, en virtud de que en el año de 1217 se promulgó la Ley de Manos Muertas, en cuyos términos quedó prohibido que las corporaciones religiosas adquirieran y poseyeran tierras, a fin de evitar que quedaran fuera del comercio e improductivas. Para salvar la prohibición se recurrió a hacer transmisiones ficticias, en cuya virtud se enajenaban a terceras personas y éstas permitían a dichas corporaciones que usaran las tierras y las aprovecharan como lo haría cualquier dueño. Por supuesto esas terceras personas aparecían, para cualquier efecto legal, como las auténticas propietarias de los bienes y por tanto no había violación a las disposiciones legales mencionadas.³⁸²

El "uso" era una relación de confianza en la que una persona transmitía a otra un bien inmueble. El receptor, que recibía la denominación de *feoffee to use*, devenía en el propietario legal del bien, pero al mismo tiempo recibía una encomienda consistente en permitir que otra persona llamada *cestui que use*, la aprovechara como si fuera el propietario de ese mismo bien. Esta operación reflejaba varias relaciones: en primer término la que existía entre el propietario original de la tierra y aquella persona a quien deseaba favorecer; la segunda entre ese mismo original propietario y la persona a quien recurría para transmitirle el título legal del bien, pero con la encomienda ya relatada.

Las relación del primer caso podía tener diferentes antecedentes y razones, sean de familia, o bien de negocios; la segunda relación era de estricta confianza pues el *feoffee to use* recibía una encomienda que lo llevaba a actuar para beneficio de una tercera persona, que en ocasiones podía ser la misma de quien recibió dicha encomienda.

El "use" hizo aparecer una modalidad en lo que a la propiedad se refiere, porque la transmisión en favor del *feoffee to use* lo convertía en legítimo dueño de la tierra (formal propietario sin aprovechamiento del bien), pero al mismo tiempo surgía otro dueño, el *cestui que use*, que lo era en tanto que se trataba de quien gozaba de los beneficios y prerrogativas de ser dueño.

Esta dualidad es explicable sólo en el derecho inglés (después se extendió a otros países y en el presente habría que decirlo más genéricamente refiriendo al derecho

³⁸¹ Batiza Rodolfo y Luján Marcial, op cit, nota 320, p 6.

³⁸² cfr Rabasa Oscar, op cit, nota 328, p 275.

angloamericano), a consecuencia de los dos diferentes tipos de régimen que en el mismo se formaron: *el common law y la equity*. La propiedad formal corresponde al primero de ellos; la propiedad de beneficios corresponde al segundo.

Es necesario considerar que el "use" nació como subterfugio para eludir la aplicación de algunas disposiciones que en ciertos y determinados momentos afectaron los intereses económicos de diversas personas. El mencionado caso de las corporaciones religiosas así lo indica, pero podrían agregarse otros varios, por ejemplo, el de los caballeros que acudieron a las cruzadas (1095-1291) que en el "use" encontraron un medio de protección de sus propiedades al quedar en manos de otras personas en quien ellos confiaban; también es de citar las muchas ocasiones en que el "use" fue útil para eludir muchas reglas relativas al régimen feudal que favorecían a los señores feudales imponiendo onerosas cargas a los enfiteutarios, o el caso suscitado en la época de la Guerra de las Rosas (1455-1485), cuando los vencedores en alguna de las múltiples batallas confiscaban los bienes de los aliados de los perdedores. En todos estos casos, al establecer el "use", el potencial perjudicado dejaba de ser dueño legal de la tierra y hacía nugatoria la imposición de la medida que le hubiese afectado; el "use" le permitía continuar disfrutando de su "propiedad", ahora en un sentido más bien económico y por supuesto de *equity*.

El "use" sirvió a los propósitos para los que estaba establecido, en tanto el *feoffee to use* actuase en concordancia con la encomienda que había recibido, pero en muchos casos no fue así y los tribunales del *common law* no podían proteger al original propietario, porque para los efectos del mismo régimen, el *feoffee to use* era el legítimo propietario. En otras palabras, el "use" no estaba reconocido por el *common law* y en consecuencia se trataba sólo de un caso de transmisión legal de la propiedad. Los tribunales del *common law* no hicieron algo para beneficio del *cestui que use*, porque el caso no estaba considerado dentro de las costumbres consideradas en resoluciones previas.

El "use" se convirtió en institución de la *equity*, a partir de que el Canciller le dio reconocimiento y protegió al *cestui que use*, lo cual ocurrió desde mediados del siglo XV, según afirma Batiza, quien invoca a Scott en los siguientes términos: "*Si los jueces del common law, en lugar de los cancilleres, reflexiona Scott, hubieran ejercido la jurisdicción sobre los usos, quizá los habrían asimilado a pactos o condiciones declarando inválidos, como contrarios al espíritu de la ley, muchos de sus propósitos; pero durante esa crítica etapa del desarrollo, por fortuna, los usos fueron de la exclusiva competencia de la equidad y vistos con actitud liberal*"³⁸³

Con el reconocimiento que la *Court of Chancery* dio al "use", se produjeron varios efectos no todos positivos, por ejemplo, quedó plenamente establecida la noción de *dominio beneficcioso o equitativo* para identificar al derecho de equidad de que gozaba el *cestui que use*; se permitía la transmisión de ese derecho incluso por sucesión hereditaria; el "use" prevalecía en caso de transmisión, frente a cualquiera

³⁸³ Batiza Rodolfo y Marcial Luján, op cit, nota 320, p 9.

otro que pudiese alegar tener derecho sobre el bien materia del mismo, y como todavía no se establecía el principio de que la equidad sigue a la ley, en muchos casos el "use" fue francamente utilizado para hacer transacciones fuera del marco del *common law*, generando aplicaciones abusivas de la figura en perjuicio de acreedores, de herederos, o incluso de la misma corona que dejaba de percibir los ingresos que en otras condiciones hubiera recaudado.

Para modificar este estado de cosas, Enrique VIII promulgó la Ley de Usos (Statute of Uses) en el año de 1533. El régimen que con esta ley se estableció, modificó sustancialmente el funcionamiento del "use", confiriendo al *cestui que use*, el dominio absoluto del bien. La figura del *feoffee to use* quedaba así eliminada. Se decía que en estas condiciones el "use" quedaba *ejecutado*. En lo sucesivo, si se operaba una transmisión de propiedad hacia una persona para uso de otra, produciría el efecto de que el beneficiario del uso sería considerado como el propietario legal.

Esta ley, en apariencia vino a eliminar el "use", sin embargo ocurrió algo que lo impidió y que sucintamente consistió en lo siguiente: La Ley de Usos no comprendía todos los supuestos en los cuales el "use" se aplicaba, como era el caso del "use" que imponía un deber activo, es decir, cuando al *feoffee* se le imponían algunas obligaciones de hacer. Tampoco comprendía un arrendamiento a través de un "use", y finalmente, en el caso más significativo, un "use" que derivaba de otro "use". En este tercer supuesto, los tribunales del *common law* consideraron que a través del "use" no cabía la posibilidad de conferir "uses" para un segundo, tercero o cuarto casos, porque el "use" se ejecutaba en el primer caso deviniendo en propietario el primer *cestui que use*. Así era para los tribunales del *common law* según la Ley de Usos, pero no para la *Court of Chancery* que manejaba sus propios criterios y reglas, con base en la equidad, y para la cual era plenamente admisible que hubiese un dueño en equidad, o varios de ellos que intervendrían de manera sucesiva, con ese carácter y en relación al dueño legal que lo era el primer *cestui que use*. Además, en complemento de ese criterio, y a fin de colocar el caso fuera del marco de aplicación de la ley mencionada, a estas operaciones se les llamó *Trust*, refiriendo la naturaleza de la relación entre el original propietario y el *feoffee*.³⁸⁴

³⁸⁴Este acontecimiento que es muy significativo porque dio lugar al establecimiento del trust como tal, viene a culminar un aspecto de la mayor importancia en la evolución de estas figuras jurídicas, pues habrá que recordar que los tribunales de equidad intervienen básicamente para asuntos *in personam* y, en consecuencia, su actuación tanto para el "use", como ahora para el *trust*, tiene sentido en razón de constreñir al *feoffee* a actuar de acuerdo a lo que hubiese establecido el dueño original del bien. Para mayor y mejor conocimiento de lo expuesto en los párrafos a que esta nota se refiere y superiores, véase: Batiza Rodolfo, op cit, nota 320, pp 4 a 12; Rabasa Oscar, op cit, nota 328, pp 270 a 285.

III. ESTUDIO DEL TRUST.

1. Concepto.

Dice Alastair Hudson: " *The following definition of a trust is given in Thomas and Hudson's The Law of Trusts: The essence of a trust is the imposition of an equitable obligation on a person who is the legal owner of property (a trustee) which requires that person to act in good conscience when dealing with that property in favour of any person (the beneficiary) who has a beneficial interest recognized by equity in the property. There are four significant elements to the trust: that it is equitable, that it provides the beneficiary with rights in property, that it also imposes obligations on the trustee, and that those obligations are fiduciary in nature.*"³⁸⁵ (La esencia del trust es el establecimiento de una obligación de equidad a una persona que es la propietaria legal (fiduciario), por la que esa persona debe actuar en conciencia para administrar esa propiedad en favor de otra persona que tiene el interés beneficiario en esa misma propiedad, según lo reconoce la equidad. Hay cuatro elementos importantes en el trust: proviene de la equidad, provee al beneficiario derecho de propiedad, impone obligaciones al fiduciario, y esas obligaciones son de carácter fiduciario)

Este es uno de los varios conceptos que se han dado acerca del trust. El autor que se cita le llama definición, y con el señalamiento de lo que es su esencia proporciona una idea sobre el trust. Hart, Walter G., autor citado por Batiza, propone lo siguiente: "*El trust es una obligación impuesta ya sea expresamente o por implicación de la ley, en virtud de la cual el obligado debe manejar bienes sobre los que tiene el control para beneficio de ciertas personas que indistintamente pueden exigir la obligación*".³⁸⁶

El propio Batiza anota que la definición que goza de mayor autoridad doctrinaria en los Estados Unidos, es la propuesta por el Instituto de Derecho Norteamericano, cuya traducción es como sigue: "*...es una relación fiduciaria con respecto a bienes que surge de una manifestación de la voluntad para crear esa relación que sujeta a la persona que tiene el título sobre ellos a obligaciones que cumplir para manejarlos en beneficio de otra u otras personas*"³⁸⁷.

Las definiciones antes transcritas tienen un importante factor común: las tres hacen girar el concepto de trust alrededor de la obligación del fiduciario de actuar sobre los bienes de su propiedad, en beneficio de otra persona.

Ya se sabe, según se ha abordado antes, que esa obligación es de las reguladas por la equidad, y que el beneficiario, de acuerdo con el mismo sistema jurídico, tiene un auténtico derecho de propiedad, sin embargo ninguno de estos elementos ha

³⁸⁵ Alastair Hudson, op cit, nota 353, p. 43.

³⁸⁶ Batiza Rodolfo, op cit, nota 320, p17.

³⁸⁷ Idem, p 19.

sido puesto en juego en las definiciones de que se trata. Si acaso en la primera se alude a la equidad, pero únicamente esa definición la cita.

El punto se torna interesante, porque el objetivo de esta parte del trabajo consiste en identificar la naturaleza del trust, y esas definiciones parece que se acercan mucho al resultado que se apetece, sin embargo, todavía es prematuro llegar a esa conclusión, porque es pertinente abordar otros aspectos del trust, a fin de precisar si esa primera idea se confirma, se modifica, o se abandona para sustituirla por alguna otra.

A fin de contestar la interrogante sobre la esencia del trust, conviene desbrozar el camino para prescindir de todo aquello que no será factor de contribución y sí, muy probablemente, de confusión. En esa tesitura se deja en claro desde ahora que se enfocará la atención a los aspectos del trust que están íntimamente relacionados con el proceso de su creación, tomando en cuenta que: (i) el trust es una operación de equidad; (ii) los principios que rigen en esta rama, claramente señalan que la misma sigue a la ley; (iii) en esas condiciones, los aspectos relativos a la propiedad y las responsabilidades civiles que el trust genera, están regulados por el common law, en la misma forma que para cualquiera otra operación diferente al trust, por lo que no habrán de reflejar nada específico sobre su esencia.³⁸⁸

En otras palabras, si se quiere identificar la esencia del trust, es necesario buscarla en aquello que le sea propio o particular, y no lo que le venga como género. Se aclara que es posible que el factor que permita subrayar su esencia, pudiera no ser exclusivo y por tanto pudiera estar compartido, pero en una condición de concreción y singularidad y no de abstracción y pluralidad.

2. Clases de trusts.

El trust tiene diferentes maneras de manifestación en razón de diferentes enfoques. Esta afirmación puede ser explicada, primeramente, porque, como es sabido, el trust es útil para una gran cantidad de propósitos. En la práctica se han hecho clasificaciones del trust de acuerdo a los fines que con él puedan perseguirse, así los hay para fines personales o familiares, para empresas, para propósitos altruistas o de beneficencia, para la administración pública y la de justicia.

Son ejemplo del primer caso, los trusts para planeación patrimonial (*estate planning*), distribución de herencias o legados (*testamentary trust*), protección del pródigo (*spendthrift trust*), protección familiar (*protective trust*), de manutención (*support trust*), de seguro (*insurance trust*), etc. Los trust para empresas pueden revestir muchas modalidades, por ejemplo, para garantizar créditos colectivos, para organizar operaciones de financiamiento, para emitir obligaciones, para voto de acciones o de otros instrumentos de participación colectiva (*voting trust*), transferencia de acciones o bonos (*transfer trust*), para prevención de litigios, para construcción o administración de inmuebles, para manejo de prestaciones

³⁸⁸ cfr. Rabasa Oscar, op cit. nota 328, p 301

laborales, para liquidación de empresas, etc. Los trust cuyos fines caen en el campo del altruismo pueden ser para formar organizaciones caritativas (*charitable trust*), para impulsar ciencias y artes, para apoyar escuelas, hospitales, iglesias, etc. En el campo de la administración pública el trust es útil para prevenir conflictos de interés, en función de que se encomienda la administración de bienes a un fiduciario sin intervención del funcionario público que podría ver comprometida su actuación (*blind trust*).³⁸⁹

Siguiendo el orden de ideas arriba planteado, el trust es clasificado en distintas categorías, atendiendo a las características del proceso relativo a su creación. A este respecto, Thomas and Hudson, citados por Alastair Hudson, ofrecen la siguiente clasificación: trusts que han sido creados expresamente por una persona que era absoluto propietario de algo antes de la creación del trust (*express trust*); aquellos otros que son creados por virtud de ciertos actos que los tribunales interpretan como suficientes para crear un trust, aunque eso no fuera del conocimiento de quien resulta ser el fideicomitente (*implied trust*); trusts que se establecen por disposición de ley como solución a una controversia sobre propiedad, o cuando la creación de un trust ha fracasado, o para reconocer derechos a quien pagó el precio de un bien que fue transmitido a otra persona (*resulting trust*); finalmente, trusts que se establecen por disposición de ley cuando un propietario legal, de manera inconsciente niega derechos a aquellos que tienen intereses de equidad en la misma propiedad (*constructive trust*).³⁹⁰

De estos cuatro tipos de trust, anota Alastair Hudson, los *implied trusts*³⁹¹ poco se crean en los tiempos actuales, de ahí que sólo serán mencionados en sus principales características los *express trusts*, *resulting trusts*, y *constructive trusts*.

Los *express trusts*, son aquellos que se crean de manera deliberada por alguna persona, bajo cualquiera de los siguientes supuestos: se establece el trust en beneficio de su propio creador (*settlor*); se crea para beneficio de un tercero (*beneficiary*); el *trustee* asume el carácter de fiduciario sobre sus propios bienes para beneficio del *beneficiary*. El trust puede ser creado mediante la celebración de un contrato, o tan sólo por voluntad de quien decide establecerlo; en cualquiera de los dos casos, es indispensable dejar precisa constancia de que la intención es establecer un trust, empleando esta palabra. Este tipo de trust se establece por acto entre vivos o por testamento y pueden ser onerosos o gratuitos, y la forma puede ser verbal o escrita.

³⁸⁹ cfr. Vargas Díaz Barriga Luis David, Aspectos prácticos del contrato de fideicomiso, 1a ed, México, Porrúa, 2012, pp 45 a 51.

³⁹⁰ cfr Alastair Hudson, op cit, nota 353, p 44.

³⁹¹ Acerca de los *implied trusts*, es de citar que la denominación es de uso incierto. Por sus características, los *resulting trusts* y los *constructive trusts*, son también *implied trusts* (implícitos), porque no provienen de una intención expresa del creador del trust, sino que su existencia se infiere, en razón de las circunstancias, y es declarada por los tribunales, en algunos casos con apoyo en presunciones legalmente establecidas. El propio Hudson reconoce que hay un cierto grado de confusión terminológica.

El *settlor* puede insertar las reglas que estime conveniente con respecto a las facultades y obligaciones del *trustee*, mismas que son válidas si no contravienen normas o principios jurídicos. No es necesario para la validez del trust que el *trustee* acepte el nombramiento o cargo que se le confiere, pero si se niega a aceptarlo, se retrotraen los efectos del acto como si no se hubiese establecido. El acto queda firme si el *trustee* lo acepta o consiente. Estas posibles vicisitudes no afectan el derecho del beneficiario, porque su derecho es de equidad y este régimen no admite que el trust se quede sin efecto por la falta de un *trustee*. Puede ser beneficiario, cualquier persona que tenga la capacidad para ser propietaria de bienes por su propio derecho, o dicho de mejor manera, quien pueda ser propietario legal puede ser propietario de equidad. Es indispensable que se designe un beneficiario individualmente determinado, salvo el caso de trust para obras de caridad, caso en el cual el beneficiario es indeterminado.

Los *resulting trusts*, se crean por decisión de los tribunales³⁹², es decir, sin que haya habido el concurso de una voluntad particular para decidir su establecimiento. Este tipo de trusts tienen dos modalidades: primero, cuando por diversas circunstancias un trust expreso no puede ejecutarse y el acontecimiento provoca que no haya persona facultada para exigir al *trustee* el cumplimiento del propio trust, se dispone que el mencionado trust expreso queda sin efecto y resulta otro diferente en beneficio del *settlor* del primero, en función de que se considera que si el *settlor* del trust hubiese conocido de antemano la imposibilidad de su ejecución, hubiera preferido establecerlo en su propio beneficio. Este tipo de situaciones son precedentes cuando el trust expreso fue creado de manera gratuita, pero si se estableció a cambio de una contraprestación, la imposibilidad de su ejecución ya no resulta en otro trust, sino que el *trustee* puede aprovechar para sí mismo los bienes materia de la operación, porque se considera, en este supuesto, que no hay ninguna otra persona con mejor derecho que el propio *trustee* (propietario legal) sobre la cosa objeto del trust.

También hay *resulting trust* (esta es la segunda de las modalidades arriba anunciadas), cuando una persona haya pagado el precio de un bien que se transmite a un tercero, porque se establece que quien pagó tiene un interés de equidad en la propiedad, en proporción a su erogación, lo cual da origen a un trust, con la modalidad de que la persona a cuyo nombre se transmitió el bien, es decir, el propietario legal, habrá de actuar como *trustee* en beneficio de quien realizó el pago y tiene un interés de equidad, por virtud de una presunción legal, es decir, se presume que la adquisición se hizo con el carácter de *trustee* en beneficio de quien pagó el precio, a menos que se demuestre otra cosa. No será procedente esta situación, si se prueba que el pago se realizó a título de donación. Este tipo de trust también aplica para beneficio de los acreedores del comprador que paga el precio pero la transmisión se hace a nombre de otro, caso en el cual se presume la existencia del trust, pero en beneficio de dichos acreedores, con lo cual se evita la posible defraudación.

³⁹² Así lo dice expresamente Alastair Hudson: "*Resulting trusts are implied by the court - they are not created intentionally by the settlor*" Alastair Hudson, op cit, nota 353, p 46

El *constructive trust* se desenvuelve en condiciones muy parecidas al *resulting trust*, porque su existencia proviene de una presunción legal. Se distingue de éste, en que el *constructive trust* tiene lugar para remediar una situación, por injusta, muy posiblemente ilícita. Es de recordar que la materia de los *trusts* tiene lugar en el ámbito del derecho de equidad, por lo que no debe parecer extraño el empleo de los vocablos antes anotados ("injusta", "ilícita"), ya que por el contrario, de lo que se trata es proveer una solución adecuada a una cierta situación que puede dar origen a una afectación para alguien de manera injustificada, es decir, sin un sustento exacto en los supuestos de ley. Se está haciendo referencia a supuestos semejantes a los que nuestra legislación regula como "enriquecimiento ilegítimo".

Cuando ocurre un acontecimiento que genera una desventaja para alguien por virtud de una acción inconsciente de otro, la ley presume que los bienes que están en juego, quedan sujetos a un *trust* para beneficio del afectado. En estas situaciones, es *trustee*, la persona que da origen a la desventaja, esto es, la que con su acción inconsciente provoca el perjuicio para otro.

Los supuestos que pueden provocar un *constructive trust* son muchos y difícil sería reunirlos todos para hacer una lista de ellos, pero a manera de ejemplos se puede mencionar lo siguiente: (i) un *trust* expreso en beneficio del *settlor*, pero que no se hace constar por escrito, lo que hace suponer en el *trustee*, una calidad de dueño absoluto; (ii) un *trust* expreso con remanentes una vez satisfecha la finalidad prevista, se convierte en *constructive trust* para beneficio del *settlor* original, aun en el caso de que no se hubiese señalado, él mismo, como beneficiario del *trust*; (iii) una encomienda para administración o guarda de bienes ajenos (depósito, albaceazgo, mandato, incluso un *trust*), en la que el receptor de la encomienda aprovecha en su beneficio los bienes depositados, da lugar a un *constructive trust*, en la que dicho receptor tiene el cargo de *trustee* para beneficio de quien le otorgó la encomienda; (iiii) finalmente, en esta breve relación de ejemplos, se tiene el caso de un pago realizado por error, en el cual el receptor del pago no hace devolución de la cantidad recibida indebidamente, lo que da lugar a que la ley le atribuya el cargo de *trustee* en un *constructive trust* para beneficio de quien efectuó el pago.³⁹³

3. La esencia (naturaleza) del Trust.

A primera vista pudiera no parecer razonable intentar "en un campo ajeno", lo que no hacen los que tienen ese campo por propio. Los juristas anglosajones, sabido es, son esencialmente prácticos y no están inclinados al dogmatismo que sí priva entre los estudiosos del sistema romano-canónico. Los primeros buscan las soluciones de las cosas, sin preocuparse si son de una u otra forma; lo hacen sin elaborar demasiadas doctrinas. No construyen "instituciones jurídicas" en el sentido que esta expresión tiene para sus colegas de la familia proveniente del derecho romano y han sabido armar sus sistemas jurídicos con un enfoque sustentado en la

³⁹³ cfr Rabasa Oscar, op cit, nota 328, pp 300 a 341; Alastair Hudson, op cit, nota 353, pp 41 a 70; Batiza Rodolfo, op cit, nota 320, pp 25 a 28.

experiencia que les va indicando cuál es el camino a seguir. Esto explica porqué los autores de obras de derecho, tienen mejores posibilidades de aceptación de sus trabajos, si antes han sido destacados miembros de la judicatura o del foro y las probabilidades son menores si la experiencia es esencialmente académica.

En el sistema jurídico angloamericano no buscan la naturaleza de las cosas, o por lo menos no con el ímpetu que al respecto priva en el sistema de origen románico, de ahí que parezca extraño que se busque la esencia de una de sus mejores instituciones, cuando que ese es un punto que entre quienes forman parte de ese sistema (el angloamericano) no tiene relevancia en mayor grado.

Los estudiosos del trust no ponen el asunto de su esencia como uno que sea importante. A veces lo abordan, pero como una cuestión secundaria. Si de eso se ocupan lo hacen de soslayo, pues para ellos, esa tan significativa institución tiene otros muchos ángulos de interés. No se olvide que el trust es producto de experiencia vívida, eficaz, vigorosa, de muchos años; es un claro ejemplo de cómo la costumbre, la verdadera costumbre jurídica, produce normas en el campo del derecho; es una clara manifestación de que la evolución de las cosas recogida en el ordenamiento jurídico le da a éste un carácter de gran autenticidad, de verdadera legitimación y que los acontecimientos del pasado no sólo son datos que maneja la historiografía, sino que siguen siendo realidad en tanto son fuente vigente de solución de los conflictos del presente.

Si todo eso es el trust, dirán algunos, no vale la pena esforzarse para tratar de capturar su esencia. El trust funciona y lo hace con gran eficiencia, tanta como que es parte fundamental en la vida de muchas personas, luego entonces, carece de sentido tratar de precisar si en el fondo mismo de su entidad, se puede encontrar un algo u otro algo.

Es de admitir que si alguien así se expresara, lo haría con gran razón, sin embargo, tratar de identificar la esencia de esa operación es el propósito de este capítulo, porque, aunque se trata de una institución ajena a nuestra "familia jurídica", por muchas razones que ya antes han quedado expuestas está cercanamente vinculada con nuestro fideicomiso y conviene, para poder hacer una mejor comparación entre ambos, procurar precisar su naturaleza. Eso es lo que justifica una modesta intromisión (la de este autor), en ese "campo ajeno".

El trust se entiende en la medida en que se tenga presente que funciona en un sistema dual de derecho, en un sistema que conjuga dos diferentes tipos de ordenamientos que tienen distintas bases: el *common law* y la *equity*.

Es fundamental no perder de vista ese dato, como también es fundamental recordar que la *equity* se formó para dar solución a muchas situaciones que un régimen estricto como lo era y es el *common law*, no podría resolver en el ánimo de los destinatarios de sus normas.

Aclarando el asunto es de mencionar lo siguiente, sólo para efectos de recordar lo que ya antes se anotó: el *common law* es el resultado de aglutinar en un solo sistema jurídico, las muchas normas de origen consuetudinario que imperaban en la Inglaterra de la Edad Media. El aglutinamiento se llevó a cabo con la actividad de los tribunales que iban aplicando de manera sistemática las costumbres correspondientes y las reiteraban sobre la base de respetar, mediante subsecuentes aplicaciones, las decisiones que tomaban. Así se formó la jurisprudencia. La aplicación de la costumbre dio lugar a la conformación de una técnica de actuación que consiste en convertir cada resolución, en un precedente de obligatoria observancia futura.

Eso generó un régimen rígido, porque en la práctica se presentaban nuevas situaciones, las que la vida misma va generando en su lógica y natural evolución, que no estaban consideradas en los cánones de las antiguas prácticas, de donde resultaba que no había medios de solución; los nuevos problemas se resolvían con viejas medidas.

La inconformidad de muchos frente a este estado de cosas impulsó la intervención de la autoridad del rey, que, a través de los órganos que de él dependían, estudiaron las inconformidades y emitieron nuevas resoluciones, acordes a las nuevas conductas, en un proceso que también llevó muchos años hasta la conformación de nuevos tribunales y nuevas reglas que subsanaban deficiencias por omisión de las anteriores y proporcionaban soluciones justas con base en la conciencia y en la equidad, y de manera más flexible. Así el viejo régimen quedó identificado como *common law* y el nuevo como *equity*.

En forma paralela a la integración de la *equity* como sistema jurídico, se presentó un fenómeno nuevo consistente en la celebración de operaciones, básicamente sobre inmuebles, para eludir muchos inconvenientes de las normas propias del régimen feudal.

Esas operaciones implicaban necesariamente una relación de confianza porque consistían en la simulación de una enajenación, con la exigencia de que el adquirente permitiera al enajenante obtener todos los provechos del bien enajenado, quien así se convertía en beneficiario de la operación. El asunto sólo podía entenderse entre quienes se tuvieran mutua confianza, sin embargo, como suele suceder en este tipo de situaciones, muchos traicionaron esa confianza en perjuicio de los enajenantes.

Cuando sucedieron esos fenómenos, los afectados no encontraron respuesta adecuada en los tribunales del *common law*, cuyo rígido esquema no contemplaba el supuesto en cuestión, dado que se trataba de una operación al margen de las normas establecidas, pero si la recibieron de los tribunales de *equity* que actuaron para constreñir a los defraudadores de confianza, a respetar el acuerdo tenido y conceder al que fue enajenante, ahora beneficiario, los provechos del bien enajenado.

Ese fue el inicio de un proceso secular que culminó con el establecimiento del *trust*. El enajenante, se dispuso, es, al igual que el adquirente, dueño del bien, pero el alcance de sus propiedades es diferente. El adquirente lo es desde el punto de vista de la ley (*common law*); el beneficiario lo es desde el punto de vista del provecho (*equity*).

Este es el principio básico que informa toda la construcción del *trust*. Un régimen dual que atribuye derechos de propiedad a dos personas, si bien los alcances de ese derecho son diferentes y están respaldados por dos diferentes sistemas. Este principio no tiene cabal comparación con los regímenes de la familia romano-canónica. Simplemente se trata de situaciones totalmente diferentes cuyo único punto de referencia común es que se trata de sistemas jurídicos, cual si se comparan círculo y cuadrado sobre la base de que ambas son figuras geométricas.

El *trust* es una operación de confianza; este fue el factor que impulsó la creación de la operación (*use*) que al paso del tiempo le dio origen, y por tanto es adecuado calificarlo con el adjetivo "fiduciario". Ahora bien, el *trust* no es la única operación fiduciaria, hay otras varias que comparten esa calificación porque también están sustentadas en un primordial elemento de confianza. Esas otras operaciones son el depósito, albaceazgo, mandato, sin embargo no se confunden con el *trust* porque hay datos que marcan claras diferencias.

Para poder caracterizar adecuadamente al *trust* a fin de distinguirlo de esas otras operaciones fiduciarias es indispensable encontrar sus particulares características a efecto de lo cual se revisará muy brevemente su estructura.

El *trust* genera una primera relación entre su creador (*settlor*) y el agente de confianza (*trustee*). Después se establece una segunda relación entre el *trustee* y el receptor del beneficio (*beneficiary*) del *trust*. Esta muy simple estructura, desde el punto de vista formal involucra a tres personas, pero ese número puede quedar reducido, porque el *settlor* puede ser al mismo tiempo *beneficiary* e incluso *trustee*.

Actúa como *settlor* cualquiera que tenga la capacidad jurídica de disponer de un bien. Es *trustee* cualquiera que tenga la capacidad jurídica de ser propietario de un bien. Interviene como *beneficiary*, quien también tenga la misma capacidad, porque es de recordar que el *trust* vive en un régimen dual que genera dos tipos de propiedad, una atribuible al *trustee* y otra atribuible al *beneficiary*.

La descripción del *trust* en los términos que se han anotado, en ciertos aspectos corresponde a un supuesto que parece natural para los que estamos acostumbrados a los mecanismos de la familia de tradición romano canónica: alguien se pone de acuerdo con otra u otras personas y celebran un acto jurídico.

En el caso del sistema angloamericano, la regulación del *trust*, es muy diferente. Lo es, por ejemplo, porque es de carácter jurisprudencial, ya que las reglas y principios que rigen a esta importantísima operación, se han ido configurando con la actividad

de los tribunales y a través de sus resoluciones, pero también es diferente porque el *trust* tiene, en muchos casos, una existencia "virtual" por presumida, por inferida.

Se trata de que la actividad de los tribunales y en algunos casos la legislación, prevén ciertos supuestos en los que no hay la intervención de alguien para los efectos de actuar específicamente como *settlor* de un determinado y concreto *trust*, sino que la existencia de ese *trust* es resultado de una presunción legal adoptada por los tribunales o establecida en algún ordenamiento legal.

Para decirlo de otra manera, hay muchos *trusts* en los cuales no encontramos la figura de un *settlor*, aunque sí la del correspondiente *trustee* y la del correspondiente *beneficiary*. Quizás alguien se pregunte entonces ¿cómo es que se crea un *trust*, si no hay *settlor* de por medio? La respuesta es, porque ese *trust* se infiere para el caso específico.

La consecuencia de esto es que el *trust* no es un contrato. Alastair Hudson lo dice así: " *There is no contract between settlor and trustee in ordinary circumstances...However, the contract does not form a part of the trust - rather it is collateral to it*"³⁹⁴. En complemento de esto, cabe anotar, primero, que para establecer un *trust* basta con así decirlo, ya sea oralmente o por escrito, y , segundo, que no hay contrato en el caso de que el *settlor* decida actuar como *trustee* en beneficio de otro.

Esta afirmación ya permite establecer un criterio de distinción suficiente con las operaciones fiduciarias que antes se habían anotado, porque todas ellas nacen por virtud de un contrato por regla general.

Al inicio de este apartado se anotó que en tres casos, los respectivos autores, al dar un concepto del *trust*, hacían mención de la obligación que tiene el *trustee* frente al *beneficiary*, como la esencia del *trust* y mucho de cierto hay en ello, porque, en efecto, una parte fundamental de esta operación consiste precisamente en que el *trustee* está obligado a actuar para beneficio de una persona.

El *beneficiary* en un *trust* es acreedor del *trustee*, no en términos de propiedad, sino en términos personales, a fin de exigir a éste que lleve a cabo los actos materiales y jurídicos que correspondan para alcanzar la finalidad que haya establecido el *settlor* en beneficio de aquél.

Cuando el *settlor* establece el *trust* para beneficiar a un tercero, la referida obligación se aprecia claramente importante, sobre todo si el *trust* está creado a título gratuito, es decir, sin que el *settlor* haya recibido ninguna contraprestación al respecto, sin embargo, como ya se sabe, el *trust* puede establecerse para beneficio del propio *settlor* y éste es el punto que es necesario resaltar en este intento de identificar la esencia del *trust*.

³⁹⁴ Alastair Hudson, op cit, nota 353, p 67

Por sus orígenes ya relatados, se sabe que el trust tiene su razón de ser en una pretendida protección propia (con independencia de que fuera directamente para quien establecía la operación o para sus familiares), es decir, naturalmente tenía como beneficiario a su propio creador, que tuvo que recurrir a los tribunales de equidad para obtener protección frente a la actuación deshonesto de aquél en quien había confiado.

Ciertamente los tribunales actuaron para protegerlo, lo que significa que exigieron el cumplimiento de la obligación que había asumido la persona de confianza, y entonces surge una duda: ¿cuál era la relación que se estaba tutelando? ¿La habida entre el creador de la operación (*use* en los tiempos remotos, *trust* después) y la persona en quién confió, o la existente entre ésta y el beneficiario quien quiera que haya sido? El tribunal de equidad, que juzgaba en conciencia, ¿buscaba que se honrara la palabra comprometida, o el cumplimiento de una obligación jurídica?

Si se plantea la última duda en los tiempos presentes, es muy probable que la respuesta se incline por la segunda de las opciones que la interrogante contiene, sin embargo, en ese caso, podría hacerse el siguiente planteamiento: al exigir que se cumpla la obligación, se provee a tutelar también la decisión unilateral del *settlor* (ya se vio que no hay contrato), luego entonces, es posible afirmar que la esencia del *trust* radica en la pretensión de proteger lo que haya decidido el *settlor*, no de una manera directa, sino a través de la exigencia en el cumplimiento de la obligación a cargo del *trustee*. En este enfoque, resalta la importancia de una determinación individual, particular, unilateral, tomada por quien haya actuado como creador del *trust*. La situación es, entonces, muy parecida a lo que se ha venido afirmando respecto del fideicomiso mexicano y el *fideicommissum* del derecho romano.

CAPÍTULO QUINTO COMPARACIÓN DEL FIDEICOMISO, FIDEICOMMISSUM Y TRUST

I. INTRODUCCIÓN.

La hipótesis que a este trabajo sustenta, consiste en señalar que el fideicomiso mexicano, el fideicommissum del Derecho Romano y el trust anglosajón tienen la misma naturaleza.

Para tratar de comprobar esa hipótesis, el trabajo se inició por la identificación de lo que es ~~la~~ naturaleza jurídica; después se hizo un análisis, por separado, de cada una de las tres figuras materia de la comparación, para precisar la naturaleza que respectivamente les corresponde.

Toca ahora el turno de la comparación propiamente dicha entre tres instituciones de diferentes sistemas jurídicos (con independencia de que el sistema mexicano forme parte de la familia proveniente del Derecho Romano), lo que coloca el asunto en el ámbito del Derecho Comparado.

En esa virtud, se harán reflexiones básicas sobre lo que el Derecho Comparado es, a fin de contar con una referencia metodológica adecuada al trabajo de comparación. Una vez hechas esas reflexiones básicas, se procederá a efectuar la comparación entre las instituciones ya mencionadas para tratar de llegar a la conclusión fundamental, presuntamente comprobatoria de la hipótesis de referencia.

II. DERECHO COMPARADO.

1. *Disciplina independiente, o método.*

Según el decir de Konrad Zweigert y Hein Kötz, "*...el derecho comparado es la comparación de los diferentes sistemas legales del mundo*".³⁹⁵ Si se vincula esta breve y sencilla frase con el significado del vocablo "comparar", resulta ser que lo que identifica al derecho comparado es la actividad relativa a fijar atención en dos o más sistemas legales de diferentes Estados, para descubrir sus relaciones, o estimar sus diferencias y semejanzas.³⁹⁶

Así resulta de poner en juego los elementos lingüísticos de la definición propuesta por los profesores alemanes que arriba se transcribió, lo que de primera instancia parece proporcionar una idea completa de lo que es el derecho comparado, sin embargo no es así, porque los diletantes del mismo, como ocurre repetidamente en el campo del derecho, no se han puesto de acuerdo sobre los alcances de esa disciplina.

La situación gira alrededor de precisar si el derecho comparado es tan sólo un método que permite acceder al conocimiento de los diferentes sistemas legales que

³⁹⁵ Zweigert Konrad y Kötz Hein, Introducción al derecho comparado, 1a ed en Español, de la 3a ed en inglés, trad de Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford, 2002, p 3.

³⁹⁶ "Comparar: Fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o semejanza" <http://lema.rae.es/drae/?val=comparar>.

en el mundo son, o bien se trata de una especial disciplina jurídica que debe contar con su propio método.

Al respecto Leontin Jean Constantinescu se expresa de la siguiente manera: "*¿El Derecho comparado es un simple método o, por el contrario, una ciencia autónoma? ¿O es, más bien, las dos cosas al mismo tiempo?*"³⁹⁷

El mismo autor presenta una clasificación de los puntos de vista que al respecto se han emitido. La clasificación los reúne en varios grupos, a saber: uno primero que conjunta las opiniones de quienes, de manera insuficiente, trataron de precisar el objeto y ámbito del Derecho comparado, sea con definiciones, sea señalando sus límites. El segundo grupo está integrado por aquellos que de plano estiman que la duda es irrelevante para efectos prácticos, con interés sólo para los académicos. El tercero representa a quienes se inclinan por afirmar que se trata sólo de un método. El cuarto está conformado por los autores que se colocan en una posición diametralmente opuesta pues afirman que el Derecho comparado es una disciplina autónoma. Finalmente el autor mencionado presenta su propio punto de vista que lo lleva a concluir que se trata de una ciencia autónoma, y sustenta su afirmación en la construcción de los conceptos que, a su juicio, deben considerarse como parte esencial de la comparación de los sistemas jurídicos.

A reserva de anotar más adelante y de manera breve la propuesta de Constantinescu, es de citar que su amplia exposición sobre el problema largamente debatido por los comparatistas, deja en claro las muchas dificultades que los estudiosos han encontrado para establecer un criterio uniforme sobre la esencia misma de la materia y consecuentemente sobre la manera en que la comparación ha de abordarse. Debe también citarse con respecto a esto último, que si bien es cierto que no es unánime la posición sobre los aspectos fundamentales de la comparación, también es cierto que es posible encontrar cierta comunidad de enfoques sobre algunos temas que abordan los diferentes autores, de manera tal que es posible apreciar que, más allá de la discusión de fondo que se ha venido mencionando, los comparatistas comparten algunos puntos de vista, como es el caso de los agrupamientos de los sistemas jurídicos por familias, el establecimiento de dos clases de comparación según se trate de sistemas en su conjunto o algunas partes de ellos, y un enfoque "funcional" a propósito del segundo tipo de comparación.³⁹⁸

También hay cierto grado de comunidad en lo que se refiere a la identificación de los objetivos generales del derecho comparado, por cuanto que se señala, casi de

³⁹⁷ Constantinescu Leontin Jean, *Tratado de derecho comparado*, sf, Tomo I, trad de Eduardo Freitas Da Costa, Madrid, Editorial Tecnos, 1981, p 255.

³⁹⁸ En este sentido concluyó la mesa instaurada para el estudio de la Metodología del Derecho Comparado en el "Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados" que se celebró del 9 al 14 de febrero de 2004, en la Ciudad de México, D.F., bajo el auspicio de la UNAM. Véase al respecto: Márquez Romero Raúl, (coord.) *Conclusiones del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, 1a ed, México, UNAM, 2004, p. 68.

manera uniforme, que la comparación es un medio para conseguir mejoras en la estructuración de los sistemas jurídicos, e, incluso, para buscar un orden uniforme internacionalmente que se sustente en principios de justicia y bienestar común. René David y Camille Jauffret-Spinozi lo expresan así: "*El derecho comparado tiene una función preponderante que desempeñar en la ciencia del derecho. Aspira, en efecto, en primer término, a instruir juristas sobre la función y significación del derecho, aprovechando con ese propósito la experiencia de todas las naciones. Aspira también, en una óptica más pragmática, facilitar la organización de la sociedad internacional revelando las posibilidades de acuerdo y sugiriendo fórmulas para la regulación de las relaciones internacionales. Finalmente permite a los juristas de diversas naciones plantearse la posibilidad de una mejoría de sus sistemas de derecho internos. Para que el derecho comparado cumpla con su función es necesario que los juristas, que pareciera ser cada vez más el caso, no se limiten al estudio de su propio derecho nacional sino que, en cada oportunidad propicia, recurran al método comparativo*"³⁹⁹

Más allá de estos loables propósitos, la discusión a que se alude líneas arriba, parece estar originada en la falta de establecimiento de un propósito claro y concreto del esfuerzo de comparación. Al parecer los estudiosos de esta materia no han sentado bases objetivas de sus esfuerzos e invariablemente recurren a generalizaciones del tipo de las que los distinguidos autores franceses mencionados en el párrafo inmediato anterior han hecho. También habría que agregar que el debate sobre el derecho comparado comparte raíces con la discusión que sobre la cientificidad del derecho en general se ha producido desde hace mucho tiempo, y respecto de la cual se dio cuenta en el primer capítulo de este trabajo. No en vano y al respecto, Alessandro Somma, en su Introducción crítica al Derecho comparado, expresa de manera crítica: "*...el conocimiento del derecho constituye el resultado nunca definitivo al cual llega un observador jamás imparcial*"⁴⁰⁰

Constantinescu en su ya mencionada obra, y por separado Mauro Cappelletti (citado por Nuria González Martín⁴⁰¹), han hecho buenos intentos por eliminar ese margen de incertidumbre propiciado por las excesivas generalizaciones y proponen algunas líneas metodológicas que puedan funcionar como las propias y requeridas por el derecho comparado para ser considerado, no sólo un método, sino también una disciplina autónoma.

El primero de los dos autores mencionados dice que al comparar sistemas jurídicos, es necesario identificar lo que, en su propuesta, son los "*elementos determinantes y los elementos fungibles*". Tales elementos, dice este autor, son parte del orden

³⁹⁹ David René y Jauffret-Spinozi Camille, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, 1a reimpresión de la 11a ed, trad de Jorge Sánchez Cordero, México, UNAM, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010, p 11.

⁴⁰⁰ Somma Alessandro, Introducción crítica al derecho comparado, sf, trad de Carlos Agurto González, Perú, Ara Editores, 2006, p 105.

⁴⁰¹ cfr González Martín Nuria, Sistemas jurídicos contemporáneos, 1a ed, México, UNAM y Nostra Ediciones, 2010, pp 21 y 22.

jurídico materia de comparación y a la suma de ellos los identifica como "*partículas jurídicas fundamentales*", de donde resulta que las normas, principios y nociones jurídicas que rigen en una sociedad tienen esa connotación.

Las "partículas jurídicas fundamentales" son de diferente valor: las principales están representadas por los principios y valores sociales (elementos determinantes) y las secundarias por los elementos fungibles que tienen una importancia esencialmente técnica y pueden ser modificados o sustituidos, sin que ello altere la morfología del sistema.

Son elementos determinantes, la concepción y el papel del derecho en el marco del orden jurídico considerado; la ideología o la doctrina que influye en el derecho y precisa las relaciones de poder; las relaciones de incertidumbre que existen entre la realidad socio-económica-política-histórica y el edificio jurídico que se le sobrepone; la constitución económica del respectivo orden jurídico; la concepción y el papel del Estado en sus relaciones con el derecho, los partidos políticos, los poderes formales, los ciudadanos, etc.; las fuentes jurídicas y su jerarquía; la interpretación de las leyes y del derecho; las nociones jurídicas y las categorías jurídicas fundamentales. El estudio de este conjunto de "partículas jurídicas fundamentales", según el autor de mérito, permite pasar del nivel de micro a macro comparación (más adelante será referida esta distinción), la cual es la auténtica misión del derecho comparado, la que se desempeñará sobre un criterio científico y no arbitrario.⁴⁰²

La propuesta de Cappelletti es claramente procesal, puesto que identifica varias etapas para llevar a cabo la comparación. Así, la primera será la identificación de un punto de partida común entre los sistemas a comparar, es decir, un problema o una necesidad social real; la segunda consiste en la localización de las normas que en cada sistema se aplican para la solución del asunto en cuestión; después se habrán de encontrar las razones que expliquen las respectivas y diferentes soluciones; en cuarto término se investigarán las grandes tendencias evolutivas (sic); posteriormente se evaluarán las soluciones adoptadas, para concluir con la predicción de desarrollos futuros.

Sin duda las proposiciones que realizan los destacados juristas antes mencionados, son interesantes y merecen consideración, sobre todo en el enfoque de un punto de partida para el análisis del método a seguir para efectuar los estudios de derecho comparado, sin embargo se estima que son aún muy generales y se prestan fácilmente a la interpretación y divergencia de resultados.

Volviendo con Alessandro Somma, resulta ser que este autor propone un método diferente, al cual califica como de la corriente que ve en el derecho comparado una ciencia autónoma. Dice Somma que es indispensable aceptar que el derecho es el resultado de la conjunción de diversos valores sociales y las estructuras de poder, con los matices indispensables de tiempo y lugar, por lo que la labor del

⁴⁰² Cfr Constantinescu, op. cit., nota 382, pp 318-326.

comparatista debe ser hecha colocándose en el medio del sistema para tratar de entenderlo en función de sus circunstancias. A esto le llama la disociación de valores y técnicas, y lo expresa de la siguiente manera: "...el trabajo del comparatista debe consistir en la determinación de aquellos momentos relevantes en los discursos sobre el derecho formulados en los diversos ordenamientos, para hacer ver los valores que con ellos se quieren promover y el sistema de poder capaz de alimentar el nexo entre los primeros y los segundos"⁴⁰³

Ese método, según Somma, puede ser aplicado en el estudio de cualquier sistema jurídico, sea vigente o sea del pasado; de igual forma es útil para estudiar fórmulas propuestas por los juristas como parte de sus propios conceptos, o bien para considerar los factores que influyen en la conformación de los sistemas. Su propuesta, es científica, dice el propio autor, sobre todo si se acepta que los resultados no son nunca definitivos, lo cual, evidentemente, relativiza su propuesta.

Al parecer, en el fondo de esta continuada discusión, se encuentra un asunto poco destacado que encierra una cierta contradicción y puede describirse de la siguiente manera: la comparación es la base del método inductivo, cuyo propósito es la constatación de la identidad de hechos, cosa totalmente ajena a la lógica del derecho, ya que dicho método busca la identidad de hechos y el derecho es disciplina normativa, esto es, su objeto de trabajo no son hechos en tanto que tales, sino normas.

La comparación que se realiza en aplicación de la inducción, lleva una presunción que consiste en que los hechos serán idénticos a aquél que se toma como referencia. El que compara ha identificado todas las notas que caracterizan al referente y busca, en virtud de la comparación, que los hechos subsecuentes reproduzcan esas mismas notas en una situación de identidad, en cada una de ellas y en el conjunto. Si la identidad se presenta en un determinado número de casos, aquél que las reglas de la ciencia que corresponda tiene establecido como adecuado, entonces será posible elaborar la ley científica, partiendo de lo particular a lo general. Sobra decir que la falta de identidad en las notas o en el conjunto, impedirá la formulación de la ley científica.⁴⁰⁴

En el terreno del derecho no se busca la constatación de la identidad; se busca simplemente saber si el referente es semejante o análogo al segundo "objeto" de comparación, sin que se niegue la posibilidad de la identidad, pues, se reitera, ésta no es el propósito de la comparación, ya que es tan sólo uno de los posibles

⁴⁰³ Somma Alessandro, op cit, nota 385, p 109.

⁴⁰⁴ "La inducción propiamente dicha es la imperfecta: aquella en que el sujeto de la conclusión no alberga, ni con mucho, todos los casos posibles a que se refiere, es decir, cuando las observaciones se limitan a ciertos hechos y, sin embargo, se generaliza a todos. Nadie, v gr., ha oído ni oír todos los sonidos que producen los cuerpos sonoros. Con todo, se admite para todo lugar y todo tiempo que la vibración es su causa externa. Pero ¿tiene validez este tránsito que va de ciertos casos singulares a todos los casos posibles (ab plura omnes)? ¿Porqué es lógicamente justificable fundar una ley general en una serie limitada de hechos? La única justificación de semejante proceder no puede fundarse sino en el supuesto de que la naturaleza está dominada por leyes generales." Larroyo Francisco y Cevallos Miguel Ángel, op cit, nota 43, p. 199

resultados a obtener, luego entonces es indispensable precisar con claridad, en cada caso, el propósito o propósitos de la comparación (como método), para evitar la confusión a la que puede llevar el empleo del método inductivo.

La comparación produce información que será sujeta, en una etapa posterior, a un ejercicio de valoración para otros propósitos, propiamente ajenos a la comparación. Este ulterior momento, es posible que sea la verdadera finalidad del proceso, pero al mismo tiempo, es posible que sea algo ajeno al trabajo del jurista, aunque, es conveniente decirlo, el comparatista, o quien hace un trabajo de comparación, puede haber planteado sus propios propósitos enmarcados en el terreno del derecho, y sin ninguna otra finalidad que rebase sus linderos, con el afán de generar nuevas aristas de conocimiento del mundo del derecho.

En estas condiciones, el comparatista puede elegir diversos enfoques para llevar a cabo su trabajo: estructural, funcional o el que resulte adecuado para los propósitos jurídicos de la comparación. Limitar a priori el trabajo de comparación a algún enfoque en particular, restringe sin utilidad los ámbitos de la misma, porque el que compara, debe tener siempre presente que el derecho es una técnica de organización social, que responde a necesidades cambiantes por razones de espacio, tiempo, y cultura en todas sus muy numerosas manifestaciones, y por tanto tiene la oportunidad de poner en juego datos de muy diversa naturaleza, a fin de hacer el ejercicio de comparación. En síntesis, la comparación, en opinión del autor de este trabajo, es un proceso, es un método que parte de la confrontación de dos objetos jurídicos, para obtener de ello un conocimiento específico que, tal vez, pueda ser aprovechado en sí mismo, como conocimiento jurídico, o bien para otros fines de diferente naturaleza.

Decir que el derecho comparado es una ciencia, equivale a colocar el continente en el lugar del contenido; el derecho es "comparado", por efecto de la comparación; es voz pasiva y no activa; es instrumento y no propósito. La comparación que del derecho se haga, puede tener diferentes finalidades: la funcional, la estructural en cuanto sistema o en cuanto norma, etc., a condición de que siempre se tenga presente que el resultado será, simplemente, la evidencia de dos realidades con sus semejanzas y sus diferencias. La valoración que de esas realidades se haga, puede o no incidir en el campo del derecho, y en el segundo caso el análisis corresponderá hacerlo a otras disciplinas (sociología, política, filosofía, ética, etc.), dependiendo del enfoque que se quiera poner en juego.

Este es el punto de vista de quien prepara este trabajo, y, por supuesto, las reflexiones aquí anotadas son el reflejo de un asomo a las tareas que de mucho tiempo se han impuesto importantes estudiosos del tema.

2. Tres elementos fundamentales: Macro y microcomparación; funcionalidad, y tertium comparationis.

Los expertos en derecho comparado han establecido tres nociones que resultan importantes para el efecto de hacer cualquier comparación. La primera se refiere a

la conveniencia de distinguir los alcances de la comparación; la segunda identifica el enfoque de la misma, y la tercera distingue el punto de partida. La reunión de estos tres elementos básicos, permite dar orden al trabajo del comparatista; se trata pues de elementos del método que se sigue en el intento de comparar. A continuación se hará una breve descripción de cada uno de ellos.

Si el objeto por comparar es el sistema jurídico de un país con otro sistema jurídico de otro país, entonces estamos frente a la macrocomparación. Esta es, a decir de los expertos en este ámbito, la verdadera comparación, la que puede, en palabras de Constantinescu, "... revelar las estructuras características de los órdenes jurídicos..."⁴⁰⁵ Por el contrario, se entiende por microcomparación, la que se realiza respecto de problemas individuales concretos y sus soluciones, que permiten identificar diferencias de naturaleza técnica. "*La microcomparación, por su parte, se relaciona con instituciones o problemas legales específicos, es decir, con los principios a los que se recurre para resolver situaciones reales o conflictos de intereses particulares*"⁴⁰⁶

En relación al enfoque con el que es conveniente llevar a cabo la comparación, se dice por parte de los expertos, que es el *funcional*, es decir, el enfoque sustentado en la identificación de la función que desempeñan en dos o más ordenamientos las reglas relativas a cierto supuesto que se presume semejante, esto es, que sus partes guardan las mismas proporciones aunque hay diferencias en algunas de sus características, afirmación ésta que lleva implícito otro principio importante expresado en la siguiente manera: "*todos los sistemas pueden ser comparables entre ellos a condición de comprender, antes que las analogías, las diferencias de fondo*".⁴⁰⁷ En efecto, este principio implícito bajo la idea de una mera semejanza, aproxima a un asunto que es medular en el ámbito del derecho comparado: las diferencias están presuntas en el trabajo de comparación. El ius comparatista emprende la comparación, suponiendo que habrá de encontrar diferencias y la hipótesis que eso plantea contribuye a fortalecer la razón de la comparación desde el punto de vista de la funcionalidad que así habrá de encontrar motivos para mejorar el objeto referente o el objeto referido.

El tercer elemento es precisamente el referente; *tertium comparationis* le llaman los comparatistas. Toda comparación se hace en función de algo; se elige un término modélico respecto del cual se han identificado las características que serán el punto crítico de la comparación. El objeto de comparación es evaluado respecto de esas características para encontrar diferencias y semejanzas. La comparación puede efectuarse sobre un modelo real, o bien sobre un modelo ideal, pero en todo caso siempre será indispensable contar con alguno para que la comparación pueda llevarse a cabo.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ Constantinescu Leontin Jean, op cit, nota 382, p. 314.

⁴⁰⁶ Zweigert Konrad y Kötz Hein, op cit, nota 380, p 6.

⁴⁰⁷ Lombardi G, citado por Pegoraro Lucio y Rinella Angelo, Introducción al derecho público comparado, 1a ed, Trad de César Astudillo, México, UNAM, 2006, p. 59

⁴⁰⁸ cfr Pegoraro Lucio y Rinella Angelo, idem, pp 60 y 61

III. COMPARACIÓN ENTRE FIDEICOMISO, FIDEICOMMISSUM Y TRUST.

El punto de referencia de la anunciada comparación, es el fideicomiso mexicano. La comparación que en seguida se emprenderá, tiene como objetivo comprobar la hipótesis mencionada al inicio de este capítulo, esto es, que las tres instituciones tienen la misma naturaleza: declaración unilateral de voluntad.

La comparación que se hace en esta parte del trabajo, cae en el caso de una microcomparación, porque se abordan elementos particulares de los tres sistemas jurídicos en los cuales dichas instituciones tuvieron o tienen regulación: el sistema mexicano, el romano y el angloamericano. Los alcances del trabajo sólo están referidos a esas instituciones y por tanto se trata del tipo de comparación que ya quedó anunciado.

Ciertamente, el enfoque de la comparación es funcional porque al identificar la naturaleza de las instituciones mencionadas, será posible apreciar los alcances de su aplicación. Cabe recordar en este momento, que se ha elegido en este trabajo una especial connotación de lo que "naturaleza jurídica" es. Se trata de algo pragmático que permite identificar la utilidad de algo, en vías a la consecución de un propósito. La "naturaleza jurídica" de algo, señala la parte instrumental de ese mismo algo. Cuando se pregunta por la "naturaleza jurídica" de un objeto de derecho, se está inquiriendo, precisamente, sobre la manera en que ese objeto funciona en el contexto de la regulación que el derecho positivo hace de una determinada situación, de tal manera que, en el punto de vista del autor de este trabajo, cuando en el derecho comparado se busca el enfoque funcional, se está haciendo una labor muy cercana a la identificación de la "naturaleza jurídica" de aquello que es materia de la comparación.⁴⁰⁹

Es necesario ahora, hacer una precisión: en mi opinión, la comparación puede abarcar diversos aspectos relativos al contexto del sistema, con independencia de que se trate de una macro o de una microcomparación, como es el caso. Los datos de carácter circunstancial configuran una mejor referencia desde el punto de vista funcional. Se reitera lo dicho en cuanto a que la noción de "naturaleza jurídica" es de orden práctico; se trata de un instrumento, luego entonces, es necesario contemplar, aunque sea parcialmente, el contexto en el cual el instrumento es usado.

Por eso resulta del mayor interés, tener en cuenta que el *fideicommissum* del Derecho Romano y el *trust* del derecho angloamericano, nacieron y se desarrollaron en condiciones muy parecidas, no obstante las evidentes diferencias de tiempo y lugar, según se anota en seguida y en la tabla posterior.

⁴⁰⁹ Cfr. Capítulo I, apartado V, "¿Qué es entonces la naturaleza jurídica ?

Ambas instituciones surgen por motivos equivalentes, como una alternativa para superar limitaciones que la legislación imponía a ciertos sujetos. Ambas instituciones funcionan fuera del marco legal establecido, como manifestación de usos específicos que adoptan las personas que sufrían los límites de las reglas de dicho marco legal.

Fideicommissum y *trust* surgen en razón de la aplicación de criterios de flexibilidad con respecto al régimen legal preponderante; en el caso del *fideicommissum*, el derecho honorario que supera los inconvenientes del *ius civile*; en el caso del *trust*, la *equity* que flexibiliza la rigidez del *common law*.

En ambos casos, la institución se manifiesta como encomienda, y en tanto que tal, con especial énfasis en una relación de confianza, lo que se evidencia con los vocablos que, respectivamente, les dan nombre. Al paso del tiempo, se presentan, para los dos casos, circunstancias semejantes por fenómenos de traición a la confianza depositada en quienes recibían la encomienda, lo que impulsa a los defraudados a buscar la ayuda de las autoridades para constreñir a los deshonestos al cumplimiento de la encomienda que habían recibido.

En ambos casos intervinieron funcionarios especialmente designados para atender la situación. Otro elemento que arroja situaciones parecidas, es que las autoridades respondieron con legislación al respecto, aunque los alcances y propósitos de las normas que así se emitieron no admiten más que diferencias.

Por último, conviene tener presente, a manera de semejanza, que ambos sistemas funcionaron en su origen dando preponderancia a la parte procesal, al derecho activo en los tribunales, a la acción, situación que permitió resaltar que *fideicommissum* y *trust* crecieron en razón de la protección que buscaron las personas que habían sido defraudadas por fiduciarios incumplidos

En síntesis, *fideicommissum* y *trust* son instituciones reveladoras de que la regulación jurídica tiene como fuente al comportamiento humano en un contexto de generalidad, y los datos aportados dan indicios de que, funcionalmente, *fideicommissum* y *trust* fueron, de origen, instrumentos al servicio de los mismos propósitos.

SUPUESTO	FIDEICOMMISSUM	TRUST
Restricciones a la libre disposición de bienes	A través de testamento	Como consecuencia del régimen feudal
¿Existe un régimen alternativo más flexible?	Sí: el <i>ius honorarium</i>	Sí: la <i>equity</i>
Medida práctica para superar la limitación	<i>Fideicommissum</i>	<i>Use</i>

¿La medida práctica consiste en una encomienda de confianza?	Sí	Sí
¿Se dictaron disposiciones para limitar la medida práctica?	Sí: <i>Lex Voconia y Lex Falcidia</i>	Sí: <i>Statute of uses</i>
¿La medida práctica funcionaba sin contratiempos?	No	No
¿El inconveniente era la conducta deshonesta del receptor de la encomienda?	Sí	Sí
¿Se establecieron instancias especiales de autoridad que conocían estos asuntos?	Sí: <i>praetores fideicommissarii</i>	Sí: <i>Court of Chancery</i>
¿Las autoridades intervinieron en favor de hacer respetar la voluntad de los fideicomitentes?	Sí	Sí
Es una declaración unilateral de voluntad	Sí	Sí

Se ha anotado en este trabajo que la naturaleza del fideicomiso mexicano es la de una declaración unilateral de voluntad.

La declaración unilateral de voluntad se caracteriza porque es una expresión de lo que alguien desea hacer (dicho en forma muy amplia, porque no necesariamente se traduce en actos materiales a su cargo) y el orden jurídico la reconoce. Es posible que el reconocimiento genere un deber a cargo del declarante que se torna en obligación cuando algún tercero toma la oferta en la que puede consistir la declaración, pero lo que da sentido jurídico a dicha declaración, es precisamente el reconocimiento que de la misma hace la ley.

Ahora bien, hay casos en los cuales la declaración se hace como la expresión libre de la voluntad, sin el propósito de generar una obligación. En el caso del testamento, típica declaración unilateral de voluntad, se prevé que el cumplimiento del deber sea para después de la muerte.

En el caso del fideicomiso no hay obligación propiamente dicha para el fideicomitente pues como se anotó en el segundo capítulo de este trabajo, el fideicomiso es declaración unilateral de voluntad en tanto que el fideicomiso queda constituido sin mediar más voluntad que la del propio fideicomitente, y esta situación está reconocida por la ley, que tiene por presupuesta dicha constitución para los

efectos de su perfeccionamiento mediante la transmisión de propiedad hacia el fiduciario.

La creación del fideicomiso, es algo que ocurre con la única voluntad del fideicomitente; no se requiere ninguna otra voluntad; no hay consenso de por medio. La ley acepta y reconoce esa capacidad creadora en el fideicomitente que, por virtud del acto de creación del fideicomiso, toma dos decisiones importantes: la configuración de la finalidad a la que habrán de destinarse los bienes materia del fideicomiso, y la afectación de algunos de los que son parte de su patrimonio a la realización de dicha finalidad.

Ese fenómeno, el que queda descrito en el párrafo superior, está aceptado en la ley y el reconocimiento implícito de la libertad que admite en el fideicomitente, es lo que configura la declaración unilateral de voluntad.

En el Derecho Romano y en la regulación del *trust*, también se presenta la situación de que el orden jurídico reconoce y da firmeza a la decisión del fideicomitente y del *settlor*, aunque de una forma diferente a la que ocurre en el sistema mexicano.

En éste, la regulación inicia por suponer la previa existencia del fideicomiso, lo cual lleva a decir que la protección de la decisión del fideicomitente, si bien no es expresa, sí es directa por implicada. En cambio en el *fideicommissum* y en el *trust*, la decisión del autor de la encomienda queda tutelada de una forma indirecta, en tanto que el régimen va encaminado a imponer a los fiduciarios la obligación de actuar conforme lo haya indicado el primero, y se establecen los medios para constreñirlo a actuar de esa manera.

El aspecto obligacional es particularmente claro tratándose del *trust*, pero, como ya quedó asentado en el tercer capítulo de este trabajo, es notoria la inclinación de los romanos hacia los aspectos procesales y el establecimiento de las acciones correspondientes para lograr el cumplimiento de obligaciones, aspecto al cual no fue ajeno el *fideicommissum*.

Al exigir a los fiduciarios el cumplimiento de las encomiendas que habían recibido, en el *fideicommissum* y en el *trust* se provee al respeto de la decisión tomada por el fideicomitente. Se eleva esa decisión a la categoría de declaración unilateral de voluntad. Se la reconoce y protege.

Lo que una persona decide con relación a la disposición de sus bienes, de manera unilateral y sin que eso implique un acuerdo con alguna otra voluntad, es tomado en cuenta por el orden jurídico, que actúa para darle valor y fuerza legales, como presupuesto básico de la regulación (fideicomiso mexicano), o como fuente de la obligación que se impone al fiduciario (*fideicommissum* y *trust*). En los tres casos, la liberalidad de generar una encomienda con respecto a un fin afectando una parte de un patrimonio, es reconocida legalmente dándole el valor y fuerza de declaración unilateral de voluntad. Así funcionan las cosas para las tres instituciones y esa es la razón de afirmar que comparten la misma "naturaleza jurídica".

CONCLUSIONES:

DEL CAPÍTULO I

1.- La hipótesis que sustenta este trabajo es la siguiente: *El fideicomiso mexicano, el fideicommissum romano y el trust angloamericano tienen la misma naturaleza jurídica+*

2.- La noción de *naturaleza jurídica+* se aplica en los trabajos de sistematización del derecho y no es una categoría ontológica o axiológica; se trata de algo cuyo estudio no es de carácter filosófico.

3.- La noción de *naturaleza jurídica* no es de carácter científico, porque el derecho no es ciencia.

4.- El derecho es una técnica de convivencia social y por tanto la noción de *naturaleza jurídica+* es también de carácter técnico.

5.- La noción de *naturaleza jurídica+* ha estado afectada por la falta de certeza, sin embargo es posible lograr la precisión sobre la base de identificar adecuadamente el ámbito jurídico en el que dicha noción funciona.

6.- La expresión *naturaleza jurídica+* sirve como un calificativo para un objeto en el campo del derecho, para un objeto concreto y particular que proviene de las normas positivas. La *naturaleza jurídica+* es un concepto que tiene razón de ser respecto de ciertas específicas creaciones del derecho positivo, para tratar de encontrar en qué consisten, qué son, pero, precisamente, para el derecho positivo.

7.- Es la búsqueda del ser jurídico, la búsqueda del ser legal, la búsqueda en el contenido de las normas, en el contexto de ellas y en tanto que con ellas sea útil; es una noción en buena medida contingente, cambiante, mutable, que funciona en el ambiente de una legislación específica, en un tiempo y en un lugar determinado.

8.- El derecho tiene ciertos fines que están implícitos en la materia específica de cada tipo de regulación. Son fines de segundo grado en tanto que ya no se refieren a los valores éticos supremos relativos al comportamiento del grupo social en su conjunto, sino que se trata de propósitos concretos que están relacionados con diferentes ámbitos de la vida cotidiana de los individuos.

9.- Para el logro de esos concretos propósitos se establecen reglas, reglas jurídicas, que son la materia de cada una de las leyes; el contenido de esas reglas constituye el medio para alcanzar los fines que se persiguen.

10.- La *naturaleza jurídica+*, es la esencia de lo regulado en tanto que es el medio para la consecución de los fines deseados. Es el ser jurídico del ente, visto en razón de su utilidad para obtener lo que se desea en el conjunto del ordenamiento jurídico.

11.- Para identificar la naturaleza jurídica de algo, es necesario constatar que ese algo funcione, desde un cierto punto de vista, como el medio para el logro del fin propuesto; como la causa eficiente de la finalidad apetecida. Es un asunto de orden práctico, porque las palabras no reflejan un único sentido

12.- El concepto de naturaleza jurídica es de carácter pragmático y en la medida en que se le incluya como parte de las técnicas de argumentación, se le reconocerá su valor y trascendencia, los que ha tenido desde siempre.

13.- La naturaleza jurídica de algo, es una noción eminentemente práctica, mutable, adaptable a las circunstancias y al contenido de un ordenamiento específico, que permite identificar de qué manera funciona mejor un objeto jurídico.

DEL CAPÍTULO II

1.- El artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC), contiene tres partes en su texto; la primera corresponde a la expresión *in virtute del fideicomiso*; la segunda a la acción que es consecuencia de la antedicha primera parte y consiste en la transmisión de propiedad; la tercera, está representada por la última frase de la disposición y contiene la alusión al encargo que el fideicomitente hace a la fiduciaria.

2.- En resumen, las tres partes del Artículo 381 de la LGTOC aluden, respectivamente, a la creación del fideicomiso, a la consecuente transmisión de propiedad, y a la concomitante (con ésta), encomienda al fiduciario.

3.- La primera parte de las tres identificadas, deja ver con claridad que el fideicomiso está creado antes de que el fideicomitente haga la transmisión de bienes a una institución fiduciaria.

4.- El texto en vigor de la ley, se refiere sin duda a lo que ya existe, y funge como el antecedente cuya consecuencia es la transmisión de propiedad del fideicomitente hacia la fiduciaria.

5.- Para encontrar la naturaleza jurídica del fideicomiso es indispensable precisar cuál es la función que tiene, jurídicamente hablando en el contexto del sistema jurídico del cual el fideicomiso forma parte.

6.- Algunos autores han expresado su postura en pro de estimar que el fideicomiso es un contrato. Rodolfo Batiza señala expresamente que el fideicomiso tiene una naturaleza contractual, bilateral y sinalagmática perfecta.

7.- Cuando se dice que el fideicomiso es un contrato, se alude al medio, al

instrumento relacionado con su establecimiento, lo cual no es indicativo de su esencia.

8.- Los contratos se forman por la reunión de voluntades; en el fideicomiso no hay suma de voluntades para definir los fines y determinar los bienes que serán materia de afectación para la realización de esos fines. Ambas decisiones son exclusivas del fideicomitente.

9.- La reunión de voluntades en el fideicomiso tiene lugar para los efectos de poner en práctica la encomienda, porque la ley exige que la realización de los fines quede en manos de otra persona diferente al fideicomitente. La intervención de la fiduciaria es tan sólo para el efecto de aceptar o no la encomienda, y no se le da intervención en algún otro aspecto. Se celebra, por mandato de ley, un contrato para la prestación de un servicio, respecto de un fideicomiso previamente establecido por la declaración unilateral del fideicomitente.

10.- Los efectos de esa declaración unilateral de voluntad están representados por una liberalidad del fideicomitente que decide que una parte de su patrimonio quede destinada o afectada a la realización de ciertos fines que él mismo concibió. El efecto primordial de esa liberalidad que se convierte en declaración al hacerse manifiesta cuando se celebra el contrato de encomienda, radica en la afectación patrimonial que realiza quien actúa como fideicomitente.

11.- Al momento en que se celebra el contrato hay tres diferentes decisiones, una, la que es unilateral y corresponde al fideicomitente, otra también de éste relativa a la recepción de un servicio y la tercera, de la fiduciaria, para prestar ese mismo servicio. La primera decisión está ahí, como algo establecido, como un patrón de referencia que no se suma ni reúne con ninguna otra decisión (es unilateral); la segunda y tercera se amalgaman para dar lugar a la celebración del contrato por el cual el fideicomitente encarga y la fiduciaria acepta la encomienda.

12.- La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no señala de forma expresa que el fideicomiso sea un contrato. Por el contrario, el legislador sí dejó constancia escrita de que había decidido no seguir esa posición.

13.- El fideicomiso propiamente dicho, es la decisión del fideicomitente respecto a la determinación de fines, identificación de bienes y la afectación de éstos para realizar los fines concebidos. Esto es el fideicomiso, y su naturaleza jurídica consiste en una declaración unilateral de voluntad.

DEL CAPÍTULO III

1.- *Fideicommissum* significa "encargo de confianza", o también, "encargo de fe". Fue ésta, una operación que consistía en una súplica a otra persona para que realizara ciertos actos en beneficio de una tercera persona.

2.- *Fideicommissum* fue el medio a través del cual los romanos pudieron dar flexibilidad a la rigidez de las disposiciones reguladoras de la materia sucesoria.

3.- En una generalizada opinión de los romanistas, el *fideicommissum* en un principio se usó para hacer transmisiones de bienes en favor de quienes carecían de capacidad jurídica para recibir herencias.

4.- El empleo del *fideicommissum* tomó impulso también por la simplicidad de la forma en la que se otorgaba, que podía incluso ser verbal.

5.- En otros momentos el *fideicommissum* se empleó para burlar la aplicación de la *Lex Falcidia* que obligaba a los testadores a reservar para los herederos al menos una cuarta parte de sus bienes al momento de la muerte. Con el *fideicommissum* los testadores transmitían la mayor parte de su patrimonio, disminuyendo sensiblemente los bienes a heredar, en concordancia con un antiguo principio por el que se suponía que los herederos no deberían tener un interés patrimonial en la herencia y sí el de continuar, por virtud de ésta, la personalidad del *de cuius*.

6.- El *fideicommissum* era una disposición de última voluntad, expresada bajo la forma de ruego y confiada a la buena fe de una persona (fiduciario), por la que se le hacía una petición o encargo a favor de otra persona (fideicomisario).

7.- El encargo que el *fideicommissum* implicaba, quedaba, originalmente, confiado a la buena fe, a la confianza que se depositaba en la persona a quién tal encargo se hacía, porque la *fides* era un concepto fundamental en la vida de los romanos.

8.- El emperador Augusto estableció el procedimiento para reclamar la conducta deshonesta de los fiduciarios que al no entregar los bienes al fideicomisario incumplían la encomienda que habían recibido.

9.- El emperador Claudio dispuso la creación de magistrados especiales, *praetores fideicommissarii* que se ocuparían de los asuntos relacionados con dicha figura, misma que, por otra parte, siguió siendo motivo de regulación para tratar de hacerla compatible con el régimen sucesorio romano.

10.- La definición que del *fideicommissum* dan la mayor parte de los expertos romanistas, coinciden en caracterizarlo como una declaración de última voluntad acompañada de un ruego hacia quien recibe el encargo.

11.- Declaración, ruego y encargo son las tres constantes en esas definiciones.

12.- La declaración era algo personal, individual, exclusivo. Esta situación queda reforzada por la existencia del ruego que es una petición de una gracia, favor o concesión. Un ruego no pretende lograr consentimiento. Al rogar, una persona no pretende sumar otra voluntad a la suya para formar un acuerdo, ya que sólo se trata de obtener una cooperación.

13.- La decisión de última voluntad es autónoma en el más estricto sentido de la palabra, y una vez que está formulada figura como el antecedente necesario e inmediato del ruego; es la referencia obligada de éste, porque resulta indispensable informar al rogado sobre el contenido del ruego, pero sin que dicho rogado pueda hacer nada por cambiarlo, adecuarlo o ajustarlo.

14.- Al conferir a los fideicomisarios la posibilidad de atacar la conducta deshonesto de los fiduciarios, puesto que se perseguía como fin constreñir a éstos al cumplimiento fiel del encargo que habían recibido, se refuerza la tesis de que la voluntad del fideicomitente queda incólume y no era aceptable que, por vía de hecho, se la modificase.

15.- Lo expresado lleva a concluir que el *fideicommissum* tenía, por el acto que le da origen, el carácter de una declaración unilateral de voluntad.

DEL CAPÍTULO IV

1.- El trust es una institución claramente representativa de la "equity", si no es que su mejor representante.

2.- La *equity* es uno de los dos sistemas característicos de la organización jurídica de los pueblos anglosajones. El otro, es el llamado *common law*, aunque esta misma expresión es usada para identificar al régimen en conjunto, incluyendo a la *equity*.

3.- El *common law*, individualmente determinado, es el sistema de estricto derecho; la *equity* es el sistema flexible que complementa al primero. Éste es producto de una evolución centenaria que tiene su origen en la necesidad de adaptar las reglas de estricto derecho, a las cambiantes circunstancias por razones de tiempo.

4.- El trust, según el Instituto de Derecho Norteamericano, "*...es una relación fiduciaria con respecto a bienes que surge de una manifestación de la voluntad para crear esa relación que sujeta a la persona que tiene el título sobre ellos a obligaciones que cumplir para manejarlos en beneficio de otra u otras personas*".

5.- Ésta y otras definiciones propuestas por algunos distinguidos autores, tienen un factor común: hacen girar el concepto de trust alrededor de la obligación del fiduciario de actuar sobre los bienes de su propiedad, en beneficio de otra persona.

6.- El trust es una operación de confianza; y por tanto es adecuado calificarlo con el adjetivo "fiduciario".

7.- En el trust es posible encontrar una relación de tres partes (*settlor*, *trustee*, *beneficiary*), pero es frecuente que quede reducida a dos, si el *settlor* es al mismo tiempo *beneficiary*, e incluso a una sola, si las figuras *settlor* y *trustee* recaen en la misma persona.

8.- El trust tiene, en muchos casos, una existencia "virtual" por presumida o inferida, ya que es resultado de una presunción legal adoptada por los tribunales o establecida en algún ordenamiento legal.

9.- La consecuencia es que el trust no es un contrato, aunque sí genera obligaciones de tipo personal para el *trustee* y en favor del *beneficiary*.

10.- La obligación del trustee consiste, básicamente, en actuar según lo haya determinado el settlor, sea por disposición expresa, sea de manera inferida.

11.- En consecuencia, el efecto práctico es el respeto a una decisión que no es producto de un acuerdo de voluntades, sino de una determinación individual o unilateral.

DEL CAPÍTULO V

1.- Una definición de derecho comparado, nos dice que es la comparación de los diferentes sistemas legales del mundo para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias y semejanzas.

2.- La comparación jurídica es un proceso que parte de la confrontación de dos objetos, para obtener de ello un conocimiento específico que, tal vez, pueda ser aprovechado en sí mismo como conocimiento jurídico.

3.- La comparación entre el fideicomiso mexicano, el fideicommissum romano y el trust anglosajón, cae en el caso de una microcomparación, porque se abordan elementos particulares de los tres sistemas jurídicos en los cuales dichas instituciones tuvieron o tienen regulación.

4.- El enfoque de la comparación es funcional porque al identificar la naturaleza de las instituciones mencionadas, será posible apreciar los alcances de su aplicación.

5.- Cuando en el derecho comparado se busca el enfoque funcional, se está haciendo una labor muy cercana a la identificación de la "naturaleza jurídica" de aquello que es materia de la comparación.

6.- Fideicommissum y trust son instituciones reveladoras de que la regulación jurídica tiene como fuente al comportamiento humano en un amplio contexto de generalidad, y los datos aportados por la historia dan indicios de que, funcionalmente, fideicommissum y trust fueron, de origen, instrumentos al servicio de los mismos propósitos, dada la gran semejanza de situaciones en las cuales ambas figuras nacieron y se desarrollaron, no obstante las diferencias de tiempo y lugar.

7.- En el sistema jurídico mexicano, la ley acepta y reconoce la capacidad creadora en el fideicomitente que toma dos decisiones importantes: la configuración de la finalidad a la que habrán de destinarse los bienes materia del fideicomiso, y la afectación de algunos de los que son parte de su patrimonio a la realización de dicha finalidad.

8.- En el Derecho Romano y en la regulación del trust, se presenta la situación de que el orden jurídico reconoce y da firmeza a la decisión de su respectivo creador (fideicomitente y settlor), aunque de una forma diferente a la que ocurre en el sistema mexicano.

9.- En el fideicommissum y en el trust, la decisión del autor de la encomienda queda tutelada de una forma indirecta, en tanto que el régimen va encaminado a imponer a los fiduciarios la obligación de actuar conforme lo haya indicado el primero, y se establecen los medios para constreñirlo a proceder de esa manera.

10.- El aspecto obligacional es particularmente claro tratándose del trust, sin embargo, la notoria inclinación de los romanos hacia los aspectos procesales y el establecimiento de las acciones correspondientes para lograr el cumplimiento de obligaciones, provoca gran semejanza de situaciones entre el fideicommissum y el trust.

11.- Al exigir a los fiduciarios el cumplimiento de las encomiendas que habían recibido, en el fideicommissum y en el trust se provee al respeto de la decisión tomada por el fideicomitente. Puesto que se la reconoce y protege, queda elevada a la categoría de declaración unilateral de voluntad.

12.- El fideicomiso mexicano, el fideicommissum romano y el trust angloamericano tienen la misma naturaleza jurídica: declaración unilateral de voluntad reconocida por el orden jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

1. **-Acosta Romero, Miguel**, (coord.), *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*, México, Banco Mexicano Somex, 1982
2. **-Alastair Hudson**, *Equity and Trusts*, 6a ed, London, Routledge-Cavendish, 2010
3. **-Alchourrón Carlos y Bulygin Eugenio**, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 4ª reimpresión de la 1ª ed, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002.
4. **-Alighieri Dante**, *La divina comedia*, 2a ed, Bruguera, Barcelona, 1970, Paraíso, Canto VI
5. **-Alvear Acevedo Carlos**, *Curso de historia general*, 8a ed, México, editorial Jus, 1968
6. **-Alvear Acevedo Carlos**, *Manual de Historia de la Cultura*, 16a ed, México, Jus, 1984
7. **-Arangio-Ruiz, Vicente**, *Historia del derecho romano*, 4a ed, Reus, Madrid, 1980
8. **-Arangio-Ruiz Vincenzo**, *Instituciones de derecho romano*, reimpresión de la 10 ed italiana, trad. de José M. Caramés Ferro, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986
9. **-Arellano Hobelsberger Walter**, *Metodología Jurídica*, 2ª ed, México, Porrúa, 2009
10. **-Atienza Manuel**, *El sentido del derecho*, 4ª impresión de la 1ª ed, Barcelona, Ariel, 2009
11. -----, *Introducción al derecho*, 5ª reimpresión de la 1ª ed corregida, México, Fontamara, 2008
12. -----, *El derecho como argumentación*, 1ª ed, Barcelona, Ariel, 2006
13. **-Barrow, R.H.**, *Los romanos*, 25a reimpresión de la 2a ed. México, FCE, 2006
14. **-Batiza, Rodolfo**, *El Fideicomiso, teoría y práctica*, 3a ed, México, Porrúa, 1976
15. -----, *El fideicomiso, teoría y práctica*, 9a ed., México, Porrúa y Universidad Panamericana, 2009
16. **-Bauche Garciadiego, Mario**, *Operaciones bancarias*, 3ª ed. México, Porrúa, 1978
17. **-Bejarano Sánchez Manuel**, *Obligaciones civiles*, decimoséptima reimpresión de la 5ª ed, México, Oxford, 2008
18. **-Bernal Beatriz y Ledesma José de Jesús**, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas*, 13a ed, México, Porrúa, 2006
19. **-Betten Francis S. and Kaufmann Alfred**, *The Modern World*, Boston, Mass., Allyn and Bacon, 1919
20. **-Bobbio, Norberto**, *Derecho y lógica*, 2ª ed. México, UNAM, 2006
21. -----, *¿Ciencia del derecho y análisis del lenguaje?* en Ruiz Miguel Alfonso (editor) *Contribución a la teoría del derecho*, 3a ed, Puebla, 2006
22. -----, *¿Filosofía del derecho y teoría general del derecho?* en Ruiz Miguel Alfonso (editor) *Contribución a la teoría del derecho*, 3a ed, Puebla, 2006
23. -----, *¿La naturaleza de las cosas?* en Ruiz Miguel Alfonso (editor) *Contribución a la teoría del derecho*, 3a ed, Puebla, 2006
24. -----, *El problema del positivismo jurídico*, 8ª reimpresión de la 1ª ed, México, Fontamara, 2004
25. **-Bodenheimer Edgar**, *Teoría del derecho*, 5ª reimpresión de la 2ª ed en español, trad de Vicente Herrero, México, FCE, 2007.
26. **-Bonardi, Galanti, Zippel e Raulich**, *Manuale di storia greca e romana*, 18a ed, Turín, G.B. Paravia, s.a.

27. -**Bonfante Pietro**, Instituciones de derecho romano, s.f .México, Tribunal Superior de Justicia, 2007
28. -**Borja Soriano, Manuel**, *Teoría general de las obligaciones*, 9a ed, México, Porrúa, 1984
29. -**Bouzas Ortiz José Alfonso (coord.) y Hernández Cervantes Aleida**, %localización gramatical de la Epistemología y clasificación de las teorías epistemológicas+, en *Epistemología y Derecho*, 1ª ed., México, UNAM, 2007
30. -**Bouzas Ortiz José Alfonso y López Durán Rosalío**, %El ius naturalismo antiguo+, en Bouzas Ortiz José Alfonso, (coord.), *Epistemología y derecho*, México, UNAM, Facultad de Derecho e Instituto de Investigaciones Económicas, 2007
31. -**Burgoa Ignacio**, *Diccionario de Derecho Constitucional, garantías y amparo*, 2ª ed. México, Porrúa, 1989
32. -**Cárdenas Gracia, Jaime**, *Introducción al estudio del derecho*, 1ª ed, México, Nostra y UNAM-IIJ, 2009
33. -**Carlton J. H. Hayes, Parker Thomas Moon, John W. Mayland**, *World History*, New York, 1946
34. -**Cervantes Ahumada, Raúl**, *Títulos y operaciones de crédito*, 13ª ed., México, Editorial Herrero, 1984
35. -**Constantinescu Leontin Jean**, *Tratado de derecho comparado*, sf, Tomo I, trad de Eduardo Freitas Da Costa, Madrid, Editorial Tecnos, 1981
36. -**Correas Oscar**, *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*, 2ª ed, México, UNAM y Ediciones Coyoacán, 2005
37. -----, *Metodología Jurídica II. Los saberes y las prácticas de los abogados*, 1ª ed, México, Fontamara, 2006
38. -**Chalmers Alan F.**, *Qué es esa cosa llamada ciencia?* 3ª ed., Madrid, Siglo XXI España, 2000
39. -**David René y Jauffret-Spinozi Camille**, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, 1a reimpresión de la 11a ed, trad de Jorge Sánchez Cordero, México, UNAM, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010
40. -**De Castro y Bravo, Federico**, *El negocio Jurídico*, reimpresión de la 2ª ed, Madrid, España, Editorial Civitas, 1991
41. -**De la Fuente Rodríguez, Jesús**, *Tratado de derecho bancario y bursátil*, 6a ed, México, Porrúa, 2010, Tomo I
42. -**De la Mata Pizaña Felipe y Garzón Jiménez Roberto**, *Bienes y derechos reales*, 1ª ed. Porrúa, México, 2005
43. -**De Lorenzo Rodolfo Jorge y De Lorenzo Jorge Eduardo**, *Roma derecho e historia*, s.f., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000
44. -**Domínguez Martínez, Jorge Alfredo**, *El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*, 11ª ed. México, Porrúa, 2006
45. -----, *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano*, 3ª ed, México, Porrúa, 2000
46. -----, *El fideicomiso de antes y de ahora*, México, Porrúa y Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2008

47. -----, *Derecho civil teoría del contrato. Contratos en particular*, 2ª ed. México, Porrúa, 2002
48. **-Dorantes Tamayo Luis Alfonso**, *Filosofía del Derecho*, 1ª ed (en Porrúa), México, Porrúa, 2009
49. **-D'Ors Álvaro**, *Derecho privado romano*, 8a ed revisada, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991
50. **Dworkin Ronald**, *Los derechos en serio*, 5ª reimpression de la 1ª ed, trad de Marta Guastavino, Barcelona, España, Ariel, 2002
51. **-Figueroa Luis Mauricio**, *Contratos Civiles*, 1ª ed. México, Porrúa, 2007
52. **-Flores, Imer B.**, *Eduardo García Máynez (1908-1993). Vida y obra*, , México, UNAM, 2007
53. **-Fuenteseca Pablo**, *Estudios de derecho romano*, s.f. Madrid, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, 2009
54. **-Galindo Sifuentes Ernesto**, *Argumentación jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y del juez*, 4ª ed, México, Porrúa, 2012
55. **-García Garrido Manuel Jesús**, *Derecho privado romano. Casos acciones instituciones*, 13a ed, Madrid, Ediciones Académicas, 2004
56. **-García Máynez, Eduardo**, *Introducción al estudio del derecho*, 24ª ed, México, Porrúa, 1975
57. -----, *Introducción a la lógica jurídica*, 1ª ed, México, Fontamara, 2007
58. -----, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, 1ª ed, 5ª reimpression, México, Fontamara, 2007
59. **-García Morente Manuel**, *Lecciones preliminares de filosofía*, 1ª ed., México, Editorial Época, 1967
60. **-González Lagier Daniel**, *G. H. von Wright y los conceptos básicos del derecho*, 1ª ed, México, Fontamara, 2001
61. **-González Martín Nuria**, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 1a ed, México, UNAM y Nostra Ediciones, 2010
62. **-Gordillo Montesinos Roberto Héctor**, *Derecho privado romano*, 2a ed. México, Porrúa, 2008
63. **-Grimberg Carl y Svanström Ragnar**, *Historia universal*, 1a ed, trad. de T. Riaño, México, Daimon, 1983
64. **-Gutiérrez y González, Ernesto**, *Derecho de las obligaciones*, 16ª ed aumentada y puesta al día por la Dra. Raquel Sandra Contreras López, México, Porrúa, 2007
65. **-Gutiérrez Sáenz Raúl**, *Introducción a la filosofía*, 15ª ed., México, Esfinge, 2010
66. **-Hart H. L. A.**, *Post Scríptum al Concepto del derecho*, Bulloch Penélope A. y Raz Joseph (editores), 1ª ed en español, México, UNAM-IIJ, 2000
67. **-Hartmann Johannes**, *Esquema de la historia. Desde la prehistoria hasta el siglo XX*, s.f. trad. de Lía e. de Reich, Buenos Aires, Argentina, Fabril Editora, 1964
68. **-Hernández, Octavio A.**, *Derecho bancario mexicano*, México, Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, Tomo II, 1956
69. **-Hervada Javier**, *Qué es el derecho*, 2ª ed, Bogotá-Colombia, Editorial Temis, 2009
70. **-Higareda Loyden Yolanda**, *Filosofía del Derecho. La teoría pura del derecho y el derecho positivo*, 1ª ed, México, Porrúa, 2003

71. -**Hohfeld W.N.**, *Conceptos jurídicos fundamentales*, 5ª reimpresión de la 1ª ed, trad de Genaro R. Carrió, México, Fontamara, 2004
72. -**Hughes John y Sharrock Wes**, *La filosofía de la investigación social*, 2ª ed en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1999
73. -**Hull, L.W.H.**, *Historia y filosofía de la ciencia*, 1ª ed., traducción de Manuel Sacristán, Barcelona, Crítica, 2011
74. -**Iglesias Juan**, *Derecho romano, historia e instituciones*, 1a reimpresión de la 10a ed, Barcelona, Ariel, 1992
75. -**Justiniano**, *El Digesto del emperador Justiniano*, Nueva Edición, Trad. de Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, Madrid 1872, p. 32, Tribunal Superior de Justicia del D.F., Tomo I, México, 2007
76. -**Jiménez Moles María Isabel**, *La nueva ciencia y filosofía del derecho*, 2ª ed, México, Fontamara, 2011.
77. -**Kelsen Hans**, *Teoría pura del derecho*, 14ª ed, trad de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2005
78. -----, *Teoría pura del derecho*, trad. de Luis Legaz, México, Colofón, p.9
79. -**Krüger Pablo**, *Historia, fuentes y literatura del derecho romano*, s.f.México, Editora Nacional, 1980
80. -**Kuhn Thomas**, *Las revoluciones como cambios de la concepción del mundo*+en Olivé León, y Pérez Ransanz Ana Rosa (compiladores), *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, 2ª reimpresión de la 1ª ed, México, UNAM y Siglo XXI Editores, 2010
81. -**Kunkel Wolfgang**, *Historia del derecho romano*, 7a impresión de la 1a ed, Barcelona, Ariel, 2008
82. -**Larenz Karl**, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 2001
83. -**Larroyo, Francisco**, *Estudio introductivo y análisis de las obras Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Crítica de la razón pura, La paz perpetua, de Manuel Kant*, México, Porrúa, 2010, Colección Sepan Cuantos, No. 212
84. -**Larroyo Francisco y Cevallos Miguel Ángel**, *La lógica de las ciencias*, 14ª ed, México, Porrúa 1964
85. -**Lemus García Raúl**, *Derecho romano (personas-bienes-sucesiones)*,México, Editorial Limsa, 1964
86. -----, *Sinopsis histórica del derecho romano*, s.f. México, Limusa, 1962
87. -**Lepaulle, Pierre**, *Tratado teórico práctico de los trusts*, 1ª ed. México, Porrúa, 1975
88. -**López Durán Rosalío**, *Metodología jurídica*, 4ª reimpresión de la 1ª ed, México, lure, 2008, pp. 202 y 203
89. -**Lozano Fuentes José Manuel**, *Historia de la cultura*, 5a impresión, Editorial Continental, México, 1985
90. -**Macaulay Trevelian George**, *Historia política de Inglaterra*, 2a ed en español, México, FCE, 1984
91. - **Magallón Ibarra Jorge Mario**, *La senda de la jurisprudencia romana*, 1a ed, México, IIJ-UNAM, 2000
92. -**Malet Albert**, *L'antiquité, Orient, Grece, Rrome*, 9a ed revisada, Paris, Librairie Hachette, 1917

93. **-Mardones J.M. y Ursúa N.**, *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*, 2ª reimpresión de la 1ª ed corregida, México, Ediciones Coyoacán, 2003
94. **-Margadant S. Guillermo F.**, *El Derecho privado romano*, 26 ed., México, Esfinge, 2008
95. -----, **Guillermo F.**, *Panorama de la historia universal del derecho*, 5a reimpresión de la 7a ed, México, Miguel Ángel Porrúa, 2011
96. **-Márquez Muro Daniel**, *Lógica*, 5ª ed, México, Porrúa, 1963
97. **-Márquez Piñero Rafael**, *Filosofía del derecho*, 2ª reimpresión de la 1ª ed, México, Trillas, 1998.
98. **-Márquez Romero Raúl**, (coord.) *Conclusiones del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, 1a ed, México, UNAM, 2004
99. **-Martínez-Torrón Javier**, *Derecho angloamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la "common law"*, 1a ed, Madrid, Editorial Civitas, 1991
100. **-Monserri Ortiz Soltero Sergio**, *El fideicomiso mexicano*, 3a ed, México, Porrúa
101. **-Montanelli, Indro**, *Historia de Roma*, s.f., Barcelona, Plaza & Janés, 1963
102. **-Morineau Iduarte Marta e Iglesias González Román**, *Derecho romano*, 4a ed, México, Oxford, 1998
103. **-Morineau Marta**, *Una introducción al common law*, 2a reimpresión de la 1ª edición, México, UNAM-IIJ, 2004
104. **-Mundó, P. José**, *Curso de historia universal*, 4a ed., Madrid, España, Espasa Calpe, 1947
105. **-Muñoz Rocha, Carlos I.**, *Teoría del derecho*, 1ª ed, México, Oxford, 2007
106. **-Neme Villarreal Martha Lucía**, *La buena fe en el derecho romano*, 1a ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010
107. **-Nino, Carlos S.**, *Algunos modelos metodológicos de ciencia+jurídica*, cuarta reimpresión de la 1a ed., México, Fontamara, 2007
108. -----, *Introducción al análisis del derecho*, 8ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1997
109. **-Ortega y Gasset José**, *¿Qué es Filosofía?*, 1ª ed, México, Porrúa, 2004, colección *¿Sepan cuántos?*
110. **-Ortiz Urquidi Raúl**, *Derecho civil. Parte general*, 3ª ed. México, Porrúa, 1986
111. **-Ortolan M.**, *Explication historique des instituts de l'empereur Justinien*, 8a ed, Paris, Henri Plon Imprimeur-editeur, 1870
112. **-Ortolan J.**, *Instituts de l'empereur Justinien*, 12ª ed. Paris, E. Plon, Nourrit et Cie, 1883
113. -----, *Histoire de la législation romaine*, 11a ed, E. Plon et Cie., París 1880
114. **-Ourliac Paul**, *Historia del derecho*, s.f., trad. de Arturo Fernández, Puebla, Mex., Editorial José M. Cajica Jr., 1952
115. **-Padilla Sahagún Gumesindo**, *Derecho romano*, 4a ed, México, Mc Graw Hill, 2008
116. **-Panero Gutiérrez Ricardo**, *Derecho romano*, 3a ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004

117. **-Paredes Sánchez Luis Eduardo**, *Presupuestos del negocio jurídico*, 1ª ed, México, Porrúa, 2010
118. **-Pegoraro Lucio y Rinella Angelo**, *Introducción al derecho público comparado*, 1a ed, Trad de César Astudillo, México, UNAM, 2006
119. **-Petit, Eugène**, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de José Fernández González, México, Editora Nacional, 1952
120. **-Plucknett Theodore F.T.**, *A concise history of the common law*, 5a ed, New Jersey, The lawbook Exchange, LTD., 2001
121. **-Popper Karl, et al.**, *La lógica de las ciencias sociales*, 1ª ed. Trad de Jacobo Muñoz, México, Colofón, S.A. de C.V., 2008
122. **-Rabasa Oscar**, *El derecho angloamericano*, 1a ed, México, FCE, 1944
123. **-Recaséns Siches Luis**, *Sociología*, 23ª ed, México, Porrúa, 1993, p. 582
124. -----, *Tratado general de filosofía del derecho*, 3a ed, México, Porrúa, 1965
125. -----, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico (La filosofía del derecho en el siglo XX)*, reimpresión, México, Editora Nacional, 1974.
126. -----, *Filosofía del derecho en México: siglo XX, LXXV Años de evolución jurídica en el mundo*, México, UNAM, 1979, t.IV.
127. -----, *Introducción al estudio del derecho*, 7ª ed, México, Porrúa, 1985
128. -----, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 3ª ed, México, Porrúa, 1980
129. **-Ribas Alba José María y Serrano-Vicente Martín**, *El derecho en Roma*, sf, Granada, Editorial Comares, 2010
130. **-Ribeiro Toral Gerardo**, *Verdad y argumentación jurídica*, 3ª ed, México, Porrúa y Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, 2009
131. **-Rico Álvarez Fausto y Garza Bandala Patricio**, *De los contratos civiles*, 1a ed, México, Porrúa, 2008
132. **-Rico Álvarez Fausto y Garza Bandala Patricio**, *Teoría general de las Obligaciones*, 3ª ed, México, Porrúa, 2007
133. **-Rodríguez García Fausto E.**, *Introducción a la teoría pura del derecho*, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/.../bib36.pdf
134. **-Rodríguez Rodríguez, Joaquín**, *Curso de derecho mercantil*, 15a ed revisada por JoséV. Rodríguez del Castillo, México, Porrúa, 1980, Tomo II
135. **-Rojina Villegas, Rafael**, *Compendio de derecho civil*, 3ª ed, México, Porrúa, 1970, T II, bienes, derechos reales y sucesiones
136. **-Rojina Villegas Rafael**, *Teoría general de las obligaciones o derechos de crédito, Tomo II*, México, El Nacional, 1943
137. **-Samper Polo Francisco**, *Derecho romano*, 1a ed, Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003
138. **-Sánchez Vázquez, Rafael**, *Metodología de la ciencia del derecho*, 1ª ed, México, Porrúa, 1995
139. **-Sánchez Medal Ramón**, *De los contratos civiles*, 2ª ed, México, Porrúa, 1973
140. **-Schulz Fritz**, *Principios del derecho romano*, 2a ed, Civitas, Madrid, 2000
141. **-Sepúlveda Sandoval Carlos**, *Contratos civiles*, 1ª ed. México, Porrúa, 2006
142. **-Sirvent Gutiérrez Consuelo**, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 10a ed, México, Porrúa, 2007
143. **-Sohm Rodolfo**, *Instituciones de derecho privado romano*, 1a ed, trad. de Wenceslao Roces, México, Ediciones Coyoacán, 2006

144. -**Somma Alessandro**, *Introducción crítica al derecho comparado*, sf, trad de Carlos Agurto González, Perú, Ara Editores, 2006
145. -**Strayer Joseph R.**, *Sobre los orígenes medievales del estado moderno*, 1a ed en español, Barcelona, Ariel, 1981
146. -**Soriano Ramón**, *Sociología del derecho*, 1ª. Ed., Barcelona, Ariel, 1997
147. -**Tamayo y Salmorán Rolando**, *H. L. A. Hart, y la teoría jurídica analítica (Estudio preliminar)*, en Bulloch Penélope A. y Raz Joseph (editores) *Post scriptum al concepto del derecho de H. L. A. Hart*, 1ª ed en español, México, UNAM-IIJ, 2000
148. -**Tamayo y Salmorán Rolando**, *Introducción analítica al estudio del derecho*, 1ª ed, México, Themis, 2008
149. -----, "*Jurisprudencia y formulación judicial del derecho*" *Isonomía*, México, No. 2, octubre de 2004
150. -**Terán Juan Manuel**, *Filosofía del Derecho*, 20ª ed, México, Porrúa, 2009
151. -**Vallarta Marrón José Luis**, *Argumentación jurídica, enseñanzas básicas desde la antigüedad greco-romana hasta nuestros días*, 1ª ed, México, Porrúa, 2011
152. -**Vargas Díaz Barriga Luis David**, *Aspectos prácticos del contrato de fideicomiso*, 1a ed, México, Porrúa, 2012
153. -**Vázquez, Rodolfo**, *Teoría del derecho*, 1ª ed. México, Oxford, 2008
154. -**Vázquez Rodolfo y Lujambio José María** (comp.), *Filosofía del derecho contemporánea en México*, 1ª reimpresión de la 1ª ed, México, IIJ-UNAM e ITAM, 2004
155. -**Van Loon Hendrick W.**, *Historia de la Humanidad*, tr de Juan Gutiérrez Gili, 8a ed. México, Diana, 1963
156. -**Vera Tornell Ricardo**, *Historia de la civilización, basada en la obra inglesa Outlines of the world's history de Edgar Sanderson*, Barcelona, España, 1966
157. -**Villagorda Lozano, José Manuel**, *Doctrina general del fideicomiso*, 2ª ed. México, Porrúa, 1982
158. -**Villoro Toranzo, Miguel**, *Introducción al estudio del derecho*, 6ª ed, México, Porrúa, 1984
159. -**Villoro Toranzo Miguel**, *Teoría General del Derecho*, 2ª ed, México, Porrúa, 1996
160. -**Wahl Jean**, *Introducción a la filosofía*, 10ª reimpresión de la 1ª ed en español, México, FCE, 1999
161. -**Wallerstein Immanuel** (coordinador), *Abrir las ciencias sociales. Informe de la comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales*, 9ª ed, México, UNAM y Siglo XXI Editores, 2006
162. -**Willis Mason West**, *The modern world, from Charlemagne to the present time*, revised edition, Boston, Mass, 1924
163. -**Witker Velázquez Jorge y Larios Velasco Rogelio**, *Metodología jurídica*, 2ª ed, México, Mc Graw Hill, 2002
164. -**Zweigert Konrad y Kötz Hein**, *Introducción al derecho comparado*, 1a ed en Español, de la 3a ed en inglés, trad de Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford, 2002

DICCIONARIOS

1. -**Abbagnano Nicola**, *Diccionario de filosofía*, tercera reimpresión de la 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica
2. -**Cisneros Farías Germán**, *Diccionario jurídico: más de 750 frases y aforismos latinos*, 1ª ed, México, Trillas, 2006
3. -**Corripio Fernando**, *Diccionario Etimológico General de la Lengua Castellana*, 3ª ed, Barcelona, Bruguera, 1984
4. -**Diccionario De La Lengua Española de la Real Academia Española**, <http://buscon.rae.es/drae/>
5. -**De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael**, *Diccionario de Derecho*, 33ª ed. México, Porrúa, 2004
6. -**Encyclopedia Britannica**, <http://www.britannica.com/>
7. -**Gómez da Silva Guido**, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, 1ª ed, México, FCE, 1988
8. -**Huber Olea Francisco José**, *Diccionario de derecho romano*, 2a ed, México, Porrúa, 2007