

CONFERENCIAS SOBRE FIDEICOMISO, "TRUST" Y "EQUITY" *

*Por el Dr. Roberto MOLINA PAS-
QUEL, Profesor de la Facultad de De-
recho de México.*

I. Fideicomiso, Trust y Equity

El cursillo que ahora iniciamos, más de charlas que de conferencias a pesar de las elogiosas e inmerecidas palabras del doctor Cervantes Ahumada, que con la representación del Director de la Facultad ha tenido la bondad de hacer mi presentación a ustedes, versará principalmente sobre las reflexiones que ocurre hacer a propósito del fideicomiso como institución que hemos recibido de los Estados Unidos de América, el *trust*, y por esa precisa razón, habrá de versar sobre el *trust* y los problemas que su recepción ha originado.

El *trust*, como sabemos, fué motivo de "recepción" en el sistema jurídico nacional, según declaración expresa del legislador, en dos diversas ocasiones, con diferente interpretación en cada una de ellas, en 1926 la primera y en 1932 la segunda. En la Exposición de Motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se declaró que el caudal de los medios y formas de trabajo de nuestra vida económica, se acrecienta con la recepción del *trust* como una operación más, realizable por las instituciones de crédito, confiriéndole así una relevancia particular que nos ha inducido a inquirir en todos sus aspectos jurídicos.

En estas charlas se intentará facilitar una mejor comprensión del *trust*, ya que lo que hemos recibido con el nombre de "fideicomiso", no

* Sustentadas en la Facultad de Derecho de México, con ocasión de los *Cursos de Invierno*, los días 11, 16, 23 y 30 de marzo de 1955.

es sino el *trust* angloamericano. Y conociéndolo mejor, estaremos mejor capacitados para hacer en algún futuro, muy próximo quizá, una mejor recepción de la institución, que será la tercera, según dejamos asentado al recordar las leyes de 1926 y 1932.

Cuando se expidió la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1916, se concibió la institución recibida como “un mandato irrevocable” yuxtapuesto a “una transmisión de bienes”; y en una forma supletoria, en una concepción confusa, se estableció que cuando no hubiera esa transmisión de la propiedad o titularidad de los bienes del comitente hacia el fiduciario, “se entenderían por lo menos gravados en favor del fideicomisario”.¹ Este concepto disímulo y contradictorio, no llegó a tener en la economía nacional, en el medio jurídico, una vida cabal; durante su vigencia fué fundado un solo banco de fideicomiso. Sin embargo, conforme a esa estructuración se hicieron las primeras emisiones de valores federales, como los Bonos de Caminos de la Federación y de algunos Estados, estructura que fué posteriormente reformada, aunque varios años después de aparecida la ley subsecuente.

En 1932 se hizo una nueva recepción del *trust*; la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito a que me he referido al principio de esta plática, declara expresamente en su Exposición de Motivos (que no conocemos respecto a la Ley de 1926), cuáles son las razones, ya mencionadas a ustedes, de esta recepción. Pero la recepción de 1932 no fué una recepción directa, como tampoco fué la de 1926. En este año no bebió el legislador mexicano en la fuente norteamericana, sino en su intérprete panameño, don Ricardo Alfaro; y en 1932, tampoco se inspiró ni en la doctrina o en el escaso Derecho legislado en los textos anglosajones que entonces era posible consultar, sino se inspiró en la obra de Pierre Lepaulle, en la interpretación que un jurista francés (es cierto que postgraduadamente educado en los Estados Unidos) daba a sus compatriotas de lo que él entendía por el *trust*; una versión interpretativa que desfiguraba la naturaleza, la esencia de lo que es el *trust* en los Estados Unidos. Por eso, en lugar de hablarse como hemos venido a leer ahora en la Reformulación del Derecho Norteamericano, el *Restatement*, de “una transmisión de propiedad cuyo goce o disfrute debía ser para un tercero”, vinimos a concebir y a declarar al *trust* como una “afectación de bienes”. Esta idea, pues, de la afectación, frente a la del mandato irrevocable anterior, constituyó una nueva y segunda recepción.

1 Artículos 1º y 12 de la Ley de 1926.

Ahora se apunta una tercera recepción del *trust* en el Proyecto del nuevo Código de Comercio, formulado por distinguidos abogados de esta Facultad, recepción inspirada ya directamente en las fuentes angloamericanas, en la obra monumental del Instituto Americano del Derecho, *The American Institute of Law*, que pretende y logra trasladar al sistema jurídico mexicano, una institución cuya estructuración y funcionamiento son semejantes, hasta donde ahora se puede lograr, a los patrones jurídicos de los Estados Unidos. Para entender el *trust* (y uno de los objetos de este cursillo, decía yo, es tratar de entender el *trust*, su gestación y su juego dentro de la jurisdicción de la *equity*), necesitamos estudiar *trust* y *equity*. Claro que en el breve tiempo de que dispondremos solamente podremos hacerlo dentro de lineamientos muy generales, desde puntos de vista que aunque distantes, nos permitan apreciar en conjunto, como un todo, las instituciones que hemos de estudiar. Trataremos de establecer paralelismos de analogía, líneas de semejanza; no afirmaremos identidades, ni siquiera igualdades, entre sistemas e instituciones, sino que buscando una mayor facilidad para el estudioso, a fin de entender una institución o una serie de instituciones de un sistema jurídico ajeno, habremos de hacer comparaciones de analogía.

Y es que dicho en palabras llanas, el fideicomiso en México, el *trust*, como acontece en Inglaterra, y la fiducia, como se vino practicando en Roma y se practica en los Derechos Romances, llena una necesidad humana, íntimamente humana, que es la de poner ciertas propiedades a nombre de otra persona. Esta humana necesidad ha tenido positivaciones, instituciones jurídicas, unas veces criticadas, otras elogiadas, pero siempre reconocidas por los tribunales. ¿Qué cosa eran la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore* del Derecho Romano, sino el poner a nombre de otra persona bienes de una primera, para beneficio de ésta o bien de una tercera? ¿Qué fué el fideicomiso sucesorio, sino precisamente la forma de eludir las prohibiciones formalistas del Derecho de Sucesiones, respecto a ilógicas incapacidades, poniendo a nombre de una persona de confianza ciertos bienes para beneficio de un tercero, quien no era otro que el natural heredero? ¿Qué cosa fueron el *use* y el *trust* en Inglaterra, sino precisamente la formalización de la costumbre de poner a nombre de persona de confianza, bienes propios para que sus beneficios fueran entregados a un familiar o al mismo comitente? Eso, la necesidad humana de hacer confianza en otro para evitarse perjuicios, justa o injustamente, es satisfecha por varios tipos de relaciones jurídicas, que muchas

veces no afloran, claro, y no las vemos en la superficie de nuestro sistema jurídico, pero que no por eso dejan de existir. En el terreno del Derecho Penal, en nuestros días, entre las causas originantes de delitos contra la propiedad, abundan los casos de fiducia, no declarados como tal.²

El que pone su propiedad a nombre de un amigo porque teme una persecución política o porque teme a sus acreedores; el profesionista que para evitar los riesgos del ejercicio de su profesión, es decir, las posibles responsabilidades en negocios difíciles, pone sus bienes a nombre de la esposa, no hacen sino crear una fiducia. De eso están llenos los tribunales, llenos de estas *fiducias cum amico* y, además, de *fiducias cum creditore*. ¡Cuántos casos hemos visto de letras de cambio, de pagarés, entregados por el cliente a su amigo en fiducia para un embargo protector, el "autoembargo"! ¡Cuántas veces hemos visto que se pone una propiedad a nombre de otra persona para garantizarle una deuda! ¿Por qué no ha de ser legítimo, que si una persona desea contratar un préstamo con otra, ella como acreedora exija de su deudora, no ya que ponga a nombre del acreedor la cosa que ha de servir de garantía, sino que la ponga a nombre de un banco, para que en caso de falta de pago, esta institución de crédito la venda y pague al acreedor? Este fideicomiso elemental, que responde a una humana necesidad, es lo que ha sido criticado y se critica como fraude a la ley, aun en el México de nuestros días; como un negocio simulado, como una simulación reprobable, desconociendo la naturaleza humana y la necesidad que tiene de eso que indebidamente llaman simulación. El cargo es tan viejo como la historia del *trust*. En Inglaterra, por el siglo XIV, ya se decía que "el *trust* es hijo del fraude y el miedo y tuvo por nodriza un tribunal de Cancillería".

En México, el fraude por medio del fideicomiso es caso bien difícil, por el hecho precisamente de que es necesariamente ser banco para ser fiduciario (a diferencia de los países anglosajones, en donde el *trust* es un contrato de Derecho privado, tan corriente y tan común como la compraventa, como el arrendamiento y mucho más que el mandato y la comisión). En México, digo, la capacidad para ser fiduciario se ha limitado

2 El caso más corriente en el fuero común es el llamado *autoembargo* entre los abogados litigantes. Consiste en el embargo que se traba sobre los bienes, generalmente el menaje de la casa, de un deudor que teme la acción de sus acreedores. Ese embargo se origina en un documento, generalmente letra de cambio, que el deudor acepta a favor de un amigo, el fiduciario, de tal manera que el deudor queda como depositario de sus propios bienes y se protege contra otras ejecuciones.

a los bancos, y el fideicomiso, ajeno al Derecho civil, es una rama del Derecho Bancario.³

Las instituciones de crédito tienen un *standard*, un nivel de ética comercial, el más elevado de la categoría mercantil. En consecuencia, es remoto que se presenten conflictos que sean llevados a los tribunales, en los cuales se plantee el tipo de controversia por deslealtad o malversación. Se han presentado sólo casos muy circunscritos, y no ha habido lugar, en consecuencia, a que se forme una jurisprudencia, a que se emitan fallos interpretativos o declarativos de los derechos que confusamente la ley actual estructura. De aquí la necesidad de que estemos capacitados para entender cómo funciona el *trust* en los Estados Unidos, a efecto de poder interpretar, de hacer una interpretación auténtica en cuanto se trata de determinar en qué han de consistir los derechos y las acciones del fiduciario y del beneficiario; pues en caso de duda, como fuente de interpretación, deberemos acudir a los textos y a la doctrina del país de donde la institución fué recibida.

Esta es precisamente la provisión del último párrafo del artículo 14 Constitucional, en cuanto garantiza que los juicios civiles se resolverán conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y a falta de éstas, por los principios generales del Derecho.⁴

La doctrina norteamericana, en cuanto sea la declaración sistemática de los usos y costumbres norteamericanas en materia de *trust* como operación formal de crédito, es decir, practicada por bancos, puede ser una fuente de interpretación de las que menciona el artículo 2º de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito al hablar de los usos bancarios y mercantiles, puesto que los usos y costumbres bancarios en materia de

3 Nos referimos al fideicomiso en la estricta connotación del artículo 346 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. No pensamos lo mismo de la fiducia, en sus varias especies.

4 Conforme al artículo 14 Constitucional: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales de Derecho." Conforme al artículo 2º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: "Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior (relativos a los títulos de crédito), se rigen: I. Por lo dispuesto en esta Ley, en las demás leyes especiales relativas, en su defecto; II. Por la Legislación Mercantil, en su defecto; III. Por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos; IV. Por el Derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal."

la operación de crédito "fideicomiso", son y generalmente serán, por diversas causas originadas en el comercio internacional, los mismos usos y costumbres que las instituciones de crédito norteamericanas han practicado en materia de *trust* en su vida diaria, que se han trasplantado a nosotros en los negocios importantes, donde los interesados nacionales o norteamericanos, han venido a establecer el uso o la rutina de cómo se han de manejar estos negocios.

El fideicomiso y el *trust* como instituciones semejantes, la primera como una figura en proceso de modelación y la segunda, el *trust*, como un modelo a copiar por su traslado a nuestro país, presentan problemas, o mejor dicho grupos de problemas, que constituyen el meollo de su entendimiento, de nuestra concepción del *trust*, de las razones de su estructuración, de las razones de su funcionamiento; la columna vertebral de la institución, por lo cual nos interesa estudiar y si es posible desenmarañar, para mejor comprender, la serie de problemas que derivan de estos cuatro grupos de circunstancias:

1º Problemas que derivan (siempre para efectos de la recepción del *trust*) de haberse originado esta institución en la jurisdicción de Cancillería, en el tribunal que creó el Canciller del rey inglés en el siglo xiv, que era un tribunal de conciencia y que se convirtió en una Corte de Equidad.⁵ Problemas derivados de que estos llamados tribunales, que no lo eran en su origen en la plena acepción de la palabra, hubieran procedido relegando la ley común a un segundo término, por formulista, por deficiente, y que atendieran principalmente a "la conciencia", a "las razones del Derecho natural" como se hubiera hecho en la Colonia en México, o en España, en esa época; a las razones de la equidad, como decían los canonistas, los Cancilleres, altos clérigos y confesores del rey, que en aquella época estaban al frente del Tribunal de Cancillería. Debemos notar que aun cuando llamada "Corte de Cancillería" o "Tribunal de Conciencia", no estaba formada por un juez, sino por uno de los más altos personajes del reino, nada menos que por el confesor del rey y guardián de su sello; el "cancelador", una de las figuras más importantes de lo que ahora llamaríamos "la administración pública": un alto funcionario. Me atrevo a pensar que con un poder y una capacidad, toda proporción guardada, que podría bien describirse ahora si se equiparara

5 Se conserva la palabra "Corte" como traducción de *Court*, que debiera ser "tribunal", por haberse así generalizado la denominación, en diversas traducciones.

el Canciller, en un régimen como el presidencial, al secretario particular del Presidente de la República. Por ello, el Tribunal de Cancillería no tenía las facultades simples, la potestad común del juez que llamamos civil, el juez de derecho privado, sino que participando de la potestad del juez penal (aunque tampoco fuera un juez criminal que conociera de delitos), tenía el poder de encarcelar a quien lo menospreciaba, a quien le desobedecía y en su desobediencia cometía desacato, *contempt*, con largos periodos de cárcel. De tal manera, que contrapuestos los Tribunales de Cancillería a los tribunales de la ley común, fué natural que los primeros vencieran. En efecto, tenían todo lo que se necesita para vencer; tenían la razón en cuanto al fondo del caso, porque fallaban en conciencia frente a la opinión pública; tenían, pues, la fuerza que significa el humano sentir general frente a un formulismo legal, es cierto, pero un formulismo vacío. En segundo lugar, tenían todo el apoyo político de la Corona. Este comentario nos servirá para hacer algunas reflexiones en pro de la tesis que se sustentará al final de esta conferencia, relacionada con la improcedencia de las teorías que explican el *trust*, en los sistemas de Derecho civil, como un desdoblamiento de la propiedad.

2º El segundo grupo de problemas cuyo examen interesa para la mejor comprensión del *trust*, es la naturaleza de los recursos, *remedies*, que dentro de la equidad, dentro del fuero de conciencia, se daban a los afectados por las disposiciones de la *common law* que reconocían al fiduciario como el propietario conforme a la ley. El *trust*; la *equity*, nacieron en el proceso; se originaron, no como normas substantivas derivadas del uso o la costumbre en el intercambio civil o comercial. No derivaron como, por ejemplo, el arrendamiento, del comodato originario, sino que se originaron en un ámbito estrictamente procesal; se originaron como ustedes saben, en la petición que por gracia, por el amor de Dios, hacían los justiciables desahuciados ante el Canciller del rey, porque habían sufrido denegación de justicia ante el fuero común, ante los jueces que aplicaban la ley de la tierra.

El hecho, pues, de que fueron los recursos o remedios del Canciller y su tramitación, los medios por los cuales se fué conformando y llegó a estructurarse la jurisdicción de la *equity*, tiene ciertas consecuencias que debemos hacer notar, pero que diferencian totalmente el caso de la *equity* de casos como los que pudieren acontecer en un sistema jurídico cual el mexicano, donde en Códigos o Derecho legislado, se han formulado cuerpos legales substantivos y cuerpos legales adjetivos, en donde hay.

una correspondencia tal que los tribunales por medio de las acciones en el proceso, encuentran el respeto a las normas de los Códigos sustantivos. En la *Equity*, en la equidad, el Canciller buscaba la protección, inicialmente administrativa, de derechos no protegidos por la ley común. Si bien es cierto que se han formulado normas sustantivas de la *Equity*, las Doce Máximas, éstas son el resultado de la práctica procesal secular de la Cancillería, y no fueron las que presidieron el criterio que informó las resoluciones, sino que repetidas conforme a la ley del precedente, imprecisamente en sus orígenes, vinieron a constituir, siglos después, la base sustantiva de la *equity*.

Tal duplicidad de jurisdicciones, en su origen opuestas, aunque no debemos decir propiamente que opuestas, sino yuxtapuestas y ahora complementarias, que en ciertos casos lucharon entre sí; esta duplicidad de jurisdicciones a la que no están habituados los países europeos continentales, ni España, ni Francia, ni Italia (hasta donde nosotros sabemos), es lo que ha creado mayor confusión en la comprensión de la estructuración y del *modus operandi* del *trust* y de los recursos, *remedies*⁶ que protegen los derechos de las partes interesadas. De aquí la necesidad y el interés de comprender hasta donde nos sea posible, cuál es la esencia del fuero de la *equity* frente al fuero de la *common law* y por qué y cómo habremos de interpretar los puntos de vista y las declaraciones de la *equity*, compaginándolas y complementándolas con las de la *common law*.

3º El tercer grupo de problemas es el que deriva de la transmisión del título legal de la cosa en *trust*, del *settlor* o comitente al *trustee* o fiduciario, problemas que nunca han existido en los países anglosajones. En México, éste ha sido uno de los primeros y más debatidos problemas, pero es indisputable que nunca ha sido materia de controversia en los países anglosajones, donde el *settlor* transmite el título legal de los bienes, es decir, transmite la propiedad conforme a la ley, en favor del *trustee* o fiduciario. Precisamente esto es la esencia del *trust*: transferir la propiedad, poner la cosa a nombre de otra persona, y solamente se puede poner a nombre de otra persona si se le enajena, si se le transmite la propiedad. En los Estados Unidos, en el Derecho angloamericano, el *trust* es una forma de enajenación, lo que no es extraño, pues lo mismo acontecía en la fiducia romana del pretor y en el fideicomiso de la época de

6 El recurso en *equity* se llama *remedy*, y su traducción literal por "remedio" es inexacta para determinar su naturaleza.

Justiniano. Es un problema que en los Estados Unidos no tiene importancia; nosotros lo hemos venido a discutir por la equivocación, por el error en la recepción de la institución, dos veces cometido, error originado en el no haberse inspirado en la fuente directa, sino en haber seguido a intérpretes extranjeros, no anglosajones. Primero el distinguido jurista panameño y después el no menos distinguido jurista francés que inspiraron nuestras leyes, es cierto que conforme a la más adelantada técnica de su época y en la más afortunada interpretación de su año; pero que no dieron una respuesta que ahora venga a satisfacer.

Habremos de ver, sin embargo, que aun dentro del concepto de Lepaulle, claro, con el deseo de interpretar a Lepaulle y de entender lo que quiso decir, la "afectación" de que habla y que recogió nuestra ley combinándola con el concepto de "destinación" manejado en las leyes de beneficencia, es una manera de significar "transmisión de bienes". Habremos de insistir en que "afectación", en el sentido que la usó indudablemente Lepaulle en su Tratado de 1932, quiere decir lo que dice Planiol, lo que nos enseñaron en esta Escuela en nuestro primer año de estudios, en el Tratado Elemental de Derecho Civil, capítulo de Bienes, en donde al tratar la personalidad jurídica, se establece que la persona ficticia, antecedente de la persona moral o persona jurídica que ahora se le llama, se vino a concebir y a crear en Francia, donde se consideraba que la persona humana era solamente capaz de poseer un patrimonio. Una parte de los bienes del asociado, una parte de su patrimonio se "afectaba" a los fines de la sociedad que se constituía, y esa afectación, según Monguin invocado por Saleilles, se entendía como "una escisión en su patrimonio tal como ahora se entiende 'aportar' a una sociedad". Así, el afectar bienes de un particular a una sociedad, se entendía una escisión tal en el patrimonio del socio, que era bastante para que sus acreedores personales no pudieran ir contra la sociedad, de la que formaban parte los bienes escindidos, afectados o aportados.

4º En cuarto lugar, el último grupo de problemas que nos proponemos revisar, es el que se relaciona con la naturaleza del derecho del *c. q. t.* o del beneficiario, que está íntimamente ligado con el anterior. ¿Quién es el propietario de los bienes en *trust*? ¿Quién es el verdadero propietario? Los anglosajones responden en su doctrina: el *trustee* o fiduciario tiene el título legal de la cosa en *trust*, pero al mismo tiempo dicen: la equidad contempla al beneficiario como al verdadero dueño, o dicho de otra manera, interpretado por nosotros: en conciencia, el dueño de los

bienes en *trust* es el beneficiario. Siguiente pregunta: ¿Qué jurisdicción o fuero prepondera, cuál vence, la *equity* o la *common law*? ¿Qué debemos entender por el "interés beneficiario", haciendo una traducción literal pero equívoca del *beneficiary's interest*? ¿Por qué esa contraposición de jurisdicciones que se nos dice son ahora complementarias, que antes fueron suplementarias, y que nosotros creemos ver que son contrarias?

Parte importante de este cuarto grupo de problemas, es la determinación de la naturaleza jurídica de los derechos del fideicomisario. ¿Son sus derechos, reales o personales? Habremos de estudiar qué entienden los anglosajones por *jura in rem* y cómo usan expresiones equivalentes, *jus ad rem*, *jus in rem* y *jus propter rem*. Estudiaremos, comentando al jurista inglés Vinogradoff, que en 1913 escribió esa pequeña gema del Derecho, *Common Sense in Law* que en forma de breviario ha traducido el Fondo de Cultura Económica; cómo los anglos, semejante a la escuela vienesa, no conciben fácilmente los vínculos de derecho entre cosa y persona, sino que caracterizan los *jura in rem* por ser oponibles *erga omnes*. Y así concebidos los derechos del *c. q. t.*, su *beneficiary interest* ha de verse como un derecho real, sin que ello corresponda a lo que en México se entiende por derecho real. Y habremos de distinguir entre los derechos que aquí en México podemos calificar propia y legítimamente de "derechos reales" y otros derechos que, aunque sean llamados reales en Norteamérica, en México no podrían ser calificados de tales. Nuestro sistema jurídico, caracterizado en esta materia por el número cerrado de *jura in rem* no permite, como he tenido oportunidad de expresarlo en otras ocasiones y en otros trabajos, una concepción realística de los derechos del beneficiario. Y así veremos por qué y cómo se encuentran divididas las opiniones; cómo y por qué Maitland se pronuncia por el derecho personal, en tanto que Scott sostiene la doctrina del derecho real, sin que ninguno disienta respecto a la forma y contenido del derecho del beneficiario, de su modo procesal de protección y de ejecución.

II. "Common Law" y "Equity". Ensayo de interpretación en términos del Derecho Civil

En la plática anterior señalábamos nuestra intención de estudiar en este cursillo cuatro categorías de problemas, con vistas a una mejor com-

prensión de la estructuración y funcionamiento del *trust* en los Estados Unidos, no sólo desde el punto de vista histórico, sino desde el punto de vista de su situación actual, puesto que la recepción de la institución se ha hecho en México, tal como ahora funciona el *trust*, con fines de enriquecer el caudal de medios económicos y jurídicos de la nación, de los sistemas económico y jurídico mexicanos. Debemos aclarar que no vamos a hacer crítica, afirmaciones o juicios sobre las instituciones anglosajonas y particularmente estadounidenses, sino en cuanto esos juicios sean un medio para lograr una mejor inteligencia de dichas instituciones, a fin de captar el espíritu de ellas y poder hacer en México una adecuada recepción, logrando los fines perseguidos.

Esas cuatro categorías de problemas, repetimos, son: en primer lugar, los que derivan de haberse originado el *trust* en la jurisdicción de cancillería; en segundo lugar, los que derivan de que los remedios o recursos que protegen al beneficiario en el *trust*, son recursos en la jurisdicción de cancillería o *Equity*, y según una de las máximas de ésta "la equidad siempre obra *in personam*", sobre las personas. En tercer lugar, los problemas que derivan de la transmisión del título legal de la cosa en *trust*, del *settlor* o comitente al *trustee* o fiduciario, teniendo en cuenta que en los Estados Unidos, que en Inglaterra, el *trust* es una manera de transferir o transmitir bienes. Ligados íntimamente con estos últimos problemas, se encuentran los del cuarto grupo, que derivan de la naturaleza *in rem* o *in personam* que se atribuya a los derechos del beneficiario.

Debo declarar expresamente que esta agrupación de problemas tiene fines didácticos y no se funda sino en un método personal y arbitrario para el estudio de la institución; y, sobre todo, que estos últimos problemas se referirán concretamente a la forma que el legislador mexicano debiera adoptar para estructurar el fideicomiso en la recepción que pretende hacerse en un próximo futuro, en el nuevo Código de comercio, ahora en proyecto.

Sobre el primer grupo de problemas debemos recordar, aunque sea someramente, cómo se originó el *trust* según los autores ingleses en los siglos XIII y XIV en Inglaterra, y cómo se originó en una jurisdicción de cancillería que nacía al mismo tiempo y que tenía el carácter de jurisdicción paralela, de duplicidad aparente, con la *common law*. Recordemos que cuando un villano, un siervo, litigaba contra un noble poderoso sobre propiedad de tierras o sobre otras cuestiones en donde la rigidez de la *common law* no daba acción para enmendar una situación injusta, el que-

joso a quien la justicia común, a quien los jueces del rey que aplicaban la ley de la tierra, que aplicaban la ley común, *common law*, no podían resolver su caso o lo resolvían negativamente, acudía como quejoso al Canciller del rey, el guardián del sello real, el hombre de confianza de Su Majestad; generalmente el confesor, real confesor, quien indudablemente, investido de un gran poder político, que ahora diríamos administrativo, pues no pertenecía a la categoría de los funcionarios jurisdiccionales, se avocaba el conocimiento del negocio y llamando a aquél de quien se quejaba el siervo, que había obtenido sentencias favorables en los tribunales comunes, le hacía una serie de preguntas semejantes a una confesión, las que estaba obligado a responder, obligado por la coacción personal del poder administrativo del Canciller, que lo podía encarcelar y de hecho lo mandaba encarcelar con gran facilidad, simplemente. Y no por razón del pleito que se llevaba ante él, sino por el desacato que le cometía el tal justiciable, por no contestar a sus preguntas, por no comparecer ante él, lo que se estimaba como un menosprecio a la autoridad del Canciller y a la dignidad de la Corona misma. El Canciller, una vez reunidos los informes y pruebas del caso, habría de privar de efectos, sin nulificarla, sin emitir un juicio sobre la sentencia dictada por el tribunal común, que agravaba al quejoso, quien le había implorado por caridad y por el amor de Dios (es decir, le imploraba en conciencia, conforme al Derecho natural, como se hubiera dicho en México en los tiempos de la Colonia), conforme a la equidad, a la *aequitas*, como decían los clérigos, la curia que rodeaba al confesor del rey. Conforme a la conciencia, al Derecho natural o a la equidad, el quejoso tenía razón, y su contraparte, el actor triunfante conforme a la *common law*, debía abstenerse de ejecutar su sentencia. Nótese que la sentencia, conforme a los juristas e historiadores ingleses, quedaba prístina e inmaculada; no se la nulificaba, no se la revocaba, no se la revisaba por una nueva jurisdicción, por una nueva categoría jurisdiccional. Simplemente el Canciller, mediante un mandamiento *in personam*, una *injunction*, alguno de los recursos, cualquiera que haya sido su nombre, le prevenía que había de abstenerse de ejecutar esa sentencia y de ejercitar su derecho, de hacerlo valer, bajo pena, *subpoena*, de prisión si así lo hiciera. De esta manera, con la eficacia que atribuye el poder de aprisionar; con la eficacia de la ejecución personal, no en la forma como se entiende en nuestro actual fuero civil, en el sentido simplemente de un requerimiento personal; sino ejecución personal de los tribunales de *equity* como entonces se entendía, es decir, aprisiona-

miento por coacción y coerción personal, la jurisdicción de Cancillería (que si la llamáramos "jurisdicción de conciencia" quizá nos fuera más dable entenderla sin mayor esfuerzo), comenzó a establecer la misma regla en casos semejantes; comenzó el Canciller a recibir quejas iguales de todo afectado, de tal manera que quedó creado el precedente. Y como al Canciller ya ocupaban demasiado tantos casos, fué delegando sus funciones en el personal de su curia, que sentenciaba "en equidad", conforme a las normas de la *acquitas*, para subsanar los casos en que la *common law* o ley de la tierra de entonces, no daba una solución o producía soluciones injustas. Esta jurisdicción, este nuevo fuero, de cancillería o de conciencia, crecía paralelamente al fuero de la *common law*, al fuero del Derecho-Ley, y fué constituyendo una duplicidad aparente, una nueva jurisdicción en una nueva categoría de jueces, con nuevas normas procesales, normas que después vinieron a ser consideradas también como parte de la ley de la tierra, conforme a las cuales se resuelven hoy día las controversias en Inglaterra. Pero en su época preliminar, en sus primeras etapas históricas, no cabe duda que es un fuero paralelo al de la *common law*, con normas propias y, sobre todo, con recursos procesales propios, que son los que determinan la enunciación o formulación de sus máximas.

Esta situación peculiar del fuero de equidad, en el cual nació el *trust*, es una situación enteramente explicable para nosotros, no solamente en una época de formación nacional y de formación de instituciones jurídicas, sino aun en una época actual. El Canciller era una de las primeras figuras del reino, de la administración; era un hombre poderoso en la esfera del gobierno; a él acudían en remedio de una situación de fraude. (Porque, al fin y al cabo, el quebrantamiento de la fe que significa el *trust* o fideicomiso, la prevaricación que implica que quien en conciencia ha recibido el título de una cosa, que sabe que no le pertenece, que es de otro, trate de apropiársela violando la fe en él depositada, supone, simplemente, cometer un fraude.) Lo mismo hemos visto en la historia de México. Lo podemos ver en ciertos casos de fiducia que no se llevan como casos de abuso de confianza a la jurisdicción criminal, sino a la autoridad política, quien por medios coercitivos extrajurisdiccionales, soluciona las situaciones forzando la restitución al agraviado. Ahora bien: sin dejar de tener presente el origen de los tribunales de cancillería, el origen y nacimiento del *use* y del *trust*, debemos aceptar, reconocer, que la jurisdicción de equidad fué evolucionando hasta en su quinta etapa

tener un propio complejo de remedios o recursos, y un conjunto de máximas que no han sido adicionadas desde hace varios siglos. Es decir, quedó cristalizado, quedó cuajado el fuero de *equity*, el fuero de cancillería, como un fuero complementario de la *common law*. Vino después en los años de 1873 y 1875, la fusión en Inglaterra y en los Estados Unidos en un solo cuerpo judicial, en una sola judicatura, de las antiguas jurisdicciones de *equity* y de *common law*. Es decir, las acciones en *equity* y las acciones en *common law* se podían ya ejercitar ante el mismo tribunal, en tanto que anteriormente, para interponer un recurso (*remedy*) fundado en la *equity*, había que acudir a un Tribunal de Cancillería. ¿No podríamos comenzar a deducir ya de este hecho una consecuencia ineludible? El hecho de que el mismo juez aplique dos normas jurisdiccionales, normas aparentemente diversas, quiere decir que estas dos jurisdicciones no son opuestas ni contradictorias, sino que por el contrario, son complementarias una de la otra, y que una satisface lo que la otra adolece.⁷

¿No debemos pensar pues, que no puede haber contradicción en la lógica procesal que pudiese nacer de que el mismo juez conozca de pleitos en los que los justiciables pueden ejercitar acciones en *common law* y acciones en *equity*? Creemos que esta posición es ineludible y creemos que es la primera confirmación expresa para un extraño que estudia la historia de la *equity*, de que ésta, el fuero de conciencia, no es sino un fuero originalmente suplementario y actualmente complementario de la *common law*. Que la dualidad *equity* y *common law*, el Derecho-equidad y el Derecho-ley, como Rabasa los llama, no es una dualidad en contrario, no es un paralelismo que cruce las mismas zonas y contenga las mismas instituciones: es una dualidad de complementación. No existe una igualdad de instituciones en ambos fueros en el sentido en que nosotros habríamos de entender que hay arrendamiento en equidad, compraventa en equidad, mandato en equidad por una parte, y que por otra hay compraventa en *common law*, arrendamiento en *common law*, mandato en *common law*, etc. No existe ese paralelismo como dos jurisdicciones irreconciliables, sino que son fueros complementarios. En ciertos casos, imposible dejar de reconocerlo, hay diferentes puntos de vista respecto al mismo hecho, pero en la práctica, en la resolución de los conflictos que esos dos diferentes puntos de vista originan, siempre hay uno que prevalece y hace desaparecer el conflicto que hipotéticamente

7 Confrontar en este sentido, Maitland, F. W., *Equity*, Cambridge, 1936, p. 153.

pudiere plantearse en cuanto a que en cada una de las jurisdicciones el mismo hecho es visto en forma diferente.

Este es el meollo de la cuestión, esta es la esencia de los problemas agrupados en el primer conjunto de problemas enunciado. ¿Qué debemos entender por fuero de equidad? ¿Un fuero complementario, un fuero suplementario, un fuero concurrente, un fuero paralelo o un fuero divergente de la *common law*? Para entenderlo, podemos primero analizar la posición en que nos vamos a colocar.

Hay autores que se colocan en la posición de no desear entender, o dicho de otra manera, de considerar ininteligible e incongruente la existencia de esos dos fueros. Para tal actitud, cualquier explicación es ilógica y lo que se busca es encontrar la contradicción y la incongruencia, la inintegridad y la irreductibilidad a un sistema de Derecho civil.

Para quien trate de entender, colocándose por encima de los pequeños y superables desajustes; para quien trate de entender, quien se esfuerce por comprender cómo y por qué actuaron los sajones de esta manera, es decir, quien no tome al pie de la letra la traducción (*tradimento*) corriente de los juicios y exposiciones norteamericanos e ingleses, sino que trate de adentrarse en el espíritu y en la intención de esas instituciones, su historia se puede comprender. El fuero de cancillería fué originariamente una jurisdicción suplementaria de la *common law* y posteriormente, en la actualidad, una jurisdicción complementaria. Ha habido varias etapas, varios jalones importantes de 1873 para acá; pero indudablemente el último, el más importante, el que viene a consolidar como una unidad el sistema anglosajón o angloamericano de la *common law* para el Derecho privado de Norteamérica, es la expedición de las Reglas del Procedimiento Civil Federal o Código de Procedimientos Civiles para los juzgados de Distrito de la Unión, en donde se declara que habrá una sola clase de acciones: la acción civil única. Es decir, ya se trate de cuestiones que antes eran denominadas acciones o recursos de equidad, *remedies or suits in equity*, o se trate ya de *actions*, acciones, en *common law*. Esto, digo, viene a confirmarse con el ejemplo de la Ley de Luisiana que hemos de comentar más adelante; en la actualidad, en este año de 1956, en los Estados Unidos de Norteamérica no puede decirse para los efectos de recepción de su *trust* en nuestro sistema de Derecho civil, que exista un desdoblamiento de la propiedad ni de ningún derecho en el *trust*.

Haremos notar que la jurisprudencia inglesa, fuente de los juristas continentales, estaba regada en los numerosos casos o precedentes que constituyen la ley de la tierra y que unos cuantos expositores de las doctrinas sobre *trust*, escribieron a fines del siglo pasado y publicaron sus obras en su época o a principios del siglo que corre. Es el caso de Story, de Salmond, de Maitland, los clásicos del *trust* podríamos llamarlos. Así, los autores ingleses asequibles a los juristas europeos, los que sirvieron de base a Franceschelli y a Lepaulle (quienes escribieron antes de la publicación del *Restatement of the Law on Trusts*, esa monumental obra de codificación del Derecho norteamericano), asientan declaraciones que, tomadas al pie de la letra como si fueren definiciones en la sistemática jurídica civilista, los debieron conducir a considerar que se trataba de afirmaciones absolutas de donde debían deducir, debían inferir, corolarios que para nosotros resultan absurdos.

Debemos tener en cuenta que nuestro sistema de Derecho civil, como es llamado por los juristas anglosajones el sistema de codificación heredado por los países latinos de sus ascendientes románicos y más directamente del Código Napoleón, consiste en una regulación normativa, un derecho legislado, un conjunto de normas positivas, tanto en el Derecho sustantivo como en el adjetivo o procesal, que sirve para formular el silogismo jurisdiccional. Como premisa mayor, la norma; como premisa menor, los hechos del negocio que se ventila, la controversia que se somete a la jurisdicción, y como conclusión viene la sentencia. En un sistema de Derecho consuetudinario, el proceso de inferencia es doble; primero se induce la norma de los precedentes como casos particulares, y en seguida se aplica deductivamente al caso particular en estudio. La norma general inferida en abstracto, no puede tener el exacto valor formal ni lógico de un texto codificado.

De lo que dejamos asentado, creemos poder concluir que tanto el *trust* como otras instituciones originadas en los tribunales de cancillería, hace varios siglos, son ahora instituciones de un sistema único, el sistema de la *common law* entendido como un fuero único en su aspecto adjetivo; como un fuero único hoy día, con jurisdicción única, formada por dos grupos de normas complementarias que se integran en un solo sistema; que la *equity* fué suplementaria y ahora es complementaria de aquélla. Igualmente debemos concluir, que no puede haber desdoblamiento de instituciones como la propiedad, entendida como una institución que pertenece y se desenvuelve en el fuero originario, frente a esa

misma institución que pertenezca y se desenvuelva en el fuero complementario, cuyos sujetos no coinciden; tal consideración conduciría a la guerra civil.⁸ Téngase presente que el *Restatement* ya no contrapone *legal ownership* a *equitable ownership* del *trustee* y del *c. q. t.*, sino que llama a sus atributos, respectivamente, *legal title*, "título legal" y *beneficiary's interest*, "derechos del fideicomisario".

Y razonando frente al problema de la recepción que plantea el Derecho comparado, habremos de afirmar, contra algunos decires corrientes que lo juzgan imposibles por creer que sólo opera en un sistema bijurisdiccional, que sí es recibidero o receptible en México el *trust*, como cualquier otra institución, en cuanto no es obstáculo para ella el hecho de haberse originado en la *equity*, ya que ésta en nuestros días, sólo es una denominación histórica de un grupo de instituciones que pertenecen a un sistema único: la *common law*.

Pasando al segundo grupo de problemas, podemos comenzar por repetir, diría yo, que la facilidad de su inteligencia y solución depende de la postura que se adopte frente a las acciones y remedios o recursos que protegen los derechos del *trustee* o fiduciario y del beneficiario o *c. q. t.* Si deseamos entenderlos y les suponemos una posición congruente dentro de su sistema, dentro del panorama de conjunto de la institución, o si nos conformamos con hacer traducciones literales de ciertos pasajes de los expositores anglosajones, para luego inferir deducciones conforme al sistema civilista nacional. Según cada postura, lograremos las conclusiones más diversas.

Desde el punto de vista que se sostiene en este cursillo, se debe hacer notar para iniciar la exposición de los problemas, que la *equity*, la jurisdicción de conciencia, se originó, se creó y se desarrolló en un ambiente exclusivamente procesal; la *equity* como proceso fué la continuada repetición de procedimientos originariamente administrativos, posterior-

8 F. W. Maitland, *Equity*, obra citada, p. 17. "Tomemos un ejemplo en el que lo que pueda aparecer conflicto por un momento, se resuelve al ser examinado. Tomemos el caso de un *trust*. Quien lo examine puede ser informado que según la *common law*, el *trust* es el dueño de la tierra y que la *equity* dice que el *c. q. t.* es el propietario. Desde todo punto de vista parece haber aquí un conflicto bastante. Pensmos lo que significaría que esto fuera realmente exacto. Que dos tribunales de jurisdicción coordinada dictaran sentencias contrarias... Esto significaría la guerra civil y aun la anarquía. La *equity* no dijo que el *c. q. t.* fuera el propietario de la tierra; dijo que el *trustee* era el propietario, pero añadió que éste estaba obligado a poseer la tierra para beneficio del *c. q. t.*"

mente evolucionados en jurisdiccionales, en los que el Derecho sustantivo era la *aequitas*, la equidad, la conciencia, entendidas por el Canciller y su curia, quizá por no invocar las normas substantivas del Derecho canónico. Al invocarse como normas substantivas que regían las decisiones jurisdiccionales, las reglas de la equidad, normas no escritas, más se caracterizó este fuero por sus reglas preponderantemente procesales, que por jurisprudenciales sí quedaron escritas. Hago hincapié en esta situación porque en México primero existió la ley que los tribunales. Desde la dominación española hemos tenido un sistema escrito de Derecho legislado: las Recopilaciones, los Códigos civiles y los Códigos procesales; y en Inglaterra y Estados Unidos, primero se establecieron los tribunales y sus procedimientos en cancillería, y siglos después se vinieron a declarar doctrinalmente las máximas y cuasi máximas que rigen substantivamente los casos de equidad. Véase, pues, que en tanto que en México y en los sistemas de Derecho civil se sigue un sistema deductivo para resolver los conflictos, para la aplicación del Derecho, en los sistemas anglosajones, el método es inductivo y deductivo, es decir, diverso. No vale, pues, para entender estos métodos, nuestra experiencia en los sistemas codificados, sino que debemos tratar de entender, colocarnos en una postura abierta a la forma de razonar sajona, para lograr averiguar qué quisieron decir, cómo pretendieron obrar y cómo satisficieron las necesidades jurídicas planteadas a la judicatura y al Canciller.

En seguida, en un lugar subsecuente, debemos considerar que el juez de *equity* en su origen, o bien el juez *sitting in equity* a partir de 1873; que el juez de distrito de la Unión que decide en materia civil respecto de conflictos *in equity*, aplica sanciones corporales, pena de prisión que es desusada para los jueces civiles de los últimos siglos en los sistemas de Derecho civil. Las penas corporales en éstos, corresponden ser impuestas por la justicia criminal; la civil nunca ha aprisionado sino por vía de corrección disciplinaria. El juez civil de la República tiene que decidir los conflictos sin necesidad de aprisionar, lo que compete exclusivamente al juez de lo penal; el juez de Derecho privado, de la *common law* en Inglaterra, no podía aprisionar; pero el juez de la *equity*, descendiente directo del Canciller, funcionario administrativo, representante de la Corona, con un prestigio y dignidad a cuidar, tiene la potestad de encarcelar por desacato, *contempt*, a aquél que no obedece su orden, su mandamiento, su decreto. Se comete un desacato a la judica-

tura, se comete un *contempt*, se desprecia o menosprecia a la persona del soberano y, en consecuencia, se es reo de cárcel.

La prisión que se imponía en tiempos del Canciller, por años, se vino acortando con la evolución jurisdiccional de la *equity*, con la conquista de los derechos del hombre, con las declaraciones de garantías humanas y con las leyes del trabajo, principalmente en los recientes años de los Estados Unidos, por lo cual se ha limitado de años a días. De todas maneras, es una facultad de aprisionar por razón de desacato, de la que carece un juez civil. El juez *sitting in equity* tiene potestad de aprisionar en juicios que ventilan cuestiones de Derecho privado, cuando se incurre en desacato. En los casos de *trust*, lo que por medio de la sanción al *contempt of court* se castiga, es el fraude que trate de cometer el *trustee* al amparo o abrigo de disposiciones legales; es el *breach of trust*, es actuación infiel de quien es depositario de la fe y la confianza. En conciencia, eso es un fraude y el fraude en México, en España y en Inglaterra, en todos los tiempos se ha castigado con pena corporal. Veamos, pues, que lo que castiga el juez *sitting in equity* en estos tiempos, con pena corporal, vía *contempt*, es un fraude y no una falta de pago por insolvencia en deudas de carácter civil, que llamaríamos nosotros, y que no es originada en contrato de mutuo bajo cualquiera de sus numerosas especies; no es, pues, prisión por deudas. Para interpretar, adentrarnos, tratar de penetrar la naturaleza de la *equity* dentro del sistema anglosajón, meditemos lo que se dice en la traducción al español de la obra de Sir Paul Vinogradoff⁹ en nota que hace el traductor a esta pequeña gema de la literatura jurídica anglosajona, denominada en inglés *Common Sense in Law* y en español "Introducción al Derecho". Al definir el sistema de la *common law*, dice que "entendido literalmente como Derecho común, es el conjunto de normas consuetudinarias y decisiones de los tribunales que constituye la base del sistema jurídico anglosajón. En su origen, es el Derecho general del reino a diferencia de los Derechos locales". Explica que "no se ha logrado acuñar una traducción española satisfactoria de la fórmula *common law*: 'Derecho Común' es equívoco y puede tener en nuestra tradición jurídica un significado enteramente distinto", "Derecho consuetudinario" o 'jurisprudencia', en el sentido de serie de decisiones de tribunales, se

⁹ Hecha por el Fondo de Cultura Económica. Traductor, Vicente Herrero. México, 1951. Breviario N° 57, p. 13.

prestan también a confusiones y sólo serían explicaciones parciales; resulta preferible, pues, dejar la expresión en inglés como han hecho la mayoría de los autores".¹⁰

El señor Rabasa, en su obra "El Derecho Angloamericano", al hablar de la *equity* que llama "Derecho-Equidad", explica que "la formación dualista del sistema jurídico angloamericano es de carácter histórico y tradicional más que científico y, por consiguiente, para conocer el contenido de ambas ramas y la línea de demarcación que las separa, es indispensable estudiar el origen y desarrollo histórico del *common law* y de la *equity*."

"Explicamos ya en los prolegómenos de este estudio que el término *common law*, en su significado lato, es el nombre que se da al derecho angloamericano en su 'totalidad', para distinguirlo del sistema romano de derecho y de todos los demás sistemas jurídicos existentes en el mundo; por tanto, usada en este sentido, la denominación *common law* comprende las dos grandes divisiones de: 'ley' (*law*) y 'derecho-equidad' (*equity*), de que se compone este sistema."

Tratemos, pues, en un esfuerzo, de comprender cómo se complementan la *equity* y la *common law*, después de haber razonado fundadamente, a nuestro juicio, que no son opuestos en el sentido en que los juristas latinos lo entenderíamos *prima facie*. Repitamos: si fueren dos jurisdicciones opuestas, paralelas o divergentes, habría una "propiedad" en *equity* y otra "propiedad" en *common law*; habría "compraventa" en *equity* y "compraventa" en *common law*; "posesión" en *equity* y "posesión" en *common law*; habría arrendamiento, mandato, prestación de servicios, servidumbres, etc., en *equity* y otras tantas instituciones así denominadas, en *common law*. Es decir, habría dos jurisdicciones enteramente diversas, lo cual significaría, así entendido, una confusión absurda dentro de un sistema jurídico, que ni existe ni puede existir, ni

10 "Para un complicado laberinto como el del *common law* angloamericano, basado en decisiones judiciales, es especialmente útil, más aún, necesaria la ayuda ofrecida por una ciencia jurídica que clasifica al Derecho, pero incluso aparte de eso, se precisa una teoría del Derecho que robustezca y complete los argumentos dispersos, tratándolos como parte de un *cuerpo* coherente de pensamiento jurídico. Las observaciones y las normas que pueden parecer casuales y arbitrarias cuando se aprenden de memoria para la práctica forense, obtienen su justificación o provocan la crítica al ser examinadas a la luz de una teoría general". Vinogradoff, *op. cit.*, p. 13.

menos suponerse dentro del que ha regido a un grupo de pueblos de los más civilizados de la tierra.¹¹

Creemos que volviendo la vista hacia México, hacia nosotros mismos, en un esfuerzo por equiparar, no para identificar ni igualar, para equiparar o asemejar la *equity* como fuero complementario de la *common law* con algo muy nuestro, tropezaríamos con la jurisdicción constitucional de amparo. Para meditarlo, consultemos al licenciado Ignacio Burgoa en su obra *El Juicio de Amparo*, donde explica sus antecedentes o lo que pudiere conceptuarse como tales. Veremos cómo se resolvían y en qué forma se aplicaban ciertas normas superiores de Derecho natural, enteramente equiparables a la *aequitas* romana, a la *aequitas* del Canciller inglés, a la conciencia de su curia, *curia cancelaria*, que al fin y al cabo Derecho natural, conciencia, *aequitas*, para efectos de nuestro estudio, tienen un mismo contenido. Dice el señor Burgoa en los pasajes que se citan a continuación:¹²

"En efecto, a este propósito, el licenciado Esquivel Obregón afirma 'la ley 238 de Estilo establece el orden y prelación del derecho como debían aplicarlo los jueces; en primer lugar, debían acatarse los principios del Derecho natural, luego las costumbres razonables, es decir, no contrarias a aquel derecho y, finalmente, las leyes positivas', y añade: el Derecho natural era, pues, como las modernas constituciones, y las leyes no debían cumplirse cuando eran contrarias o se oponían a las costumbres. Consiguientemente, en el Derecho español existía una auténtica jerarquía jurídica en la que la norma suprema era el Derecho natural, cuyos mandatos debían prevalecer sobre las costumbres y las leyes.

11 Mr. Phanor J. Eder en su obra *A comparative Survey of Anglo-American and Latin-American Law*, capítulo de la Unidad y Supremacía del Derecho, presupone a la *common law* como sistema procesal único y en su capítulo denominado *Equity*, quizá influenciado por los comentarios de los juristas de sistemas de Derecho civil, formula una comparación que no consideramos feliz, entre la *equity* y los arbitradores o amigables componedores. Nos parece que la jurisdicción arbitral es excluyente de la jurisdicción común, y así comparada, no podría ser suplementaria ni complementaria la *equity* de la *common law*. El estado actual evolutivo del sistema sustantivo y adjetivo angloamericano de la *common law* en su sentido más amplio es decir, incluyendo la *equity*, es un sistema procesal único, con juicios únicos y acciones civiles únicas, que excluye toda posibilidad de analogía entre la *equity* y la jurisdicción arbitral.

12 Pp. 92, 93 y 97.

"Esta supremacía jurídica del Derecho natural fué posteriormente corroborada por la Ley 31, del título 18 de la Partida tres, que decía textualmente: 'Contra derecho natural non debe valer previllejo, nin carta de Emperador, rey nin otro señor. E si la diere, non debe valer ...

"¿Qué sucedía cuando se pretendía aplicar una ley, una ordenanza, etc., contraviniendo la prelación jurídica con que estaba investido el Derecho natural en el sistema español? 'Que el afectado o agraviado por tal pretendida aplicación podía acudir al rey, solicitando su protección contra actos de su directa autoridad o de los inferiores, o, como dice Esquivel Obregón, se apelaba al rey ante el rey mismo o se pedía amparo al rey, a quien se ilustraba sobre los hechos, contra el rey que había mandado algo por obrepción (mala información) o por subrepción (ocultación de los hechos inspiradores del mandato real)'. Este recurso tutelaba, por ende, la supremacía jurídica del Derecho natural en primer lugar ...

"La idea del Derecho natural en el antiguo Derecho español implicaba, conforme al pensamiento filosófico y teológico de la época, un conjunto de principios establecidos de acuerdo con la naturaleza del hombre a título de criatura o hijo de Dios, matizados con un espíritu cristiano de piedad y caridad ...

"Sin embargo, en el sistema español, y por consiguiente, en el régimen jurídico de la Nueva España, el Derecho natural no estaba escrito en ningún código, en ninguna ordenanza, en ninguna real cédula, etc. Era simplemente, podríamos decir, un elemento de existencia ideal ..."

El Derecho aplicable en el sistema mexicano, hasta 1861, para la resolución de las controversias de Derecho privado estaba contenido en las Recopilaciones, reformadas por leyes especiales, como consigna con extensión la obra de Galván Rivera.¹⁸ Las Leyes de Amparo de 1861 y 1869, reglamentarias de los artículos relativos de la Constitución de 1857, establecían que el amparo no procedía contra sentencias dictadas en juicios civiles; pero a partir de 1882 y atendiendo a la natural tendencia y consiguiente evolución de la nueva institución, hacia la satisfacción de las necesidades jurídicas del pueblo mexicano, la ley de ese año dió el recurso de amparo contra sentencias dictadas en juicios civiles, siempre que se interpusieran durante el plazo de cuarenta días. A partir de entonces, el sistema jurídico mexicano de Derecho privado, por un jurista internacional llamado "Sistema de Derecho Civil" mexicano, sería in-

13 *Nueva Colección de Leyes y Decretos mexicanos*, por Mariano Galván Rivera. México, 1853.

completamente definido si se dijere que "se integra por las normas contenidas en los Códigos civil y procesal"; estaría esa definición coja, estaría parcialmente descrito. Habremos de decir, debemos decir que el sistema jurídico nacional "se integra por las disposiciones substantivas del Código civil, las adjetivas del Código procesal y las constitucionales del fuero de Amparo", estas últimas como resultado de la garantía consignada en los artículos 1º y 14 Constitucionales que obligan a los jueces a fallar, no solamente conforme a las normas de los Códigos comunes, sino con la limitación de no transgredir la Ley Suprema, y conforme a los principios generales de Derecho. Yendo un poco más allá, en paréntesis, podríamos equiparar, no digo identificar, no me atrevo a igualar, sino sólo para efectos procesales a asemejar, las normas sobre garantías individuales y principios generales de Derecho, con la *aequitas*, con el Derecho natural y con la conciencia del juzgador.

Nótese, además, los precedentes que esbozan esta similitud, esta proporción de igualdad que aritméticamente enunciaremos más tarde.

Los juristas nacionales que han incursionando en el Derecho norteamericano, como el licenciado Antonio Carrillo Flores, en su cátedra y en los Cursos de Invierno de esta Facultad, al hablar de la *injunction*, ese recurso en *equity*, la "inyunción" que traduce Sentís Melendo al hablar de este interdicto mandatorio, como lo llama el señor Rabasa, la explica como "el amparo contra particulares". Es decir, haciendo una referencia al por nosotros manejado juicio de amparo, en el cual la protección constitucional, la protección jurídica, se da contra actos de la autoridad, compara el caso a la *injunction*, en el que se da una protección jurídica contra particulares, y aun contra autoridades en ciertas ocasiones. Es en ambos casos una protección jurídica para mantener las cosas en el estado que guardan.

Mediante el recurso de *injunction*, el juez que actúa en *equity* ordena a una persona hacer o no hacer alguna cosa y la apercibe, *subpoena*, que si lo desobedece, cometerá desacato, *contempt*, y por ello será encarcelada.

El amparo en México funciona en forma semejante. En efecto, es un mandamiento que dicta el juez de amparo contra una autoridad para que mantenga las cosas en el estado que guardan; la apercibe con multa si no cumple, y la puede consignar por la comisión de delito, si no respeta esa suspensión, ese mandamiento prohibitorio. Tal como acontece en materia de *equity*, la suspensión no afecta en nada la validez, el lustre,

el contenido de la sentencia dictada en la materia común, en que consiste el acto reclamado. El juez de distrito nos dice si la sentencia es válida o inválida, o si el acto reclamado está apegado a la ley o no; en su punto resolutivo simplemente dice: se concede la suspensión para que se mantengan las cosas en el estado en que guardan. En cuanto al fondo, se ampara al quejoso en contra de los actos que consisten en la sentencia; pero no se dice que tal sentencia sea nula. No es un juicio de anulación como en la materia fiscal, no es una segunda instancia, no es revisión jurisdiccional por un superior, sino es un recurso en otra jurisdicción, en la jurisdicción complementaria de amparo que es superior, cuya resolución obliga a la jurisdicción común, al propio juzgador, a reformar o a reponer su sentencia.

Nótese también la característica del amparo: actúa *in personam*, es una orden de cumplimiento personal, de hacer o de no hacer. En materia de *equity*, esta jurisdicción obra siempre *in personam*: *equity acts in personam* y la *injunction* es un mandamiento personal, la imposición de una obligación de hacer o de no hacer. Hay, pues, una razón para pensar que hay una cierta similitud entre el fuero de equidad, jurisdicción a donde la *injunction* se dicta, y el fuero constitucional, jurisdicción en donde el amparo se tramita.

El mismo licenciado Rabasa, en su obra *El Derecho Angloamericano*, dedica un capítulo a establecer las semejanzas y diferencias que existen entre la *injunction* o interdicto prohibitorio, como él la llama, y el juicio de amparo, o sea la manera como se concede la protección de la justicia federal a los particulares, y sus semejanzas con la protección que se logra mediante los recursos (*remedies*) de la *equity*.

Nótese varios hechos directamente interesantes a nuestra tesis de equiparación. Primero, que sobre la ley escrita, sobre las disposiciones de la *Novísima Recopilación*, rige el Derecho Natural, es decir, lo que los ingleses llamaron la *aequitas* y lo que el Canciller decía ser las normas de su conciencia, conceptos tres, las normas de la conciencia, la Equidad y el Derecho natural, que tienen un contenido común.

Nótese, en segundo lugar, que hay un procedimiento a seguir, cuando las normas del Derecho común son contrarias a las normas del Derecho natural: desde el "obedézcase, pero no se cumpla" que dictaban los virreyes cuando llegaba de España algún mandamiento de la Corona española que pugnaba con el Derecho natural, entendido como se entendía en el virreinato. Sin desobedecer, sin atacar la validez del manda-

miento, simplemente por su contraposición a las superiores normas del Derecho natural, no era obedecido sin que fuera nulificado.

Actualmente cuando una norma legislada, cuando un artículo de una ley cualquiera, cuando un acuerdo o decreto de la autoridad administrativa pugna con una norma constitucional, el amparo que logra el particular afectado, no declara la nulidad de la norma o del decreto: la deja sin efectos y simplemente autoriza al particular a no obedecerlos, es decir, legitima su desobediencia.

El sistema jurisprudencial anglosajón llamado de *common law*, en su sentido lato, se integra por dos subgéneros de normas: 1º las de la vieja *common law*, ley común en su sentido restringido, y 2º los de la *equity*, como fueros complementarios. Esta adición de fueros, que en el sistema ahora adulto y totalmente desarrollado podemos afirmar como complementación, fué en sus orígenes una suplementación. Es decir, que la *equity* suplía las lagunas de la vieja *common law*, y vino a llenar huecos, corrigiendo también asperezas, de tal modo que quedó incorporada en ésta.

Debemos hablar precisamente de complementación y no de jurisdicciones paralelas, porque en ambos casos, en el caso de la *equity* y en el caso de la jurisdicción de amparo, nunca se presenta un conflicto entre la sentencia del fuero común y la del complementario, ya que el conflicto, llevado en última instancia a un tribunal de competencia concurrente, termina por una ejecutoria fundada en las normas superiores de la *equity* o de la Constitución. En ambos casos, el último sentenciador resuelve conforme a la norma que prevalece, es decir, no hay dos categorías paralelas de validez en las normas, sino siempre las normas de *equity* como las de amparo, son superiores y desplazan a las normas de *common law* y del Derecho común, de tal manera que nunca hay una situación de contraposición.

Así como el juez norteamericano declara que los productos o beneficios a discusión, *subjudice*, en caso de un *trust*, deben ser entregados al beneficiario a quien por la naturaleza y extensión de su derecho, la equidad contempla como el propietario, así en México el juez de amparo decreta a quién debe mantenerse en posesión de la cosa conforme a las reglas constitucionales, a pesar de lo que diga en contra el Código civil como fundamento del acto reclamado. Tendremos que concluir que ambos sistemas de Derecho son sistemas únicos, de normas complementarias y, por tanto, no puede haber duplicidad de instituciones como

la posesión y la propiedad; y que toda consideración o especulación sobre su desdoblamiento, resulta apartada de la realidad, artificiosa e inútil.

De acuerdo con las ideas expuestas, podemos terminar estableciendo una proporción, proporción en el sentido aritmético, proporción de semejanza. (no de identidad) que podría expresarse como sigue: la *equity* es a la *common law* en Inglaterra, como la jurisdicción de amparo es a la jurisdicción común en México.

La expresión procesal de esta proporción, podríamos reducirla a términos parecidos a los siguientes: el *remedy*, recurso en *equity*, es a la *common law* en su sentido restringido, como el recurso de amparo, materia constitucional en México, es al Derecho civil o mercantil.

III. Ejecución y recursos procesales en materia de fideicomiso y de "trust"

Para mejor hilvanar las ideas expuestas en este cursillo, permítaseme formular una breve síntesis de lo expuesto, en los puntos que considero más importantes de las conferencias anteriores.

He afirmado, en primer lugar, que el fideicomiso como el *trust*, responde en el concierto de la vida social mexicana, como éste en Inglaterra, a la satisfacción de una necesidad esencialmente humana, de poner ciertos bienes a nombre de otra persona, dicho así de la manera más elemental que es posible declararlo respecto a la institución. Así ha acontecido en Roma: el acreedor en la *fiducia cum creditore* se hacía poner a su nombre ciertos bienes que le servirían de garantía de un préstamo, en un mutuo que concertaba con su deudor. En la *fiducia cum amico*, el fiduciante ponía algunos de sus bienes a nombre de amigo de su confianza, para evitar, bien una persecución de sus acreedores o de sus enemigos, o bien, para superar una prohibición extremada o injusta de la ley que declaraba incapaz de adquirir al destinatario final de esos bienes. Así también se hizo, siglos más tarde, en el fideicomiso justinianeo, la institución del Derecho de Sucesiones que para permitir, para conferir capacidad de heredar a un momentánea o perpetuamente incapaz, autorizaba la designación de un "heredero fiduciario", que habría de recibir a su nombre la herencia, pero que habría de entregar sus frutos y retransmitir la propiedad en su oportunidad, al beneficiario. Así sucedió en Inglaterra en la Edad Media, cuando la necesidad de poner los bienes a nombre de otra persona se puso de relieve con crudeza tal, que

hubo una época, dicen los tratadistas, en que más del noventa por ciento de la propiedad en Inglaterra se encontraba en *trust*. Por cierto que para beneficio de corporaciones religiosas sujetas a las prohibiciones contra manos muertas.

En España, por ejemplo, no se presentó situación tal, quizá por la subsistencia del fideicomiso y las substitutiones fideicomisarias en materia de sucesiones, así como los mayorazgos y otras instituciones cuya fuerza no permitió la gestación de los problemas resueltos en Inglaterra por el *trust*. En México independiente, aquellas instituciones, violentamente arrancadas de la tradición española por razones políticas, dejaron insatisfecha la necesidad de poner las cosas a nombre de otra persona. En toda época, en los tribunales penales se encuentra un número apreciable de casos en los que los verdaderos propietarios acuden a denunciar para su castigo, la mala fe, la traición o la infidelidad de los amigos o acreedores en cuyo nombre han puesto sus bienes. Y de estos casos, solamente conocemos los que llegan a los tribunales y no los que se resuelven extrajudicialmente o quedan consumados. De estos últimos tuvimos, y ustedes los deben recordar con seguridad, una buena cantidad cuando se expidieron las Leyes de Desamortización, a mediados del siglo pasado, y la Iglesia puso bienes a nombre de personas, entonces y aún ahora muy conocidas. Algunas restituyeron posteriormente a la Iglesia sus propiedades y otras no las restituyeron, sin que hubieran llegado muchos casos a los tribunales, precisamente porque la inscripción a nombre de tercero era una manera de burlar la ley y, por tanto, imposible de reclamarse ante los tribunales; tal como acontecía en el siglo XII en Inglaterra, antes de que el Canciller tomara cartas en el asunto.

Después de ratificar mi apreciación del *trust* y del fideicomiso, como instituciones que responden a necesidades humanas, y en este orden hacer un elogio del legislador mexicano que redujo el ejercicio lícito y legal de la fiducia a las instituciones de crédito, como punto segundo pero fundamental de mis exposiciones anteriores, quiero hacer notar que considero de utilidad y necesario conocer el funcionamiento del *trust* para que entendiéndolo, comprendiendo cómo funciona, cómo opera en la actualidad como consecuencia de sus antecedentes, podamos estar preparados para una nueva recepción del *trust* que se anuncia en el Proyecto de código de comercio.

En tercer lugar, la conveniencia de estudiar los problemas del *trust* para tener en cuenta su solución y hacer una mejor estructuración de la

institución en México. Para lograr esto, debemos hacer un análisis y comentario respecto al medio ambiente reinante en la época en que se creó el *trust* y al medio ambiente reinante en los Estados Unidos en la época contemporánea, cuando su recepción ha sido declarada de público interés por el legislador, como un medio de enriquecer el caudal de los medios económicos nacionales, pues dice textualmente la Exposición de Motivos de la Ley de 1932 que: "en los límites que permite nuestra estructura jurídica general, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía".

Una afirmación más, sostenida en mis exposiciones anteriores, consiste en declarar que existe una proporción de semejanza (repito, no se trata de identidad ni de igualdad, sino de una semejanza desde puntos de vista doctrinales) entre las relaciones de la *common law* con la *equity* y las relaciones del Derecho civil mexicano con el fuero constitucional de amparo, en cuanto a que se trata de fueros complementarios y correctores, con normas de supremacía judicialmente declarada. Y, en cuanto al ámbito procesal, pueden equipararse (repito, no se igualan ni se identifican) el recurso en *equity*, *remedy*, frente a las resoluciones de la *common law*, con el recurso de amparo del fuero constitucional frente a las resoluciones del Derecho común.

Tócanos ahora platicar sobre los recursos que doctrinalmente debiéramos asignar al beneficiario para proteger su derecho en el fideicomiso recibido en México, a efecto de que funcione en forma semejante a los recursos que garantizan *the beneficiary's interest*, los derechos del beneficiario en los Estados Unidos, y para ello debemos estudiar cómo operan tales recursos en aquel país.

Partamos de dos hechos que hemos apuntado como soluciones en los grupos de problemas a estudiar: primero, la transmisión del título legal de la cosa en *trust* al *trustee*, y segundo, la naturaleza de los derechos del *c. q. t.* Como corolario de esta última: cómo operan los recursos o *remedies* de que éste goza. Por supuesto, debemos dejar descartado en el terreno doctrinal en el que ahora nos movemos, cualquier problema que se pretenda crear respecto a la transmisión del título legal al *trustee*, a pesar de que aun hoy día haya quien lo plantee respecto al fideicomiso.

Para lograr alguna luz en estas cuestiones, he traído algunas obras para leer a ustedes pequeños, muy pequeños trozos: la de Salmond y la de Story sobre jurisprudencia en equidad, que son las obras, en

unión de la de Spencer, citadas por el conocido autor italiano Remo Franceschelli,¹⁴ en cuya autoridad este último funda su doctrina del "deshablamiento de la propiedad", cuya discusión es punto importante dentro de este cursillo.

Salmond, Sir John Salmond, escribió a fines del siglo pasado y la primera edición de su obra denominada *Jurisprudence*, vio la luz en 1902. Ahora circula la décima edición hecha en 1947 en Inglaterra. Al hablar de *Law and Equity*, es decir, Derecho-ley y Derecho-equidad, como diría Rabasa, pp. 81, 82 y 83 de la última edición, dice en el párrafo relativo:¹⁵ "Hasta el año de 1857 Inglaterra ofrecía el espectáculo curioso en extremo, de dos sistemas de Derecho, rivales y distintos, aplicados simultáneamente por diferentes tribunales. Estos sistemas se distinguían como *common law* o *equity*, o simplemente como "el derecho" o "la ley" y "la equidad", usando el término *law*, derecho o ley, en el sentido estrecho que significaba sólo uno de los dos sistemas. La *common law*, la ley, era más vieja y coexistió en su origen y desarrollo con la real justicia inglesa, siendo aplicable por los viejos tribunales... La *equity* era el más moderno cuerpo de doctrina jurídica, desarrollada y aplicada por el Canciller en el tribunal de cancillería, tanto suplementaria como correctiva del viejo derecho, *law*. En su mayor extensión, los dos sistemas eran idénticos y armoniosos, pues era una máxima o norma de la cancillería, que la equidad, *equity*, sigue a la ley, *common law* (*aequitas sequitur legem*), es decir, que las normas vigentes en los viejos tribunales fueron adoptadas por los cancilleres e incorporadas en el sistema de *equity*, excepto que hubiera razón bastante para rechazarlas o modificarlas. Sin embargo, la *common law* y la *equity* eran discordantes en no pequeña medida, aplicando normas diversas a los mismos asuntos..."

"La ley de la Judicatura de 1873, que entró en vigor en 1875, puso fin a este anómalo estado de cosas, por la abolición de la *common injunction*, inyunción común, y por la fusión de los dos sistemas de tribunales en un solo tribunal llamado 'Alto Tribunal de Justicia', *High Court of Justice*. Se estableció en el artículo 25 de esa Ley, que 'en toda cuestión no mencionada expresamente, en la que hubiere variantes o conflictos entre las normas de la *equity* y las normas de la *common law*, respecto a un mismo caso, prevalecerían las normas de la *equity*'..."

14 *Il "trust" nel Diritto Inglese*, Padova, Cedam, 1935.

15 Traducción del conferenciante.

“Consecuentemente, la distinción entre propiedad legal y propiedad en equidad, derechos en equidad y derechos legales, recursos legales y recursos en equidad, continúa como parte esencial del sistema moderno. Aun así hay casos¹⁶ en que una persona pueda ser el propietario legal de ciertos bienes y otra el propietario en equidad de los mismos, como el del *trustee*, fiduciario, y su *beneficiary*, beneficiario. Similarmente, una hipoteca o gravamen puede ser aún legal o en equidad. Estas distinciones entre *common law*, la ley y *equity*, la equidad, no constituyen conflictos entre dos sistemas irreconciliables de Derecho, sino son cuestiones tales que deben considerarse como parte del mismo y único sistema. Un derecho legal y un derecho en equidad (“legal”, entendido como perteneciente a la *common law* en su sentido restringido), la propiedad legal y la propiedad en equidad, a pesar de ser cuestiones históricas, como originadas en diferentes tribunales y en diferentes sistemas jurídicos, son ahora dos diferentes especies de derechos y de propiedad, reconocidos por los mismos tribunales, que aplican un sistema jurídico único y armonioso.”

En las páginas 275 a 280 de su Tratado, al hablar de la “Propiedad Beneficiaria” o la propiedad del beneficiario en el *trust*, después de comentarla como un caso curioso de propiedad duplicada, expresa Salmond lo siguiente:

“Bienes en *trust* son aquellos propiedad de dos personas al mismo tiempo, cuya relación de propietarios es tal que uno queda sujeto a la obligación de usar su propiedad para beneficio del otro. El primero es llamado *trustee*, fiduciario, y su propiedad es propiedad en *trust*; el último es llamado el beneficiario, y su propiedad es propiedad beneficiaria. El *trustee* está desprovisto de derechos de beneficio o goce sobre los bienes en *trust*. Su propiedad, en consecuencia, es cuestión de forma más que de sustancia y más nominal que real... Es la persona en quien los bienes de alguna otra, son atribuidos ficticiamente por la ley, al grado que sus derechos y facultades de que así queda investido, como propietario nominal, pueden ser usados por él en representación del verdadero dueño. La ley reconoce la verdad del caso entre *trustee* y beneficiario; entre estos dos, los bienes pertenecen al último y no al primero. Pero entre el *trustee* y terceras personas, prevalece la ficción; el *trustee* está revestido de los derechos de su beneficiario y en consecuencia, capacitado para apersonarse y representarlo en los tratos con todo el

16 Recuérdese que el autor escribe en Inglaterra en 1902.

mundo. El propósito de la encomienda fiduciaria es proteger los derechos de las personas que por alguna razón, son efectivamente incapaces de protegerlos por sí mismos...

"La Cancillería vindicaba las reclamaciones preferentes de la *equity*, no por la negativa de la existencia de un propietario legal, sino quitándole, mediante un *trust*, el goce de los beneficios de esos bienes. La fusión de la Ley y la Equidad, *Law* y *Equity*, efectuada por la Ley de Judicatura de 1873, no ha abolido esta distinción; simplemente ha extendido la doctrina de la cancillería a los tribunales de *common law* y sin suprimir la propiedad en equidad, no extinguió ni excluyó la propiedad en cancillería, ni lo hace ahora..."

"No hay ya dificultad teórica en permitir que un *trustee* y su beneficiario, puedan ser propietarios legales ambos, como no la hay en permitir que los dos sean propietarios en equidad. Si los tribunales legales hubieran creado una doctrina de *trust* para ellos mismos, esta doble propiedad legal todavía existiría".

El honorable ministro Story, Magistrado de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, escribió a principios del corriente siglo, la obra que leemos, denominada *Commentaries on Equity Jurisprudence*, en una reedición por A. E. Randall, de 1920.

En la página 32, capítulo que hace una revista general de la jurisdicción de *equity*, establece que tres clases de asuntos eran decididos en los tribunales de equidad: las cuestiones de fraude, de accidentes y de *trust*, y cita las siguientes palabras de Blackstone, el Magistrado:

"Los tribunales de equidad fueron establecidos para descubrir fraudes y ocultaciones latentes, que los procedimientos de los tribunales comunes no estaban capacitados para descubrir; para coaccionar la ejecución en materias tales como el *trust* y la confianza, que obligan en conciencia y sin embargo no son de la competencia de un tribunal común, conforme a la ley...; y para dar una mejor ayuda y más adaptada a las circunstancias del caso, que la que se pudiese obtener por la generalidad de las normas de la ley positiva o común, *common law*".

En la página 394, capítulo de *trusts* de la misma obra, da una definición explicativa de la institución, como sigue: "Un *trust* en el sentido que usa este término la jurisprudencia inglesa, puede ser definido como un derecho o título de *equity*, sobre bienes reales o personales, distinto de la propiedad legal de dichos bienes. En otras palabras: el propietario legal tiene el dominio directo y absoluto sobre los bienes, de acuerdo con

la ley; pero los intereses, productos o beneficios que llegan a sus manos, pertenecen totalmente o en parte a terceros. La propiedad legal sobre los bienes, en consecuencia, está gravada para ciertos usos, beneficios o cargas en favor de terceros, y estos usos, beneficios o cargas, constituyen los *trusts* que los tribunales de *equity* coaccionan obligando al propietario legal, como *trustee*, a ejecutar en favor del *c.q.t.* o beneficiario.”¹⁷

Sir Paul Vinogradoff, de quien ya he hablado a ustedes, autor de una pequeña obra titulada: “Introducción al Derecho”, en inglés “*Common Sense in Law*”, 1913, al hablar de la equidad con el capítulo de la *equity*, como una fuente de creación del Derecho y como una de las inspiraciones en su evolución y mejoramiento, se refiere (pág. 147) no sólo a la equidad en el sentido general de *aequitas*, sino también y lo distingue así, a la *equity* inglesa. Dice que la equidad de que habla, no es la moderna jurisdicción de *equity* en los tribunales ingleses, que las leyes de organización de los tribunales o *Judicature Acts* de 1873 y 1875 han fundido con los de la *common law*. Aunque es en la historia de la *equity* “donde encontramos el mejor material para el estudio de la equidad como principio distinto”, que lleva (pág. 159) “a modificaciones francas de un mal Derecho en vigor, es decir, cuando la equidad actúa como factor de corrección del Derecho”.

Al tratar de este fenómeno (págs. 152 y 153) atribuye a esta fuente el papel decisivo en la modificación de la posición jurídica de los siervos y de los villanos ingleses, en la creación del *trust* y en la protección de los contratos hechos sin atenerse a las formas legales escritas. Relata que los campesinos de la Edad Media, los llamados villanos, habían estado privados de la protección del Estado en sus relaciones con los Señores, los Lords. Si uno de ellos se quejaba de haber sido echado de sus tierras, o de acciones arbitrarias por parte de su Señor, la respuesta de los tribunales comunes, los tribunales reales, era que estos no intervenían en cuestiones relativas a las relaciones entre señores y villanos. En momento no bien precisado del siglo xv, como efecto del ejercicio de la jurisdicción de equidad en los tribunales de cancillería, los jueces comunes, los jueces reales, comenzaron ya a admitir acciones intentadas por los villanos contra los Señores, de tal forma que en el siglo xvi esta misma clase de asuntos se podía ya plantear ante la jurisdicción de la *common law*. Continúa exponiendo que la equidad actuó como correctora del Derecho, e ilustra con algunos ejemplos que nos hacen ver, que nos per-

17 Traducciones del conferenciante.

miten apreciar, las etapas que recorrió la jurisdicción de la *equity*, ahora ya no una jurisdicción divergente, sino simplemente un nombre indicativo del origen de las acciones que aún conservan su nombre y que forman parte del sistema único de la *common law*.

Como en este cursillo lo que se busca es dar a conocer lo que era y lo que es la *equity*, para mejor comprender el sistema jurídico anglosajón, no me debo privar de relatar a ustedes como describe Vinogradoff los problemas y soluciones de la vida real inglesa en aquella época.

Dice textualmente (pág. 160) que con arreglo a la *common law* en el siglo XVII, el matrimonio era "una transferencia de los derechos de propiedad de la esposa a su marido, durante la vida de este último". En el siglo XVIII, continúa, la opinión pública adquirió conciencia de la injusticia y de los inconvenientes que implicaba esta norma; y el tribunal de cancillería utilizó sus doctrinas sobre *trust* para modificar esas normas perjudiciales y permitir a "una mujer casada, poseer bienes con independencia de su marido, y ejercitar sobre esos bienes los derechos que podría ejercitar un hombre o una mujer soltera". Con arreglo al mejor procedimiento del Derecho de creación judicial, el resultado lo consiguieron los tribunales mediante el desarrollo sistemático e ingenioso de un principio sencillo, a saber: que aunque una persona no sea capaz de poseer bienes, estos pueden ser poseídos en su nombre y para su beneficio, por un fiduciario o *trustee* cuya única obligación es cumplir los términos del *trust*.

De aquí surgieron, por lo que se refiere a los bienes de las mujeres casadas, los siguientes resultados que gradualmente se fueron consiguiendo: los bienes entregados a un *trustee* para beneficio separado de una mujer, tanto antes como después de su matrimonio, son propiedad individual de aquélla, es decir, son bienes que no pertenecen en modo alguno al marido. Con arreglo a la *common law*, son propiedad del *trustee*, pero es propiedad que el *trustee* está obligado en *equity*, a administrar de acuerdo con los términos del *trust* y en consecuencia de acuerdo con las instrucciones y deseos de la mujer. Así se constituyeron los "bienes propios" o "hacienda separada" de la mujer casada.

En este caso, como en otros, los recursos ofrecidos por la jurisdicción de *equity* acabaron por preparar el camino a la legislación, que tomó la forma de las "Leyes sobre bienes de la mujer casada", de 1882 y 1893.

Desde entonces las acciones o recursos que una mujer casada puede ejercitar ante los tribunales del sistema jurídico anglosajón, siguen llevando los nombres de recursos en *equity*, y juegan armoniosamente con las disposiciones de la *common law*, desusadas ya las normas que le eran opuestas hace siglos, es decir, juegan como integrantes del sistema jurídico único anglosajón.

Noten ustedes que no se deben confundir las instituciones de la *equity* en sus orígenes, cuando era fuero especial, con esas instituciones evolucionadas en la edad moderna e incorporadas en el fuero único de la *common law* en su sentido lato.

Es decir, o en otras palabras: la *equity* moderna, que es de donde nosotros hemos recibido al *trust*, no es sino un capítulo del sistema de la *common law*; lo hemos recibido de un sistema jurídico totalmente cristalizado, cuajado, aunque no haya llegado a la etapa de codificación que nosotros consideramos ser la última en la evolución jurídica, conforme al cual, dentro de un fuero único (si bien con denominaciones provenientes del nacimiento de instituciones varias veces seculares) y congruente que forma un todo, no hay instituciones paralelas, donde no hay una institución de la propiedad peculiar y de la *equity* y otra de la *common law*, sino una sola institución de la propiedad *ownership*, en la que la titularidad puede recaer en persona diferente de la que la goce, disfrute, o reciba sus beneficios.

Sobre esto nos habremos de referir más adelante al ejemplo de la Ley de Luisiana de 1938, que es la confirmación más categórica de la fluidez procesal del *trust* en un sistema civilista.

Réstanos sólo, para antes de pasar a formular un análisis rápido de las definiciones y explicaciones que hemos dejado transcritas, releer la definición que contiene la obra monumental del Instituto Norteamericano de Derecho, el *Restatement of the law* en materia de *trust*, que ha recogido todas las doctrinas y todos los precedentes de Inglaterra y de los Estados Unidos y en la cual la enunciación de esa dualidad de jurisdicciones no es la esencia del *trust*. Por supuesto, el Instituto Norteamericano de Derecho no tuvo en cuenta las discusiones en los países latinos sobre este punto, ni sobre la realidad del derecho del beneficiario, ni sobre las doctrinas del desdoblamiento de la propiedad, aunque no se habían enunciado con el vigor que ahora se ha hecho. Dice la definición del *Restatement*, como sigue: "Un *trust*, tal como la palabra se usa en el *Restatement* de esta materia, cuando no está calificado por la

palabra caritativo, resultante o tácito, es un estado de relaciones fiduciarias con respecto a bienes, que sujeta a la persona por quien dichos bienes son peseidos, a deberes en *equity* al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, *trust* que se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo."

De acuerdo con esta y las otras definiciones, podemos considerar que no existe problema derivado de la tenencia del título legal por el *trustee*, ni de la transmisión de la propiedad de la cosa en *trust*, del *settlor* al *trustee* o fiduciario. Esto no es discutido por ningún autor anglosajón.

El segundo problema de conjunto que hemos enunciado, es decir, el relativo a si el derecho del beneficiario es real o es personal, se encuentra aún irresuelto tanto aquí en México como en los Estados Unidos.¹⁸

18 Maitland es quien con más vigor y claridad, y a nuestro juicio con plena fundamentación lógica y jurídica, ha expuesto la teoría del derecho personal del beneficiario en su obra *Equity* ya citada, especialmente en *Lectures* III, IX y X. La deriva principalmente de la máxima: *Equity acts in personam*, la equidad obra sobre las personas. Scott es probablemente el más distinguido de los autores contemporáneos, que sostiene con mayor amplitud y fundamentación la doctrina del derecho real del beneficiario, entendido como un derecho *erga omnes*. Hanbury en su reciente libro denominado *Modern Equity* (Sixth Edition, London, Stevens and Sons, Ltd., 1952), considera en importante lugar la doctrina de Maitland sobre la naturaleza de los derechos del beneficiario, que no acepta y comenta como sigue:

"Acerca de la naturaleza de los derechos en *equity* (p. 27), nunca se cansó Maitland de reiterar que a pesar de que han llegado a aparecer muy semejantes a los *jura in rem*, nunca podrán llegar a tener un lugar dentro de esa categoría. ... Debo hacer notar anticipadamente que la única parte de las afirmaciones de Maitland que no pueden ser adoptadas sin reserva, se refiere a la naturaleza de esos derechos como simples *jura in personam*, pero el punto vital que destruye el esquema de Maitland, descansa en el derecho del beneficiario a perseguir los fondos del *trust*..."

"Los derechos de un *c. q. t.* son, lo mismo que casi todos los derechos en *equity*, híbridos, colocados a medio camino entre los *jura in rem* y los *jura in personam*, pero el hecho de que sean algo más que un derecho personal, no le quita las ventajas que derivan de los *jura in personam*. Son derechos personales y algo más..."

La determinación de si son o no reales los derechos del *beneficiary*, en los Estados Unidos, debería hacerse con vista de la doctrina y el Derecho norteamericano, considerando en primeros lugares tanto lo que se entienda por *jus in rem*, como la forma procesal de ejercicio de los derechos a estudio. Y respecto a la naturaleza de los derechos del fideicomisario en México, habrá de hacerse, entrando al problema de los derechos reales, sobre los cuales han escrito con mucha amplitud los licenciados Rafael Rojina Villegas y Oscar Morineau, pero sin perder de vista que nuestra legislación sobre propiedad, posesión y servidumbres, se inspiró en la doc-

Pero debemos hacer constar que por derecho *in rem* allá se entiende un derecho oponible *erga omnes*, esté o no esté directamente vinculado el sujeto con la cosa, concepción no exactamente igual a la mexicana, inspirada en la doctrina clásica, que por derecho real entiende el vínculo que une al sujeto con la cosa materia del derecho.¹⁹

Pasemos ahora una somera revista a las normas substantivas de la *equity*, a aquellas de las Doce Máximas, que nos ayuden a tratar de penetrar el alcance de la propiedad (*ownership*) que Salmond y Story atribuyen al beneficiario. Tengamos presente la declaración del *Restatement*, donde no se establece que aquél sea propietario conforme a la *equity* sino simplemente se dice que es quien recibe los beneficios de los bienes titulados al fiduciario.

La número 1 dice: "La equidad no puede tolerar que haya agravios sin recursos, *remedies*." La segunda máxima: "La equidad sigue a la ley." Si la equidad sigue a la ley, no puede haber contraposición entre la ley y la equidad, *common law* y *equity*, es decir, se trata de cuerpos complementarios que forman un único sistema. La cuarta: "Cuando las condiciones de equidad son iguales, la ley (*common law*) debe prevalecer". Esto simplemente es una confirmación de lo anterior. La duodécima dice: "La equidad actúa siempre *in personam*", es decir, sobre las personas.

De las Cuasi Máximas que Ingersoll, en "American Library" declara, tomamos la octava y la décima. Dice aquélla: "La equidad considera al beneficiario como el verdadero dueño", y la última nos explica por qué "La equidad debe deshacer lo que el fraude ha hecho."

Todas estas normas nos conducen como de la mano a percibir que si la equidad considera al beneficiario como dueño, es como una manera de deshacer el fraude que hubiere cometido el *trustee* tratando de apropiarse lo que en conciencia no es suyo; que la equidad debe actuar por medio de sus tribunales, sobre la persona del infiel, porque no puede

trina clásica, escuela de exégesis, que considera la existencia de un vínculo entre la cosa y el titular del derecho, doctrina que los autores contemporáneos desechan. El conferenciante ha expuesto sus convicciones sobre la naturaleza personal, en su libro *Los Derechos del Fideicomisario*, pero no desea dejar de hacer notar que los derechos a estudio no pueden ser válidos *erga omnes*, porque no son válidos frente al fiduciario.

19 Licenciado Rafael Rojina Villegas, *Tratado General de los Derechos Reales*. México, 1947, tomo primero, caps. III y IV.

tolerar que haya un agravio, que haya un fraude sin que exista un recurso o remedio que lo corrija. Pero la equidad siempre va tras la ley, quienes llegan al tribunal en condiciones de igualdad de derechos basados en la *equity*, ven su caso ventilado conforme a la *common law*.

Creo que con estos datos, podemos pensar fundadamente que la postura de la *equity*, la consideración de la *equity* respecto a la propiedad beneficiaria, es simplemente una consideración hiperbólica, en cuanto considera como dueño al *c.q.t.* para poder deshacer el fraude, para poder darle un remedio, para dar al verdadero dueño lo que le pertenece en conciencia, para quien los beneficios son debidos. Pero sin desconocer lo que la *common law* establece respecto al título legal. Es decir, que la propiedad legal (como lo dicen Salmond y Story) más formal que real o verídica, se encuentra en manos del *trustee*.

Respecto a los problemas derivados del hecho de que la *equity* y sus recursos se originaron en el proceso, es decir, en un ámbito de jurisdicción, en un ámbito de derecho adjetivo, debemos tener en cuenta que la *equity* siempre obraba sobre la persona del justiciable afectado. Nunca se hicieron declaraciones sobre la validez o invalidez de las sentencias, de los proveídos o mandamientos del juez de la *common law*. Esto se pudo y se debió hacer, porque el juez de *equity* no era un juez civil en el sentido y alcance que nosotros ahora lo entendemos; el juez de cancillería y ahora su sucesor el juez que "se sienta en equidad", *sitting in equity*, que resuelve conforme a las normas de la *equity* es un juez que tiene mucha mayor potestad, *imperium*, que un juez civil. Es un juez que tiene la potestad de aprisionar, de poner en la cárcel a un justiciable, potestad de la que carecen nuestros jueces civiles, que está reservada al juez penal que, por cierto, es el que conoce de los casos de fraude.

Veamos, notemos que la *equity* remedia el fraude que pretende cometer el *trustee* infiel; que la consideración procesal de que la *equity* contempla en sus recursos al beneficiario como al verdadero propietario, sólo opera cuando hay una controversia, cuando el *trustee* ha hecho un mal uso de su título, cuando no ha cumplido sino violado la ley y sus obligaciones, las impuestas en el acto constitutivo del *trust*, conforme a las cuales, si hubiere obrado (es decir, para beneficio del beneficiario) nunca hubiera habido controversia. Repitamos: el juez de *equity* actúa *in personam*, con una potestad mayor que la de un juez civil, entre otras cosas porque es heredero jurisdiccional de un funcionario administrativo,

poderoso en su época, políticamente el más fuerte después del Rey. Desciende del Canciller, del guardador del sello real, que pudo pasar sobre las sentencias de los tribunales reales y ordenar el aprisionamiento del ganancioso. Esto nunca fué criticado por los justiciables ingleses, porque el fraude, el delito contra la propiedad, siempre ha sido castigado con pena corporal, aunque este aprisionamiento se hiciera por el ingenioso sistema del desacato, del *contempt of court*.

Si, pues, el beneficiario, sólo en el caso de proceso, de controversia judicial originada en un fraude del *trustee*, es considerado como propietario de la cosa en *trust*; y si esa consideración judicial tiene como único efecto procesal que la cosa vuelva a otro *trustee*, pero nunca que se entregue al beneficiario; si mientras no hay *breach* o conflicto, el *trustee* es dueño legal frente a todo tercero, podremos concluir que la *equitable ownership* es sólo una norma hiperbólica, persupuesto hipotético para gráficamente deducir de ella la restitución al *trust* de la cosa mal enajenada, ya que por virtud de la fraudulenta enajenación, se priva al beneficiario de sus derechos al disfrute o goce de sus productos.

Dicho de otra manera: no sentimos congruencia para afirmar que haya, en verdad, una doble institución de propiedad ni tampoco un desdoblamiento de propiedad como institución única.

El derecho, de los varios que tiene el *c.q.t.* que ha dado lugar en mayor grado entre los juristas latinos, a pensar que es un derecho real, *in rem*, es el de *to follow the trust property into its product*, perseguir el producto de los bienes en *trust*. Esta persecución, que no es una acción *rei persecutoria*, pues no se da para reivindicar la cosa, sino para exigir del producto de su venta, según el *Restatement*,²⁰ o de los bienes adquiridos con ese producto, el pago de daños y perjuicios.

Se trata, pues, de un recurso, de un remedio que actúa *in personam* contra el *trustee* defraudador o infiel. Si el comprador es de mala fe, debe restituir al *trust* la cosa; pero si es de buena fe de acuerdo con las reglas sobre enajenación de cosa ajena, el comprador adquiere, pero el producto de la venta será restituído por el fiduciario infiel. Trátese o no se trate de una verdadera acción revocatoria, como lo he sostenido, el caso es que el beneficiario no tiene título o derecho para recibir la cosa en *trust*, materia de la enajenación fraudulenta, pues ésta, o su producto o su sustituto, debe ser entregada a un nuevo *trustee* para que continúe la ejecución del *trust*. Tal como acontece en México en el caso de ventas frau-

20 *Restatement on Trust*, vol 1, núm. 202.

dulentas en perjuicio de acreedores. En el primer caso, conforme al artículo 2164 del Código Civil, el comprador de mala fe está obligado a restituir la cosa por ser nula la enajenación, y la cosa vuelve al vendedor y deudor, y no se entrega al acreedor que pide la nulidad. Y cuando el adquirente es de buena fe y ha adquirido en determinadas condiciones legales, tiene derecho a conservar la cosa, y los acreedores sólo podrán perseguir judicialmente su precio.

Todas estas consideraciones nos llevan también a concluir que el beneficiario carece no sólo de acción reivindicatoria, sino de acción de tipo personal, y no puede ser por ello considerado como propietario en la plena acepción de esta palabra, y por tanto, para estructurar en México un fideicomiso que sea la recepción del *trust* del Derecho anglosajón, debemos ceñirnos al modelo. Debemos conferir al fiduciario la titularidad de la cosa fideicometida, y al beneficiario, un conjunto de derechos que le permitan lograr lo mismo que el *c.q.t.* ¿Cómo hemos de estructurar el derecho del beneficiario? ¿Hemos de darle una acción real de las que señala nuestro código procesal, sobre el patrimonio fideicometido? ¿Hemos de construir un nuevo derecho real persecutorio en jurisdicción mercantil, en Derecho bancario que a diferencia del persecutorio civil, se satisfaga con la sola anulación de las enajenaciones fraudulentas? O bien podemos darle una acción personal, aun cuando tenga el nombre de "reivindicación", que le permita anular las transmisiones fraudulentas que hiciera el fiduciario.

Creemos que es bastante la configuración de acciones personales para lograr los mismos efectos que logra el *c.q.t.*

Pero si hemos de tratar de recibir con fidelidad la institución, deberíamos dar al juez del conocimiento, al juez civil que conozca de conflictos de fideicomiso, una potestad aunque indirecta, semejante al juez de equidad. Sin romper nuestro sistema, ya lo hicimos en materia de cheques. Se trata de tipificar el delito que cometa el fiduciario, al prevaricar o enajenar contra instrucciones expresas del fideicomiso; de dar derecho al beneficiario de querellarse, como ofendido, contra el fiduciario para que la justicia criminal le imponga una pena por el fraude que cometiere, que es tan fraude cuanto lo es el girar un cheque sin fondos. De esta manera se complementaría la acción civil con una acción criminal, que haría más eficaz la protección del derecho comentado, que si se le diera una acción real.

Creo, es más, que aun cuando teóricamente así debiera ser, no debemos llegar a estos extremos, pues serían muy raros los casos de prevaricato, ya que en México como ustedes saben, fiduciarios solamente pueden ser las instituciones de crédito.

IV. *Reflexiones sobre la recepción, en sistemas de Derecho Civil, de instituciones originadas en la "Equity"*

La existencia de dos fueros complementarios, uno corrector de otro, tal como la *equity* y la *common law* se originaron, funcionaron y funcionan en Inglaterra, sí pudiere ser cosa exótica, difícilmente inteligible o irreductible a los marcos del Derecho Civil de algún otro país latino, no es lógico que aparezca a los juristas mexicanos como un ejemplo extraordinario de superposición de jurisdicciones. Habremos quizá de repetir: la *common law* es un sistema de Derecho Privado, jurisprudencial y casuístico, es decir, que sin la existencia de códigos en los que se declaren normas substantivas, de la jurisprudencia casuística elaborada por la judicatura, se han inducido normas generales que constituyen la ley del precedente, ley no escrita, que ante los tribunales tiene la misma fuerza que el articulado de un código. Existe, pues, hemos dicho, un cuerpo de derecho substantivo como en México existe un código civil y un código de comercio.

Frente a ese cuerpo de Derecho substantivo hace cinco siglos se desarrolló una jurisdicción, originada en el proceso, que en Inglaterra por razones de equidad, en conciencia, complementaba y corregía las normas formalistas del cuerpo substantivo o *common law*, en su sentido original y restringido. Es decir, en Inglaterra, se consideró que la equidad, en la acepción del vocablo latino *aequitas*, debía ser de una categoría legal superior a aquella *common law*, al grado que cuando una sentencia dictada conforme a la ley del precedente, resultare contraria a una norma de la *aequitas*, subsistiría ésta sobre aquél. En nuestra hora, *equity* y *common law* se han fundido en un fuero único, la *common law* en su sentido lato.

En México, seguimos repitiendo, poseemos un Derecho legislado, normas codificadas de Derecho privado que son el código civil y el código de comercio; pero existe una norma de superior categoría, la constitucional, y cuando una resolución de los tribunales se funda en un precepto de la ley común, civil o mercantil, pero es contraria a alguna

disposición constitucional que proteja garantías individuales, subsiste la disposición constitucional y queda sin efecto la resolución apoyada en el Derecho privado.

Hemos afirmado, recurriendo a las matemáticas, que puede declararse una proporción: la *common law* es a la *equity*, es decir, la ley común es a la equidad en Inglaterra, como el Derecho civil o el mercantil son a los preceptos constitucionales en México.

Pero todavía hay más: en los países anglosajones, cuando una resolución fundada en la *common law* ataca a una norma de la equidad, se interpone un recurso denominado *remedy*, es decir, un remedio, ante un juez, quien en proceso seguido conforme a reglas de la jurisdicción de la *equity*, resuelve, sin anular la sentencia de la *common law*, que esta última quede sin efectos.

En México, cuando un juez pronuncia sentencia basada en la ley civil o mercantil, contraria a las garantías individuales de la Constitución, el afectado interpone un recurso, que es un "remedio" semejante al inglés, el recurso de amparo, que se tramita ante una jurisdicción diversa, que puede ser concurrente, la que dentro de un proceso específico y diverso del proceso ordinario, termina por sentencia que deja sin efectos, sin anular, la resolución del juicio ordinario. Nótese también como característica del amparo que actúa *in personam*; es una orden personal que se dicta contra el titular del organismo designado como autoridad responsable, de "hacer", en ciertos casos de efectos restitutorios, y generalmente de "no hacer"; y en materia de *equity* esta jurisdicción obra siempre *in personam*, *equity acts in personam* y la *injunction* es un mandamiento dirigido a la persona contra cuya actividad u omisión se interpone el recurso, para que haga o no haga alguna cosa.

La autoridad responsable que no acata una orden de suspensión o la sentencia de amparo, sufre una multa y además puede ser consignada por el delito de desobediencia a un mandato legítimo de autoridad competente. En el caso de la *injunction*, el que no acata la resolución judicial sufre la pena del desacato por el *contempt* que comete al no obedecer o respetar la orden del juez. Por una ficción de la justicia inglesa y norteamericana, se presume que quien desobedece al juez en un juicio en *equity*, es decir, en ciertos tipos de procesos, comete un menosprecio a la autoridad judicial, y, en consecuencia, un delito que merece pena corporal.

Dicho de otra manera: hemos establecido una proporción de semejanza entre el recurso de equidad, el *remedy*, y su forma de corregir la situación creada por la *common law*, con el recurso mexicano de amparo, forma de corregir la resolución de la jurisdicción ordinaria, que no es anulada sino simplemente privada de efectos respecto a la persona del recurrente.

La jurisprudencia que forma la Suprema Corte en materia de amparo en su Sala Civil, se incorpora al sistema legal del Derecho privado mexicano, y es de aplicación obligatoria por los jueces, sin que ello nos aparezca de difícil comprensión.

Continuamos quizá repitiendo: no se pretende significar que la jurisdicción de amparo sea igual o idéntica a la jurisdicción de la *equity*; ni que la equidad entendida como la conciencia del Canciller inglés, sea un equivalente de las garantías individuales; ni que las normas de equidad y las normas constitucionales se encuentren en el mismo plano; no se trata de establecer identidades ni igualdades. Se trata de establecer una analogía, cercana o remota, de instituciones y fenómenos procesales como la aparente superposición de jurisdicciones, que sólo es una complementación, en dos sistemas jurídicos diversos, para ilustrar al estudioso con un ejemplo que pueda ayudarle a desechar la vieja idea, que entre líneas aparece en varios comentaristas italianos, españoles y franceses, que enfrentan la *equity* a la *common law* como dos sistemas contrapuestos; que atribuyen a sus normas un alcance que no tienen en Derecho anglosajón, y se ven obligados a recurrir al expediente de dividir o desdoblar la propiedad, tan sólo porque en una de las formas jurídicas en que la propiedad se involucra, el *trust*, la *common law* ve un propietario, y las normas de la *equity* contemplan a otro sujeto como dueño. Como si en nuestro México no aconteciera, y repito que no hago afirmaciones de identidad sino de semejanza, que el Derecho civil contemple como poseedor en ciertas ocasiones, a persona diversa de la que el juez de amparo pueda considerar poseedor, cuando de suspensión se trata.

Por último, quiero solamente hacer constar que esa comparación de semejanza, proporción de semejanza entre amparo e *injunction*, no es una novedad en cuanto a la idea que la origina en nuestro Derecho, pues el licenciado Carrillo Flores ya ha llamado a la segunda "amparo contra particulares", y el licenciado Rabasa le dedica un capítulo de su libro *El Derecho Angloamericano*, para describir las semejanzas que hay entre

ambos. En este mismo orden de ideas podríamos afirmar que la mayoría de las doce máximas y las diez cuasi máximas de la *equity* contienen preceptos de tal manera generales como expresiones de "equidad" en su connotación y denotación castellanas, que coinciden con los principios generales de Derecho reguladores de la jurisdicción de amparo.

Se apreciará, pues, que es fácilmente comprensible para nosotros el juego suplementario de la *equity* sobre la *common law*, y que instituciones originadas en la *equity*, como el *trust*, pueden ser fácilmente entendidas en México sin un esfuerzo extraordinario de la imaginación.

De las definiciones que leímos en la plática anterior, la de Salmond, la de Story, la del *Restatement*, notamos que todos esos autores entienden de la misma manera el *modus operandi*, la forma de operar de los recursos que protegen el derecho del *c. q. t.* Esos recursos operan procesalmente en un fuero único llamado *common law* en su sentido lato. No puede haber racionalmente desdoblamiento de propiedad entendido como dos tipos de propiedad, o dos diversos titulares de derecho de propiedad sobre la misma cosa. Sólo puede existir un titular, si no es posible más propiedad que la propiedad "conforme a Derecho", sea cual fuere la clase de derechos que pueda ejercitar un tercero, el *c. q. t.*, respecto a los productos, uso o goce de aquella cosa.

Entonces resulta inexacta la teoría, que para fines de recepción en sistemas de Derecho civil han expuesto Franceschelli, otros autores y varios abogados mexicanos, sosteniendo el desdoblamiento de la propiedad, que pretenden extender al sistema mexicano del Derecho civil; "propiedad formal" y "propiedad económica", lo cual creo es inexacto, y, sobre todo, innecesario.

Maitland, el autor inglés que ha sido poco estudiado por nosotros, a pesar de que es muy accesible en su lectura por su método de exposición y sus explicaciones de tipo civilista, sin duda fué un experto en Derecho canónico. Es, por tanto, mucho más comprensible que otros autores británicos; pero en el estudio de los autores extranjeros, obra un tanto el factor personal, lo que podría yo comentar declarando que Maitland no tiene la fascinación de la ininteligibilidad, sino tiene sólo el encanto de la comprensibilidad. Es decir, es tan comprensible y tan inteligible, que probablemente resulta poco interesante para los estudiosos, a pesar de que es quien a mi juicio centra perfectamente bien, desde el punto de vista del Derecho civil, la cuestión de las dos supuestas jurisdicciones anglosajonas.

Maitland escribió en 1909, hace ya casi 50 años, después de la fusión de sus tribunales, pero antes de la fusión de las acciones en *equity* y de las acciones en *common law* en un sólo tipo de acción única civil, lo que se ha realizado en los Estados Unidos. Sus juicios y comentarios dictados hace casi medio siglo, son en el sentido de las tesis que he expuesto en este cursillo de conferencias. Así puede leerse en la página 17 de su obra, una traducción de la cual hago un poco a la carrera y más libre que literal, al estudiar qué cosa es *equity* y qué es *common law*, y cómo deben de entenderse. "Tomemos un ejemplo en el que lo que pueda aparecer conflicto por un momento, se resuelve al ser examinado; tomemos el caso de un *trust*. Quien lo examina puede ser informado que según la *common law* el *trustee* o fiduciario es el dueño de la tierra y que la *equity* dice que el *cestui que trust* o beneficiario, es el propietario. Desde todo punto de vista parece haber aquí un conflicto suficiente. Pensemos lo que significaría que esto fuera realmente exacto, que dos tribunales de jurisdicción coordinada dictaran sentencias contrarias: esto significaría la guerra civil y aun la anarquía. Pero la *equity* no dijo que el *c. q. t.*, el beneficiario, fuera el propietario de la tierra, dijo que el *trustee* era el propietario, pero añadió que éste quedaba obligado a poseer la tierra para beneficio del *c. q. t.*".

Vean ustedes que en el fondo, Maitland establece que la afirmación de la *equity*, que contempla o afirma para los efectos de sus procesos, en un ámbito procesal: que considera al *c. q. t.* como al propietario, construye simplemente una frase hiperbólica. Vean que no puede existir conflicto dentro del sistema jurídico de la *common law*, conforme al cual, el que tiene el título de acuerdo con la ley, el *trustee*, es el propietario.

Más adelante, en la página 153 de su obra, dice: "Hemos visto que normalmente las relaciones de la *equity* y de la *common law* no son de conflicto... Debemos pensar que las relaciones entre *common law* y *equity* no son las de dos sistemas en conflicto, sino las existentes entre un código y su suplemento, entre un texto y su glosa. Debemos aún recordar que la *equity* no es un sistema autosuficiente; que difícilmente es un sistema, sino que es más bien una colección de reglas adicionales o complementarias".

Esto nos lleva a la conclusión que la historia reciente, el acontecer en los Estados Unidos, ha confirmado que la *common law* en su sentido lato, como sistema jurídico diverso del sistema de Derecho civil (nom-

brando así a los sistemas jurídicos de los países anglosajones y a los países de herencia románica, respectivamente), es un fuero único, por lo cual no debe haber inconveniente jurídico para recibir, para el fenómeno de recepción en nuestro Derecho, a instituciones, que aunque originadas en la *equity* cuando se podía hablar de una duplicidad de fueros, en los siglos XIII y XIV, funcionan actualmente en el fuero único consolidado de la *common law*, fuero tan único como el que tenemos nosotros, en donde juega u opera sin ninguna dificultad. Es decir, que cualquier institución de las que actualmente forman el Derecho norteamericano, aunque no tenga una correspondencia más o menos aproximada a las nuestras, puede ser recibida como fenómeno de Derecho comparado, sin hacer un esfuerzo, sin estrujarla, sin deformarla, porque no existe dificultad que sea insuperable.

Don Toribio Esquivel Obregón, cuando en el año de 1930 afirmaba en su artículo denominado *De lo que la ley bancaria llama el fideicomiso* estudiando la de 1926, de la que hemos afirmado hizo una mala recepción al considerar al *trust* como un mandato irrevocable; don Toribio decía, afirmaba: "que el fideicomiso sería una engañifa y las Cortes de Equidad un peligro si se establecían en México." Estos juicios de don Toribio, que fueron inexactos en su época, ya no tienen validez alguna hoy día, porque la evolución del sistema jurídico norteamericano y del mexicano, han eliminado las razones que lo indujeron a hacer tales afirmaciones.

En primer lugar, don Toribio se refirió a una mala, defectuosa e inexacta recepción del *trust* en el Derecho mexicano. En segundo lugar, nunca se habló en el Derecho nacional de establecer "cortes de equidad", que ni son necesarias, ni son convenientes, ni se ajustan a nuestra tradición jurídica; que hubieran sido jurídicamente inútiles para los efectos de la recepción. En tercer lugar, el Derecho anglosajón había ya evolucionado en tal forma que la *equity* y la *common law* estaban fundidas en un fuero único y ahora lo están más aún en la acción civil única. No existe, por tanto, inconveniente procesal en la recepción, no sólo de la institución substantiva, sino de su parte adjetiva o procesal, que no necesita de un sistema bijurisdiccional.

Franceschelli, al sostener como médula de su doctrina interpretativa del *trust*, el desdoblamiento de la propiedad, afirma implícitamente una dualidad paralela o divergente de jurisdicciones y hace imposible, por esa premisa de su silogismo, la recepción de cualquier institución que

proceda de un sistema jurídico en donde hay dualidad de jurisdicciones. Tal dualidad de jurisdicciones, motivo de crítica en este cursillo, no existe, como lo han declarado hace medio siglo, Vinogradoff, Story, Salmond y otros muchos, sobre todo Maitland, con una gran claridad.

Lo cual ha sido, además, reafirmado por el hecho de que el Estado de Luisiana, Estado de la Unión Norteamericana que no posee el sistema de *common law*, sino que tiene un sistema de Derecho civil heredado de la Colonia francesa y del Código Napoleón, tenga una ley, la *Louisiana Trust Estates Act*, de 1938, que es Derecho legislado, Derecho positivo, en la que el *trust* se define exactamente igual que en el *Restatement*. Esta obra lo define en términos de los fueros complementarios de *common law* y *equity* para el resto de los Estados de la Unión Norteamericana y no para Luisiana. Si Luisiana la ha podido adaptar y ha funcionado, no encuentro yo razón para pensar que en México no pueda efectuarse una recepción en forma semejante.

El mismo caso es el de la recepción hipotecaria, y debo declarar que no estoy propugnando la recepción, de la *mortgage* o hipoteca norteamericana; me limito a ejemplificar.

La hipoteca en el Derecho anglosajón es cosa enteramente diferente de lo que es la hipoteca en México; es el equivalente más aproximado de la venta con pacto de retroventa regulada en el Código de 1884 y suprimida en el Código de 1928, y aún antes por ley especial del Presidente Carranza en 1916. Y es cosa también semejante al contrato de reporto que autoriza la Ley de Operaciones de Crédito de 1932, con títulos de crédito, por supuesto, tal como se practica hoy día en los Bancos.²¹

Maitland y casi todos los autores del norte, al hablar de la hipoteca o *mortgage*, que quiere decir literalmente en francés *mort gage*, prenda muerta, expresión que pasó del francés al inglés, porque en aquel siglo XIII se hablaba francés en Inglaterra, dice de la hipoteca, de la *mortgage*:

21 Conforme al artículo 259 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en virtud del reporto, el reportador adquiere por una suma de dinero, la propiedad de títulos de crédito y se obliga a transferir al reportado, la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie en el plazo convenido y contra reembolso del mismo precio, más un premio. Aunque regulado el reporto por primera vez en 1932, para fines bursátiles, la práctica bancaria ha relegado totalmente esos fines, y el reporto ha resultado ser la forma usual de otorgar préstamos a corto plazo con garantía real superior a la prenda, ya que si el reporto no es liquidado a su vencimiento ni prorrogado, el reportador hace suyos los títulos reportados.

"En la doctrina de la *equity* la hipoteca, *mortgage*, es meramente una garantía para dinero, una garantía que puede ser redimida, a pesar de que de acuerdo con las cláusulas de la escritura de *mortgage*, el acreedor hipotecario se ha convertido en el dueño absoluto de la tierra, lo que hace desaparecer casi completamente discusiones sobre la *mortgage* dentro de la esfera de su jurisdicción (de la *equity*), y tiene ésta la última palabra sobre el asunto... Es esencial para hacer una *mortgage* (hipoteca) un préstamo de dinero; pero es esencial una contraprestación correspondiente a la transmisión de la tierra, sujeta a la condición de que si en un día cierto la deuda se paga, el acreedor hipotecario, titular de la tierra, deberá retransmitir ésta al deudor".

El *Restatement*, al hablar de los *trusts*, siguiendo una sistemática típicamente anglosajona, más norteamericana que inglesa, distingue el *trust* de otras instituciones y al distinguirlo de la hipoteca, porque las dos son instituciones de la *equity*, dice así: "Originalmente, sólo los tribunales de la ley común podían conocer de hipotecas (siglos XII o XIII). El acreedor hipotecario adquiría el título legal de los bienes hipotecados, es decir, se convertía en su dueño, los que estaban sujetos a ser devueltos al deudor hipotecario cuando éste hiciera el pago de la deuda asegurada con la hipoteca. Si la deuda no se pagaba, el derecho del acreedor se tornaba perfecto, es decir, quedaba en firme dueño de la tierra. Posteriormente los tribunales de Cancillería o Equidad, crearon y pusieron en vigor un derecho llamado *equity redemption*, redención en equidad; la consecuencia fué que, a pesar de que los tribunales de la ley común, *common law*, veían al acreedor hipotecario como propietario de los bienes, en los tribunales de cancillería el deudor hipotecario era considerado como propietario, era contemplado como propietario sujeto a un derecho en garantía de la hipoteca".

En otra parte de su obra Maitland dice: "Un acreedor hipotecario no se convierte en absoluto propietario de la cosa hipotecada, sino hasta que ha ido a una Corte de Equidad y el deudor ha tenido la oportunidad de ser oído y goza de una última oportunidad limitada por la Corte para pagar la deuda y redimir la tierra". Si analizamos la forma como opera la *mortgage*, cuya traducción literal es "hipoteca", en los países anglosajones, vemos que es lo que hemos llamado en México una venta con pacto de retroventa.

En efecto, el deudor, como en un *trust*, más bien como en una *fiducia cum creditore*, pone la cosa a hipotecar, la cosa que va a ser la garantía,

a nombre de su acreedor, de quien recibe el dinero; el acreedor hipotecario, el *creditor* del Derecho romano, adquiere el título legal y se convierte en el dueño conforme a la ley de la cosa hipotecada, de la cosa en garantía del préstamo que ha hecho; el deudor, el antiguo dueño se ha desposeído, se ha desprendido de la cosa y la ha puesto en manos del acreedor. Pero en conciencia, en equidad, es el dueño, puesto que solamente ha querido constituir una garantía; no ha hecho una enajenación, pero sí ha hecho una transmisión de su propiedad y de su título, en favor del acreedor.

¿Podría Franceschelli idear una teoría del desdoblamiento de la propiedad en materia de *mortgage* y de su réplica la venta con pacto de retro? Pues debería hacerlo, en tanto que ha encontrado una explicación del juego del *trust* en un desdoblamiento de la propiedad. Creemos que tal cosa parecería absurda, en primer lugar, a los anglosajones. Hablar de desdoblamiento porque el deudor hipotecario es el propietario conforme a la *equity* y que el acreedor hipotecario es el propietario conforme a la *common law*, sería inútil, aunque la equidad los contemple de esa manera. Habríamos de preguntarnos ¿por qué el dueño en equidad (*equitable owner*) en un *trust* debe recibir los frutos, y en una *mortgage* no los debe recibir?

El desdoblamiento parecería cosa bizantina a los anglosajones, y a nosotros nos parecería inútil, porque el juego o *modus operandi* es igual al de la venta con pacto de retroventa, sin necesidad de que imaginemos quién es el propietario económico, el propietario formal y el propietario jurídico de la cosa, en tanto que el acreedor hipotecario, *mortgagor*, tiene el título de la cosa y no le es pagada la deuda, sigue siendo el dueño, y cuando el deudor, *mortgagee*, le paga el crédito, el acreedor titular de la tierra tiene la obligación personal, obligación de hacer, de escriturar, de retransmitir la tierra a quien originalmente se la enajenó, al deudor hipotecario. Esta es la esencia del pacto de retroventa y la acción que se da en los Estados Unidos al deudor a quien el acreedor no quiere recibir el dinero, no quiere retransmitir la cosa, se llama *equity redemption*, redención en equidad, porque los tribunales de equidad le han dado ese derecho a pagar fuera del plazo que estipuló para el cumplimiento de su obligación.

Esto, un contrato casi exactamente igual a la *mortgage* en un sistema de *equity* y *common law*, funciona perfectamente en México y ha

funcionado por muchos años con el nombre de "venta con pacto de retroventa". Repito los puntos de similitud: primero, hay una enajenación del deudor al acreedor, una transmisión de la cosa; segundo, hay una obligación personal de restituir una suma, de pagar el crédito; tercero, hay una obligación condicional; pagándose el crédito o pagándose el precio de retroventa, el acreedor hipotecario, dueño, debe retransferir, retransmitir la propiedad al original deudor o vendedor.

Una institución como la *mortgage*, sin necesidad de recibirla, sin necesidad de la recepción, tiene un equivalente en el Derecho mexicano transitoriamente en desuso (cuarenta años en la vida de una nación es poco). Seguramente un día se volverá a regular legalmente la venta con pacto de retroventa. Vemos, pues, que no puede haber inconveniente, que no hay inconveniente en recibir una institución de la *equity* del tipo de la *mortgage* en el Derecho mexicano, puesto que ya funciona una institución casi exactamente igual.

El legislador de 1917 que la derogó y el de 1928 que la suprimió del código civil, tuvieron razones enteramente circunstanciales, de tipo político-social; no querían que la retroventa fuese una manera de que los acreedores económicamente fuertes, abusaran del deudor económicamente débil, de las clases desvalidas o no educadas, de la masa proletaria. Esa fué una manera, probablemente la menos eficaz, como se combatió la usura y así se logró que no hubiera esos préstamos en aquella época. En cuanto la nación normaliza su vida, la historia se repite y seguimos presenciando el triunfo del más fuerte sobre el más débil. Ahora no se hacen pactos de retroventa, sino simplemente los acreedores poderosos que quieren una garantía plena, como la que les daba el pacto de retroventa, se hacen poner a su nombre en una *fiducia cum creditore*, contrato innominado y contrato simulado, la cosa que ha de servir de garantía.

Es que la ley, el legislador, no puede suprimir movimientos, actitudes y situaciones humanas, como la necesidad de poner ciertos bienes a nombre de otra persona, de que hemos hablado al iniciar este curso. Probablemente la supresión de la usura y del abuso de los acreedores para quedarse con las garantías, más se debió a la decidida actitud del gobernante que a la prohibición del pacto de retroventa que, desde el punto de vista doctrinal y jurídico, resultó enteramente inocuo a los fines económicos perseguidos en 1916.

Al terminar, quiero llegar a algunas conclusiones de carácter general, en relación con la recepción en México de instituciones originadas en la *equity*.

Primera: que su recepción actual en esta sexta década del siglo xx, no significa deformación de la institución a recibir porque hubiere habido dualidad de jurisdicciones en el norte; porque no es exacto que ahora la haya. Un ejemplo vívido de recepción feliz lo tenemos en el caso del Estado de Luisiana, cuyo Derecho legislado contiene, entre otras de las instituciones de la *common law* del Derecho norteamericano, el *trust*.

Segunda: Tratándose de instituciones originadas en la *equity*, en cuanto a su recepción en el Derecho civil mexicano; si hubiere algún derecho real en la institución de que se trata, como hay el de propiedad en el *trust*, como hay el de propiedad en la *mortgage*, debe recaer su titularidad en el *legal owner*, el propietario conforme a la ley del Derecho anglosajón, que es el titular o *holder* del título legal (valga el pleonismo de la expresión), en ese Derecho. El derecho real de propiedad debe residir en quien, en el sistema de la *common law* es el *legal owner* y no hay inconveniente para que así juegue y opere perfectamente, dentro de nuestro Derecho.

Tercera: el derecho de la persona a quien la *equity*, en su época, ha contemplado como propietario, sea en la *mortgage* o sea en el *trust*, debe configurarse en México como un derecho personal. Este derecho personal debe ser correlativo de la obligación de hacer, de un conjunto de obligaciones de hacer, del propietario legítimo de quien tiene el título legal. Pretender configurar en el beneficiario, en la persona a quien la *equity* contemplaba como propietario, un derecho real, es hacer muy difícil y quizá imposible el funcionamiento de la institución. Ese nuevo derecho real rompería el sistema de *numerus clausus* del código civil y originaría esta alternativa: o se modifica el código civil y se crea un nuevo derecho real, o se atribuye al beneficiario alguno de los derechos reales que establece el código. Y no hay ninguno que pueda servir para el caso; ni la posesión, ni la propiedad, ni el usufructo, el uso, habitación o servidumbres, puesto que ya la propiedad la tendría el titular, el *legal owner* de la institución recibida.

Cuarta: para asemejar la potestad jurisdiccional en México, país recipiente, con la potestad jurisdiccional del juez en los Estados Unidos,

país enviante, sería necesario tipificar un delito, en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, capítulo del fideicomiso (siguiendo los lineamientos que han servido para tipificar el delito de cheque librado sin fondos, en el capítulo de cheques de la misma ley): el delito de prevaricato del fiduciario. No haríamos sino complementar: juez civil más corte penal, igual a juez de *Equity*. Hemos visto y hemos estudiado que las facultades de un juez en *Equity* son mucho mayores, van mucho más allá de las potestades del juez civil, pues tiene facultad para imponer pena de prisión, para encarcelar, las que en un sistema jurídico como el mexicano, corresponden exclusivamente al juez penal.

Esto no sería extraordinario; tanto el libramiento de cheques sin fondos como el prevaricato de fiduciario, son fraudes, son delitos contra la propiedad, constituyen un atentado contra los bienes de quien en conciencia es el dueño. Aunque esto resulte quizá redundante en México, por la peculiaridad mexicana en la recepción del *trust* de ser sólo posible a las instituciones de crédito el actuar como fiduciarios, y el nivel de conducta, el nivel de honestidad en una institución de crédito, es lo suficientemente alto para que nunca, hasta ahora, haya sido llevado a los tribunales el prevaricato de alguna institución de crédito.

Si con lo dicho en este cursillo, en estas más bien charlas poco ordenadas, he logrado contribuir a que ustedes, que bondadosamente han concurrido, consideren a la *Equity* como realmente parece ser que es, me habré dado por bien satisfecho.