# Un análisis del concepto de obligación: el doble cambio de paradigma cultural y conceptual en el código civil de 1928.

**ÍNDICE**

Introducción……...……....11

Capítulo I. Aproximación histórica, conceptual y epistemológica…….……...14

a) El derecho y los conceptos…….18
b) Los conceptos y la abstracción……..…38
c) El fenómeno jurídico y su susceptibilidad de abstracción……..……...45
d) El fenómeno jurídico y su susceptibilidad de abstracción conceptual……...…55
e) El fenómeno jurídico y su susceptibilidad de abstracción conceptual legislativa……...59
f) La codificación moderna, la abstracción y los conceptos: la polémica Savigny Thibaut como un hito recurrente en la historia del derecho……73
g) Recepción legislativa: la *primera recepción*…….……...……..86
h) Recepción conceptual: la *segunda recepción*……..……..…..118
    1. La ilustración y la codificación francesa…….……..…..118
    2. La codificación alemana…….....120
        a. La escuela histórica……120
    3. La jurisprudencia de conceptos…….……...……130
    4. Límites de la abstracción para la jurisprudencia de conceptos…..……...…135

Capítulo II. La codificación en México…….…….…….…144

a) El derecho privado pre-recepción del fenómeno legislativo en América: consideraciones generales sobre el derecho prehispánico *vis a* vis la ulterior codificación racional...……...……...…144
b) El derecho indiano, concepto y generalidades versus la codificación, la conceptualización y la sistemática jurídica…….……...147
c) El racionalismo e iusnaturalismo como agentes indirectos de la codificación y el constitucionalismo en México, el resto de América y Europa…….150
d) Correlación del constitucionalismo y la codificación en abstracto, así como en el México independiente……...……...….161
e) La realidad constitucional del México independiente y su impacto en el fenómeno codificador mexicano…….……..164

f) La primera recepción legislativa conceptual de relevancia nacional: el paradigma positivista y el Código Civil de 1870…….……...……...169
g) Objetivos políticos y socioeconómicos, y carencia de parámetros epistemológicos del legislador Napoleónico heredero de la revolución francesa……..……..175
h) Objetivos políticos y socioeconómicos, y carencia de parámetros epistemológicos del legislador mexicano en la república restaurada……...179
i) El Código de 1928, cambio de paradigmas del legislador y codificador revolucionario mexicano. El primer cambio de paradigma……..….....185

Capítulo III. Concepto de obligación en el Código Civil de 1928……..…….……199
a) Una aproximación general del problema……..……..…….199
b) La perspectiva en general respecto de las obligaciones: estructura de los códigos……..……...201
c) El concepto de obligación: origen, elementos y características……...…217
1. Características del concepto de obligación……..……..……..225
1.1 El origen casuístico, adjetivo y el contexto forense: la relación jurídica y la exigibilidad……...……..…..……225
1.2 Premisas del concepto tradicional y comentarios doctrinales…….…….…..229
1.3 Cambios puntuales del legislador de 1928 que radicalizan la discusión.....237
(i). La pecuniariedad del objeto…….…...…..237
(ii). Las obligaciones naturales…….……..……..…241
(iii). La prescripción negativa…….……..…….....241
(iv). La dualidad subjetiva…….…….……...…242
(v). Cambios medulares en materia de dualidad subjetiva……..244
(vi). Conclusiones sobre el incipiente concepto cultural de obligación al momento de la publicación del CC28……...….246
(vii). Aparentes contradicciones ante la reforma de 1928……..…247

(viii). Consecuencias en la regulación del objeto……..…..…248
(ix). La licitud en la causa y la del objeto, el motivo o el fin……...251
(x). Consecuencias dogmáticas y práctica en la sanción de los contratos con fin u objeto ilícito o con prestaciones ilícitas……..…..254
d) De las fuentes de las obligaciones…….……..259
1. Consideraciones generales…….....…259
2. El contrato: consideraciones generales…….…..…259
2.1 El contrato: la fuente por antonomasia de las obligaciones…….....262
2.2 La teoría de la forma…….……...….267
2.3 Los criterios de interpretación……..…….…..269
2.4 La licitud del objeto, motivo o fin……..……..271
2.5 La inclusión de la lesión como vicio mixto de la voluntad en los contratos……..……..……...275
2.6 El contrato en 1928: un cambio de paradigma, una nueva perspectiva……..…..278
3. Instituciones auxiliares incluidas o sustancialmente alteradas en 1928……..……..…284
3.1 Las nulidades……..……..……284
3.2 La representación……..……...…….291
3.3 La teoría del acto jurídico……..……..….301
4. Las nuevas fuentes de las obligaciones: un tratamiento sistemático…….302
4.1 La declaración unilateral de la voluntad……...304
(i) Consideraciones generales……..……...……...304
(ii) Análisis lógico jurídico de la declaración unilateral de voluntad……..…….....306
a. Análisis de la doctrina civilista mexicana……..….307
b. Análisis lógico-jurídico basado en la *desiderata* del legislador……..…….....309

c. Contraste de textos legales entre 1928 y 1884 combinando la policitación recepticia y la policitación no recepticia……..…..……...….314
d. Las declaraciones unilaterales en lo individual…….316
4.2 La gestión de negocios…….328
(i) La nueva estructura……..329
a. Las instituciones auxiliares……..……..…...330
b. La interpretación armónica…..……..……...332
4.3 El pago de lo indebido……..……..…..334
(i) El pago de lo indebido bajo la lupa de la teoría del acto jurídico…...……..…….....337
(ii) El pago de lo indebido como fuente…….……..…..338
(iii) Sanción del acto de las obligaciones resultantes…….....339
4.4 El enriquecimiento sin causa……..……....343
(i) Consideraciones generales…..…….....343
(ii) Distinción específica en calidad de fuente: relación con otras fuentes y con la abstracción en los títulos valor…….……..…345
4.5 El hecho ilícito y la responsabilidad objetiva……..……..…349
(i) El hecho ilícito……..……...349
(ii) Estructura básica y tradicional de la responsabilidad subjetiva civi: presencia y necesidad de la culpa….....…351
(iii) Fuerza legal de la responsabilidad subjetiva y correlación con la responsabilidad objetiva……...352
e) De las modalidades de las obligaciones……..……...…..356
1. De la clasificación de las modalidades……..……..…360
1.1 Diferencias en la codificación de 1928 y su clasificación de las modalidades vis a vis correspondiente a los códigos precedentes del siglo XIX……...……..……..……..362
(i) Generalidades……..……..…...362
(ii) Las modalidades de la relación jurídica…….……...……363
a. La condición……..……...…….363

a.1 Generalidades……....……...363
a.2 Diferentes acercamientos legales a la condición: regulatorio y dogmático……..……364
a.3 Contradictio in terminis: discusión del problema……..…….366
a.4 Entrega de la cantidad o realización del servicios debidos, antes de la verificación de la condición……..……373
a.5 Novación de la obligación: pendente conditione…..……..…….……377
b. El término o plazo……..……..….378
c. El modo o carga……..……..……380
c.1 Generalidades……..…….…….....380
c.2 Ámbito transaccional inter vivos…….....382
(iii). Las modalidades del objeto……..……..……..390
a. Las obligaciones conjuntivas, alternativas y facultativas……..……..390
b. Las obligaciones indivisibles…….....396
(iv). Las modalidades de los sujetos……..……...…409
a. Antecedentes de la modalidad de los sujetos.....409
b. Inclusión cientificista de clasificación aristotélica de género-especie…….....……410
c. De los efectos de las obligaciones solidarias……....415
f) De los efectos de las obligaciones…….……..…416
1. Comentarios introductorios generales…….……..…..416
2. Efectos relacionados con el cumplimiento: el pago……...…..419
2.1 Generalidades……..……..……...419
2.2 La clasificación del pago en los Códigos……..……..….420
2.3 Naturaleza jurídica del pago como acto jurídico bilateral……421
2.4 Principios del pago……..……..…...428
2.5 Análisis finalista, el objeto motivo o fin……..……..…..429

2.6 Consecuencias del pago como acto jurídico……..…..…432
2.7 El pago extintivo……..……...……..435
2.8 El pago extintivo y creador: distintos supuestos……..….....438
(i). Pago por el representante directo……..……..….…438
(ii). Pago por mandatario……...…..442
(iii). El pago realizado por un gestor de negocios……..…..443
2.9 El pago traslativo……..……..…..449
(i). Premisas generales del pago traslativo……..……..….449
(ii). Modificación esencial en el capítulo de pago respecto del pago traslativo……..……....451
(iii). El pago subrogatorio como pago traslativo, premisas generales e implicaciones dogmáticas…..……454
(iv). Generalidades sobre el pago traslativo, subrogatorio y voluntario……..……...…….457
(v). Implicaciones del pago subrogatorio como pago traslativo: la reclasificación de la subrogación……..……...…….461
2.10 El pago por error o pago de lo indebido…...……..……..465
2.11 Conclusiones sobre la naturaleza del pago en atención a sus efectos. Perspectiva total del legislador con la transmisión de las obligaciones y las fuentes incluidas en 1928…….…….……466
3. Efectos relacionados con el incumplimiento…….……..……467
3.1 Reglas generales……..……....467
3.2 Reclasificación y segregación del hecho ilícito contractual y el extracontractual: supuestos de incumplimiento y de hecho ilícito…….…..……...473
(i). Del hecho ilícito extracontractual……..……..…….473
(ii). Del hecho ilícito contractual……..……..…….476
3.3 Consecuencias prácticas y dogmáticas del incumplimiento contractual y del hecho ilícito extracontractual……477
3.4 Potenciales implicaciones dogmáticas de la reclasificación del hecho ilícito contractual y extracontractual……..…..……483

g) De la transmisión de las obligaciones……..……..……..490
1. Consideraciones generales..……..……...490
2. Antecedentes…….…….……..……497
2.1 Ideas generales y derecho romano…….……...……497
2.2 Consideraciones generales en el Code y los códigos mexicanos de 1870 y 1884……..……..…..501
2.3 Redefinición y reclasificación de la subrogación……..……..…..…503
2.4 Consecuencias lógico regulatorias……..……..…...509
3. Tratamiento específico de las formas de transmisión……..……..…..511
3.1 Las formas legales de transmisión de las obligaciones……....511
(i). La subrogación: antecedentes……..……..……...511
(ii). Contesto y eliminación de la subrogación convencional……..…….…..515
3.2 Las formas voluntarias de transmisión de las obligaciones……..532
(i). La cesión de derechos……..……..……...532
(ii). Antecedentes generales, premisas e introducción a la transmisión voluntaria…….……..…...533
(iii). La subrogación decimonónica y la cesión de acciones como manifestaciones primitivas de la necesidad economía y jurídica……536
(iv). La transmisión de obligaciones en la legislación decimonónica……..……...……...537
a. Consideraciones del Code y de la doctrina exegética……...537
b. Los Códigos decimonónicos mexicanos…….....544
b.1 El Código de 1870…….544
b.2 El Código de 1884…….……...….546
b.3 Problemática de fondo en los Códigos mexicanos del siglo XIX en materia de la transmisión voluntaria de derechos y obligaciones…..……..……..547
c. El Código de 1928……..……..……550

c.1 Los efectos traslativos en el universo de tradición francesa……..……..…..550
c.2 La problemática de los efectos traslativos sobre intangibles en relación con los principios de los contratos…….…..552
c.3 Plausible explicación armónica para su reconocimiento en el Código de 1928: una hipótesis……..…….……556
c.4 Consecuencias dogmáticas y pragmáticas adicionales……..……...…559
(v). Cesión de deudas……..……..…..562
a. Generalidades……..……...…...562
b. Antecedentes decimonónicos……..……..…...564
c. El Código de 1928: exposición de la regulación..…….……..…565
d. Comentarios al pretendido efecto traslativo de la cesión de deuda….…….…….....567
h) De la extinción de las obligaciones…….…….574
(i) Consideraciones generales……..……....574
(ii) La nueva estructura……..……....576
(iii) Las instituciones de extinción mantenidas en 1928 aunque modificadas en su contenido…….…….588

Capítulo IV. Compilación jurisprudencial pre y post publicación del Código Civil de 1928..……...…….591

Conclusiones…….....599

Abreviaturas:

"CC28".- Significa el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal públicado el 30 de agosto de 1928.

"CC84".- Significa el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California públicado el 14 de diciembre de 1883.

"CC70".- Significa el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California públicado el 22 de diciembre de 1870.

"Code".- Significa el *Code Civil* promulgado por Napoleón I, el 21 de mazo de 1804.

# INTRODUCCIÓN

¿Es la obligación el "*iuris vinculum quo necessita adstringimut secundum nostra civitatis iura*" que se deriva de las compilaciones justinianeas? ¿Es ciertamente un vínculo o relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual la primera, llamada acreedor, está facultada para exigir de la otra, llamada deudor, una determinada prestación de dar hacer o no hacer? ¿Puede en consecuencia abstraerse de la misma que la presencia de dos sujetos, la exigibilidad y un contenido pecuniario son elementos definitorios? Así se ha definido doctrinalmente desde esa compilación. Sin embargo, el código civil publicado en México en 1928 para el Distrito Federal y la materia federal parece haber incluido una serie de instituciones y modificaciones a la estructura del régimen de las obligaciones que no parecen tener un antecedente claro en sus predecesores de 1884, 1870 y el Code Napoleón ni cuadrar con esa definición justinianea tan extendida. Dichos cambios a las instituciones parecen delinear un concepto que cambia en esencia y estructura, mismo que podría acomodarse a los límderos de la regulación, misma que no necesariamente obedece derroteros caprichosos.

Con frecuencia se escucha que el Código Civil de 1928 tiene como antecedentes diversos textos que parecen romper con la tradición francesa que caracterizó a los Códigos que le precedieron. Al respecto, se intenta destacar la influencia de la dogmática decimonónica alemana como una las principales influencias sobre el Código de 1928. De acuerdo con los autores de dicho Código Civil, el objetivo de la nueva codificación era generar una legislación más progresista. Con ello, pretendían llevar la ideología de la Revolución Mexicana a la legislación.

Este trabajo se ocupa precisamente de analizar lo anterior. Es decir, se trata de revisar qué ideas influyeron en el ánimo de los autores del Código de 1928. A partir de este análisis, los cuestionamientos se concentran en determinar los alcances de dichas influencias y sus efectos sobre la construcción de las instituciones civiles. Finalmente, el interés del trabajo se traslada hacia la forma en la que el nuevo Código fue recibido, interpretado y enseñado durante el siglo XX en México. El hilo conductor del trabajo es el concepto de obligación. Así, la hipótesis central del trabajo es que el legislador de 1928 empleó una variante del concepto de obligación como el motor mediante el cual se dio a la tarea de transformar una parte fundamental de la codificación civil en México. Ese es en opinión del sustentante el primer cambio de paradigma del legislador de referencia. Así, la gran interrogante es cuál es el concepto de obligación que

hoy debe impartirse a los estudiosos del derecho, puesto que del mismo se desprenden implicaciones dogmáticas y conceptuales respecto de cómo asimilar e impartir el mismo; pero también con el mismo se confirmaría eventualmente *–como segunda hipótesis de esta investigación–*qué tan eficaz es la labor del legislador en su tarea de modificar el concepto de obligación y diversas instituciones relacionadas con el mismo con el objeto de trasnformar la realidad. Aquí desde luego hay que revisar tanto la recepción de la dogmática por parte de los legisladores como el influjo de ideas que ellos identificaron como progresistas en aquel momento.

Si el legislador puede regular a discreción la forma en que pueden interactuar jurídicamente los individuos, la pregunta subyacente atañe al alcance que los mismos pueden tener respecto de los conceptos e instituciones que conforman no solo la ley sino también el derecho generado consuetudinariamente y por otras fuentes. De los cambios implementados en 1928 pareciera ciertamente colegirse que la obligación no fuese más aquello con lo que antes se le describía. Las características definitorias no serían más, a partir de la regulación de 1928, las mismas. ¿Pudiera esto implicar un cambio de concepto? De ser así, hipótesis principal de la presente investigación, cabría preguntarse si el legislador tuvo éxito al proyectar el nuevo concepto de obligación en el Código con la pretendida subsecuente transformación social. Nuestra hipótesis es que los efectos practicos de la transformación que se buscó fueron muy limitados, pese a que los mismos desentrañan una perspectiva logico conceptual innovadora.

En efecto, más allá de incidir en la legislación, el derecho parece observar y haber construido ciertas estructuras conceptuales que corresponden a una realidad social y que, desde la perspectiva lógica, el legislador no podría válidamente alterar. Esto es, el legislador puede modificar ciertas consecuencias jurídicas del fenómeno social que regule, empero, de ahí a alterar la estructura lógica-real de los fenómenos sociales existe un largo trecho. La pregunta final estriba en verificar si de los cambios implementados en 1928 pudiera concluirse que el verdadero concepto de obligación es otro y que el legislador no hizo sino aclararlo.

Del desarrollo y respuesta a estas dos líneas de investigación es que depende la confirmación de esta tesis en sus dos hipótesis primarias: (i) existe un concepto distinto de obligación a partir de 1928 y (ii) el legislador está facultado dogmática y lógicamente para elaborar conceptos jurídicos, pero ello no implica que se logre tener un efecto transformador

sobre la realidad. Lo anterior desprende sin embargo cuestiones secundarias que iremos abordando para concluir en las dos primeras que no son de menor relevancia. ¿Es en su caso el nuevo concepto de obligación o no, valido?¿Pueden existir los conceptos jurídicos? ¿Cómo se forman los conceptos y como se forman los conceptos jurídicos? Consecuentemente, ¿el concepto que debemos compartir los estudiosos del derecho es el concepto heredado de la tradición romanista y compilado por Justiniano de acuerdo con la cita precedente o los cambios de 1928 ilustran el verdadero concepto de obligación?

Efectivamente, para poder concluir si un legislador puede pretender y lograr dicho cambio es necesario abordar algunas hipótesis secundarias, la primera de las cuales radica en analizar el proceso de formación de conceptos jurídicos, cuáles son sus variables, requisitos y condicionamientos, para poder verificar si el legislador puede arrogarse esa facultad en el ámbito de los conceptos jurídicos. Para ello resulta igualmente indispensable en nuestra opinión, efectuar una breve reflexión de índole histórica sobre cómo se ha desarrollado la dogmática jurídica y cómo se gestó lo que hoy puede para algunos conocerse como "ciencia jurídica". Lo anterior nos dará elementos para concluir la primera hipótesis secundaria mencionada, así como si el pretendido y resultante cambio de concepto abordado por el legislador de 1928, es factible y sustentable desde la perspectiva científico jurídica. Para ello será igualmente necesario hacer algunas valoraciones epistemológicas respecto del derecho. Las consideraciones anteriores nos permitirán abordar las dos hipótesis mencionadas sobre una plataforma filológica e histórica que servirán de zócalo de referencia para el análisis de las hipótesis centrales.

Por último se pretende eectuar un muestreo de precedentes jurisprudenciales anteriores y posteriores a la publicación del CC28 para corroborar empíricamente, más alla de las conclusiones logico-conceptuales de los cambios operados si los tribunales competentes fueron empáticos con el cambio legislativo efectuado y el pretendido cambio de paradigma, o si los mismos mantuvieron consistencia con las perspectivas que concluiremos "pseudo-conceptuales" clásicas en vigor legal hasta el siglo XIX, más alla de las consideraciones lógicas que al respecto se alcancen y concluyan.

# CAPITULO I. APROXIMACIÓN HISTÓRICA, CONCEPTUAL Y EPISTEMOLÓGICA

El derecho es una disciplina cuyos seculares devaneos alrededor de la "Ciencia" en general y de su potencial cualificación en tanto actividad de índole o naturaleza científica han durado varios siglos. Un apéndice de dichas consideraciones afecta directamente el concepto mismo del derecho en abstracto y de los distintos elementos que lo componen. ¿Es acaso este una ciencia? ¿Puede ser considerado como tal? Evidentemente, la respuesta no es única y depende en gran medida de las consideraciones que tanto de ciencia como del derecho se tengan. Asimismo, será necesario tomar a estas, como punto de partida. El análisis histórico parece, sin embargo, indispensable para responder estas interrogantes a satisfacción.

Ciertamente, no se pretende ser determinar *per se* el carácter científico de los estudios jurídicos, más allá de las potenciales conclusiones que de este trabajo podrán colegirse en el ámbito epistemológico al respecto. Es este un efecto que anticipamos simbiótico, pues la connotación científica de los estudios jurídicos tiene relevantes implicaciones para efectos de la hipótesis de este trabajo.

Un primer acercamiento de corte epistemológico a la teoría del concepto y respecto del derecho *per se* se revelan, sin embargo, indispensable para los propósitos de la presente investigación.

Así, dentro de los múltiples conceptos que de ciencia ha dado la epistemología y sin pretender ser esta una investigación epistemológica *per se*, nos parece que la sencilla pero precisa definición de la ciencia como un "conocimiento empiriológico sistemáticamente organizado" que esboza Isaac Guzmán Valdivia[1], puede ser afortunada como punto de partida para los efectos de nuestro estudio. Lo anterior con el propósito de tomarla simplemente como una aproximación respecto a la cual puede desprenderse nuestra primera hipotésis.

De entre una pléyade de conceptos y fuentes epistemológicas nos parece que la definición antes mencionada cumple cabalmente con los parámetros que se pretenden utilizar para abordar el desarrollo de nuestra hipótesis. Ciertamente, para estos últimos efectos, la parte relativa a la sistematización del conocimiento que de dicha definición podemos extraer presenta un particular

[1] Guzmán Valdivia, Isaac, *El conocimiento de lo social*, Editorial Jus, México 1983, p. 13.

interés y utilidad. La sistematización parece ciertamente imposible si no consta de un código comunicativo basado en conceptos aceptados y aceptables *etceteris paribus* entre los estudiosos de la ciencia en cuestión. Lo anterior sin soslayar ciertamente la importancia de los otros elementos, aunque para efectos de este estudio no releven la misma importancia, pero que serán no obstante, indirectamente referidos a lo largo de la presente investigación.

En verdad, es imposible la sistematización del conocimiento *–preténdase este de corte científico o no–* si las claves y categorías correspondientes a la clasificación consecuente no son universalmente aceptadas o cuando menos si no presentan ciertos parámetros de aceptabilidad. Más aún, la determinación de conceptos y términos comunes o por lo menos medianamente aceptados de manera universal resulta fundamental para poder acumular, analizar y clasificar cualquier elemento de estudio y aprendizaje, se pretenda este o no de naturaleza científica. Así, más allá de toda pretensión epistemológica, es necesario analizar *prima facie* si la terminología jurídica es factible de determinación y aceptación universal, o en otras palabras si es susceptible de conceptualización. La conceptualización y la sistematización serían pues elementos que nos permitirían concluir sobre la naturaleza científica en su caso, del conocimiento jurídico obtenido de forma empiriológica. Todo lo anterior resulta un cauce de análisis paralelo, aunque necesario, para entender si la conceptualización es factible respecto del fenómeno jurídico sin desnaturalizarlo. De ser esto factible, lo mismo nos permitirá concluir cuales son los mecanismos necesarios para que la conceptualización no desnaturalice el fenómeno jurídico.

Accesoriamente esto arrojará algunas consideraciones epistemológicas que, aunque accesorias al propósito de nuestra investigación, explicarán las tendencias experimentadas por el derecho a través de los siglos, respecto de su susceptibilidad y tendencia hacia la generación de conceptos.

Asimismo, si nos situáramos en un desiderátum cientificista *–stricto sensu–* para efecto del cual, la calificación del derecho en tanto conocimiento científico fuese relevante, la teorización del concepto en abstracto y de su proceso de formación resultaría fundamental. Toda consideración conceptual que la supuesta ciencia jurídica estableciese, requeriría partir de una premisa que fuese igualmente elaborada con rigor científico. De lo contrario cualesquiera que fueran sus postulados, carecerían de un fundamento que pudiera ser defendido con el pretendido rigor y solidez científicos que dicho concepto de ciencia pretendería respectivamente buscar y establecer.

Sin embargo, en nuestra opinión lo anterior releva igualmente un interés fundamental en caso de considerar la premisa contraria, negando al conocimiento jurídico un cariz científico. En esta segunda perspectiva, resultaría igualmente importante, la posibilidad de trabajar con conceptos que tengan un mínimo de aceptación universal, dentro de ciertos parámetros culturales de comunicación e intercambio social. Ciertamente, en su calidad o acepción de arte o técnica, el derecho requiere igualmente de ciertos códigos de comunicación *–conceptos jurídicos–* el conocimiento y entendimiento de los cuales, junto con su naturaleza, potencial mutabilidad o variabilidad inherente resulta ciertamente necesario, en aras de poder entablar los más mínimos y elementales diálogos y discusiones, que son además tan esenciales, especialmente al fenómeno jurídico. No sería ciertamente posible la comunicación de idea jurídica alguna, aún dentro de los parámetros más lejanos de la *conceptualización moderna* y sus procesos, si no se tuviesen esos códigos de comunicación comunes que permiten identificar una idea para discutir o trabajar sobre ella.

Ciertamente, para las premisas no cientificistas *–en la acepción moderna del concepto–* del derecho, la adopción de conceptos resulta ciertamente fundamental. Parece evidente que estas no plantearían, sin embargo, por obvias razones, el mismo rigor metodológico en la gestación y potencial mutabilidad o inmutabilidad de los mismos. En ello estribaría su principal distinción con las posiciones cientificistas, pues la falta de rigor de metodología conceptual y de sus potenciales mutaciones serían un *déficit* evidente para pretender que los conceptos alcanzados gozan de validez científica independientemente del vocero o del interlocutor. Estaríamos hablando en lenguaje moderno o remitiéndonos a la definición de Guzmán Valdivia, a una falta de sistematización.

Dicho déficit evidentemente no sería primariamente relevante pues la carencia de meta cientificista, supliría accidental y marginalmente la pregunta central sobre la importancia de entender respectivamente el proceso de formación y el de mutación de conceptos jurídicos, lo único relevante estriba para dichas perspectivas, en la posibilidad de comunicación idiomática entre agentes jurídicos y sociales. Sin embargo, pasada la experiencia pandectística y conceptualista y su consecuente fenómeno y consecuencia cientificistas, la perspectiva epistemológica del derecho resulta innegable e inevitable por lo que el déficit correspondiente a generaciones anteriores es indispensable como materia de contraste. Este fenómeno comparativo se exacerbará en 1928.

Sin embargo, la existencia y necesidad de conceptos es claramente indiscutible en ambas premisas. Independientemente de las salvedades que se pretenda enunciar, no están en forma alguna, ni pueden estar, eximidas de esta necesidad, las disciplinas cuya perspectiva científica sea cuando menos discutible, como es el caso de la disciplina jurídica, aún bajo los parámetros del mundo antiguo.

Dicho todo lo anterior, toda disciplina social –tenga o no pretensiones científicas– requiere igualmente partir de conceptos[2], sin los cuales el archivo e intercambio de ideas al respecto sería absolutamente inconcebible. El distinto rigor gestacional y evolutivo de los conceptos alcanzados por disciplinas con miras científicos o no, no exime la necesidad de poder conceptualizar –así sea accidentalmente– las ideas con ciertas premisas generales y abstractas con el propósito de poder estudiar, intercambiar y evolucionar en el análisis de las ideas correspondientes.

Lo anterior es especialmente importante cuando dichas ideas se refieren a fenómenos sociales de patente intangibilidad. El fenómeno social tiene por definición una naturaleza variable y además se refiere por lo general –especialmente en la época moderna– a abstracciones y construcciones mentales sin manifestaciones físicas perceptibles por los sentidos.

Pareciera en todo caso por lo anterior, que el concepto del derecho como ciencia dependiera de su capacidad para generar conceptos jurídicos. Esta cuestión se demuestra plenamente cuando la disciplina jurídica pretende su calificación científica, esencialmente a partir de su autocalificación como una ciencia de conceptos, con la pandectística alemana del siglo XIX.[3] Así, resulta igualmente evidente la importancia para ese fenómeno histórico, de la evolución de la teoría del concepto en el ámbito tanto filosófico como jurídico que nos legan por un lado, la dialéctica aristotélico tomista junto con la discusión escolástica medieval y por el otro el humanismo y su necesidad de sistematización.[4] Combinación esta última tan impropia al fenómeno jurídico antiguo, cuanto precedente innegable y fundamental de las conceptualizaciones jurídicas modernas.

---

[2] Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p 125

[3] Wiaecker, Franz; *A history of private Law in Europe*; foreword by Reinhardt Zimmerman, translated by Tony Wier, Clarendon Press Oxford, 2003 pp. 336 y 344. En el mismo sentido Merryman, John Henry, La tradición jurídica romano canónica, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p 124-126

[4] Villey Michel, *La formation de la pensee jurídique moderne*, Presses Universitaires de France, Paris 2003, p. 460.

Queda pues determinar cuál es la naturaleza de un concepto y sobre todo dentro de la misma, cuáles serían los patrones y parámetros naturales y razonables para la determinación y en su caso mutación o evolución del mismo. El discurso correspondiente se centra sin embargo de manera fundamental en las preguntas anteriores alrededor del fenómeno jurídico.

**a) El derecho y los conceptos.**

Parecería inevitable asegurar *prima facie* que el derecho requiere hoy necesariamente de la elaboración de conceptos. Lo anterior independientemente de su consideración científica o no, ya que el estudio de la disciplina jurídica requeriría partir de esa nomenclatura terminológica que permitiese intercambiar ideas en el ámbito académico (por supuesto), legal y político (sin duda) pero evidente y muy especialmente también en el foro procesal. Las partes de un conflicto cualquiera que este fuese, no podrían eficientemente intercambiar sus diferencias si no gozaran de un mismo código o patrón de comunicación con base en el cual pudieran estar hablando respecto de las mismas diferencias. Evidentemente como lo narran detalladamente los autores romanistas[5], en la formación del concepto básico de comunicación del teórico y práctico romano, el concepto es muy preliminar, no goza de pretensiones cientificistas[6] y su nivel de abstracción es muy limitado, por lo que el: *"[…] fondo suele quedar oculto a nuestra interpretación, sofocada por nociones y categoría obedientes a una juridicidad abstracta, esto es enajenada del mundo vasto y complejo que es la naturaleza humana[…]".*[7] El derecho romano efectivamente es ajeno a la posibilidad de conceptualizar tan propia del derecho en el contexto moderno.[8] Esto obedece a la esencia misma del derecho romano y a las premisas y consecuencias fundamentales de la conceptualización. El derecho romano como veremos a lo largo del presente capítulo, es ajeno a la sistematización por su propia naturaleza[9], cuestión que nos hace con Villey y Max

[5] D'Ors Álvaro, Derecho Privado Romano, EUNSA, Pamplona 1989, p. 29 para quien es claro que, "… *El sistema de estudio por instituciones exige generalizar el uso de sustantivos para designarlas. La tendencia mental de la jurisprudencia romana hacia lo concreto hace que esta use preferentemente los verbos de acción y sólo parcamente los sustantivos formados sobre el verbo (deverbativos) y aún solo para designar al acto concreto mismo y no la institución abstracta…*"

[6] D'Ors Álvaro, Opus Cit., p. 29 para quien es en el "*Derecho romano tardío, por hábito escolástico [que] se introducen nuevos deverbativos […] y hoy no podemos dejar de generalizar ese modo de designación*…"

[7] Iglesias Juan, Derecho Romano, Ariel, Barcelona España, 1998, p. 39.

[8] Cfr. Arangio Ruiz Vicenzo, Instituciones de derecho romano, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1952, p. 25, para quien: "el *espíritu de la jurisprudencia romana, más analítico que sintético, más practico que teórico, no podía llegar a una definición del derecho ni en uno ni en otro de sus significados*…"

[9] Villey Michel, *La formation de la pensee jurídique moderne*, Presses Universitaires de France, Paris 2003, p. 478 para quien es evidente que:"... *Rome n'accordait que peu de poids à ses ouvrages didactiques ou systématiques; que le coeur de sa jurisprudence était dans les études de cas…*"

Weber[10] clasificarlo como pre moderno o antiguo. La conceptualización siendo indisociable de la generalización y abstracción, es imposible cuando el fenómeno en estudio se define por el caso concreto. Toda generalización y abstracción moderna no puede ser vista según Villey, sino como una desnaturalización del fenómeno jurídico romano primigenio.[11]

La conceptualización jurídica romana es por consecuencia, esencialmente refleja respecto de los fenómenos adjetivos o procesales. La substantividad implícita en la concepción abstracta, impersonal y general del fenómeno jurídico substantivo moderno, solo se alcanzará con el paso de los siglos. Sin embargo, los ejemplos anteriores nos dejan abrir una primera línea hipotética en esta investigación. Esto sobre la posibilidad de conceptualizar, así sea incipientemente, sobre bases que sean sustentables en el ámbito lógico y conceptual, sin pretensiones epistemológicas modernas.

Adquiere aquí nuevos y vigorosos bríos, la ya añeja discusión entre nominalistas y realistas que tanto atormenta los diálogos del estudioso escolástico, y respecto de la cual, la evolución tecnológica social y política del mundo contemporáneo, no ha hecho sino volver toda respuesta aún más rebuscada y opaca, complicando la posibilidad de una respuesta unánimemente aceptada. No omitimos mencionar y subrayar la importancia de esa discusión escolástica sin la cual, la formación de conceptos modernos parece imposible.[12] De hecho, sin profundizar en dicha diatriba –al poder implicar una desviación de propósitos de la presente investigación– si nos parece importante referirla, al ser el antecedente más remoto en el universo jurídico occidental de la problemática respecto de la generación de conceptos. La discusión respecto del nivel de vinculación que toda abstracción requiere respecto del fenómeno estudiado y conceptualizado está en el corazón de las dos hipótesis centrales de este trabajo. ¿Puede el legislador generar y cambiar conceptos? ¿Existe verdaderamente un cambio del concepto de obligación en el CC28? ¿Es esto válido? Este doble cambio de paradigmas es indisociable respecto de las premisas elementales que son necesarias para poder crear válidamente un concepto. Era claro para Grocio *–a la postre primer responsable junto con Althusio, según Villey, de la conceptualización jurídica de raigambre moderno–* que el proceso de abstracción

[10] Ibidem, p. 479

[11] Ibidem, p. 487 donde Villey es un duro crítico de los efectos del humanismo respecto del fenómeno jurídico romano original por esa misma circunstancia: "...*La jurisprudence humaniste n'a pas tant fait revivre le droit romain que parce qu'elle tire inspiration d'une philosophie différente,* ***elle n'a commencé qu'à le dénaturer***..." (énfasis añadido)

[12] Villey Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Presses Universitaires de France, Paris 2003, p. 223-224 y 558 *in fine*.

conceptual requiere una segregación del pensamiento versus el fenómeno estudiado[13]. ¿Cuál es la razonable distancia? He ahí la pregunta clave pues una segregación absoluta podría claramente divorciar el fenómeno estudiado del concepto generado y dar pie a realidades nominales como las discutidas en el seno de la escolastica sus mencionadas. Su excesiva cercanía le priva en ambio de abstracción y cae en la simple descripción.

¿Cómo y bajo qué parámetros deben de elaborarse los conceptos para adquirir el carácter de tal? ¿Cuáles son los límites y requisitos de esta actividad intelectual, en una perspectiva científica o meramente práctica y artística? ¿Puede el sujeto abstraerse de la realidad visual y empírica en su fenómeno creador o la realidad es un fenómeno inmutable que la mente no puede sino constatar? ¿Qué tan aplicable es esto respecto del fenómeno jurídico sin desnaturalizarlo?

Las preguntas anteriores exacerban la pregunta atemporal respecto de la necesidad y la posibilidad de configurar conceptos para la disciplina jurídica. Lo anterior es especialmente importante reflejandose en la realidad jurídica forense del occidente en el siglo XXI, el espejo del derecho romano. La realidad del derecho romano nos presenta una primera imagen, donde los conceptos no resultan tan evidentes. Ciertamente, en el estudio del derecho romano, cualquiera que sea la fuente, directa o indirecta de las instituciones del mismo, se plantea lo que parece una aversión de principio a la conceptualización, a la generalización y a la sistematización *per se.*[14] "*Omnis definitio in ius civile periculosa es*" refería Javoleno[15], lo cual parece ser más un rechazo y una incapacidad de abstracción conceptual (propia del derecho en el mundo moderno sediento de sistematización desde el humanismo), natural a la antigüedad[16], que una cuestión meramente metódica. Queda sin embargo analizar, partiendo de la perspectiva romanista del fenómeno jurídico, el porqué de esta perspectiva romana, sus consecuencias y postulados inherentes que la doctrina civilista contemporánea soslaya.

---

[13] Villey Opus Cit.; p. 477 para el cual citando a Grocio: "... *Je puis protester de bonne foi que comme les Mathématiciens en examinant les figures font abstraction des Corps qu'elles modifient, j'ai aussi, en explicant le Droit, detourné mes pensées de la considération de tout fait particulier*..."

[14] Villey Michel, Opus Cit; p 425 y 426 donde es claro que: "[...] *il n'est pas facile de dégager, selon le tître d'un ouvrage bien connu ( Cfr. F. Schultz, Principles of Roman Law, Trad M. Wolff, Oxford, Clarendon Press, 1936 ) les principes du droit romain, et je ne suis pas sûr que personne ait encore reussi à le faire de manière satisfaisante. Peut être* ***parce que le droit romain n'est pas un 'système' unique. Le droit romain est un monde de textes d'une richesse incommensurable, très souvent hétérogènes ou contradictoires, s'étendant sur plus de six siècles, un monde partagé entre des écoles et systèmes de pensée divers***...." (enfasis añadido)

[15] D'Ors Álvaro, Opus Cit; p. 59

[16] En el mismo sentido Cicerón consideraba, según cita del propio D'Ors, …"*que la definición es un juego escolástico peligroso en la práctica*…" D'Ors Álvaro Opus Cit, p 59.

Sin pretender profundizar en el tema sociológico de la realidad jurídica romana, que claramente excede los propósitos de esta investigación, bástenos referir que el derecho romano en la perspectiva sociológica comparada, obedecía más a una vivencia practico empírica que a una pretensión epistemológica dotada de abstracción. Así por ejemplo Spengler refiere que:

> "[...] *el que en Roma ingresaba en la carrera pública llegaba a ser por necesidad, jurista, general del ejército, jefe administrativo, empleado de hacienda. Definía el derecho como pretor después de haber asimilado una dilatada experiencia en otras esferas. La antigüedad desconoce por completo el juez profesional, educado especialmente, instruido para esta única actividad. Este profesionalismo es el que ha determinado el espíritu de toda la posterior ciencia del derecho****. Pero los romanos no eran no sistemáticos, no historiadores, ni teóricos del derecho, sino exclusivamente prácticos, unos excelentes prácticos. Su jurisprudencia es una ciencia empírica de casos particulares, una técnica per espiritualizada, no un edificio de abstracciones*** *[...]*"[17] (énfasis añadido)

Más allá de la defensa doctrinal contemporánea por parte de los autores romanistas, el fenómeno jurídico del derecho romano clásico carece de una facultad de abstracción conceptual que hoy privilegia el análisis jurídico, puesto que se plantea más bien como un enjambre de situaciones jurídicas concretas que no merecen ni necesitan conceptos abstractos, mismos que lejos de presentarle utilidad, le impedirían su función natural.

Así, *verbigratia*, no es para el derecho romano necesario concebir a la servidumbre como género[18], sino a cada una de las servidumbres en lo particular. De la misma forma, no es necesario ni factible hablar de una *iusta causa* en la posesión, sino de diversas *iustae causae* que caso por caso, van ilustrando al jurisconsulto, sobre los *facta* concretos para la determinación de su *responsa*, tal y como lo ilustran claramente los diversos tratados especializados en derecho romano[19].

La esencia pragmática del derecho romano y su connatural y definitorio *desideratum* de justicia en el que es tan patente la percepción aristotélica de la misma – según Villey– incide en una natural proclividad al análisis del caso concreto. Por consecuencia, la abstracción y generalización de conceptos le son un fenómeno accidental, tardío y excepcional.

El derecho romano basado al efecto en los postulados aristotélicos de justicia se define como un tratamiento por juristas respecto de la solución justa para el caso concreto[20]. El derecho no puede existir sino en el caso concreto. El jurista romano de la época clásica, difícilmente o

[17] Spengler Oswald, La decadencia de occidente, Calpe, Madrid, 1926, Tomos III, p. 89
[18] Iglesias Juan, Opus cit., p. 294
[19] Iglesias Juan, Opus cit., p. 265
[20] D'Ors Álvaro, Opus cit., p. 27

nunca conceptualiza en abstracto[21]. Su vinculación al caso concreto y a la naturaleza de los acontecimientos analizados en el mismo,[22] es su eje rector. El jurisconsulto debe de resolver el caso concreto, no teorizar en abstracto. Esa es su función. El divorcio del fenómeno creador de conceptos se encuentra *ab origine* de la posición que juega en el proceso y en el sistema social al que pertenece[23].

La segregación de la participación estatal en el fenómeno *juriscreador* parece ser un factor paralelo pero altamente sintomático de su perspectiva esencialmente casuística.

De hecho, la generalización y abstracción connaturales a la gestación de conceptos, como manifestación tan natural a la perspectiva moderna, desvirtuaría en los parámetros del jurisconsulto romano –que es un practico privado– la naturaleza de su función. Así, la mentalidad jurídica romana clásica parece; no obstante, su clara influencia por la reflexión conceptual-dialectica aristotélica según Villey[24], ser absolutamente ajena a todo fenómeno de abstracción conceptual.

No será sino en etapas tardías del derecho romano que las sucesivas influencias filosóficas y geográficas resultantes de su expansión, así como en la alta edad media[25], con las particularidades impresas por la necesidad política y el influjo filosófico oriental, que la reflexión jurídica empieza a tener tintes de abstracción y generalización.[26]

---

[21] "*…Interprete del ius es el prudens, el perito en materia jurídica – iuris prudens. Toca a el la tarea de revelar el Derecho en su sistema cardina del ius civile, acomodándolo a las exigencias vitales de cada momento. Ius civile e interpretatio llegan a ser una misma cosa….*" Iglesias Juan Opus cit., p 54

[22] Villey Michel, opus cit, p. 104, para quien:"*... la source première du droit, selon les exposés que nous offrent les auteurs romains, quoi qu'en disent nos manuels modernes, n'est pas la loi mais la nature. Et le droit classique [romain] est surtout l'oeuvre de la doctine qui cherche le juste selon la nature, plus précisement le résultat du travail des jurisprudents*".

[23] Ibidem, p. 105, "*Ne croyons pas pouvoir tirer le droit de la règle mais, à partir du juste, qui existe ( qui est dans les choses: droit naturel ) essayons de construire des règles: jus non a regula sumatur sed ex iure, quod est regula fiat*".

[24] Ibidem, p. 105 para quien: " *la méthode d'interpretation ou plutôt d'élaboration du droit – des jurisconsultes classiques, quant à l'essentiel, est conforme à l'enseignement d'Aristote: Recours aux textes, émanant soit de la tradition jurisprudentielle (jus civile), soit du preteur, des comices ou du Sénat; et cépendant, s'il y a lieu, correction du texte au nom de l'équité, notion Aristotelicienne; libre recherche dialectique, confrontation des opinión des grands juristes et des écoles de jurisprudence; attention aux circonstances, usage de la casuistique (quaestiones, casus); recherche des règles qui manifestent la justice et la cohérence des solutions, máis défiance des regles que n'atteignent le juste et ne doivent pas être prises pour le droit….*" (enfasis añadido)

[25] I.e. cfr., Iglesias Juan; Opus cit., p. 264 en materia de criterios para usucapión que sólo son generalizados en el curso del derecho romano en el "*… famoso exámetro que los juristas medievales aplican a la prescripción ordinaria de la época justinianea…*"

[26] Ibidem, p. 105-106; "*…si l'on compare […] le droit romain aux autres grands systèmes juridiques, il parait surgir dans l'histoire comme application de la doctrine aristotelicienne. C'est pourquoi le sort du droit romain lui même s'est trouvé en jeu lorsque de nouvelles philosophies ont supplanté celle d'Aristote – neoplatonisme ou nouvelles philosophies du monde judéo-chrétiennes auxquelles adhérera saint Augustin. Quant à la renaissance du droit romain dans l'Europe moderne, a partir du XIII siècle, elle será liée à la renaissance d'Aristote*."

Ciertamente, no es sino merced a fenómenos políticos y sociales graduales, pero siempre ulteriores al fenómeno jurídico clásico, que el jurista romano empieza a conceptualizar. La codificación justinianea es una primera, aunque evidente manifestación de influencias griegas y orientales extrañas al fenómeno jurídico romano clásico que lo transforman paulatina y gradualmente[27]. Sin embargo, aún en esta orientalización, la generalización de conceptos se presenta progresivamente, por excepción y de manera gradual como un extraño y excepcional hito.

Asumido y dicho todo lo anterior, sería ingenuo y falaz pensar y aseverar que el fenómeno romano clásico no goza en forma alguna de ningún tipo de conceptos o mecanismos de identificación e intercambio respecto de la realidad jurídica sobre la que versa. Sin embargo, el proceso de formación y mutabilidad de los mismos, así como la función que se les asigna se desvía substancialmente de lo que la moderna dogmática jurídica pretende. La gestación y mutabilidad de conceptos en la Roma clásica tiene de entrada una función radicalmente distinta a la que hoy se pretendería lograr en la formación de los mismos. Lo anterior confirma nuestras aseveraciones anteriores en el sentido de la natural necesidad de códigos de intercambio conceptual en el fenómeno jurídico, aún para aquellas premisas y perspectivas en las que el derecho nada tiene o pretende tener de ciencia.

*Ars boni et aequi* es como Celso define al derecho[28], dejando claro que en la percepción antigua, en la pre racionalista, pre- humanista y pre- ilustrada, el fenómeno jurídico es concebido como un arte que surge de la naturaleza de las cosas analizadas en concreto, en clara referencia a la influencia Aristotélica que tiene este fenómeno jurídico clásico[29]. Para esta disciplina y cosmogonía tan propias de la antigüedad, el fenómeno científico jurídico[30], definido por su sistemática[31], no existe y por ende tampoco la elemental particularidad que le caracteriza en la formación de conceptos, como parte de ese conocimiento empiriológico. Si el parámetro

[27] D'Ors Álvaro, Opus cit., p. 100- 108, para quien la helenización del derecho romano es apreciable desde el siglo IV de nuestra era y cuyos ejercicios de traducción al griego y de compilación en fenómenos bibliotecarios que nos podríamos atrever a anticipar como enciclopédicos y sin par en occidente tienen un claro efecto sobre la "pureza" del fenómeno jurídico romano clásico materia de transmisión cultural que se ve claramente imbuido por una pléyade de impactos de índole cultural, social, religioso y consecuentemente jurídico. La inclusión de conceptos que hoy nos resultan indispensables se ve particularmente marcada en el fenómeno codificador Justineaneo que forma parte de la orientalización antes mencionada y de la que se constituye en un indiscutible hito de referencia.
[28] Iglesias Juan, Opus cit, p. 85
[29] Cfr; Villey Michel, Opus cit; p. 103 -105
[30] "*…El derecho tal y como lo entienden los romanos, no es ciencia anclada en el mundo de los valores ideales, sino justicia, y de la justicia se cierne sobre la realidad viva del proceso humano…*" Iglesias Juan, Opus cit., p. 89
[31] Villey Michel Opus Cit; p. 467

jurídico del derecho romano se basa en la búsqueda de lo justo *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, y ese es un valor que *ex definitione* sólo puede alcanzarse en el caso concreto y no de forma general, parece evidente que el derecho, al igual que la mentalidad antigua sea incapaz de generar conceptos abstractos y generales como los que caracterizan al derecho contemporáneo, con o sin su moderna pretensión científica[32].

De la misma manera Villey indica que el parámetro jurídico de la antigüedad era proclive a calificar la disciplina jurídica como el arte de lograr lo justo[33], más que como una ciencia. De la misma manera vale la pena apuntar que en este análisis, la característica casuística del derecho lo segrega según Villey, del fenómeno moral, constituyendo este uno de los patrones fundamentales del derecho romano.[34] La disciplina jurídica antigua no es proclive a la gestación de conceptos o valores generales, tal y como los presenta el estudio jurídico moderno, sino a encontrar soluciones justas en el caso concreto[35]. El concepto aislado y excepcional, se refiere normalmente a fenómenos de acción concretos e indirectos al fenómeno jurídico substantivo como se le conoce y trata hoy. La acción, no el derecho sustantivo.

Los conceptos que paulatinamente han sido heredados desde entonces, resultan más de procesos de interpretación y transmisión que le son totalmente exógenos. Las muy contadas experiencias conceptualizandoras de la antigüedad en el derecho romano, se presentan más como excepción e ilustran muy claramente la filosofía socrática y presocrática en cuanto describen más un reflejo practico y adjetivo que un concepto abstracto y substantivo que parece serles totalmente ajeno.

Ciertamente en esa perspectiva la organización sistemática de la que nos habla Guzmán Valdivia y la epistemología moderna no son necesarios. Resulta evidente que el rigor en la formación conceptual tiene una vertiente cientificista y moderna de la cual carece el fenómeno jurídico romano, cuyo único parámetro válido radica en la búsqueda de la justicia[36].

Sin embargo, es la identificación del fenómeno jurídico que permita intercambiar ideas a su respecto, el tema concreto que nos ocupa en este apartado pues allende la multiplicidad de

---

[32] Ibidem; p. 89
[33] Ibidem; p. 85
[34] Villey Michel Opus cit; p. 104
[35] "*El jurista romano no coloca los fríos y rígidos esquemas doctrinales por encima de los fines y las necesidades de la vida. Antes que meter el Derecho en un cuadro de rigor lógico, lo que interesa es acomodar el razonamiento jurídico a las exigencias prácticas*"; Iglesias Juan, Opus cit, p. 91
[36] Villey Michel Opus cit; p. 104 "*les juriste romains [….] ont accepté que le droit dérive de la justice; que la jurisprudence est la science du juste et de l'injuste, et plus précisement que le droit est cela qui est juste*…"

casos atendidos y de intereses defendidos, el jurista requería un código de comunicación - *situación exacerbada en ejemplo por Ihering como la creación del alfabeto* - [37]. Es ese código el que le permitía replicar y transmitir a otras controversias y situaciones, *verbigratia* las particularidades del arrendamiento en el caso de una demanda, respecto del esencial otorgamiento del uso y goce de un bien a cambio de una contraprestación. Es claro en el fenómeno jurídico romano clásico, que la reflexión conceptual es muy incipiente y meramente referencial del fenómeno procesal. Lo anterior de hecho manifiesta con claridad la reflexión platónica de las sombras en la caverna pues el jurista no conceptúa el derecho en abstracto sino la acción procesal –de la cual se deduce por el intérprete ulterior la existencia del derecho y que servirá siglos más tarde para la inferencia conceptual sistemática a partir del humanismo jurídico merced a los primarios devaneos escolásticos medievales–. La inexistencia de conceptos tales como el derecho real o el derecho personal son las más claras, reveladoras y evidentes pruebas de la aseveración anterior. Dichas pruebas anticipan la problemática de este trabajo respecto del concepto de obligación. Ciertamente, el derecho romano clásico no habla de derechos subjetivos substantivos sino de acciones.[38] [39] No es sino merced sino a interpolaciones y siglos de interpretación inmersa en modernidad en muchos casos nominalista y claramente imbuida de racionalismo entre otros, que los mismos evolucionan al concepto moderno[40] que conocemos hoy.[41] La búsqueda de conceptos modernos en estos rubros, ignorando el camino recorrido, parece llevarnos a callejones sin salida como lo evidencia Oscar Morineau[42] al tratar de conciliar

[37] Ihering Rudolf Von, La Dogmática Jurídica, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1946; p 108

[38] Iglesias Juan, Opus cit, p. 220 para quien es evidente que" … *aparte que el concepto de derecho real no tenga un nombre entre los romanos, la separación entre esta categoría y la del derecho de obligación se remonta al derecho de Roma y de él ha sido recabada por los interpretes. Verdad es todavía que mientras la distinción moderna pueda ser contemplada en la quietud del Derecho privado, es decir en un estado de reposo y de pacifico goce de las relaciones jurídicas, la distinción romana solo es explicable a través de la compenetración entre el derecho material y la actio*…"

[39] En el mismo sentido Arangio Ruiz, *Instituciones de derecho romano*, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1952, p 193. y siguientes para quien: "*la expresión ius in re, que pasa por tal, es en cambio propia de los romanistas del medievo. Lo que no impide que la separación entre esta categoría y la de los derechos de crédito u obligaciones se remonte hasta el derecho romano y hasta represente para los juristas clásicos uno de los puntos cardinales del sistema. Sin embargo de conformidad con las tendencias fundamentales de su pensamiento, los juristas plantean la distinción, antes que en el campo de los derechos subjetivos en el de las acciones*…" (énfasis añadidos)

[40] En el mismo sentido Cfr, Villey Michel, Opus Cit, p. 246 para quien: "*il n'éxiste pas non plus dans le vocabulaire romain de "droits réels" ou de "droits personnels", ce que les romanistes modernes appelèrent ulterieurement "jus in re" et "jus in personam". Meme ces droits "secondaires sur chose d'autrui" tels que les droits de servitude, d'usufruit, de passage, de puissage, si l'on peut les concevoir comme des pouvoirs n'étaient pas non plus désignés dans les Institutes ou le Digeste par le mot Iura. Jus in re ne signifie pas à Rome un pouvoir sur la chose: autrement le dominium impliquerait un jus in re ce que, on vient de le voir, les textes démentent.*" (énfasis añadido)

[41] Cfr, Villey Michel, Opus cit., p. 224.

[42] Morineau Oscar, *El Estudio del derecho*, Editorial Porrua, 1953, p. 111 y sigs.

figuras como los derechos subjetivos patrimoniales bajo premisas modernas pese a derivar de perspectivas procesales del mundo antiguo. Respecto de la antijuridicidad *prima facie* de conceptos como el derecho subjetivo es igualmente relevante confrontar las reflexiones tanto de Michel Villey como de León Duguit[43] para quienes la juridicidad y su perspectiva concreta y pragmática original se alejan *prima facie* de la conceptualización y generalización modernas en las cuales, la identificación del concepto de derecho subjetivo es el factor definitorio.[44]

¿Son estas nomenclaturas y códigos de comunicación verdaderamente conceptos, de acuerdo con las consideraciones modernas al respecto? ¿Es en el conocimiento jurídico romano clásico factible la formación de conceptos jurídicos? Pudiera parecer en principio, que no hablamos siquiera, en la Roma clásica, de conceptos –en su acepción moderna–-, sino de códigos de comunicación elementales que carecen de la perspectiva de abstracción connatural al fenómeno de conceptualización moderno derivado del racionalismo. Los mismos de hecho parecen siempre existir por referencia a conductas o fenómenos posteriores y a-substantivos. De hecho, esos mecanismos de comunicación de la antigüedad siguen siendo en el derecho romano clásico esencialmente reflejos - *de referencia platónico socráticas* - respecto de realidades constatables por los sentidos. *Verbigratia*, la acción y no el derecho subjetivo[45]. La evolución de uno a otro implica un salto cuántico de proporciones épicas.

Ciertamente, el fenómeno jurídico romano y clásico occidental identifica acciones y es a través de la posibilidad de las acciones que pueden interponerse y otorgarse en un caso concreto que se identifican de manera accidental, las particularidades de la institución en comento.[46] [47]

---

[43] Cfr; Duguit Leon, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código Napoleón*, traducción de Carlos G. Posada Editorial Heliasta Buenos Aires, 1975, 268 pp..

[44] Villey Michel, Opus Cit; p. 268.

[45] Arangio Ruiz, Vicenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, Editorial Dipalma, Buenos Aires, 1952, p. 193

[46] D'Ors Álvaro Opus cit; p 195; "*propietario de una cosa es el que prevalece al reclamarla judicialmente "como suya" de otra persona que la retiene […] Puede llamarse propietario quien puede prevalecer con esta acción. De todos modos el que vence en juicio petitorio no gana por ello un título absoluto frente a otros posibles adversarios, pues la eficacia del título es siempre relativa*…." Relatividad que nos parece natural y evidente al residir la esencia del título en la posibilidad de defensa y esta siempre esta abierta pues no existe socialmente una garantía de no impugnación del título de ningún propietario. En el mismo sentido menciona D'Ors, la referencia D.6,1; CJ.3,32.- "*quien no puede reivindicar no puede ser considerado propietario: non videtur suum ese quod vindicari non possit"* (D.34,2,27,2)".- En el mismo sentido son determinables todos los derechos substantivos contemporáneos vía acciones que son susceptibles se ser interpuestas; así usufructo, uso, habitación, servidumbre, etc…. La referencia clásica es siempre a las acciones no al derecho substancial en la perspectiva contemporánea propia de la era moderna y la "cientifización del derecho".

[47] En el mismo sentido Arangio Ruiz Vicenzo, Opus Cit, p. 37 para quien "…al lado de las distinciones del derecho objetivo, corresponde recordar brevemente las de los derechos subjetivos, propias todas de la ciencia moderna. La menos lejana del pensamiento jurídico de los antiguos, aunque nunca haya sido formulada por ellos es la distinción entre los derechos absolutos y los relativos [….] Es absoluto el derecho de propiedad y relativo el de crédito […] En

Así, el jurista romano no es carente de ciertos pre-"conceptos", pero estos no ocupan su visión y meta, los mismos son preliminares y buscan facilitar el intercambio de ideas, no gozan de organización sistemática. Su formación no tiene ninguna pretensión epistemológica. Son las consecuencias de su práctica las que le permiten identificar elementos de juridicidad y comunicarlos. En su caso, en el derecho clásico, la gestación de conceptos se verifica más como un accidente y por lo mismo, estos son preliminares[48].

Es en atención a lo anterior que la dogmática jurídica pre-*beggrifjurisprudenz* será tan árida y carecerá de la vocación que a esta última corresponde e ilustra. El fenómeno conceptualizador tendrá en consecuencia un cariz epistemológico y cientificista que romperá con la tradición jurídica antigua.

Como una actividad *per se*, con fines y sistemática propios, la gestación de conceptos es un fenómeno mucho posterior resultante de siglos de influencia, interpretación e interpolación oriental, cultural y moderna. Esta intromisión conceptual y cultural parece haber resultado necesaria para comunicar entre comunidades cultas, varios siglos después, los hallazgos del casuismo romano.

El derecho en Roma no es consecuentemente ciencia, de acuerdo con los patrones epistemológicos modernos[49], su enfoque era buscar soluciones justas. No pretende teorizar ni generalizar nada, sus métodos son otros por lo que parece un absurdo pensar que pueda elaborar conceptos, de acuerdo con el contexto y /o con los fines epistemológicos modernos que a estos se atribuye. Abstraer conceptos parece de entrada inaplicable, por no decir imposible merced a la cosmogonía y necesidades del fenómeno jurídico que tiene una manufactura que podríamos calificar –*sin por ello calificarla peyorativamente*– de artesanal. El conocimiento y la praxis

---

el mundo romano tal distinción halla su correspondencia en la distinción entre las acciones *in rem* e *in personam*, procedentes las primeras contra quien quiera que se interponga entre el titular y el bien sobe el cual se le permita tener mayor o menor libertad de acción y las segundas contra quien es el obligado, por contrato o por delito, a observar cierto comportamiento ( cumplimiento contractual o pago de la pena pecuniaria )…"

[48] Para mayor precisión, vid; Zimmermann Reinhard; The law of obligations; Oxford University Press, Cambridge 1995; p. 9 en el que citando a Berman concluye que "....*it would be wholly incorrect to say that therre were no general concepts in the Roman law of the time of Justinian and before, on the contrary, Roman jurists eagerly discussed situations in which a contract would be void because of "mistake"situations in which the enforceemnt of an informal obligation was required by "good faith" and various other types of situations in which legal results involved a reference to concepts....* ***However these concepts were not treated philosophically. The concepts of Roman law like its numerous legal rules were tied to specific types of situations.*** *Roman law consisted of an intrinsic network of rules; yet* ***these were not presented as an intellectual system but rather as an elaborate mosaic of practical solutions to specific legal questions****. Thus one may say that,* ***although there were concepts in Roman law, there was no concept of a concept****...." ( enfasis añadido)

[49] Cfr D'Ors Álvaro, Opus Cit; p. 27

jurídica son en el mundo antiguo, privadas, casuísticas, pragmáticas[50]. No hay necesidad de teorizar o abstraer conceptos ni reglas de derecho[51]. Lo anterior deduciría una desviación de los *desiderata* jurídicos primarios.[52]

Por todo lo anterior, es que careciendo de la metodología moderna, de las necesidades y pretensiones epistemológicas y de la generalización de conceptos necesaria a ello que el jurista romano clásico identifica fenómenos jurídicos y les da, de manera primaria y hasta primitiva, un atisbo de nomenclatura de naturaleza "pseudo-conceptual". Son estos pre conceptos los que después de veinte siglos siguen ilustrando nuestra praxis y dogmática jurídica en el siglo XXI. Aquí es Villey quien evidencia la clara identidad de este proceso con el fenómeno filosófico aristotélico que le da ese rigor lógico de orden realista[53], divorciandole de las pretensiones nominalistas que quedarán evidenciadas en la edad media como el propio Villey señala[54]. Ciertamente para el jurista romano, imbuido de la lógica aristotélica[55], la realidad manda sobre la nominalidad. El proceso de abstracción es muy incipiente y mensurado y a duras penas se distancia del fenómeno analizado en el caso concreto del cual depende y al cual se debe.

El derecho deriva de la justicia, la jurisprudencia es así la ciencia de lo justo y de lo injusto[56], fenómeno visual solo en el evento individual.

Será la generalización y abstracción propia del racionalismo moderno mucho más proclive a la formación conceptual. Lo anterior debido a su clara influencia del movimiento nominalista. Especialmente para Villey esto es visible desde Guillermo de Ockham, como precursor en la conceptualización de la sistematización humanista y del positivismo moderno, en

---

[50] En el mismo sentido ver Villey Michel, Opus cit; p 246 para quien: " *…on ne considère pas à d'avantage comme jus le droit de créance autre espece majeure, pour nous le droit subjectif: A Rome, ce que l'on appelle jus n'est pas le pouvoir du créancier, le droit de créance, mais l'obligation elle meme, le vinculum juris, le rapport liant objectivement le créancier et le debiteur*…."

[51] En el mismo sentido Paulo, D, 17, 1, comenta a Plaucio que, respecto de las reglas del derecho que: "... *Regula est quae rem quae est, breviter enarrat**. No ex regula ius sumatur sed ex iure, quod est, regula fiat.** Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul quum in aliquo vitiata est, perdit officium suum....-* ***Regla es la que expresa brevemente lo que es la cosa, no para que el derecho se tome de la regla sino para que esta sea según el derecho****. Esto supuesto la regla es una breve narración de la cosa, y como dice Sabino, como conjetura de la causa, la qual quando se vicia en algo, dexa de hacer su oficio....* "(sic) (enfasis añadido)

[52] D'Ors Álvaro, Opus cit p 27 y 28.

[53] Villey Michel, Opus Cit, p 103

[54] Villey Michel, Opus Cit, p 264-265 y 267

[55] Ibidem, p 104

[56] Ibidem, p 104

virtud de su clara cercanía con una posición nominalista. Se explica así su consecuente alejamiento con los fenómenos concretos visualizados y cuya conceptualización se pretende.[57]

Es así innegable e igualmente importante para efectos de nuestro estudio, vincular la idea anterior con el claro rechazo o cuando menos abandono del estudio de la filosofía clásica, en lo particular la aristotélica, a partir del advenimiento de la modernidad. Lo anterior debido a su evidente vinculación religiosa evidente tambien en su rescate por el tomismo durante la edad media.[58]

Los fenómenos anteriores devendrán en una simbiótica evolución entre nominalismo, voluntarismo y racionalismo, para la cual, el poder conceptual, no tiene más límites que los que la mente provee quedando la realidad relegada y eventualmente incluso soslayada. [59]

Esto que parece ser meramente anecdótico, releva una importancia meridiana para nuestra investigación, pues es claramente en paralelo y en buena medida como consecuencia a todo ello que el derecho va ir adquieriendo pretensiones científicas. De la misma manera como consecuencia de todo ello es también que paulatina pero simultáneamente el fenómeno legislativo va a pretender apropiarse del derecho al grado de pretender identificarse con él. En paralelo se asimilará culturalmente para muchos, la posibilidad de generar cambiar y eliminar conceptos, que le son consecuentemente y *a posteriori* connaturales mediante generalizaciones. Sin duda, la simbiosis práctica legislativa del estado moderno con la evolución filosófico-jurídica respecto de la esencia del derecho actuarán en esta dirección generando y conflictuando la pureza de los conceptos resultantes –por la presencia de elementos exógenos al fenómeno jurídico casuístico de la antigüedad en el fenómeno legislativo de origen y naturaleza legislativa y por ende política– en su interacción con las nuevas tendencias filosófico-jurídicas modernas y racionales. En estas últimas el fenómeno individual y casuístico carece de carácter científico y soporte conceptual, debiendo por ende generalizarse, abstraerse y por ende mezclarse con el fenómeno legislativo[60].

Se irán sentando así las bases para confirmar las dos hipótesis centrales de esta investigación en virtud de las cuales opera un doble cambio de paradigma en el CC28 por virtud del cual claramente el legislador pretendería (i) estar facultado para cambiar conceptos en

[57] Villey Michel, Opus Cit, p. 229.
[58] Ibidem
[59] Ibidem
[60] Para los romanistas como Alvaro D'Ors es precisamente por su casuismo que el derecho romano goza de un caracter científico.

atención a la regulación de las instituciones que son propias a los mismos y, (ii) consecuentemente, visualizar en la regulación del CC28, un cambio conceptual de lo que debe considerarse como "obligación"[61]. Al respecto, la implementación del programa jurídico político de la revolución mexicana frente a la tradición decimonónica y liberal será un muy claro exponente respecto de la pretensión dogmática que el legislador pretenderá arrogarse según se expondrá más adelante.

Lo anterior parece influir de manera fundamental en la mente del legislador de 1928, aunque en sentido inverso y guiar sus propósitos. He ahí el primer cambio de paradigma de la modernidad, claramente vinculado a la potencia conceptualizadora. El concepto parece, sí, poder estar e incluso depender de las manos y designios del legislador. El legislador con base en esa evolución secular que hemos resumido en estas breves líneas, se arrogaría facultades de conceptualización en virtud de la evolución filosófica y especialmente política inherente al fenómeno jurídico racional moderno[62] que anticipa al cambio de paradigma materia de esta investigación. El legislador moderno de hecho requiere por definición utilizar necesariamente la abstracción y generalización propias al concepto, sin lo cual no podría emitir Leyes generales abstractas e impersonales. De lo anterior se deduce un riesgo de simbiosis consecuente y tan popular en la edad moderna, entre conceptualización y legislación, cuyos derroteros tienen las más variables implicaciones. No es un fenómeno total, sin embargo, la tendencia del legislador moderno hacia la conceptualización derivado de la abstracción que califica a su actividad es estadísticamente relevante, especialmente en el fenómeno legislativo mexicano revolucionario.

El pronunciamiento resulta consecuentemente necesario en cuanto a la definición de roles puesto que claramente no puede corresponder al legislativo definir la naturaleza de las cosas sino esencialmente regularlas. Cabe sin embargo preguntarse si pese a ello, esa pretensión del legislador es técnicamente sustentable, si la misma tiene límites y, más aún, si la generalización legislativa desemboca necesariamente en conceptos con validez científica o inclusive meramente técnica, cuestiones sobre la que regresaremos más adelante. En cualquier caso, claramente en el caso del legislador de 1928 – en atención a las particularidades político-histórico-jurídicas– el fenómeno se exacerbará, con implicaciones extremas, muchas de las cuales podrán *prima facie* – en la perspectiva antigua del derecho– parecer injustificadas, pero dentro de las cuales el

61 Esto con independencia de que los conceptos de inclusión por el legislador de 1928 basados en un metodo y con influencias germánicas serán mucho más sustentables tecnica, lógica y conceptualmente.
62 Fuentes López Carlos, El racionalismo jurídico; Opus cit.

concepto mismo –al menos de la obligación– parecerá entrar en una profunda crisis de introspección como elemento mixto de modernización y abstracción, piedra angular de la presente tesis y sustento de sus hipótesis rectoras.

Esta incipiente y accidentada conceptualización romana[63], pese a ser tan distinta a la conceptualización de nuestra realidad moderna occidental es, sin embargo, innegable y fundamentalmente necesaria en el intercambio jurídico y social, tanto en la Roma clásica como en el mundo occidental del siglo XXI. La conceptualización moderna es un fenómeno totalmente exógeno a esta praxis romana. Para el derecho romano, el derecho no puede surgir de la regla[64]. La regla que se aleja del derecho pierde su razón de ser y función. El derecho surge de lo justo. Lo justo solo existe en la naturaleza de las cosas que por definición es concreta y debe visualizarse caso a caso por el jurista que las describe y atribuye consecuencias en el proceso jurisdiccional. Es en la concreción del caso analizado para hacer justicia que el concepto puede verse.[65] Así lo menciona el digesto[66] *jus non a regula sumatur sed ex jure, quod est, regula fiat*.[67] El derecho romano manifiesta un recelo por la elaboración de definiciones como lo manifiesta por las reglas operativas y culturales que le son implícitas y connaturales. Para el derecho romano, imbuido de Aristotelismo, el método de interpretación o de elaboración del derecho más bien dicho, deriva del acceso a los textos de los jurisconsultos clásicos –de análisis y trabajo casuístico–, del acceso a la jurisprudencia, civil o pretoria, aplicando cuando sea necesario correcciones derivadas de la equidad –noción aristotélica–, así como la libre búsqueda dialéctica –también evidentemente casuística– confrontando opiniones de los grandes juristas, de las grandes escuelas de jurisprudencia, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, a la casuística (*quaestiones, casus*), buscando soluciones justas y coherentes, con claro y evidente recelo por la generalización que nunca alcanza *lo justo* y no pueden ser tomadas *per se* por derecho.[68]

Es evidente que el derecho moderno, concibe por el contrario conceptos, con independencia de su trabajo forense o aún en la absoluta segregación del mismo. El derecho, por lo menos en su acepción de disciplina de estudio, goza en la modernidad de postulados distintos

[63] Cfr; Villey Michel, Opus Cit; p. 553
[64] D. 17. 1
[65] Ibidem p. 105.
[66] *Digesto*, 50,17,1.
[67] Michel Villey,Opus Cit; p. 105.
[68] Ibidem p 105

y se nutre de procesos diferentes. Como consecuencia, ya no solo es la justicia necesaria en el caso concreto lo que persigue, ya no sólo es la sentencia y análisis del caso, lo que le rige. Merced a la evolución social, política y científica de la modernidad, el jurista se nutre hoy de procesos *ius*-generadores totalmente extraños al fenómeno romano clásico. El poder constituyente, la asamblea representativa, la llamada *justicia distributiva* y la seguridad jurídica –por citar solo algunos– son fenómenos totalmente extraños al jurisconsulto romano, así como a los *desiderata* de su praxis y al derecho romano mismo. La evidente simbiosis con el desarrollo político de las naciones occidentales se ha entrelazado con la actividad *juris*-creadora misma que se ha visto substancialmente imbuida de criterios que rebasan la perspectiva jurídica de la antigüedad patente en el derecho romano clásico. Baste al respecto hacer una simple referencia a las fuentes del derecho en la antigüedad romana, *vis a vis* las fuentes concebidas en el fenómeno jurídico moderno, contraponiéndose con toda claridad la costumbre y la jurisprudencia por un lado contra la legislación como pretendida fuente omnímoda del derecho.[69]

Es sin embargo y a través de esos procesos *ius* generadores modernos, que en su mayor medida se nutre y desarrolla respectivamente el fenómeno de gestación de conceptos generales abstractos e impersonales que la dogmática jurídica moderna busca, genera y postula. No es de extrañarse que es incluso a merced de esta nueva perspectiva de fuentes del derecho que se desarrolla la dogmática jurídica moderna y contemporánea y que esta es especialmente proclive a pretensiones de naturaleza científica. Lo anterior se acentúa a partir de la dogmática decimonónica alemana, pero sin que ello soslaye en forma alguna la gran aportación pre cientifica de la ilustración y codificación francesas que dan cuerpo y esencia al derecho moderno y sus primeros "conceptos". No puede tampoco obviarse y despreciarse la previa experiencia humanista que busca por primera vez en occidente la sistematización que sirve así de zócalo para poder abstraer y generalizar conceptos.

Queda evidentemente poner en tela de juicio, sin embargo, qué tanto los conceptos resultantes son jurídicos a la luz de los postulados del derecho romano, con los que evidentemente esta nueva praxis representa una importante incompatibilidad de metodos y fines. Lo anterior es particularmente patente cuando se les presenta en su versión y características extremas, así sean estas, solamente potenciales y las mismas no deban de generalizarse.

[69] D'Ors Álvaro, Opus Cit., p 66; cfr Opus Cit p. 47

Lo mismo cabría decir en reciprocidad respecto de las posibilidades generadoras de conceptos en la realidad jurídica romana clásica, desde la perspectiva moderna. En efecto, ¿qué tanto pueden calificarse como conceptos, los códigos de comunicación meramente referenciales de la realidad práctica, que adolecen de perspectiva abstracta racional e impersonal? Como puede considerarse la conceptualización de cualquier fenómeno, cuando lo misma no logra separarse de las particularidades individuales de la realidad analizada. Parece que, desde las dos perspectivas, cada una adolece de lo que a la otra califica. Cabría discutir si son conciliables desde una síntesis histórica. Siedo objetivos, parece claro que la conceptualización no puede quedar exclusivamente en una de ambas opciones extremas.

Parece en primer lugar necesario ilustrar el referido divorcio entre las pretensiones jurídicas del derecho en la Roma del derecho clásico y las vertientes prácticas del derecho contemporáneo, con un rápido análisis de sus fuentes primarias y relacionandolo con sus postulados y fines previamente expuestos, para entender el cómo y el porqué de lo que para estándares modernos es una incipiente y deficiente conceptualización.

El derecho romano clásico es esencialmente un fenómeno de autoridad[70], en el que se entremezclan la jurisprudencia[71], la costumbre y la doctrina como fuentes predominantes. La legislación es un fenómeno secundario y tardío[72], que lejos de ser esencial al fenómeno jurídico romano clásico es un agente exógeno y contaminante de sus parámetros y postulados primarios[73]. La Ley, la generalización, la regla y el concepto abstracto son absolutamente ajenos a la juridicidad del derecho romano clásico, para el cual, la naturaleza de las cosas[74] que arroja la justicia del caso concreto es la pauta y fin del derecho mismo. Los conceptos en derecho romano derivan esencialmente de ese binomio primario de jurisprudencia-doctrina y costumbre y que responden a las necesidades de una praxis esencialmente casuística. Desde esa perspectiva, la

[70] D'Ors Álvaro, Opus Cit., p. 27
[71] Cfr.; Iglesias Juan, Opus Cit., p. 52, 58 vs. Iglesias Juan, Opus Cit., p. 47, 50.
[72] Opus Cit, p. 49.
[73] Grossi Paolo, El orden jurídico medieval, Marcial Pons, Madrid, 1996, 248 pp, p. 144, para quien: "… si la esencia del poder político medieval, incluso del medioevo sapiencial, consisten en el *ius dicere*, en el decir el derecho; si se mantiene la relativa indiferencia de aquel poder hacia la producción del ius, es porque *el derecho es una realidad pre existente que el poder no crea, no pretende crear, no estaría en condición de crear; que en su lugar solamente puede decir, declarar*…." (enfasis añadido)
[74] Cfr; Villey Michel, Opus Cit, p. 104 para quien, citando a la instituta de Gayo – *Gaius, Institutes, trad J. Reinach, Paris, Les Belles Lettres, 1965, 1,1. Digeste, 1,1.-* : "… *la source première du droit, selon les éxposés que nous offrent les auteurs romains, quoi qu'en disent nos manuels modernes, n'est pas la loi, mais la nature*…"(enfasis añadido)

generalización[75] no es más que una manifestación refleja[76]. El derecho romano es privado. Así, los parámetros del derecho se rigen por una búsqueda de la justicia como elemento de definición siendo la influencia de la lógica aristotélica en el análisis del caso concreto, profunda y marcada[77]. Para efectos conceptuales, el eje rector aristotélico será realista en oposición al nominalismo ulterior que dará lugar al voluntarismo y al privilegio de la Ley y las fuentes de potestad. Los conceptos derivan, pues, de la realidad observada en el caso concreto y se rigen por los principios lógicos de esta última, según los parámetros del Aristóteles[78], lo que explica en opinión de Villey que ante el auge de nuevas filosofías el derecho romano haya sido puesto en entredicho[79]. Reducido es en el derecho romano el esfuerzo de abstracción[80] e inútiles sus propósitos. Así es según Juan Iglesias, la abstracción propia del fenómeno jurídico moderno, lo que nos dificulta ver con claridad estas características del fenómeno jurídico romano y complica consecuentemente su estudio. [81]

El derecho moderno continental, pese a la innegable influencia y origen del fenómeno jurídico romano, evoluciona durante varios siglos y es final y esencialmente alimentado en los siglos XVIII a XXI por fuentes legislativas. Merced a una pléyade de fenómenos filosóficos y políticos, la actividad *ius*-generadora se ve finalmente asociada en forma primigenia a un hito político, mediante el fenómeno de la representación de la voluntad popular en una asamblea legislativa. La doctrina y la jurisprudencia son fuentes que ya solo alimentarán, en lo sucesivo, accesoriamente a la Ley. El derecho moderno pretende ser producto de la razón y la voluntad[82], ya no de la naturaleza de las cosas y su análisis dialectico de origen aristotélico como lo era en Roma. La colisión entre las fuentes de autoridad y las de potestad privilegiará *prima facie* desde entonces al nominalismo.

---

[75] Ibidem p 548 "… *les romains se méfiaient des règles; ils ne pensaient guère que les solutions dussent être deduites des règles: -no ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat- le droit n'est pas tiré de la règle, mais du droit qui existe est tirée la règle*…. " (enfasis añadido)

[76] Cfr; D'Ors Álvaro, Opus cit, p. 59; para quien: "…*la doctrina proviene por vía casuística y de progresiva extensión analógica; solo excepcionalmente gusta de formular principios en forma de reglas (regulae) o de hacer definiciones*…."(enfasis añadido)

[77] Villey Michel, Opus Cit; p 105

[78] Ibidem, p 132 para quien. "…*il y a a des philosophies qui par leur serieux, leur éclat, leur adaptation aux besoins d'un groupe social, deviennent dominantes pour un temps et mettent leur marque sur le droit. Tel était l'aristotelisme relativement au droit romain*…."

[79] Ibidem, p 106

[80] Ibidem, p 553, "…[*les] juristes romains qui n'avaient pas ce terme abstrait pour designer le droit du sujet sur la chose qui est la sienne – facultatem jurisconsulti nomine sui appelant, nos posthac jus proprie aut stricte dictum appellabimus –*…. "

[81] Iglesias Juan, Opus Cit; p39

[82] Villey Michel, Opus Cit; p 164

De la misma manera y al mismo tiempo, la modernidad desembocará en una mayor proclividad a la abstracción y la generalización en el ámbito jurídico. La sistematización traída a la palestra por el humanismo auspiciará efectivamente la formación de conceptos jurídicos.

Así, se acerquen dichos nuevos conceptos al fenómeno romano o no, la sistematización y la creación conceptual en el ámbito jurídico se van extendiendo rápidamente como *modus operandi* del quehacer jurídico. Así, conforme pasen los siglos comprendidos entre el XVI y el XIX, el distanciamiento conceptual *versus* la realidad romana materia prima de estudio, será más patente, hasta llegar a evidenciar la crisis que ilustra las dos hipótesis centrales de la presente investigación.

La abstracción y la generalización son medios para la formación de conceptos, aunque corren a lo largo de esos tres siglos, el riesgo, como se verá más adelante, de convertirse en fines[83].

En la perspectiva de muchos, proclives a la perspectiva de la antigüedad, la consecuente evolución del derecho y la posibilidad de generar conceptos obedece precisamente a la búsqueda de "cientifizar" el fenómeno jurídico tanto, como a la politización del fenómeno jurídico. Ejemplificativamente, las voces de autoridades como Grossi en Italia o Villey en Francia han manifestado que lo anterior implica una polución del fenómeno jurídico que deja poco de su esencia y lo transforma en algo distinto, cuyos tintes políticos pervierten su esencia primigenia.

Si bien esta no es una posición unánime, sus corifeos claramente describen dicha evolución y el consecuente divorcio de perspectivas Para ellos la tendencia hacia la abstracción y generalización conceptual, forma parte de un fenómeno de mutación del fenómeno jurídico primigenio que no podía ser sistematizado sin desnaturalizarse y consecuentemente no podría válidamente derivar conceptos, menos aún con pretensiones epistemológicas, por mayor que fuese su esfuerzo.

En esas voces, el triunfo del fenómeno legislativo, contractualista e iusnaturalista, termina por desnaturalizar esa estructura al auspiciar que inclusive –tal y como lo presupone el análisis

[83] Anticipado por Ihering Rudolf Von, La Dogmática Jurídica, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1946; p 116-117, el movimiento conceptualizador se basa esencialmente en la abstracción y generalización; "…. *podemos definirla pues diciendo que consiste en separar de la forma local originaria lo que es general por su naturaleza y por su destino, ella descansa en un análisis de la materia jurídica con que la historia fundo una sola institución y en la separacion de los elementos o principios jurídicos derivados unicamente del fin particular de dicha institución, que pertenecen puramente a la especie ( elementos locales esenciales ) de los elemantos que han hecho que aparezca esa institución y que por su esencia son de naturaleza abstracta(...) ciertamente que ese trabajo exige una facultad de abstracción muy grande y uncriterium más seguro que el de la interpretación ordinaria*…." (enfasis añadido)

de nuestra primera hipótesis– pueda estribar en la Ley misma, la posibilidad de no solo regular sino definir y dar esencia a los conceptos del fenómeno jurídico.

Valga así acotar aquí que es precisamente este choque de definiciones respecto de la esencia y métodos de la disciplina jurídica lo que radica como causa raíz de la polémica en comento para esta investigación.

Así, la determinación del método idóneo en la formación de conceptos es fundamental –independientemente de la autocalificación que se dé el conocimiento jurídico de científico o no– pues de esa determinación dependerá la confirmación de la hipótesis secundaria de esta investigación sobre si queda en poder del legislador la posibilidad de generar o cambiar conceptos.

Ahora bien, si la particularidad científica del derecho en la cosmogonía jurídica moderna en occidente a partir del ius-positivismo legal y en atención a la evolución sus-mencionada desde el racionalismo depende y deriva en la formación de conceptos en las fuentes jurídicas modernas como la legislación esto podría plantear *prima facie* que los conceptos se abrevarían esencial y primariamente de esta fuente legislativa. La labor legislativa plantearía de origen gran parte de la metodología. El proceso de generalización, despersonalización y abstracción inherentes ya estarían implícitas en las manifestaciones resultantes. Lo anterior parecería una natural evolución del nominalismo Ockhamiano y del contractualismo ilustrado. No puede dejarse de preguntarse la válidez jurídica y cientifica de este proceso, si llevado al extremo pretendiese desenvolverse con total independencia de la realidad a la que pretende regular y reconocer. En otras palabras, ¿la abstracción legislativa y consecuentemente dogmática necesaria para la formación de conceptos en el ámbito moderno, puede en todo caso y sin ninguna restricción o requisito autocalificarse de jurídica o debe mantener algunos patrones ycauces mínimos para mantener esta cualidad?

Un punto insoslayable de referencia para efectos de abordar la presente interrogante se presenta en la paradigmática discusión sobre la conveniencia de la codificación en Alemania sostenida entre Thibaut y Savigny. En la misma, parece claro que la teoría de la conceptualización y su vinculación con el fenómeno legislativa era una parte esencial de la discusión. No debe de sorprender que esta discusión se plantea de manera simultánea y como consecuencia de la discusión sobre la conveniencia de adoptar un código emulando o copiando al Code y presuntamente ajeno a la realidad histórica de la nación alemana, entonces, en incipiente

formación. Ciertamente, la conexión del fenómeno codificador racionalista va íntimamente ligada, tal y como se ha insinuado líneas más arriba, con la factibilidad de crear y cambiar conceptos jurídicos. Estamos ya en un ámbito y una cosmogonía moderna en la que ambos fenómenos van íntimamente vinculados.

En resumen, pareciera adecuado redondear en términos de esta primera sección que el fenómeno jurídico no siempre ha vivido con conceptos tal y como los vive la praxis moderna en occidente. Esto no ha sido óbice para que el mundo jurídico antiguo, en lo particular el derecho romano, no elaborase códigos conceptuales y vocablos que le permitiesen identificar e intercambiar ideas en el contexto de su praxis, sus métodos y sus fines. La gestación de esos "pseudo-conceptos" en el derecho romano parece sin embargo un fenómeno accidental y no un rubro definitorio[84]. La praxis, los métodos y los fines del derecho romano parecen centrarse en la solución del caso concreto, tienen como desiderata con-natural la búsqueda de la justicia y buscan raramente teorizar o formular ideas de validez universal.

La generalización conceptual con pretensiones de validez universal son manifestaciones del fenómeno racional y politizado moderno. Herederos del nominalismo, del humanismo y del contractualismo, los conceptos jurídicos modernos tienen características y fines que parecen absolutamente ajenos a la perspectiva jurídica del derecho romano.

Lo anterior no es óbice, sin embargo, para concluir que, desde la antigüedad y sus manifestaciones jurídicas se presenta un incipiente fenómeno conceptualizador como fenómeno necesario para el intercambio idiomático y forense.

Ciertamente, la cosmogonía jurídica contemporánea, en términos generales, desde el advenimiento de la edad moderna es inimaginable sin la posibilidad de conceptualizar fenómenos en abstracto que son planteados posteriormente en Leyes que tienen las mismas características generales y que son absolutamente extrañas al fenómeno jurídico romano. Por lo anterior es que cabe concluir *prima facie* en esta fase de esta investigación y utilizar para efectos metodológicos en lo sucesivo, que los *conceptos jurídicos* romanos son en contexto, metodología y fines absolutamente distintos de los que persigue y rigen el fenómeno jurídico moderno. Podría discutirse si, en consecuencia, esto detona las pretensiones cientificistas modernas del fenómeno jurídico, o si solo se trata de dos situaciones absolutamente accidentales, en otras palabras, de una simple coincidencia.

[84] Cfr.; D'Ors Álvaro, Opus Cit. p 60 para quien "el derecho singular es siempre ius, es decir jurisprudencial (D.1,3,16:auctorias constituentium)."

De lo anterior depende en gran medida, el ulterior desarrollo de la hipótesis central de la presente investigación. Ciertamente, si el incipiente concepto jurídico romano y el concepto jurídico moderno, son radicalmente distintos en virtud de las fuentes, métodos, contexto y fines que persiguen, luego entonces, la discusión sobre el cambio conceptual de la obligación en el CC28 toma una dirección totalmente distinta respecto de la que tomaría si pese a las diferencias de fuentes, métodos, contexto y fines el concepto del derecho romano pudiera equipararse al concepto jurídico moderno.

**b) Los conceptos y la abstracción.**

Por todo lo antes vertido queda en primer lugar determinar: ¿Qué es un concepto? ¿Cómo puede un concepto formarse sobre elementos tangibles y corporales? ¿Cuáles son, por último, las complejidades que presenta su determinación? Hecho lo anterior se releva entonces fundamental analizar y concluir si la formación de conceptos respecto de ideas y fenómenos intangibles sigue y se rige igualmente por cauces similares. Alcanzadas las conclusiones sobre las interrogantes inmediato precedentes, es fundamental analizar y concluir igualmente si la formación de conceptos jurídicos sigue cualquiera de ambos caminos.

Al respecto una primera voz indispensable en el discurso que nos ocupa, implica conceptualizar al concepto. Para María Moliner las acepciones del concepto giran alrededor de la construcción mental sobre fenómenos de la realidad. Así nos dice que es concepto:

> *"la representación mental de un objeto[85], […] la relación establecida por la mente entre varias ideas[86], […] el conocimiento descriptivo de lo que es o como debe de ser una cosa[87] (énfasis añadido), […] idea[88] […] la evaluación hecha mentalmente de alguien o algo[89] […] opinión [90][…] carácter que se atribuye a alguien o a algo…[91]"*

En todas las definiciones de Moliner, parece claro, que el concepto, no es *per se* y solamente la descripción o fotografía de un objeto de estudio. La labor racional tendiente a analizar el objeto de estudio de forma a poder representarlo, haciendo énfasis en sus cualidades definitorias, primigenias, constantes es sin duda lo que distingue concebir o conceptuar de la

[85] Moliner María; Diccionario del uso del español, Gredos, Madrid, 2007, Tomo I; "CONCEPTO"
[86] Ibidem
[87] Ibidem
[88] Ibidem
[89] Ibidem
[90] Ibidem
[91] Ibidem

descripción per se. De hecho, esa labor de análisis es sutil pero firmemente subrayada por Moliner cuando en el concepto queda resaltada la *labor mental*, la "relación establecida por la mente entre varias ideas" o la noción de "como es" o "como debe de ser" una cosa en el caso concreto. Concebir no es ciertamente describir, sino *abstraer o evidenciar* de la manifestación o apreciación fáctica (cualquiera que esta sea) concretamente observada, aquellas características que la definen y particularizan su esencia en exclusión de fenómenos similares, aunque distintos.

Al conceptualizar, el intérprete de cualquier fenómeno, debe de abstraerse de las características particulares del fenómeno descrito en el tiempo y lugar de su observación, aquellas que siendo las esenciales, van más allá de lo evidente en el caso concreto. En el ámbito jurídico este proceso es magistralmente descrito por Ihering[92] como protoconceptualista:

"*.... podemos definirla pues diciendo que consiste en separar de la forma local originaria lo que es general por su naturaleza y por su destino, ella descansa en un análisis de la materia jurídica con que la historia fundo una sola institución y en la separacion de los elementos o principios jurídicos derivados unicamente del fin particular de dicha institución, que pertenecen puramente a la especie (elementos locales esenciales) de los elemantos que han hecho que aparezca esa institución y que por su esencia son de naturaleza abstracta (...) ciertamente que ese trabajo exige una facultad de abstracción muy grande y un criterium más seguro que el de la interpretación ordinaria*...." (enfasis añadido)

La conceptualización parte del primer plano, pero debe de alejarse del mismo si es que pretende verdaderamente servir para identificar el fenómeno, *etceteris paribus*, respecto de las particularidades concretas. Esta inducción de naturaleza y origen aristotélico como nos lo plantea María del Carmen Platas Pacheco[93], tiende si es adecuadamente llevada a cabo, a la inducción[94] esencial que nos permitiría conceptualizar cualquier fenómeno.

De lo contrario parecería que el intérprete social no define o conceptúa, sino que se limita a describir. El concepto plantea una naturaleza atemporal[95]. Si describiera un fenómeno el intérprete, las particularidades que su labor implica se limitan a lo evidente en el primer plano. La conceptualización implica una abstracción del caso concreto. Lo anterior ya que el concepto es un parámetro de descripción *etceteris paribus*, valido, independientemente de las

[92] Ihering Rudolf Von, La Dogmática Jurídica, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1946; p 116-117
[93] Platas Pacheco Maria del Carmen, Filosofía del derecho, Lógica jurídica, 2008 Editorial Porrua, Mexico, p 106
[94] Cfr. Larenz Karl; Opus Cit; p 46
[95] "*.....por medio del análisis lógico se cumple la separación de los elementos del derecho. Las ideas generales que históricamente nacen bajo forma especial y concreta se separan poco a poco y adquieren la forma abstracta que luego revisten*...." Ihering Rudolf Von, La Dogmática Jurídica, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1946; p 118. (enfasis añadido)

circunstancias específicas de un caso concreto[96]. Cabe referir que el conocimiento inductivo como el que nos ocupa en esta referencia, tiene –*como ya se ha mencionado*– un origen en la lógica aristotélica y tiene consecuentemente una base realista o empírica de los fenómenos analizados[97] – *de donde se inducen progresivamente las cualidades esenciales* – para poder ulteriormente abstraer un concepto.

Ciertamente conceptualizar implica destacar las características esenciales del fenómeno estudiado, mediante su sucesiva comparación con fenómenos similares[98], para lograr desentrañar, separar o abstraer de esa repetición estadística, las características esenciales del fenómeno estudiado. Lo anterior con el propósito de que dichas características que dan pie al concepto sean válidas independientemente del caso concreto que sirvió como punto de partida. Pese a basarse en la metodología de la lógica aristotélica, la inducción conceptual[99] parece ser ciertamente un fenómeno epistemológico propio de la modernidad, pues la cosmogonía antigua, por lo menos claramente en materia jurídica, parece tener ciertos y evidentes problemas con la generalización y la abstracción tal y como ha quedado patente en las páginas anteriores, pese a la existencia de métodos que permitieran alcanzarla.[100].

No se obvia en el presente escrito, la complejidad propia del fenómeno conceptualizador. De hecho, es parte de los *desiderata* de la presente investigación, hacer hincapié de la diferencia entre definir y conceptualizar, así como respecto de la consecuente complejidad inherente entre la perspectiva jurídica propia de la antigüedad y la de la modernidad en materia de conceptos.

Así, el derecho romano difícilmente generaliza ideas ni genera conceptos, pero no por ello deja de definir fenómenos concretos con base en los cuales logra la comunicación efectiva entre los distintos artífices y artesanos (si se nos permite el término) jurídicos, para los cuales, el paradigma de su praxis no es otra que la solución del caso concreto. Ahí la exposición resumida de las diferencias expuestas en las secciones precedentes.

Parece pues necesario poder abstraer el fenómeno físico o tangible, así como la idea, de las particularidades que presente, sean estas perceptibles por los sentidos o simplemente idealizadas por la imaginación.

---

[96] De ahí las pretensiones científicas que pueden adscribírsele como determinantes en su función.
[97] Platas Pacheco Maria del Carmen, Opus Cit; p 108
[98] Ibidem
[99] Cfr. Larenz Karl Opus Cit y Ihering Rudolf Von, La Dogmática Jurídica, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1946.
[100] Cfr. Spengler Oswald, Opus Cit; p 88-90

Así, María Moliner nos define el proceso de abstracción como la separación mental que considera una cualidad, estado acción o fenómeno con independencia del objeto en que existe o por el que existe. "*Abstraer* –nos dice Moliner– *es formar la idea de un concepto separada de cualquier individuo en que se encuentra realizada*.[101]" Abstraer, requiere un fenómeno del cual se desprendan la características esenciales. Estas no pueden sin embargo ser soslayadas bajo el pretexto del poder de la razón. El nominalismo no puede válidamente abusar de la facultad racional para generar conceptos sin inducirlos de fenómenos reales. El concepto sería totalmente falaz. La inducción aristotélica, se separa de la realidad concreta que analiza, pero no la puede obviar.

La abstracción parece ser para estos efectos un resultado de la modernidad y las pretensiones nominalistas que le preceden, para las cuales, con independencia del objeto analizado en el caso concreto, la mente debiera ser capaz de sustraer la esencia estructural que permitiese elaborar conceptos universales, atemporales, independientes tanto del multi-mencionado caso y objeto concreto, como del observador[102]. Cabe referir sin embargo que esa abstracción para ser adecuada y permitir una eficiente y eficaz determinación del concepto que busque, la misma debe de seguir y ceñirse por los mismos parámetros que en la antigüedad Aristóteles delineaba para una adecuada conceptualización[103].

Parece ilustrativo hacer a estos efectos una breve referencia a las ideas de Spengler en materia de la abstracción como fenómeno no común a las civilizaciones "apolíneas"[104]. Efectivamente es uno de los asertos más concluyentes del análisis Spengleriano que la civilización jurídica romana no era capaz de abstracciones propias de las civilizaciones fáusticas, limitándose consecuentemente sus análisis y conclusiones a las particularidades del caso concreto materia de estudio por el jurista, en el momento concreto y consecuentemente, por definición, en el momento presente[105]. Lo anterior no es un tema de preocupación para el sistema

[101] Moliner María, Opus Cit; Tomo I p 19.
[102] Platas Pacheco María del Carmen, Filosofia del Derecho, Lógica Jurídica, Editorial Porrúa, México, 2008; p 43.
[103] Platas Pacheco María del Carmen, Opus cit; p 44 quien citando a Sanguinetti menciona que: "... *el concepto significa la esencia sin ser ella misma. Es decir, por medio de él se capta la esencia de las cosas, pero esta sigue siendo lo que es con independencia del sujeto que la nombra...*"
[104] Spengler Oswald, La decadencia de occidente, Editorial Calpe, Madrid, 1926, Tomo III, p 89; quien confirma desde su perspectiva las aseveraciones de romanistas citados anteriormente"....*Pero los romanos no eran ni sistemáticos, ni historiadores, ni teóricos del derecho, sino exclusivamente practicos, unos excelentes prácticos. Su jurisprudencia es una ciencia empírica de casos particulares, una técnica perespiritualizada, no un edificio de abstracciones...*." (enfasis añadido)
[105] Spengler Oswald, Opus Cit; p 93, donde la reflexión Spengleriana se centra en la dimensión temporal para subrayar la perspectiva romana casuistica que solo regula el caso concreto presente, pero no puede visualizar la

jurídico romano, sólidamente sustentado en el paradigma del análisis del caso concreto y su solución justa.

La abstracción permitiría en teoría separar el fenómeno estudiado de la subjetividad que puede afectar al intérprete o al sujeto pasivo del fenómeno jurídico en cuestión, (cuestión intrascendente para el jurista romano, para el cual más allá del caso concreto no hay razón de ser de análisis, participación o aseveración alguna).

La conceptualización del genérico, atiende a buscar en forma general las características que definen al fenómeno observado y le imprimen esencia y distinción de otro género, independientemente de las particularidades de uno u otro en concreto. Esto implica indispensablemente una abstracción por inducción del caso concreto emipiriológicamente identificable y permite conceptualizarlos y no simplemente describirlos por sus características específicas que no podría en forma alguna consistir en su concepto. La aplicación del método inductivo y dialectico Aristotélico es evidente, según narra la doctora Platas Pacheco[106], permitiendo la comparación mediante clasificaciones género-especie, que permiten sistematizar e inducir esencialmente el concepto.

Siendo lo anterior cierto en materia de elementos o fenómenos tangibles u constatables por los sentidos, queda preguntarse si el proceso se sigue igualmente en tratándose de fenómenos o elementos intangibles o de existencia meramente intelectual. Esto es, ¿puede igualmente en materia de intangibles hacerse abstracción del caso concreto y considerar las particularidades generales que hacen que una idea pertenezca o sea clasificable dentro de un género o dentro de otro? Pareciera *prima facie* que el proceso debe de seguirse de igual manera. Sin embargo, es innegablemente más difícil conformar los mismos pues no existe apriorísticamente hablando en todos los casos, un fenómeno constatable por los sentidos que permita llegar a las mismas conclusiones y respecto del cual puedan desprenderse uniformemente los rasgos que lo caractericen y permitan conceptualizarlo o incluirlo en un género próximo dentro del cual ubicarlo y distinguirlo de otros. La falta de concreción o identidad física evidentemente complica el fenómeno de identificación, gestación y evolución de conceptos de manera generalizada. La

---

perspectiva futura del caso resuelto precisamente por que no puede abstraerlo y generalizarlo: "..... *En occidente por el contrario se manifiesta la tendencia a reducir desde luego todo el material jurídico viviente a una obra de conjunto exhaustiva y sistematizada para siempre, a una obra definitiva en donde cada caso pensable del futuro queda decidido de antemano. <u>El derecho occidental se orienta hacia el futuro. El derecho antigüo es forjado para el presente</u>*...." (enfasis añadido)

[106] Platas Pacheco Maria del Carmen, Opus Cit; p 106

capacidad de abstracción resulta en consecuencia mucho mayor en tratándose de conceptos que versan sobre fenómenos u objetos intangibles. El nivel de complejidad aumenta tanto para abstraerse del caso concreto como para poder elaborar un concepto, y considerar que sus cualidades son generales y validas de manera a-temporal, a-geográfica y a-particular. Cabe mencionar así que "lo abstracto" resultante del proceso racional de referencia, cuando versa sobre intangibles, adquiere en virtud del proceso conceptualizador, existencia propia independiente de los fenómenos concretos en los que se basa.[107]

Sin embargo, en materia de la solución de una controversia, el propósito justiciante y la inevitable evaluación de intereses en presencia que bien puede afectarse de evaluaciones subjetivas en el caso concreto que impidiesen en su caso, la consecuente posibilidad de generar un concepto verdaderamente objetivo y alejado de las particularidades en el caso concreto parece un reto de mucho mayor complejidad. Parece evidente que es en buena medida por ello que al derecho romano clásico se le conflictúa tanto generar conceptos abstractos.

Así, en otras palabras, que tan válida puede llegar a ser la abstracción de las cualidades generales del fenómeno jurídico después de evadir y sortear los escollos precedentes. Asimismo, y suponiendo que esto fuese factible: ¿cuáles debieran ser los criterios definitorios de la técnica gestadora de conceptos para que los mismos fueran *etceteris paribus* validos, cuando no necesariamente científicos? Lo anterior se complica aún más cuando dicho código de comunicación – a lo que primariamente se reduciría la formación de conceptos – *o valdría la pena decir descripciones en su lugar* -jurídicos en la antigüedad– parte del conflicto entre pretensores de un derecho subjetivo que por definición en consecuencia tienen posiciones antagónicas.

¿Qué tanto puede la praxis basada en el antagonismo pretensor de dos partes opuestas, crear una regla y como consecuencia un concepto que pretenda ser utilizado como código común de comunicación entre distintos contendientes? He ahí un doble paradigma que presenta la pretensión conceptualizadora jurídica. Por un lado, romper con la pretensión anti definición tan propia al contexto jurídico romano. Por el otro, la dificultad inherente a las particularidades de lo que sería el proceso creador de dichos conceptos en el contexto procesal casuístico romano.

[107] Ibidem, "*Abstracto: del latin abstractus; adverbio abstractamente, se aplica a las cosas designadas con un nombre precedido de artículo <u>como si tuvieran existencia propia e independiente</u>, pero que corresponde a ideas que solo se realizan en otras cosas: El bien, la belleza, son entes abstractos…[….] se dice también que son abstractas las <u>ideas de las cosas a diferencia de las cosas mismas, existentes en la realidad concretadas y particularizadas como individuos de la especie aque la idea corresponde</u>*…."(enfasis añadido)

Como se ha expuesto parece evidente que ambas características son propias de la naturaleza del fenómeno. Sin embargo, eso se compensa y justifica por una búsqueda de la justicia que no parece poder darse, basándose en los postulados del aristotelismo, sino en el análisis dialéctico del caso concreto, impidiéndole en consecuencia *per se*, toda pretensión y posibilidad de abstracción.

Dentro de los ejemplos y complejidades antes referidas, podríamos resumir que la abstracción se define como la segregación o corte de algo respecto de sus orígenes concretos o sus manifestaciones que le dan primariamente y en cada caso concreto identidad especifica. La abstracción de conceptos requiere pues esa distancia de la relación de observación de corto plazo e inmediata, por una visión de conjunto que separe del caso concreto, los rasgos generales del fenómeno analizado. El fenómeno estudiado u observado cuando se describe por características individuales, no se ha segregado de esa realidad concreta y difícilmente puede ser considerado generador de concepto, pues *verbigratia* variaría con cada fenómeno que fuese descrito a su amparo.

Así resultaría una *contradictio in terminis*, pretender que el fenómeno jurídico de la antigüedad, basado en el análisis y la solución de conflictos individuales, pudiese elaborar conceptos jurídicos de acuerdo con las particularidades planteadas para la gestación de conceptos.

No sería óbice lo anterior, para la elaboración de códigos de comunicación destinados al intercambio de ideas relativas al fenómeno jurídico. Si bien adolecerían por definición de las características inherentes al concepto general y abstracto -*de acuerdo con lo antes expuesto* - dichos códigos de comunicación permitirían sin embargo y de hecho permitieron, el intercambio intelectual dentro de los parámetros culturales de la antigüedad y de la praxis jurídico judicial. Dichos pseudo conceptos o códigos de comunicación permitieron igualmente y con independencia de las falencias que la perspectiva moderna pudiera imputarles, la transmisión de todo ese acervo cultural y jurídico hasta nuestros días. Evidentemente los mismos fueron paulatina y sucesivamente “tratados” y asimilados con base en múltiples parámetros y métodos que les eran originalmente ajenos tal y como son ejemplos ilustrativos y primeros en orden las interpolaciones justinianeas y las interpolaciones medievales que les sucedieron. Muchos otros fenómenos alteraron la estructura casuística original para derivar en "pseudo-conceptos" como los que hoy maneja mayoritariamente la dogmática jurídica en el tema que nos ocupa, merced a

la ulterior influencia del humanismo y el iusnaturalismo. Será ahí el rompimiento de la pandectistica y la jurisprudencia de conceptos. En los apartados siguientes nos referiremos a algunos de ellos, los más relevantes para efectos de nuestro estudio. Sin duda en ello radica el origen de múltiples evoluciones y derivaciones de instituciones de la antigüedad en instituciones y conceptos analizados hoy desde una perspectiva moderna que les sería de origen totalmente ajena; (i.e. concepto de derechos reales y personales vis a vis las acciones *in rem* e *in personam*)

Parecería sin embargo desde la misma perspectiva moderna, menos evidente la posibilidad de erigir cada uno de esos casos concretos, en código de comunicación con validez científica o en conceptos propiamente dichos, de acuerdo con las particularidades que a este hemos atribuido en las líneas precedentes[108]. Ciertamente cada mente abrazaría las particularidades que en el caso concreto ideara respecto de ese algo que no es perceptible por los sentidos sino solamente por el intelecto. La ausencia de un punto de referencia "objetivo" - suponiendo este fuera posible - pareciera ser el obstáculo principal. Así dichos elementos que fueran usados como códigos de comunicación adolecerían un aspecto de objetividad que permitiese su aceptación "universal". Este es sin embargo un parámetro moderno que dadas las particularidades del análisis jurídico del derecho romano antes apuntadas, no fue obstáculo para la gestación de los mismos y más aún para que los mismos fuesen transmitidos durante siglos hasta nuestros días, sirviendo de núcleo fundamental para la elaboración de lo que hoy conocemos como conceptos e instituciones básicas del derecho y de lo que algunos consideran desde el siglo XIX la verdadera ciencia jurídica, a la que nos referiremos líneas más adelante.

### c) El fenómeno jurídico y su susceptibilidad de abstracción.

Parece pues como anticipábamos líneas atrás, que la abstracción y ulterior conceptualización de fenómenos intangibles y más aún de fenómenos jurídicos presenta una doble complejidad. Por una parte, respecto de los fenómenos intangibles, el fenómeno concreto solo puede verse a través

[108] Es importante hacer notar que por científico, en este apartado nos referimos a códigos de comunicación que gozasen de una organización sistemática, de acuerdo con la definición de Guzmán Valdivia citada anteriormente respecto del conocimiento científico. Así serían científicos o gozarían de una organización sistemática, los códigos de comunicación técnicos que fuesen universalmente aceptados por abstraer objetivamente y de manera general e impersonal los elementos claves de cada fenómeno, sin perder sin embargo la conexión con elementos constantes y definitorios del fenómeno en concreto. En esta acepción, los códigos de comunicación técnico jurídicos heredados de la praxis romana, no serían conceptos por todo lo antes referido y consecuentemente difícilmente serían calificables como científicos en esta moderna acepción. Lo anterior sin prejuzgar ni evaluar las aseveraciones que considerasen que la praxis jurídica romana era verdaderamente científica – cfr. D'Ors Álvaro – mismas que nos parecen muy adecuadas, siendo sin embargo un parámetro y acepción de ciencia distinto, el utilizado para llegar a dichas conclusiones.

de manifestaciones indirectas como es el caso de las manifestaciones propias del derecho romano. Las mismas son meros reflejos o descripciones de situaciones fácticas individuales y por lo mismo es difícil considerarlos como conceptos objetivados, abstraídos de la realidad concreta, tal y como ya se ha explicado. Ihering lo resume metafóricamente así que de ahi que : "*.... el derecho germánico ofrezca organismos y el derecho romano atomos o elementos y que no dependa esto de diferencia de sustancia entre ambos derechos ....*[109]"

Adicionalmente, respecto de los fenómenos jurídicos, allende su aspecto esencialmente intangible y su incompatibilidad en la visión de la antigüedad para ser abstraídos y conceptualizados, los mismos presentan una complejidad adicional. La misma estriba en su particularidad y origen. Este se basa en un conflicto social individual, al menos en el esquema seguido por el derecho romano, como modelo del que se han desprendido gran parte de los conceptos jurídicos contemporáneos en occidente. Ciertamente las situaciones plasmadas en esos códigos comunicativos describen las distintas pretensiones de una misma situación, según la descripción de una de las partes, y normalmente la de la que resultó exitosa en la pretensión judicializada, la cual resultó compilada – i.e. *en el fenómeno jurídico romano* – como la resultante y consecuentemente aquella en la que se erige accidentalmente la definición -*el pseudo - concepto*-. Su particular perspectiva basada en la controversia judicial es insoslayable.

Efectivamente, las fuentes históricas a través de las cuales llegaron a nosotros esos códigos de comunicación del derecho romano, son esencialmente las compilaciones justinianeas. Dichas compilaciones no hacen sino relatar la pléyade de casos concretos tratados por el pretor y analizados caso por caso por el jurista respectivo. La transferencia conceptual a un código de comunicación con pretensiones generales, abstractas e impersonales, no se da sino a través del paso de los siglos y de las múltiples influencias respectivas a épocas y territorios con los que esto fue reanalizado desde el re-descubrimiento del material justinianeo en la baja edad media.

Lo anterior sin hacer mayor referencia al hecho que el material justinianeo ya presentaba *per se*, una alteración natural (por razones de tiempo, lugar, cultura contexto e idioma) respecto de los parámetros originales en los que las sentencias compiladas en el digesto fueron originalmente emitidas y redactadas[110].

---

[109] Ihering Rudolf Von, La Dogmática Jurídica, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1946; p 125

[110] Iglesias Juan, Opus Cit, p75 infra, para quien: " … ni todo el derecho romano es realmente romano, - pensemos sobre todo en Bizancio- , ni todo el derecho de Roma es bueno para las nuevas escenas. Los interpretes acomodan (*el subrayado es añadido*) el Derecho romano a las exigencias de los nuevos tiempos, a través, principalmente de

La labor del pretor[111] en el edicto[112] parece haber sido el fiel de la balanza con base en el cual, pese a la polarización propia de la contención procesal, se pudieron listar y encontrar a través de los siglos, las características propias de cada institución del derecho privado que desarrolló la jurisprudencia moderna occidental. Así, parece que, pese a no haber pretendido conceptualizar a las instituciones en parámetros modernos, el pretor con base en el trabajo de los jurisconsultos[113], listó las características de miles de casos concretos con base en los cuales pudo transmitirse el conocimiento judicial de la roma clásica. La labor del jurisconsulto gozaba efectivamente de postulados objetivos que pese a no generalizar ni abstraer en perspectiva moderna, presentan caso a caso, ciertas características definitorias de las que se llamarán posteriormente instituciones jurídicas[114] como pseudo conceptos y que serán desarrolladas más propiamente como conceptos gracias al fenómeno de la pandectística alemana del siglo XIX tal y como exploraremos más adelante. La realidad, nos dice Ihering, es que "*.... la fuerza analítica del derecho romano no descomponía las cosas, sino las ideas; obraba asi no para impedir la existencia practica de un organismo, sino para facilitarlo y asegurarlo....*"[115]

Cabe sin embargo hacer al respecto algunas acotaciones: (i) Por un lado, el antecedente del que parte toda la transmisión "conceptual" no pretendía conceptualizar, generalizar, ni abstraer nada. Sus premisas originales son, tal y como se ha apuntado, meramente casuísticas y pragmáticas por ende concretas. No pretendían ser abstraídas en regla general. (ii) Así, a partir las mismas de un fenómeno de conflicto, adolecen *prima facie* de una perspectiva que podría ser calificada como parcial, pues representan la posición de alguna de las partes en conflicto según fuese determinado por el pretor y el juez en el caso concreto, para ser ulteriormente compiladas. Esto es, de origen presentan un viso de parcialidad connatural, misma que podría ser argüida como un vicio irremontable para ser materia de abstracción y poder devenir ulteriormente, en base de un concepto de pretensiones objetivas y científicas – en la acepción moderna de ciencia a que nos hemos referido-. (iii) Asimismo, el filtro de análisis se basa en la perspectiva contenciosa, con lo cual la visión del derecho está especialmente sesgada a un análisis del derecho vía foral, misma que como analizaremos más adelante, perderá aparentemente

---

clarificaciones, generalizaciones y sobreentendidos, cuando no prescinden de algún texto que consideran caput mortem…"

[111] Iglesias Juan, Opus Cit; p 53

[112] D'Ors Álvaro, Opus Cit; p 68 y sig.

[113] Iglesias Juan, Opus Cit; p 55

[114] D'Ors Álvaro; Opus Cit, p 59

[115] Ihering Rudolf Von, La Dogmática Jurídica, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1946; p 125

perspectiva general del fenómeno socio-jurídico en la ulterior formación de los conceptos resultantes para todas aquellas instituciones o situaciones dotadas de juridicidad, aunque no de conflicto inter-partes. Así, como (iv) se ha indicado, dichos códigos de comunicación llegan a nuestros días, vía un azaroso y secular camino, en el cual, las múltiples transmisiones, interpretaciones y redacciones les llevan en algunos casos a instituciones claramente lejanas de aquello que fue en su momento parte del código de comunicación – *institución o concepto* - de cuya transmisión se trate, lo cual genera gran complejidad para una adecuada abstracción conceptual contemporánea, sobre parámetros lógicos (i.e. derechos reales y personales *vis a vis actio in rem e actio in personam*).

La esencia de lo jurídico, de acuerdo con ese parámetro de la cosmogonía antigua, estriba en el caso concreto. La concreción y el momento presente de lo analizado, permiten en ese parámetro, hablar de juridicidad y de una perspectiva jurídica que por antonomasia parecería ser luego concreta y no poder ser abstraída.

El humanismo, el racionalismo, la ilustración decantarán paulatinamente esos casos concretos con perspectivas nuevas, con pretensiones de sistematización, con perspectivas de igualdad ante el derecho, con parámetros socio-justicieros que confluyen en el siglo de las luces bajo el auspicio del voluntarismo en los movimientos constitucionalista y codificador. Ahí el derecho parece encontrarse con un nuevo paradigma, la necesidad de generar derecho sobre una base racional, abstracta e impersonal.

Ahí es donde la anterior relatividad y volatilidad para propósitos de abstracción conceptuales, de cada una de las instituciones heredadas de acuerdo con la narrativa anterior, encuentra en el desarrollo de la historia del derecho en occidente un descanso y un punto de apoyo. Serán el fenómeno codificador y el fenómeno legiferante, los que apuntalarán a partir de las primeras codificaciones ilustradas y más claramente a partir del siglo XIX, la pretendida abstracción del derecho y la consecuente abstracción y generación de los conceptos propios de la moderna ciencia jurídica. Los mismos degenerarán como veremos, en la dirección contraria, hasta la llegada de la pandectística.

A partir de la publicación del Código Napoleón y especialmente para efectos de esta investigación a partir del *Burgerliches Gesetz Buch* alemán, la abstracción es utilizada como mecanismo para que el derecho cumpla con las aspiraciones propias del Nouveau Régime. La abstracción se convierte en un mecanismo del derecho por primera vez de forma generalizada y

aceptada. Se rompe el gran paradigma del derecho en la antigüedad y su parámetro casuístico e individual.

Así, el derecho entrando bajo una nueva presentación abstracta, general e impersonal, iniciará una fase en la que la conceptualización como producto de la abstracción y la despersonalización legal, sea posible, así sea sobre bases que excedan su cometido original tanto jurídico como conceptual. Al identificarse en esta etapa el derecho con la Ley, la despersonalización y la abstracción del fenómeno jurídico incidirán en un fenómeno de abstracción conceptual como siguiente e ineluctable paso.

Vale ciertamente referir apuntar lo anterior como una manifestación histórica que no implica necesariamente que la generación de conceptos consecuente, sea la correcta para efectos ni de la *desiderata* del derecho romano, ni de la *desiderata* epistemológica de la pretendida ciencia jurídica contemporánea.

La discusión sobre la génesis histórica y el valor de los conceptos jurídicos *per se* parecerá luego perder atracción y relevancia en occidente, al remitirse mayoritariamente la doctrina al análisis de los preceptos legales que ya gozan de abstracción y despersonalización. La Ley parece *prima facie* otorgar al estudioso un parámetro de estabilidad y objetividad para la elaboración de sus conceptos, con base en el cual, los mismos pudiesen más fácilmente erigirse en científicos de acuerdo con los postulados modernos al gozar de cierta sistematización, así como de una plataforma de cierta estabilidad y permanencia, pero sobre todo al gozar todos ellos de características de generalidad, abstracción y despersonalización. La sistematización misma derivará en un producto que ya es general, abstracto e impersonal por definición y que además no es *prima facie* materia de polémica al no implicar *per se y ex definitione,* la controversia en un caso concreto. Su clasificación y organización van íntimamente ligadas al orden planteado por el legislador, lo cual refuerza en principio la solidez de su sistemática y sus ulteriores pretensiones epistemológicas.

Ciertamente, la abstracción connatural como mecanismo necesario para la elaboración de la Ley en el universo jurídico moderno, provee un ejemplo que se convertirá en panacea y paradigma de la conceptualización del fenómeno jurídico. Lo anterior se verifica primero en cuanto a su posibilidad de erigirse en fuente del derecho y segundo en atención a su posibilidad de parametrizar todo el conocimiento jurídico que desde entonces pretende ser analizable y tratable en abstracto.

El fenómeno jurídico parece ser susceptible a partir de ese momento, de abstracciones, por lo menos, como mecanismo para la elaboración de Leyes que cumplan con los nuevos parámetros de lo que se piensa, debe ser el derecho. La abstracción jurídico-conceptual será un paso consecuente que se dará naturalmente pese a exacerbar las ya relevantes críticas respecto de la abstracción del derecho como la implícita desnaturalización del fenómeno jurídico romano, epítome jurídico de la antigüedad. Lo anterior en la historia del derecho se antoja ciertamente simplificable en la experiencia jurídica occidental moderna y en el caso concreto en las distintas perspectivas clasificables genéricamente como ius-legal-positivistas. Para estas últimas, el marco de referencia legal puede erigirse en piedra angular a partir de la cual se elaboran los conceptos jurídicos y se construye el edificio dogmático jurídico. Parece evidentemente una salida eficaz para abstraer *etceteris paribus*, conceptos jurídicos validos dentro del ámbito espacial y temporal de validez de la norma jurídica legal de donde emanan. Ya identificado el derecho con una expresión de voluntad general, marcado su producto con la perspectiva nominalista y definido su proceso mediante la posibilidad consecuente de abstraer y generalizar conceptos, lo anterior parecerá *prima facie* una conclusión valida y posible. No importa cómo se formó la Ley. No importa tampoco que los conceptos derivados no sigan ya necesariamente los mismos fines. No importa si la regulación tiene positividad u observancia. Estos fines han cambiado pues el derecho ya no se basa en ese caso concreto sino busca regular *in abstractu*, miles de casos concretos, lo cual requiere poder concebirlos igualmente *in abstractu* y formar conceptos igualmente abstractos.

Esto corresponde cronológicamente a un momento en la historia del derecho, donde por un lado las tendencias cientifizantes[116] del mismo presentan ya un auge especial que pretende caracterizar el fenómeno jurídico. Por el otro, el estado moderno parece haber conquistado el monopolio de la creación del derecho. El racionalismo y el contractualismo en pleno apogeo parecen haber sometido la voragine propia del análisis jurídico casuístico para dar cauce a un sistema y una racionalidad que caracterizan al derecho expresado a través de la voluntad general. Ambos fenómenos coinciden cronológicamente desembocando en las primeras codificaciones y

[116] En una acepción moderna de ciencia para la cual, la sistematización y homogeneización de la formación de sus conceptos y conclusiones parece ser el factor más relevante. Nuevamente esto es un tema que habría que confrontar con las aseveraciones de Álvaro D'Ors o Michel Villey, solo por nombrar algunos, para los cuales el aspecto científico de la praxis jurídica romana es demostrable aunque claramente bajo una premisa distinta de lo que debe de entenderse por ciencia.

movimientos constitucionalistas. La forma y la "soberbia de la razón[117]" han tomado la delantera, las perspectivas nominalistas[118] [119]y voluntaristas [120]han permeado sobre el análisis realista de corte aristotélico[121]. La Ley será el primer hito a través del cual, lo jurídico puede dejar de tener una presentación casuística y *ad hoc.* Lo jurídico puede tener una presentación abstracta que encuadre en los distintos supuestos legales normativos. El siguiente paso estribará en considerar que lo mismo implica la posibilidad de abstraer igualmente los conceptos que le sean propios, por falaz que esto resulte. Consecuentemente la formación de conceptos parecería no chocar más con el objeto principal del derecho que evoluciona de la justicia *per se* a la seguridad jurídica garantizada mediante códigos ilustrados que sean emitidos por la voluntad general. El derecho se asocia con la Ley, misma que se mimetiza con él y pretende dejar de ser una fuente más. Científicamente la formación de conceptos basada en la Ley, parece gozar de la sistematización y estabilidad buscada con fines epistemológicos. El riesgo nominalista resultante será sin embargo elevado y las consecuencias respecto de la validez de los conceptos serán igualmente importantes. La final confirmación de las dos hipótesis principales de esta investigación dependen de la adecuada medida de ese riesgo y de la validez de los conceptos resultantes.

Es así como las tendencias jurídico-cientificistas, para las cuales el concepto es un factor tan deseado y necesario, habrá progresivamente abrazado la forma y la vía legal como factor referencial para lograr la abstracción y la consecuente gestación de conceptos. La modernidad cultural se habrá entremezclado con el fenómeno del Estado Nación ilustrado y decimonónico. La Ley parece para entonces haber rebasado, y por mucho, a la jurisprudencia como fuente formal primaria del derecho. Para muchos, el derecho y la Ley parecen desde entonces identificarse irremediablemente. Lo anterior eliminará la problemática casuística romana o de la antigüedad para la formación de conceptos, pues la pretendida y así lograda "realidad jurídica" es estable, general abstracta e impersonal. El proceso se pretende tan perfecto que el jurista exégeta será calificado por algunos, desde entonces, sólo como la "boca de la Ley" - según el aserto exegético consecuente.

[117] Villey Michel; Opus Cit p 559
[118] Ibidem, p 272
[119] Ibidem, p 578
[120] Ibidem, p 595
[121] Ibidem, p 243

Así, de ser un mecanismo para crear derecho en calidad de fuente, la Ley ha devenido progresivamente "el punto de referencia" (*énfasis añadido*) para la gestación incluso de conceptos jurídicos. La dogmática jurídica moderna y especialmente la contemporánea ha paulatinamente cedido ante la tentación de ese punto de referencia respecto del cual, las variables parecen quedar fijas y brindar en consecuencia un factor de estabilidad científica tan connatural a la modernidad. *Etceteris paribus*, el jurista de pretensión o perspectiva jurídica – *primariamente el resultante de los siglos XIX y XX*-, encuentra en la Ley los elementos para elaborar reglas "conceptuales universales" basadas en premisas que se pretenden constantes. La sistematización del conocimiento generado obtenido o estudiado deriva del factor común que es *verbigratia* constante para la elaboración de dichos conceptos. El espejismo de la forma permite así dar al análisis jurídico una sensación de "permanencia" y abstracción poco usual en el fenómeno jurídico pre moderno o pre-legislación. Valga mencionar que como consecuencia a todo lo anterior, la formación de conceptos derivada del texto legal, va a ir íntimamente ligada y será altamente dependiente en consecuencia de las particularidades, los éxitos y las falencias de las primeras codificaciones. Así el Código Napoleón, al que nos referiremos ulteriormente será el epítome de la codificación moderna y de la expresión de la voluntad general mediante la Ley. Sin embargo, como veremos en su oportunidad, pese a la genialidad de su incepción y características, el Code no dejará de ser el primer experimento de efectos universales. Por lo anterior, el Code presentará como es evidente suponer, muchas áreas de oportunidad, dependiendo de la perspectiva de su análisis. Así, para efectos de esta investigación y la corroboración de sus hipótesis, en materia conceptual, el Code presenta ciertas debilidades pues su objetivo y característica general no es la de un código elitista y técnico, sino la de un código popular que acerque el derecho al pueblo. Su lenguaje es sencillo, lo cual redundará en su éxito universal. Las ventajas que le darán éxito serán sin embargo las características que debilitan los conceptos que paulatinamente van siendo generados a su sombra, tal y como veremos más adelante. Lo anterior sin obviar el que el material del que parte, se compone y alimenta de los factores antes mencionados lo que trae como consecuencia, en los "pseudo-conceptos" resultantes, distintas falencias, desde la perspectiva conceptual técnica. Así al momento de analizar dichos "pseudo conceptos" implementados en la tradición romanista pre-pandectística con la perspectiva pandectística entrarán en choque directa con esta, como se evidenciara en el

análisis del código de 1928 versus sus antecedentes, e desarrollo demostrativo de las hipotesis de esta investigación.

Ciertamente veremos cómo la abstracción de fenómenos que de origen presentan una peculiaridad casuística y puntual, abstraidos por un fenómeno legal de pretensión absoluta, darán desde una perspectiva lógica, lugar a "pseudo-conceptos" cuya exactitud y objetividad es, cuando menos, discutible. De la misma forma, el perfil casuístico basado en el conflicto procesal atestiguado darán, al momento de ser erigidos por vía e inspiración legla, en referencia para la abstracción conceptual, lugar a resultados parciales y que no pueden por definición, registrar la juridicidad de fenómenos no provenientes de litigio o controversia[122].

El advenimiento de la legislación como fuente primigenia y privilegiada de derecho parecería abrir una posibilidad de unificar criterios y eliminar la totalidad de las variables anteriores en calidad de *tabula rasa*. Dicha *tabula rasa* implicaría que la conceptualización legislativa o cuando esta fuese derivada de la praxis legislativa, arrojaría las características de generalidad, abstracción y despersonalización que calificaría a esos códigos de comunicación en materia jurídica con un atributo científico. La generación científica de conceptos jurídicos pudiera en consecuencia quedar finalmente no sólo permitida sino especialmente auspiciada por la legislación. Lo anterior simplificaría la problemática inherente al grado de abstracción requerido para el proceso de generalización y conceptualización jurídico - ya de por si *más complejo al versar ya per se, sobre objetos intangibles*-. La Ley y la legislación vendrían en ayuda para lograr esa tangibilidad, esa estabilidad y esa generalización del fenómeno jurídico que permitirían generar conceptos bajo premisas epistemológicas validas en la perspectiva moderna, partiendo de la fenomenología clásica, pese a la contradicción entre ambas.

Esto reforzaría la "pseudo-necesidad de la Ley" como un elemento de cierta certeza que permitiese al interprete jurídico considerar que *etceteris paribus*, las variables respecto de las cuales se abstraen los conceptos, están "fijas" y gozan de la permanencia necesaria para fines científicos. En términos de la calificación moderna de lo que es la ciencia, las particularidades de la Ley brindarían la sistematización[123] necesaria para que el conocimiento resultante fuese

[122] Cfr Tercer capitulo y análisis comparativo de la declaración unilateral de voluntad.

[123] Arnaud André Jean, *La regla del juego en la paz burguesa, ensayo estructural del código civil francés*, Traducción de Brigitte Bernard, Universidad de Zula Maracaibo Venezuela, 1978, prologo de Michel Villey, p 11 para el cual, "….*al considerar el texto del Código Civil como un corpus coherente y cerrado que significa una ruptura con el pasado, que marca un progreso y que constituye un sistema autónomo, se facilita grandemente la aplicación de un análisis de estructura*…"

calificado como científico. Dichas pretensiones epistemológicas no cumplirán sin embargo con los parámetros de lo que debe ser el derecho en el universo clásico del derecho romano ni lograrán tampoco conceptos verdaderamente estructurados, al viciarse su formación por el extremo legalista y nominalista respecto de antecedentes casuisticos. Propositos metodos y premisas lo impedirán.

Así, podría cuando menos discutirse y ponerse en tela de juicio, asumiendo su necesidad epistemológica, la validez de los conceptos primariamente derivados de la fuente legislativa. Consecuentemente resultaría necesario preguntarse que tanto es factible desarrollar, incluir o desprender conceptos del producto legislativo. En otras palabras, puede el concepto jurídico derivar del postulado legislativo sin ninguna limitación o tiene *ex definitione* el legislador limites basados en la realidad regulada que nos regresa verbigratia a la perspectiva de la antigüedad.

Dicho lo anterior, podríamos consecuentemente derivar si de un ordenamiento a otro que lo reemplazase, los conceptos pueden cambiar y consecuentemente si el pretendido propósito del Código de 1928 respecto de la obligación implica un cambio de concepto, si este es sustentable e inclusive si el "concepto" previo tenía algun sustento. La sustentabilidad derivaría no de la técnica-legislativa ni de las pretensiones epistemologicas referidas, sino de la realidad técnico-jurídica. Vale al respecto apuntar que si bien la pretensión del conocimiento y calificación científica del conocimiento jurídico es claramente propia del estudio jurídico moderno, para algunas voces la carencia de estas cualidades no resta validez científica al derecho romano clásico. Se pretende por algunos que la validez científica del derecho romano le deriva de sus características casuísticas y lógicas[124], pese y más exactamente, por no cumplir con los parámetros epistemológicos de la modernidad. Para voces como la de Álvaro D'Ors, con postulados epistemológicos totalmente distintos, basados en la filosofía aristotélica y en la observación de la realidad, el derecho romano tiene un carácter más científico que el derecho de origen legal propio del mundo moderno.[125] Considera D'Ors, que el derecho romano goza de verdadero carácter científico en virtud de su método casuístico y en virtud de la ausencia de

[124] Al efecto hacemos referencia a las palabras de Álvaro D'Ors para quien: "*la virtud ejemplar del Derecho Romano, por la que debe seguir siendo estudiado en la actualidad, consiste en haber sido fundamentalmente un derecho científico, es decir jurisprudencial y no un orden impuesto por el legislador*…" D'Ors Álvaro; Opus Cit; p 27 (enfasis añadido)

[125] Es ahí importante hacer una reflexión epistemológica respecto de aquello que requeriría la actividad jurídica para ser considerada científica. Efectivamente la caracterización de D'Ors no coincide con la perspectiva moderna legis-positivista, misma que tampoco coincide con la perspectiva del siglo XIX enunciativa pero no limitativamente con Savigny y ulteriormente con Windscheid. A este respecto abundaremos en las secciones siguientes.

parámetros contaminantes derivados de otras perspectivas meta-jurídicas, rompiendo evidentemente la pretensión epistemológica moderna.[126] La generalización y sistematización del derecho de origen legal contemporáneo serían en su opinión mucho más proclives a la contaminación del fenómeno jurídico que a su cientifización.[127] En su opinión, el derecho romano es científico en oposición al derecho derivado de la modernidad legal – *no obstante gozar este último de la generación de "conceptos" como parte normal de su praxis*-, ya que el derecho romano se encuentra consecuentemente libre de polución política o social y basa sus asertos en un método *ad hoc* para la consecución de sus fines justicieros. En ello es palpable la percepción de contaminación aludida líneas arriba respecto del extremo generalizador por influencia legal respecto del resultado conceptual. Ciertamente la abstracción no puede desvinularse por completo del fenómeno ceoncptualizado sin perder validez.

### d) El fenómeno jurídico y su susceptibilidad de abstracción conceptual.

Independientemente de las eventuales y potenciales pretensiones científicas del estudioso del derecho respecto de su actividad, parece así que la formación de conceptos es necesaria al derecho. Sin la existencia de conceptos no es factible el intercambio y la comunicación entre pares respecto de cualquier fenómeno materia de estudio, discusión o manipulación. Como ha quedado patente, conceptualizar requiere un proceso de, abstracción y despersonalización que le son fundamentales aunque sean igualmente ajenos a la realidad jurídica del mundo antiguo. Al efecto, conceptualizar algo parece requerir desprenderse del caso concreto para adquirir validez de intercambio independientemente del interlocutor para no caer en una simple descripción puntual[128].

Para erigirse en concepto, la simple definición requiere segregarse del caso concreto.[129] He ahí una de las mayores complejidades de conceptualizar en el ámbito jurídico, misma que a la

[126] Cfr; D'Ors Álvaro, Opus Cit, p 27

[127] Cfr; Grossi Paolo, El Orden jurídico Medieval, Marcial Pons, Madrid, 1996, 256 pp

[128] Platas Pacheco, Maria del Carmen; Filosofía del derecho, Lógica jurídica, Editorial Pórrua, México 2008, p 47 para la cual en el concepto, "*....el entendimiento llega más lejos que la imagen y separa el aspeco inteligible de manera que la imagen no se entiende, se percibe mediante los sentidos y se aprecia, pero el concepto va más allá, señalando el aspecto inteligible, racional, que se encuentra dentro de las cosas que nombramos*...." (enfasis añadido)

[129] Ibidem, p 48; "*...cuando captamos empíricamente al singular estamos en presencia de un conocimiento frágil, parecido al del animal, por contraste la estabilidad en las ideas generales es imprecisa, indefinida hasta que se alcanza el nivel del concepto. El conocimiento solo puede ser pensado como completo si abarca las características de los singulares, es decir la experiencia concreta es la fuente de donde se abstrae la esencia, que debe por definición ser común a todos los que participan de ella.....*"

mentalidad del mundo antiguo tanta distancia y respeto presentaba, al no cuadrar con los parámetros y desiderata de la praxis jurídica, por antonomasia casuística – *artesanal podrían calificar algunos* – aunque científica en su esencia de disciplina humanista – segregada de variables políticas - diría Álvaro D'Ors[130].

Ahora bien, si lo anterior es cierto en tratándose de objetos estudiados con particularidades físicas tangibles y concretas, lo parece aún más en tratándose de ficciones o entelequias meramente mentales. En tratándose de ficciones conceptuales cuya existencia no es más que el resultado de un proceso mental o en su caso – *desde la perspectiva más científicamente verificable* – el reflejo de algo más, la conceptualización es un proceso mucho más azaroso, justificando o explicando eventualmente, la resistencia del fenómeno jurídico antiguo en ese rubro. No puede soslayarse la gran complejidad que estriba la abstracción y conceptualización consecuente de las instituciones jurídicas[131]. Las figuras jurídicas no son observables *per se* sino en su calidad de "sombras reflejadas en la pared de la caverna". No son visibles *per se*, sino solo en virtud de terceros objetos o conceptos, lo que hace aún más difícil la confirmación de las aseveraciones anteriores. (i.e. conceptuar a un contrato cuya existencia física está claramente fuera de la experiencia y prueba empírica). La experiencia jurídica parece constatable a través de terceros que pueden o no tener, dependiendo del caso, existencia tangible. Valen las anteriores consideraciones respecto del producto abstracto del fenómeno contractual, esto es de la obligación y su potencial definición o acotación abstracta que permitiese a la postre definirla o conceptualizarla.

Así, en esta línea de pensamiento, las partes de un contrato o el objeto del mismo, así como el precio o remuneración en el caso de que le resultase aplicable, o el incumplimiento y en su caso la acción interpuesta ante los tribunales para exigir el cumplimiento forzoso son elementos auxiliares o terceros que permiten llegar a concluir lo que en la controversia concreta esto implica. En otras palabras, lo que podría colegirse *–en espíritu moderno abstracto e impersonal de naturaleza conceptualizadora–* como la existencia de un contrato, solo es definido

[130] D'Ors Álvaro, Opus Cit; p 27 cfr. con sección anterior y postulados epistemológicos antiguos vs contemporaneos al respecto.

[131] Platas Pacheco Maria del Carmen, Opus Cit; p 45; "*... en nuestra mente llegamos a concebir la esencia de las cosas gracias a la operación de la simple aprehensión, procedimiento mental que da lugar a ideas y que consiste en separar los datos sensibles de las cosas y quedarnos con los inteligibles, los primeros son las notas materiales de éstas, por ejemplo, en el caso del árbol es el tamaño, el color etcétera, es decir todo lo que conforma la imagen; los segundos son las notas inmateriales, que componen la idea abstracta. La imagen es particular a diferencia del concepto que es universal...*" (enfasis añadido)

*ex post facto* merced a una pléyade de evoluciones conceptuales e históricas invisibles *prima facie.*

Es así como el redescubrimiento del derecho romano en la edad media y el tratamiento por las escuelas de glosadores y postglosadores y su manipulación escolástica, así como la jurisprudencia elegante francesa y por último la pandectística alemana del siglo XIX culminó con la elaboración de pseudo conceptos y conceptos que eran tan innecesarios y ajenos a la realidad romana. Esos conceptos formados hasta el siglo XIX, basados en la realidad social del derecho romano, parecen ser claramente jurídicos, y claramente lógicos. Pretendían sus creadores dar con ello, naturaleza científica al conocimiento resultante bajo parámetros claramente exógenos al fenómeno jurídico romano original y depender en su integridad de la abstracción legal. Sin pronunciarnos aquí sobre esta premisa epistemológica, claramente es visible la ventaja que *ab initio* brindan dichos conceptos en una sociedad mucho más compleja que la sociedad romana de la época clásica.

Identificar fenómenos jurídicos con propósitos de trafico, no solamente foral sino también intelectual y cultural se justifica necesario, cuantimás hoy en día. De otra forma resultaría imposible lograr el adecuado tránsito a través del tiempo, de la justicia y la certeza impresas en cada transacción, en cada litigio, en cada caso de estudio. Esto es válido tanto para el jurista romano del siglo I antes de nuestra era, como para el del décimo después del nacimiento de Cristo o el vigésimo primero de nuestra era, aunque las necesidades de una sociedad compleja como la nuestra parecen evidenciarlo aún más.

Elaborar conceptos con pretendidos parámetros epistemológicos modernos, independientemente de lograr calificar al conocimiento jurídico como científico parece igualmente conveniente, por lo menos, en el ámbito académico. Subyace determinar cuáles deben de ser los mecanismos para la elaboración de conceptos que permitan abstraer las particularidades del fenómeno jurídico atendiendo al parámetro casuístico original y observar al mismo tiempo las características de las diversas fuentes formales utilizadas en la actualidad, sin vincularse solamente a una. Como lograr esquivar los escollos (i) de la legalidad general abstracta e impersonal *per se* y (ii) de la solución *ad hoc* exclusiva al caso concreto que como ha quedado patente desvirtúan cualquier concepto, por un lado, al alejarlo de las premisas jurídicas de la antigüedad y por el otro si permanecen individualizados y específicos de un caso concreto.

La praxis y la dogmática jurídica contemporánea hacen prueba plena de lo anterior. Restringiéndonos al ámbito del derecho privado es claro que el contrato y el acto jurídico, el testamento o la declaración unilateral como fuente de obligaciones, la novación o la subrogación, la representación y el mandato, por nombrar solo algunos, son conceptos que derivando de particularidades concretas y observando ciertas características derivadas de su tratamiento legal son usualmente utilizados en el ámbito pragmático y dogmático. Implican ciertamente conceptos. Versan sobre fenómenos jurídicos. Son necesarios para el intercambio tanto foral como teórico y académico. Presentan todos ellos un nivel de abstracción claramente distinto y lejano a la concreción de la realidad forense romana y no necesariamente se vinculan a una fuente. Tienen todos particularidades derivadas de su tratamiento legislativo, pero no deben, según todo lo anteriormente expuesto, limitarse a este.

Confirma lo anterior que la fenomenología jurídica es ciertamente susceptible de abstracción y de ser conceptualizada. De ahí su formación y su cercanía con lo establecido por las sucesivas Leyes modernas que los han ido tratando y recogiendo paulatinamente a lo largo de los siglos. El problema estriba en el método seguido por la doctrina y por el legislador y los limites a este proceso. La interrogante radica en sus consecuencias y en los riesgos de no observar dicho método para su incepción o en observarlo demasiado estrictamente.

Ciertamente parece claro que los conceptos son no solo convenientes sino también y especialmente necesarios para el estudio y praxis jurídica, independientemente de las consideraciones epistemológicas respecto de dicha práctica y teoría y de la distancia que presentan tanto del antecedente clásico romanista como de las fuentes formales contemporáneas -*vbgr. la Ley* -. La discusión debe más bien estribar respecto de los elementos y fuentes que deben de utilizarse para la elaboración de los elementos que permitan identificar y transigir con dichos fenómenos jurídicos. Eliminarles la posibilidad de conceptualización y hacerlos consistir en simples descripciones fácticas y concretas parece igualmente un sin-sentido en el universo pragmático y dogmático contemporáneo, pero sobre todo parecería restarles el epíteto conceptual al no lograr desprenderse del caso concreto del cual partieron. Parece importante insistir en todo lo anterior, con total independencia de la calificación epistemológica del conocimiento jurídico resultante tal y como ya ha quedado apuntado anteriormente.

De la misma manera, más allá de toda ventaja potencial que en el quehacer moderno presenta este fenómeno, hacer depender a los conceptos enteramente de un fenómeno legislativo,

cuyos parámetros claramente exceden sus características *ab origine* y que pudiera darles un parámetro meramente nominalista resulta igualmente en un peligroso derrotero. Ciertamente esto podría inclusive llevar a la pretensión que la propia Ley definiera el contenido de cada institución con lo cual, además de subsumir a la jurisprudencia, la legislación subsumiría y absorbería a la doctrina en un círculo auto-referencial y consecuentemente, desde la perspectiva lógica, autodestructivo. Valga mencionar que esa autoreferencia les privaría igualmente de toda validez epistemológica.

Nada impide pues la generalización y abstracción conceptual en el ámbito jurídico. El problema radica en el método que permita a dicha abstracción conceptual ser lo suficientemente atinada para sortear con mayor facilidad las naturales críticas que acompañaran a cada concepto según el mismo se aleje de las premisas jurídicas del caso concreto o de la generalización y abstracción prevista en el fenómeno legal.

**e) El fenómeno jurídico y su susceptibilidad de abstracción conceptual legislativa.**

Es evidente que la aportación de filosofías y pretensiones derivadas de la edad media y la consecuente mezcla indiscriminada de filosofías y doctrinas sucesivas, logra a partir del siglo X que el jurista, empiece paulatinamente a considerar tanto para el parámetro practico como para el teórico, perspectivas racionales, sistemáticas[132] y apriorísticas menos cercanas a la realidad foral sin que esto le reste juridicidad a su actuar.[133] El nivel de abstracción de dichas perspectivas respecto del fenómeno clásico fue en aumento, logrando distanciarse del caso concreto y buscar variables comunes a cada fenómeno jurídico social, con base en parámetros sistemáticos más modernos. Parece evidente que el factor determinante para este efecto es el avance en el nivel de abstracción alcanzado entre otros factores por la fusión de filosofías, culturas y perspectivas que se verifican con la caída de Roma y la evolución ulterior en Europa. Este fenómeno impulsado notoriamente por el humanismo alcanzará después en los siglos XVII, XVIII y XIX, con el influjo del racionalismo y de la ilustración, la gestación de Leyes y códigos basados en la premisa de la abstracción, la generalización y la despersonalización. El fenómeno jurídico

[132] Recordemos que para la praxis romana, la generación de reglas o la sistematización racional era un acercamiento a la problemática jurídica no sólo no privilegiado, sino especialmente rechazado cuando la regla se distanciaba de la realidad foral. Cfr Villey Michel, Opus Cit p 548 para quien:" *....les romains se méfiaient des regles: " no ex regula jus sumatur, sed ex jure quod es regula fiat" lit on au Digeste ( D., L.,17.,1.) le droit n'est pas tiré de la règle mais du droit qui existe, est tirée la règle....*"

[133] Cannata Carlo Augusto, Historia de la ciencia jurídica europea, traducción de Laura Gutierrez-Masson, Editorial Tecnos, Madrid España, 1996, p 173 y 174

claramente se traslada muy lentamente a lo largo de esos diez siglos hacia una praxis legislativa que confirma su susceptibilidad de abstracción con miras de regulación. La abstracción en general se convierte en una necesidad y una constante. Sin embargo subyace la pregunta de como lograr la elaboración de conceptos, sin olvidarse del caso concreto del que parte y sin dar rienda suelta a su libertad de conceptuar utilizando fuentes como la legal de forma mayoritaria[134].

Es al respecto importante mencionar que el desarrollo de la praxis legiferante se produce en simbiosis con una serie de movimientos de índole filosófico y político que a la postre terminaránn por entremezclar el fenómeno juriscreador con un fenómeno político.

La generación del derecho a través de la paulatina pero constante transformación de las fuentes reales de corte informal como la costumbre o la llamada ciencia jurisprudencial [135] de origen romano, en fuentes formales de corte estatal como es la legislación en sus distintas formas sin duda permiten concluir que el derecho puede hasta cierto grado -*y generando a su vez muchos detractores*-, irse "de-generando" mediante procesos racionales y sistemáticos[136] de generalización, abstracción y despersonalización en el que queda implicita la conceptualización. Si además el fenómeno clasico se abreva de forma equivacada, el resultado es predecible. El proceso del derecho natural aristotélico defendido por Villey, se reemplaza paulatinamente por el derecho natural de la ilustración y el racionalismo. Aunque pretende guardar su patronímico, la esencia muta estructuralmente. A lo largo de ese proceso y como consecuencia del mismo, el derecho comenzará a sistematizarse bajo parámetros modernos. Ulteriormente, la doctrina va paulatinamente a desarrollar conceptos derivados de la norma jurídica legal y en algunos casos inclusive a plantear la posibilidad que los conceptos jurídicos mismos deriven de la determinación que al respecto defina la Ley de "inspiración racional". Parece trivial, pero puede resumirse este cambio de paradigma en las palabras de Villey para quien, el método jurídico casuístico deriva el derecho del caso específico, adaptado a cada caso específico, tal y como lo preveía la filosofía clásica del derecho natural, mientras que la metodología moderna y racional (Grocio) deduce el derecho de la razón[137].

Es innegable que, desde el renacimiento, primariamente bajo el influjo del humanismo, pero después con bríos renovados por el racionalismo y la ilustración, el derecho va tomando,

[134] Cfr, Berman Harold, Opus cit para el cual el riesgo nominalista en la gestación de conceptos es grande como lo anticipa la polemica Ockhamiana con Juan XXII.
[135] D'Ors, Álvaro, Opus Cit, p 27, ver también Iglesias Juan, Opus Cit, pp 52 - 58
[136] Villey, Michel, Opus Cit p 550
[137] Villey Michel, Opus Cit, p 548

con base en el nominalismo Ockhamiano, el voluntarismo[138], y el naturalismo moderno[139], una tendencia hacia la sistematización y la legislación como fuente primaria del derecho, llegando al paroxismo conceptual en el que los conceptos pretenden elaborarse o deducirse exclusivamente de la Ley con poca y deficiente referencia al fenómeno jurídico clásico. Sin embargo, pese a lo discutible de su juridicidad[140] *–por implicar un distanciamiento substancial respecto del derecho natural clásico representado por el fenómeno casuístico romano–*, el tránsito hacia las fuentes formales como un fenómeno del incipiente estado nación es una verdad incontrovertible, especialmente a partir del siglo XV de nuestra era[141].

La generación de reglas y la evidente necesidad de abstracción de fenómenos jurídicos es pues evidente e incontrovertible en cuanto a su verdad histórica. Es ciertamente discutible como lo evidencia Michel Villey entre otros, su validez en el ámbito de la filosofía del derecho, cuando implica como ha quedado referido, un abandono de las premisas originales del derecho casuístico y consuetudinario al que D'Ors calificaría de verdaderamente científico y además las escasas referencias al mismo se basan en premisas erroneas. Es igualmente importante referir la paradójica diferencia con la que se estigmatiza la praxis jurídica y juriscreadora moderna para calificarla como científica, en oposición a la praxis jurídica y juriscreadora antigua, cuyos parámetros radicalmente distintos, le hacen ser calificados por sus corifeos como igualmente científicos.

No es sin embargo aceptable, en opinión del suscrito, que la formación de conceptos pueda vincularse substancialmente del contenido legal ni mucho menos que pueda ser arrogada al legislador. Los conceptos pueden difícilmente restringirse a lo dictado por el legislador. Puede el legislador atribuir consecuencias normativas a ciertos fenómenos que describa dentro del silogismo legal lógico jurídico, como parte de ese avance de la legislación sobre las fuentes informales o la jurisprudencia casuística. Sin embargo, esa acotación *–usual por ejemplo actualmente en el ámbito fiscal–*, no puede ni debe pasar de ser una mera "redefinición *ad hoc* de conceptos" para efectos específicos de la Ley y de la imputación de ciertas consecuencias. Lo anterior no puede desde la perspectiva jurídica *stricto sensu*, implicar que la esencia del fenómeno jurídico regulado cambia o muda de naturaleza, según lo determine la Ley. El fenómeno jurídico no puede desprender su esencia y consecuentemente su concepto sino

[138] Ibidem p 551
[139] Cannata, Carlo Augusto, Opus Cit, p 173 - 174
[140] Villey Michel, p 557
[141] Cannata, Opus Cit, p 176

mediante la abstracción objetiva de las particularidades que presentaría de forma común en los casos concretos, con o sin Ley de por medio y entendiendo las particularidades del caso concreto "sin contaminantes". El legislador del mundo real no es un técnico en derecho, ni debe de serlo en estricta teoría. Permitirle o concluir que pudiese determinar la naturaleza jurídica o concepto de las instituciones resultaría injustificado, tal y como lo alegará en el siglo XIX Savigny[142].

Así, siendo que, en materia civil substantiva, el legislador se encontrará difícilmente con normas que restrinjan su actuar, desde la perspectiva jurídica y lógica, el legislador no puede a su arbitrio, buscar en su libertad legislativa y en su potencialidad de abstracción, la abstracción y generación de conceptos jurídicos *per se*. Igualmente, la doctrina puede basarse y utilizar la Ley como fuente material de los conceptos que va creando, sin embargo, esta fuente material debe tomarse con reserva y en forma alguna de forma exclusiva.

Parece claro por todo lo antes expuesto que los conceptos no pueden quedar al arbitrio del legislador. Este puede establecer consecuencias, pero el nominalismo Ockhamiano, el racionalismo de Grocio y el voluntarismo de los enciclopedistas no puede quedar irrestricto so pretexto de tener la posibilidad fáctica y legal bajo el argumento de representar la voluntad general. La voluntad general puede ser políticamente justificable en un parámetro político económico o social, pero eso no le hace *necesariamente* verdadera, ni justa, ni por ende jurídica. Más allá de cualquier polémica respecto de los distintos significados de lo que califica a algo como justo, en la experiencia de la antigüedad queda claro que su consecución obedece a derroteros que deben adicionalmente ser evaluados y pueden no coincidir exclusivamente con la perspectiva política social o económica.

La esencia jurídica que dé lugar a un concepto debe derivarse de la observación de las particularidades de su esencia. Sin pretender abundar en el tema que nos alejaría del propósito del presente estudio, el ejemplo de absurdo más elocuente radica en el otorgamiento de la personalidad jurídica. ¿Puede el legislador conceptuar la personalidad jurídica o moral a su libre arbitrio y consecuentemente otorgarla a seres inanimados utilizando la analogía respecto de lo que acontece con la personalidad moral? ¿Puede asignarse personalidad jurídica a los animales? La respuesta es evidentemente negativa. Puede atribuir ciertas consecuencias a la conducta de las personas, en relación con las cosas o los animales. Puede proteger cosas o animales, pero sería un absurdo pretender que el legislador pueda atribuir personalidad jurídica y conceptuar como

[142] Savigny, Friderich Karl Von, Textos Clásicos, estudio preliminar de Agustín Squella, UNAM México, 1981, p 41.

personas a entes inanimados o a animales no dotados de razón o voluntad o privar de personalidad a los que si la tiene. La esencia de la personalidad, el concepto mismo no puede quedar algarete de la voluntad del legislador. La tentación nominalista[143] es sin embargo importante desde hace muchos siglos y la experiencia Ockhamiana[144] parece ser un precedente argumentable. Sin embargo, en nuestra opinión, es falaz y no sustentable.

Es innegable que a lo largo de los siglos y mediante la transcripción de múltiples intérpretes y agentes históricos que nos hicieron llegar las instituciones casuísticas del derecho romano *–entre los cuales está evidentemente el legislador racionalista ilustrado–*, estas instituciones no llegaron en su forma primigenia y las más de las veces, llegaron con particularidades totalmente extrañas a su incepción original. Es evidente que esto no es un factor nuevo, sino que deriva de los procesos normales de la historia, el pensamiento, la cultura, el derecho mismo. Empezando y ejemplificando con la compilación Justinianea en lo particular con el Digesto y con la Instituta de Gayo, es claro que el contenido de las mismas no refleja prístinamente la realidad forense de la época aurea de la jurisprudencia romana vieja ya para entonces de algunos siglos y redactada en un contexto y un idioma diferente. Es igualmente claro que, desde los propios diseños de Justiniano, por no ir inclusive más atrás en el tiempo, las sentencias y opiniones de los juristas fueron manipuladas y para los estudiosos puristas del derecho romano en su época clásica, "contaminadas". Es claro que el mismo fenómeno se repite una y otra vez a través de los siglos con glosadores, comentaristas, jurisprudentes elegantes, legisladores ilustrados, pandectístas, germanistas y tantos otros intermediarios en el trayecto que todo ese saber jurídico tomó para llegar hasta nuestros días. No obsta sin embargo todo lo anterior para que de dicha praxis romana de los siglos I y II antes de nuestra era, se formasen los lineamientos generales con base en los cuales la dogmática jurídica elabora en occidente sus primeros conceptos, desde hace un par de siglos, según expuesto anteriormente. Ninguna de esas alteraciones legales, históricas, políticas u otras, podrían cambiar la esencia "genómica" de un contrato, concibiéndolo como un acto jurídico unilateral o un acto de última voluntad.

---

[143] Villey Michel, *La formation de la pensee jurídique moderne*, Presses Universitaires de France, Paris 2003, p 252 a 256.

[144] …"*chacun apporte ce qu'il peut dans l'histoire du droit, et son rôle a lui fut de construiré des definitions: non de reproduire par routine les definitions anciennes, a la maniere des glossateurs mais d'oser des definitions personnelles et appropriees a une nouvelle problématique. Occam est maitre dans cet art, parce qu'il a porté a son zénith la dialectique, la science de distinguer les sens des mots et de definir. Le nominalisme avait conduit cet art a son degré supreme, du fait de la liberté qu'il prend a l'égard du langage, persuadé que les mots ne son que des signes , que leur usage est conventionnel, que le sens des mots sont rélatifs, qu'ils connotent des réalites diverses selon le point de vue de l'usager*…" (énfasis añadido); Ibidem, p 257

Así, pese a toda la "contaminación" resultante de su transmisión secular y de su multi-transcripción y multi-interpretación continental, y pese al ulterior tratamiento por parte de legisladores modernos, muchos de dichos conceptos resultantes no son, absolutamente independientes y lejanos a la realidad romana foral, ni a la esencia original de cada institución y de cada concepto, como tampoco son ajenos a la realidad social de cada uno de ellos, no obstante lo cual presentan otras complicaciones conceptuales. Si bien las instituciones jurídicas fueron heredadas en la praxis en occidente y retomadas por Justiniano en su "codificación" o más bien dicho, su compilación casuística oriental, la resultante formación de pseudo conceptos, independientemente de todas las evidentes alteraciones[145] y corrupciones[146] respectivas, sobre su sentido, función y particularidades originales, logra, en opinión del suscrito un reflejo efectivo de los parámetros justicieros de los casos originalmente planteados resueltos y redactadas en los primeros siglos anteriores a nuestra era, por la jurisprudencia romana en sus distintas épocas. Asimismo, esas primeras codificaciones, retoman en el camino gran parte de las instituciones consuetudinarias estructuradas por las sociedades en el caso concreto. Los fallos judiciales son igualmente tomados en cuenta. Las consideraciones del legislador moderno deben ser igualmente utilizadas pero la elaboración doctrinal consecuente, cuando es auténtica resulta un verdadero *mélange* de todos esos factores y tomar ciertas premisas de proceso que en ocasiones son omitidas. Dichas instituciones y conceptos presentan también evidentemente alteraciones propias de la experiencia social de los siglos correspondientes.

Ciertamente, esas evoluciones propias de la experiencia social correspondientes, efectivamente alteraron muchos de las instituciones originales. Así *verbigratia,* la compraventa romana meramente obligatoria en su origen, es hoy en Francia y en los países que han copiado el parámetro del Código Napoleón en la materia, una compraventa con efectos reales. ¿Cambia esto el concepto de la compraventa? Sin duda. Sin embargo, lo que no es totalmente claro es que la exclusiva causa del cambio conceptual radique en la disposición del artículo 1583[147] del Código Napoleón, sino en un fenómeno secular que fue progresivamente decantando las particularidades originales de la misma, según fue esto culturalmente aceptado. Este es un ejemplo muy ilustrativo e interesante. Amén muchas otras consideraciones específicas, evidentemente la

[145] Iglesias Juan, Opus Cit, p 66 y 67
[146] D'Ors Álvaro, Opus Cit, p103
[147] "*Art 1583. Elle est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé*." Mega Code Civil, Dalloz, Paris, 2005

compraventa romana clásica de difícil concepción por la dificultad para concebir al contrato, la propiedad y su transmisión *per se*, si implicaban esencialmente la desposesión y garantía respecto del bien materia del contrato - cuestión que vale anotar es de esencial relevancia en el concepto de la obligación que ocupa esta investigación - . Siglos después, conforme la conceptualización va adquiriendo fuerza en el mundo moderno, la propiedad y el contrato son materia de concepto. La compraventa es así concebida, merced al movimiento fisiocrático como el medio por antonomasia para transmitir la propiedad y lograr la circulación de la riqueza. El contrato es así regulado con efectos reales y no meramente obligatorios como en la Roma clásica tardía, con relevantes consecuencias conceptuales.

Ahora bien, el involucramiento por parte del legislador moderno, pese a todas sus pretensiones no parece haber cambiado en esencia la estructura lógica del derecho romano de corte aristotélico y las instituciones que del mismo conocemos. Los cambios que pueden evidenciarse en la perspectiva conceptual derivan y deben derivarse de lo antes referido: La influencia y vivencia de lo social a lo largo de los años que decanta y transforma progresivamente las instituciones con base en lo que se percibe como justo para cada sociedad. Así, si partimos de la premisa lógica aristotélica con base en la cual las instituciones romanas fueron forjadas, parecería necio pretender que esa paulatina evolución pudiera cambiar radicalmente la esencia básica de las instituciones torales que se han conservado desde el derecho romano. No así evidentemente respecto de las instituciones que han sido abandonadas en el *interim* y consideradas socialmente inaceptables (i.e. la esclavitud)

Consecuentemente es obvio que el fenómeno jurídico es susceptible de generalización despersonalización y abstracción para efectos de su regulación legal. La posibilidad de generalización y abstracción es inclusive una premisa *sine qua non* para poder progresar en la elaboración de Leyes en el mundo moderno.

Evidentemente los conceptos paulatinamente generados desde las fases tardías del derecho romano, posteriormente por la glosa, post-glosa y movimientos jurídicos siguientes, así como la influencia de la escolástica no hubiera llegado al mismo resultado o por lo menos sin duda no en los mismos tiempos, si hubiesen ignorado la esencia de los fenómenos jurídicos materia de su tratamiento tal y como ya ha quedado apuntado. De la misma manera, dichos conceptos no hubiesen permeado tan eficazmente en el derecho contemporáneo occidental si

hubiesen sido abiertamente ignorados, despreciados o simplemente marginados por la legislación moderna. Todo estriba en un balance entre ambos universos y un metodo adecuado.

La compilación justinianea, el digesto en el caso concreto, ha sido sucesiva y secularmente alabado y criticado por tirios y troyanos al ser el instrumento más completo de la realidad forense romana de la época clásica, implicando sin embargo al mismo tiempo, una serie de alteraciones y adecuaciones consideradas por el emperador y la comisión respectiva. Adicionalmente las interpolaciones y comentarios de sus sucesivos intérpretes y transcriptores han sido materia de discusión y crítica. Sus imperfecciones y desviaciones respecto del derecho romano clásico son evidentes[148]. La accidentada conceptualización romana lo es de igual forma. Sin embargo, es innegable también que, vía una serie de transmisiones seculares y culturales acontecidas desde entonces esa compilación es la piedra angular con base en la cual se estructura el conocimiento jurídico contemporáneo y la mayoría de los "conceptos" que la praxis jurídica contemporánea ha abstraído y generalizado y que utiliza en la dogmática jurídica contemporánea, más allá de las deficiencias del proceso según las consideraciones anteriores. De la misma manera y pese a las críticas en contra de la legislación como fuente formal primordial del derecho occidental contemporáneo, es claro que dicha praxis legislativa, ha sabido en buena medida retomar gran parte de dichas instituciones, pseudo conceptos y códigos de comunicación secularmente trasmitidos y heredados y que en muchos casos ha reflejado en sus normas el influjo de la praxis social y jurídica ulterior.

El gran tema continúa siendo, concluir que esa praxis legislativa y su resultado no serían factibles, si se hubiesen ignorado los siglos de previa practica pre-legislativa, casuistica y doctrinal. [149] De la misma forma es relevante subrayar que los pseudo conceptos parten en muchas ocasiones de premisas parciales que comprometen su proceso formativo y el resultado consecuente.

Es innegable que, en el universo jurídico occidental del siglo XX, la mayor parte de los conceptos jurídicos modernos y en particular los del derecho privado tienen su origen en el derecho romano y sus "códigos de comunicación". La función de los "códigos de comunicación" pese a sus deficiencias, elaborados desde entonces, tendiente a permitir el intercambio de ideas y la solución de conflictos en el foro, se logró con tal eficacia que más de veinte siglos después y

[148] Iglesias Juan, Opus Cit, p 66 y 67
[149] Berman, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de occidente*, FCE, México, 1996,Traducción de Monica Utrilla de Neira, p 355

pese a múltiples peripecias histórico-culturales antes referidas, siguen constituyendo la columna vertebral del derecho privado occidental, con claras influencies en distintas ramas del derecho[150].

Con el advenimiento de los códigos sistemáticos y racionales, podría parecer que la Ley y el concepto moderno pudieran generarse en el vacío, con sustento únicamente en el proceso mental que lo rigiese. Podría asimismo parecer que el legislador, facultado para generar Leyes, estuviera igualmente facultado para generar conceptos[151]. Claramente la falta de ordenación sistemática (de acuerdo con los parámetros epistemológicos antes mencionados) en el derecho romano incide y era claramente perceptible como un obstáculo de primer orden para la formación de conceptos. A *contrario sensu*, el "orden racional" aportado por el sistema racional de la juriscreación legislativa, permitiría igualmente en esta posición generar conceptos, aunque en el grado de abstracción de los mismos podría resultar su divorcio de la realidad forense individual que define al fenómeno jurídico occidental de origen romano. La hipótesis central de la presente investigación respecto de la factibilidad metódica moderna no puede pretender eliminar la necesidad de una materia prima que le precede, tal y como lo plasmaría Aristóteles.

La consecuente tentación de la modernidad es enorme. Si el proceso mental en comento decidiese determinar como punto de referencia primario, al producto del proceso legislativo para bordar un concepto, partiendo de ciertas premisas imbuidas de nominalismo y legis-positivismo, el mismo sería ilimitado y gozaría de ciertas premisas de sistematización connaturales a su fuente. Sin embargo, dicho proceso implicaría una perspectiva auto-referencial y consecuentemente un circulo vicioso desde la perspectiva lógica. Esta era sin duda una de las metas de la ilustración pre- revolucionaria en los siglos XVII y XVIII. Bien mencionaba Voltaire – a la postre ni siquiera jurista – que si "…*queréis tener buenas Leyes, quemad las vuestras y haced unas nuevas*"[152]. La soberbia del racionalismo al pretender que todo surja de la mente del individuo, resulta tentadora, ya no solo para centralizar el proceso generador del derecho mediante normas generales abstractas e impersonales con un sistema racional, sino también para elaborar los conceptos con base en los cuales esta disciplina tornase en una verdadera ciencia en parámetros modernos.[153] Afortunadamente, como veremos más adelante, el legislador

[150] Ibidem, p 357
[151] "… *el defecto del derecho romano que molestaba a los juristas de derecho natural residía en la ausencia de sistemática o más bien de todo orden en las fuentes romanas*…." Cannata Carlo Augusto, Opus Cit, p 178
[152] Cannata Carlo Augusto, Opus Cit, p 178
[153] Cfr con Guzmán Valdivia Isaac y el concepto de conocimiento científico así como con Villey Michel, Opus Cit p 520 quien citando a Althusio menciona que la ciencia es descriptiva de realidades naturales pero debe de ordenar todos sus conceptos en un sistema de tipo matemático.

napoleónico se cuidó bien de caer en esa tentación y atinadamente reflejó la realidad socio jurídica de Francia, bajo normas generales y abstractas, sin caer per se en tentaciones conceptualistas. El claro reflejo de su éxito se puede evaluar, como veremos en el siguiente capítulo tanto a través del tiempo como del espacio, al verificar la permanencia de sus disposiciones allende el territorio francés actual y a más de doscientos años después.

En palabras de Althusius citado por Villey, la sistematización del derecho permite dar a la ciencia del derecho la forma de un sistema ordenado.[154] Para esto la Ley es el instrumento centralizado ideal, no así para la sistematización y creación conceptual.

Claramente es aquí donde adquiere fundamental relevancia para efectos de la corroboración de nuestras hipótesis centrales, en el contexto de lo expuesto anteriormente en esta sección, el movimiento de la escuela histórica de la Alemania decimonónica.

De acuerdo así con Savigny, el derecho positivo no puede atribuirse exclusivamente ,en forma alguna a la praxis legislativa del estado. Cabe referir que en el caso concreto las obras de Savigny y sus postulados dogmático jurídicos, los mismos son elaborados en el vacío del estado alemán, para entonces, aún inexistente[155] y por ende en ausencia de un sistema legislativo estatatal moderno. El derecho positivo existe con independencia de la existencia del estado y con independencia de la existencia de Leyes emitidas por los órganos de este que estuviesen legitimados para ello[156]. La praxis legislativa es luego entonces de entrada, inexistente para efectos del derecho alemán y el argumento es especialmente atractivo en el contexto de la presente investigación. Para Savigny, el derecho es producido por el espíritu del Pueblo –Volkgeist– "… *que en todos los individuos juntos vive y actúa y que produce el derecho positivo*…"[157]. El derecho para Savigny se genera en forma similar al lenguaje de un pueblo, respecto del cual no puede atribuirse autoría o legitimación a nadie en lo concreto al ser igualmente un producto de la cultura de una determinada sociedad y de su aceptación al mismo a través del tiempo[158]. Así menciona Savigny que: "… *La producción del Derecho, conforme la acabamos de exponer con el nombre: "Derecho del Pueblo" y que se realiza de modo invisible,*

[154] Villey Michel Opus Cit, p 550
[155] Friederich Karl Von Savigny, nace en 1779, el 21 de febrero y fallece el 31 de octubre de 1861, antes de la formación del estado nación alemán.
[156] Savigny, Friderich Karl Von, Textos Clásicos, estudio preliminary de Agustín Squella, UNAM México, 1981, p 25
[157] Ibidem.
[158] Ibidem p 26

*sin que sea por ello posible reconducirla a un acontecimiento exterior y a un momento determinado, ha sido reconocida en todos los tiempos…*[159]"

Ese es el derecho positivo y esa su fuente consuetudinaria principal y natural. Los conceptos - *más allá del tratamieto doctrinal al que nos referiremos más adelante* - brotarán natural y ulteriormente de ese derecho y el mecanismo de abstracción legal solo será un instrumento, pero no podrá alejarse, en la lógica Savigniana e histórica, de la realidad positiva del derecho socialmente aceptado.

Sin embargo, la legislación no deja de existir ni puede ser soslayada, menos aún en pleno siglo XVIII. Pese a sus fobias respecto de la ilustración exportada por la revolución francesa, Savigny es un hombre de su tiempo y entiende que la legislación y la manifestación de la voluntad del pueblo, formalizada a través de sus representantes[160], es un paso irreversible. Sin embargo, para Savigny, esta *praxis* legislativa no debe ser, puede ser, ni es en forma alguna autónoma. La actividad legislativa depende de manera fundamental del derecho positivo cuyo síntoma evidente [161] es la costumbre del *Volkgeist*[162].

La costumbre adquiere pues según Savigny el doble carácter de síntoma y fuente "*–causa productora concomitante"*[163]*–"*. Ciertamente las conductas reiteradas y convencidas de la población "*ilustran el sentido de las instituciones jurídicas como totalidad…*"[164] y conciben y exponen la relación jurídica necesariamente en limites rigurosamente delimitados.[165]

La legislación no es en la perspectiva Savigniana sino un mecanismo auxiliar, complementario que en forma alguna puede poner en entredicho el contenido de la expresión del *Volkgeist* en la costumbre de una sociedad. [166]

Esto se vincula con la elaboración de conceptos, pues evidentemente la generación de conceptos dependerá igualmente en forma primaria del *Volkgeist*. Lo anterior es un hito substancial en el contexto de nuestra investigación. Si la legislación no puede surgir por

[159] Ibidem p 35
[160] La representación en comento, para efectos de la facultad legislativa no debe sin embargo confundirse con una apología ni siquiera como una defensa de la representación popular democrática ilustrada, mediante un congreso democráticamente electo. La posición de Savigny es especialmente conservadora y pro aristocrática al respecto según narra en lo especifico Carlo Augusto Cannata, Opus Cit, p 198.
[161] Ibidem p 36
[162] "*… la uniformidad de una conducta continuada y duradera nos revela como su raíz común opuesta al mero azar, la convicción del pueblo*…." Ibidem p 36
[163] Ibidem p 37
[164] Ibidem p 37
[165] Ibidem p 37
[166] Ibidem p 38 y 39

generación espontánea y no puede surgir con eficacia sino se basa oportuna y substancialmente en el derecho positivo generado consuetudinariamente por el Volkgeist,[167] cuantimenos la formación de conceptos jurídicos dogmáticos. La Ley puede ser utilizada pero no es *per se* el fenómeno substancial en el que puede basarse la elaboración doctrinal. Para efectos de las hipótesis centrales de esta investigación y las consideraciones del presente apartado podríamos concluir que el fenómeno jurídico es claramente susceptible de abstracción, en la medida que esta tenga ciertos límites. La abstracción jurídica puede lograrse a través de la Ley y esta puede eventualmente servir de base para la abstracción jurídica conceptual. Sin embargo, esta conceptualización al servirse de la abstracción legal no puede limitarse a ella en forma alguna.

La legislación tiene por fin precisar y apuntalar el derecho del pueblo previamente existente.

> "*… El contenido de la Ley está ya determinado por la anterior deducción del poder legislativo. Su contenido es el derecho del pueblo ya existente o lo que es lo mismo, la Ley es el órgano del derecho del pueblo…*"[168] (énfasis añadido). "*… Solo en casos extremos en momentos genéticos o situaciones no favorables a la producción del derecho por la conciencia común del pueblo (…) En estos momentos se encargará de esta actividad, de todas formas, imprescindible, en gran parte y automáticamente la legislación…*"[169]

Regresando al proceso de abstracción multi-mencionado en esta investigación, es en palabras de Savigny y confirmando nuestras aseveraciones anteriores, obligación del legislador "*…tener en mente la intuición más completa de la institución orgánica jurídica a fin de que la Ley cumpla su misión y debe desprender la disposición abstracta de la Ley mediante un proceso artificial de aquella intuición total…*[170]" (énfasis añadido).

Consideramos que, si esto es claro para la escuela histórica en materia legiferante, con mayor razón respecto de la formación de conceptos, que como se mencionaba anteriormente puede difícilmente atribuirse a un legislador que no es necesariamente perito en derecho y cuyos patrones de conducta en tribuna y voto se rigen por criterios de índole política que no jurídica. Así, la opinión de Savigny, que apuntala las hipótesis rectoras de esta investigación, el derecho positivo es generado por el *Volkgeist*, manifestado en la costumbre y precisado por la legislación

[167] Ibidem p 27
[168] Ibidem p 38
[169] Ibidem p 40
[170] Ibidem p 41

cuando necesario. De dicho derecho se desprende la práctica científica por parte de los juristas y con ella la elaboración de conceptos a los que la *Beggriffjurisprudenz* dedicará años después, sus esfuerzos. [171] Para absoluta y prístina claridad en este punto medular, he aquí las palabras específicas de Savigny al respecto[172]:

> "*…también el derecho, primitivamente patrimonio común de todo el pueblo, se ramifica y detalla por las complejas relaciones de la vida activa, de suerte que no puede ser ya dominado por el conocimiento divulgado uniformemente entre el pueblo. Entonces se constituirá una clase especial de los peritos en derecho, la cual, ella misma elemento del pueblo, representa a la comunidad en este campo de pensamiento. El derecho no es en la conciencia particular de esta clase sino una continuación y desenvolvimiento particular del derecho del pueblo. Este lleva una vida doble: Con arreglo a sus rasgos fundamentales continúa viviendo en la conciencia común del pueblo; pero su desarrollo más detallado y su aplicación a los diferentes casos pertenecen a la profesión especial de los juristas (….) las formas exteriores de la actividad de dicha profesión reflejan su lento desarrollo. Al principio los juristas dan meros consejos en casos particulares, sea por dictámenes acerca de la resolución de un litigio, sea por la información sobre la acertada redacción de negocios jurídicos solemnes. Simultáneamente se encuentran como primeros ensayos literarios por regla general formularios o sea indicaciones mecánicas de la exacta ejecución de negocios jurídicos. Poco a poco se espiritualiza la actividad y se transforma en ciencia. Ahora aparecen como formas teóricas, exposiciones del derecho en parte en múltiples libros, en parte como enseñanza oral*…" (énfasis añadido)

Corresponde evidentemente en la perspectiva de la escuela histórica a los juristas y solo a estos, el desarrollo "científico"[173] del derecho y consecuentemente la elaboración conceptual sobre bases abstractas –*esas formas teóricas referidas por Savigny*–, siempre que las mismas no se separen de la realidad forense a la que deben abocarse en primer lugar, independientemente que la Ley pueda, merced a sus consabidas cualidades abstractas, servir como un elemento más al respecto. Ciertamente no otorga Savigny, en su calidad de romanista que era, una carta blanca a la libre elaboración conceptual de los juristas, al igual que la niega al legislador.[174] En su

[171] Ibidem p 41 y 42
[172] Ibidem p 41 y 42
[173] Cabe referir que de acuerdo con esta perspectiva, parecen reunirse las posiciones extremas de los que llamábamos conocimiento científico jurídico al coincidir la visión de Álvaro D'Ors - *para el cual solo la praxis jurisprudencial romana podía ser calificada como tal* - y la posición moderna expresada en las palabras de Isaac Guzman Valdivia que calificaba de científico solo al *conocimiento empiriológico sistemáticamente organizado*. La narrativa de Cannata – opus cit. P 178 - respecto a la falta de sistematización como elemento troncal del aspecto científico moderno, adquiere aquí gran relevancia en este cambio de paradigma del conocer científico.
[174] Savigny, Opus Cit, p 42;

perspectiva, la materia con base en la cual el jurista elabora sus conceptos y su doctrina parte del derecho positivo generado por el espíritu del pueblo, patentizado consuetudinariamente en la atención de los casos que les son confiados en el foro. Esos casos después de ser precisados legalmente, dan oportunidad a su creación literaria de naturaleza doctrinal. He ahí en el contexto Savigniano la formación conceptual, de corte científico, tan cercana a la perspectiva romanista y lógico aristotélica, aunque imbuida de abstracción y metodología moderna.

El "maridaje" parece perfecto: La realidad social - *histórica* - constituye la materia prima para la vida ordenada en sociedad. Esto es patentizado por la costumbre y precisado por la legislación, que le es auxiliar. El jurista desempeña como perito y doble papel, al atender la realidad pragmática en el foro por un lado y al desempeñar una labor científica a la postre, con la cual precisa técnica y dogmáticamente los conceptos derivados de todo el fenómeno jurídico previo. La abstracción es posible y necesaria pero la vinculación con la realidad es indispensable. La abstracción legislativa no puede a su libre arbitrio emitir normas como mucho menos elaborar conceptos.

Evidentemente el riesgo de la "libre" elaboración científico doctrinal por parte del jurista es en esta concepción de importante proporción. En palabras de Savigny:

> "…*Respecto a esta última función (la labor científica del jurista) parece a primera vista la actividad de los juristas como dependiente que recibe su materia desde fuera. No obstante, produce la forma científica de la materia que tiende a revelar y rematar su unidad inherente, nueva vida orgánica que repercute a su vez sobre la materia, de suerte que la misma ciencia da lugar inconteniblemente a una nueva especie de producción jurídica. Cuán importante y sana esta repercusión formal de la ciencia sobre el derecho puede ser, salta a la vista. Sin embargo, no carece de peligros*…"[175] (énfasis añadido).

El derecho científico o derecho de los juristas que es formado de tal suerte y debe ser cuidadosamente monitoreado de acuerdo con lo anterior, parece no ser otra cosa que un vigía permanente de la oportuna traducción e implementación del derecho positivo por el legislador respecto de lo generado por el *Volkgeist*. En cualquier caso y para efectos de nuestro estudio, es precisamente la visión de Savigny la que nos parece sirve como conclusión de las premisas planteadas durante la presente sección del presente capitulo: El derecho es ciertamente susceptible de abstracción legislativa como lo demuestra el devenir de lo jurídico en la época

[175] Ibidem, p 42

moderna. Sin embargo, esta abstracción debe basarse en la efectiva praxis jurídica de la sociedad de que se trate, si busca que las normas generales abstractas e impersonales que pretende estatuir tengan positiva aplicación, allende su validez legal[176]. En todo caso, es importante mantener como un principio que no puede quedar en exclusivas manos del legislador la labor igualmente generalizadora con base en la cual se elaboren los conceptos jurídicos *per se*. Lo anterior, no obstante, su carácter igualmente abstracto. Ciertamente la elaboración conceptual corresponde más a una labor de índole científica que recoja la esencia del fenómeno jurídico en comento, tanto respecto de su praxis – *forense y consuetudinaria* - como de su tratamiento legislativo. El balance de todos los factores es necesario. Dejar en manos del legislador, o consentir que dogmáticamente pueda elaborar conceptos doctrinales sobre la fenomenología jurídica es riesgoso e inadecuado científicamente pudiendo llevar a conclusiones y conceptos no sustentables desde una perspectiva lógica. Sería riesgoso pues dejarse llevar por la tentación legislativa con elementos nominativos podría llevar a calificaciones *contra naturam* que terminarían por revertirse contra la *praxis* jurídica de la sociedad o canalizarla por conductos distintos a los correspondientes a la tradición jurídica correspondiente. Sería inadecuado pues al ser una declaración autoreferencial y al no tener el legislador civil – *por lo menos para efectos de la presente investigación* – límite alguno respecto de los contenidos dogmáticos, dichos conceptos carecerían de todo sustento y validez científica. Lo mismo sería si el jurista elaborase sus conceptos desligandose por completo de las fuentes y la praxis.

### f) La codificación moderna, la abstracción y los conceptos: la polémica Savigny Thibaut como un hito recurrente en la historia del derecho.

Es claro que los paradigmas originales del mundo antiguo y para el caso concreto del derecho romano son casuísticos y pragmáticos. Toda generalización y dogmatización le parecen ajenas, peligrosas e inútiles. Sin embargo, es claro también que, en la evolución de la legislación moderna, el fenómeno jurídico puede, siempre que se observen ciertos parámetros ser susceptible de generalización y abstracción *per se* y vía el mecanismo legal. Esto es claramente alcanzable también mediante el proceso legislativo. La abstracción conceptual es también posible, aunque le es necesario, evitar una dependencia total del fenómeno legislativo, tal y como lo anticiparon Savigny y la escuela Histórica. Así es claro igualmente que, si bien la legislación parece haber

[176] La abstracción no puede desprenderse totalmente de la realidad social de la cual debe derivar.

logrado cristalizar una preeminencia entre las fuentes y como punto de referencia conceptual a partir del advenimiento de la modernidad, su práctica no puede ser irrestricta. La generalización y abstracción legislativa debe, amén de muchas otras consideraciones, partir de la premisa del derecho positivo y socialmente aceptado, si pretende (i) que sus disposiciones sean efectivamente implementadas, más allá de su vigencia formal, autoconferida por la fenomenología política y (ii) que los conceptos resultantes sean válidos. La argumentación de la escuela histórica parece irrefutable. La lógica aristotélica es igualmente un argumento difícilmente remontable al respecto. En la práctica y, en resumen, el derecho, su doctrina y sus conceptos son susceptibles de expresión legal pero no pueden reducirse a esa mera expresión legal.

Ahora bien, en el mismo sentido y como consecuencia de lo anterior, la elaboración conceptual jurídica abstracta es posible. Sin embargo, la conceptualización no puede ser abandonada a la suerte del legislador, ni tampoco puede basarse exclusivamente en los asertos de este o en los del jurista. La Ley debe de tomar las instituciones originales de cada sociedad y reflejar las vivencias y evoluciones de las mismas. La doctrina debe conjugar a un tiempo la praxis jurisdiccional con las vivencias sociales y el producto legislativo, para elaborar con el mismo método de generalización y abstracción conceptos jurídicos que rebasen la mera descripción factual, para evidenciar las características esenciales y "genómicas" de la institución. La elaboración doctrinal no puede tampoco limitarse a la mera descripción del producto del fenómeno legislativo pues debe a su vez seguir ciertos patrones de metodo que le brinden lógica al proceso y al producto.

Conceptualizar implica ciertamente abstraerse de las particularidades concretas y evidenciar las características connaturales y estructurales del fenómeno estudiado. El mero reflejo de la evidencia legal se antoja más una simple descripción fáctica que la elaboración de un concepto. Sería, además, dicha descripción una descripción meramente superficial y tangencial del fenómeno que se pretendería conceptualizar, basada ya en el filtro de la propia Ley. La Ley evidentemente no puede tampoco arrogarse la facultad conceptualizadora, pues sus alcances se revelan además limitados para esos efectos. Sus aseveraciones y conceptos deben basarse en todos esos fenómenos prácticos, forenses, legislativos regulatorios y académicos.

Sin embargo, y no obstante todo lo anterior, el advenimiento de la legislación como fuente primordial del derecho, plantea un problema importante. Esto es particularmente patente

en el caso de nuestro estudio en el ámbito civil en la Europa ilustrada. Siendo el fruto de la evolución política[177] y filosófica de los siglos XV a XVIII, la codificación sienta las bases para lo que parece en los siglos XIX y XX una reivindicación y apropiación del derecho por los representantes populares expresados en la Ley. La doctrina parecerá en muchos casos desvanecerse ante los postulados legislativos, mismos que en boca de muchos concentrarán la materia jurídica. En palabras de Montesquieu, incluso la praxis judicial quedaría relegada a una mera transmisión de la voluntad general expresada por los representantes, como simple "*boca de la Ley*"[178]. En muchos países, la doctrina y el derecho en general se asimilarán simbióticamente con la Ley[179], como lo evidencia la escuela de la exégesis los corifeos de la cual se jactaban de desconocer el derecho civil, al conocer solamente el código Napoleón[180]. Así parece una práctica consecuente que la doctrina de muchos países derivados de esta tradición, determine esencialmente sus postulados, directrices y para efectos de esta investigación, sus conceptos, del texto de la Ley. Dentro de los fines revolucionarios de la ilustración esta la simplificación jurídica en aras de una mayor protección social, de una igualdad ante la Ley, así como la concentración de la actividad juris-creadora. La sobre-simplificación afecta en primer lugar a la jurisprudencia y después a la doctrina. Parecería posible inclusive para algunos, delegar en la Ley la posibilidad de incluir y establecer conceptos respecto de las materias reguladas por la misma Ley. Como ya se ha mencionado, lo anterior deja por mucho de ser ideal o adecuado. Sin embargo, no puede dejar de ser comprensible. En esta sección daremos una explicación de este "espejismo" y de sus consecuencias para efectos de la hipótesis central de nuestra investigación. Ciertamente, con la codificación napoleónica, el derecho adquiere por primera vez corporeidad, tangibilidad, concreción y acceso[181] a través de la emisión de un documento que pretende contener todo el derecho. En su calidad de fruto del racionalismo y la ilustración, el Code se presenta como una innovación de la modernidad que tiene además por propósito y consecuencia

[177] "….. *una de las preocupaciones más acuciantes de los revolucionarios será, tras los acontecimientos de 1789, la redacción de un código, vehículo por excelencia para reformar el derecho existente. Se parte de la convicción de que un único código de Leyes será el medio más adecuado para realizar el ideal de igualdad, los diferentes derechos consuetudinarios podrán ser eliminados y un mismo criterio jurídico se aplicará en cada caso concreto. Además alienta el propósito de mantener, en el nuevo código, un lenguaje sencillo para que todos, también los legos, puedan comprenderlo*..." Wauters Bart et al, Historia del derecho en Europa, Colección IE Law School, Pamplona, 2013, p 150

[178] Ibídem p 159

[179] Ibidem p 160.

[180] Jean Joseph de Bugnet, citado por Wauters Bart et al, Opus cit. p 159, mismo que mencionaba orgullosamente "*… je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon*…."

[181] Ibidem, p 150

tangible, igualar a todos los sujetos ante el derecho, ante la Ley. De la misma manera, el derecho legislado, el código, es un elemento de unificación política respecto de la cual, la incipiente organización estatal occidental europea vislumbra rápidamente sus ventajas y beneficios y la hace suya. Esos dos tangibles resultados van de la mano con la tentación de derivar de la Ley las bases sistemáticas que dieran al conocimiento jurídico el carácter científico tan caro a la modernidad y brindar su acceso por igual a toda la población, sin distingos de clase social, estamento, etc. De ahí sin duda la tentación de atribuir a la Ley *per se* la posibilidad de incluir conceptos o a la doctrina positivista de derivarlos todos del contenido de aquella.[182]

Como consecuencia de todos los fenómenos anteriores, la unificación del proceso conceptualizador al fenómeno legislativo y de manera consecuente, la identificación de la juridicidad y la legalidad, será de importantes proporciones. La gravedad histórica y dogmática, para los efectos de esta investigación no es menor, ni para el sano desarrollo de la legislación como fuente principal en la edad moderna, ni mucho menos para el derecho en su conjunto. Ciertamente, la pretendida unión de la juridicidad y la legalidad dejaría o por lo menos pretendería dejar el derecho y su formación, a la exclusiva merced de lo que el proceso legal estableciese[183], tanto la juridicidad legal como la elaboración conceptual doctrinal. No abundaremos en los efectos sobre la praxis jurisprudencial pero el efecto parece haber tenido similares efectos nocivos, mediante las posiciones extremas de algunos exégetas franceses en el siglo XIX.

Esta tentación tiene según Villey como primer precursor, el nominalismo Ockhamiano, aunque evidentemente no es sino merced al humanismo en primer lugar, seguido por el

[182] Cannata Opus cit. p 174 para quien, desde el advenimiento de la razón como eje rector del pensamiento y la filosofía europea en los siglos XV a XVII, el humanismo conjugó *consideraciones* antropológicas – Hobbes – con el rechazo a las fuentes de autoridad para, con a partir de un método lógico, "….*establecer conceptos generales axiomas…*.", "…. *buscando emanciparse de prejuicios teológicos y morales*…."con una clara tendencia a un "…. *espíritu de sistema y [a] la búsqueda de principios rectores* [que] *constituían las características fundamentales de la doctrina del derecho natural*…."

[183] Esto no es un fenómeno que surja con las codificaciones de la ilustración, estas solo canalizan una inquietud ya añeja; vid. Cannata, Opus Cit, p 176, para quien "….*Las tendencias a la codificación se desarrollan sobre la base de los elementos comunes a las diversas concepciones del derecho de la razón. En efecto, por sí sola, la convicción de que existía un derecho racional conforme a la naturaleza y destinado a la felicidad de los hombres justificaba no solo los esfuerzos emprendidos para descubrirlo, sino también las tentativas de fijar su contenido y de promulgarlo como derecho vigente (…) Como el rechazo del principio de autoridad había despojado a las fuentes de derecho de su intangibilidad, ese proceso no era obstaculizado por la existencia de otras normas y sobre todo por el derecho romano común. Las tendencias a la incontestabilidad de los principios de la razón tuvieron como consecuencia la revalorización de la actividad legislativa en detrimento del trabajo de la doctrina y de los tribunales, pues estaba considerada por su propia naturaleza, como la sede de la afirmación mientras que los otros dos pasaban por ser la referencia de las discusiones y las controversias*…."( énfasis añadido)

racionalismo y la ilustración voluntarista que logrará desarrollarse plenamente en los siglos ulteriores.[184]

Así, cambiando radicalmente el hilo conductor seguido por el fenómeno iusromano, el proceso legislativo se erige (y pretende estar legitimado bajo parámetros distintos a los de la antigüedad) desde la ilustración y para efectos de la materia civil, especialmente durante el siglo XIX en el continente europeo – *y como consecuencia ulterior en los países influidos por este* - como la columna vertebral de la producción de derecho. Como consecuencia la legislación se convertirá para los corifeos de esta tendencia, en el punto de referencia obligatorio y necesario para la construcción de conceptos jurídicos. Utilizando los afluentes políticos y sociales evidentes en la evolución sus mencionada, el proceso de creación conceptual ve *prima facie,* facilitada su labor. De entrada, parte ya de elementos que son por definición generales abstractos e impersonales. La Ley pretende asumirse la verdad jurídica no solo en la perspectiva de su praxis sino lo que parece mucho más delicado e interesante para la hipótesis de esta tesis, también en la perspectiva dogmática. En el mismo sentido parte importante de la doctrina se arroga al fenómeno legislativo considerando que los conceptos, la discusión y la dogmática jurídica deben referirse y ceñirse esencialmente a este último. El proceso se antoja sencillo: el poder legislativo en su calidad de representante popular (como claro afluente del voluntarismo y los factores políticos concomitantes) es el único responsable de producir derecho. Al poder judicial se le deriva una mera función auxiliar transmisora del derecho y del concepto en su calidad de "boca de la Ley". La interpretación queda como una mera cosa del pasado, pues el derecho legislado pretende gozar de una potencia omnicomprensiva. En virtud de lo anterior la doctrina para efectos prácticos no tiene más campo de desarrollo que el texto de la Ley, que reagrupa todo el derecho y respecto del cual, se pretende no pueda haber desviaciones en la interpretación judicial.[185]

Es sin embargo necesario en justicia referir, que esta no es específicamente la meta y designio del legislador napoleónico original. Parece ser más un efecto indirecto histórico y no necesariamente impuesto. De ser esto cierto, en ello residiría gran parte de su valía y autoridad moral a la que nos referiremos más adelante, amén de los demás factores fundamentales para su

[184] Villey Michel, Opus cit. 553
[185] Wauters et al; Opus Cit. p 159

indiscutible éxito como verdadero parteaguas del derecho en general y en lo especifico del derecho privado.[186]

En efecto, no es casualidad ni tampoco inexplicable, que el fenómeno codificador haya deslumbrado a los estudiosos del derecho y que más allá de los deseos lógicos del legislador, su eficacia y simplicidad, aunada al *momentum* filosófico y político, le hayan permitido tener la repercusión universal que pretendía tanto en calidad de fuente como de referencia doctrinal y conceptual. Así, para efectos de esta investigación, consideramos que es explicable que el mismo fuese inclusive idealizado y transformado en un objeto de pseudo culto dogmático al amparo del cual la actividad doctrinal y la formación de conceptos tomaran una nueva tendencia. Lo anterior con independencia de su cercanía o lejanía con fuentes reales o con procesos lógico conceptuales. Es importante reflexionar que se trata de la primera manifestación jurídica trascendente del racionalismo después de mas de veinte siglos de praxis jurídica centrada en el proceso, la costumbre[187], la jurisprudencia y la doctrina. El Code representa un verdadero parteaguas, el triunfo de un proceso secular por el que la escuela del derecho natural, la ilustración y el voluntarismo jurídico buscaban relevancia en la sociedad europea, independientemente de intentos previos que no alcanzaron la misma escala y efecto.

Es el triunfo de la razón y el símbolo de la libertad del Nuevo Régimen asociado con la revolución francesa. La sociedad del *Ancien Régime*, estaba saturada de las fuentes de autoridad y buscaba afanosamente la razón como origen del conocimiento y del derecho mismo[188], respecto de lo cual ya se habían presentado eventos de menor relevancia *vis a vis* el fenómeno napoleónico y revolucionario francés. El fenómeno político revolucionario francés, complementará el proceso de propulsión universal de esta perspectiva gracias al auge napoleónico y su evidente influencia en el continente y posteriormente en occidente y en el mundo en general.

Así desde Grocio, se estructura y lleva a cabo un proceso similar al de Pascal y Descartes, pero en el ámbito jurídico. Mediante la sistematización del derecho, Grocio brinda a la ciencia jurídica, la forma de un sistema ordenado.[189] La generalización de la Ley en la ilustración

[186] Cfr. Portalis, Jean Etienne, Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil presentado el primero de pluvioso del año IX por la comisión designada por el gobierno consular, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1959, p 28 y 29
[187] Cannata, Opus cit. p 167-168
[188] Cannata, Opus cit. p 173
[189] Villey Michel, Opus cit. p 550

brindarán un método para centralizar en la Ley, no solo la generación del derecho objetivo sino también de la jurisprudencia que se ceñirá a repetir la Ley y de la práctica dogmática que abrevaría solamente en sus preceptos ya dotados de abstracción.

Ciertamente el proceso humanista y pre-racionalista jurídico iniciado incipientemente al finalizar la edad media con Altusio[190], madura y se extiende culturalmente a partir de los siglos XVII y XVIII expresándose finalmente con el voluntarismo[191] pre revolucionario que se expande rápidamente por Europa como relevo idóneo para dar auge a las pretensiones Altusianas y Donacianas[192]. Al igual que Altusio, Grocio como su continuador natural en el racionalismo moderno[193], será el puente que vincula las primeras ideas de Altusio y el poder de la razón humana, con el voluntarismo ulterior consagrado con las obras de los enciclopedistas franceses de pretendido impulso universal, como postulado revolucionario[194]. Es importante subrayar que si bien en Altusio no se encuentra aún un método axiomático de tipo cartesiano que se manifestará más tarde, si subyace, en él, la parte epistemológica, la búsqueda de un sistema jurídico racional que permita la ordenación matemática de todos sus conceptos[195]. En este sentido con Altusio inicia muy tímidamente una primera conformación de conceptos o descripciones en los términos referidos en la sección precedente, mismos que pese a ser aún muy preliminares y evidentemente distintos de la manifestación legal y de la evolución pandectistica, cuyas horas no llegan aún[196], son el punto de partida de lo que a esta investigación interesa: la potencial conceptualización por vía legal y los límites de la misma, en el contexto específico del CC28.

---

[190] Villey Michel, Opus cit; p 513

[191] Villey Michel, Opus cit; p 527 - 544

[192] Wiaecker Franz, Opus Cit; p 270 "….. *the Code civil owes much of its technical groundwork to them. In the seventeenth century the great Donneau (Donellus) was followed by Jean Domat (1625-96) whose Le Lois Civiles dans leur ordre Naturel ( 1694) set itself the task of putting the disorderly law of Rome into a 'clear and transparent system' and in the eighteenth century by Robert Joseph Pothier (1699-1772) whose work on private law particularly on his Digestes was to dominate the draftsmen who produced the Code, especially in the area of obligations*…"(enfasis añadido)

[193] Para Michel Villey, es gracias a Grocio que se desarrolla el eje del pensamiento jurídico moderno, por el que se concluye, basándose en la dicotomía entre la razón subjetiva y la observación del mundo exterior, la derrota del derecho natural clásico constatado mediante la experiencia – aristotélica – y que busca consecuentemente el derecho en una manifestación de voluntad racional. (Villey Michel Opus Cit. p 557)

[194] Villey Michel, Opus Cit, P 544 para el cual, el nuevo derecho natural, basado en la razón humana no en la experiencia humana, se cristaliza con las obras de Grocio hacia las ulteriores manifestaciones del racionalismo voluntarista con Hobbes, Montesquieu, etc..

[195] Villey Michel, Opus cit. p 520

[196] Villey Michel, Opus cit. p 525

Asimismo, los prolegómenos Altusianos son el primer antecedente de lo que desarrollará más tarde, la doctrina alemana del siglo XIX[197] que le será claramente tributaria en sus conclusiones y alcances, aunque con particularidades metódicas y de materia prima que harán en opinión del suscrito la verdadera diferencia. Cabe mencionar brevemente esto, al quedar claro que los mismos, son un primer esfuerzo de sistematización del conocimiento jurídico. Es esta sistematización la que dará lugar algunos siglos más tarde a la tendencia jurídica hacia la generalización y la abstracción legal y posteriormente a la jurisprudencia de conceptos. Esa primaria, aunque moderna sistematización de origen Altusiana se distingue aun claramente del fenómeno legislativo y experimentará muchas influencias[198] a lo largo de los siglos siguientes. En ello radicará no obstante gran parte de los postulados del fenómeno racionalista del siglo XVIII y el ulterior movimiento codificador ilustrado. Cabe al respecto reflexionar con Wiaecker que de la misma manera que la codificación racionalista del siglo XVIII no necesariamente secundó todos los parámetros de la ilustración[199], en algunos casos las reivindicaciones políticas de la ilustración pueden haber soslayado algunas premisas o consideraciones del racionalismo, en lo relativo a la formación de conceptos tanto por el Code como por la escuela de la Exégesis[200].

Así, la abstracción pseudo conceptual de la primera codificación, no se verificará con métodos y fines lo suficientemente amplios y profundos para pulsar y analizar todas las manifestaciones de cada fenómeno jurídico[201] de forma objetiva y atendiendo a todas las posibles fuentes reales e históricas según lo postulará ulteriormente la escuela histórica[202]. Es claro que el derecho que pretende basarse esencialmente en el fenómeno legislativo, tiene propósitos y fines políticos resultantes de la evolución política moderna Ilustrada. A la vez ese derecho, a través de varias escuelas de pensamiento posteriores, pretenderá atribuirse características científicas en sus

[197] Villey Michel, Opus cit. p 526
[198] Wiaecker Franz, *A history of private Law in Europe*; foreword by Reinhardt Zimmerman, translated by Tony Wier, Clarendon Press Oxford, 2003, p 240- 248
[199] Wiaecker, Franz, Opus Cit; p 257
[200] Cfr. Con Sección f) Recepción legislativa; la "primera recepción"; de la presente obra.
[201] Savigny et al; La escuela histórica del derecho, Librería general de Victoriano Suárez, Traducción del alemán por R. Atard, Madrid, 1908, p 16; para quien: "…. *La escuela histórica admite que el material del derecho esta dado por todo el pasado de la nación, pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser esta o la otra accidentalmente sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia*…."
[202] Ibídem; p 13 y 14"…*tiene por lo mismo, en tal caso, cada edad que reconocer en sí algo dado ya, lo cual es a un tiempo necesario y libre: necesario, en cuanto que no depende del arbitrio especial del presente; libre, puesto que no es tampoco impuesto por una voluntad ajena (como el mandato del Señor a sus esclavos, sino que nace de la esencia suprema del pueblo)*…."

métodos y fines basándose esencialmente en la generalidad, despersonalización y abstracción de sus preceptos.

La conceptualización no puede sin embargo surgir por generación espontánea, basada exclusivamente en la razón y pretender éxito en sus fines. Regresando a los postulados de la escuela histórica y adelantándonos a los de la Jurisprudencia de Conceptos que trataremos más adelante, el derecho legislado amén su vigencia, requiere ser positivo[203]. *–No se pretende soslayar con lo anterior el que dicho proceso legislativo debe igualmente buscar establecer parámetros justos en los resultados de sus procesos juris-creadores, como lo evidenciarán escuelas ulteriores–*. Así, independientemente de que lograse los fines inherentes al derecho mismo o que pudiese efectivamente constituir derecho positivo, ese "derecho" no lograría ni perdurar, ni generar conceptos que fuesen aceptables *etceteris paribus*, más allá de algunos fieles corifeos del régimen legiferante en cuestión. Dicha abstracción, para lograr esos dos fines, amén otras particularidades, requerirá reconocer la realidad jurídica de la sociedad, en su tiempo pre-legal y desarrollarse con métodos racionales pero especial y esencialmente con métodos lógicos.

La eterna polémica entre Savigny y Thibaut se manifiesta aquí como la gran referencia ejemplificativa de esta aseveración. Ciertamente la adopción del código francés como lo pretendía Thibaut, hubiera difícilmente sido aceptada como tal en los pueblos germánicos, si no adoptase ciertas particularidades propias de la cultura y vida jurídica pre legal de la nación alemana[204]. Resultaba imposible y totalmente inadecuado pretender, según menciona Savigny, cambios de conceptos jurídicos germánicos, sobre la base de una adopción de índole legislativa,

---

[203] Ibidem; p 52 "…..*el procedimiento propiamente histórico se propone por el contrario partiendo de lo existente, perseguirlo a través de todas sus variaciones, hasta encontrar su origen en la naturaleza, destino y necesidades del pueblo. De aquí que por el contrario el dato positivo se transforme y espiritualice, puesto que aquello que aparecía en un principio como algo material y sin vida, ha de mirarse en adelante como fuerza viva y actividad del pueblo. El supuesto general en este procedimiento es que cada pueblo tiene en su vida toda una individualidad no meramente accidental sino esencial y necesaria fundada en todo su pasado y que por lo tanto la invención de un derecho común a todos los pueblos sería tan inútil como la de una lengua universal que hubiese de reemplazar las lenguas vivas existentes*…."

[204] Ibidem; Gierke; Discurso para la fiesta conmemorativa del fundador de la Universidad de Berlín, rey Federico Guillermo III, leído en el Aula de la misma el 3 de agosto de 1903; p 115; "….*el Derecho en realidad no existe de por sí; es más bien la vida misma del hombre mirada desde un punto de vida especial. Nos parece evidente de suyo el que la inteligencia científica del derecho solo sea posible partiendo de su historia. Pero Savigny lo ha probado para siempre al preguntar: " es pues posible concebir el presente de un organismo cualquiera de otro modo que en relación con su pasado, es decir un método genético?"... En verdad! De la enunciación de esta idea y su aplicación enérgica se ha derivado todo el progreso de la jurisprudencia. La concepción del Derecho natural que admite un derecho válido para todo lugar y tiempo, cuyo descubrimiento es obra de la sana razón y cuya realización tiene lugar mediante la Ley, quedo vencida cientificamente*…."

exógena y ajena a la realidad jurídico social que pretendía regular[205]. Lo anterior impediría además la formación lógica de conceptos con sustento valido[206], sin siquiera adentrarnos a su eficacia o validez desde una perspectiva epistemológica [207]. Efectivamente, toda abstracción legislativa que pretende normar la realidad jurídica de una determinada sociedad con éxito, parte de la realidad que pretende regular y la reconoce. Asimismo, todo concepto jurídico que se pretende válido, debe de partir de la misma realidad y utilizar la más amplia y profunda base de información antes de proceder a generalizar y abstraer las particularidades del mismo. "*El Derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con él, y por último perece cuando el pueblo ha perdido su carácter*"[208]. Reducirse, para la elaboración de conceptos a la perspectiva legislativa o arrogar esta facultad a la legislación es sin duda un sin-sentido como lo anticipaba Savigny en el siglo XIX[209]. De lo contrario respectivamente tanto dicho derecho como dicho concepto tendrán fallas estructurales *ab origine* careceriendo del tan anhelado carácter científico.

Es innegable que el rechazo Savigniano a la legislación francesa de corte ilustrado y naturalista y racional, tiene de origen una naturaleza política y nacionalista. La experiencia napoleónica en la nación alemana es sin duda un acontecimiento traumático, cuyo fruto natural en el Romanticismo y Nacionalismo alemán del Siglo XIX tiene por manifestación más evidente en el ámbito jurídico el rechazo a la codificación napoleónica como símbolo, aunque la materia

[205] Savigny, Friederich Karl Von; De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho; Comares Editorial, Prologo de José Luis Monereo Pérez, 2008, Granada, p15 para el cual "…. *Esa natural dependencia del derecho de la costumbre y del carácter del pueblo, se conserva también con el progreso del tiempo, no de otro modo que en el lenguaje. Al igual que para este, para el derecho no hay un solo instante de reposo. El mismo movimiento, el mismo desenvolvimiento se verifica en el que en cualquiera otra tendencia del pueblo y semejante desenvolvimiento está bajo la misma Ley de intrínseca necesidad, como cualquier otra primitiva manifestación*…"

[206] Ibidem; p 15 "…. *En esta condición, el derecho se perfecciona del lado del lenguaje y toma un aire científico, y lo que antes vivía en la conciencia popular conviértese en adelante en materia de la competencia de los juristas que en tal concepto vienen a representar al pueblo. La existencia del derecho a partir de aquí se hace cada vez más artificiosa y más complicada porque sin dejar de vivir de la vida del pueblo, se produce a la par otra vida como obra especial de la ciencia en manos de los juristas*…."

[207] Savigny et al; La escuela histórica del derecho, Opus Cit., p 16 ; *"…. La escuela no histórica por el contrario admite que el derecho puede ser creado en cada momento por el arbitrio de las personas investidas del poder legislativo, con completa independencia del derecho de los tiempos pasados y solamente según sus convicciones tal y como las produce el presente momento histórico*…."

[208] Savigny, Friederich Karl Von; De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho; Comares Editorial, Prologo de José Luis Monereo Pérez, 2008, Granada, p15

[209] Ibidem; p 40*"…. El contenido del derecho civil lo forman y desenvuelven en su mayor parte el pueblo y los jurisconsultos y que el influjo real de la legislación sobre el mismo es más pequeño que lo que ordinariamente se cree…(...) …. Si existiesen semejantes senado y comicios les aplicaría lo mismo que de los monarcas he dicho, a saber que: es su misión reconocer y promulgar el derecho que existe independientemente de ellos* …"

rechazada sea en esencia la codificación ilustrada[210]. Napoleón fue el conducto de expansión de los ideales de la revolución francesa, de la ilustración y el racionalismo, siendo al efecto su éxito político y militar, calificados y ponderados en Alemania, como la imposición autoritaria de una autoridad exógena. Al efecto, de entrada, debe acotarse que a los ojos de Savigny y la escuela histórica, ese derecho positivo que existía en la Nación Alemana, estaba esencialmente constituido por el derecho romano[211]. Tanto la argumentación de la transmisión de Lotario, si nos queremos basar en consideraciones románticо-culturales, como la tardía, aunque profunda recepción del derecho romano en la Nación Alemana[212] hacían ver a la imposición del Código Napoleón, como una implantación artificial que no respetaría[213], de ser impuesta, la esencia del derecho vivido en los territorios alemanes de contenido y origen esencialmente romano[214]. Para Savigny y los primeros corifeos de la escuela histórica, la nación alemana tenía como derecho positivo elemental, el derecho romano. Lo anterior sostenía de entrada una primera andanada de críticas sobre la codificación napoleónica, que había mediado entre las tradiciones romanas de los "*pays de droit écrit*" y las tradiciones consuetudinarias *–germánicas valdría añadir* – de los "*pays de droit coutumier*", y que por lo mismo había abandonado la tradición jurídica romanista. Esta caracteristica hacia impensable su adopción y positiva vigencia en Alemania. No

[210] Ibidem; p 19, "…*en primer término puede la modificación del derecho vigente ser una aspiración del legislador, cuando altos fines políticos así lo requieren. De hecho, cuando entre nosotros las gentes no conocedoras del derecho hablan de la necesidad de una nueva legislación, de ordinario lo entienden de ese modo…*"

[211] Ibidem; p 31, " …. *hasta tiempos muy cercanos a nosotros ha estado vigente en toda Alemania un derecho civil uniforme, llamada derecho común, modificado más o menos por el derecho municipal, pero establecido espontáneamente en todas partes, sin el concurso de fuerza alguna exterior. Las fuentes principales de este derecho común eran los libros Justinianeos, en los cuales el mero hecho de ser aplicados a Alemania había producido ya significativas modificaciones. Sobre esto se ha ejercitado casi siempre la actividad científica de la mayor parte de los juristas alemanes*…"

[212] Ibidem; p 44, "*.... La Revolución francesa había anulado, junto con las antiguas instituciones, gran parte del derecho civil, uno y otro más por ciega aversión a lo existente y la fantástica e insana aspiración de hacia un vago porvenir que guiada por la contemplación de un estado que se reputaba más perfecto"*

[213] ibidem; p 45, "…*Examinaremos pues aquí la parte técnica del mismo, que puede ser considerada independientemente de la revolución, como lo que contiene el derecho ya preexistente. Siendo este una mezcla de Derecho romano y de Derecho francés (Coutumes) esta parte del código no introdujo en los diferentes países de Francia sino por mitad el nuevo derecho, no siendo bien acogido en ningún sitio. Lo cual después de todo ocurriría en Alemania si se llevara a cabo una tentativa semejante…*"

[214] Ibidem; p 32, "…*en el capítulo anterior hemos puesto de manifiesto la importancia del derecho romano como modelo en los métodos jurídicos: ahora bien, su importancia es históricamente hablando mayor aún para Alemania, gracias a la relación que hay entre él y el derecho común. Sería seguramente un gran error querer restringirlo únicamente a aquellos problemas que se encuentran resueltos de un modo inmediato por aquel derecho, pues aparte de todo, el mismo derecho municipal, no es fácil de entender sino atendiendo a su relación originaria con el romano y aún en los casos en que de propósito se ha abandonado la inspiración del derecho romano este viene a ser la base y sostén del derecho nuevo, de modo que un problema que se resuelva con éste último, no puede entenderse plenamente sin el primero…"*

abundaremos en la necesaria y justa defensa ante esta crítica[215], basada en los mismos postulados de la escuela histórica. Ciertamente es en virtud del análisis del derecho verdaderamente positivo que el Code recoge las diversas tendencias del derecho en su territorio (Pays *de Coutumes et Pays de droit Ecrit*)[216]. Desde la perspectiva de la escuela histórica, esto debiera ser más un motivo de elogio respecto del Code que un motivo de crítica. La crítica sería válida sin embargo respecto de la perspectiva alemana en tanto dichas costumbres no reflejasen lo vivido "*Outre Rhin*". Sin embargo, considerando tanto la naturaleza germánica[217] de las fuentes del "*droit coutumier*" como los devenires de ambos códigos civiles (Napoleón y alemán) desde la perspectiva del siglo XX, estas críticas de la escuela histórica debieran matizarse aún más, considerando tanto las verdaderas fuentes materiales e históricas del Code como la trascendencia del mismo aún en diversos países de tradición romanista. Es claro que los legisladores napoleónicos conciliaron distintas realidades jurídicas pre existentes[218] en el Antiguo Régimen, respetando una visión integral e integradora[219] de todas ellas. Es claro igualmente que el Code incluye varias instituciones nuevas, derivado de la perspectiva revolucionaria burguesa cuyos principios consagra y legítima. Es claro también que el cambio de paradigma jurídico que se basa en la razón y en un método de abstracción y generalización, tiende a simplificaciones y esquemas totalmente nuevos. El paradigma de la igualdad ante la Ley, fruto de la revolución y postulado

---

[215] F. Laurent; Príncipes de Droit Francais, Paris, 1878, Librairie A. Maresq, Aine, Tome Premier p 31 "… *les auteurs du Code avaient un autre difficulté a vaincre. Ils voulaient donner a la France une legislation uniforme. Mais comment établir l'unité et l'harmonie entre deux droits aussi differents que les lois romaines et les coutumes? Portalis répond " Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, una transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unite de système et sans choquer l'esprit général*…"

[216] F. Laurent; Opus Cit; 28 y 29; "…. *Quand le Code civil fut discuté, on reprocha aux auteurs du Code de s'être bornés à formuler les príncipes du droit romain et de nos anciennes coutumes. Le reproche était à certain égard, un éloge. Portalis repondit que jamais un peuple ne s'était livré à la perilleuse entreprise de se séparer subitement de tout ce qui l'avait civilisé et de refaire en quelque sorte son existence*."

[217] Ibidem, p 28 "… *le Code Napoleón devint la loi de l'immense empire dont Napoleón était le chef; il fut introduit dans la plupart des petits Etats d'Allemagne, ainsi que dans le Grand Duché de Varsovie. Après la chute de la domination francaise, les allemands le repudièrent, avec trop de hâte peut être un Code qui semblait leur avoir été imposé et qui en réalité était l'expression des coutumes germaniques. Il fut maintenu dans les provinces rhénanes et dans les Royaume des pays Bas. Il régit encore la Belgique et comme il n'a pas été revisé, c'est toujours l'édition de 1807 qui est l'édition officielle*…"

[218] Portalis, opus cit, p 21 "… *que empresa la de redactar un código civil para un gran pueblo! La obra superaría las fuerzas humanas si con la misma se tratara de implantar en Francia instituciones absolutamente nuevas*…"

[219] Portalis, Opus cit, p 22 "…..*Por ello no debe jamás olvidarse que las Leyes son hechas para los hombres y no los hombres para las Leyes, que estas deben adecuarse al carácter, a los usos, a la realidad humana e histórica del pueblo para el cual son dictadas, que cuando se legisla es preciso ser sobrio en cuanto a novedades ya que, si bien siempre cabe calcular las ventajas teóricas que la invención ofrece, no es posible en cambio conocer de antemano todos sus ocultos inconvenientes que tan solo la práctica habrá de evidencia… que casi siempre más útil que cambiar las Leyes es dar a los hombres nuevos motivos para que amen las ya existentes*…."

del propio Code, rompe con el esquema de los estatutos personales, existentes desde el derecho romano y que le eran tan connaturales. Este último es sin duda uno de los tópicos más controversiales en la perspectiva Savigniana. El peso del mismo oscila sin embargo, más allá de las fobias nacionalistas Savignianas, tanto en la perspectiva jurídica que atestigua el rompimiento parcial con la tradición romanista, como en la perspectiva político económica, para la cual, la caída del Antiguo Régimen y la "imposición" revolucionaria francesa de las ideas de la ilustración, eran inaceptables.

Todo lo anterior revela sin embargo una gran paradoja[220] para efectos de nuestra hipótesis principal. Independientemente de las consideraciones políticas y culturales antes referidas, es claro que la escuela histórica abandarada por Savigny consigue rechazar al Code, después de la derrota napoleónica. En su célebre polémica con Thibaut, Savigny sale victorioso y logra retrasar la publicación de un código civil en Alemania por un siglo más y publicarlo bajo estándares distintos al Code. Como analizaremos ulteriormente, el código resultante, el BGB (por sus siglas en alemán "*Burgerliches Gezetz Buch"*), será un código de redacción mucho más técnica y refinada, elitista y de pretensión romanista, basado en las teorías historicistas pero también en la jurisprudencia de conceptos ("*Beggriffjurisprudenz*") de Bernhard Windscheid, heredero intelectual de Savigny, y verdadero responsable de la generación de conceptos que también fueron paradójicamente adoptados por el propio BGB. El eje central del rechazo Savigniano estribaba sin embargo en la consideración central de que Alemania no estaba lista para adoptar un código cuantimás si este era de origen extranjero y consecuentemente no estaba lista para asimilar sus instituciones. El derecho que surge como el idioma o la religión de un pueblo, guiado por su espíritu ("*Volkgeist"*), sólo puede ser reconocido y precisado por el legislador, más nunca impuesto por este último, menos aun cuando este es ajeno a la realidad social y cultural por ser regulada. Así las instituciones y los conceptos no pueden tampoco *verbigratia* ser elaborados y concebidos en el vacío, divorciados de la realidad social a la que dicen pertenecer y regular. Los conceptos solo pueden abrevarse generalizarse y abstraerse partiendo de dicha realidad social. El método de abstracción y generalización no puede dar *per se*, a cualquier conocimiento, un carácter científico. Si la materia prima para la elaboración del concepto no es la adecuada, el concepto nunca será adoptado finalmente.

[220] Wiaecker Franz, *A history of private Law in Europe*; foreword by Reinhardt Zimmerman, translated by Tony Wier, Clarendon Press Oxford, 2003, p 272 infra

Lo anterior es paradójico pues evidentemente, como hemos anticipado, los conceptos como es el caso de la obligación, no pueden ni deben depender exclusivamente de las características que a las instituciones particulares otorgue la legislación. Su estructura lógica y su sustento en la realidad regulada, basándonos en el método de Windhseid - *materia de análisis del siguiente apartado* - y en última instancia de Aristóteles, será fundamental. Así, cabe preguntarse si la adopción de instituciones basadas en el BGB por parte del legislador mexicano de 1928, responsable del código civil, es técnicamente sustentable, si el concepto de obligación sufre con dicho nuevo código alguna mutación de relevancia y si esto es valido juridicamente. Al efecto será necesario sin embargo entender los paradigmas que ilustran y rigen la redacción del BGB y las particularidades de la jurisprudencia de conceptos que subyace como factor central y esencial de su redacción. Será igualmente necesario entender la necesaria mutación conceptual de muchas instituciones, o el descubrimiento original de estas cuando las mismas se analizan a través de un filtro generalizador y abstracto con miras científicas y no solo a través de precedentes jurisdiccionales con propósitos pragmáticos. Será igualmente necesario entender si el prurito técnico del BGB es aceptable para pulir y decantar instituciones que en la perspectiva legislativa napoleónica no eran necesarios al carecer de practicidad y relevancia. Lo anterior nos permitirá por último concluir si en fin de cuentas estamos hablando de lo mismo en el Code y en el BGB, pero a través de dos filtros culturales distintos que parecieran auspiciar consecuentemente dos conceptos distintos respecto de la misma realidad jurídica. La polémica Thibaut- Savigny parece consecuentemente erigirse en un hito recurrente en la historia del derecho moderno y del pensamiento jurídico para ilustrar el contraste respecto de las posiciones sobre la libertad y la potestad legislativa.

### g) Recepción legislativa: la *primera recepción*.

No pretende esta investigación efectuar un análisis meramente histórico de la génesis codificadora en Francia, Alemania, así como tampoco del caso mexicano. Sin embargo es innegable que las particularidades, perspectivas y relevante trascendencia tanto del legislador napoleónico como del legislador alemán, al cual nos referiremos ulteriormente, tienen un impacto directo en la fenomenología de la codificación civil mexicana de los siglos XIX y XX, especialmente en cuanto a lo que a la teoría general de las obligaciones corresponde, en concierto

con las dos hipótesis centrales de la presente investigación y la potencial labor conceptualizadora en todos esos productos legislativos.

Es así inevitable hacer una semblanza de los rasgos principales del esfuerzo legislador napoleónico y sus consecuencias conceptuales para ulteriormente hacer lo propio respecto del legislador alemán. Lo anterior nos permitirá analizar y concluir, capítulos adelante, sobre las causas, naturaleza y consecuencias del resultado legislativo mexicano de 1928 en el Código Civil, las instituciones de la materia de obligaciones que el mismo contiene y el concepto de obligación que en consecuencia puede derivarse y se ha derivado en la dogmática jurídica civil mexicana, como hipótesis respectivamente central y secundaria de esta investigación.

Dicho lo anterior, parece en primer lugar evidente que la realidad en comento según fue reflejada en el Code respecto del universo jurídico occidental, no es otra que la realidad jurídica romana, heredada y transmitida de manera secular en Europa, desde la caída de Roma en el siglo V de nuestra era. Si bien en el caso del Code, para algunos, la influencia romana parece soslayada por la inclusión del derecho consuetudinario, de origen franco y germánico[221] de los "*pays de droit coutumier*", esto es ciertamente matizable pues, resulta innegable que esas *coutumes* gozaban igualmente de una substancial e insoslayable influencia romanista después de varios siglos de interacción y simbiosis cultural. Lo anterior muestra contundentemente el sesgo cultural y político de parte de los argumentos de Savigny en su polémica con Thibaut, al gozar dichas *coutumes* de un importante contenido alemán o sajón como claramente lo establece Laurent[222].

Paradójicamente, ese contenido consuetudinario refleja además e igualmente, los que serán ulteriormente postulados de la escuela histórica al justificar la conducta de la comisión redactora francesa para la cual, muchos de los postulados del derecho romano clásico eran ya inapropiados e inaplicables tanto en Francia como en la Europa del siglo XVIII y XIX en su conjunto. La adecuación de dichas instituciones romanas a la realidad social francesa ulterior y a los *desiderata* revolucionarios era indispensable para su trascendencia social y para su aceptación positiva. Así, el derecho de las personas o el régimen matrimonial, tanto como el régimen de las sucesiones son claros ejemplos.[223] Es importante matizar y preguntarse qué tanto ese derecho *coutumier* deja de ser romano. Lo anterior especialmente cuando la *praxis*

[221] Wiaecker Opus Cit; p 272; Cfr. con Laurent Opus Cit, p 32
[222] Laurent Opus Cit; p 32 infra
[223] Ibidem

jurisprudencial romana clásica, mezclaba claramente las normas del *ius civile* merced a la flexibilización del pretor, *–en el caso concreto del pretor peregrino–* que fue adoptando secularmente[224] en el *ius honorum*[225] instituciones exógenas al fenómeno romano quiritario clásico, con claros razgos de las culturas vecinas, conquistadas, aunque asimiladas, fenómeno este, claramente evidente en la Francia pre-Code. La génesis entre la influencia del derecho extranjero –de naturaleza esencialmente consuetudinario– vía el *ius Gentium* y la *praxis* del pretor peregrino, y la consecuente influencia en el derecho romano vía el derecho honorario, permite claramente imbuir a ese *ius commune* e igualmente a ese ulterior *ius novum*, el carácter de romano, no obstante resultar en una amalgama de derecho civil preclásico y clásico, suavizado y matizado por las instituciones que le resultaron secularmente sus afluentes[226]. *Verbigratia,* en el caso concreto del derecho de las obligaciones, si bien la base estructural del Code es considerada como una derivación de la estructura romana, la misma tiene también y esencialmente una importante influencia de origen consuetudinario franco y germano[227]. Así, dichas influencias flexibilizaron y adecuaron la realidad de la praxis clásica romana a las necesidades de un imperio multiétnico, en un territorio mucho mayor a su circunscripción cultural inicial y cuya interacción comercial con una pléyade de comunidades cuya influencia jurídica es innegable. Ese *pot-pourri* consuetudinario es claramente la fuente material más frecuente y constantemente recabada del derecho positivo por el Code y he ahí su más sólido cimiento para efectos de su trascendencia como fuente y su relevancia como punto de referencia de la dogmática académica resultante en occidente y específicamente en el caso mexicano. Con independencia de los múltiples factores de modernización y reforma, inherentes al fenómeno revolucionario del que emana y a los que nos referiremos en las siguientes líneas, es claro que la materia prima de la redacción del Code estriba en la realidad jurídica tanto consuetudinaria como escrita previa, tanto meramente romana como franca germana, etc.

De hecho, la realidad jurídica romana de la época postclásica no puede segregarse de la influencia germánica y de tantas otras culturas que se asimilaron paulatinamente, gracias al derecho honorario y en lo particular a la praxis original del pretor peregrino. No debe de ser

[224] Laurent Opus Cit; p 33
[225] D'Ors Álvaro, Opus Cit; p 68
[226] Arangio Ruiz Vicenzo, Instituciones de derecho romano, Editorial De Palma, 1952 Buenos Aires, p 30
[227] Laurent; Opus Cit, p 32 para quien "*… en apparence, la théorie des obligations et de la propriété est encore aujourd'hui ce qu'elle était chez les Romains. En réalité, quand on entre dans les détails on trouve à chaque pas, des modifications et il y en a qui sont fondementales. C'est en définitive l'élément coutumier c'est a dire germanique qui domine dans le Code Napoléon…*"

soslayada la aseveración Weberiana respecto de la grandeza del imperio romano gracias a su permanente incorporación de los elementos y culturas de los pueblos conquistados. Cabe asimismo por último referir que la unificación de esa multiplicidad de fuentes y sistemas, escritos y consuetudinarios era, varios siglos antes del proceso de codificación napoleónico mismo, un *desiderátum* de la teóricos y prácticos jurídicos en la Francia del Antiguo Régimen[228]. Como detallaremos a continuación, es en esos deseos que estriba gran parte del sello de la modernidad en el ámbito jurídico. Es así, precisamente en haber recogido estas inquietudes, dotándolas de la voluntad política universal inherente a la revolución, que radica, uno de los factores fundamentales del éxito y trascendencia en la evolución jurídica occidental del Code. Lo anterior es patente tanto en su calidad de fuente formal como de punto de referencia para la dogmática formación conceptual en los países que adoptaron el Code. Es con base en estas consideraciones que la crítica Savigniana puede facilmente entenderse y matizarse.

Más allá de todo lo anterior, lo que es innegable es que todas esas instituciones secularmente mezcladas y recogidas por el legislador napoleónico, fueron tratadas de manera general, impersonal y abstracta, de acuerdo con el sino de la ilustración y el Nouveau Régime. Lo anterior confirma que el fenómeno jurídico clásico romano casuístico e individual, si fue susceptible de abstracción y de tratamiento general e impersonal al ser contenido dentro de las normas del Code imbuidas de dichas características, más allá de sus comprensibles áreas de oportunidad. Claramente el legislador napoleónico impregnó a dicho fenómeno jurídico de elementos propios al cambio de concepción política y social implícito en el cambio del antiguo al nuevo régimen, a la ilustración y al racionalismo. Esos nuevos elementos aseguraron su trascendencia y su aceptabilidad en las nuevas circunstancias políticas, sociales, culturales de la Francia del siglo XIX y sus causahabientes. Los pseudo conceptos heredados tras varios siglos del derecho romano fueron así generalizados y transmitidos bajo la influencia de la exégesis hasta nuestros días.

Ciertamente, el Code se caracteriza también por su abanderamiento del programa político de la ilustración y la revolución francesa, sin el cual, el código no hubiera sido elaborado y publicado. Sin duda, la unidad[229] del derecho[230] y la igualdad ante la Ley resultan en un factor

[228] Lefebvre-Teillard Anne; *Les differents facteurs d'unificaction dans l'Ancien Droit*; en Audit Bernard et al; *1804-2004, Le Code Civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, Paris, p 78-85

[229] Arnaud André Jean, Opus Cit; p 55 para el cual "… *contrariamente al estado de la legislación anterior al Código, o a lo que ocurre de nuevo hoy en día, el conjunto de las reglas concernientes a una institución civil se*

central buscado por el legislador[231]. La unificación de las reglas de derecho escrito y derecho consuetudinario, por un lado. La eliminación de estatutos personales y la unificación del régimen jurídico por el otro eran factores inaceptables en el Antiguo Régimen, pese a no escasos esfuerzos de unificación[232]. La certeza jurídica de un texto que vincule por igual a legislador como al juzgador, al poder público o al particular al gozar todos ellos del estatuto ciudadano, es una métrica deseada en el programa revolucionario y alcanzada esencialmente a través de la publicación del Code, cuestión que le da la propulsión universal como postulado ilustrado, racional pero sobre todo revolucionario.[233] Esa cuestión sin embargo no es irrelevante para efectos de la consecuente conceptualización de instituciones en el comprendidas. Es de justicia mencionar, sin embargo, que dichos nuevos factores a considerar, no parecen, en retrospectiva, haber sido impuestos por un legislador obtuso. Los mismos corresponden claramente a un clamor popular propio de la época, al grado que, de su adopción por la Ley y de la consecuente elaboración doctrinal, sólo han sido marginalmente puestos en tela de juicio, en el occidente moderno. Su amalgamamiento con las instituciones pulsadas por el legislador napoleónico a lo largo del territorio francés resultó en un muy efectivo ejercicio histórico social.

Ahí, el análisis, así como la incorporación de las distintas tradiciones jurídicas existentes en Francia pre-codificada, fueron factores fundamentales, tanto para la elaboración de una materia solida como para la propulsión como parte de un programa político y vanguardista.

La priorización de la voluntad del legislador en la que el juez solo es un mensajero o portavoz, es así, sin duda, el resultado del voluntarismo y el contractualismo propios de la ilustración[234] y le representan como sus características fundamentales en el *Nouveau Régime*. Esto limitará ulteriormente la facultad interpretativa y la actividad conceptualizadora doctrinal, en virtud de los postulados de la exégesis y no obstante que su desiderata original tuviese un patronímico libertario y revolucionario[235]. Lo anterior no debe de extrañarnos al estar evidentemente vinculada con los postulados contractualistas y voluntaristas que asocian el

---

*encuentra recogido en un solo lugar y el conjunto de las instituciones civiles también. Aún más el Código civil se nos presenta como un corpus históricamente cerrado…*"

[230] Lévy Jean Philippe; La révolution francaise et le droit civil; en Audit Bernard et al; *1804-2004, Le Code Civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, Paris, p 87

[231] Laurent Opus Cit; p 31

[232] Lefebvre Teillard Anne, Opus Cit; p 77-81

[233] Laurent; Opus Cit; p 42

[234] Villey Michel, Opus Cit, 570 supra para quien: "… *le positivisme juridique, au sens le plus propre de ce mot, célebre sa victoire décisive; la loi (desormais definie comme commandement du souverain) s'installe comme source suprême du droit…*"

[235] Laurent Opus Cit; p 43

derecho legislado a la expresión de la voluntad soberana vía la asamblea representativa correspondiente. El Code ciertamente dará lugar a una praxis doctrinaria basada en la "verdad jurídica del texto" vía la escuela de la exégesis, en virtud de la cual, la gestación de conceptos parezca vincularse íntimamente con la Ley y depender de ella.

Cabe sin embargo añadir que, por lo mismo, la creación de conceptos derivados del Code por medio de la escuela de la exégesis, fue de origen, incipiente y poco técnica. Ese no era su objetivo, siendo sin embargo un resultado colateral de relevante trascendencia para efectos de esta investigación.

El derecho debía ser sencillo y tenía una función social y política, no una función técnica y dogmática. La creación de conceptos fue un efecto colateral, que no parece haber sido buscado y que por lo mismo no siguió patrones de técnica y lógica que después desarrollará la pandectistica alemana como analizaremos más adelante. Pese a su natural generalización, siguió de alguna forma la tendencia de la antigüedad, de relativa proclividad conceptual pese a su implícita naturaleza racionalista y moderna. Los pseudo conceptos, basados en esa compleja mezcla que hemos sintetizado en los párrafos anteriores, fué prolífica, pese a sus múltiples areas de oportunidad. En ella estriba lo que hemos considerado y calificado como la "Primera Recepción Conceptual" para efectos mexicanos y para efectos de la presente investigación. Abrevando en sus postulados y disposiciones, la doctrina, esencialmente guiada por la escuela de la Exégesis, elaboró los primeros pseudo conceptos básicos del derecho privado con los que se desarrolló el mismo y la doctrina consecuente en el México del siglo XIX ( especialmente en su fase tardía ) y principios del siglo XX.

En ese contexto y ya entrando en materia substantiva, el Code, pretende establecer una *tabula rasa*, propia del fenómeno revolucionario que lo impulsó, en varias de las materias reguladas. Las materias afectadas más claramente serán de entrada, la materia familiar[236] y la materia sucesoria, dentro de las cuales, los parámetros reformadores de la revolución hubiesen rechazado de lleno, la perspectiva del antiguo régimen. Este sería sin duda, uno de los más claros argumentos utilizados a la postre por Savigny en su crítica, con argumentos jurídico científicos como parte del supuesto "desconocimiento" y la alegada "falta de respeto" del legislador napoleónico respecto de la realidad jurídica histórica. Dicha crítica como ya se ha mencionado obedece en gran medida, a las fobias nacionalistas de Savigny y especialmente a la esencia anti

[236] Cfr. Lévy Jean Philippe, Opus cit; p 88-105

revolucionaria de dicho autor, respecto de la codificación francesa y sus postulados ilustrados, que a un argumento substanciado. La vigencia y aceptabilidad de los mismos ha quedado patente a dos siglos de la publicación del Code, fecha en la que la aceptación de todos esos temas, materia de controversia para Savigny, o al menos la mayor parte de ellos, han sido confirmados y aceptados no solo por la población francesa sino por la de los estados que han ido adoptando por las más diversas causas la codificación francesa y la conceptualización resultante. La materia de obligaciones verá impactada su herencia romanista de forma mucho más marginal.

La perspectiva conservadora de Savigny, especialmente en el ámbito socio económico y político y no solo sus parámetros nacionalistas era más que evidente. El fenómeno revolucionario implícito en el Code era *per se*, en su materia misma, algo inaceptable para Savigny, aunque correspondía a una realidad histórica respecto de la cual, los postulados de la revolución francesa ilustrada eran los abanderados.

Podemos igualmente referir dentro de los parámetros innovadores y revolucionarios del Code, una clara línea político-económica[237] derivada del pensamiento de los fisiócratas[238], con base en la cual especialmente la propiedad y las formas de adquirir esta adquieren un énfasis sin precedentes en el ámbito de la juridicidad[239], con secuelas jurídico-sociales claramente identificables[240]. Tanto sus detractores[241] como sus corifeos reconocen en esta perspectiva burguesa del Code, una de sus características y novedades más típicas y trascendentes en occidente[242]. Lo anterior, aunque las mismas impliquen un cambio de timón en la forma de reflejar y dirigir el derecho. En ello se reflejará la legislación de la voluntad ciudadana

[237] Villey Michel Opus Cit; p 280

[238] Arnaud André Jean, Opus Cit; p 26 en cuyo prefacio Michel Villey establece rotundamente que: "…. *No, la función del Código Civil no fue la de servir a la libertad, ni al desarrollo del hombre. Él fue sobre todo la expresión del economicismo, del utilitarismo burgués (particularmente del que profesaban los fisiócratas). En aquellos comienzos del siglo XIX se instaló la paz burguesa, equivalente de la pax romana (el imperialismo de Roma). Para los autores del Código Civil se trataba de sancionar un cierto orden tal y como habían concebido los burgueses en su ventaja y según sus perspectivas propias: un modo de vida que centraron sobre la economía. La meta es el incremento de las riquezas, que supone además la protección de las propiedades de un pequeño número, el funcionamiento de los intercambios*…" (énfasis añadido)

[239] Levy, Jean Philippe, Opus cit; p 103

[240] Arnaud André Jean, La regla del juego en la paz burguesa, Ensayo de análisis estructural del Código Civil Francés, Universidad de Sulia, 1978 Maracaibo Venezuela

[241] Cfr. Arnaud André Jean, Opus Cit; p 17, para el cual; "… *el miedo que engendró el Código es el del pequeño burgués que ha visto sus aspiraciones individualistas colmadas y quiere prevenirse contra el riesgo de perder los privilegios adquiridos*…"

[242] Arnaud Andre Jean, Opus Cit; p 16 en cuyo prefacio por Michel Villey:" …*El Código Civil ha sido concebido frecuentemente como "Código de la Libertad". Ciertamente la libertad del Código de Napoleón es el resultado de la institución de la paz burguesa a través de los medios que garantizan y perpetúan la dominación de la burguesía y su modo de vida. La libertad burguesa es el estatuto del individuo propietario y el mecanismo que protege a este contra la injusticia, el error, el desorden y sobre todo la violencia*…"

revolucionaria. Al respecto cabe hacer la misma referencia que líneas adelante, respecto de su vigencia y aceptabilidad por la sociedad occidental, la cual, a doscientos años después, mantiene en la mayor parte de los países influidos, en dos terceras parte del planeta, la estructura mental fisocrática que Napoleón reflejó en su Code. En todo caso, la perspectiva conceptual consecuente, por preliminar que fuese, tuvo una amplia y profunda recepción y asimilación para efectos de la dogmática y estructura académica ius privada, como de hecho resulta patente en el caso mexicano.

Así, para Arnaud, como para muchos otros vanguardistas que podríamos calificar de economicistas críticos del Code, éste:

> "*no es otra cosa que un mito de la sociedad moderna, la cristalización después de medio siglo de investigación por parte de la doctrina jurídica francesa de un sistema particular de reglas de comunicación, de intercambios jurídicos válidos para un grupo determinado, el suyo, y que es una micro-representación de la clase social a la que tienen obligación de servir*…."[243] ( énfasis añadido).

No obviamos referir que en la crítica sus mencionada de Arnaud, deja entreverse la incipiente formación de códigos de comunicación implícitos al fenómeno codificador que sirven de puente para comunicar la realidad jurídica romana con las perspectivas modernas derivadas del fenómeno revolucionario de pretensión universalista y las nuevas vocaciones sociales claramente representadas en la revolución francesa y el resultante Code. La formación de conceptos no parece sin embargo ser uno de los que pudiéramos identificar como objetivos claves del Code. Claramente su legado en este rubro academicista y dogmático no es tan rico como lo será el político y social. Lo anterior no permite, sin embargo, soslayar la existencia de lo que para esta investigación se califica como la Primera Recepción Conceptual, heredera *sui iuris* del fenómeno de la codificación ilustrada y racionalista francesa. Igualmente es importante subrayar que el éxito de dicho fenómeno está profundamente arraigado desde la Francia Napoleónica, en un ejercicio de análisis y reflexión de la realidad socio-jurídica a ser regulada, derivado de la praxis romanista y su asimilación de las costumbres germánicas y latinas pre existentes - *pese a la crítica Savigniana* - de muy difícil parangón.

[243] Arnaud André Jean Opus cit; p 24

Así los pseudo conceptos generados por esta Primera Recepción Conceptual serán preliminares, no obstante ser, sin embargo, un efectivo reflejo de la realidad socio jurídica occidental. Dichos pseudo conceptos encontrarán en ello, la causa de su secular y global éxito.

El éxito de estos pseudo conceptos se verá en México especialmente desde finales del siglo XIX y durante todo el siglo XX. Derivarán los mismos de una copia prácticamente textual del documento napoleónico por los primeros legisladores mexicanos - *según veremos en los próximos capítulo* - . Los mismos se enraizarán, exitosa y profundamente, en la dogmática mexicana a la sombra de los códigos de 1870 y 1884.

Serán asimismo esos conceptos los que el legislador de 1928 pondrá a prueba y pretenderá cambiar en sus afanes legislativos basados en una segunda influencia más técnica y dogmática - *el BGB* - y en postulados socializantes abanderados por la obra de León Duguit y sus seguidores mexicanos en el siglo XX. De la evaluación respecto del éxito de esa puesta a prueba por el legislador de 1928, será que podremos confirmar las dos hipótesis centrales de la presente investigación, respecto del doble cambio de paradigma del CC28. ¿Puede el legislador cambiar conceptualmente las instituciones reguladas, directa o indirectamente? ¿Es la obligación bajo el Código de 1928 la misma contemplada por el legislador de 1884, 1870, Napoleón o el *ius commune* que le precedió? Habrá descubierto, la metodología pandectística, la verdadera esencia conceptual de la obligación, mal recibida y asimilada durante los siglos precedentes? He ahí la interrogante; todo deriva para efectos del Código de 1928, de la que hemos calificado como la Primera Recepción Conceptual, materia de este apartado. La validez de las conclusiones quedará así apuntalada en las secciones precedentes.

El contenido del Code, claramente obedece igualmente a los postulados propios de la Revolución Francesa, al desarrollo socio económico de sus abanderados, pero sobre todo a sus propósitos universales. Sin duda, dentro de los factores que llevan al advenimiento de la misma, el empuje de la burguesía es insoslayable[244]. Sus postulados universalistas son igualmente evidentes. De ahí su gran trascendencia, pese a la constante crítica más económica y política que jurídica que le sigue por muchas vías. Cabe al respecto mencionar que, en ello, las críticas

[244] Arnaud André Jean Opus cit: p 50 quien con claridad crítica establece que: "… *es verdad que el código civil francés contiene las premisas filosóficas de toda la legislación burguesa. Aparece en efecto, como el resultado de una larga gestación intelectual en el curso de la cual filósofos y juristas confeccionaron un sistema jurídico que conviene perfectamente a la sociedad burguesa. La búsqueda fue europea, el Código Civil fue en un tiempo el de una gran parte de Europa, se había deseado en el periodo revolucionario, que fuera el del género humano y ha quedado algo de esto en el espíritu de los redactores, no obstante, su aparente humildad. Detrás de toda la legislación hay una moral, burguesa, individualista y estrecha*…"

parecen provenir de un espectro político totalmente distinto, lo cual abundaría en su caso como elemento de defensa respecto de la virtud legislativa de los redactores del Code que claramente habrían mediado entre muchas variables opuestas para equilibrar el escenario político económico social y jurídico de Francia. Lo anterior con el propósito de lograr que el mismo sirviese más tarde como marco de referencia universal, como efectivamente logró hacerlo.

Más allá de sus postulados, más allá de la materia prima recogida, según se ha determinado líneas antes, la revolución francesa y la codificación resultante se basó en postulados propios de la modernidad. El voluntarismo, la generalización, los propósitos universales propios de la revolución que lo impulsa son claros ejemplos de lo anterior. El método fue también parte de la innovación que permitió el éxito revolucionando la praxis anterior. La generalización y abstracción son parámetros connaturales sino indispensables para este movimiento ilustrado, en sus propósitos de igualar el tratamiento jurídico y erradicar las clases sociales, jurídicamente establecidas. La elaboración de la Ley moderna basada en la Ley natural y el racionalismo[245] no podía efectuarse por medios distintos al pretender la unicidad del derecho y la igualdad ante él. Era necesario

> "*…la elaboración de un sistema nuevo original por el doble compromiso que realizaba entre las culturas en presencia, los lenguajes en competencia. No se trata aquí en absoluto de una adquisición aislada, sino de una contribución que ofrece un carácter de sistema, un estilo de vida especifico de una sociedad determinada y tanto más importante si observamos que el legislador no pudo dejar de creer que su obra podría satisfacer las aspiraciones de todo el universo*…"[246] (énfasis añadido)

El Code amalgama pues, las distintas realidades jurídico positivas con los postulados socialmente reivindicados. A dicha mezcla, el Code brinda un proceso de sistematización propio de su tiempo, mismo que hace las veces tanto de método como de fin. Como proceso y resultado de lo anterior, el derecho es consistentemente tratado por primera vez de forma abstracta e impersonal. La racionalización y reflejo de las realidades concretas en normas generales son el producto y método de la modernidad sobre la realidad jurídica casuística e individualizada. Dicho proceso se efectúa sin embargo sobre bases sociológicamente muy asentadas y aceptadas, por lo que su publicación resulta en un éxito y pese a sus deficiencias conceptualizadoras y técnicas, permea secular y globalmente en la dogmática jurídico civil por más de dos siglos,

[245] Arnaud, André Jean; Opus Cit; p 58
[246] Arnaud, André Jean; Opus Cit; p 58

hasta la fecha. Ya nada será igual. Más allá del éxito y trascendencia evidente del Code a la que nos referimos en el presente capítulo, los postulados tradicionales del "Derecho" se verán puestos en tela de juicio o por lo menos en polémica permanente desde entonces. La legalidad y la juridicidad discutirán desde entonces en occidente como valores no necesariamente auto incluyentes. Los conceptos jurídicos, aunque aún incipientes, serán desde entonces, una característica del estudio de lo jurídico, quedando sin embargo algarete su proceso de formación por la evolución antes marcada. Las pretensiones cientificistas del derecho cambiarán de parámetro, método, elementos y objetivos. Para efectos de esta investigación es merced a todo lo anterior que, desde el Code, puede, aunque preliminarmente, hablarse de conceptos, que por más preliminares, son ya muy distantes de la realidad jurídica de la antigüedad expresada en el derecho romano, sin lograr romper parte de sus vicios lógico - conceptuales antes apuntados.

La generalización, abstracción y la consecuente formación de conceptos - *por preliminares que fueren* - es sin duda mecanismo y producto de esos parámetros revolucionarios tan propios al fenómeno del Code. El Code, sin embargo, mantiene a lo largo de toda su estructura, un lenguaje sencillo[247], lo cual redunda en su éxito. Esto no es sino como mecanismo y en virtud de su desiderata de lograr el acceso universal al derecho. Lo anterior era un propósito revolucionario insoslayable. Romper con la inercia de un derecho inaccesible para la mayoría de la población, misma que adicionalmente era regulada en atención a la clase social a la que pertenecía, era una meta connatural y le fue un fin, un mecanismo y un atributo determinante. La simplicidad de su lenguaje y redacción es asimismo comprensible al ser el primer fenómeno de su tipo, y sobre todo al obedecer su redacción a dichos propósitos libertarios frente al derecho de la antigüedad, mismo que para los autores de la ilustración era un síntoma de despotismo y desigualdad[248]. La conceptualización consecuente por medio de la exégesis, será limitada en comparación a la derivada de la pandectistica, como consecuencia de las metas perseguidas por el Code mismo.

[247] Lepointe Gabriel, Histoire des institutions et des faits sociaux (987-1875); Editions Montchréstien, Paris, 1956, p 987 para el cual "… *il est inutile d'insister longuement sur la valeur de ce Code au point de vue de la forme, le Code est un modèle de clarté et de précision; les redacteurs, practiciens surtout, évitaient les formules abstraites et théoriques, ils ont employé un langage simple, ils ont voulu un texte facile à lire à consulter, à appliquer et à interpreter; Stendhal admirait cette littérature concise et simple*…" ( énfasis añadido)

[248] Lepointe Gabriel, Histoire des institutions et des faits sociaux (987-1875); Editions Montchréstien, Paris, 1956, P 987; "…. *Quand au fond, les rédacteurs n'ont pas voulu faire une oeuvre originale et neuve, ni oeuvre scientifique et doctrinale; leur codificaction s'aparente plus aux codificactions réalistes du XVII siècle francais ou du temps de Justinien qu'à la codificaction scientifique un siècle plus tard – en 1900 – du Code Civil allemand*…"

Ciertamente es insoslayable que el Code tuvo que generalizar y abstraer. No hubiera podido ser publicado de otra forma pues sus afluentes filosóficos, políticos, sociales y jurídicos parecían irrefrenables al efecto. Sin embargo, el proceso de abstracción para efectos conceptuales es preliminar por no decir primitivo y resulta marginal ante el prurito de simplicidad propio de un producto regulador que se pretende sencillo en tanto instrumento de equiparación social revolucionaria. El contexto político y social parece primar sobre el filosófico, conceptual y técnico. Asimismo partiendo de la realidad casuistica romana, poco hará para filtrar sistemáticamente sus procesos y productos conceptuales.

Así, sin dichos mecanismos y productos la realización de los *desiderata* revolucionarios de la ilustración y el racionalismo - *pese a sus deficiencias sus mencionadas* - no hubiera sido posibles. Ahora bien, la vinculación de los mismos con los parámetros y *desiderata* cientificistas que usufructuarán más tarde la escuela de la exégesis y la doctrina civil consecuente es innegable. De ahí las reflexiones antes vertidas sobre las cuales es fundamental deslindar al fenómeno generalizador propio de la modernidad y la ilustración que caracteriza a la legislación, de la posibilidad de crear conceptos al vacío, sin reflejar la realidad de la praxis jurídica social positiva, nipasar por un proceso lógico conceptual. De ahí también la importancia de las reflexiones anteriores tendientes a considerar en la Ley una, pero no la única o primigenia, fuente material de información para la formación de conceptos jurídicos en la actualidad.

Cabe al respecto referir sin embargo y pese todo lo anterior, que en el fenómeno codificador francés y el consecuente pensamiento exegético, la reflexión del derecho romano, su estudio y análisis fueron un factor fundamental en la redacción[249] y serán igualmente relevantes en la ulterior perspectiva doctrinal. [250] De la misma manera, al ser dicha reflexión del derecho romano tardío, un reconocimiento de la realidad social por regular, el éxito estaba garantizado, paradójicamente anticipando los postulados de lo que su principal detractor - *la escuela histórica* - desarrollará en su contra.

En opinión de muchos, lo anterior es insoslayable, especialmente en materia de obligaciones y contratos, a causa de la reflexión e influencia romanista[251]. De ahí colegiremos

[249] Gautier Pierre Yves; *Sous le Code Civil des Francais: Rome (L'Origine du Droit des Contrats)* en Audit Bernard et al; *1804-2004, Le Code Civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, Paris, p 51 - 54
[250] Ibidem; p 40
[251] Pese a los comentarios de Laurent antes transcritos cabe mencionar al efecto a Arnaud André Jean, Opus cit., en cuyo prefacio Michel Villey menciona que: "…. *Así como el Código Civil aspira a erigirse en modelo para la organización social, la tarea cuasi general en el estudio del Código parece consistir hoy en privilegiar la teoría de las obligaciones en detrimento de las otras materias del Libro III (de las diferentes maneras de adquirir la*

ciertas consecuencias y conclusiones de mayúscula relevancia para efectos de nuestra hipótesis principal. Ciertamente la generalización propia de la codificación napoleónica en materia de obligaciones respetó la estructura casuística y los patrones descriptivos del derecho romano. Esto fue ulteriormente replicado con peculiar identidad por la doctrina civilista francesa exegética y de la doctrina influida por el Code, de donde lo accidentado de algunos de sus conceptos. Así gran parte de los conceptos derivados del Code, son semejantes en grado de confusión a las descripciones o códigos de comunicación de la doctrina romanista de la época clásica y sus primeras replicas justinianeas y medievales. –Al respecto, este será el elemento de análisis primario del tercer capítulo de la presente investigación en el que contrastaremos el texto del CC28 vs. sus antecedentes mexicanos de 1884 y 1870 y ambos vs. el contenido del Code Napoleón. Lo anterior nos permitirá confirmar si efectivamente el Código de 1928, abanderó un doble cambio de paradigma al redefinir, mediante artilugios en la regulación respectiva, el concepto de obligación que sus antecedentes mexicanos y francés habían consagrado, basados en esa realidad iuris romana a la que nos referimos aquí. Lo anterior nos permitirá confirmar igualmente, cuáles fueron sus razones políticas y sustentos técnicos–.

En todo caso, lo anterior es altamente ilustrativo de la influencia del derecho romano - *espejo de la realidad social por regularse* - en la codificación napoleónica, especialmente en materia de obligaciones y contratos. Lo anterior es igualmente ejemplificativo de lo preliminar de los conceptos y lo poco técnico-lógico de su elaboración. Lo preliminar de sus conceptos es una consecuencia natural de los desiderata del legislador napoleónico, que parece presentar más propósitos políticos y revolucionarios que dogmáticos. Causa no obstante, lo anterior, de su exitosa implementación en una Francia en plena evolución del antiguo régimen al nuevo pasando por un sistema imperial y su ulterior aunque rápida y efectiva expansión universal por más de dos siglos. De ese éxito se desprende su ulterior tratamiento como verdad jurídica de naturaleza universal, pese a sus "deficiencias técnicas".

El BGB buscará en contra, como veremos más adelante, propósitos más dogmáticos en virtud de su origen elitista y academicista auspiciado por la escuela histórica y la jurisprudencia de conceptos. Los conceptos resultantes de la expansión del BGB parecerán mucho más técnicos.

---

*propiedad). En relación con este punto, Carbonnier ha escrito: "… el derecho romano, afirmaban ciertos dogmáticos, sobre todo el derecho romano de las obligaciones, tiene la perpetuidad de los teoremas de la geometría, pues posee el mismo carácter racional. La geometría no cambia, el derecho de las obligaciones no puede transformarse pues el derecho romano ha dado de una vez por todas, la geometría euclidiana de las obligaciones "*…" (énfasis añadido)

Sin embargo, su expansión y aceptación internacional será mucho más modesta. Paradójicamente los propósitos de cada codificación y las doctrinas correlativas darán pie a resultados predecibles por el público al que serían destinados y las peculiaridades de sus preceptos. En el caso del BGB, los conceptos serán evidentemente mucho más consistentes desde la perspectiva dogmática y lógica, tal y como analizaremos en su oportunidad. Al respecto cabe mencionar, por último, que la relevancia de ambas tendencias adquiere una relevancia medular para efectos de nuestra investigación. Ciertamente es demostrable - *como se verá en el siguiente capítulo* - que amén otras consideraciones de índole política en el fenómeno post revolucionario mexicano a principios del siglo XX, la redacción del Código de 1928, sigue en gran medida patrones replicados del BGB y la jurisprudencia de conceptos, lo cual redunda en esta gran paradoja histórico, jurídico cultural que apuntala nuestras hipótesis de trabajo.

Así, el Code, como producto del racionalismo europeo[252], plantea dentro de sus propósitos de forma identificable el antecedente Altusiano, y Cartesiano. Los postulados tanto de Wolff y Puffendorf así como de los enciclopedistas es igualmente innegable. La vocación y manifestación sistémica es evidente. El eje principal del Code estriba en su origen y vocación revolucionaria y universal[253]. Claramente el Code tiene parámetros y propósitos de sistematización y racionalidad científica moderna. Su influencia para la formación de conceptos jurídicos del mundo moderno, es innegable. Su éxito global y secular hacen prueba patente de ello. Cabe hacer un balance interino sobre cuáles fueron las causas de su éxito, no solo como fuente formal del derecho sino como mecanismo para la elaboración conceptual.

Así, haciendo un primer análisis del Code, pareciera este inclinarse más hacia su programa político, lo cual a la postre parece constituir la razón primordial para su éxito universal y secular[254]. La hábil mano del grupo liderado por Portalis al conciliar "*coutumes*" y "*droit écrit*" junto con programa revolucionario retomado y liderado por el emperador y las necesidades técnico sistemáticas parece ser la receta de su éxito y popularidad. Lo anterior redundó en un reconocimiento de las distintas realidades jurídico sociales en existencia antes de su redacción y promulgación, con lo cual, el código no parece haber inventado el derecho sino más bien haber

[252] Wiaecker, Opus cit, p 269

[253] Wiaecker, Opus cit. p 273 para quien: "…. *In France, it was not passion for system which provided the motive force for generalization and unification <u>but revolutionnary will</u>…*" (enfasis añadido)

[254] Wiaecker, Opus cit. p 273 para quien: "…. *Thus while maintaining continuity with previous legal scholarship the French codification evinces a <u>more strongly antitraditionalist tendency</u> than those of central Europe, and this very feature ensured that the Code Civil would have a future in all nations which modelled themselves on France, specially those which saw it as offering emancipation from internal or externa oppression…*" (énfasis añadido)

reconocido y sistematizado, bajo los parámetros historicistas, el derecho existente. Los conceptos consecuentes, pese su carácter preliminar y primigenio, gozaron sin embargo de un sustento firme y real, con lo cual su éxito estaba - *paradójicamente bajo postulados Savignianos* - garantizado.

Ciertamente el propósito legislativo tanto metódico como teleológico derivado de la ilustración y la revolución, no afectó de manera esencial el contenido de la regulación, aunque si lo hará respecto de los conceptos resultantes. Lo anterior se antoja especialmente claro en materia de obligaciones y contratos. Ciertamente, como ya se ha anticipad la materia familiar y sucesoria, experimenta en el código una clara influencia del "*Nouveau Régime*", tanto por aspectos economicistas como meramente sociales. Sin embargo, los contenidos respondían claramente a un llamado de la época y la población, al grado de haber sido totalmente asimilados como parte esencial y consecuentemente dogmáticamente abstraídos de las instituciones correspondientes.

Así, la materia prima parece en todo caso, no separarse de su origen y estructura casuística, especialmente en la materia de derecho de los contratos y las obligaciones. El factor determinante en la materia prima parece ser la herencia *juris*-practica del derecho romano, cuestión que será evidente en el análisis de los "pseudo conceptos" resultantes. Los "pseudo conceptos" resultantes del Code serán en materia de obligaciones y contratos particularmente apegados a la tradición romanista, de donde partirán algunas de sus carencias, desde el punto de vista lógico conceptual.

Específicamente, en la materia de obligaciones y contratos, la masa deforme de derecho consuetudinario a que hace referencia Laurent, no puede soslayar los lineamientos propios del derecho romano[255] que recogidos en ese *droit écrit*, son igual y claramente recogidos por la comisión redactora[256]. Nuevamente la simbiosis de la rígida tradición jurídica romana quiritaria y su factor honorario flexibilizante nos dan la pauta para este éxito.

La influencia romanista y de su perspectiva casuística en los esfuerzos conceptualizadores del nuevo derecho parece afectar todos los ámbitos del derecho privado aunque es especialmente patente en materia del derecho de las obligaciones y los contratos.

[255] Cfr. Lepointe Gabriel, Histoire des institutions et des faits sociaux (987-1875); Editions Montchréstien, Paris, 1956, p 987; "… *Par contre comme il était également naturel, le droit romain l'emporte essentiellement dans la matière des obligations*…"
[256] Gautier Pierre Yves Opus cit; p 51

Consecuentemente, la gestación de conceptos - *primera recepción conceptual para efectos de nuestro derecho* - que, en la tradición europea continental y sus múltiples esferas de influencia, se deriva esencialmente del Code, al estar consecuentemente limitada al contenido de la Ley, presenta un claro indicio romanista que es a todas luces visible en los conceptos jurídicos contemporáneos, especialmente en los propios del derecho privado. La misma se nutre *ab origine* y se rige funcionalmente por el estudio del derecho romano, desarrollando una compleja vía que nos podríamos atrever a calificar como "pseudo-esquizofrénica". Ciertamente, como ya ha quedado apuntado, el derecho romano rehuía los conceptos. La exégesis pretender restringir la gestación del derecho a la Ley. La exégesis sin embargo utiliza los parámetros romanos para estudiar y dogmatizar. Al mismo tiempo el Code pretende unificar criterios, dar certeza jurídica y dotar de igualdad jurídica a todos los ciudadanos, así como romper con instituciones del Antiguo Régimen, inaceptables en la cosmogonía moderna ilustrada y revolucionaria. ¿Qué tipo de conceptos podría luego entonces elaborar la dogmática jurídica exegética? Si bien la escuela del derecho natural plantea como uno de sus propósitos más evidente la elaboración de conceptos lógica y matemáticamente sustentables[257], la realidad del contexto social francés -que congenia las costumbres con el derecho escrito, el derecho romano y los demás afluentes jurídico sociales antes descritos, junto con el programa político revolucionario- complican el sustento de la terminología conceptual resultante desde una perspectiva lógica. Esta cuestión será en su momento y en contraste rebasada por la jurisprudencia de conceptos alemana. La perspectiva programática política de la revolución francesa primará sobre las premisas iusnaturalistas teóricas que subyacen en el movimiento racionalista. Es más importante para el *Code*, ser práctico y resolver en justicia la problemática social en igualdad para todos los ciudadanos, que proveer una solución que sea lógica y técnicamente perfecta. Es más importante la génesis libertaria que la sistematización y la conceptualización, aun cuando estas se logren de forma preliminar. Es necesario ser benigno en la evaluación; el Code es el primer esfuerzo de esta naturaleza y dentro de los objetivos primarios perseguidos, todos parecen haber sido alcanzados.

[257] Wiaecker, Opus cit. p 218 para quien: "the *science of positive law took over not only the system of the law of reason but also logically enough, its method of constructing concepts. General concepts have a special methodological value in a theory which can only prove itself in the forum ofreason by the mathematical exactitude of its logical deductions. No longer was the general concept just a helpful device in particular areas, or a construct of assistance in expounding or harmonizing texts, it was the crucial symbol of Law's claim to logical order. Later exponents of the Law of Reason saw it as their ultimate task to demostrate their rules of law, a demostration which sought to emulate the logic of mathematical proof by descending in unbroken line from the general to the particular concepts…. it is no exageration to say that the conceptual jurisprudence of the nineteenth century is the true heir of this Galilean-Cartesian style of thought…*"

Lo anterior no abandona ni implica un abandono de los propósitos de sistematización propios del racionalismo y el derecho de la razón, aunque si planteará por un lado una cierta priorización de elementos revolucionarios *versus* elementos técnicos que serán adoptados y privilegiados ulteriormente[258] por las escuelas "cientificas" posteriores como lo evidencia la *Beggriffjurisprudenz* de Windscheid a la que nos referiremos más adelante. Por el otro, el sesgo del elemento casuistico original y los objetivos persguidos darán un cariz preliminar a los "pseudo conceptos" resultantes.

Será la llamada Jurisprudencia de Conceptos, que enfrentándose a una situación similar –*un siglo después claro está*– se inclinará más por una perspectiva lógico dogmatizante en la elaboración del BGB. El régimen político respectivo, los métodos y los postulados sociales del legislador tendrán mucha injerencia en ello.

Lo que es así innegable es que los conceptos de la exégesis francesa tienen una clara e íntima relación y dependencia con la Ley. Basados en premisas prácticas, socialmente sustentables en la realidad histórica se rigen por un modelo de corte romanista que no gozaba aún con plenitud de la aptitud ni la vocación plena de abstracción. He ahí el resultado en los pseudo conceptos jurídicos heredados del Code, cuyo pragmatismo es innegable pero cuya consistencia lógica parecerá incipiente. No es lo anterior sino el resultado de una muy especial vocación de distintos legisladores en distintos momentos y circunstancias, consistente con la problemática política y cultural del momento y en una distinta perspectiva del fenómeno social. De hecho, en ello radica su éxito universal y atemporal corroborable a más de doscientos años de su publicación.

Lo anterior es observable no obstante que romanistas puristas contemporáneos y/o ulteriores como sería a la postre Savigny, utilicen esto como elemento central de su crítica técnica, amén de otras consideraciones.

Paradojicamente cabe mencionar que la materia de las obligaciones en el Code, es considerada por muchos, en conjunto más como una materia de contenido germánico[259] que

[258] Lepointe Gabriel, Opus Cit, p 986

[259] Wiaecker Franz, Opus Cit; p 272 para quien, "…. *Obligations. …. Like the Prussian ALR and the Austrian ABGB the Code Civil includes within the law of property or the Law of things, the whole patrimonial law and the like, the ALR places succession and obligations under the heading "Acquisition of Ownership", while weakening the requireement of delivery to such an extent that contract and conveyance coincide. This last is a hallmark of French Law. The Code Civil is also like the ABGB in restricting itself to private law, though without the doctrinnaire General Part of the latter (Book Three, 'Common Provisions'). As to the content, <u>one can see the effect of practical reason, that is, of the empirical an historical factors which entered natural law thinking at this late stage</u>. This is so*

romano, mientras que el BGB pareciera en esas voces, tener un contenido mucho más de origen y perfil romano que germánico[260]. Esa discusión deja entrever que el éxito del Code, genera como siempre que se presenta un fenómeno exitoso, "*el reclamo de muchos padres*". No debe perderse de vista que el Code logró amalgamar ambas tradiciones para ser exitoso, de la misma manera que el derecho romano amalgamó instituciones propias de la ciudad antigua y del ulterior imperio universal, gracias a la versatilidad de su dicotomía civil-honoraria. En cualquier caso, lo que parece evidente es que más allá de debates técnicos y de origen de la materia obligacional, el Code establece como postulados esenciales y principales[261] la libertad contractual y de empresa, la igualdad ante la Ley, la seguridad jurídica transaccional y el fin del régimen feudal mediante la centralización e igualdad jurídica a través de la Ley[262]. En este el punto, para el efecto del cual nuestra ulterior comparación entre el régimen obligacional entre el Code y el BGB, podemos anticipar que las perspectivas y desiderata del legislador napoleónico eran diferentes. Este estaba más orientado a la praxis, era menos dogmático, más revolucionario, aunque siempre basado, especialmente en la materia de obligaciones y contratos, en los textos del derecho romano transmitidos por vía Justinianea e imbuidos de la secular simbiosis con las tradiciones y culturas jurídicas francas y germánicas de naturaleza consuetudinaria propias de la realidad foral. Su propósito consiste más en cambiar al mundo – *aunque reconociendo ciertas prácticas jurídicas* - que en organizar dogmáticamente el conocimiento jurídico. El derecho civil napoleónico pese a su contenido romanista se inclina más por los fines políticos[263], la regulación pragmática[264] y la revolución jurídica que por la dogmática cientifizante que ulteriormente abrazará la jurisprudencia de conceptos. No por ello podía prescindir el Code y la exégesis de formar

---

*espcifically with regards to the 'droit coutumier', for the draftsmen redily resorted from the Coutume de Paris. In the result 'Roman' Law appears to be rather less in evidence in the French Code than in the German BGB of 1900, which will only seem paradoxical if we are silly enough to suppose that 'Roman' Law is something alien while Frankish and West Frankish Law somehow belongs to us*…" (énfasis añadido)

[260] Cfr; Laurent Opus Cit, p 32 infra.

[261] Wiaecker Franz, Opus cit; p 273 para el cual: "…*the tendency is predominantly antifeudal, egalitarian and centralizing, and it is this which gave the Code its general international appeal and caused its triumphal progress round the world in the ninetheen century…"* (énfasis añadido)

[262] Wiaecker Opus Cit; p 273 para el cual; "…. *In truth however, the tendency is predominantly antifeudal, egalitarian and centralizing and it is this which gave the Code its general international appeal and caused its triumphal progress round the Word in the nineteenth century*…" (énfasis añadido)

[263] Wiaecker Franz, Opus Cit; p 273 in fine para el cual la labor unificadora del código parece ser el objetivo y resultado primordial.

[264] Cannata Carlo Augusto, Opus Cit; p 185 para el cual: "…. *La técnica legislativa empleada para la redacción del código civil destaca por su aspecto práctico, la precisión y la claridad de sus enunciados normativos, así como por el abandono de toda pretensión moralizante, con el objeto de dotar al contenido de un carácter jurídico más riguroso. Todo ello contribuyó enormemente a la singular fortuna del Código Civil*…" (énfasis añadido)

conceptos - incipientes que fueran - y generalizar. No puede así dejar de considerárseles - *pese a sus múltiples detractores y sus mencionadas deficiencias* - como el verdadero parteaguas de la doctrina jurídica civil en el occidente continental. Los conceptos jurídicos civiles de la actualidad occidental de origen continental tienen una esencia y origen Napoleónicos innegables. Basta al efecto referir, con la trascendencia evidente para la hipótesis de la presente investigación, el concepto contemporáneo de obligación, mas comúnmente aceptado - materia esencial de análisis de esta investigación-. Esa relación jurídica entre dos sujetos por la que uno está facultado para exigir de otro una determinada conducta de dar hacer o no hacer que el segundo esta constreñido a efectuar, tiene claramente una vinculación con el resultado programático del Code consistente en hacer asequible el derecho a todos los ciudadanos en forma rápida y efectiva. Independientemente de las carencias conceptuales y lógicas que esto puede presentar es claro que el propósito de propagación universal del contenido del derecho ha sido un éxito del Code desde 1804 en cuatro sino todos los continentes. Baste visualizar lo anterior para evidenciar la trascendencia del esfuerzo conceptualizador derivado del Code.

No podemos ciertamente, en virtud de todo lo anterior, considerar que la recepción legislativa francesa y sus manifestaciones doctrinales satelitales y ulteriores carecen por completo de pretensiones científicas y de características de abstracción propias de la modernidad. No podemos tampoco disociarla de su influencia romanista. Cannata claramente establece que será el ánimo de sistematización, la marca de los juristas modernos que influyeron en la redacción del Code. Esto es claramente transmitido a la doctrina exegética ulterior. Basados en los asertos de Altusio y Cujacio antes referidos, la obra sucesiva de Pothier y Domat y Dumoulin por citar solo a los más destacados, tiene como propósito central la sistematización[265] del derecho casuístico que tan mal sabor de boca dejaba para efecto de los paradigmas revolucionarios, en el antiguo régimen. Lo anterior, en virtud de su esencia caótica por individualizada, y pese a su apego a los parámetros justicieros del derecho de la antigüedad. El tema estriba en entender que más allá de esa vorágine cientificista de lo que Wiaecker calificará como el derecho de la Razón, la codificación francesa se ve alimentada por corrientes de corte político revolucionario cuya influencia en el producto final parece tener un mayor peso. La racionalización metodológica es insoslayable. Por más que los parámetros revolucionarios y de simplificación de la "cosa jurídica" parezcan inclinar la balanza en su favor, el método y los

[265] Cannata Carlos Augusto, Opus Cit; p 178

propósitos imprimen igualmente un sello de vocación y *desiderata* cientificista que son innegables.

Es importante también considerar así que este es el primer y sobre todo el más efectivo y trascendente esfuerzo de generalización y abstracción del derecho en Occidente, por lo cual, y especialmente considerando el *momentum* tan peculiar que le tocó experimentar, es debido reconocer su gran y espectacular valía.

No es ciertamente comparable el universo jurídico occidental antes y después del Código Napoleón. El cambio de paradigma es evidente y con el mismo un sinnúmero de efectos más positivos que negativos, mismos que habrá que analizar uno por uno en su contexto especifico. En todo caso el logro del legislador napoleónico es un verdadero parteaguas en el desarrollo jurídico de occidente.

Lo mismo es aplicable especialmente en la teoría general de las obligaciones como un logro incomparable en la historia del derecho que logrará conceptualizaciones abstractas y generales de instituciones jurídica concretas, por preliminares que fueren. El avance en la conceptualización, respecto del derecho romano será de proporciones épicas. Sin embargo, considerando (i) el mosaico de elementos – *coutumes vis à vis droit écrit droit romain* y *vis à vis droit germanique* - a considerar, (ii) en el contexto de un cambio político de pretensiones universales, (iii) bajo la egida de un régimen político distinto al originalmente considerable como campeón de esta meta, entre otros factores previamente referidos, es comprensible que la meta se haya logrado – en el ámbito de la conceptualización – de forma gradual. La meta de sistematización[266], generalización y unificación del derecho y el estado se lograron. La liberación de una serie de tabúes y tradiciones no aceptables bajo el paradigma del nuevo régimen fueron asimismo implementadas satisfactoriamente[267]. El potencial de exportación libertaria se logró

[266] Cannata Carlo Augusto, Opus Cit; p 178 para el cual: " …*el resurgimiento del derecho privado romano en la fase final de las investigaciones desarrolladas según los métodos del derecho de la razón no sabría sorprendernos. Sobre todo, en materia de derecho privado, los juristas utilizaban los instrumentos conceptuales provenientes del derecho romano (contrato, pacto, obligación, modos de adquirir la propiedad, etc..) y de hecho todo el conjunto sistemático que construían sobre conceptos, aunque reexaminados, sólo podía ser romanista*. (enfasis añadido) *El defecto que molestaba del derecho romano que molestaba a los juristas de derecho natural residía en la ausencia de sistemática o más bien de todo orden en las fuentes romanas*. (énfasis añadido) *Ello dio lugar a varios intentos de sistematización influidos una vez más por las fuentes romanas y que consistían sobre todo en una revisión de la división romana en ius quod ad personas pertinet, iusquod ad res petinet (sic) y ius quod actiones pertinet, que los juristas del derecho natural conocían an través de las Instituciones de Justiniano ( I.1,2,12) que la habían adoptado*…"

[267] Wiaecker Franz, Opus Cit; P 270

igualmente como lo atestiguaría cualquier censo de códigos civiles contemporáneo[268]. El cambio en instituciones que ameritaban una revolución regulatoria como era el derecho de familia, la tenencia de la tierra y la "consagración" de la propiedad privada conforme a los patrones fisiocráticos se consolidaron plenamente. Los paradigmas socio económicos revolucionarios burgueses del movimiento fisiocrático que consagran a la propiedad individual se alcanzaron ampliamente, al grado de convertirse en objeto de referencia y crítica permanente por escuelas económicas ulteriores. Esos eran sus objetivos principales.

La doctrina civil de origen europeo y corte continental, gira desde 1804 esencialmente alrededor de la obra codificadora napoleónica. La influencia universal de dicho nuevo paradigma en la doctrina civil ultramarina con pretensiones científicas, pese a las deficiencias observadas, es sin embargo evidente, especialmente en México. Sin embargo, dicho efecto parece ser colateral, pues la cientifización es uno de varios objetivos o resultados, pero no es el central de la revolución francesa y de su Code. Más importante resultó para el legislador del Code el programa político y la simplificación del derecho que la pureza de los conceptos que del mismo pudiesen desprenderse.

Evidentemente esas metas político jurídicas fueron privilegiadas por el legislador napoleónico, respecto de las metas cientifizantes y conceptualizadoras que alcanzará más plenamente la codificación racional alemana un siglo más tarde alimentada por la Jurisprudencia de conceptos, cuyo efecto sin embargo será evidentemente más profundo aunque consecuentemente de mucho menor escala o extensión. La *Beggriffjurisprudenz* será claramente un producto puramente científico, elitista, cuyos métodos y metas no pretendían, pero en ningún caso podían evidentemente tener los mismos efectos, cuestión que es claramente visible ante el análisis de ambos fenómenos desde el siglo XXI.

Pese haber soslayado la pretensión conceptualizadora, el esfuerzo del Code no es menor, como no lo es tampoco su estruendoso y universal éxito. Los conceptos derivados de la exégesis padecen como lo hemos subrayado de ciertas premisas metodológicas y teleológicas *prima facie* contradictorias. Sin embargo, es de justicia atribuir un crédito adicional a los encargados de esta obra mayúscula. Más allá de sus deficiencias los conceptos arrojados por la dogmática resultante del Code han sido fácilmente implementados no sólo en Francia sino en varios continentes[269] y con efectos secularmente constatables. Evidentemente, la capacidad de abstracción y

[268] Wiaecker Franz, Opus Cit; p 275
[269] Wauters et al, Opus Cit; p 152 y 153

generalización del legislador Napoleónico conjuntada con la sensibilidad para recoger y reconocer la realidad jurídica positiva pre codificación y la sencillez de su redacción fue inigualable. Los conceptos resultantes, han demostrado ser muy efectivos en la regulación civil de una pléyade de culturas alrededor del planeta. Lo anterior confirma que los propósitos políticos y sus métodos pragmáticos fueron privilegiados sobre los potenciales efectos científicos colaterales con gran eficacia para sus fines. Lo anterior no evitó sin embargo que las doctrinas consecuentes – *verbigratia* la Exégesis- considerasen su producto como epítome científico al cual era necesario acogerse casi de manera religiosa.

No es ciertamente factible pensar y pretender que esos conceptos pudieron válidamente crearse en plena independencia del caso concreto analizado por el jurista romano del derecho clásico. Ahora bien, es evidente que su formulación no es tampoco directamente y exclusivamente atribuible al fenómeno jurídico romano clásico. Su recepción es el resultado de interpolaciones y derivaciones medievales, renacentistas y modernas que siglo tras siglo fueron acumulando el aluvión heredado de la *praxis* del jurisprudente romano clásico. Sin embargo lo relevante radica en que, del fenómeno practico y concreto romano sus-mencionado y a través del tamiz codificador revolucionario y sus parámetros generalizadores abstractos, juris-unificadores y libertarios, se gestaron ulteriormente – *tras de muchos años y siglos en algunos casos* - conceptos como el de contrato, prenda, persona, compra venta, propiedad, etc... - *unos más consistentes y otros más contradictorios* - . Con ellos, la práctica a lo largo de todos los continentes y más de dos siglos después perdura, haciendo eco de las palabras de Napoleón en su destierro en la isla de Santa Helena.[270]

Es en ese primigenio fenómeno casuístico, - *vinculado al caso concreto y ajeno a la sistematización, conceptualización y abstracción*, que los primeros legisladores modernos se basaron para emitir reglas generales abstractas e impersonales de donde se verificó la primera recepción conceptual de esos "pseudo conceptos".

Dicha conceptualización sólo será plenamente alcanzada, bajo parámetros lógicos, sino un siglo más adelante con la multirreferida jurisprudencia de conceptos y los esfuerzos cientificistas de Ihering. La conceptualización propia del Code implica un salto cuántico respecto de la realidad jurídica de la antigüedad. Su nítida reproducción del fenómeno casuístico, su

[270] Wauters et al, Opus Cit; p 159

trascendente sencillez[271] y su capacidad objetivamente compiladora de la realidad positiva[272] solo son comparables con la gran visión que le permitió conjugar dichos factores con los propósitos libertarios[273] y revolucionarios[274] que le llevaron a un éxito universal[275]. Sin embargo y pese a los esfuerzos y propósitos de las escuelas satélites como lo fue la exégesis, los propósitos cientificistas del Code parecen opacables por la pureza científica propia de la codificación alemana un siglo después. Cuestión que no debe tomarse sin ponderar en todo caso su importancia. [276]

Antes de la codificación Napoleónica, el racionalismo y la potencialidad conceptual y sistemática de sus corifeos ya existe en el universo filosófico y algún alcance tendrá en el ámbito jurídico[277]. Sin embargo, no es sino con la publicación del Código Napoleón que dicho potencial conceptualizador alcanza plenitud y trascendencia para efectos meramente jurídicos y especialmente para los propósitos de nuestra investigación. Lo anterior es especialmente cierto en materia de nuestra hipótesis central[278], pues la conceptualización ulterior tiene igualmente como afluente natural a la tradición jurídica romana, misma que se verá complementada por los usos y costumbres germánicos adicionales a los ya detectados por Portalis y sus colegas en el

[271] Lepointe Gabriel, Opus Cit; p 988
[272] Wauters et al, Opus Cit; p 158
[273] Wiaecker Franz, Opus Cit; p 273 para el cual; "….*as a Code of private law, the Code civil is of outstanding high quality-. It is superior to the two German codes of its time both in its taught and clear structure and its lucid epigrammatic language, which Stendahl tooks as a model for his own style and it is their equal in the resonableness and rationality of its rules. Its strong political and persuasion gives it an intelectual consistency and stylistic purity closer to that of the Prussian ALR based on the old idea of the state tan to that of the Austrian ABGB. The Code civil goes even further than the two German codes in that doctrinaire optimism which afflicts those with faith in the reason. In France it was not passion for system which provided the motive force for generalization and unifications but revolutionary will*….."(énfasis añadido)
[274] Wiaecker Franz, Opus Cit; p 274 para el cual; "…..*having such a code in force in the south west had a significant effect on the inhabitants attitude to law and politics and gave them a stronger sense of freedom and independence*…."(énfasis añadido)
[275] Wiaecker Franz, Opus Cit: p 275 quien claramente explica al efecto como consecuencia de los propósitos libertarios del Code que: …" *it is therefore no surprise that the Code civil had effect elsewhere in the world especially in Latin countris. It went first where Napoleon made conquests or installed relatives (Netherlands, Italy, Spain). Then it served as the model for civil and comercial codes as in Italy (1865 to 1942) , Spain (p.396) Portugal, the States of Latin America and even in Louisina – a remarkable example of continental type codifications in the United States, the same was true of Belgium, Luxembourg and the Netherlands (1838) later in the XIX century after the fall of the Ottoman Empire it was followed in the Balkans ( Romania 1865) and in the near East ( Egypt 1875-6)* …."
[276] Wieaecker Franz, opus cit, p 344 para el cual, "… *the system of positive legal science is both insulated and integrated: its very idea entails that it be free from gaps. The rules of Law themselves may have gaps in them, but given the place of concepts in the conceptual pyramid and the logical coherence of the system 'inventive construction' can be counted upon to fill any gaps in a proper manner. That is why legal science constantly refines and chamfers its conceptes until they make a perfect fit with the system*…" (énfasis añadido)
[277] Wiaecker, Franz Opus Cit; p 270
[278]Ibidem

derecho Franco, pero especialmente tratada y canalizada a través de lo que Windscheid calificará de método científico, emulando su ascendencia Savigniana. El catalizador del BGB y su elevada conceptualización es sin duda el Code, con el cual la verdad casuística romana, adquiere parámetros modernos de generalización y sistematización como ejemplarmente lo resume Wiaecker[279].

Es insoslayable que el pensamiento jurídico de los siglos XIX, XX, así como del incipiente XXI, en sus diversas vertientes y acepciones vinculadas y dependientes de la Ley como fuente primigenia del derecho, tiene como punto de partida esa "*apropiación del derecho por el estado*" [280] tan vilipendiada por Grossi y Villey.

Ciertamente, la regulación que el Code da a las obligaciones ha tenido una trascendente vigencia sirviendo como plataforma para la elaboración doctrinal consecuente.

En primer lugar, como menciona Laurent las instituciones de las obligaciones en el Code, tienen más materia consuetudinaria, derivada de los "*pays de coutumes*" que del derecho romano recibido de los "*pays de droit écrit*".[281] Lo anterior de alguna manera nos permite un primer acercamiento de la relevancia de la regulación de las obligaciones en el Code. Ciertamente y más allá de la influencia de las instituciones escritas y heredadas del Corpus Iuris Civilis y trasmitidas doctrinalmente por Domat y Pothier[282] entre otros, el Code recoge la praxis transaccional y jurisprudencial de la sociedad sin hacer distingos en razón de su origen.

Por el otro lado en la materia de obligaciones, es claro según Arnaud[283], que el Code recoge ciertos principios de índole estructural y trascendentes que le dan una validez atemporal. Según narra Arnaud, las obligaciones en el derecho romano, permeadas e influidas por la práctica del pretor peregrino y la eficacia del derecho honorario, gozan de ciertos principios estructurales de "rigor matemático" que las hacen ciertas en todo tiempo y lugar. El derecho

---

[279] Ibidem

[280] Arnaud André Jean, *La regla del juego en la paz burguesa, ensayo estructural del código civil francés*, Traducción de Brigitte Bernard, Universidad de Zula Maracaibo Venezuela, 1978, p 55 para el cual, "*.... contrariamente al estado de la legislación anterior al Código o a lo que ocurre de nuevo hoy en día, el conjunto de las reglas concernientes a una institución civil se encuentra recogido en un solo lugar y el conjunto de las instituciones civiles también. Aún más el Código civil se nos presenta como un corpus históricamente cerrado...*"

[281] Laurent, Opus Cit; p 32 infra.

[282] Cannata Carlo Augusto, Opus Cit; p 185

[283] Arnaud André Jean, *La regla del juego en la paz burguesa, ensayo estructural del código civil francés*, Traducción de Brigitte Bernard, Universidad de Zula Maracaibo Venezuela, 1978, p 19 para el cual, "*... el derecho romano de las obligaciones tiene la perpetuidad de los teoremas de la geometria pues posee el mismo carater racional. La geometría no cambia, el derecho de las obligaciones no puede transformarse pues el derecho romano ha dado de una vez por todas la geometría euclidiana de las obligaciones*...." (énfasis añadido)

romano y en lo particular el derecho de las obligaciones claramente sigue parámetros lógicos de origen Aristotélico que le brindan validez universal y amalgaman diversas instituciones satélite.

Ahí la verdadera razón combinada de su éxito secular y universal en materia de obligaciones, así como el de las secuelas dogmatizantes y cientifizantes. Para estas, el código y su abstracción son el punto de partida para la generación de conceptos. Pero esta abstracción no se dio por generación espontánea. Recogió como se ha mencionado tanto tradición consuetudinaria franco- germánica como escrita romana. En ambas, pero especialmente en esta última, la influencia lógico Aristotélica ab-origine es visible. Ciertamente sería necio pretender que dicha praxis transaccional y jurisprudencial de la sociedad tal y como fue recogida según menciona Laurent, no se encontraba *per se* ya imbuida de un contenido romanista[284] y de las particularidades lógico-axiomáticas en materia de obligaciones. Como ha quedado evidenciado, la praxis del pretor peregrino amalgamó las viejas instituciones del derecho civil con las de las múltiples culturas jurídicas con las que Roma coexistió. El *ius gentium* y tanto paralela como ulteriormente el *ius honorum* reflejó costumbres y precedentes romanos como en el caso concreto también hizo lo propio con elementos jurídicos francos y germanos. Lo anterior conlleva a que dichas instituciones del derecho de las obligaciones, de entrada, no implicaron una imposición sino un reconocimiento del *ius commune* que fue gestándose desde la caída de roma a lo largo de Europa con elementos de los distintos orígenes y que pueden según la voz inclinarse por un origen o tradición o por otro.

Por lo mismo sin duda las instituciones plasmadas por el Code, representaban una generalización y abstracción de la praxis forense y transaccional previa, expresadas por conductos y lineamientos lógicos. Todo lo anterior garantizó que fuesen tan fácilmente acogidas y esparcidas por occidente.

Aquí es relevante mencionar, que la ubicación de dichas prácticas y el tratamiento que se les dio correspondió a los propósitos y características político revolucionarias de la burguesía francesa que alienta y empuja la codificación en los albores del siglo XIX[285].

Es innegable igualmente que el desarrollo de la escuela de la exégesis y sus excesos consecuentes surgen igualmente de esa tarea legisladora que por primera vez en occidente busca no solamente compilar precedentes sino por primera vez y con vocación universal, establecer

[284] Cannata Carlo Augusto, Opus Cit; p 185

[285] Arnaud André Jean, Opus Cit, p 11, prologo de Michel Villey para el cual, "… *la sistematización del Código no excluye in embargo una metodología francamente moderna, sobre todo cuando se trata de rendir pleitesía a valores que la instauración de la paz burguesa había convertido en exigencias ideológicas*…"(énfasis añadido)

reglas generales abstractas e impersonales que valgan independientemente de lugar, cultura y tiempo, en razón de las particularidades revolucionarias antes mencionadas.

Cabe apuntar ciertamente que la escuela de la Exegesis desarrolló desde la publicación del Código Napoleón una novedosa manera de entender derecho y de como definirlo y trabajarlo. El fenómeno es innegable. El derecho en occidente adquiere tintes completamente distintos a los del Antiguo Régimen a partir de la publicación del Código. Como ya se ha mencionado, el juez deviene "la boca de la Ley" y el derecho parece no tener más necesidad de contenidos para ser considerado y concebido como derecho. Forma deviene fondo y la cultura occidental de la juridicidad parece evolucionar hacia la cultura de la legalidad alejándose de la *desiderata* antigua por el fenómeno justo que solo se da en la experiencia casuística e individual. Así el prurito seguido por el legislador es práctico y no teórico ya que el Code no pretendía arrancar una ciencia o desarrollar elementos para un conocimiento científico. El Code pretendía cambiar el parámetro de la regulación civil social e impulsar la reforma social imbuida en la revolución francesa y sus principios. Claramente logró y excedió con mucho sus metas. Esta evolución de fuentes formales se dará independientemente de las falencias en la gestación de conceptos, según lo previamente expuesto.

Al respecto, las críticas de Villey y Grossi son comprensibles cuando se tiene claridad sobre la evidente superioridad cualitativa, así como de la natural mayor amplitud del fenómeno jurídico respecto del fenómeno legal. Sin embargo, la aparición de la república representativa francesa, con postulados universales y cimientos racionales, constituyen la piedra angular del desarrollo del derecho occidental en los siglos XIX y XX, a partir de la cual todo parece cambiar.

Para efectos de nuestra investigación esto adquiere una relevancia inusitada. Ciertamente es a partir de entonces que los conceptos parecen derivarse de la Ley y esta última parece adquirir cualidades nunca antes vistas. Es asimismo a partir de esta etapa del desarrollo jurídico occidental y continental que el derecho piensa de manera constante en conceptos, independientemente de su pureza metodológica o del consecuente efecto de desprecio con fundamento inconsciente de naturaleza estadística, por los productos de otras fuentes que han aparentemente perdido la plaza frente a la Ley. El elemento casuístico es soslayado y la generalización legal e impersonal deviene la fuente natural por regla general tanto del derecho que adquiere tintes formales como de la doctrina respectiva y derivada.

Siendo que el proceso formal de elaboración de la norma permanece, el factor esencial -*en esta tendencia exegética y iuspositivista-*, independientemente de las características del contenido de la misma, el derecho parece trasformado y renacido de las cenizas de un proceso completamente distinto al utilizado en los diez y ocho siglos precedentes. De ahí se desprenderá una tendencia dogmática para derivar los conceptos jurídicos esencialmente de lo estatuido por la Ley. Esto adquirirá mayores alcances cuando las tendencias cientifizantes del derecho asimilen esencialmente a la Ley el factor que dará seguridad y certeza a los conceptos que a su amparo se desarrollen. Efectivamente parece que es avanzado el siglo XIX, cuando la dogmática jurídica liga de manera cuasi total, la generación del concepto jurídico al contenido de la norma legal emitida por los poderes constitucionales resultantes del fenómeno revolucionario racionalista de la Francia del siglo XVIII. Posición nominalista claramente anticipada por Ockham según narra Villey[286], esta tendencia desvirtúa por completo la esencia de las fuentes originalmente consultadas y la gestación de todo concepto que le fuese asociado. Cansado de las fuentes de autoridad, el derecho formal y la doctrina se voltean hacia las fuentes de razón expresadas en las fuentes formales.

Asimismo, será este nuevo paradigma, el que siente las bases para trastocar los mecanismos naturales para la formación de "conceptos jurídicos", asociándolos a una regla general que no necesariamente refleja las particularidades esenciales de cada figura. Efectivamente sin bien el Código Napoleón constituyó el parteaguas de la historia del derecho en occidente, su éxito puede bien ser considerado igualmente en ciertas perspectivas para efectos de nuestra investigación, su mayor defecto. Ciertamente a partir de 1804, parece ya ser una verdad evidente y "científica" para muchos que los conceptos jurídicos deben sustraerse y derivarse del resultado legislativo. Sin duda el derecho legislado representa una variable fija con parámetros constantes. Se pretenderá la fuente por excelencia. El derecho fuera del sistema legislativo no será derecho, como se hereda desde Hobbes y el voluntarismo consecuente[287]. Así, el derecho objetivo no define instituciones, pero es sin duda del contenido del mismo que según la doctrina

[286] Villey Michel, Opus Cit, p 270

[287] Villey Michel, Opus Cit, p 612 para el cual, según Hobbes: "*.... le droit n'est pas deña philosophie, il ne depends pas des docteurs et des écrivains, 'a multa librorum lectione non dependet'. Hobbes s'acharne contre les books of philosophy attitude qui ne surprendra pas d'un philosophe aussi prolixe. Qu'on se tourne plutot vers le prince. ' it is not wisdom but authority that makes a Law'....' it is the King that makes the laws'. Le droit es statute et non coutume, non jurisprudence. Et rappelons nous que la décision royale ne peut pas etre injuste, puisque les sujets ont par avance reconnu sa valeur par le pacte. ' ...There may indeed in a statute law made by men be found iniquity, but no injustice...'...*" (énfasis añadido)

exegética e ius-positivista, las definiciones y conceptos pueden e incluso deben de derivarse y conformarse. Sin embargo, el espejismo es evidente. La generalización propia de la Ley, parece invitar a deducir de la misma, los conceptos dogmáticos del derecho.

Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, el contenido de la Ley y los conceptos que le resultasen no se forman por generación espontánea. Lo anterior les restaría toda independencia y autoridad jurídica e inclusive científica. El giro hacia las "fuentes de razón" tan afanosamente buscadas en el Nuevo Régimen, tiende desde Hobbes a volcarse en un voluntarismo para el cual, pretenden algunos, no hay límites. Formalmente, parece que el legislador no tiene límites y consecuentemente los conceptos que de su trabajo se derivasen, serían *per se* validos y precisos. Gran parte de las ambigüedades de la realidad forense e intangible se subsanan con la referencia a un factor cuya permanencia da la seguridad de pretensión científica tan propia de la modernidad. Es evidente la relación y dependencia de esta tendencia, con las perspectivas nominalistas y voluntaristas de los siglos previos[288]. Sin embargo, como hemos anticipado esta tendencia parte de un concepto que parece *prima facie* equivocado. Efectivamente, la generalización propia de la Ley tiene las ventajas "científicas" de la abstracción de que carecía el derecho antiguo, su perspectiva forense y las "fuentes de autoridad".

Sin embargo, es no imposible legislar exitosamente “al vacío”. Como se ha mencionado, de acuerdo con la escuela Histórica, la legislación para ser exitosa parte y reconoce una realidad efectiva[289]. Emulando el éxito del derecho romano, es aún en el ámbito moderno, solo es reconociendo la realidad jurídica pre legislada, que el código Napoleón, imbuido de racionalismo e ilustración pudo establecer reglas generales, abstractas e impersonales que trascienden en varios continentes y más de doscientos años después[290].

Vale reiterar que el derecho romano en su aplicación y extensión a lo largo de varios siglos y continentes, se amoldó, amalgamando y adoptando los sistemas jurídicos de las civilizaciones que fue conquistando[291]. En otras palabras, si bien no legislaba, el derecho romano si reconocía y recogía, a través de la practica del magistrado[292] en turno y el jurisprudente, la

[288] Ibidem p 614
[289] Savigny, Friderich Karl Von, *Textos Clásicos*, estudio preliminary de Agustín Squella, UNAM Mexico, 1981, p 38
[290] Lepointe Gabriel, Opus Cit, p 988
[291] Kunkel Wolfgang, Opus Cit., p 83
[292] Kunkel Wolgang, Opus Cit., p 90

realidad jurídica como lo haría un legislador ilustrado moderno y prudente. No imponía reglas exógenas ni dispares a los pueblos conquistados. Lo mismo sucederá con el legislador Napoleónico. Tanto Premeneau como Portalis evidenciarán pese a las carencias metodológicas, al derecho casuístico pre-código, la importancia del derecho histórico previo. Ciertamente la labor legisladora de estos titanes fue a tal grado efectiva en el análisis y la aprehensión de la realidad jurídica francesa pre- legislación, que el código fue implementado sin mayor sobresalto y lo ha sido durante más de dos siglos, sin que sea puesto en tela de juicio, independientemente de los distintos regímenes políticos del más distinto perfil y raigambre. Imperio, regreso de la monarquía, republica, segundo imperio, etc.… ninguno de los distintos perfiles políticos pretendió el cambio legislativo respectivo de forma estructural.[293] Solo marginalmente y con ciertos parámetros de índole política dicho fenómeno ha sido puesto en discusión afectando raramente la estructura básica de las instituciones cuantimenos las relativas al derecho civil.

Ciertamente ni la evolución política ulterior, ni la evolución social y cultural de dos siglos, ha sido suficiente para erosionar sino marginalmente, la estructura legal conformada y formalizada en 1804[294]. Evidentemente existen capítulos y artículos que han sido renovados pero la esencia de la regulación en la mayor parte de las instituciones permanece incólume[295]. De la misma manera es claro que una buena parte de la perspectiva jurídica liberal del Code ha sido puesta en entredicho a principios del siglo XX y que algunas modificaciones relevantes han sido alteradas en la reforma de inicios del siglo XXI, mismas estas últimas, que no analizaremos.

La obra de Duguit[296] a la que con mayor detalle nos referiremos ulteriormente siendo tan relevante para efectos del derecho civil en México y en lo especifico para efectos de nuestras hipótesis centrales de trabajo será muestra viva y patente de esto. Ciertamente, en el caso francés, la "*remise en cause*" del Code, paradójicamente, se ha manifestado más en el ámbito jurisprudencial que en el legislativo. En el caso mexicano como veremos esta puesta en

[293] Lepointe Gabriel, Opus Cit, p. 988

[294] Arnaud Andre Jean Opus Cit; p 52 para el cual "*... cualquiera que sea la amplitud de las reformas introducidas en el transcurso de los años, no se trata en realidad sino de recubrimientos sin consecuencia respecto esencial sobre la concepción general de la obra. El contenido de las instituciones tomadas individualmente, sin duda ha progresado. Pero estos progresos sucesivos se han cumplido en el interior del sistema concebido en 1804. Se debe más bien considerar las diversas adaptaciones progresivas como vacunas que han por el contrario inmunizado cada vez más profundamente el corpus inicial...*"

[295] Lepointe Gabriel Opus Cit, p 988

[296] Cfr. Duguit Leon, traducción de Carlos G. Posada, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código Napoleón*, Editorial Heliasta Buenos Aires, 1975, 268 pp., misma que analizaremos en detalle a lo largo de los dos siguientes capitulos en relación con esta afirmación.

entredicho de los parametros fisiocráticos del Code y sus causahabientes, es uno de los factores fundamentales de la publicación del CC28 y del doble cambio de paradigma, hipótesis central de esta investigación.

Ahora bien, la coincidencia entre ambos sistemas tiene además una faceta mucho más ilustrativa para efectos de demostrar nuestra segunda hipótesis, materia de este primer capítulo. Ciertamente para efectos de su reconocimiento de la realidad social y jurídica francesa, el legislador napoleónico centró su análisis en los precedentes y casos que la praxis forense francesa - *de inspiración híbrida* - le legó durante varios siglos, así como en los elementos de derecho escrito de origen romano, ajustándolos de acuerdo con particularidades político jurídicas del momentum, tal y como ya se ha mencionado. El trabajo consuetudinario y casuístico de Pothier y Domat, son, según narran todas las fuentes, la savia abrevada por el legislador napoleónico para redactar las reglas generales abstractas e impersonales formalizadas en 1804 y que fueron impregnadas e impulsadas con el contenido revolucionario ilustrado .

Así cuando Napoleón introdujo los mismos de manera general en el territorio francés, no impuso un derecho distinto, sino esencialmente sólo una *forma distinta*, por lo menos en gran parte de los territorios que conquisto en los finales del siglo XVIII y los albores del siglo XIX. Lo mismo cabe referir respecto de la implantación del código en los años posteriores del siglo XIX en otros continentes, donde, si bien resultaba en una implantación de un derecho exógeno, los postulados lógico universales de Aristóteles, la "geometría euclidiana" a la que se refiere Arnaud restaron importancia al carácter extranjero y permitieron una positiva implementación que dura más de un siglo después en territorios que aparentemente no tienen nada en común desde la perspectiva social primaria. No podemos obviar que el otro factor insoslayable de éxito en esta empresa radicó en la simplicidad de su lenguaje. Admirada por propios y extraños, la redacción del Code es una redacción simple, que no pretende tecnicismos ni clasificaciones abigarradas. Su propósito es meramente regulador, no dogmático como lo serán a la postre los fines de la pandectística y la codificación alemana.

Así, para efectos de la generación de conceptos en el ámbito del derecho civil como eje rector de la presente investigación, es la simbiosis entre el voluntarismo legislativo (como pretendida fuente primaria del derecho a partir del Code) y los excesos de algunas escuelas doctrinarias consecuentes - exégesis- , lo que ha permitido y permite que sea del Código Napoleón y de sus causahabientes que se desprendan una pléyade de "pre-conceptos" jurídicos,

independientemente de la validez de los mismos en cuanto su método de creación e independientemente de lo incipiente de su consecuente estructura.

Estos que hoy son aceptados de manera prácticamente universal en el ámbito jurídico occidental de origen europeo continental, casi como dogma de fe, derivan de la pretensión y éxito universal de los postulados del Code a los que ya nos hemo referido. El Code combina pues, casuismo romano y lógica aristotélica - ambos de cariz anticonceptual - con parámetros de modernidad expresados por la generalización y abstracción propias de una Ley revolucionaria destinada a igualar a los sujetos ante la Ley y un lenguaje poco técnico y de fácil lectura. Ante el éxito del Code el resultado doctrinario radica en "conceptos" que pese a sus deficiencias son aceptados de manera practicamente universal en los países de tradición civilista escrita. Son conceptos que privilegian la agenda política del Code, la Revolución Francesa y el Imperio Napoleónico. Por ello muchos de ellos presentan, algunas precariedades y carencias desde la perspectiva técnica, propios a su forma de gestación y aunque ello no les reste en forma alguna sino que abunda en su éxito y la aceptación. El Code sirve claramente de puente entre el mundo antiguo y la modernidad. La publicación del BGB evidenciará sin embargo sus deficiencias logico conceptuales en virtud de sus distintos objetivos, metodos y contexto.

En nuestra opinión es precisamente esa transición dentro de la modernidad, la que permite la herencia de conceptos derivados de la realidad procesal concreta cuyo único propósito es la comunicación entre técnicos y el desarrollo de sus funciones para la solución de conflictos, hacia un fenómeno jurídico occidento-continental que ha privilegiado las fuentes legislativas (bajo postulados epistemológicos positivistas).

Podemos así encontrar en lo anteriormente descrito, el fundamento para considerar para algunos, que a partir de la publicación del Code, el derecho solo debe o incluso solo puede o generar conceptos derivados del producto legislativo, como culmen del fenómeno de abstracción y generalización necesarios para lograr dicho producto. Al erigirse en verdadero parteaguas del derecho y del derecho civil, el Code da lugar con su éxito a pretensiones académicas y epistemológicas, (i.e. la exégesis), para la cuales la formación conceptual derivada de la propia Ley, le es una consecuencia natural y necesaria. Sin embargo, las particularidades *–lenguaje simple, origen casuístico, pretensiones más políticas que técnicas–* que dieron lugar al éxito del código son las mismas que imprimen en sus conceptos derivados, sus mayores áreas de oportunidad.

En efecto ante el avasallador empuje de la legislación como fuente primigenia del derecho, la dogmática jurídica occidental contemporánea y en especial la mexicana en el ámbito civil considera como una petición de principio la formación de conceptos como una derivación de la manifestación legislativa, misma que en el ámbito civil es a la postre una copia fidelísima del Code. El positivismo tanto como movimiento filosófico per se, así como el ius positivismo en el ámbito estrictamente jurídico han tenido tal efecto que la simbiosis entre el derecho y la Ley, parece alcanzar efectos indestructibles sino es merced al efecto decantador del tiempo. Las objeciones de Grossi y Villey a la pretensión de expropiación del fenómeno jurídico por el estado legiferante encuentran ahí su blanco de ataque y crítica. La doctrina civil mexicana es al efecto una muestra palpable como analizaremos en los próximos dos capítulos - tanto en la réplica del Code para la redacción y publicación de los primeros códigos civiles como para la elaboración de conceptos en el ámbito doctrinal, basados esencial o primigeniamente en el articulado resultante, convertido prácticamente en dogma de fe.

La abstracción legal implícita para la formación de los conceptos jurídicos podría *–y sujeta a no reducido dilema–* ponerse en todo caso, en tela de juicio por (i) su segregación del caso concreto, así como (ii) los potenciales u omnipresentes tintes y afluentes políticos connaturales a la abstracción implícita en el fenómeno legal, (iii) por la carencia de autonomía que le brindase consecuentemente veracidad y "legitimidad científica" -al quedar estrechamente vinculada a procesos de naturaleza política y (iv) por lo que pudiera calificarse de pobreza técnica al seguir patrones de simplificación lingüística tendiente a facilitar el acceso y la equiparación ante la Ley.

El tiempo que corre desde la codificación justinianea de carácter meramente compilador y aún casuístico, hasta la generalización y abstracción napoleónicas denota entre ambos hitos un salto cuántico que usufructúa, (valga la expresión), la praxis jurisprudencial romana y su causahabiente iuscommune europeo durante varios siglos cristalizandola en pre-conceptos generales abstractos e impersonales, que pese a su carácter incipiente y preliminar, han tenido como se refiere anteriormente un impacto universal. La validez de dichos conceptos, no puede sin embargo atribuirse exclusivamente a ninguno de los dos. El fenómeno forense –llamémosle judicial - y la abstracción legislativa son ambos indispensables. Su labor fue evidente y absolutamente simbiótica para que los conceptos resultantes, por incipientes que fuesen, pudieran trascender y ser recogidos durante varios siglos y a lo largo de varios continentes.

No es claro sin embargo en que parte del proceso secular antes descrito se formaron los pre o pseudo conceptos de acuerdo con la acepción moderna que a este hemos atribuido. Parece evidente su asociación al fenómeno legislativo napoleónico en virtud de sus características racionalista, susceptible de abstracción y naturalmente impersonal, pero como se ha referido líneas antes, muy especialmente en virtud de las particularidades políticas y universalistas del fenómeno revolucionario francés y con las deficiencias que esto les implica.

Sin embargo, en aras de la pureza técnica de los conceptos resultantes, tampoco pueden atribuirse totalmente a esta segunda parte del fenómeno, pues dejaríamos sin esencia jurídica a los mismos, restringiéndolos a la mera estructura formal que los condenaría rápidamente por su falta de conexión con la realidad tal y como ya se ha mencionado. En ello estribará la gran valía de la que hemos llamado segunda recepción conceptual, misma que analizaremos en el siguiente capítulo. Bástenos a estas alturas recapitular que la primera recepción conceptual, derivada del Code es el resultado dogmático de una praxis legislativa que parece muy atinada al recoger y reconocer la realidad jurídica forense *–en los llamados países de tradición oral y escrita–* y aunarla a las pretensiones revolucionarias ilustradas del siglo XVIII en Francia a través de un lenguaje llano y claro. El esfuerzo hubiera sido pírrico sino se hubiera encauzado por las pretensiones libertarias y universales de la revolución francesa generando como consecuencia natural una escuela de pensamiento que amen muchas críticas que le pueden ser aplicables, no hizo sino reaccionar con el estupor y la admiración natural ante un nuevo paradigma del fenómeno jurídico. En ello, el fenómeno de la codificación extrapolará las ventajas y mecanismos de abstracción, generalización y despersonalización de la ilustración y el racionalismo, sobre los viejos escenarios casuísticos romanos y germánicos dotados de ciertos elementos de lógica aristotélica en sus estructuras, con lo que asegurará - *tal vez involuntariamente*- su éxito secular y universal. En ese esfuerzo del primer intento, el producto tendrá un eco secular y universal, pese a deficiencias que sólo se identificarán con más claridad ante la codificación Alemana y las consecuentes escuelas.

### h) Recepción conceptual: la “segunda recepción”.

#### 1. La ilustración y la codificación francesa.

Nos hemos ya referido a la inexistencia e incluso de la incompatibilidad del derecho antiguo con la formación de conceptos. Hemos igualmente visto como la abstracción conceptual, inherente al

racionalismo y a la modernidad va paulatinamente decantando esta frontera formulando algunos e incipientes conceptos a partir de la edad media, alejándose del contexto jurídico clásico. Hemos constado como esa génesis abreva sin embargo en la esencia lógico del proceso casuístico romano y como las costumbres, de múltiples etnias y culturas fueron progresiva y gradualmente pulsadas en este fenómeno que confluye con la codificación napoleónica a principios del siglo XIX. En este proceso hemos por último constatado como el fenómeno legislativo y codificador napoleónico abreva en todas esas realidades positivas y pese a no estar esto dentro de su programa político y sienta las bases para una primera incipiente pero muy exitosa gestación de conceptos dogmáticos basados esencialmente en la experiencia legislativa, vía la escuela de la Exégesis y en datos duros de origen casuistico propios del *ius commune*. En ello hemos dejado patente los postulados revolucionarios que lo impulsaron. Las ideas rectoras de la codificación priorizan así la propagación popular del derecho en el contexto de la ilustración en detrimento de la pureza terminológica o técnica. Esto no es accidental y no afecta su resultado universal, su eficacia práctica, su gran aceptación y la sencillez de su lenguaje publicitada por propios y extraños. La propagación del Code es el verdadero parteaguas en la historia del derecho privado y público. Nada será igual en el occidente continental, como tampoco en gran parte de oriente, merced a la propagación de los postulados revolucionarios plasmados en el Code. El derecho pretende cambiar así de imagen y refleja gran parte del contenido positivo que le precedió y al que ha canalizado mediante métodos novedosos propios de la razón.

A todo lo anterior es que para efectos expositivos hemos llamado la "primera recepción" conceptual especialmente para efectos de nuestro tema, respecto de conceptos en materia de obligaciones. El término alude evidentemente a las recepciones del derecho romano, pero más específicamente pretendemos identificar a la primaria elaboración de conceptos derivados de la recepción del derecho romano y su lógica procesal, "anti concepto". Lo anterior patentizado vía la expresión legislativa paradigmatica del Code y de su propagación exegética por Francia como epítome de las libertades civiles en los siglos XIX y XX.

Sin embargo, en ese esfuerzo correlativo a la primera recepción conceptual, como ya hemos referido, la pureza técnica de los conceptos resultantes es soslayable y fue natural e implícitamente sacrificada en aras de la simplicidad y la defensa de los postulados revolucionarios que el Code recogió y postulaba. La pureza técnica no es su prioridad ni su más emblemática característica. Paradójicamente parece en ello estar más cerca de la realidad

procesal casuística e individual del derecho romano. El derecho se codifica para el pueblo y en ese proceso, la sencillez del lenguaje es clave. En ello radica su éxito pero para efectos de la presente investigación en ello radica también un área de oportunidad que solo se verá complementada con lo que hemos calificado como la segunda recepción conceptual vía legislativa, correspondiente a la gestación de conceptos derivada de la pandectística y la *Beggriffjurisprudenz.*

En la primera recepción conceptual, como se ha planteado en las secciones precedentes, los conceptos se derivan del código o incluso en ocasiones, se plasman en el código. El legislador no pretende una pureza conceptual. De hecho, muchos de los conceptos, al derivar de situaciones prácticas de la más distinta procedencia, no son ni pretenden ser decantados técnicamente. La conceptualización parece seguir siendo *para* el Code - *igual que para su émulo jurídico romano a seguir* -, un mero efecto e instrumento accidental, no un propósito. En ello será más bien la escuela de la exégesis la que pretenderá desarrollar conceptos a partir del sus mencionado Code, cayendo en ciertas inconsistencias conceptuales de las que anticipábamos líneas arriba el origen y respecto de las cuales efectuaremos el análisis puntual líneas más adelante.

## 2. La codificación alemana.

### 2.2 La escuela histórica.

La codificación napoleónica es así la primera exitosa codificación con efectos universales. Sus objetivos y métodos adquieren en conjunto una efectividad sin precedentes ni paragón. Sin embargo, esto no es sin detrimento *–a lo que para efectos de esta investigación podríamos llamar en retrospectiva–* de una pureza conceptual. Efectivamente, la redacción y manejo del fenómeno jurídico prioriza la sencillez idiomática como ejercicio pleno de los postulados revolucionarios que la iluminan y propulsan. Así, el Code se vuelve rápidamente en objeto de críticas, en primera instancia por la reflexión jurídica alemana en sus distintas vertientes decimonónicas. En lo particular en lo referente a su primera andanada: la Escuela Histórica. No obstante ello, nos referiremos específicamente a esta, pues de las críticas que vierte hacia el fenómeno codificador napoleónico, si bien en muchos casos son injustificadas y derivan *–en nuestra opinión–* de sesgos nacionalistas y fobias de Savigny, las mismas si denotan elementos técnicos importantes que ayudan a entender las estructurales diferencias entre el fenómeno

codificador napoleónico y el ulterior movimiento codificador alemán, así como los distintos efectos que han tenido en occidente, con implicaciones fundamentales para esta investigación.

Dentro del nacionalismo y el romanticismo alemán se desarrollará especialmente al comenzar el siglo XIX una reacción ante la intervención extranjera esencialmente de origen francés - napoleónico - en el ámbito jurídico. Como parte y en medio de este fenómeno, Savigny desarrollará los principios de la que se calificaría como la Escuela Histórica. Para esta, la esencia del fenómeno jurídico no puede, en voz de Savigny, derivarse exclusivamente de la actividad legislativa. Esta debe primariamente de abrevar y basarse en la costumbre[297] y en la realidad positiva de la sociedad a la cual pretenda regular. En consecuencia, la legislación no es ni debe pretender ser, para Savigny una actividad juriscreadora autónoma y todo poderosa[298]. La doctrina y la jurisprudencia, guardan igualmente para Savigny una importancia medular al ser elementos fundamentales que ponderan y decantan los excesos que partiendo de la legislación abstracta contaminan la realidad jurídica positiva e histórica. Ambas, jurisprudencia y doctrina deben de referirse al derecho mismo, no solamente a la Ley. De hecho, deben de guardar respecto de la Ley una prudente autonomía. El *Volkgeist* permanece en el fondo de la legislación y la jurisprudencia es el custodio que verifica que el mismo sea respetado y mantenido. Para Savigny:

> "...*la Ley no es considerada entonces como una fuente formal propiamente autónoma ni el legislador como un genuino creador de normas jurídicas. Cosa diversa, la Ley es vista como un instrumento que permite patentizar un derecho pre-existente, mientras el legislador como encarnación del espíritu popular a partir del cual ha fluido este derecho es reputado no al modo de una autoridad sino de un representante llamado a auscultar y escriturar este mismo derecho cuya génesis trasciende la creación legislativa*..."[299] (enfasis añadido)

Lo anterior anticipa lo que devendrá cien años después, la codificación alemana. Ciertamente, así como para el legislador Napoleónico, la función del legislador "soberano" es expresar la "voluntad popular" sin limites en ello, reforzando la implementación de los principios universales de la revolución francesa, para los orígenes doctrinales de la codificación alemana, el legislador solo pulsa traduce y transmite un derecho preexistente. Para Savigny el legislador solo tiene que transmitirlo con claridad. La Ley para la Escuela Histórica no tiene más función

[297] Savigny, Friederich Karl Von, Textos Clásicos, Estudio Preliminar de Agustin Squella, UNAM, México 1981, p 12
[298] Ibidem, p 9-10
[299] Ibidem p 13

que transmitir la realidad del derecho positivo que le es preexistente. La Ley no debe pretender ni puede cambiar la realidad. Esa no es una función del derecho, como no lo será tampoco del legislador que no se pretenderá omnipotente a esos efectos. Consideramos al respecto que esta perspectiva Savigniana debe subrayarse para efectos de nuestro análisis y la corroboración de nuestras dos hipótesis principales, no solamente respecto de la realidad forense reflejada en la Ley sino tambien y muy especialmete respecto de los conceptos que pudieran derivársele. En efecto consideramos que para Savigny, tanto el legislador en sus postulados como el jurista deben de observar ciertas premisas de contenido y de estructura lógica, sin las cuales, la norma y el concepto carecerían de validez. Así veremos como de la inclusión de instituciones derivadas de la Beggriffjurisprudenz y el BGB, el legislador de 1928, ilustrado por ese prurito técnico pretende dar cauce y consistencia lógica al tratamiento de las instituciones, de forma a alcanzar una pureza conceptual, que los textos anteriores de "origen y simplicidad Napoleónica" - *primera recepción conceptual* - claramente no buscaban. El motivo es *prima facie* político, aunque el resultado es técnico en paradójica oposición a lo que subyace en la codificación alemana.

Es evidente dentro de los lineamientos intelectuales de Savigny el rechazo respecto de los principios revolucionarios, política como filosóficamente imbuidos en el Code, esto, aunque en el discurso Savigniano sea especialmente patente la argumentación técnico jurídica. [300]

La manifestación más descarnada de este dual rechazo a la codificación napoleónica, tanto por razonamientos de orden político y filosófico como jurídicos, quedan particularmente patentes en la multirreferida polémica con Thibaut[301], con motivo del esfuerzo de este último para publicar en Alemania a principios del siglo XIX un código civil de inspiración francesa, como mecanismo de unidad nacional que pudiera confluir en la consolidación de Alemania como estado nación. La argumentación de Savigny es en este tema híbrida al contextualizar elementos nacionalistas con elementos técnicos:

---

[300] "*...Savigny desarrolla con cierto detenimiento la idea antes expresada en su Recensión del libro de N.Th. Goenner sobre legislación y jurisprudencia. Exhibiendo sin ambages la herida que ha abierto en él la dominación francesa y algo crispado por la atmósfera arrogante que rodeo la promulgación del Código Civil de 1804 y sus influencias posteriores en el centro de Europa, nuestro autor pone como cuestión fundamental la distinción entre despotismo y libertad diferenciando ambos estados porque " en aquel dispone el soberano ( o las personas en quienes delega ) a su antojo y de un modo arbitrario", mientras que "esta respeta la naturaleza y la historia de las fuerzas vivas de la nación". De este modo, Savigny avizora en la codificación tanto por la arbitrariedad de que nace como porque desgarra el tejido de la historia, un instrumento que puede ser en alto grado favorable al despotismo*..." Ibidem p 15

[301] Thibaut - Savigny, La codificación, una controversia programatica basada en las obras de Thibaut y Savigny; Introducción y traducción por Jacques Stern; Aguilar Madrid, 1970, 281 pp, sección Thibaut: Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania, 1814.

"*…la revolución francesa había anulado junto con las antiguas instituciones, gran parte del Derecho civil, uno y otro más por ciega aversión a lo existente y la fantástica e insana aspiración hacia un vago porvenir...*" o "*.... siendo este una mezcla de Derecho romano y de Derecho francés (Coutumes), esta parte del Código no introdujo en los diferentes países de Francia sino por mitad el nuevo derecho, no siendo bien acogido en ningún sitio. Lo cual después de todo ocurriría en Alemania si se llevara a cabo una tentativa semejante…*"- [302]

Por otro lado Savigny utiliza igualmente otros argumentos fundamentados, en postulados filosóficos de lo que debe y puede ser materia de regulación legal según la propia Escuela Histórica:

"*.... esa natural dependencia del derecho de la costumbre y del carácter del pueblo se conserva también con el progreso del tiempo no de otro modo que el lenguaje. Al igual que para este, para el derecho no hay un solo instante de reposo. El mismo movimiento, el mismo desenvolvimiento se verifica en él que en cualquiera otra tendencia del pueblo y semejante desenvolvimiento está bajo la misma Ley de intrínseca necesidad, como cualquier otra primitiva manifestación…*"-.[303]

Esta argumentación y su respectiva posición nacionalista y política con claros tintes técnicos, traduce una posición filosófica que desembocará en escuelas de pensamiento jurídico ulteriores que darán luz al fenómeno codificador alemán. Ciertamente en la elaboración de la escuela histórica queda patente el trabajo del legislador como un mero censor de la realidad jurídica histórica y positiva. Sin embargo, el derecho requiere un trabajo que permita avanzar y lograr contenidos técnicamente sustentables, por parte de científicos del derecho y que además abreven no solo en la fuente legislativa sino en el derecho en su conjunto tanto para crear derecho como conceptos. Así para Savigny:

"*... la producción del derecho a partir del "espíritu del pueblo" coadyuvada por el rol complementario y de asistencia que cabe a la legislación da paso a medida del progreso que acuse la comunidad de que se trate a una elaboración jurídica por parte de los estudiosos del derecho - los juristas - quienes a la vez*

[302] Savigny, Friederich Karl, Von; De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia, Editorial Comares, Granada, 2008 p 44 -45
[303] Ibidem; p 14

*representan al pueblo en la función de crear el derecho reelaboran este una vez formado valiéndose para ello de los métodos propios de la ciencia y en especial del método histórico*..."[304] ( énfasis añadido)

Relevante es anotar su postulado de la cientifización del fenómeno jurídico, misma que se logra paulatinamente[305] a través de los dos extremos de su praxis: Por un lado, la legislación que se basa en la realidad positiva e histórica y por el otro de mucho mayor relevancia para efectos de nuestra hipótesis, el análisis científico por parte de los estudiosos[306], dentro del cual se abrirá la generación de conceptos jurídicos[307]. Esto abre la puerta para la formación de lo que se conoce desde entonces como el conocimiento científico del derecho moderno y para el cual los postulados conceptuales puros y técnicos son fundamentales.

Ciertamente, en la escuela histórica es factible así encontrar los prolegómenos de la ulteriormente llamada jurisprudencia de conceptos (*Beggriffjurisprudenz*) mediante el trabajo científico de los juristas que abrevará sobre esa realidad histórica y positiva para dar lugar posteriormente a la codificación científica por excelencia, el BGB alemán de 1900. Este fenómeno se distinguirá del francés no solo por lo que parecerá una mucho menor dependencia de la Ley para la formación del derecho sino especialmente por su consecuente mayor deferencia técnica y científica al estudioso del derecho cuestión que le releva la mayor importancia para efectos de esta investigación. Asimismo, en este fenómeno, en oposición a lo que pasaba en la codificación francesa, será esencialmente la técnica científico-jurídica la que además de coadyuvar en la elaboración de la Ley, tendrá además libertad y responsabilidad para actuar en exceso de ella para dogmatizar y crear derecho científico (vbg. conceptos). La creación científica de conceptos que da nombre a la escuela misma, será una prioridad independiente a la legislación y dará a su vez lugar a la legislación. Los fenómenos jurídicos se invierten en orden e importancia. El derecho se dogmatiza, el Código Civi Alemán (BGB) tendrá una función mucho

[304] Savigny, Friederich Karl Von, Textos Clásicos, Estudio Preliminar de Agustin Squella, UNAM, México 1981, p 15

[305] "*.... la afirmación de Savigny en el sentido de que el derecho vive en la consciencia común del pueblo en cuato contemplación concreta de las instituciones jurídicas, se vale unicamente durante la etapa de evolución social que el autor llama "epoca juvenil" de los pueblos en la cual, la "unión nacional aún es íntima y la conciencia de la misma generalmente divulgada no empañada todavía por las diferencias de la formación individual". Esta epoca juvenil agrega Savigny es pobre en conceptos pero goza de una clara conciencia de su situación y de sus relaciones las cuales siente y vive plenamente*...." Ibidem p 15

[306] "*.... la legislación y la ciencia jurídica pasan a ser consideradas por Savigny como órganos que perpetúan 'la comunidad de conciencia' de la nación favoreciendo la pervivencia de su identidad y la continuidad de su cultura*..." Ibidem; p 16

[307] El subrayado es nuestro.

más dogmática y técnica que política. El legislador no puede para esta doctrina ignorar los méritos técnicos arrojados por la doctrina. En con base en los mismos que debe legislar pues el derecho debe primariamente ser técnico y exacto. El derecho y la Ley no dejarán evidentemente de tener efectos políticos pero la priorización de sus objetivos y desiderata será en nuestra opinión completamente inversa. Así, la elaboración de conceptos como parte de la dogmatización jurídica adquirirá una relevancia sin precedentes, lo cual evidentemente abunda para efectos de nuestra hipótesis principal, ya que los conceptos derivados de esta escuela tendrán un origen y una perspectiva radicalmente distintos a los apuntados en la "primera recepción" conceptual sus mencionada.

Nos anticipamos un poco para referir que evidentemente dicha obra merecerá una mucho mayor perfección técnico conceptual, respecto de los avances del Code Napoleón, de donde su mucho menor éxito y relevancia en sus efectos extra-muros, al tener consecuentemente un eco legislativo mundial mucho menor. Será una codificación elitista y no revolucionaria.

Para Savigny, la labor del jurista es ciertamente hibrida: por un lado apuntala la praxis y reconoce la realidad histórica y positiva, mediante su apoyo en la solución de los conflictos sociales de naturaleza jurídica; por el otro lado el jurista desarrolla los primeros ensayos literarios con base en los cuales se inicia la elaboración conceptual de la doctrina, basada tanto en el análisis de los conflictos como en el texto de la Ley, así como en la reflexión científica y abstracta[308]. La formación del derecho para la escuela histórica, además de la atenta recopilación de la realidad histórica y positiva por el legislador requiere de una actividad científica por parte de los juristas Según Savigny, esta actividad requiere de:

> "*...la localización, sistematización, y exposición comprensivas del derecho positivo - corresponde indicar que es precisamente en la conceptualización y practica de esta ocupación donde arraiga una de las más señeras contribuciones del autor al pensamiento jurídico, puesto que encontramos en su obra, si no propiamente las bases al menos algunos de los más firmes puntales sobre los que descansa el ulterior desarrollo de los estudios dogmáticos o científico jurídicos en sentido estricto. Es por ello que se ha dicho y repetido, que la obra de Savigny puede ser situada en los instantes fundacionales de la moderna ciencia jurídica...*"[309] (énfasis añadido)

[308] Ibidem; p 18
[309] Ibidem; p 19

Aquí es donde la escuela Histórica, pese a algunos de sus excesos en la crítica respecto del Code Napoleón[310], nos abre la puerta para lo que serán ulteriormente los postulados de la jurisprudencia de conceptos que dará lugar a la publicación del Código Civil Alemán (BGB-*BurgerlichesGesetzBuch*). Aquí Savigny adquiere relevancia para nuestra investigación.

Esto es lo que hemos calificado de segunda recepción conceptual, pues la realidad foral del derecho romano, transmitida secularmente es tratada por segunda ocasión. Este tratamiento es de mucho mayor relevancia, en lo tocante a la elaboración de conceptos jurídicos merced a los postulados técnicos que la acompañan.

La codificación que le seguirá, no pretenderá inventar el derecho ni revolucionarlo, sino descubrirlo y reflejarlo confluyendo así a postulados cientificos en ese reflejo ulterior. El claro rechazo implícito a las posiciones contractualistas y voluntaristas de la ilustración francesa –*tan connaturales al fenómeno de la codificación y la legislación como expresión de la voluntad popular que crea derecho*–[311], traducen no solo una perspectiva política sino también en consecuencia, un postulado dogmático respecto de lo que puede ser materia de norma jurídica y de cómo puede la ciencia del derecho considerar la formación de conceptos que le sean inherentes. El derecho se descubre[312] y consecuentemente debe de ser reflejado con inmaculada y prístina claridad y técnica, mediante la labor científica del jurista, mismo que debe de permanecer en permanente contacto con la realidad social para verificar que los conceptos creados correspondan a la misma y no permitir que el derecho se esclerotice y abandone su cauce primario en búsqueda de la perfección propia de la abstracción.[313] La abstracción propia del concepto debe derivarse de un trabajo científico, apolítico y técnicamente sustentable.

---

[310] Gierke Otto, Discurso para la fiesta conmemorativa del fundador de la Universidad de Berlin, rey Federico Guillermo III, leido en el aula de la misma el 3 de agosto de 1903, en Savigny et al, La Escuela histórica del derecho, Libreria General de Victoriano Suárez, 1908 Madrid, p 126 donde Gierke menciona que: ".... *Savigny renegó rudamente del espiritu histórico con su juicio acerca de los grandes códigos. Tan fundado como era su deseo nacido de un sentimiento patriotico de que se arrojara de la tierra alemana el Código frances, era injusta la censura que fulminó contra el Code y muy extraña la censura que le impedía ver las raíces históricas de este y sobre todo su rica herencia germánica...*"

[311] Savigny, Friederich Karl Von, Textos Clásicos, Estudio Preliminar de Agustin Squella, UNAM, México 1981; p 32 para el cual: "... *otra opinión muy divulgada afirma que los Estados se crearon por arbitrio de los individuos o sea por contrato. El desenvolvimiento de tal doctrina conduce a consecuencias tan perniciosas como erroneas (...) por ello nunca se puede hablar como aquellos autores pretenden, de la creación artificial del Estado....*"

[312] Ibidem; p 38: "... los que sostienen que solo una Ley hecha por representantes elegidos contiene verdadero derecho del pueblo incurren en la ya arriba censurada confusión de conceptos..."

[313] Ibidem; p 42: ".... *una actividad formal puramente cientifica por llevar a la conciencia y exponer cientificamente el derecho no importa el origen que haya tenido. Respecto de esta última función parece a primera vista la actividad de los juristas como dependiente que recibe su materia desde fuera. No obstante produce la forma cientifica de la materia que tiene a revelar y rematar su unidad inherente, nueva vida orgánica que repercute a su*

Así es, gracias a Savigny que el derecho tiene sin embargo como parte de su ethos vital, que adquirir tintes y vocablos con validez científica[314]. Ya no pretenderá el código ser un código libertario y cuyos postulados busquen afanosamente su expansión libertaria y universal. La validez científica dependerá *prima facie* de su balance con la realidad social de la cual parta, alejado de la cual, la ciencia jurídica podría perder su esencia vital. [315]El Código alemán será un dechado de virtudes técnicas de abstracción y dogma jurídicos, basado en la realidad foral (que valga decirlo para los autores consecuentes, estaba reflejada en el derecho romano que se consideraba positivo y vigente en Alemania). Sin embargo, los conceptos no podrán ser aproximados, deberán de ser exactos y técnicos, pues en ello estriba su *ratio essendi*. Deberán tener la formulación y precisión lógica[316] y matemática que ya había anticipado Leibnitz[317] al respecto un par de siglos antes, también en Alemania. Claramente lo anterior implicará un cambio de paradigma respecto de los postulados de la codificación francesa que le antecedió. Es así con la escuela histórica que la elaboración de conceptos adquiere una relevancia mucho mayor. El movimiento iniciado por Savigny pretenderá crear un derecho que parta de la realidad[318] pero que sea a la postre un derecho de juristas[319], dando lugar a la ulterior elaboración

---

*vez sobre la materia, de suerte que la misma ciencia da lugar inconteniblemente a una nueva especie de producción jurídica. Cúan importante y sana esta repercusión formal de la ciencia sobre el derecho puede ser, salta a la vista. Sin embargo no carece de peligros.Ya en tiempos antiguos intentaron los juristas romanos establecer formulas generales para el tratamiento de muchas relaciones jurídicas, fórmulas que se transmitieron por tradición y que recibieron fama grande y duradera .... (...) ..llama la atención sobre el peligro de la entrega incondicional a estas formulas* ...." (énfasis añadido)

[314] Berkowitz Roger; The gift of science, Leibnitz and the Modern Legal Tradition; Harvard University Press, Cambridge Massachussets and London England, 2005, p 119 para el cual: "... *Savigny's hope and his belief is that the technical element active in scientific Law ( wissenschaft Recht) will remain connected to and inspired by the political spririt of the Volk. The aim of Legal Science is to develop an artificial and technical form for the positive expression of Recht that is still shot through with life inspired insight....*"

[315] Berkowitz Roger Opus Cit; p 119: "*.... Ideally Legal science would marry the technical and political sides of Law into a harmonious whole. But realistically, the scientific approach is fraught with dangers. Its philosophical and technical qualities could lead to a stale and formalist law of abstract rules where nuances of specific cases could be lost an individual human concerns would be overriden by rational concepts...*"

[316] Ihering Rudolf Von, La Dogmática Jurídica, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1946; p 126 para el cual: " .... *no es pues una operación puramente jurídica, sino un procedimiento lógico universal, que consiste en abstraer un principio de especies determinadas y expresarlo por medio de una formula lógica y más enérgica. En otras palabras, se trata de la concentración del volumen exterior de una masa de materia jurídica....*"

[317] Ibidem; p 54: "*.... Leibnitz began to conceive of the science of ius explicitily as a system of ius shortly after he resumed his work on the Code Leopoldus in 1677. According to his systematic method, the plurality of leges must be set into such an order that the entire system can account for all possible legal matters without exception. In the system of laws, Leibnitz writes, the leges are like the stones with which we build an edifice and must be cut so that they can fit together amonth themselves without difficulty. So that no place remains empty and concerning the coordination of leges so that they do not fight one another and therefore so that no legal matter is left in doubt...*" ( enfasis añadido)

[318] Savigny et al; La escuela histórica del derecho, documentos para su estudio, Libreria de Victoriano Suárez, 1908, Madrid, p 116 - 117, para el cual: "... *la escuela histórica construyó también ideas imperecederas. Expuso la fuerza*

de sus discípulos en posiciones doctrinales cuyo purismo será mucho más radical, *verbigratia* la jurisprudencia de conceptos[320]. De la misma forma, para las posiciones germanistas ulteriores, la elaboración dogmática y técnica será indispensable, aunque derive de la realidad social a la cual pretenda reconocer y regular y en la cual se privilegie el análisis de las tradiciones jurídicas germánicas, pretendiendo distinguirlas de las romanistas.

En contra de todo lo anterior, contrasta el derecho del Code como derecho revolucionario para ser leído e interpretado por cualquiera, radicando en ello su esencia, su estructura, su misión y su éxito. De hecho, en ello se basarán igualmente las críticas a la ulterior codificación alemana como un producto elitista y técnico en demasía, en oposición a un Code Napoleón mucho más cercano políticamente a la interpretación y aplicación por el pueblo o sus representantes políticos.

Sin embargo, lo más relevante de todo lo anterior para efectos de esta investigación es que a partir del movimiento Savigniano, la generación de conceptos jurídicos[321] adquiere una importancia sin precedentes en occidente. Dicha generación se mantiene como una responsabilidad del estudioso en una relación simbiótica en la que participa tanto en la solución de conflictos individuales [322]como en la elaboración de la Ley y en la actividad dogmática y científica posterior[323], combinación de factores que pretende *ab origine* por Savigny y sus seguidores dar a sus asertos y conclusiones características científicas. Esta tendencia fue seguida

---

*originaria y el valor incomparable del Derecho consuetudinario. Hizo notar la importancia de la continuidad histórica en la formación del derecho y demostró que el derecho del presente tiene tanta más vida cuanto más solidamente se arraiga en el Derecho del pasado. Reveló la superioridad del derecho que se produce orgánicamente sobre el construido de un modo artificial y descubrió los perjuicios de la formación precipitada de la Ley...*"

[319] Savigny Friederich Karl Von, Textos Clasicos, Estudio Preliminar de Agustin Squella, UNAM 1981, p 43 para el cual: " .....*si se analiza la relación de los juristas con el poder legislativo esta brinda diversos aspectos al observador. Los juristas tienen influencia sobre la legislación sea porque el derecho del pueblo que ellos elaboran, lo mismo que el derecho del pueblo primitivo se convierte en material de la legislación, sea en atención a la cultura jurídica de las personas que en las diferentes etapas de la legislación ejercen influencia. Por otro lado los juristas trabajan sobre la Ley y son mediadores de su aplicación a la vida real. En efecto las formas libres y multiples en las cuales los juristas se pueden moverles hace posible exponer las reglas abstractas de la Ley en el contexto orgánico de la institución jurídica que no se hace directamente visible en la Ley, si bien la última partía directamente de su contemplación. El trabajo cientifico facilita y asegura a la Ley el dominio de las relaciones de la vida. La influencia de los juristas sobre el derecho positibo es por ende múltiple*...." (énfasis añadidos)

[320] Ibidem; p 18 -19

[321] Gierke Otto, Discurso para la fiesta conmemorativa del fundador de la Universidad de Berlin, rey Federico Guillermo III, leido en el aula de la misma el 3 de agosto de 1903, en Savigny et al, La Escuela histórica del derecho, Libreria General de Victoriano Suárez, 1908 Madrid, p 129 donde Gierke menciona que: ".... *así con una candida sustitución del ideal a la realidad se fingió que la jurisprudencia no hacía sino formular en conceptos más claros y acabados la conciencia jurídica del pueblo...*"

[322] Savigny Friederich Karl Von, Textos Clasicos, Estudio Preliminar de Agustin Squella, UNAM 1981; p 42

[323] Ibidem

de esfuerzos similares en la actividad gestadora de conceptos por las distintas vertientes en que desembocó la escuela Histórica[324].

Para efectos de referencia es importante al respecto enmarcar la escuela histórica dentro del fenómeno de la pandectística alemana[325] cuyo análisis *in abstractum* de los elementos del derecho romano es el método científico por excelencia. Será del análisis de las instituciones derivadas del derecho romano, con vigencia social en Alemania, que el jurista alemán pretenderá sustraer la esencia de las instituciones con realidad histórica susceptible de tratamiento abstracto de naturaleza científica para su conceptualización.

Para Savigny, el jurista debía:

> "*deducir de material histórico, que él considera como un conjunto de datos empíricamente observables, principios e instituciones generales. Esta labor convierte al jurista en centro y motor de la evolución jurídica. Rechaza la función de la legislación y por tanto rechaza la codificación*".[326]

Es merced a esa labor que el *Volkgeist* puede ser *prima facie* captado y ulteriormente sistematizado por el jurista para darle un tratamiento científico. Será Savigny como eje rector de la pandectística, quien busque que el derecho se desarrolle orgánicamente[327] alrededor de la realidad histórica verificable en las instituciones de derecho romano. El trabajo del jurista para Savigny, consiste en hacer progresar al derecho por los cauces naturales de la sociedad y la cultura de ese *Volkgeist*, como si se tratase de un idioma, sistematizándolo y dándole coherencia y técnica.

> "*...La propia historia proporciona una prueba de ello: gracias al trabajo de sus juristas y prácticamente sin intervención legislativa importante, el pueblo romano dispuso en efecto del más excelente derecho que jamás haya existido, mientras que el derecho natural, que recurrió a las codificaciones, tuvo como mejor*

[324] Gierke Otto, Discurso para la fiesta conmemorativa del fundador de la Universidad de Berlin, rey Federico Guillermo III, leido en el aula de la misma el 3 de agosto de 1903, en Savigny et al, La Escuela histórica del derecho, Libreria General de Victoriano Suárez, 1908 Madrid, p 129 donde Gierke menciona que las tendecias germanistas rechazaban de pleno la teoría de la recepción, aspirando a reconstruir "*...con su propio espiritu los institutos de derecho patrio a otorgar su propia substancialidad a los conceptos jurídicos alemanes* ...."

[325] Wiaecker, opus cit, p 341: "*.... despite what was suggested in the programme of the historical school and notwthstanding the many individual contributions its members made to legal history, most of its intellectual effort was devoted to the construction of a science of private law. It mutated into Pandectism, so called after the title of its typical textbooks*...."

[326] Wauters Bart et al, Opus cit, p 163

[327] Cannatta Carlo Augusto, Opus cit; p 203

*resultado el ALR (al que Savigny consideraba superior al Code Civil) que tanto por su forma como por su contenido, es, sin embargo una autentica pocilga...*"[328]

El rechazo total al derecho natural, la codificación y la representatividad popular de índole revolucionaria, es connatural al propósito técnico central de Savigny, la escuela Histórica y la pandectística. No es casualidad que la generación de conceptos abreve en la Ley para la ilustración francesa, debiendo por contra abrevarse en la realidad consuetudinaria y foral para la pandectística en paralelo al análisis legal. No debe sorprender que los conceptos de la pandectística pretendan un mayor rigor científico y que los conceptos derivados de la Exégesis pretendan ser mucho más accesibles. No debe sorprendernos así, la mayor y más rápida expansión de la influencia del Code con pretensiones libertarias, respecto del BGB y la pandectística que no pretenden ser sino un fenómeno de élites técnicas y científicas. Para la pandectística en esta segunda recepción conceptual, el derecho no puede generarse de arriba hacia abajo, vía representantes sino que debe pulsarse de la sociedad por el trabajo practico de los juristas para ser ulteriormente sistematizado y dogmatizado también por el trabajo de los propios juristas, que se convierten en eje rector del derecho, en su responsabilidad práctica como en su dogmática.[329] Esa recolección de la realidad jurídica lo era sin embargo, primariamente todo para la escuela histórica. El trabajo científico era un complemento de esa recolección de la realidad social reflejo del *Volkgeist*. La sistematización no debía alejarse de la misma. Los devaneos ulteriores de la propia pandectística y de la codificación alemana no parecen haber sido tan caros a la posición original de Savigny.

### 3. La jurisprudencia de conceptos.

Para efectos de esta investigación, es referencia obligada desembocar después de todo lo anterior, en la jurisprudencia de conceptos, la *Beggriffjurisprudenz* desarrollada primariamente por Rudolf Von Ihering y Bernhard Windscheid, este último como epítome estructural de la pandectística. Sin duda alguna, de todas las escuelas que siguieron a Savigny[330], la Jurisprudencia de Conceptos es la que releva mayor relevancia para efectos de nuestro estudio.

[328] Cannatta Carlo Augusto, Opus Cit; p 204, citando a SudeLey para el cual la palabra "pocilga" no aparece en el Vom Beruf, sino en una carta privada (1816) de Savigny a Arnim; cfr. Wiaecker Opus Cit, p 334 (sic - por ser edición distinta a la utilizada por el presente)
[329] Savigny Friederich Karl Von, Textos Clasicos, Opus Cit p 18 -19
[330] Dentro de las cuales no pueden soslayarse los esfuerzos de Puchta ni a Ihering que según Karl Larez, proveen a Windscheid de buena parte de su argumentación y técnica.

Ciertamente, siguiendo y privilegiando el desarrollo de la línea cientificista de Savigny[331], Windscheid considera que el derecho y posteriormente más precisamente el derecho legislado y por último más precisamente el derecho civil codificado, debe de seguir y elaborarse con base en premisas científicas estructuradas alrededor de los conceptos jurídicos como un sistema[332].

La elaboración de conceptos, que da, no por coincidencia, su nombre al movimiento es el eje rector de la escuela Windscheidiana. Sin embargo, todo empieza tiempo antes de considerar la codificación alemana. El proceso central de la pandectística y ulteriormente de su fruto más extremo con Windscheid estriba en la cientificación del derecho[333]. Abrevando en las ideas de Leibnitz de un par de siglos antes, el propósito central del movimiento *–que revela ahí la gran importancia para nuestro estudio–* es la de tratar al fenómeno jurídico como una ciencia positiva, en la que la creación de las reglas del derecho, así como su aplicación sean exclusivamente derivadas del sistema, de los conceptos y principios doctrinales.[334] El sistema es omnicomprensivo y cerrado. Los conceptos y su formación forman una parte medular de la escuela. Por lo anterior, para Wiaecker la pandectística y la jurisprudencia de conceptos pueden ser clasificadas como positivismo jurídico científico, mismo que es sin embargo importante distinguir del positivismo legal al que la referencia se ciñe al texto legal, no a la pertenencia lógico conceptual como parte del sistema[335].

Ahora bien, en cuanto a la pandectística y la ulterior jurisprudencia de conceptos, como segmento más evolucionado en este tenor, la debida conceptualización y abstracción de los fenómenos jurídicos es un factor esencial[336]. Ciertamente los conceptos no son solo necesarios para poder sistematizar, educar y explicar sino especialmente en cuanto sirven como elementos

[331] Larenz Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, Ariel Derecho, Barcelona 2009, p 30

[332] Larenz Karl, Opus Cit, p 32 "... *en el sistema la forma científica dada a la materia aspira a descubrir y consumar su unidad interna.... la elaboración sistemática tiene la misión de ver lo diverso en la unión que le corresponde. Ha de ocuparse de la evolución de los conceptos, de la exposición de las normas jurídicas según su conexión interna, y finalmente de colmar las lagunas de la ley....*"

[333] Ihering Rudolf Von, La Dogmática Jurídica, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1946; p 126

[334] Wiaecker, opus cit; p 341

[335] Ibidem; p 342

[336] Wiaecker, Opus Cit, p 343 quien expresa con su habitual meridiana claridad que: "... *the fact that Legal positivism drew its rules exlcusively from the system concepts and scientific principles of its won had some importante implications: a) The first of these is the conclusion that a legal system is necessarily a closed system of institutions and rules, independent of the social reality of the relationships subject to those rules and institutions. - the construction of such a closed and coherent system was the fundamental aim and remarkable achievement of the renaissance of the legal scolarship around 1800. Thereafter the institutions were increasingly severed from their roots in social life.- On this assumption all that is needed to make a correct decision in any case is the logical operation of subsuming the case under the hypothetical judgement contained in a general doctrinal principle (and implicitily also in he concepts of legal science*)...." (énfasis añadido)

matemáticos de una construcción mental lógica cerrada y autosuficiente ya anticipada por Leibnitz y por Ihering y tan cara a una perspectiva de sistematización del conocimiento jurídico con fines y consecuencias epistemológicos[337]. Los conceptos que se regirán por axiomas lógicos de naturaleza matemática corresponden a situaciones reales que tienen consecuentemente existencia en sí mismos no por la referencia a otros fenómenos[338]. Ello consistirá en el punto cúspide de la conceptualización en el universo jurídico occidental[339]. Será consecuencia de lo anterior que la conceptualización de la "cosa jurídica" si sea susceptible de un conocimiento empiriológico sistemáticamente organizado. A partir de este momento la generación de conceptos abstractos es indispensable, pues sin los mismos el conocimiento no es susceptible de organización sistémica. El producto de esta escuela resulta en conceptos que sin alejarse de la realidad forense y abrevando de las bondades de la generalización legal, integran sus caracteristicas abstractas y permiten incluirlos en un sistema cerrado que se rije por los principios de la lógica conceptual aristotélico-tomista[340].

La esencia del pensamiento pandectístico en la jurisprudencia de conceptos estriba en que la formación de los conceptos debe regirse por parámetros de lógica[341] derivados de la realidad histórica positiva, que marca a su vez la justicia aceptada en una determinada sociedad. No hay pretensión de legitimación para un poder legislativo, voluntarista y contractualista para que represente la voluntad popular. El derecho está implícito en la realidad social que al ser justa es practicada por una determinada sociedad. La cientifización y sistematización de la dogmática

---

[337] Ibidem; p 343; "... *that other assumption is not simply that legal concepts (such as individual right, real right, the accessory nature of pledge, the elasticity of ownership) are useful for purposes of systematization, education or explanation, and capable of being used as 'counters' or mathematical operators in professional discourse, teaching or expounding the reasons for decisions. That has always been recognized....*"

[338] Ibidem, p 343: "*.... What is needed is that they should also have a direct reality - such as is accorded in present days physics to a few 'constants of nature' given the structure of reality ( speed of light, Planck's quanta).- They must represent instatiations of permanently valid propositions of legal justice such that their logical application like that of rule of mechanics or an accurate formula in physics necessarily leads to a decision which is correct, i.e. just. ...*"

[339] Larenz Karl, Opus Cit; "*.... lo que Puchta llama aqui y en otro pasaje (p101) la "genealogía de los conceptos" no es otra cosa que la piramide de conceptos del sistema construido según las reglas de la Lógica formal. Puchta opina que posee el conocimiento sistemático por el postulado aquel que "es capaz de seguir hacía arriba y hacía abajo la derivación de cada concepto a través de todos los escalones intermedios que han participado en su formación*...."

[340] Ihering Rudolf Von, La Dogmática Jurídica, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1946; p 126

[341] Larenz Karl, Opus Cit; p 46 "*..... la tarea sistemática de la Ciencia del Derecho a la que Ihering atribuye un "rango superior" - en comparación con la histórica y la interpretativa- consiste ahora según él, en descomponer los institutos jurídicos particulares y las normas jurídicas a ellos relativas e sus "elementos lógicos" y en destilar limpiamente estos y luego reconstruir con ellos por combinación, tanto las normas jurídicas conocidas como también otras nuevas*...." (énfasis añadido)

jurídica da cauce lógico y expresión a dicho derecho, no lo inventa, pulsa en él y lo refleja en axiomas lógicos y científicos[342].

La importancia de la lógica conceptual y del rigor del método para la elaboración de los conceptos en comento se deduce no solo de lo anterior sino de las manifestaciones extremas del movimiento para las cuales, se considera que los conceptos - o cuerpos[343] - jurídicos, especialmente en el ámbito del derecho privado; ya sean estos derechos, obligaciones, contratos, testamentos, son fenómenos intangibles que realmente existen así sea de forma conceptual, y cuyo único límite es el rigor lógico de su incepción, derivada de la praxis en la que los mismos se reflejan. Los Cuerpos Jurídicos descritos por Ihering obtenido a partir del análisis lógico jurídico, son aquellos que independientes, no pueden resolverse en otro u otros cuerpos[344]. vbgr la obligación. "El conocimiento de un cuerpo jurídico contiene la quinta esencia de ese cuerpo"[345].

La jurisprudencia de conceptos será en consecuencia atacada por muchos movimientos intelectuales ulteriores, especialmente aquellos que consideran que el derecho no puede regirse por fenómenos abstractos que se alejen de los valores –*i.e. jurisprudencia de intereses*–. Sin embargo y sin entrar a la diatriba respecto de sus postulados, es con la jurisprudencia de conceptos que la formación de conceptos se convierte, en esta génesis que nos ha ocupado hasta ahora en la presente investigación, como un fenómeno fundamental de la praxis jurídica. Los conceptos sin embargo no podrán abstraerse y derivarse en forma exclusiva, de fuentes intermedias como sería *verbigratia* la legislación. La abstracción conceptual jurídica requiere para ser científicamente sustentable derivarse de la realidad social y generarse bajo patrones lógicos. La lógica inmanente en estos asertos, parece claramente deducirse, como lo manifiesta la inmediato precedente cita de Wiaecker de la lógica aristotélica. Es a partir de la jurisprudencia de conceptos y la pandectística alemana que el derecho adquiere o pretende adquirir parámetros de sistema cerrado[346] con pretensión cientifica vinculandose nuevamente en nuestra opinión con la

[342] Larenz Karl, Opus Cit; p 46 "..... *mediante la combinación de elementos diferentes, la Ciencia puede formar nuevos conceptos y normas jurídicas, los conceptos son productivos se emparejan y engendran otros nuevos (...) Ihering no intenta en absoluto demostrar la vigencia real de estas posibles normas jurídicas, tampoco estaría en situación de hacerlo porque a diferencia de Puchta, no parte de un concepto fundamental ya dado previamente en el derecho positivo y constitutivo del mismo, sino que su procedimiento de formación de los conceptos es exclusivamente inductivo, lo mismo que el de las ciencias naturales exactas*...." (énfasis añadido)

[343] Ihering Rudolf Von, La Dogmática Jurídica, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1946; p 135

[344] Ihering Rudolf Von, La Dogmática Jurídica, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1946; p 136

[345] Ibidem

[346] Larenz Karl Opus Cit; p 48: "..... *la gran mayoría de los juristas del siglo XIX no participó por cierto en la aberración pseudo científica de Ihering (*)* ***pero el modo de pensar formal conceptual y la aspiración a un sistema***

lógica aristotélica para establecer sus postulados primarios. En todo caso sin embargo, en palabras de Karl Larenz, "*.....al mantenerse libre de las exageraciones de Ihering (*) ( en el primer periodo de este ) Windscheid manejó, por lo demás con soberana maestría, el metodo del análisis conceptual de la abstracción, de la sistematización lógica y de la construcción jurídica*...."[347]

Lo anterior con el objeto de poder reflejar la realidad justa de una determinada sociedad según esta refleja el *Volkgeist* del que hablaba en su oportunidad Savigny unos años antes. Sin embargo lo anterior es especialmente relevante en consideración de las hipotesis de esta investigación y los cambios de paradigma que operarán en el CC"( puesto que la sistematización alrededor de los conceptos así creados será para Windscheid como punto de referencia de este moviemiento la clave para la efectiva pracica legislativa. Habla Karl Larenz: "... *la idea autentica de una norma jurídica -dice- se manifiesta en los conceptos jurídicos, es decir en la sintesis de elementos del pensamiento (p59). Sólo partiendo de la plena concepción de los conceptos jurídicos, descompuestos en sus elementos mentales y de nuevo compuestos a base de ellos, resulta la concordancia interna de las normas jurídicas, el sistema jurídico*...."[348] (énfasis añadido)

Cabe mencionar al efecto que la aplicación de los principios lógicos antes mencionados no es un tema que deba de asociarse exclusivamente a la jurisprudencia de conceptos. Esta escuela pone evidentemente "el dedo en la llaga" pero la premisa lógica del ordenamiento jurídico no es un fenómeno exclusivo del siglo XIX alemán[349]. Este solo lo radicalizará con pretensión epistemológica ya que desde tiempos clásicos la jurisprudencia romana basaba sus asertos en el razonamiento lógico aristotélico y esto no debe de sorprendernos en forma alguna pese a no buscar conceptualizaciones en su proceso por sus caracteristicas, en su momento apuntadas. En este acercamiento la modernidad conceptual y la praxis casuística clásica coinciden. Es una interesante paradoja que sea el iusnaturalismo jurídico pandectístico el que revitalice con fines conceptualizadores y epistemológicos, el análisis lógico aristotélico del

---

*cerrado de conceptos en el sentido de Puchta siguieron siendo prototípicos*...." (*) NB entendemos por aberración la referencia metafórica a la autogeneración " engendrar" nuevos conceptos.

[347] Larenz Karl Opus Cit; p 49.

[348] Ibidem p 50

[349] Wiaecker Franz Opus Cit; p 344 para el cual:"... *logical coherence of propositions which is demanded no only by the jurisprudence of concepts but by all sciences whatosever (for examplethe rule against self contradiction or the excluded middle) is a necessary and consequently valid condition of correctness (and thus of justice); if these rules of classical logic are ignored, accurate statements about anything are simply impossible*...." (énfasis añadido)

contexto jurídico positivo heredado del derecho casuístico romano que se basaba a su vez en dicha lógica aristotélica. Ciertamente habían sido, como narra Villey, el voluntarismo ilustrado y el contractualismo los que, sopesando la lógica aristotélica con valores de índoles política, inclinaron la balanza hacia desiderata de valores políticos y cuya manifestación más pura radica en la revolución francesa y la codificación consecuente.

### 4. Límites de la abstracción para la jurisprudencia de conceptos.

Hemos hablado de la abstracción como método e instrumento fundamental para poder elaborar conceptos. Hemos igualmente delineado el peligro que la abstracción ilimitada puede aparejar, llevando la elaboración a un universo meramente voluntarista y no realista. Hemos así visto como la consagración de la Ley como fuente primordial del derecho positivo en los universos ilustrados y racionales puede desvirtuar la esencia del fenómeno jurídico en muchos aspectos, especialmente en los conceptos que generase. Hemos así visto e hipotéticamente mencionado que en ello podría residir la aversión del fenómeno jurídico de la antigüedad contra la elaboración de conceptos generales y abstractos. Sin embargo, hemos visto también cómo la escuela histórica y la pandectística en general, auspician la generación de conceptos, mediante la cientifización del derecho, basado en el elemento consuetudinario positivamente experimentado. Suponiendo que la elaboración conceptual de estos movimientos pudiese desembocar en conceptos científicamente aceptables, es menester analizar cuáles son sus métodos y sus límites para lograr dichos conceptos.

La lógica y la inducción con pretensión cientifica parecen pues el método fundamental en la elaboración de conceptos para Ihering y posterirmente para Windscheid. Según Karl Larenz[350] la reflexión central de Ihering en esta primera fase puede resumirse como sigue:

> "*... todavía compara la jurisprudencia dogmática con otra ciencia a saber con la Química. La Ciencia sistemática del derecho es la Quimica Jurídica que busca los cuerpos simples (!) Al volatilizar en conceptos la "materia dada" (esta lo sonlas reglas jurídicas) la construcción jurídica proporciona "el paso del Derecho desde el estado inferior de agregado al superior". La transformación que con ello sobreviene, consiste en que la materia deja completamente la forma práctica e imperativa inmediata " y adopta la forma de un cuerpo jurídico"(!) Los Cuerpos Jurídicos de tales califica Ihering los conceptos fundamentales simples obtenidos pr análisis lógico y abstracción - son ahora dotados por él de ciertas propiedades y considerados capaces de ciertos efectos. El operar de el pensamiento con estos cuerpos producidos en cierto modo químicamente lo denomina ahora Ihering, bastante extrañamente, método*

[350] Larenz Karl, Opus Cit; p 47

*"histórico-natural" de la jurisprudencia. De él espera como ya se indicó, no sólo el facilitar el dominio de la materia sino que según él, conduce también a un descubrimiento de normas jurídicas antes no conocidas.*....." (énfasis añadido)

En general hemos hablado del antecedente de la escuela histórica y la necesidad de referirse a la realidad social pulsada por los juristas para que las normas del derecho consuetudinario sean adecuadamente reflejadas por el poder legislativo, sopesadas por el poder judicial y dogmatizadas por la clase sapiente, por los juristas.

Hemos igualmente mencionado al derecho romano que da lugar tanto a la terminología de la escuela *Pandectística* como al factor practico básico del cual deriva toda la construcción dogmática decimonónica en Alemania, al considerarse por muchos que este derecho romano-germánico fungía como derecho patrio[351]. Ahora bien, en relación con la formación de conceptos propia de la etapa materia de nuestro estudio en este apartado, glosando en la obra de los pandectistas y en lo particular en Windscheid, vale referir así sea de forma tangencial las siguientes ideas:

La formación de conceptos resulta necesaria para dar consistencia y tangibilidad a las ideas del derecho romano que, lejos de pensamientos cientifizantes *–de acuerdo con los parámetros modernos sus mencionados–* era demasiado tangible e individualizada para poder ser materia de conocimiento científico tan propio de abstracción y generalización[352]. Cabe anotar al respecto que la vocación generadora de conceptos es el punto de partida para la sistematización general de casos aislados y no al reves. La inducción conceptual reemplaza la deducción del metodo legislativo ilustrado.

Así, casuístico y adverso a la conceptualización, el derecho romano según fue paulatinamente absorbido y tratado científicamente por la pandectística, dio a esta el sustento material para que sus elaboraciones científicas, sus conceptos y por ende sus leyes tuviesen un suelo firme del cual derivar. Las elaboraciones de la jurisprudencia de conceptos como ala

[351] Windscheid Bernhard, Tratado de Derecho Civil Aleman ( derecho de pandectas ); traducción de Fernando Hinestrosa; 1862 Tegernse, Universidad Externado de Colombia, Bogota 1976, p. 71 para el cual: ".... *allí esta comprendido todo el derecho consuetudinario de Pandectas, pues el derecho romano rige entre nosotros como derecho consuetudinario*...."

[352] Windscheid Bernhard, Opus Cit; p 20 para el cual: "... *el derecho romano es por naturaleza claro y de suyo nunca es abstracto. Si de suyo el viejo derecho germánico corrió peligro por abandonar la integración conceptual en aras de una rica concepción de detalles y de otros el espiritu alemán es propenso a naufragar en los escollos de la abstracción dogmática el derecho romano ha sido por cierto para Alemania un medio de salvación de su creatividad que así ha conservado su valor y que confiamos que nunca será desechado*..." (énfasis añadido)

extrema y dogmática de la pandectística se basaron en los estudios del derecho romano, de pretendida vigencia positiva en la Alemania post medieval. Así el autopretendido conocimiento científico y la consecuente elaboración doctrinal tenían, según los asertos de Savigny, un sustento consuetudinario y práctico y pudieron consecuentemente divorciarse de la exegética francesa de orígenes y postulados tan distintos. Las elaboraciones dogmáticas alemanas derivadas de la pandectística tenían así un sustento empírico consuetudinario de naturaleza científica no presentes en la exégesis[353] nominalista, voluntarista y contractualista.

La elaboración conceptual derivada de principios y axiomas del derecho romano se inicia según el propio Windscheid, desde el siglo XIV y XV con las obras de Cujacius y Donelus, mismos que rompen una inercia que Windscheid consideraba nociva por ser acrítica y anti jurídica por parte de los comentaristas. Así para Windscheid el estudio jurídico de los siglos XIV y XV parte de la realidad social heredada en su regulación del derecho romano, pero es analizado, revalorizado, contextualizado, sistematizado.[354] Así, merced a esta sistematización y contextualización, el derecho pudo ser aplicado por los prácticos, y "... *así y bajo esa forma fue recibido el derecho romano y tiene eficacia para nosotros. Bajo el influjo de la filosofía nueva que se apoderó de Alemania a partir del último cuarto del siglo XVII (periodo del llamado derecho natural) se promovió la elaboración de los conceptos generales y la construcción sistemática del derecho romano*..." [355] (énfasis añadido)

Es mayúscula la relevancia de lo anterior para efectos de nuestra investigación. Ciertamente, la jurisprudencia de conceptos abreva en la perspectiva de la escuela histórica y en los trabajos de la jurisprudencia elegante sus mencionada, para considerar que la base de derecho romano, a partir de la cual abstrae e induce sus conceptos generales abstractos e impersonales, es el primer factor que le imprime un primer carácter científico al asegurar que la abstracción conceptual consecuente no sea arbitraria sino fundada en la realidad social. La investigación histórica era para Windscheid un medio y no un fin en sí mismo. Lo relevante del método histórico en el que abreva la jurisprudencia de conceptos no es averiguar "...*como fue el derecho*

[353] Windscheid Bernhard, Opus Cit, p. 21 para el cual: "... *el tratamiento cientifico del derecho romano tal y como ha venido practicandose en parte en la Europa moderna desde su redescrubrimiento, constituye el fundamento de toda la ciencia del derecho privado y en buena medida de toda la ciencia del derecho*..." (énfasis añadido)
[354] Ibidem; p 34
[355] Ibidem; p 35

*romano en su tiempo, sino saber cómo ha llegado a seguir siendo aplicable en la actualidad*..."[356]

Evidentemente esto parte de la premisa de aceptar que el derecho romano era ya derecho positivo en Alemania en los siglos XVII, XVIII y XIX. Sin entrar ahora al detalle en las pugnas entre germanistas y romanistas puros, asumiremos, por la propia estructura simbiótica del derecho romano, explicada en apartados anteriores, que sí lo era para culminar en la justificación de la jurisprudencia de conceptos para usar esa materia prima en la elaboración de conceptos abstractos que definirán sus postulados y misión. Aboga en este sentido Windscheid:

> "*... Se puede significar con ello que lo que estaba ya vivo en el sentimiento de la comunidad llegó a su exaltación con su reconocimiento por el espíritu de los juristas, pero también se puede decir que ciertamente la comunidad no tenía conceptos jurídicos básicos, pero que en el espíritu de los juristas había una correspondencia directa en determinados modo y forma que en su esencia ha determinado adecuadamente su conciencia jurídica…*"[357] (énfasis añadido)

El primer límite de la abstracción para la jurisprudencia de conceptos, es pues la materia prima de la que abreva la substancia social que pretendía abstraer y conceptualizar. A diferencia de las incipientes elaboraciones doctrinales derivadas por la Exégesis francesa del texto del Code, para Windsheid como heredero intelectual de Savigny, los conceptos no tienen validez sino se derivan de la realidad social positiva y adecuadamente pulsada del derecho consuetudinario. Si bien la legislación moderna, se basa en la generalización, la despersonalización y la abstracción de la realidad social, dicha legislación es un filtro incontrolado que bien puede cambiar la realidad con base en los propósitos del régimen político en comento. El riesgo implícito en el contractualismo y voluntarismo del derecho natural, pueden desvirtuar por completo los conceptos resultantes que a la postre no tendrían validez científica, como resultaría *verbigratia*, con los conceptos de la primera recepción conceptual, de gran éxito en su expansión pese lo que considerará la pandectística una visión conceptual preliminar y la potencial contaminación de su incepción.

Podría añadirse que no son solo los cambios revolucionarios implícitos en los desiderata del legislador napoleónico heredero de la revolución francesa, los que temía y avizoraba Savigny y retoma Windscheid, la pureza técnica parece ser un factor de preocupación paralelo. La falta de

[356] Ibidem; p 39
[357] Ibidem; p 40

crédito en el legislador es en todo caso, patente. Para la jurisprudencia de conceptos, los conceptos solo pueden ser correctamente elaborados si son abstraídos en directo de la realidad jurídica social pulsada del derecho consuetudinario y expresado en el derecho romano, este último como epítome del reflejo lógico foral.

Para Windscheid, la conceptualización que abstrae su materia prima directamente de la realidad social consuetudinaria goza de solidez científica[358]. El primer límite radica pues en la realidad social que constituye la materia prima para la elaboración de los conceptos.

El otro límite natural radica en el método lógico inductivo para lograr la abstracción conceptual. Una vez determinada la materia, tangible o mayoritariamente intangible, el rigor del método para conceptualizar es fundamental. Ya adelantábamos con Wiaecker que el rigor lógico lleva a la jurisprudencia de conceptos a considerar la existencia real y no meramente mental de los conceptos creados. Windscheid lo describe así:

> "*...la ciencia jurídica nueva tiene una tendencia a definitiva a descomponer los conceptos tan ampliamente como sea posible. Y este es su mérito pues en realidad de la comprensión completa de los conceptos contenidos en los preceptos jurídicos depende no solo la propia inteligencia del derecho sino también la seguridad de su aplicación....(....) la eficacia jurídicamente ordenada de tales preceptos está determinada paralelamente y se entrecruza de modo que la decisión final es resultado de un cálculo cuyos factores son precisamente los conceptos jurídicos y que debe resultar de una probabilidad tan segura como la misma solidez del valor de los factores. En esta forma se tiene a la mano ciertamente la conclusión de que de la comprensión plena de los conceptos jurídicos depende antes que nada el propio sistema jurídico, surgido de la interconexión interna de sus preceptos*..."[359]

Parece así evidente que el método utilizado por la jurisprudencia de conceptos deriva su validez de la aplicación de los principios de la lógica aristotélica. Por todo lo anteriormente mencionado, los conceptos que esta escuela genera, se desarrollan a través de un método

[358] Ibidem p 90 en donde la interpretación de la realidad social en el derecho consuetudinario es el punto de partida adecuado para la elaboración conceptual: "*.... la interpretación es un tratamiento cientifico así sea la más elemental, referida en el sentido de las palabras empleadas por el legislador, sea la más elevada que determina el pensamiento genuino de un precepto jurídico o de una universalidad. Más el tratamiento cientifico del derecho no concluye en la interpretación. Una vez que termina su cometido en la interpretación, pasa a ocuparse del desarrollo de los conpcetos de las normas jurídicas despejadas. El pensamiento genuino de las normas está también representado en conceptos esto es en concepciones globales de los elementos ideologicos cuya determinación se consigue precisando los conceptos que en su parte sustancial se hayan diseminados. Uno puede ir mas o menos lejos dentro de este trabajo, de modo que dentro de los elementos que vayan siendo encontrados y que a su vez se componen de varios pueden ser abstraidos los elementos simples uno tras otro*....."

[359] Ibidem; p 91

inductivo que abreva de la realidad jurídica empírica[360] del derecho romano que se considera derecho positivo en la Alemania decimonónica. No es extraño que la inducción como método científico pretenda ser utilizado, por primera vez, en forma deliberada, para la elaboración conceptual jurídica. Ya con Leibnitz, la axiomatización matemática del derecho había sido vislumbrada, aunque de forma muy preliminar, de manera a considerar el derecho como un sistema cerrado y perfecto, de perfil matemático[361].

El conocimiento de lo jurídico, parece para la jurisprudencia de conceptos, abrevar de esta realidad empírica como ya se ha establecido. Sin embargo y en adición, la metodología inductiva se presenta más asequible para las necesidades del fenómeno jurídico. Parecería, nos anticipa la doctora Platas Pacheco[362], que en las demostraciones *de naturaleza jurídica*[363], no puede el interprete irse hasta el infinito como lo pretendería un razonamiento deductivo.

En el desarrollo del mecanismo inductivo conceptual de lo jurídico, parecen ser perfectamente aplicables para revestir lógica a la elaboración conceptual, los "Primeros Principios" de la lógica mismos que se conocen igualmente de forma inductiva. [364] Así el principio de identidad, el principio de no contradicción y el principio de tercero excluido, de naturaleza inductiva y de esencia autodemostrable todos ellos[365], son factores fundamentales para la elaboración conceptual de la jurisprudencia de conceptos. La utilización de dichos principios y de un método inductivo, constituyen igualmente el segundo e igualmente fundamental límite para la abstracción conceptual de dicha escuela, que permite concluir que los conceptos creados, abstracciones intangibles, a fin de cuentas, tienen existencia lógica dentro de la aplicación de los parámetros de esta última, desprendiéndose de una "lógica reguladora-legislativa".

Cabe al respecto mencionar que es en atención a la aplicación de dichos principios que la jurisprudencia de conceptos pretende (adicionalmente a la materia empírica materia de sus análisis) tener validez científica en la elaboración de sus conceptos, según narra igualmente Wiaecker.[366]

Es así como el propio Windscheid, aplicando los Primeros Principios de la lógica aristotélica, mediante un método inductivo, genera conceptos basados en la realidad empírico

[360] Platas Pacheco Maria del Carmen, Filosofía del Derecho Lógica Jurídica, Editorial Porrua, México 2008, p 96
[361] Berkowitz Roger, Opus Cit; p 54
[362] Platas Pacheco Maria del Carmen, Opus Cit; p 106
[363] El añadido entre corchetes es nuestro
[364] Platas Pacheco, Maria del Carmen, Opus Cit; p 106
[365] Ibidem; p 74
[366] Cfr. Wiaecker Franz, Opus Cit; p 344

histórica –*expresada en el derecho consuetudinario*– que toma como base para efectuar inducción en clases para llegar a conceptos –*inducción esencial*–[367]. En la inducción esencial, el proceso inductivo culmina en la intelección de un juicio universal[368]; léase para efectos de nuestro estudio en la formación de un concepto. El proceso conceptualizador Windscheiano inicia mediante una inducción en clases, donde la metodología dialéctica de los Tópicos y las Categorías Aristotélicos es patente.

La inducción en clases se explica en dicho método como parte del modelo inductivo que inicia siempre como una inducción empírica, llegando en algunos casos a una inducción esencial[369]. La inducción esencial siguiendo la tópica aristotélica, trabaja en el nivel de las especies y los géneros, para inducir estadísticamente la esencia del fenómeno estudiado de la comparación de la especie que reúne las características esenciales y no accidentales, que permite llegar así a la conceptualización correspondiente.[370] La comparación de los géneros próximos y las diferencias especificas son las que permiten inducir el concepto y establecerlo así como regla general aplicable a todos los fenómenos que reúnen las diferencias específicas. Para mayor claridad en el tema del concepto jurídico inducido de esta forma, habla el propio Windscheid:

> "*... los conceptos jurídicos se dividen en dos clases, según que tengan por objeto los supuestos de hecho de los derechos o propios derechos y lo que se puede predicar de ellos. Son conceptos que tienen por objeto los supuestos de hecho de los derechos, por ejemplo, los de negocio jurídico, contrato, testamento, especificación, condiciones entre otros. Con los derechos viene la observación del concepto de derecho en general, el concepto de los derechos singulares, tales como se integran con sus rasgos característicos (por ejemplo. propiedad usufructo, obligación, derecho de opción, derecho de retracto ) su contenido, su sujeto ( persona, persona jurídica ) sus atributos ( divisibilidad e indivisibilidad ) enajenabilidad e inajenabilidad, autonomía y accesoriedad, etc... , las acciones correspondientes ( ejercicio, demandaminilidad atenuación del derecho ) y especialmente los fenómenos vitales concernientes ( constitución, desaparecimiento, transformación, consolidación, aniquilamiento, transformación, consolidación, aniquilamiento, transformación por o sin obra de fuerzas obstaculizadoras, destrucción completa y destrucción por causa del advenimiento de un contrario, transformación de la persona o de la materia, efectos jurídicos, efectos completos, efectos especiales, etc...) y sin que esto pretenda ser una enumeración completa sino una mera orientación. A la reducción de unas relaciones jurídicas a los conceptos básicos que contienen, se la denomina, construcción de conceptos*..." ( énfasis añadido)

[367] Platas Pacheco, María del Carmen, Opus Cit; p 106 infra
[368] Ibidem; p 107
[369] Ibidem; p 106
[370] Ibidem, p 107

La inducción esencial, nos dice la doctora Platas Pacheco:

> "*no es una generalización sino la obtención certera de un juicio universal. No consiste en conocer varios objetos y por tener todos las mismas características se generalice que cada objeto de su clase deba poseerlas - esa es precisamente la inducción empírica-; sino a partir de la aprehensión de la esencia en nivel conceptual se procede a hacer un juicio universal adecuando nuestro conocimiento a la realidad*."[371]

El proceso de inducción aclara que los principios del conocimiento tienen su fundamento en la realidad - así sea la consuetudinaria o histórica -. No es coincidencia que sea el proceso aristotélico inductivo, el que dé lugar al pensamiento realista tan propio del movimiento aristotélico tomista y tan antagónico al voluntarismo y al contractualismo político propio de la ilustración origen de la codificación racionalista. Así los conceptos derivados de la escuela de la exégesis se basarán esencialmente en el fenómeno legislado, claramente imbuido de voluntarismo y lejano al realismo inductivo aristotélico tomista, como lo anticipaba Villey.

Parece casualidad sin embargo que esa realidad consuetudinaria - histórica - de que parte la escuela histórica y posteriormente la jurisprudencia de conceptos, sea la realidad heredada del derecho romano y transmitida mediante las recopilaciones justinianeas, - *que a la postre darán nombre al movimiento pandectístico* - misma que gozaba ya de origen con autoridad referencial, tal como se ha explicado de la aplicación de la premisas lógicas de Aristóteles, inmersas en la estructura del proceso jurídico romano.

Parecería sin embargo que varios siglos después, la lógica aristotélica, sigue plena de vigor, ilustrando y canalizando los esfuerzos de la praxis jurídica, aún bajo paradigmas distintos, como puede ser el dar características conceptuales universales tan lejanas al fenómeno casuístico romano clásico.

Así, es en la combinación (i) de la experiencia romana foral, transmitida secularmente hasta ser considerada incluso derecho patrio en Alemania - *que da vigencia al conocimiento por su origen empírico* - con (ii) la inducción lógica de corte aristotélico, y (iii) buscando paradigmas dogmáticos y científicos distintos a los del codificador Napoleónico, que la jurisprudencia de conceptos marca su pauta en la historia del pensamiento jurídico. Al hacerlo, Windscheid rompe (i) por un lado con los paradigmas por los que para el derecho antiguo la conceptualización era

[371] Ibidem; p 107

inconcebible y *contra natura*, y (ii) por el otro con la pretensión de poder absoluto del voluntarismo y la ilustración, en virtud de los cuales la abstracción conceptual es ilimitada más allá del poder soberano (lo cual rompía por completo toda pretensión cientificista y lógico sustentable).

Como consecuencia, el conocimiento de lo jurídico pretende adquirir por primera vez de forma estructurada un carácter científico en toda la extensión contemporánea de la palabra sin desvincularse de su raíz estructural. El conocimiento no deja de ser empiriológico, en palabras de Guzmán Valdivia, sin embargo, puede ser sistemáticamente organizado por gozar de una nomenclatura sistemática, basada en conceptos abstractos. Al menos en la perspectiva de la jurisprudencia de conceptos, el derecho así es como puede y debe erigirse para que sus postulados y reglamentación sean no solo justos sino también para que sean susceptibles de conceptualización abstracta general e impersonal, sin que esta quede al garete de un legislador y de sus vaivenes políticos. Gracias a Savigny, la consecuente jurisprudencia de conceptos redondea una historia jurídica secular donde los conceptos pueden inducirse coexistiendo con las reglas generales abstractas e impersonales de origen legal, pero sin depender de ellas. Para Windscheid, sin embargo, siguiendo a Savigny y a la escuela histórica, la gestación de conceptos debe obedecer a parámetros técnicos científicos, respecto de los cuales, son responsables los juristas, basados en una pretendida perfección aritmética originada en las perspectivas Leibnitzianas. Este gran parteaguas de la historia del derecho rompe sin duda con el parámetro del derecho de la antigüedad representado por el derecho romano al que ya hemos hecho múltiples referencias a lo largo de este primer capítulo. Al respecto y con el propósito de llegar a conclusiones respecto de nuestras dos hipótesis de trabajo, en el curso del tercer capítulo haremos el análisis institución por institución para corroborar con el origen y la corrección del concepto de obligación, si se verifica en 1928 un doble cambio de paradigma respecto del rol del legislador en esta tarea así como del concepto respectivo.

# CAPÍTULO II. LA CODIFICACIÓN EN MÉXICO

## a) El derecho privado pre-recepción del fenómeno legislativo en América: consideraciones generales sobre el derecho prehispánico *vis a vis* la ulterior codificación racional.

En el contexto de la presente investigación, una referencia histórica respecto de la evolución codificadira en nuestro país es necesaria. Dicha referencia pretende ceñirse a marcar los hitos relevantes en el proceso de evolución conceptual y de codificación del derecho. Lo anterior con el proposito de corroborar su adecuación con los lineamientos y evolución epistemológica marcada en el capitulo precedente y sus implicaciones respecto del cambio legislativo de 1928.

Existen en primer lugar y deben mencionarse ciertas aseveraciones que manifiestan la ausencia cultural de la obligación en la cosmogonía prehispánica[372]. La comparación del fenómeno jurídico, tanto privado como público, del mundo prehispánico, con el occidental europeo de origen romano parece para dichas voces, extrema e inaceptable.[373] Esquivel Obregón refiere y explica en efecto, causas de índole económica, agraria e inclusive zoológica[374], que parecen evidenciar una diferencia abismal para el desarrollo jurídico de la sociedad prehispánica y la consecuente carencia de conceptos jurídicos básicos como es el de la obligación[375]. Esta radical distinción en los valores y considerandos culturales y sociales de la sociedad prehispánica mexicana respecto de la realidad heredada del derecho romano en la Europa occidental parece *ab origine*, obviarnos la necesidad de entrar a un análisis detallado de dicha realidad prehispánica para efectos de esta investigación.

---

[372] Esquivel Obregón Toribio, Apuntes para la historia del derecho en México, Editorial Porrúa, México, D.F., 1984, p182.

[373] Esquivel Obregón Toribio; Opus Cit; p 150 -155

[374] Cfr con Esquivel Obregón Opus cit, p 150 - 156 para quien la falta de animales de ganado en la sociedad prehispánica juega un factor fundamental en la gestación de la familia tradicional europea desde la perspectiva india, para la cual es inexistente. Lo anterior tiene efectos directos también en la organización de la economía, misma que consecuentemente se basa en el trueque y por consecuencia la existencia de moneda ( Lat. *Pecunia* - *Pecus* ganado ) y la existencia y practica de conceptos "obligacionales" de tipo romano se vuelve inexistente pero sobre todo pareciera entenderse incluso como innecesaria. Lo anterior, tiene en opinión de Esquivel Obregón, importantes consecuencias en la esclavitud y el fenomeno de la guerra florida, fenomenos a su vez estrechamente vinculados con la cosmogonía jurídica prehispanica, eje central de su vida social, y que nuevamente inciden de manera profunda en el desarrollo jurídico de la sociedad prehispanica y en lo particular de la sociedad azteca.

[375] Relevante y obligada referencia a la obra de Neil Fergusson Civilization, the West and the rest; The Penguin Press, New York; 2011; 402 pp.

Podemos así considerar que si bien siempre existirá un cierto grado de influencia, los orígenes y caminos de ambos desarrollos son diametralmente opuestos y que la estructura y el desarrollo del pensamiento jurídico prehispánico ciertamente sigue parámetros distintos de los occidentales. Pueden los mismos tener al efecto, cierta relevancia para explicar e incluso justificar, como lo hace Jared Diamond[376], las causas de las imposiciones culturales de unos pueblos sobre otros, y consecuentemente entender, porque a decir de Diamond y más específicamente del propio Esquivel Obregón, *–más allá de los innumerables capítulos de reciproco sincretismo–*, la perspectiva jurídica occidental fue impresa al derecho Mexicano en materia privada con cierta rapidez ante la carencia de manifestaciones iusprivatistas en el univeso prehispánico. Sin embargo, dicho análisis, no añadiría mayor valor, por lo menos a efectos de la hipótesis central de esta investigación y pudiera eventualmente distraer el tratamiento de la misma. Por lo anterior no abundaremos al respecto, aun cuando dicho análisis, pudiera implica una interesante referencia para hacer notar y confirmar que la imposición cultural europea de la perspectiva jurídica privada se vio apuntalada y reforzada por los cambios y objetivos no solamente de índole política y religiosa *–que son los usualmente referidos al estudiar el fenómeno de la conquista–* sino también y muy especialmente por los de naturaleza económica y familiar propios al fenómeno prehispánico. Además de las particularidades y diferencias religiosas que le fueron rápidamente impuestas, el universo jurídico prehispánico se vio brutalmente confrontando y modificado por una realidad económica, sociológica e incluso zoológica radicalmente distinta que nos rige hoy en día.

Lo anterior no es cuestión menor y podría igualmente ser utilizado para estudiar con profundidad desde una perspectiva sociológica, la reticencia cultural secular, a muchas particularidades jurídicas cercanas a nuestro tema, notoriamente al cumplimiento voluntario de las obligaciones y/o el enfoque a la exigibilidad y coerción como factores definitorios, tal y como mencionaremos en su oportunidad que tan útil resulta para la asimilación de la visión romanista del fenómeno obligatorio. Serviría *ad exemplum* igualmente este contraste como referencia remota para entender porque dentro de los conceptos jurídicos de la obligación, la versión basada en la exigibilidad y la coerción han tenido tan profundo raigambre en la sociedad mexicana contemporánea[377]. No obstamos referir que lo mismo podría, - *aunque esto queda en mera*

[376] Diamond Jared, Guns Germs and Steel, the Fates of Human Societies, New York, NY., W.W. Norton & Company, Inc, 2005, p 157; Cfr Esquivel Obregón ,OPus Cit, p 153
[377] Esquivel Obregón Toribio, Opus cit, p 181

*especulación* - , explicar parte de los propósitos del legislador de 1928 para modificar la regulación de las obligaciones e indirectamente intentar forzar y vía legislativa introducir, un concepto distinto en el que la coercibilidad no es sino un elemento en potencia, presente pero no materia de definición esencial, - *Cfr CC28 y su desiderata en materia de las obligaciones y su concepto en oposición al código de 1884 y las metas que le correspondieron en su momento–*.

Más allá de lo anterior, aunque las fuentes prehispánicas en esta materia son escasas , siguiendo a Esquivel Obregón, fueron en nuestra opinión, la falta de existencia de moneda - *derivada de situaciones zoologicas según apuntala igualmente Jared Diamond* - y la estructura básica del trueque como mecanismo comercial de intercambio entre particulares, lo que deja entrever, una substancial dificultad e irremontable para la existencia social y practica de obligaciones de origen consensual (tan propias a las tardías manifestaciones del derecho romano en la materia – *entre el 200 y el 500 de nuestra era, esto es un milenio antes de las manifestaciones prehispánicas contrastadas a partir de la conquista* –)[378]. Cabría referir así que la ausencia de moneda incide en la presencia económica del trueque, que por antonomasia es en la dogmática jurídica, una figura de naturaleza real. En este contexto la existencia de obligaciones ulteriores en la estructura primaria del negocio jurídico correspondiente, se presenta como irrelevante y consecuentemente ausente. Lo que pudiere resultar de un trueque o permuta mal avenida por vicios de los casos, en responsabilidades ulteriores, bien puede asociarse hoy, con mayor naturalidad y facilidad, a hechos ilícitos exógenos a la obligación *ab origine, como de hecho se podría analizar en el contexto del hecho ilícito, según veremos más adelante*.

En el contexto anterior y con base en las anteriores consideraciones parece importante concluir entonces que en la cosmogonía jurídica prehispánica, la formación de códigos en el contexto moderno occidental, o la formación de compilaciones casuísticas de acuerdo con el modelo justinianeo pre-moderno, no son relevantes ni tienen equivalente. Mucho más evidente es la consecuente ausencia de formación de conceptos cercanos a la dogmática y sistemática occidental moderna en el universo novohispano. Lo anterior no cambiará substancialmente con la conquista, durante el Virreinato, como tampoco lo hace durante los primeros años de vida

[378] Ibidem, p 181 para el cual:"*... en el derecho romano el contrato puramente consensual fue el término de una evolución que podemos seguir en detalle gracais a la literatura jurídica que allí ilustra la cuestión; pero tratandose de nuestros indios faltan datos que nos saquen de las meras conjeturas. Se invoca el hecho de haber existido entre los aztecas el contrato de compraventa que facilmente llega a ser consensual. pero el hecho invocado solo es producto de una confusión, suponiendo que entre los indios existió la moneda, sin la cual hay trueque,pero no compraventa...*"

independiente del país. La necesidad racional llegara muchos siglos después según se analizará más adelante.

**b) El derecho indiano, concepto y generalidades versus la codificación, la conceptualización y la sistemática jurídica.**

El derecho indiano presenta una variante compleja de la realidad pre-moderna del derecho en Europa. Se sumará en su virtud, a la ya de por si abigarrada constitución del derecho pre ilustrado en Europa. En este las fuentes se multiplican en diversos estatutos mayoritariamente personales recopilados, en lo que Tomás y Valiente [379]califica como derecho pre racional, de "*monstruosas y desordenadas aglomeraciones de precedentes, costumbres y resoluciones individuales, derivadas de siglos de ius commune y comercio privado autónomamente regulado, un universo y una cosmogonía jurídica pre hispánica radicalmente distinta*". En opinión de Ots y Capdequi, las contradicciones y complejidades inherentes a la mezcla jurídica que constituye el derecho indiano derivan de fenómenos como la distancia geográfica y cultural aunadas a la preocupación de los monarcas españoles por gobernar y regular bajo sus parámetros culturales, una realidad que les era totalmente distinta.[380]

El derecho indiano se gestó así en simbiosis, gubernamental y social de dos universos complejos de previo que sucesivamente "se devoraron", contradijeron y complementaron secularmente. La resultante y compleja realidad jurídica de la colonia dejará huellas importantes en la realidad y consciencia jurídicas de la Nación Mexicana recién independizada. Lo anterior motivará aún más, pese a innumerables resistencias, el fulgurante impacto del iusnaturalismo y el racionalismo codificador.[381]

---

[379] Tomas y Valiente Francisco, Opus Cit; p. 466

[380] Ots y Capdequi José Maria; Opus Cit; p 42 para el cual: " ....*la intención de los monarcas españoles de organizar los nuevos territorios descubiertos bajo las mismas normas jurídicas imperantes en Castilla tuvo que ceder pronto ante el imperativo inexcusable de la realidad. Las circunstancias sociales, economicas, raciales y geográficas de este mundo, nuevo para los europeos de la epoca, tan complejo en su enorme extensión, tan distante y tan distinto, no pudieron ser encuadradas dentro de los rígidos preceptos del viejo derecho castellano peninsular. Se tuvieron que dictar normas jurídicas nuevas para hacer frente a situaciones de hecho desconocidas hasta entonces* ***y así nació propiamente el derecho indiano que pronto alcanzó frondosidad extraordinaria*** *y que en muchos aspectos de la vida social, económica y jurídica desplazó a un segundo plano al derecho castellano tradicional....*" *( enfasis añadido)*

[381] Ots y Capdequi José Maria, Opus cit; p 43".... *se decreto desde la metropoli que las disposiciones dictadas para su aplicación en estos territorios por los altos organismos de gobierno radicados en España - el Rey, la Casa de la Contatación de Sevilla y el Real y Supremo Consejo de las Indias - o por las autoridades coloniales facultadas al efecto tuvieran primacía en su vigencia y observancia, no pudiendo acudirse a las fuentes del derecho Castellano, más que a falta de precepto aplicable en las fuentes del derecho propiamente indiano..... Sin embargo como* ***las disposiciones peculiares del Derecho Indiano - Reales Cedulas, Provisiones, Cartas Reales, Instrucciones,***

La realidad jurídica indiana presentará consecuentemente, una evolución pseudo esquizofrénica en la que, por un lado se pretende imponer cierta juridicidad Castellana -*natural a la corona del pueblo conquistador*-, respetando al mismo tiempo por el mandato religioso de evangelización y protección del natural americano[382], un sinnúmero de situaciones que le eran contradictorias. Ambas terminaron confundiéndose y confundiendo la aplicación del derecho con consecuencias tan evidentes como la escasa consciencia jurídica que caracteriza la realidad nacional contemporánea. Lo anterior se complica aún más cuando las situaciones derivadas de la convivencia de ambos pueblos y culturas y su fusión en un mestizaje cultural, religioso social y jurídico, auspició el nacimiento de situaciones imprevisibles en la perspectiva *ab origine* de ambas culturas. El derecho tuvo que encontrar paulatibamete soluciones distintas, ajenas a ambas culturas y que fueron configurando particularidades y complejidades adicionales a la nueva cosmogonía jurídica indiana y a sus instituciones, fuentes y características.[383]

Es esta multiplicidad y riqueza de fuentes materiales, históricas y formales del derecho indiano[384], la que hará más explicable la búsqueda de certeza racionalista de corte legislativo que buscarán los codificadores decimonónicos ilustrados. Será la compleja situación del derecho español[385] y más precisamente el castellano[386], aunada a las implicaciones del encuentro de la civilización prehispánica *–cuyas particularidades anticipábamos líneas adelante–* con la europea occidental[387], las que exacerbaron, la complejidad del derecho pre codificado. Resultará la nueva nación en tierre fértil para la búsqueda de fenómenos codificadores. Una vez americanizado el

---

***Ordenanzas, etc... nacieron y se desarrollaron con una nota muy acentuada de casuismo, condicionadas en su contenido por el hecho concreto que las motivaba y sin que se intentasen amplias estructuraciones jurídicas de las distintas instituciones**, la aplicación del Derecho Castellano a pesar de su caracter supletorio tuvo que ser importante y frecuente ya que sobre amplias esferas de la vida jurídica muy poco o nada disponen las fuentes del derecho indiano....." ( enfasis añadido)*

[382] Esquivel Obregón Toribio, Opus Cit; p 211- 212

[383] Así, "*... en la esfera del derecho privado, la aplicación de los preceptos jurídicos contenidos en los diversos cuerpos legales de Castilla alcanzó en las Indias, casi la misma amplitud que en España. Cuando los gobernadores españoles se creyeron en el caso de legislar sobre la familia o la sucesión mortis causa, sobre el derecho de propiedad o sobre el derecho de obligaciones las normas que al efecto dictaron, **no hicieron otra cosa que regular nuevas situaciones de hecho**, sin alterar fundamentalmente la doctrina tradicional del derecho castellano...*" Ots y Capdequi José Maria, Opus Cit; p 43. ( enfasis añadido)

[384] Ots y Capdequi, José Maria, Historia del derecho español en America y del Derecho Indiano; Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid 1968; p 43

[385] Ots y Capdequi, José Maria, Opus Cit; , p 85

[386] Ots y Capdequi, José Maria, Opus Cit. p 205.

[387] Ots y Capdequi, José Maria, Opus Cit; p. 42

racionalismo y el iusnaturalismo europeo, el fenómeno codificador florecerá en tierras americanas especialmente a finales del siglo XVIII y principios del XIX[388].

Es al respecto fundamental mencionar que, en el derecho español, englobando en dicha categoría la multiplicidad de fuentes y ordenamientos que le caracterizan, podemos encontrar las mismas manifestaciones jurídico-sociales, que confluyeron en la búsqueda de un orden racional jurídico codificado, en los demás países del continente europeo que experimentaron el fenómeno del racionalismo jurídico a partir del siglo XVIII. La tardía codificación española evidenciada y subrayada por Tomás y Valiente[389], pese al hito Gaditano constitucional, brinda una muestra evidente de lo adicionalmente complejo que resultó el producto jurídico pre moderno en España.

La confusa realidad jurídica resultante en el derecho indiano, se prolongará para agravar aún más las cosas, durante la incipiente independencia nacional[390]. Como analizaremos más adelante, la imposibilidad de consensar políticamente la estructura y forma de gobierno de la nación mexicana recientemente independizada[391], perpetuará la aplicabilidad y vigencia positiva del derecho indiano de manera más o menos homogénea durante las primeras seis décadas de vida independiente. Durante las mismas, será esencialmente una respuesta de origen privado la que buscará lograr un poco de certidumbre en la determinación del derecho aplicable a las controversias civiles. Sin embargo, dichos esfuerzos, inmersos en la voragine propia del derecho indiano y de sus características premodernas, privarán a muchos de ellos, de la perspectiva sistemática propia de las codificaciones modernas e ilustradas. Asimismo, dichos esfuerzos

---

[388] Fuentes Lopez Carlos, El racionalismo jurídico, IIJ; UNAM, México, 2003, p 127.

[389] Tomás y Valiente Francisco, Manual de Historia del derecho español; Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p 468

[390] Rodriguez de San Miguel Juan Nepomuceno; Pandectas Hispano-Mexicanas, Estudio Introductorio de Maria del Refugio Gonzalez, UNAM, México, IIJ, 1991, p XIV del estudio introductorio en el que Maria del Refugio Gonzalez explica que: "... *muchos de los protagonistas de la acción politica de aquellos años [*de la nacion recientemente independizada *] ya no tenía frente a las tradiciones y costumbres anteriores la misma posición que quienes los habían precedido [....] con todo, la nueva sociedad presentaba muchas de las caracteristicas heredadas de la epoca colonial: una población poco integrada en razón de los diferentes estatutos jurídicos que habían existitdo a lo largo de la fase anterior; una iglesia poderosa que no estaba dispuesta a dejarse arrebatar los privilegios que había disfrutado y que esperaba fueran mantenidos en la nueva organización politica y de gobierno; un modelo economico heredado del proyecto borbónico que buscaba modernizar la economía fortaleciendo el desarrollo impulsado por el estado; minas y haciendas abandonadas, una industria incipiente basada sobre todo en la explotación de materias primas y una élite política fundamentalmente urbana constituida por grupos oligarquicos que identificaban sus propios intereses con los de la nación y que luchaban por implantar diversos modelos economicos que no lograban consolidarse* [...debiendo agregarse los problemas ....] *derivados de los apetitos de distintos paises por apoderarse de la nueva nación y la invasión norteamericana que había traido como consecuencia la perdida de más de la mitad del territorio....*"

[391] Ibidem; p XV; "*... en el campo jurídico el panorama derivado de la alternancia de gobiernos de diverso signo ocasionó que proliferaran disposiciones contradictorias que se hallaban sobrepuestas lo que creaba una gran confusión en la administración de jsuticia. No había certeza en torno al conocimiento del derecho aplicable hecho reiteradamente señalado por los más diversos personajes de la epoca...*"

quedarán aún muy lejos de los propósitos epistemológicos de la dogmática conceptualizadora de finales del propio siglo XIX.

### c) El racionalismo e iusnaturalismo como agentes indirectos de la codificación y el constitucionalismo en México, el resto de América y Europa.

Ciertamente no es antes del racionalismo, que se plantea en Europa – y *a nuestro estudio tampoco en España*–, la necesidad de una codificación, ni la perspectiva conceptualizadora que abordamos en el capítulo precedente. Al efecto narra Tomás y Valiente como, ese fenómeno en el *Ius Commune* fue evolucionando desde las raíces romanistas hasta una masa no sistemática de fuentes en el universo jurídico español, prolongándose inclusive hasta bien avanzado el siglo XIX[392]. No se dará dicho fenómeno en el caso español, sino hasta que, en forma tardía, la influencia del racionalismo e iusnaturalismo continental, permean en la jurisprudencia y confluyen con y en el proceso codificador español. Esta referencia es fundamental para efectos de esta investigación. En efecto, el fenómeno racional iusnaturalista antes referido afectará e influenciará igualmente –*de hecho, con más rápidos resultados*– el desarrollo en Nueva España. Tanto para efectos de pretensiones codificadoras de naturaleza racionalista como para efectos de la formación de conceptos con propósitos científicos, la Nueva España presentará una reacción más rápida que la metrópoli, por un sinnúmero de factores peninsulares –*sociales*, *políticos*, *religiosos entre otros*– que no serán abordados en esta investigación. Pese a las complejidades resultantes del proceso de definición político de la Nueva España, respecto de su forma de estado, por lo menos en lo que a la publicación de códigos, las primeras olas se verifican con Oaxaca y Zacatecas en los primeros veinte años de vida constitucional independiente. Como es sabido, la codificación española, primera y única tomará setenta años más, antes de cristalizarse efectivamente. Esas primeras codificaciones locales, no tuvieron, sin embargo, en virtud de la compleja situación política de esos primeros años, trascendencia para efectos de las hipotesis de este trabajo.

Antes de dicho fenómeno de codificación y de acuerdo con los parámetros indicados en los apartados y capítulo precedentes, las distintas manifestaciones dogmáticas novohispánicas e inclusive las del incipiente México independiente parecen todavía incipientes y casuísticas, con

[392] Tomás y Valiente Francisco, Opus Cit; p 483

poca pretensión y vocación generalizadora y codificadora[393]. El derecho indiano se perpetúa así en forma natural, una vez entrada la vida independiente de la nación mexicana, con cambios dependiendo del ámbito, por varias décadas. Esa continuidad del derecho indiano generará una confusa situación en el ámbito jurídico privado de la nación independiente[394], misma que se perpetuará durante la vida independiente en la incipiente dogmática a la que ulteriormente nos referiremos, volviendo aún más complejo el proceso conceptualizador macro heredado según descrito en el capitulo precedente.

Es evidente por lo todo lo anterior, como ya habíamos anticipado, que la influencia española en el derecho indiano, no tendrá *per se* y consecuentemente ningún tinte racionalista ni codificador y tendrá escasas sino nulas pretensiones conceptualizadoras. Lo anterior se perpetuará hasta verse influida a su vez, por el fenómeno racionalista, bien adentrado el siglo XIX, cuando la independencia de la antes Nueva España era ya plenamente un *fait-accompli* y las resistencias propias a la racionalización del derecho - propias de las luchas intestinas frente a la ilustración- habían sido superadas por virtud del triunfo liberal[395]. Debemos subrayar al efecto y en el contexto de lo antes mencionado, que los ánimos conceptualizadores consecuentes en el derecho mexicano, parecen ser mucho más tardíos.

En palabras de Tomás y Valiente[396] y de Carlos Fuentes López[397]- para los cuales como se ha indicado "*las raíces ideológicas y el soporte socioeconómico de la codificación y de las constituciones son ciertamente comunes a saber la filosofía jurídico política de la ilustración*"–, eso explica y justifica la génesis del movimiento codificador como un fenómeno simbiótico al movimiento constituyente revolucionario en Europa, al ser ambas manifestaciones, las consecuencias naturales del racionalismo en la vida jurídica tanto pública como privada.

---

[393] Soriano Cienfuegos Carlos, en "Circulación de modelos y centralidad de los códigos civiles en el derecho privado latinoamericano" en Boletín Mexicano de Derecho Comparado,IIJ- UNAM, número 136, enero-abril 2013, pp.143-146" menciona ciertamente los trabajos de Rodriguez de San Miguel y Mateos Alarcón como paladín de la dogmática juridica novohispana y de los primeros años de la nación Mexicana. Sin embargo , respecto de ambos, el nivel de abstracción y sistematización parece sin embargo aún incipiente. La abstracción conceptual y las pretenciones sistematizadoras y cientifico jurídicas no se verificarán sino tiempo después, de acuerdo con lo que más adelante se analizará y en atención a una fenomenología muy particular que analizaremos en su oportunidad.

[394] Rodriguez de San Miguel Juan Nepomuceno; Pandectas Hispano-Mexicanas, Estudio Introductorio de Maria del Refugio Gonzalez, UNAM, México, IIJ, 1991, p XVI, dentro del estudio indtroductorio del cual, Maria del Refugio Gonzalez nos precisa que: "*.... los autores de aquella epoca estuvieron de acuerdo en que la dificultad para conocer que derecho era el que había de aplicarse [era] derivada de la superposición de Leyes de uno y otro signo sobre el corpus general del antiguo derecho colonial ....*"

[395] Ibidem.

[396] Tomás y Valiente, Opus Cit; p 469-473

[397] Fuentes Lopez Carlos, El Racionalismo jurídico, IIJ, México; p 218

Así, si tomamos en cuenta que la gesta del derecho indiano inicia con la conquista, los varios siglos de virreinato transcurren, sin que el fenómeno jurídico novohispano presente mayores inquietudes codificadoras, epistemológicas, ni tampoco conceptualizadoras. El fenómeno jurídico parece mantenerse fiel a una tradición propia de la antigüedad en la que las fuentes de autoridad, la costumbre, el estatuto personal y demás peculiaridades antes descritas continúan privando. El derecho indiano que privará en el virreinato y en las primeras décadas de la república mexicana tendrá tintes esencialmente pre-modernos, resultante de la importación e imposición del derecho castellano con sus particularidades medievales ya antiguas, paulatinamente amalgamadas con las disposiciones propias de la organización virreinal e indiana[398]. La dogmática y las pretensiones epistemológicas del derecho serán en territorio mexicano, mucho posteriores.

El derecho indiano se desarrolla como un cauce y consecuencia natural del fenómeno jurídico español –*en lo particular el castellano*– según el mismo fue impuesto en la realidad novohispana[399], dentro de la cual, por las particularidades del fenómeno de la conquista y la colonia, se mezcló con ciertas instituciones jurídicas y sociales prehispánicas, con las que se desarrolló en simbiosis pre-racional al tener que ir regulando e innovando sobre la marcha para atender situaciones sociales que no tenían prevista las instituciones jurídico castellanas y que resultaban claramente de una experiencia social que le era –*ab origine*– totalmente ajena[400].

En todo caso, el derecho indiano se presenta y manifiesta, a lo largo de los siglos de virreinato y en los primeros años de vida independiente, al igual que el derecho castellano y su causahabiente el derecho español, esto es esencialmente casuístico, asistemático[401] y sin

[398] Rodriguez de San Miguel Juan Nepomuceno; Pandectas Hispano-Mexicanas, Estudio Introductorio de Maria del Refugio Gonzalez, UNAM, México, IIJ, 1991, p XVIII y XIX
[399] Ots y Capdequi, Opus Cit; p 42
[400] Ots y Capdequi, Opus Cit; p 43
[401] Rodriguez de San Miguel Juan Nepomuceno; Pandectas Hispano-Mexicanas, Estudio Introductorio de Maria del Refugio Gonzalez, UNAM, México, IIJ, 1991, p XVIII: "*.... Desde 1530 Carlos V ordnó que para la aplicación del derech o castellano, se respetara el orden de prelación establecido en el ordenamiento de Alcalá de 1348 y confirmando tanto en las Leyes de Toro de 1505, como en la Nueva recopilación de 1567 y la Novissima de 1805. Los ordenes de prelación habían alcanzado su apogeo en la Edad Media y los principios de la Edad Moderna; y al desarrollo de los movimientos recopiladores y sobre todo codificadores deben su ocaso ya que con esos cuerpos fueron perdiendo utilidad. En la Nueva España se utiliaron a lo largo de toda la epoca colonial y en los primeros años de vida independiente [...] Asi pués en las Indias y para nuestro caso en la Nueva España se presentó el mismo fenomeno que en España a saber: que e derecho aplicable se encontraba contenido en distintos ordenamientos procedentes de diversas epocas y dentro de los cuales se localizaban disposiciones contrarias, derogadas o en desuso. Para decirlo con las palabras de Rodriguez de Sa Miguel, la legislación española no se hallaba reunida [ ...] en código alguno sino por desgracia dispersa en muchos, muy distintos con tantas referencias los unos a los otros que a la vez que ninguno es ´útil, todos son indispensables porque ninguno es del todo inútil.* ***Al panorama de***

pretensiones epistemológicas que permitieran elaborar conceptos o siquiera generalizar y abstraer de manera general la esencia de las instituciones que iba encontrando o regulando.

Lo anterior perdurará, al igual que los demás fenómenos jurídicos pre racionales, hasta bien entrado el siglo XIX y una vez advenida la independencia nacional mexicana. Podríamos atrevernos a afirmar que al igual que el derecho español o castellano *per se*, una de sus características más marcadas es la falta de sistemática y de pretensión epistemológica. Más allá de las acotaciones referidas de la obra de Tomás y Valiente, el derecho novohispano es un claro reflejo de la pluralidad de fuentes y el carácter casuístico, asistemático y accidentado del derecho pre-moderno. Tal y como lo resume Oscar Cruz Barney[402] en el fenómeno del México independiente, a falta de un código civil, la pluralidad de fuentes y falta de sistemática, de naturaleza marcadamente medieval requería una estructura y orden de prelación complejo y pre moderno:

> "*... con la independencia y supervivencia del derecho español en México, el orden de prelación del derecho indiano será de forma más o menos homogénea y pese a algunos intentos sistemarizadores de naturaleza racional -Oaxaca y Zacatecas, los primeros- adoptado y adaptado dentro del derecho mexicano durante las primeras seis décadas de vida independiente, con el siguiente resultado:*
>
> ***Orden de prelación***
>
> *1. En los estados las Leyes de los congresos que cada uno ha tenido, pero en el distrito federal y territorios las Leyes generales; 2. Decretos de las cortes de España y reales cédulas de 1811 a 1821; 3. La ordenanza y reglamento de Indias del Cuerpo de Artillería del 10 de diciembre de 1807; 4. La ordenanza del real cuerpo de ingenieros del 11 de julio de 1803; 5. La ordenanza general de correos del 8 de junio de 1794; 6. La real ordenanza naval para el servicio de los baxeles deS.SM. de 1802; 7. La Ordenanza de intendentes del 4 de diciembre de 1786; 8. La Ordenanza de Minería del 25 de mayo de 1783; 9. Las Ordenanzas de S.M. para el régimen disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos del 20 de septiembre de 1769; 10. La Ordenanza de Milicia Activa o Provincial del 30 de mayo de 1767; 11. Las Ordenanzas de Bilbao del 2 de septiembre de 1737; 12. La recopilación de Indias de 1680; 13. La Novísima Recopilación de Castilla; 14. La nueva Recopilación de Castilla; 15. Las Leyes de Toro; 16. Las Ordenanzas Reales de Castilla; 17. El Ordenamiento de Alcalá; 18. El Fuero Real; 19. El Fuero Juzgo; 20. Las Siete Partidas; 21. El derecho canónico; y 22. El derecho romano.....*"

---

***suyo complicado que existía en la metropolí se agregó el no menos imbricado que se fué creando en las colonias americanas en las cuales se dictaban miles de disposiciones tanto desde la metropoli como por parte de las autoridades locales para resolver los problemas que se iban presentando****....*" ( enfasis añadido)

[402] Barney Cruz Oscar, La codificación en Mexico, 1821-1917, una aproximación IIJ,UNAM; p 47.

Cabe al respecto añadir la referencia expresa del propio Oscar Cruz Barney, para quien después de citar este orden de prelación del derecho indiano y novohispano, concluye como colofón pre-codificación que: " *…este orden de prelación estuvo vigente mientras se promulgaban los códigos de carácter nacional. El parteaguas en esta situación fue el Código Civil de 1870, pedido* ***ya por todos, ya que era imposible manejar tal cantidad de disposiciones sin perderse****..*" (*énfasis añadido*) [403] Adicionalmente cabe referir que el derecho aplicable en la Nueva España seguía al efecto un parámetro de estatuto personal *–especialmente marcado en relación con los naturales americanos*[404] *–.*

Lo anterior replica en forma "acentuada" el antiguo régimen de la Nueva España y permite concluir que buena parte de los mismos factores reclamos y necesidades que impulsaron la codificación en Europa, fueron los que lo impulsaron en el México independiente, tres siglos después de la conquista. Lo anterior sólo atendiendo el factor epistemológico dentro del ámbito de lo que hoy conocemos como derecho privado y sin hacer referencia a la simbiosis de este proceso con el proceso constitucionalista tal y como se refiere en otras secciones de la presente investigación.

Cabe referir así que durante los primeros años de vida independiente, el derecho privado mexicano se desarrolla bajo los mismos cauces de autoridad que el derecho común en Europa[405][406]. Las fuentes y referencias siguen siendo, en la terminología de Álvaro D'Ors, más fenómenos de autoridad que de potestad. La aplicación del derecho se da esencialmente bajo estatutos personales. El precedente, así como la costumbre tienen una situación privilegiada, frente a los ordenamientos que siguen siendo viejos - *virreinales y castellanos algunos*- muchos, confusos y contradictorios[407]. La conceptualización, así como la generalización y la abstracción son fenómenos totalmente ajenos e imperceptibles.

---

[403] Cruz Barney Oscar, Opus Cit; p 47

[404] Adonon Viveros Akuavi, El primer código civil en México, Código Civil de Oaxaca, 1827- 1829, p 12

[405] Rodriguez de San Miguel Juan Nepomuceno; Pandectas Hispano-Mexicanas, Estudio Introductorio de Maria del Refugio Gonzalez, UNAM, México, IIJ, 1991, p XX para la cual claramente; " *....la independencia no significó en materia jurídica la creación de un nuevo orden jurídico que sustituyera al de los tiempos coloniales, no obstante qye fué interés de todos los gobiernos nacionales dictar nuevos códigos que vinieran a fijar las reglas de la administración de justicia y el contenido de las diversas ramas del derecho....*"

[406] En el mismo sentido, Gonzalez Maria del Refugio, Estudios sobre la historia del derecho civil en Mexico durante el siglo XIX, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1981, p 67

[407] Rodriguez de San Miguel Juan Nepomuceno; Pandectas Hispano-Mexicanas, Estudio Introductorio de Maria del Refugio Gonzalez, UNAM, México, IIJ, 1991, p XX y XXI, "*.... desde la consumación de la independencia, el artículo 211 del Decreto Constitucional de Apatzingán, de 22 de octubre de 1814, habia establecido que todas aquellas disposiciones que no chocaran con las emanadas de los gobiernos independientes continuaran vigentes, en tanto se dictaban las nuevas. El espiritu de esta disposicion se mantuvo a lo largo del siglo XIX hasta que los*

Vale la pena mencionar que lo anterior servirá como plataforma social para el desarrollo del racionalismo jurídico novohispano como consecuencia del racionalismo, el voluntarismo y el contractualismo jurídico europeo[408]. Esos fenómenos se desarrollarán primaria y especialmente, en su vertiente publica de fértil y prolífica producción constitucional, en virtud de la situación política de la Nueva España y del México independiente.

Lo anterior detonará igualmente en consecuencia en el incipiente ámbito privado, una evolución que, aunque menos contundente por los obstáculos propios de la gestación jurídico pública de la nación, si se irá gestando. Dicha evolución será factible en forma lenta y accidentada en atención a las múltiples y sucesivas luchas intestinas que tanto le dificultaron. Siendo sin embargo generosos, es importante subrayar que la misma tuvo una evolución razonablemente expedita dentro del siglo primero de la vida del México independiente, considerando comparativamente el caso de su ex- metrópoli, así como la gravedad de sus conflictos políticos internos. Dichos conflictos reflejan la evidente y profunda crisis de identidad política y consecuentemente la falta de identidad constitucional y jurídica que le afectaba. Considerando ciertas y adecuadas las aseveraciones tanto de Tomás y Valiente como de Carlos Fuentes López respecto de la evolución simbiótica entre constitucionalismo y codificación como consecuencia de la ilustración y el racionalismo jurídico, la crisis constitucional "juvenil" de la primera República Mexicana es un síntoma inequívoco de la incapacidad resultante para poder darse un código que reflejara efectivamente su realidad civil con efectos trascendentes y duraderos.

Los primeros códigos -fueron publicados, *así sea de naturaleza local* - en los primeros y escasos años de la proclamación de la independencia mexicana[409] y los primeros códigos de naturaleza federal hasta una vez cumplicas las primeras cinco décadas de su vida independiente[410]. Es claro que las luchas intestinas de la Nación Mexicana independiente y la

---

*antiguos ordenamientos fueron paulatinamente sustituidos por los códigos patrios en el último tercio del siglo. Antes de que eso sucediera, la alternativa de gobiernos de distinto signo hizo que el panorama de suyo imbricado desde la fase anterior se hiciera todavía más complejo.....*"

[408] Vid. Villey Michel, Opus Cit;

[409] Adonon Akuavi, Opus Cit; p 1.

[410] Rodriguez de San Miguel Juan Nepomuceno; Pandectas Hispano-Mexicanas, Estudio Introductorio de Maria del Refugio Gonzalez, UNAM, México, IIJ, 1991, p XXI; "*.... la imposibilidad de lograr un consenso sobre el contenido de lo que habría de ser el nuevo orden jurídico llevó sobre todo a los gobiernos federalistas, a la creación de nuevas instituciones en sustitución de las antiguas y a la promulgación de disposiciones destinadas a regular una nueva situación que no acaba de consolidarse. Por su parte los gobiernos centralistas adoptaron una posición conservadora tratando de mantener en lo posible la estructura y el derecho del para entonces, " antigua regimen....*"

gravedad de sus consecuencias en su primer siglo de vida denotan que la independencia se logra sin haber definido antes, como resultaría *prima facie* necesario su identidad política constitucional. Esto tendría ineluctablemente un efecto en el fenómeno codificador, por virtud de la relación referida entre ambos fenómenos.

Más allá de la capacidad de abstraer la realidad de la vida de los particulares en reglas generales abstractas e impersonales, en virtud del fenómeno racionalista ya experimentado, la codificación se vería dificultada *prima facie* por la incapacidad nacional para determinar de forma duradera, las competencias jurídicas entre la federación, los estados o un gobierno central. Lo anterior haría de los esfuerzos codificadores, batallas pírricas de corta duración y efectos[411].

Fue ciertamente, la situación política, social e intelectual de la Nueva España y de la recién independiente Nación Mexicana, la que dio escasa maniobrabilidad a un fenómeno de codificación racionalista. Pese a la temprana publicación de ciertos códigos civiles en el ámbito estatal, podemos considerar que las posibilidades de conceptualización generalizadora y abstracta fueron escasas, pero sobre todo lejanas a los paradigmas jurídicos de la sociedad novohispana y de la posteriormente incipiente, nación mexicana, durante las primeras décadas de su vida independiente.

La sociedad novohispana y posteriormente la sociedad mexicana independizada, amén de su amalgamamiento en el ámbito privado, con fenómenos jurídicos prehispánicos, por escasos que estos fueren, siguió en gran medida los cauces del derecho del antiguo régimen continental europeo. La ilustración y racionalismo jurídico que auspiciaban independencia, constitucionalismo y codificación, tardaron en madurar respecto del último de los tres fenómenos[412]. El derecho privado será para la misma, esencialmente casuístico y no existen

---

[411] Rodriguez de San Miguel Juan Nepomuceno; Pandectas Hispano-Mexicanas, Estudio Introductorio de Maria del Refugio Gonzalez, UNAM, México, IIJ, 1991, p XXI; habla el propio Juan Nepomuceno Rodriguez de San Miguel: " *la nuestra [la legislación] después de caso treinta años de revolución, no solamene de armas, sino de costumbres, gobierno y estado, lamenta y resiente más que otra alguna la compilación, diversidad e incertidumbre de las Leyes. Las monarquías de diversos siglos y códigos mezcladas con las constituciones españolas, con las recopiladas y las no recopiladas de Indias, con la forma federal y con las de forma central, las unas en parte vigentes en parte alteradas en parte acomodadas con nomenclaturas de autoridades, corporaciones, y causas que han desaparecido como virreyes corregidores, intendentes, consulados, etcetera y cuyas atribuciones se han distribuido según su naturaleza entre los poderes legislativo, ejecutivo o judicial* ***forman caos tenebroso, retardan la administración de justicia dificultan el despacho y el acierto de las autoridades e impiden la instrucción*** *exigiendose para poseer al menos los códigos indispensables un desembolso de consideración....*" ( enfasis añadido)

[412] Rodriguez de San Miguel Juan Nepomuceno; Pandectas Hispano-Mexicanas, Estudio Introductorio de Maria del Refugio Gonzalez, UNAM, México, IIJ, 1991, p XXIII; "... *en el Mexico decimonónico, el movimiento constitucionalista es anterior a la independencia. El de codificar el derecho por ramas, aunque se inició inmediatamente después de la emancipación politica, tardó varias décadas en consolidarse. Tenemos conocimiento del afán de codificar el derecho, en los cincuenta primeros años de vida independiente, a través de diversos*

pretensiones cientifizantes del conocer jurídico. La dogmática conceptualizadora y con pretensiones científicas será incipiente o prácticamente inexistente. Podríamos atrevernos a considerar que las pretensiones de carácter jurídico-epistemológico, de acuerdo con parámetros modernos serán prácticamente inexistentes. El derecho se aplicará y recopilará, pero no se ordenará, ni se codificará[413]. No existe sistematización jurídica privada en la incipiente nación mexicana –*misma que será producto del iusnaturalismo y el racionalismo*–, pero que se verá adicionalmente retrasada en su implementación en el ámbito privado, en virtud de la dificultad para definirse constitucionalmente.

Los escasos esfuerzos de sistematización quedarán en el ámbito privado como es el caso de las pandectas de Rodríguez de San Miguel sus-mencionadas. Esto no está en sus metas o programas, no se considera parte de sus características o *desiderata*. La realidad Novo hispana, así como la de la incipiente nación mexicana tiene poco tiempo y vocación para el análisis y la polémica jurídico científica, al menos durante y hasta las primeras décadas de vida independiente, especialmente en el ámbito privado. Los esfuerzos de Rodríguez de San Miguel, por nombrar solo a uno de los más destacados en el ámbito de nuestra hipótesis de estudio, tiene una escasa visión sistematizadora y epistemológica respecto de la generación de conceptos y respecto de la dogmática de la obligación *per se*[414].Al respecto, las Pandectas Hípanos Mexicanas no pretenden ser sino una compilación privada del derecho, para lograr una visión omnicomprensiva de la variable y "caótica" situación de fuentes del derecho aplicable en Nueva España[415]. Dicha compilación tiene en opinión del suscrito, para efectos de los propósitos de la

---

*testimonios: las opiniones de los juristas, la existencia de diversas comisiones codificadoras, y la publicación de varios proyectos de códigos e incluso la promulgación de algunos de ellos.....*"

[413] Tomás y Valiente Francisco; Opus Cit, p 466 mismo que detalla que antes del fenomeno codificador "*.... las recopilaciones trataban de todo y esa misma* ***heterogeneidad de su contenido las hacía desordenadas y monstruosas****. ( enfasis añadido). Desordenadas porque la estructura sistemática de una recopliación era muy elemental y sólo servía para separar grandes campos jurídico; procedían de un tiempo ( siglos XVI, XVII principalmente) en el que la preocupación sistematizadora de los juristas era escasa y aún esta aparecía por lo general mal recogida por los recopiladores siempre más atentos a acumular no a ordenar. Las recopilaciones eran además cuantitativamente monstruosas, inmensas. Un código es una obra breve un libro de bolsillo. Como trata de una sola materia ( el derecho civil, el penal, el mercantil, el procesal) puede tener orden y medida. La homogeneidad de contenido es garantía de claridad y de coherencia....*"

[414] Rodriguez de San Miguel Juan Nepomuceno; Pandectas Hispano-Mexicanas, Estudio Introductorio de Maria del Refugio Gonzalez, UNAM, México, IIJ, 1991, Tomo II; para el cual no hay un analisis ni un tratamiento en especifico de la obligación. Rodriguez de San Miguel sigue el planteamiento del Code Napoleon para el cual, no hay tratamiento dogmático de la institución "obligación" como veremos en el tercer capitulo, sino solo de las instituciones concretas conctractuales.

[415] Ibidem, p XXI "... *Para ayudar a poner orden en el* ***caos*** *de la legislación publicó Rodirguez de San Miguel sus Pandectas en 1839, reconociendo que su obra era 'una simple compilación provada supletoria de la buena o mala*

generación de conceptos, así como para el conocimiento epistemológico del derecho y consecuentemente para la materia de la presente investigación, un efecto primario marginal sino inexistente.

Por todo lo anterior en el contexto de esta investigación, la formación de conceptos jurídicos en el contexto de lo antes expuesto es incipiente, en la cosmogonía jurídica precolombina, tanto como lo era en la novohispana y en la hispana pre racionalismo e ilustración[416]. Lo anterior será replicado en el universo Mexicano luego de la consecución de la independencia durante algunas décadas, al priorizar la doctrina jurídica posterior al fenómeno independentista, la dogmatización y estructuración de la nación mexicana en el ámbito público y abandonar la dogmática privada a una segunda etapa que tardaría varias décadas en llegar y que sería consecuentemente a la postre relegada a un segundo lugar cuasi permanente y totalmente dependiente de la importación europea, con las implicaciones previamente referidas.

En la cosmogonía de la recién independizada nación mexicana los objetivos jurídicos se fijarán primariamente en el ámbito del derecho público. Lo anterior se entiende en virtud de su inminente prioridad de lograr su subsistencia en el concierto internacional. Adicionalmente, las intensas y repetidas luchas políticas intestinas por lograr su definición constitucional dejan poca opción, tiempo y posibilidad para que el poder legislativo normalmente de poca duración y trascendencia y con intereses predominantemente sectarios, pudiera enfocarse en el derecho privado, en la codificación. La doctrina se enfoca así en los temas iuspublicistas y la dogmática jurídica privada es mucho más limitada.

Así nos narra Oscar Cruz Barney, la conflictiva situación entre federalistas y centralistas que de entrada, dificulta y obstruye la posibilidad de códigos civiles duraderos y trascendentes. Si bien ha quedado demostrado para el suscrito que la conceptualización no puede pretenderse

---

*legislación actual que proporcione sobre cada materia lo que corre por tan separados lugares y volúmenes tan costosos...*'"(énfasis añadido)

[416] Adonon Akuavi; Opus Cit p 14 para la cual: "....  *El derecho indiano era producto de las disposiciones dictadas por las autoridades españolas para aplicarse en América. Se trataba de las disposiciones provenientes del rey, del Consejo de Indias y de la Casa de Contratación de Sevilla. Ante la imposibilidad de trasplantar en su integridad el derecho de Castilla a las indias occidentales, dadas las condiciones sociales, económicas y politicas que presentaban aquellas nuevas tierras, los monarcas españoles se vieron en la necesidda de expedir nuevas Leyes que se ajustasen a la realidad americana, nuevas en tanto que no tenían precedentes en Castilla, pero que derivaban de los principios jurídicos de la Edad Media. Las normas eminentemente casuísticas eran dadas para resolver casos concretos.La nueva legislación se iba creando conforme conforme ibasn surgiendo los problemas. Con frecuencia se contradecían y en algunas casos eran rectificadas pues lo que se buscaba ante todo er al perfecta adecuación de la Ley  a la realidad socioeconomica de las nuevas tierras. la legislación indiana fué también objeto de diversas recopilaciones. Es de destacar la recopilacion de las Leyes de los Reynos de las Indias de 1680. Por último, el derecho castellano era el derecho vigente y aplicado en Castilla ( sic) y este se aplicaba en la Nueva España .....*"

dependiente de la codificación, si es cierto que se ha igualmente demostrado que la despersonalización, la abstracción y la generalización son propias a ambos derroteros, por lo que normalmente se presentan en la historia de las sociedades que se han analizado, de forma razonablemente contemporánea. El análisis dogmático jurídico sigue así en los primeros años de México la misma suerte que la legislación. Durante las primeras décadas de la vida independiente del país, la discusión política, legislativa y dogmática jurídica se centra en el ámbito constitucional, entre las tesis y posiciones centralistas y federalistas, seguidas ulteriormente por la diatriba conservadora versus liberal respectivamente. Los esfuerzos codificadores son aislados ya que la trascendencia temporal de los congresos respectivos *–en el debatido ámbito constitucional–* es corta. La indefinición político constitucional del país en su conjunto afectará la factibilidad codificadora.

Es así, en virtud de lo anterior que la posible definición y publicación de un código civil con sus consecuencias dogmáticas, así como la definición de su ámbito de validez tomó varias décadas en decidirse con trascendencia temporal y más en volverse efectiva.[417] Ciertamente la auto-configuración jurídico política de la nación ocupó la preocupación y la prioridad de las primeras décadas de las élites jurídicas del México independiente. Lo anterior implicaba una objeción de principio para la elaboración de un ordenamiento civil de corte racional y efectos dogmáticos duraderos y trascendentes. Los efectos se relevaron en el ámbito local y central durante las sucesivas experiencias constitucionales de una y otra tendencia.

Cuantimás, la elaboración profunda y fundada de conceptos y sistematización del derecho privado y consecuentemente la del concepto de obligación que nos ocupa tardó aún muchos años en volverse un tema de atención y estudio relevante. Los congresos y sus ámbitos de facultad, sucesivamente federales y locales o centrales, según correspondiese a la configuración constitucional del régimen, alegaban sucesivamente competencia en la materia común, impidiendo proyectos de larga duración en el ámbito legislativo civil. La doctrina se vuelca y discute el ámbito constitucional. Esa es la prioridad dogmático jurídica del país en sus primeros años de vida independiente.

---

[417] Cruz Barney Oscar; Opus Cit; p 50; para el cual; "*.... el estudio de la codificación civil en México se suele dividir de acuerdo con las opciones políticas, federales, o centales que han estado vigentes en nuestro país. Tanto los gobiernos federalistas como los centralistas llevaron a cabo esfuerzos codificadores. Tenemos entonces las siguientes etapas: sistema federal ( 1846- 1867); Constitución de 1857 y Bases del Imperio Mexicano ( 1854 - 1867 ) ; consolidación del movimiento codificador. Los códigos civiles de 1870 y 1884....*"

Lo anterior implicó la continuación y continuidad del derecho indiano, después de varias décadas de vida independiente, hasta la publicación de los primeros ordenamientos. Akuavi Adonon nos menciona como:

> "*...la labor jurídica estaba en manos de una verdadera clase de juristas, relacionada íntimamente con la vida cotidiana y la problemática se resolvía atendiendo a las particularidades y características del caso, hasta la concepción de un diseño filosófico ligado a abstracciones y reglas generales…*"[418]

Cabe mencionar que independientemente de la problemática constitucional mexicana y en adición a ella, la tardía llegada del racionalismo y el humanismo en España tuvo sin duda también alguna consecuencia en todo lo anterior. Ciertamente no es sino merced al fenómeno de la ilustración y la influencia francesa durante la intervención napoleónica que el racionalismo y la influencia y génesis codificadora se manifiestan primeramente en la península y posteriormente en sus colonias, notoriamente en la Nueva España. Lo anterior sin profundizar adicionalmente en este apartado que la dogmática y sistemática conceptualizadora, tal y como se analizó en el capítulo anterior, no se manifiesta en Europa, sino a finales del siglo XIX vía la escuela histórica y la resultante jurisprudencia de conceptos. Valga esta última aseveración para redondear, que carencia de pretensiones epistemológicas y conceptualizadoras en la doctrina jurídica mexicana durante los primeros años de vida independiente y durante todo el siglo XIX, no es un fenómeno que pudiera criticarse como único en occidente.

Sin embargo cabe referir que así sea de manera muy lenta y gradual, una vez impregnada España, la influencia de la enciclopedia y sus afanes libertarios el fenómeno se contagia rápidamente –cinco décadas– en Nueva España, donde dicha influencia enciclopedista y racionalista corre como reguero de pólvora durante el siglo XVIII, permeando con fluidez y profundidad –*inicialmente ius publicista*– en el pensamiento libertario de los criollos que ven la oportunidad y el motivo para desencadenar la independencia. En el ámbito dogmático iusprivatista, esto no se traducirá en pretensiones codificadoras y epistemológicas sino hasta bien avanzado el siglo XIX y a principios del siglo XX respectivamente, tal y como veremos en los siguientes apartados.

Al efecto cabe mencionar que pese a la priorización del fenómeno ius público, (y siguiendo tanto a Tomás y Valiente como a Carlos Fuentes López) este movimiento libertario de

[418] Adonon Akuavi, Opus Cit, p 1.

índole política parece indisociable en abstracto, del fenómeno codificador que de hecho le seguirá. Sin embargo, por rápida que aconteciese la racionalización del derecho y el fenómeno codificador, la misma se verifica tardíamente en la América española, así como en España.

Mientras tanto el derecho privado sigue los cauces del antiguo régimen, altamente influenciado de entrada por el derecho español, legal y doctrinal[419].

Así, se manifiestan ambas corrientes - *constitucionalista y codificadora* -como evidencias de una determinada edad de madurez en la formación jurídico política de los pueblos relacionados. Esto es explicable según Francisco Tomás y Valiente, al ser ambos dos, efectos naturales del racionalismo jurídico propio del siglo XVIII[420]. La conceptualización dogmática moderna con pretensiones epistemológicas sin ser exclusivamente consecuencia de los fenómenos anteriores, se dará - *etceteris paribus* - con posterioridad.

### d) Correlación del constitucionalismo y la codificación en abstracto, así como en el México independiente.

Tanto el movimiento constitucionalista europeo del siglo XVIII como el fenómeno de codificación general abstracta e impersonal, son consecuencias indisociables del racionalismo europeo[421]. Así, la promulgación de las primeras constituciones francesas derivadas de la

---

[419] Rodriguez de San Miguel Juan Nepomuceno; Pandectas Hispano-Mexicanas, Estudio Introductorio de Maria del Refugio Gonzalez, UNAM, México, IIJ, 1991, p XXIII; en lo que las codificaciones pudieron ser implementadas: "*.... a partir de los testimonios que sobre estos textos han llegado hasta nosotros, se puede afirmar que se utilizaron los instrumentos siguientes: a) la edición y re-edición mexicanizada de obras doctrinarias, sobre todo españolas que sirvieran de ayuda al juez, al estudiante, o al litigante, para el conocimiento de la doctrina jurídica secular complementada con las disposiciones del derecho vigente. Varios de los juristas de la epoca se dieron a la tarea de editar obras propias que contuvieran los principios y la legislación de una rama del derecho. Algunos otros se dedicaron a la mexicanización de obras doctrinarias sobre todo españolas para ponerlas al alcance de los estudiosos del derecho agregando en cada edición, la legislación mexicana vigente. Los autores que las elaboraban, estaban de acuerdo en que, a falta de cuerpos legislativos propios se aplicarían los códigos españoles. Es decir en defecto de Leyes propias habría de acudirse al conjunto de disposiciones que conformaban el orden jurídico de la epoca colonial salbo en aquellas materias que contaran con legislación expedida por las autoridades u organos legislativos mexicanos. El caracter de estas obras fué estrictamente doctrinario ya que carecían de sanción oficial, pero su uso fué amplio tanto en el foro como en la enseñanza...*"

[420] Tomás y Valiente Francisco, Opus Cit; p 469

[421] Tomás y Valiente Francisco; Opus Cit; p 467 para el cual también, "*... las raíces ideológicas y el soporte socioeconomico de la codificación y de las Constituciones son ciertamente comunes, a saber, la filosofía jurídico-política de la Ilustración y la etapa ascendente y dominante de la clase burguesa. Si las constituciones representan la organización del estado liberal burgués de derecho, los códigos pretendieron contener el resto de la organización jurídica de la sociedad burguesa. Es más en buena política legislativa, las constituciones debieron preceder a los Códigos ya que significan respecto a ellosel presupuesto lógico y jurídico fundamental.* ***El modo de creación del Derecho del Estado Liberal consiste pués en el Constitucionalismo y la Codificación***..." *( enfasis añadido)*

revolución, tienen como efecto inmediato, las primeras inquietudes codificadoras que fructificarán algunos años después con el Código Napoleónico.

Ambas nociones - *constitución y código*- son consecuencias indefectibles del mismo fenómeno. Cada una corresponde a la vertiente pública y privada. Asimismo, si en casos aislados y por circunstancias metajurídicas, han podido desarrollarse alguna sin la otra - *verbigratia* el caso inglés, donde el fenómeno constitucionalista no desarrolló una vertiente codificadora de tipo continental en forma alguna o el propio caso español donde el fenómeno codificador tomo muchas más décadas para evidenciarse[422]- la regla general parece ser, en opinión de voces autorizadas corroborando la hipótesis central de esta investigación, que las mismas son simbióticas. Ambas son ciertamente manifestaciones del racionalismo y la ilustración aplicadas a la estructuración del estado, la vida en sociedad y la organización del fenómeno jurídico.

Lo anterior es particularmente ilustrativo y visible para el caso mexicano, donde todos los factores que hemos venido enunciando confluyen simultáneamente a finales del siglo XVIII y en los albores del XIX. Sin embargo, como hemos anticipado y analizado en las líneas precedentes, la codificación mexicana tendrá puntuales y esporádicas manifestaciones que se diferirán en su manifestación trascendente del fenómeno constitucional, en atención a la futilidad y a la rotación de este.

Más allá de ese desface cronológico, parece razonable afirmar que la cronología simbiótica entre el fenómeno constitucionalista y codificador es un factor omnipresente en occidente y en países americanos por lo menos - *salvo contadas excepciones* - lo que explica claramente la génesis del estado nación occidental. [423]

Amén de servir como factor de identificación de la identidad nacional española frente a la invasión, la experiencia napoleónica en España reforzó fugaz, aunque profundamente, la perspectiva racionalista, iusnaturalista e ilustrada que había iniciado durante las últimas décadas del siglo XVIII como lo evidencia la experiencia constitucionalista gaditana[424]. En ese sentido la perspectiva de Carlos Fuentes López es igualmente contundente, respecto de los fines libertarios de la codificación:

[422] Tomás y Valiente, Francisco; Opus Cit; p 483
[423] Tomás y Valiente Francisco; Opus cit; p 468
[424] Tomas y Valiente Francisco; Opus cit; p 466.

" ***la codificación fue la expresión final de los propósitos del iusnaturalismo, síntesis final que significa el fin del derecho antiguo (como un derecho disperso) y el surgimiento de un nuevo derecho igualitario*** *(énfasis añadido). Lo que más penetró de las ideas iusnaturalistas fue la tendencia individualista, sancionando positivamente lo que el iusnaturalismo había proclamado como derechos innatos del hombre, libertad, propiedad e igualdad. La influencia del iusnaturalismo fue más que en el contenido normativo en su estructura formal. (...) La aspiración de formular positivamente las normas emanadas de un derecho natural derivado de la razón supuso que la codificación lo había logrado y que se había conseguido un derecho universal válido para todos los hombres en todos los tiempos...*" [425]

Lo anterior como proceso indisociable de la codificación del derecho público o el fenómeno constituyente. Habla igualmente Carlos Fuentes López:

"*Al contar con un sistema filosófico como sustento, el racionalismo a diferencia del humanismo, provocó una revolución que afectó a todas las ciencias y a todas las estructuras sociales, políticas y económicas del mundo occidental (...) A partir de la segunda mitad del siglo XVIII las ideas revolucionarias del iusnaturalismo influenciaron buena parte de la ideología revolucionaria que plasmaría sus consignas en las declaraciones de derechos del hombre promulgadas por los independentistas norteamericanos y los revolucionarios franceses (....) En el derecho se consagró la diferencia del derecho público y el privado; el desarrollo del primero condujo a otros cambios importantes en el mundo occidental. A partir de la guerra de independencia de Norteamérica y de la Revolución Francesa, las nuevas ideas se propagarían durante el siglo XIX desarrollando un importante papel en las independencias de los países americanos, el risorgimiento italiano y la unificación alemana. En el ámbito del derecho privado, las ideas racionalistas influyeron en los principios y en el método de aplicación de las normas y en menor medida en el contenido de los códigos básicos que fue derivado de las fuentes romanas y del ius commune énfasis añadido).* ***El nuevo sistema jurídico creado por el racionalismo encontró expresión en dos fenómenos: el constitucionalismo (en el ámbito del derecho público) y la codificación (en el ámbito del derecho privado).*** *(énfasis añadido) Las constituciones debían expresar los principios fundamentales sobre los que quedaba construido el cuerpo político y los bienes fundamentales que debía tutelar el poder político, para después deducir de estos principios las normas generales abstractas que debían recoger los códigos, ordenando dichas normas conforme a un sistema lógico.* ***Constitucionalismo y codificación fueron los dos fenómenos jurídicos que surgieron con motivo de las ideas iusnaturalistas, al convertirse en uno de los objetivos fundamentales del nuevo Estado en construcción****. (énfasis añadido)*"[426]

La codificación duradera y estable de la Nación Mexicana independiente no será inmediata. Sin embargo, esto no contraviene el hecho de su relación con el fenómeno

[425] Fuentes Lopez Carlos; Opus cit p. 247
[426] Fuentes López Carlos, Opus cit; p 217-218

constituyente ilustrado y de ambos como consecuencias del racionalismo jurídico ilustrado. La conceptualización con tintes epistemológicos modernos será en todo caso más tardía.

**e) La realidad constitucional del México independiente y su impacto en el fenómeno codificador mexicano.**

México logra su independencia en 1821 después de más de una década de lucha en la que las raíces de la colonización y las incipientes influencias filosófico políticas de la ilustración que llegan por muchas vías, desangran al país y sientan las bases para una primaria vida independiente que se anticipará y vivirá muy difícil.

Las primeras diferencias entre concepciones imperiales contrapunteadas con concepciones republicanas oponen a los líderes triunfadores de la lucha independentista. Las influencias y divergencias de intereses europeos y norteamericanos varios, así como entre católicos o masones, centralistas o federalistas o liberales o conservadores, marcan un siglo XIX en el que la definición de la estructura constitucional del Estado mexicano se ve claramente comprometida y en discusión permanente. La derivada codificación tendrá un impacto que se anticipa y justifica.

Ciertamente, abundando sobre Tomás y Valiente y Carlos Fuentes López, es menester enfatizar que la factibilidad de la publicación efectiva de Códigos civiles consecuentes se verifica difícil y pasa a ocupar un segundo lugar en las prioridades jurídicas de los congresos, de la reflexión jurídica y de la "Nación". Adicionalmente, los intentos codificadores que se manifiestan pese a todo lo anterior, gozan de muy reducida influencia y trascendencia tanto territorial como temporal. Los primeros códigos civiles publicados en la incipiente nación mexicana, dentro de las primeras décadas de su "mayoría de edad", son rápidamente puestos en entredicho por la caída del sistema federalista. Lo mismo sucede con los primeros intentos de publicación legislativa de naturaleza nacional, que se desmorona cuando los regímenes centralistas son a su vez y nuevamente reemplazados por sistemas federalistas. Serán, las distintas y sucesivas estructuras constitucionales del pais durante el siglo XIX, cada una contraria y opuesta a la realidad jurídico constitucional inmediato precedente e inmediato siguiente[427] las

[427] Cruz Barney Oscar; La codificación en México 1821- 1917; IIJ, UNAM, 2004, p 50, para el cual, " ....*el estudio de la codificación civil en México se suele dividir de acuerdo con las opciones políticas, federales o centrales que han estado vigentes en nuestro país. Tanto los gobiernos federalistas como los centralistas lleavron a cabo esfuerzos codificadores . Tenemos entonces las siguientes etapas: sistema federal ( 1824- 1835) , sistema central (*

que auspicien que durante todo ese tiempo y hasta 1870, México no goce de una definición civil de trascendencia positiva y con vigencia legal reconocida de manera general en todo el territorio. Igualmente, los primeros intentos locales como Oaxaca y Zacatecas - *todos de influencia napoleónica en forma y substancia* - por nombrar algunos, tienen fútil vigencia. De hecho, las sucesivas reformas constitucionales dejan la realidad del derecho civil en una situación notoriamente secundaria.[428]

Aun cuando se considere, como mencionado en el primer capítulo, que no hay una relación de causa efecto necesaria, los efectos sobre la dogmática no son difíciles de predecir. Ciertamente en esos primeros años de vida independiente de la nación mexicana, los esfuerzos de algunos congresos locales (i.e. Oaxaca - 1827 - 1829 [429] y Zacatecas 1829 en primer lugar, seguidos prontamente por Jalisco 1833 y Guanajuato) se avocaron a redactar y publicar códigos civiles. Dichos ordenamientos en el ámbito local correspondiente, buscaban llenar ese vacío que derivaba del encuentro de la ilustración racionalista post-independencia y la falta de definición respecto de la estructura constitucional del país entero. Sin embargo, el regreso al sistema centralista[430], también de corta duración, daría pie a nuevos proyectos en el ámbito y competencia nacional mismos que se suspenderían igualmente poco después, en atención a los siguientes vaivenes político constitucionales del país.

Lo anterior corrobora, sin embargo, para efectos del curso de la presente investigación, que la tendencia codificadora es hija legítima y propia del fenómeno constituyente libertario. Los postulados codificadores serán, por lo menos de acuerdo con lo anteriormente demostrado para efectos del caso mexicano, totalmente dependientes de la realidad jurídico constitucional. La codificación se confirma, en el ámbito del iusnaturalismo racional, como una segunda etapa en el movimiento de autodefinición del estado nacional moderno, una vez que los parámetros constitucionales ha sido definidos acordados y plasmados.

Dicho lo anterior, es claro que de la misma manera que el derecho mexicano positivo y vigente, no logra una sistematización efectiva y trascendente durante los años anteriormente

---

*1835- 1846 ); sistema federal ( 1846- 1853 ) Constitución de 1857 y Bases del Imperio Mexicano ( 1854- 1867 ); consolidación del movimiento codificador. Los CC de 1870 y 1884....*"

[428] Cruz Barney Oscar, Opus Cit; p 51; "*... de hecho en la primer república federal, en el distrito federal no se llevaron a cabo trabajos de codificación civil. Además la idea del federalismo que privaba en el Constituyente tuvo como consecuencia que el congreso general careciera de facultades para emitir códigos que valieran en toda la República, pues dicha facultad se reservaba a los Estados....*"

[429] Barney Cruz Oscar, Opus Cit; p 51.

[430] Cruz Barney Oscar; Opus Cit; p 52

referidos del siglo XIX que siguen a su independencia. La dogmática jurídica seguirá igualmente aletargada a lo largo del siglo XIX, no logrando ni generalizaciones publicas ni postulados científicos autónomos ni independientes al fenómeno codificado. Sólo son observables algunos hitos marcados muy marginalmente, tal y como analizaremos en el capítulo III de la presente investigación.

Las referencias jurídicas seguirán siendo durante todo el siglo XIX esencialmente de autoridad y propias del modelo indiano, donde la multiplicidad de fuentes hace por un lado difícil la solución en justicia del caso concreto - *violentando la desiderata del modelo respectivo* - , pero mantiene este acercamiento como método y fin, lejos de toda pretensión generalizadora y abstracta, tanto legal como doctrinal. En la misma línea, la conceptualización epistemológica en el siglo XX no verá grandes logros ni se verá tampoco independizada del fenómeno codificado, tal vez como consecuencia de los fenómenos narrados a lo largo del presente capitulo II.

Cabe al respecto referir para agravar el caso, que las fuentes basadas en el derecho castellano y español deberían dejar, ***en principio***, (énfasis añadido) de tener vigencia positiva, una vez alcanzada la independencia. No obstante lo anterior y especialmente en lo material -substantivo- dichas fuentes seguirán teniendo aplicación después de dicha independencia nacional. Las mismas al basarse el derecho castellano, así como en los postulados y principios del derecho romano y el derecho visigodo, seguirán siendo aplicadas como *ius commune* ante la falta de publicación de normas de derecho mexicanos formal y vigente. La complejidad constitucional antes transcrita dará ciertamente pie a una situación ambigua en la que el México independiente, en búsqueda de identidad constitucional, seguirá aplicando las normas de derecho consuetudinario heredadas y asimiladas de la metrópoli. El Código Napoleón de los franceses es igualmente utilizado como marco de referencia y fuente - *evidentemente no formal*- junto con las demás fuentes del derecho indiano, en lo que no hubieran sido formal y expresamente derogadas por el régimen constituyente en vigor en las sucesivas épocas en las que esto se fue manifestando. (i.e. Leyes de reforma)

Al efecto, como en el fenómeno post imperio romano y dentro de los parámetros del *ius commune* europeo, fue la doctrina privada la que llenó temporalmente ese vacío de Ley racional, general abstracta e impersonal en el incipiente espacio jurídico constitucional racionalista e iusnaturalista. Lo anterior se consumó mediante compilaciones privadas que daban indicación –*que serán sin embargo de corte antiguo y premoderno*– de las soluciones que podían otorgarse

en el caso concreto. Así nos menciona Oscar Cruz Barney[431] el caso de las Pandectas Hispano Mexicanas de Juan Nepomuceno Rodríguez de San Miguel, mismas:

> "*... que siguieron la estructura interna de la Novísima Recopilación y utilizaron como fuentes a las Siete Partidas, la Recopilación de las Leyes de los Reynos de Indias, de 1680, la Recopilación Sumaria de todos los Autos Acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España, de Eusebio Bentura Beleña, el Concilio de Trento y el mexicano, órdenes de los congresos mexicanos y reales cédulas y decretos de las cortes de España...*"

Este estado de las cosas se perpetúa durante el siglo XIX hasta que bien avanzado el mismo, la estructura y solidez político constitucional del Estado Mexicano logra paulatinamente imponerse. Así, México pese a las vicisitudes intestinas y exógenas que durante sus primeros cincuenta años le impidieron hacerlo con claridad y trascendencia, logra publicar sus primeros ordenamientos de naturaleza federal de mediana duración. Los mismos resultarán sin duda en un parámetros claro de referencia para las codificaciones locales que los imitarán rápidamente. Cabe referir al efecto que no es sorpresa que tanto los intentos locales de la incipiente República mexicana, como los federales de la ulterior republica restaurada siguen fielmente los parámetros del Código Napoleón. Lo anterior, en virtud de las características y métodos empleados en aquel, cuya referencia y detalle vocacional y estructural analizamos en el capítulo precedente, mismas confirman nuestras apreciaciones al respecto y permiten explicar su trascendencia en virtud de la transparente claridad y aplastante lógica reguladora y política que al mismo caracterizó. De la misma forma la aspiración liberal seguirá viendo en Francia el modelo a seguir, y la pretensión libertaria del Code será al efecto la bandera respectiva en el campo jurídico.

Por otro lado el regreso de la república federal en el entorno de la guerra con Estados Unidos y posteriormente la manifestación centralista inmediato siguiente, perpetuaron por tres décadas más la indefinición legislativa y codificadora que sólo se estabiliza - después de sendas interrupciones políticas ulteriores en atención al establecimiento del segundo imperio mexicanos - en los años de la republica restaurada en la que Juárez encomienda la redacción de un código civil a don Justo Sierra cuyas particularidades respectivas analizaremos líneas más adelante.[432]

[431] Cruz Barney Oscar, Opus Cit; p 54
[432] Cruz Barney Oscar, Opus Cit; p 55

Sin embargo durante todos esos años, el derecho civil y las relaciones entre particulares[433] se siguen rigiendo por el derecho indiano, las generalidades de origen europeo del cual, coinciden en líneas generales con el ius commune pre moderno de la Europa continental.

Es necesario, para efectos de nuestra análisis y respecto de todas las reflexiones anteriores, hacer un alto y una reflexión respecto del estado del derecho privado durante todo ese tiempo. Las relaciones entre particulares, hasta ese momento, no se vieron en su conjunto claramente reguladas por un sistema de corte racional e ilustrado a lo largo del país. Las normas del derecho indiano y la casuística y consuetudinaria cosmogonía jurídica pre moderna siguió rigiendo en el México independiente ante la falta de definición de competencias de un código, derivada de la falta de definición constitucional sus mencionada.

Al respecto cabe mencionar que parece evidente que el derecho al no seguir en el ámbito civil un parámetro territorial ni de derecho formalmente establecido, se regía esencialmente por un ámbito consuetudinario altamente imbuido por la realidad jurídica premoderna heredada del universo colonial. Pese a los postulados constitucionales que evidentemente fueron considerados derecho vigente y positivo, la interacción civil se seguía rigiendo por las normas del derecho indiano verdadero *potpourri* de derecho romano, indiano, castellano, pre hispánico, esencialmente consuetudinario y casuístico.

Al respecto no podemos sin embargo omitir referir que por lo mismo las pretensiones epistemológicas y conceptualizadoras propias de la modernidad eran prácticamente inexistentes. Durante las primeras seis décadas de la vida independiente, el derecho civil sino careció de sistemática y de doctrina propia de relevancia, parece que la misma fue incipiente, de marginal y preliminar producción conceptual esecnialmente importada. El derecho siguió los postulados del antiguo régimen europeo para el cual, antes de la codificación, tal y como ya hemos expuesto, el trabajo conceptualizador muy reducido.

Así como en Europa la verdadera ciencia jurídica moderna solo puede visualizarse desde el advenimiento de la pandectistica y el BGB, en la Nueva España y en el México recién independizado, el derecho y en lo particular el derecho privado, goza de pocos esfuerzos dogmáticos con pretensiones epistemológicas reducidas. La independencia goza de la influencia del racionalismo y la ilustración jurídica. El contractualismo influye de manera substancial y notoria pero se enfoca primaria y primeramente en el ámbito del derecho público. La realidad

[433] Excepción hecha por supuesto de las disposiciones aplicadas directamente de la constitución o de los lineamientos del derecho indiano especificamente distinguibles de la realidad jurídica continental.

política de la nación lo impone. La codificación tardará seis décadas, hasta la consolidación política del estado federal, para tener una trascendente recepción e implementación. La dogmática con pretensiones epistemológicas y conceptualizadoras tardará todavía otro tanto de décadas más.

### f) La primera recepción legislativa conceptual de relevancia nacional: el paradigma positivista y el Código Civil de 1870.

México logra su anhelada, aunque disputada independencia desde la perspectiva formal, a principios de la segunda década del siglo XIX. Sin embargo, dicho hito, es como se ha mencionado un parteaguas desde cierta perspectiva política e histórica, pero no viene directamente acompañado de un cambio social, como no de uno religioso, cultural y especialmente tampoco de un cambio en el ámbito jurídico, especialmente en lo privado. Lo anterior no acontecerá ni de forma real, ni desde una perspectiva formal durante varias décadas.

Pese a la influencia del racionalismo y el iusnaturalismo en la gesta independentista, el derecho civil seguirá manifestándose en sus formas y parámetros pre-independentistas, mismos que presentarán un corte claramente pre-moderno, especialmente en lo tocante a la percepción y vivencia de lo iusprivado y consideraciones adyacentes. Lo anterior es la estructura social sobre la cual y para efectos de esta investigación, las pretensiones epistemológicas y conceptualizadoras serán prácticamente inexistentes, siguiendo la doctrina un parámetro de influjo romano pre moderno en el que los conceptos se darán por excepción y de manera accidental, como se evaluará más adelante.

No debe de sorprender que los paradigmas y metas del positivismo comptiano, según fue adoptado como eje rector de la política liberal juarista durante la republica restaurada, considerara el fenómeno codificador como un mecanismo de establecimiento del nuevo orden. Claramente y nuevamente la burguesía[434], punta de lanza de la codificación napoleónica, según se demuestra en el capítulo precedente, será el factor central de protección del nuevo código civil mexicano: El Código de 1870, por encargo político y visionario a estos efectos del presidente

[434] Cfr Zea Leopoldo, El positivismo en Mexico: Nacimiento, apogeo y decadencia, FCE, Mexico 1968, p 65; "*.... el partido liberal, al constituirse en estado, en gobierno, tuvo que establecer las bases para un* ***orden social duradero****. ( enfasis añadido) El orden no podía ser encargado a los grupos que habían sido desplazados, el clero y el militarismo, ni aún a los nuevos militares, que en el fondo seguian siendo tan ambiociosos como los vencidos. De aquí que se pensase en un grupo social, en una clase que ofreciese garantía de orde. Esta clase fue la que hemos llamado burguesía....*"

Benito Juárez y según la docta guía de Don Justo Sierra, será a la postre una réplica *–al igual y por las mismas razones que su predecesor Oaxaqueño–* del Código Civil Napoleónico.

El positivismo fue abrazado desde la restauración de la republica como filosofía que transformaría la sociedad mexicana. "El orden y el progreso", lema del positivismo actuante impactaría todos los aspectos de la sociedad. El derecho y su organización así como el privilegio en sus fuentes para aquellas que entre las mismas permitieran asegurar su realización, estaba en el programa y fue eje central del mismo constituyéndose en el parteaguas respectivo en México, representando el final de ese mundo pre moderno (aun en el México independiente) y el advenimiento de la modernidad jurídica representada por el fenómeno codificador[435]. México había dolorosa y lentamente encontrado su identidad, o por lo menos la estabilidad para dar pie al desarrollo de una versión de la misma.

Por el estado de constante evolución antes mencionado es que la perspectiva positivista de origen racionalista e iusnaturalista no podría sentar raíces legal sólidas durante los primeros cincuenta años de vida independiente. Lo anterior acarreará la aplicabilidad del derecho indiano y del fenómeno jurídico pre independencia de forma casi general en el territorio mexicano, salvo por puntuales y marcadas excepciones[436] *–aun cuando estas son inclusive manifestaciones anticipadas a dicho fenómeno codificador, replica del fenómeno napoleónico en Europa misma -* [437], durante esos cincuenta años. Lo anterior se verificará pese a la pretensión y discurso de independencia política y la clara manifestación pre iusnaturalista, pre ilustrada y pre racional del fenómeno jurídico privado en el que el derecho seguirá los cauces del derecho pre moderno europeo, con los tintes propios al derecho indiano que ya hemos apuntado[438]. Esa aplicación del derecho indiano y su marcada estructura procesal y substantiva, prolongarán consecuentemente y para efectos de esta investigación una carencia conceptualizadora y epistemológica del fenómeno jurídico. Lo anterior es particularmente relevante para efectos codificadores. Se toma así en consideración que dentro de los propósitos revolucionarios franceses de la codificación referidos

[435] Zea Leopoldo; Opus Cit; p 62 -63

[436] Adonon Akuavi; Opus Cit; p 24 para la cual, recién proclamada la independencia: "*.....la puerta estaba abierta para que los estados de la recien creada federación se dieran a la tarea de establecer, en códigos, las normas que regirían en su demarcación territorial. No obstante fueron pocos los que pronto se abocaron a hacer un uso de dicha facultad. Oaxaca no solo emprendió la dificil tarea, sino que fué el primer estado en culminar los trabajos, promulgando su código civil entre 1827 y 1829. Si bien es cierto que el marco legal así como el impulso liberal de la élite del estado eran del todo favorables para tal promulgación, no hay que dejar de señalar los problemas derivados de la situación socio-política por la que el estado atravesaba* ***y que impedían la recepción cabal del nuevo y moderno sistema jurídico***...." ( enfasis añadido)

[437] Adonon Akuavi, Opus Cit; p i

[438] Rodriguez de San Miguel, Juan Nepomuceno, Opus Cit; p XXV

en el capítulo anterior, está la estabilidad del texto liberador e igualador legal, en atención a la aplicación racional de los principios generales del derecho expresados de manera general abstracta e impersonal[439]. Esto se verá claramente en los *desiderata* liberales de la republica restaurada para la cual, el orden jurídico codificado pretenderá entre otros factores muchos dar esa estabilidad a la nueva sociedad, girando alrededor de la burguesía como nueva clase social triunfante. Toda similitud con el éxito de la burguesía codificadora francesa de principios de siglo no será una casualidad. Ambos fenómenos se rigen por el mismo propósito de *tabula rasa*, de introducción libertaria de un nuevo régimen apuntalado en la burguesía. El consecuente método de una adopción plena del texto legal no será tampoco coincidencia.

Así, dicha situación de indefinición e inestabilidad constitucional mexicana perdurará hasta el triunfo del partido liberal y la publicación y la ulterior estabilización de la constitución de 1857, misma que solo se logrará después de la experiencia del segundo imperio, esto es hasta la década de 1870.

Curiosamente como anticipado, no parece casualidad esa coincidencia, si entendemos que la publicación de la constitución de 1857 constituye el paradigma de la ilustración y el racionalismo europeo, trasladado a territorio nacional en su calidad de gran vencedor de las luchas intestinas. Este gran vencedor resulta a la postre el gran definidor de la estructura política del país. Esta estructura se mantendrá, en lo tocante a las diferencias político constitucionales decimonónicas de ámbito macro - régimen republicano y democrático vs monarquías imperiales, división de poderes, constitución federal, etc....) que le precedieron y con la que se alternó, y pese a los distintos vaivenes políticos económicos y sociales ulteriores, prácticamente intocada e inalterada hasta nuestros días.

Cabe brevemente referir que efectivamente la constitución de 1857 dará las bases políticas constitucionales del país. Lo logrará pese a las muchas diferencias y argumentos que pudieran esgrimirse al respecto, así como pese a su alternancia política forzada durante la intervención francesa y la segunda experiencia imperial, pese a las críticas de escasa aplicabilidad [440], así como pese a sus múltiples sucesivas reformas y restructuras. Ciertamente logró permanecer y trascender y parece haber reflejado la realidad jurídica-política de forma

[439] Adonon Akuavi; Opus cit; p 4; " .... *los códigos fueron el resultado de una expresión del derecho como sistema lógico de proposiciones normativas. La tarea del filosofo jurista debía consistir en elaborar un sistema de principios jurídicos de los cuales se podía inferir lógicamente la solución de cada problema jurídico singular*...."

[440] Cfr. Rabasa Emilio, La constitución y la dictadura; Estudio sobre la organización politica de México, Editorial Porrua México, 1956, 246 pp.

satisfactoria para la sociedad mexicana en lo tocante a las decisiones básicas propias de una constitución en cuanto a la forma de gobierno y forma de estado, por lo menos.

Por lo anterior, la constitución de 1857 así, y pese a las críticas que pudieran vertérseles, *muchas de ellas ciertamente sustentables*, logró dar una estabilidad constitucional a la nación mexicana y a sus instituciones. Es en esa estabilidad, que pasados escasos dos lustros no sin sus consabidas alternancias forzadas por la segunda experiencia imperial y la intervención francesa, fue posible no solo la publicación sino especialmente la permanencia del primer código civil con efectos nacionales - *independientemente de su naturaleza local y federal* -.

Lo anterior es muy relevante para efectos no solo políticos y de sociología jurídica a su respecto, sino muy especialmente para efectos de esta investigación y sus hipótesis centrales, si se tiene en mente que es consecuentemente a su abrigo que el congreso pudo finalmente redactar expedir y mantener en vigor el primer código civil, con lo cual la experiencia política codificación puede finalmente manifestarse como complemento a la simbiosis constitución-codificación propia del racionalismo y el iusnaturalismo jurídico antes mencionada, al permitir de acuerdo con la desiderata codificadora, planear y estructurar racionalmente los términos jurídicos de la nueva sociedad[441]. Esa primera manifestación será clave para el despertar conceptualizador y epistemológico jurídico que nos ocupa.

El código civil de 1870, fue el primer código con efectos nacionales y permanencia por varias décadas[442]. Para efectos de la estabilidad de un producto legislativo en el ámbito privado, esto no había sido posible durante los anteriores casi cincuenta años de vida independiente, en virtud de la inestabilidad política sus mencionada. No es así coincidencia que es la estabilidad que trae al país los años de republica restaurada la que permitirá y auspiciará este efecto de estabilidad en la pretensión codificadora del mismo gobierno liberal. Lo anterior confirma ciertamente las tesis de Carlos Fuentes López sobre la simbiosis de ambos cuerpos legales. Una

[441] Adonon Akuavi; Opus Cit; p 6; "*....en las codificaciones racionalistas no se pretendía consignar el derecho existente, ni recopilarlo como se había hecho en varios países europeos anteriormente, lo que se buscaba es planear la sociedad mediante nuevas ordenaciones sistemáticas y creadoras. Separtía de que la liberta, la razón o la voluntad nacional podían servir para constituiruna sociedad mejor....*"

[442] Independientemente de la publicación del CC84 o simplemente de la reforma de 1884, *-como bien pudiera considerarsele para efectos substantivos que no formales-* , consideramos y referiremos más adelante que el texto es practicamente el mismo y que consecuentemente no es sino hasta 1928 que opera una modificación de mayor calado en el texto del código. Por lo anterior es que puede de alguna forma considerarse que los parametros macro así como la estructura del código permanece por practicamente cindo decadas, con evidentes y muy importantes consecuencias para efectos de la hipotesis de esta investigación. Ciertamente, es bajo la sombra de estos años de vigencia legislativa y de la abstracción conceptual que le será consecuente, que se gestan y plasman las primeras experiencias conceptualizadoras y de pretensión epistemologica de nuestro país.

clara ejemplificación de la simbiosis libertaria buscada por el *desideratum* de combinación de constitución y código civil en nuestro país es explicitada por Akuavi Adonon en el caso de Oaxaca[443]. En el caso oaxaqueño, la coincidencia liberal es un claro y muy ilustrativo antecedente de lo que acontecerá en 1870, después de la estabilización de la república federal y liberal. Es esa estabilización por la que el código civil se implementará *ab origine*, conforme al programa revolucionario francés y al del partido liberal decimonónico, ambos causahabientes naturales del iusnaturalismo y el racionalismo del siglo XVIII[444]. Más allá de muchas otras reflexiones que esto puede generar, sin duda este puntual capitulo permite de entrada verificar (i) la simbiosis del ideal revolucionario y liberal buscada por el fenómeno constitución-codificación; (ii) las ulteriores complicaciones que este ideal enfrentará ante la indefinición política nacional, de la cual, Oaxaca era solo una, de hecho la primera muestra; (iii) la clara tendencia legislativa liberal iusnaturalista - *tan vilipendiada por Savigny en su polémica con Thibaut en la incipiente Alemania en gestación* - de cambiar la realidad socio jurídica por decreto; (iv) la primera manifestación legislativa racional de la que la doctrina pretenderá en lo sucesivo abrevar los conceptos jurídicos, privilegiando el método de abstracción y generalización legal para inferir conceptos sin limite y a voluntad como consecuencia de sus fines primarios.

Cabe referir y profundizar al respecto, sobre cuáles fueron los motivos, y los métodos del legislador de 1870 para lograr su publicación y para lograr su permanencia durante casi cincuenta años - *si consideramos que la "reforma" o nuevo CC84, mantuvo estructuralmente el mismo instrumento salvo muy contadas innovaciones*- cuestión que se analizara más adelante en el capítulo tercero de la presente investigación.

No debiera como primer reflexión sorprender, que el *leitfmotiv* de la republica restaurada por el partido liberal encuadra para efectos de nuestro tema de estudio, prácticamente a la

---

[443] Adonon Akuavi, Opus Cit; p 36 - 38

[444] Akuavi Adonon, Opus Cit; p 38; "*.... Por lo que se refiere al código civil [de Oaxaca], éste se promulga entre 1827 y 1829. De esta forma el aparato jurídico quedaba muy bien fundamentado. De Golpe y porrazo se borraban las diferencias de los oaxaqueños, producto de la pluralidad étnica.De la noche a la mañana todos sería iguales con los mismos derechos y las mismas posibilidades pasando por alto las tradiciones que, de ese modo se supeditaban a las ideas de la revolución francesa y del iluminismo y que permeaban al nuevo mundo:'**ciudadanos de todos estados, de todas profesiones, de todos los departamentos, que no se hable más de partidos y divisiones, porque no debe haberlas entre los que viven bajo un mismo gobierno y bajo una misma Constitución. Nosotros no somos tehuantepecanos, ni mixtecos, ni costeños, ni serranos,todos somos oaxaqueños, unidos por los lazos indisolubles de una santa fraternidad'** (énfasis por cita del texto de La Primera Constitución Política del estado libre y soberano de Oaxaca, en Oaxaca, textos de su historia ( Tomo II) p 105 [.....] tanto la constitución como las Leyes que de ella derivaran se enfrentarían en la realidad a la práctica del antiguo regimen colonial y al pluralismo étnico que sin duda rerpesentaría un dique, una fuerza opositora para la expedita aplicación del nuevo orden jurídico....*"

perfección, en el modelo liberal burgués de la revolución francesa referido en el primer capitulo. Este esquema viejo ya para entonces de casi un siglo, pero vigente en la mente del partido liberal y la *intelligentsia* política mexicana de finales del siglo XIX, la cual estaba ya profundamente impregnada del positivismo[445] francés[446]. De la misma manera no deberá de sorprender al lector que pese a los devaneos y evoluciones político mexicanas del siglo XIX, dicho código haya sucesivamente pasado el filtro de los legisladores conservadores, centralistas e imperiales derrotados como el de los liberales federalistas triunfadores y que el mismo fuese a la postre, prácticamente una réplica al castellano de las disposiciones revolucionario - burguesas del Código Napoleón.

No es casualidad que las disposiciones, estructura y redacción del código de 1870 coincidiese de manera substancial también con las disposiciones de algunos sino todos sus fugaces predecesores locales como el código civil de Oaxaca. Ciertamente es patente que el espíritu liberal ilustra ambos proyectos y que atrás de la publicación de ambos estuviese la voluntad política de Benito Juárez en sus sucesivos papeles locales y federales y su vocación francesa liberal y libertaria. Tampoco es de sorprender que las disposiciones y estructura del mismo coincidan también con las disposiciones de los proyectos de código civil redactados durante la experiencia imperial de Maximiliano -*cuya identidad y vocación política de índole liberal es un hecho histórico conocido pese al lugar que le tocó jugar en la historia de México con el partido conservador* -.

Para todos efectos y a través de todas esas expresiones, el fondo estructural y la desiderata política y filosófica del código de 1870, como del código civil de Oaxaca, como los proyectos de Código redactados bajo el imperio reposan en el mismo origen: El Código de Napoleón y la desiderata revolucionaria e ilustrada que iluminó los propósitos de esa primera y más trascendente codificación del mundo moderno. Lo mismo es observable en el contenido del nuevo texto de CC84, ya sea que se le considere un nuevo código, apegándonos a la verdad formal o de una simple modificación desde una perspectiva substantiva.

[445] Entiendese por positivismo a la escuela filosofica de Augusto Compte en su acepción más amplia, claramente aceptada, presentada y propulsada en Mexico por el régimen liberal desde la restauración de la republica y cuyos postulados sirvieron de zócalo para el establecimiento del regimen republicano mexicano a finales del siglo XIX.
[446] Cfr. Zea Leopoldo, El positivismo en México: Nacimiento apogeo y decadencia; Fondo de Cultura Economica, México, 1968; 481 pp

**g) Objetivos políticos y socioeconómicos, y carencia de parámetros epistemológicos del legislador Napoleónico heredero de la revolución francesa.**

Al considerar consecuentemente la natural coincidencia programática del Código de 1870, en su calidad de complemento de la vertiente constituyente liberal, con los postulados del movimiento liberal positivista, cabe cerrar el presente capitulo, haciendo especial hincapié en los parámetros y propósitos del legislador liberal decimonónico de origen francés. Esto en lo relativo especialmente a la carencia de postulados epistemológicos. La anterior cuestión le es claramente característica y será sin duda base fundamental de la misma carencia en la codificación mexicana decimonónica, marcando un sino característico igualmente de la doctrina consecuente, así como del linaje de sus postulados conceptuales que analizaremos en el tercer capitulo.

Consideramos así importante cerrar este segundo capítulo de la presente investigación, vinculando bajo textos doctrinales legales y políticos, los postulados fines y métodos del legislador revolucionario francés, con las características de la codificación consecuente en Francia y México. Lo anterior nos permitirá concluir sobre la ausencia de fines epistemológicos característicos de las codificaciones en comento y apuntalar consecuentemente el contraste respecto del legislador civil de 1928 que si buscaba efectivamente romper ese paradigma y publicar un código que cumpliese con esas desideratas epistemológicas, dogmáticas y dogmatizantes, carentes en la legislación civil precedente en el México independiente.

El legislador napoleónico, causahabiente de la revolución ilustrada, busca lograr una *tabula rasa* en la perspectiva político-económica de Francia a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Es este un aspecto connatural a su origen y a sus fines, ambos evidentemente revolucionario-burgueses. Al respecto, la agenda revolucionaria ilustrada es evidente en la publicación del Código, mediante la inclusión de temas como la igualdad ante la Ley. Esta se desarrolla en simbiosis con el fenómeno político y politizante de la incipiente república francesa ante la caída de la monarquía. El código civil, *–como clara manifestación del binomio constitucionalización/ codificación-*, es el instrumento natural de la revolución burguesa que es ulteriormente consolidada bajo la egida del imperio Napoleónico para lograr esa meta así como la consecuentemente necesaria igualdad ante la Ley.

Esos postulados se desarrollan igualmente en simbiosis con la necesidad de la incipiente república, de unirse de forma indivisible ante las amenazas externas. En palabras de Portalis, "…. *de là cette prodigieuse diversité de coutumes que l'on rencontrait dans le même empire: on*

*eut dit que* ***la France n'était qu'une société de sociétés. La patrie était commune; et les Etats particuliers et distincts: Le territoire était un et les nations diverses.***.."[447] (énfasis añadido).

Efectivamente, la codificación pretende y debe de unificar no solo el derecho antes separado por clases, sino también el derecho cuya naturaleza anterior era de índole esencialmente regional y fragmentada. El derecho de la república, al ser publicado en un solo Código, busca unificar el derecho de distintas regiones cuyas particularidades, pulverizaban la unidad de una patria aún no definida allende la pertenencia a la corona - cuestión que era *per se* materia de rechazos con múltiples causas políticas-. La unificación legislativa será sin duda un elemento fundamental para el éxito de la empresa revolucionaria y de la empresa nacionalista recién dotada de constitución, de acuerdo con la acepción moderna de esta, confirmando una vez más el binomio constitucionalización- codificación[448]. Será igualmente un evento profundamente criticado por algunos teóricos políticos al constituir un fenómeno de concentración de poder político de naturaleza conservadora y burgués, distinto a lo que algunos paradigmas de la revolución parecieran buscar mediante la pulverización del poder como mecanismo de control. La igualdad ante la Ley implicó sin embargo un radical movimiento unificador, conciliador entre las realidades jurídicas de derecho escrito en el sur de Francia y las realidades jurídicas consuetudinarias del norte a las que nos referimos en el primer capítulo. Para efectos de la exposición de esta última sección sin embargo la relevancia de esto en los parámetros epistemológicos es fundamental. Ese fenómeno de unificación no podía en plena efervescencia revolucionaria tener pretensiones dogmáticas e intelectualmente elitistas sin auto-condenarse al fracaso[449]. Un código dogmático habría frustrado sus metas al volverse poco accesible para la burguesía o el pueblo en general, carente de formación jurídica. La meta del legislador era precisamente la contraria. El código debe unificar y al unificar e igualar a los ciudadanos ante la Ley, debe de ser sencillo para garantizar el acceso al derecho. Así el ciudadano logra igualmente

[447] Motifs et discours prononcés lors de la présentation du Code Civil; Discours préliminaire du premier projet de Code civil presenté en l'an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot- Prémeneau et Maleville, membres de la commission nommée par le gouvernement; Firmin Didot Frères, Fils et Cie. Libraires, Paris, MDCCCLVII, Tome I; P 1.

[448] Ibidem, p 2:".... *aujourd'hui la France respire et la constitution qui garantit son répos, lui permet de penser à sa prospérité. De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir; elles sont la source des moeurs, la palladium de la propriété et la garantie de toute paix publique et particulière....*"

[449] Ibidem; p 8: "*.... nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, una transaction entre le droit écrit et les coutume, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions ou de modifier les unes par les autres sans rompre l'unité du système et sans choquer l'esprit général.....*"

obtener la seguridad jurídica de que nunca sería juzgado sino es por un derecho que previamente puede conocer, rompiendo así el paradigma del casuismo característico del "*Ancien Régime*"[450].

En cualquier caso, la igualdad ante la Ley, la seguridad jurídica y la unidad legislativa, tienen como consecuencia la necesaria y trascendente reforma integral de los términos en que se desarrolla en Francia la propiedad inmobiliaria y la tenencia de la tierra[451]. Sin duda en esto último reside gran parte de la fundamentación socio-económica de corte fisiócrata que ilumina el movimiento revolucionario. La gran paradoja radica sin embargo en que, de dicho movimiento y con base en dichos postulados, es que se desarrolla el movimiento central del código en el ámbito patrimonial y que en ello radica gran parte de su éxito en el desarrollo de la república francesa, así como su pretendida y bien lograda influencia universal. Ciertamente, la indispensable reforma respecto de los métodos para la transmisión de la propiedad, deviene un parteaguas versus el derecho del "Ancien Régime". Al ser todos los ciudadanos iguales ante la Ley y ser regidos todos por un mismo derecho, las distintas y abigarradas concepciones regionales sobre la propiedad inmobiliaria y sus no menos complicadas formas de transmisión de índole regional, experimentan consecuentemente una profunda y metódica transformación. He aquí el elemento burgués más característico y sin duda el más atacado, de la revolución francesa y su ulterior codificación, como característico a su origen y naturaleza burguesa. - *Resulta imposible no referir la evidente y "casual" cercanía y causahabiencia con el fenómeno liberal de la codificación mexicana decimonónica liberal a la que nos referiremos más adelante*. La transmisión de la propiedad, restringiéndola para efectos de nuestra investigación en el caso contractual, constituye sin duda alguna en la piedra angular del sistema jurídico implantado por el Code y es pieza clave en la influencia del mismo en occidente y para efectos de esta investigación, especialmente de la codificación decimonónica mexicana que pretenderá romper el legislador de 1928.

La transformación del régimen sucesorio francés es al efecto el gozne alrededor de la cual, los cambios precedentes pueden trascender temporalmente, de manera transgeneracional.

---

[450] Ibidem; p 4-5; "*.... pour combattre l'autorité que nous reconnaissons dans les juges, de statuer sur les choses quie ne sont pas déterminées par les lois, on invoique le droit qu'a tout citoyen de n'être jugé que d'après une loi antériure et constante....*"

[451] Ibidem; p 18; "*....dans l'ancien régime, la distinction des personnes privilegiées on non privilegiées, nobles ou roturières entraînait, par rapport aux biens, une foule de distinctions qui ont disparu eu qui ne peuvent plus revivre. On peut dire que les choses étaient classées comme les personnes mêmes. il y avait des biens féodaux et non féodaux, des biens servants et des bien libres. Tout celà n'est plus; nous avons conservé que les servitudes urbaines et rurale, que le raprochement des hommes rend indispensables et qui dérivent des devoirs et des égards qui seuls peuvent rendre la société possible....*"

Sin regular y unificar de forma profunda la nueva organización del régimen sucesorio, los cambios antes referidos en la igualdad y unidad legal junto con los cambios en materia patrimonial no trasminarían después de la primera generación y serían fútiles. La seguridad jurídica de los ciudadanos y en especial de su propiedad, en tanto eje rector de las pretensiones codificadoras en las distintas vertientes que hemos mencionado anteriormente, busca y logra igualmente consolidarse en las transmisiones *mortis causa* en el nuevo régimen sucesorio que establece el Code[452].

Así, aunque menos criticado, pero aun así considerado parte de los éxitos y las pretensiones de la burguesía triunfante, el nuevo régimen sucesorio establece nuevas reglas con base en las cuales la propiedad puede trasmitirse *mortis causa*, dando certeza transgeneracional a los propósitos centrados en la importancia del patrimonio del ciudadano.

Todo lo anterior da lugar en el ámbito político a una re-organización jurídica de la familia y de las facultades del marido y el padre de familia. Estas, son en opinión del suscrito, consecuencias de todos los fenómenos antes mencionados. La igualdad ante la Ley y la unidad de legislación tienen como consecuencia directa - *como fines conscientes o inconscientes del legislador revolucionario y después del napoleónico* - la transformación del régimen de la tenencia de la tierra y de las formas de trasmitir la propiedad, del régimen sucesorio y de la estructura familiar. La nueva regulación del derecho sucesorio y la reorganización jurídica de la familia y el reto al fenómeno de potestad paterna y marital son ciertamente el complemento final de los cambios anteriores. Con ello la revolución política, detona la revolución civil que es canalizada por el fenómeno codificador Napoleónico de 1804.

El programa político jurídico es claro. El método es la Ley, la generalidad, la despersonalización, y la abstracción. El código no pretende entonces sino renovar bajo esos parámetros el derecho de los ciudadanos. No mencionamos franceses pues las premisas y metas universales están estructuralmente relacionadas con todo lo anterior desde la promulgación de los derechos del hombre como parte del mismo fenómeno.

Todo lo anterior sin embargo denota que nada más alejado, en dicho fenómeno, que cualquier pretensión dogmatizante o de tintes epistemológicos en el ámbito del derecho y en lo particular del derecho privado. El derecho civil resultante de la codificación pretende regular y renovar la vida socio económica, unificar al país y simplificar el acceso a la justicia, pero nunca

[452] Ibidem; p 22

estará en sus objetivos dogmatizar. Esa pretensión de naturaleza elitista le es absolutamente ajena y despreciable como lo era para el patrón del antigüo régimen epitomizado en el derecho romano. El positivismo filosófico que en el caso mexicano acompañará la consagración de la República restaurada, será en nuestra opinión un complemento paralelo, pero no consubstancial al fenómeno legislador y codificador. El derecho codificado pretende basarse en la razón, abrevar en los principios del derecho natural y debe simplificar su manifestación para lograr las metas de corte político social y económico antes referidas.

Como consecuencia de todo lo anterior, la conceptualización y dogmatización jurídica no corresponde a los propósitos del legislador revolucionario francés ni tampoco lo hará al del codificador civil republicano-mexicano en el siglo XIX que lo imita. Nuevamente los pseudo-conceptos se deducirán fielmente del texto de la Ley por el intérprete y la doctrina iurispositivista consecuente - *notablemente la escuela de la Exégesis en el caso francés*-. Esta última, sin duda cegada por la magnitud y trascendencia de la obra codificadora, verdadero parteaguas del derecho en occidente, tenderá a inclinarse al texto legal y abrevar de él, en virtud de la abstracción que le es connatural ignorando los postulados cientificos que aparecerán un siglo después merced al BGB y sus afluentes doctrinales. Esto se verificará - *tanto en la Francia exégeta como en la doctrina mexicana del siglo XIX alto*- de manera inconsciente y natural, generando pseudo-conceptos abstractos que metafóricamente parecerán más deducirse de interpolaciones de tipo justinianeo sobre el texto legal. Las mismas tendrán como se anticipó en el primer capítulo y se verificará en el curso del siguiente capítulo pretensiones preliminares de un análisis de tipo científico, aunque su perspectiva parecerá basarse esencialmente en el texto de la Ley.

### h) Objetivos políticos y socioeconómicos, y carencia de parámetros epistemológicos del legislador mexicano en la republica restaurada.

Una vez superadas las pugnas intestinas y la intervención francesa, paradójicamente serán aún los ideales de la República restaurada en México, una réplica de los de la revolución francesa y del advenimiento de la burguesía a principios de siglo XIX. El fenómeno liberal mexicano es una manifestación de rechazo al antiguo régimen "implícito" en el fenómeno conservador y centralista mexicano. Este último se considerará por los liberales una extensión de la situación colonial y pre-independiente y es por lo mismo el epítome del antiguo régimen que era necesario

erradicar, por sus tintes clericales, militaristas, clasistas tan propios del régimen colonial monárquico[453].

El primer periodo independiente propio de la autodefinición constitucional de la nación hará muy difícil la publicación de un código civil[454]. El derecho seguirá aplicandose según los parámetros casuísticos, estamentales, consuetudinarios propios de la vida colonial. El fenómeno codificador se anhela y busca especialmente hacia la cuarta década de vida independiente[455], una vez que el fenómeno ilustrado y racional que dio información e inquietud intelectual independentista ya se ha esparcido y enraizado en la realidad de la *intelligentsia* mexicana. La codificación puede asociarse así al liberalismo mexicano, en la que está implícita como fenómeno simbiótico, pese a que paradójicamente en la experiencia intervencionista francesa -*y como fenómeno connatural a lo antes establecido*- será la segunda experiencia imperial bajo Maximiliano, particularmente propicia y afín a dicho fenómeno y bajo los mismos postulados y textos[456]-. Esta vocación liberal francófila buscará en el Código prácticamente los mismos propósitos que en su momento busco la revolución francesa y Napoleón, con claros tintes liberales y de sustento económico fisiócrata. Esto es perceptible desde las sucesivas publicaciones de códigos civiles locales y en la publicación del Código Imperial de Maximilano. Aunque presentan diferencias en la clasificación y estructura así como vigencias interrumpidas y accidentadas, según apunta María del Refugio González, es claro que todas ellas se basan y tuvieron como modelo en perspectiva el Code Napoleón[457] y son fenómenos claros del liberalismo mexicano expresado en su vena federalista por los congresos de los estados, durante las primeras décadas de vida independiente del país en las que el sistema federal tuvo intermitente vigencia y en la frustrada visión liberal del segundo y fallido emperador mexicano.

---

[453] Cruz Barney Oscar, Opus Cit, po 58-59 para el cual "*.... Este Código [1870] coincidió, según Maria del Refugio Gonzalez, con el triunfo del modelo político liberal que se consolidó con el el de 1884....*"

[454] Gonzalez Maria del Refugio, Estudios sobre la historia del derecho civil en Mexico durante el siglo XIX, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1981, p 41 y p 43

[455] Castañeda Rivas Maria Leoba; El derecho civil en México, dos siglos de historia, Editorial Porrúa Mexico, 2013; p 49, para la cual"... [el doctor Sierra].... *envío al Gobierno de la República el 18 de diciembre de 1858 el proyecto de libro primer, el 18 de enero de 1860 el segudno y los tresprimeros títulos del tercero y en curso de ese año la conclusión del proyecto. Con relación al metodo utilizado, el propio doctor Sierra al remitor el proyecto al Ministro de Justicia señala que el metodo utilizado es el del Código Francés, con las adecuaciones necesarias al derecho patrio y al espíritu de la epoca, indica también que le sirvieron de guía las discusiones del Código Civil Francés, los códigos de Louisiana, de Holanda, de Vaud, de Piamonte, de Napoles, de Austria, de Baviera, de Prusia y basicamente el proyecto de Código Civil Español elaborado por Florencio Garcia Goyena....*"

[456] Castañeda Rivas Maria Leoba; El derecho civil en México, dos siglos de historia, Editorial Porrúa Mexico, 2013; p 50, Ibidem; Gonzalez Maria del Refugio, OPus Cit, p 107

[457] Gonzalez Maria del Refugio; Opus Cit; p 91-92

En todo caso, el fenómeno codificador en el México del siglo XIX puede claramente identificar como punto de referencia al proyecto Sierra y a los esfuerzos de la *intelligentsia* liberal decimonónica. Habla María del Refugio González:

> "*…la constitución de 1857 dejó en libertad a los estados para expedir sus códigos respectivos. En esta ocasión correspondió al gobierno federal la iniciativa de la codificación. En efecto el presidente Juárez encargo a Justo Sierra la elaboración de un proyecto de código civil. La respuesta no se hizo esperar y Sierra envío al gobierno de la República el 18 de diciembre de 1858 el proyecto de libro primero, el 18 de enero de 1860 el segundo y los tres primeros títulos del tercero; y en el curso de ese año la conclusión del proyecto...*"[458]

A instancias de Jesús Terán, ministro de justicia, los trabajos de Justo Sierra planeaban ser evaluados en aras de su publicación por una comisión formada por José María Lacunza, Pedro Escudero, Fernando Ramírez y Luis Méndez entre 1862 y 1863 , poco antes de la salida del gobierno ante la invasión francesa. La intervención y experiencia imperial no implicó paradójicamente una suspensión puesto que los miembros de la comisión fueron incorporados al gobierno de Maximiliano. Bajo este fueron publicados los dos primeros libros respectivamente el 6 y 20 de julio de 1866. La publicación del tercer libro fue suspendida ante la caída del régimen imperial y la restauración de la Republica.[459]

Efectivamente restaurada la Republica, el presidente Juárez, en uso de facultades extraordinarias formó una nueva comisión que retomara los trabajos del proyecto Sierra. Antonio Martínez de Castro en su calidad de Ministro de Justicia junto con José María Lafragua, Isisdro Montiel y Duarte, Mariano Yáñez y Rafael Dondé rescataron de Luis Méndez los documentos que había trabajado la comisión anterior con base en el Proyecto Sierra, y sometieron un proyecto al congreso mismo que aprobó el 8 de diciembre de 1870 - *casi cincuenta años después de haberse iniciado el proceso respectivo*- la publicación del Código Civil de 1870[460].

Cabe al respecto referir que dicho proyecto Sierra, después de haber sido adoptado por el imperio como ha quedado mencionado, consistió el eje central de lo que sería posteriormente utilizado para la publicación del Código Civil de 1870. Dicho proyecto, plasmó en forma concreta, las ideas aplicables del ideario liberal, siguiendo como el método y estructura del

[458] Gonzalez Maria del Refugio; Opus Cit; p 105
[459] Ibidem; p 106
[460] Ibidem; p 110

Código Francés. [461] Como veremos al analizar las instituciones en lo particular durante el tercer capítulo de la presente investigación, el código contiene también una clara e importante influencia de derecho español sistematizado en el Proyecto García Goyena - *también a su vez claramente imbuido de influencia francesa*-. Ese liberalismo económico auspiciado por el ideario revolucionario burgués francés, vio sus frutos bajo el porfiriato en las siguientes décadas erigiéndose así en el paradigma liberal positivista con que arranca el siglo XX en México.

Cabe al efecto añadir que, en todo el proceso, la línea central que persigue el movimiento codificador radica en la implantación del modelo liberal político y económico. Los esfuerzos codificadores del partido liberal, no pretenden sino liberar y sistematizar el derecho del nuevo estado constitucional federal en su ámbito civil[462]. Habla María del Refugio González:

> "*.... cabe señalar que, en este código, se recogieron varios de los postulados del liberalismo, aunque no todos llevados a sus últimas consecuencias. En el quedó separada claramente la jurisdicción civil de la eclesiástica, se otorgó al interés individual capital importancia y* ***se reconoció a la libre manifestación de la voluntad como fuente de obligaciones y contratos****..."*[463] (énfasis añadido)

En este tenor, es claro que el propósito del código complementa los esfuerzos y postulados liberales de la constitución de 1857. Así sigue la republica restaurada, el patrón revolucionario francés mismo que implantará un sistema burgués y liberal capitalista como modelo de interacción social y civil, plasmado en el Código de 1870.

El CC70 entonces, es un código liberal - *cuyos postulados serán reforzados trece años más adelante con el código de 1884* - que pretende simplificar, el derecho civil, asegurar el acceso de la población al derecho, unificar el derecho civil a nivel nacional - *fenómeno que asegura de forma subrepticia para no violentar el paradigma federal que abraza en el desarrollo de autodefinición del estado mexicano*- y secularizar la identidad civil de los ciudadanos.

---

[461] Ibidem; p 105

[462] Es paradojico y no abordaremos por ser un tema ajeno a las pretenciones de esta investigación, la lograda uniformidad de los códigos de los estados de la federación, tan anhelada por Justo Sierra, misma que pone en entredicho la pretensión federalista del partido liberal. Cfr. Gonzalez Maria del Refugio Opus Cit; p 111, quien menciona como se logra efectivamente esa unidad legislativa. No es soslayable y cabe referir como aún en la forma liberal, el uso de facultades extraordinarias del presidente Juárez y la combinación de esfuerzos de gobernadores liberales en la incipiente republica restaurada logra una unidad legislativa - *similar a la propia de un regimen centralista* - , tan necesaria para la unidad nacional y la estabilidad y certeza burguesa que mencionaba Portalis como desiderata codificadora en los años previos a la publicación del Code Napoleón.

[463] Gonzalez Maria del Refugio, Opus Cit; p 111

Como consecuencias y al igual que en el caso del Code Napoleón, el Código de 1870 gira alrededor del concepto de propiedad y adopta la simplificación de las formas de transmisión.

Emulando el proyecto Sierra - *que como ya hemos mencionado tiene como eje rector el Code* - el Código de 1870 es un instrumento sencillo, liberal cuya desiderata es esencialmente político liberal. Nada más alejado de los propósitos del código de 1870 que erigirse en un instrumento académico de formación social o perfección técnica. Sus pretensiones epistemológicas son nulas o inexistentes. La regulación es sencilla y su sistematización y articulado son en gran medida copia de su modelo francés. Para el legislador - *en sus sucesivos relevos* - durante esa azarosa zaga de cincuenta años que hemos referido líneas anteriores, el código no pudo ni pretendió nunca convertirse ni ser un instrumento dogmático perfecto y científico.

El Código de 1870 "…*significa[n] la culminación de un proceso que encuentra sus orígenes en la recepción de la ideología liberal que se manifiesta desde los finales de la vida colonial y que solo logra consolidarse a través del largo proceso [ de autodefinición del estado mexicano durante el siglo XIX ]…*" [464] Como parte de dicho proceso y de los postulados del mismo, la Ley y el código tienen muchas funciones de naturaleza politica, social, economica. Parece sin embargo por todo lo anterior que no forma parte de los mismos, desiderata dogmática alguna. Las pretensiones de naturaleza académica y epistemológica parecen prácticamente inexistentes. Para el legislador liberal mexicano que culmina su *opus* con la publicación del Código Civil de 1870, el código difícilmente pudo haber tenido esas pretensiones pues el camino parece por todo lo anteriormente expuesto, haber sido suficientemente azaroso y largo para culminar con su publicación como para que haber tenido en adición a su función esencialmente politico-economica, además dichas metas.

Cabe así añadir, a guisa de conclusión en este apartado, que en el programa revolucionario francés como en el independentista y posterior liberal mexicano, la dogmatización del derecho civil vía el código no es un tema.

Lo anterior no será sin embargo óbice para que al igual que en la Francia decimonónica, deslumbrada por el factor código, en el México post código, la doctrina se desarrolle principalmente alrededor de este. Claramente la incipiente doctrina mexicana civil de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, aprovechando consciente o inconscientemente los

[464] Gonzalez Maria del Refugio; Opus Cit; p 114

resultados de la abstracción y despersonalización propios del Código de 1870 y su relevo de 1884, - *según los propios postulados de la codificación ilustrada y revolucionaria francesa*- desarrollará sus pseudo conceptos alrededor del derecho civil codificado cuyas ventajas y deficiencias serán para efectos de esta investigación las mismas que presentó el Code en su oportunidad. Como se analizará en el siguiente capítulo, la exégesis hará lo propio en Francia durante todo el siglo XIX y la influencia francófila en el México decimonónico no podrá abstraerse del efecto centrípeto consecuente. La doctrina civil mexicana emulando a la francesa vía la deducción del Código Civil irá tímida y paulatinamente generando conceptos preliminares - según lo expuesto en primer capitulo - a partir de las disposiciones del referido Código. El código no pretenderá hacerlo, el fenómeno doctrinario consecuente si lo hará.

La publicación del CC84, cuyas diferencias estructurales, doctrinales y políticas respecto de su inmediato antecedente de 1870 son marginales - *según se proveerá detalle en el tercer capítulo de la presente investigación -*[465] , no cambiará el curso, paradigmas y desiderata del mismo. Ciertamente no es materia de estudio ni análisis de esta investigación las diferencias entre ambos ordenamientos. Bástanos referir al respecto que en voz de María del Refugio González, la publicación del Código de 1884 por el presidente Manuel González, no hizo sino remarcar y profundizar los postulados políticos y económicos del régimen sistema y paradigma liberal[466], especialmente en el ámbito sucesorio. Tal y como refirió en su momento el ministro de Justicia Baranda, "... *y previo acuerdo especial del presidente González [...] se hacían necesarias algunas reformas liberales al código civil como la libertad de testar que "... no es más que el ensanche natural de la libertad individual y el complemento del derecho de propiedad*…"[467]

Para efectos de la presente investigación, el Código de 1870 no experimentó con su relevo de 1884 sino ajustes y profudizaciones respecto del programa liberal que iluminó la publicación del primero. En virtud de lo anterior es que al amparo del código de 1884 no podemos sino replicar los comentarios antes vertidos respecto de su predecesor según se patentizará en el siguiente capitulo. Ciertamente los postulados y paradigmas dogmáticos academicistas y epistemológicos del código de 1884 son los mismos que los del proyecto Justo

[465] Cfr. Capitulo tercero de la presente investigación.
[466] Ibidem; p 112
[467] Ibidem

Sierra y su resultado formal publicado en 1870. Esto es prácticamente inexistentes al seguir ambos la línea de pensamiento del programa liberal[468].

### i) El Código de 1928, cambio de paradigmas del legislador y codificador revolucionario mexicano. - El primer cambio de paradigma-.

El siglo XX amanece sobre el derecho civil, en particular sobre el derecho civil en Latinoamérica y especialmente en el caso mexicano bajo una perspectiva completamente distinta.

México experimenta terminada su primera década, el fenómeno de la revolución maderista, que detona o más precisamente, precede, un movimiento social -*distinto a sus postulados iniciales* -, de gran magnitud y con múltiples y complejas consecuencias, especialmente para efectos de esta investigación, en el mundo de lo jurídico. Así, dentro de la vorágine revolucionaria y como consecuencia a la misma, después de varias etapas complejas en la historiografía política y jurídica, en 1917 es publicada una nueva constitución que, dentro del molde de la precedente constitución republicana, federal y democrática fechada en 1857, incluye un número importante de cambios paradigmáticos en la estructura y pensamiento político, constitucional y consecuentemente en el pensamiento jurídico mexicano.

El rompimiento con ciertos parámetros liberales decimonónicos que habían caracterizado el sistema de fin de siglo y culminado con el régimen porfirista, es claramente el sino del cambio. Sin embargo bajo ciertas premisas de lo que es un cambio constitucional, pudiéramos sobre-simplificar diciendo que la naturaleza constitucional del régimen no cambia en estructura pues el régimen federal republicano y democrático, al menos en la letra, es mantenido. No obstante ello, el estado adquiere *de iure* una nueva pretendida función social que le era totalmente ajena en el parámetro liberal decimonónico y que tendrá importantes implicaciones en el ámbito civil y en esta investigación.

La inclusión de un nuevo régimen social, como parte de los parámetros constitucionales, constituye el eje central de la nueva constitución. En primera instancia, ya no es sólo la diferenciación de la Iglesia y el Estado lo que la constitución retoma de de su origen

[468] Ibidem, p 114, para la cual; "*.... el código de 1870 coincide con el triunfo del programa liberal y en el de 1884 se consolida dicho modelo. Ambos deben ser estudiados juntos ya que el segundo lo que hace es perfeccionar dentro de la corriente de pensamiento señalada el contenido de las normas del primero. La desaparición final de instituciones seculares como la legítima y la aceptación del divorcio voluntario, [....] significa la culminación de un proceso que encuentra sus origines en la recepción de una ideología que se manifiesta desde los finales de la vida colonial y que solo logra consolidarse a través del largo proceso* ...." del siglo XIX mexicano.

decimonónico. Es la segregación y eliminación de la Iglesia como un factor de poder pre-existente, paradójicamente considerado un aliado-cómplice del régimen liberal. El reconocimiento de la libertad sindical, la puesta en entredicho de la propiedad privada según su conceptión clásica, el derecho a la educación y la reforma agraria son algunos de los pilares fundamentales en que se sustentan la *desiderata* constitucional que se apropia del movimiento y culmina a su vez en Querétaro, con la publicación de la nueva constitución en febrero de 1917.

Al respecto, el derecho civil y en lo particular el Código Civil no transitará sin cambios, ante esta alteración constitucional. Confirmando nuestros asertos en secciones anteriores de la presente investigación, el cambio del zócalo constitucional, simbrará de forma importante gran parte de las estructuras jurídicas especialmente las civiles y consecuentemente la percepción que del derecho civil y consecuente pero especialmente del Código Civil, se pretende tener. He ahí el gran cambio de paradigma de la función de la Ley, que constituye a su vez, la primera de las dos hipótesis de la presente investigación y que impactará directamente la regulación de las obligaciones civiles.

Al respecto, extrañamente el régimen revolucionario se afana en partir de cambios en las estructuras básicas del pensamiento liberal y se avoca a intentar cambiar la realidad jurídica por medio de la Ley. El intento de un nuevo Código Civil será una prueba evidente de esto, como se pretende demostrar en esta investigación, como consecuencia evidente del movimiento constitucional mencionado.

En esta etapa constitucional y codificadora, el Estado pretende ya no ser más un paladín del liberalismo decimonónico como acontexció con los CC70 y CC84. A este liberalismo, el estado revolucionario, atribuye las desgracias socio-económicas del país y por lo mismo, sus principios son vilipendiados bajo este nuevo paradigma. La burguesía individualista que dio lugar al Código Napoleón y el parámetro mismo del Code, no son más percibidos en su generalidad por los factores reales de poder como un paradigma de bonanza y seguridad, sino como el epítome del individualismo causa de la injusticia social. La desiderata del legislador no es más brindar seguridad jurídica y asegurar la igualdad ante la Ley, mediante la generalización y abstracción de las normas casuísticas del *ancien régime*. El derecho debe de romper esa barrera de la igualdad jurídica ante la Ley y convertirse en un mecanismo de igualación social efectiva.

Se considera por los nuevos factores reales de poder en 1917, que una artificial igualdad ante la Ley - ya anticipada en el capítulo anterior en las consideraciones de Arnaud - sólo

distorsiona las diferencias sociales subyacentes, pero permanece injustificable y sobre todo injusta e ineficaz. El derecho bajo la constitución de 1917 parece cambiar por completo de propósitos y metas. Para estos efectos la perspectiva de ese derecho civil burgués propio del liberalismo decimonónico francés no es más precibida como necesaria ni útil. Conceptos como (i) la propiedad, tradicionalmente entendida bajo el influjo del derecho romano y exacerbada con el liberalismo fisiocrático de la revolución francesa y el liberalismo decimonónico, (ii) la consecuente relevancia del contrato como fuente primigenia de obligaciones y (iii) la culpa como parámetro central de la responsabilidad civil se percibirán más como debilidades sociales de corte individualista que como estructuras sólidas que permitan el desarrollo de la sociedad. Los postulados del positivismo Comptiano homologados a la realidad nacional por Gabino Barreda han quedado como elementos individualistas y metafísicos que auspiciaron y justificaron a los científicos y al régimen porfirista. Los mismos no son por lo mismo aceptados bajo los postulados del México revolucionario que llega al poder y en lo tocante al tema de esta investigación, tampoco por los postulados del poder legislativo resultante del cambio de régimen que culminará con el CC28.

Independientemente de las particularidades político constitucionales mencionadas y de los nuevos paradigmas del legislador mexicano, cabe mencionar que aún en el concierto tradicionalmente utilizado como marco de referencia por los liberales, la evolución social de disciplinas jurídicas nuevas a finales del siglo XIX - *tal y como resultó ser el derecho administrativo y será igualmente patente el nacimiento y auge del derecho laboral* - van marcando ciertas tendencias doctrinales civiles que paradójicamente se ajustan de maravilla a la nueva realidad político constitucional mexicana y a las nuevas premisas del derecho sus mencionadas. Al efecto, es la obra del jurista francés León Duguit, la que marca la pauta de la nueva perspectiva que se pretende ilumine al derecho civil y consecuentemente al Código Civil.

Las conferencias dictadas por León Duguit en Buenos Aires y la posterior publicación de su obra en Burdeos[469], rompen el paradigma tradicional que del derecho civil se tenía. Parece *prima facie* clara la influencia publicista en gran parte de sus asertos. Amén sus conocidos tratados de derecho constitucional, su trascendencia es destacable, para el derecho privado y en particular para el derecho civil en nuestro país y así en consecuencia para los parámetros de la

[469] Castañeda Ribas Maria Leoba, El derecho civil en México, Dos siglos de historia, Porrúa México D.F., 2013; p 78

presente investigación, por su obra, Las Transformaciones del derecho público y privado, desde la publicación del Código Napoleón[470].

En abundamiento a todo lo anterior, la referencia a Duguit es fundamental en aras de confirmar nuestra primera hipótesis. Ciertamente el legislador civil de 1928, como nos lo confirma Ignacio García Téllez no tiene la misma visión de su función en el proceso iuriscreador. Claramente el legislador de 1928, pretende rebasar la norma liberal decimonónica y no sólo regular lo mínimo para dejar hacer y dejar pasar. El legislador de 1928 pretende regular y educar. El derecho debe de transformar a la sociedad. Su propósito dogmático es evidente y esto es parte del programa revolucionario social que le da lugar y circunstancia en oposición al fenoeno decimonónico liberal. El legislador de 1928 pretende reformar y especialmente aclarar el derecho civil. De ahí el legislador adoptará teorías novedosas de fuentes históricas distintas a las que ilustraron la codificación napoleónica y las codificaciones mexicanas decimonónicas, cuestiones que se abordarán más adelante con detalle, institución por institución.

En concreto, para Duguit, el derecho en el siglo XX debe de evolucionar. Ese derecho no puede permanecer en las mismas circunstancias. El Estado no es lo mismo, el individuo y la sociedad así como sus necesidades han evolucionado igualmente. Sin extendernos al análisis total de Duguit, su perspectiva apunta a un cambio total de los paradigmas jurídicos que el derecho persigue y debe perseguir. Al respecto las preguntas subyacentes son:

¿Puede el legislador cambiar la esencia de las instituciones y reflejar una realidad jurídica distinta? Puede en consecuencia el legislador cambiar su rol y la esencia de las instituciones que regula? Esa es la nueva panacea que en los albores del siglo XX parece plantearse Duguit. En su opinión, - *aunque paradójicamente esto pueda parecer contradictorio con sus acciones en el ámbito del derecho privado* - el Estado no es más un ente soberano de acuerdo con los parámetros decimonónicos. El Estado debe justificar su poder y esto sólo se justifica en tanto ejerce y cumple con una ***función social***, (énfasis añadido) en tanto cumple con el desarrollo y sustento de los servicios públicos[471].

---

[470] Duguit, Leon, traducción de Carlos G. Posada, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código Napoleón*, Editorial Heliasta Buenos Aires, 1975, 268 pp.

[471] "*.... el derecho público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e initerumpido. DE la noción de soberano subdito no queda nada. Del derecho subjetivo de soberanía, de poder tampoco....*" Duguit Leon, traducción de Carlos G. Posada, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código Napoleón*, Editorial Heliasta Buenos Aires, 1975, p 37.

Así para Duguit, "...*el fundamento del derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y gestión en los servicios públicos*. El derecho público es el derecho objetivo de los servicios públicos...[472]" Lo anterior parecería ser irrelevante para efectos de la presente investigación. Sin embargo, es precisamente en la aseveración anterior que se destaca y desprende la tesis de Duguit en relación con la reinvención del derecho por norma legislativa. Lo anterior incide fundamentalmente en los parámetros utilizados para la redacción del Código Civil en 1928 y su ulterior entrada en vigor.

Para Duguit ciertamente ese cambio de paradigma en la función del estado y su - *ya no vigente* - soberanía es el gozne que articula a su vez el cambio de paradigma en el derecho privado[473], confirmando así nuestra primera hipótesis de trabajo.

Ciertamente para Duguit la noción misma del derecho subjetivo en el ámbito privado es susceptible de reto y discusión. El derecho subjetivo propio del liberal siglo XIX no es más sustentable. El derecho subjetivo solo es sustentable y defendible en la medida que cumple con una ***función social*** que corresponde al individuo, de la misma forma que la soberanía del estado y de la norma de derecho público solo es sustentable en la medida que apuntala la realización y aseguramiento de una función y de un servicio público[474].

Es esta nueva noción del derecho subjetivo del estado y consecuentemente del individuo, la que subyace para Duguit en lo que será la gran transformación del derecho privado en el siglo XX, respecto de sus antecedentes decimonónicos plasmados en el Código Napoleón.

Ciertamente a partir y a raíz del nuevo concepto del derecho subjetivo es que Duguit reta los paradigmas "burgueses" plasmados en el Code, como será en México respecto de los Códigos de 1870 y 1884. Para Duguit el concepto tradicional del derecho subjetivo privado, de acuerdo con los paradigmas del Code, corresponde a una premisa metafísica en virtud de la cual, la voluntad de un sujeto y consecuentemente su derecho - *el acreedor en el derecho subjetivo* - son superiores a la voluntad y al derecho subjetivo del deudor a quien se puede imponer la voluntad del primero, lo cual siendo aplicable a todo tipo de derecho subjetivo en el ámbito privado -*i.e. derecho personal, real, de crédito y de propiedad* .- es totalmente inadecuado e injustificado[475]. En su opinión, ninguna voluntad puede ser superior a otra desde una perspectiva objetiva.

[472] Ibidem
[473] "*.... así como el derecho privado deja de estar fundado en el derecho subjetivo del individuo en la autonomía de la persona misma y descansa hoy en la noción de una función social* ..." Ibidem p 38
[474] Ibidem p 38 *"... la Ley es así ante todo, la Ley de un servicio público...."*
[475] Ibidem, p 174, 175.

Cualquier aseveración en contrario es pura metafísica y deriva de los parámetros del estado liberal soberano decimonónico, que como hemos apuntado anteriormente no es más aceptable para Duguit. Así, la concepción contractualista basada en el contrato social que sustenta la perspectiva liberal decimonónica y el concepto del derecho subjetivo tampoco es para Duguit más que una ficción, ya que el hombre no vive ni puede vivir nunca solo[476]. La supuesta arrogación de facultades al estado en el contrato social es en su opinión, insustentable e irreal[477]. En esta tesitura, para Duguit, el hombre, la sociedad y el estado no tienen derechos. La protección y el ordenamiento jurídico derivan exclusiva y centralmente de la función que cada uno de ellos debe de cumplir. Nos dice Duguit que:

> "…*Todo hombre tiene una función social que llenar y por consecuente tiene el deber social de desempeñarla; tiene el deber de desempeñar tan completamente como le sea posible su individualidad física, intelectual y moral para cumplir con esa función de la mejor manera y nadie puede entorpecer ese libre desenvolvimiento*..."[478]

Lo anterior es de la mayor relevancia para efectos de la presente investigación ya que como anticipábamos a su rededor para Duguit, los conceptos tradicionales del derecho privado establecidos como Ley desde el Código Napoleón, no son más aplicables. Después de elaborar sobre la inexistencia del derecho subjetivo y el fortalecimiento del deber jurídico como propio de protección en virtud de la función social que le corresponde, para Duguit sigue el turno del derecho subjetivo real por antonomasia, el derecho de propiedad. El derecho de propiedad tal y como la tradición jurídica lo había elaborado y consagrado bajo el Código Napoleón como herencia cultural desde el derecho romano, no es más aplicable. El derecho de propiedad no puede ya considerarse como un derecho intangible, absoluto. La propiedad no es para Duguit un derecho sino una función social.[479] El estudio de la propiedad no es claramente el tema de esta investigación, pero como el lector observará esta es una referencia obligada al ser este cambio de

[476] Ibidem, p 178
[477] Ibidem, p 178
[478] Ibidem, p 179
[479] "*.....El propietario, es decir el poseedor de una riqueza tiene por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario estan protegidos. Sino la cumple o cumple mal, si por ejemplo no cultiva la tierra deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir con su función social de propietario que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee confirme a su destino*..."; Ibidem, p 179

paradigma respecto de la propiedad un punto claramente adoptado por la constitución de 1917 posteriormente por el CC28 y anticipados en la obra de Duguit.

Así el cambio de paradigma respecto del concepto de propiedad propuesto por Duguit forma parte de un planteamiento más amplio que el legislador de 1928 va a adoptar - *dentro de un nuevo paradigma revolucionario social que corresponde a la revolución mexicana y sus fenómenos causahabientes* - y que consecuentemente es relevante mencionar para entender el mayor cambio de paradigma que dicho legislador tratará de implementar a lo largo de varias instituciones, incluyendo por supuesto también y muy especialmente, el concepto de obligación. Así lo anticipa Duguit quien del cambio de paradigma de lo que debe de contemplarse como propiedad, ya no como derecho subjetivo sino como función social, anticipa el desprendimiento de su discurso sobre los otros grandes problemas del derecho privado en las sociedades modernas, la libertad, -*la autonomía de la voluntad, el acto jurídico*-, la responsabilidad, la asociación y la propiedad. [480]

En su momento - *a lo largo del tercer capítulo y dentro del contexto de cada una de las instituciones relevantes* - haremos referencia específica a los tópicos de la obra de Duguit para efectos del segundo cambio de paradigma que esto representará en el CC28 y la forma como tratará a las obligaciones. Como podrá anticipar el lector de lo anteriormente anticipado y del contexto de la presente investigación, serán notoriamente la limitación a la autonomía de la voluntad tradicional y la erosión al contrato como fuente primigenia, así como el cambio de visión respecto de la responsabilidad civil, los temas en los que la obra de Duguit afectará puntualmente el texto y contexto del CC28 en la materia de obligaciones y nuestras hipotesis de trabajo.

A estas alturas, baste evidenciar en primera instancia como Duguit rompe claramente con los paramentos tradicionales del legislador decimonónico cambiando o pretendiendo cambiar el paradigma tradicional del legislador especialmente en lo tocante al caso particular de la codificación civil expuesta en los apartados anteriores de esta investigación.

Ciertamente parece evidente como, la sugerencia de Duguit, es adoptada por el legislador de 1928. Pareciera así que el derecho y los conceptos jurídicos pueden ser manipulados y eventualmente hasta redefinidos por el legislador independientemente de su esencia o reconocimiento cultural. Independientemente de la tradición cultural que pudiese identificar un

[480] Ibidem, p 179

concepto en virtud de la forma en que el mismo ha sido implementado secularmente, el legislador y la doctrina consecuente pueden enderezar sus particularidades de acuerdo con la convicción política de la cual, el poder legislativo se erige y califica como su representante. *Verbigratia*, si la propiedad era considerada tradicionalmente como un derecho absoluto, el orden jurídico puede cambiar esta particularidad y darle limites en atención a la función social que desempeñe su eventual titular.

La función del estado legislador no es más reflejar la realidad de la situación social como hicieren los miembros de la comisión redactora del Code Napoleón o pudieran haber discutidos los pandectistas previo al BGB. El legislador puede incidir activamente en la forma y contenido de las instituciones por regular. Así, no siendo considerado más, en el momentum político del México en los albores del siglo XX, que la versión liberal del estado es la que impera, la redacción del código puede incidir en cambiar esa realidad mediante la alteración de los elementos culturalmente entendidos de cada institución. La propiedad es el ejemplo más descarnado, pero como veremos en el curso del tercer capítulo, la obligación y el estudio general de la misma será igualmente un segundo paradigma que experimentará un cambio fundamental.

El primer cambio de paradigma es sin embargo sugerido por Duguit y adoptado por la comisión redactora según lo detalla su más destacado exponente, don Ignacio García Téllez. El legislador no deberá ser más solamente un observador pasivo que destaque la realidad por regular de acuerdo con la costumbre. Paradójicamente, como veremos del contenido de las disposiciones que se adoptan, la perspectiva de la comisión redactora de 1928 pretende un legislador mucho más activo y formulador de la realidad social. El derecho legislado no es solo un mecanismo de regulación social, sino mucho más especialmente un mecanismo científico que sirva para educar a la sociedad y para orientarla de acuerdo con los patrones social y políticamente buscados por el movimiento que llega al poder después de la revolución. De entrada, la posición de García Téllez como paladín de la comisión redactora incide en romper ese viejo parámetro de igualdad ante la Ley, tan propio del Code Napoleón, de los códigos Civil de 1870 y 1884, del individualismo, del liberalismo decimonónico y consecuentemente del régimen porfirista, blanco de todas las críticas por el nuevo régimen resultante de la revolución de 1910[481].

Habla García Téllez:

[481] Garcia Tellez Ignacio, Motivos, colaboración y concordancias del Nuevo código civil mexicano, 1932, p 2

"*...nuestro código civil de 84 era la fiel expresión de la ciencia jurídica contenida en el famoso código de Napoleón, inspirador de los Códigos Civiles del siglo pasado e impregnado de las doctrinas de los eminentes jurisconsultos romanos. El individualismo se encuentra como piedra angular de la codificación y el movimiento igualitario de la Revolución Francesa había hecho en su Ley civil la expresión* ***del dogma de la igualdad ante la Ley, cuyos rígidos principios se aplican igual al ilustrado que al inculto, al pobre que al rico, al habitante de la ciudad que al alejado de toda vía de comunicación***...[482]"

*Per se*, pero sobre todo para efectos de la confirmación de la primera hipótesis de la presente investigación, es digna de mención específica la forma en que la redacción de García Téllez se acerca y confunde con los asertos de Duguit respecto de la función del derecho y la función del Código Civil.

"*... Muy lejos de nuestro ánimo menoscabar el mérito de los autores de esta legislación - código Napoleón y códigos decimonónicos resultantes - considerada para su tiempo como un monumento patrio de sabiduría y claridad; toda la ciencia de la época esta en ella resumida. Mas si la Ley debe corresponder fielmente a las necesidades de su medio, a la vez que constituirse en un acicate de progreso, es innegable que el Código aún en vigor no cumple ya su misión, porque una* ***nueva filosofía jurídica ha sustituido a la antigua, vitalizando ampliando, socializando, es decir modernizando los conceptos de libertad, de propiedad, responsabilidad para modificar su estructura de preeminentes derechos individuales que deben quedar subordinados a los derechos sociales***…" [483] (enfasis añadido)

En la perspectiva de García Téllez, la legislación no debe de limitarse a reconocer y regular la realidad tal y como el titánico esfuerzo napoleónico implicó, sino a modernizarla, actualizarla para subordinarla a los derechos sociales. Paradójicamente - *si tomamos en cuenta de donde abrevará la comisión redactora de 1928* - la discusión entre Thibaut y Savigny es soslayada por García Téllez y el codificador revolucionario social mexicano del siglo XX, basándose en los asertos de Duguit. Habla García Téllez:

"*…Se ha dicho que la legislación no debe ser más que un trasunto de las costumbres, una cristalización de las necesidades de una sociedad y por eso se condena enérgicamente la adaptación de Leyes e instituciones existentes en otros países. Esa opinión encierra un gran fondo de verdad, pero como toda idea unilateral y exclusivista no encierra toda la verdad. Para legislar no deben de tenerse en cuenta*

[482] García Tellez, Opus Cit, p 2
[483] García Tellez, Opus Cit; p 2

*solamente las necesidades actuales y manifiestas de la sociedad, porque hay necesidades ficticias cuya satisfacción acarrea gravísimos males, porque hay legítimas necesidades latentes que es forzoso armonizar y porque el legislador debe de tener los ojos fijos en el porvenir. La fuerza de la tradición, la obra de las costumbres, sin duda que son respetables, pero muchas veces sancionan irritantes injusticias, privilegios odiosos que el legislador con valentía debe borrar y debe también recoger las reivindicaciones de los oprimidos, de los vejados para convertirlas en preceptos legales. Se ha dicho, no sin cierta razón, que las Leyes no crean las condiciones del mundo social y que no hacen más que expresarlas. Pero la legislación no se limita a este papel pasivo; es en gran parte, el eco de las condiciones sociales nueva, de los sentimientos y de las necesidades nuevas; y las sanciones del legislador ejercen a su vez una acción propulsiva y estimulan a reivindicaciones*…" (enfasis añadido)[484]

En el curso de cada institución de la teoría general de las obligaciones que experimentó un cambio, haremos durante el tercer capítulo de la presente investigación un análisis exhaustivo de los antecedentes y de las premisas que don Ignacio García Téllez defiende en su obra. Cabe sin embargo mencionar, el nuevo papel que considera debe de asumir el legislador, cambiando estructuralmente el paradigma del legislador decimonónico de acuerdo con lo antes expuesto.

El legislador está hecho para cambiar la realidad y no necesariamente para observarla. El legislador es un educador científico y social que debe de orientar al pueblo hacia metas de corte político y social. El parámetro de justicia inmanente en los desiderata de la regulación jurídica ha sido totalmente trastocado bajo nuevos parámetros. No abundaremos aquí si esto es adecuado e inclusive posible, bástenos apuntar en este segundo capítulo la realidad de sus parámetros, misma que será altamente explicativa de la realidad legal que abordaremos en el siguiente capítulo.

Para efectos de esta investigación sirva el presente capitulo y apartado para concluir que claramente el fenómeno de la codificación de 1928 al surgir como consecuencia de una revolución social se ve imbuido de un nuevo paradigma. El legislador puede erigirse en redactor de una realidad jurídica idealizada que rebasa los parámetros de la realidad observada. En consecuencia para el legislador, los conceptos jurídicos pueden no solamente deducirse de la norma legal, sino que la norma legal puede crearlos y modificarlos a voluntad de acuerdo con sus metas políticas y sociales.

Estamos atestiguando un cambio de paradigma de la función legislativa de magnitud insoslayable, aunque poco estudiada en el contexto mexicano. Cabe al respecto referir que, como

[484] Ibidem; p 21

consecuencia a esta nueva desiderata legislativa, en el apartado de las obligaciones, no deben pues resultarnos extrañas ni sorprendernos todas las modificaciones estructurales que se incluyen en el CC28. Aquí el gran golpe de timón que el régimen revolucionario pretende institucionalizar en esta materia, en 1928, vis *a vis* el viejo régimen liberal, individualista y decimonónico al que le atribuye tantos males sociales.

No debe de sorprendernos lo anterior en el contexto de la presidencia y personalidad de Plutarco Elías Calles- *cuestión que se radicalizará en otras materias fuera del contexto de la presente investigación durante la presidencia de Lázaro Cárdenas* -. La reinvención del país es claramente un objetivo permanente en gran parte de la obra de Calles para quien la modificación de la Ley se antoja, específicamente en este ejemplo en el ámbito civil, como un mecanismo útil para modular la realidad social que se considera inadecuada. Calles en su calidad de maestro rural tendrá en gran parte de sus iniciativas, la clara tentación de cambiar la realidad por decreto. Los propósitos educativos de Calles en temas religiosos, consuetudinarios y jurídicos son evidentes en todas direcciones. Las iniciativas en materia religiosa y educativa son claros ejemplos. De la misma manera, la creación formal del partido nacional revolucionario y la publicación del CC28 son patentes manifestaciones de un propósito y diseño conjunto.

Qué tan válida o eficaz es esta perspectiva y estrategia es una cuestión diferente en las distintas direcciones, pero especialmente en la que toca nuestro tema de estudio. En líneas precedentes afirmábamos que la generación de conceptos, tan lejana de la *desiderata* de los jurisconsultos romanos, era una tarea que debe de gestarse cultural y paulatinamente. La titánica tarea de la codificación napoleónica había enfocado gran parte de sus esfuerzos en reconocer la realidad tanto de los países (sic) de tradición jurídica escrita como de aquellos de tradición jurídica oral. Claramente, el mecanismo idóneo de la codificación napoleónica, tan propia de la modernidad, había sido la generalización y la abstracción conceptual manifestadas primariamente por la simplificación de la "Ley" - *todos ellos mecanismos identificados con los principios revolucionarios que le dieron lugar* - [485]. Esto era necesario para romper con parte de la "injusticia" percibida en el *Ancien Régime* contra los regímenes de excepción y privilegio que le caracterizaban. Obviamente el fenómeno revolucionario francés incide en la redacción de los artículos del Code. Obviamente existen ciertos parámetros de *tabula rasa* en los que el legislador

[485] D'Olivier; M. Essai sur l'art de la législation, Carpentras Devillario-Quenin Imprimeur -Libraire, Paris 1815, p 54: "..... *il verifiera si bien que le grand art de la législation consiste à la simplifier extrêment , à la mettre à portée de tous les ésprits*...."

pretende reinventar el mundo. Ciertamente y sobre todo merced a la exégesis, se llegan a extremos de generalización y abstracción conceptual derivada del precepto legal como medios de satisfacer al "pueblo" y al interés general de la forma más amplia posible eliminando diferencias ante la Ley[486]. Sin embargo, salvo por aspectos muy puntuales, el aspecto revolucionario del Code estriba más en mecanismos, métodos y fines políticos de tabula rasa respecto del *Ancien Régime*, que en pretensiones de corte epistemológico por las que se buscase cambiar aspectos de la realidad social por decreto. El derecho que empezaba en palabras de Grossi a ser apropiado por el estado, debía garantizar igualdad, libertad y fraternidad. Claramente este paso implicaba un sesgo de nominalismo, para los casos en que el legislador pretendiese alejarse de la realidad socio jurídica.

Al respecto ya había quedado de manifiesto en la polémica entre Thibauy y Savigny y lo habían subrayado los postulados académicos de este último y la escuela histórica[487]. Para la escuela histórica, el derecho legislado, aceptando su necesidad como parte de los fenómenos de la vida moderna, no podría ni debería pretender trastocar esencialmente la realidad regulada, ni importar modelos exógenos a la realidad social del país a ser legislado. En el caso del Code, el mecanismo de igualación legal era la meta. En el caso del BGB, el reflejo de la realidad filtrada por el conocimiento histórico y el trabajo de los eruditos jurídicos. En ambos casos, por vías distintas, el reconocimiento de la realidad jurídica fue, salvo en claras excepciones, en términos generales el objetivo patente y constante, la distinción era de metodos y consecuencias dogmáticas. En el caso del Code, la ausencia de parámetros epistemológicos, elitistas o academicistas es evidente. En ello radica su espectacular éxito global y secular. El caso del BGB fue - *para esos efectos* - menos exitoso en cuanto a su expansión. Sus parámetros y postulados eran distintos[488]. Sin embargo, en ninguno de ambos, parece que el derecho y los conceptos pudieran salirse del parámetro de la realidad regulada. Sea a través de la ficción de la representatividad popular en el caso del Code o a través del conocimiento histórico científico, ambos buscaban regular y ordenar la realidad.

---

[486] D'Olivier; M. Essai sur l'art de la législation, Carpentras DEvillario-Quenin Imprimeur -Libraire, Paris 1815, p 61: "*....tout le monde sait qu'un législateur doit s'occuper du bonheur de chaque individu particulièrement, mais plus encore et préférablement du bonheur du plus grand nombre d'individus réunis en société....*".

[487] Stern Jacques, Opus cit.

[488] Savigny, F.K.; Textos clásicos; p 44 para el cual : "*...se deduce de nuestra exposición que primitivamenet todo derecho es derecho del pueblo y quela legislación ( muchas veces ya en tiempos remotos ) se colocó al lado de la genuina producción del derecho en función de complementaria y de asistencia. Cuando por el desarrollo progresivo del pueblo, a la legislación se añade la ciencia jurídica, el derecho del pueblo se halla provisto de dos órganos: la Ley y la ciencia, de los cuales cada uno lleva su propia vida....*"

La tentación en todo caso de los siguientes postulados tanto del Code como del BGB radicaba en la posibilidad de elaborar conceptos que se desprendiesen exclusivamente de esa verdad legal - *monumento de perfección técnica abstracta e impersonal* -. Como analizamos en su oportunidad, claramente el modelo francés guardaba una visión más popular y cercana a la realidad social, como consecuencia de su origen y de sus pretensiones revolucionarias ilustradas. Le eran ajenos al Code, propósitos epistemológicos y academicistas. La simplificación del derecho era su meta más importante. Sería a la postre la exégesis la que trastocaría esos propósitos pretendiendo reducir todo a la Ley y la interpretación literal de la misma, inclusive la doctrina y la generación de conceptos. El BGB en cambio guardaba un parámetro más elitista y reservado en el que siguiendo los asertos de la escuela histórica, la generación de conceptos tuviese un sustento más técnico y con pretensiones epistemológicas más profundas[489].

La perspectiva del legislador mexicano de 1928, representado para estos efectos en las obras de Ignacio García Téllez antes abordada es distinta, más ambiciosa y revolucionaria. Para el Código de 1928, no es la simple observación, no es solo el mecanismo de igualación legal lo que importa como en el Code. No es la observación y reflejo científico de la realidad histórica como en el caso del BGB. Para el legislador de 1928, siguiendo a Duguit, la igualdad ante la Ley se considera una quimera que ha dado lugar a terribles e injustos resultados sociales. La Ley debe de cambiar esa realidad y para ello, no puede limitarse a observar y regular. La Ley debe de involucrarse en la realidad social para lograr cambios que la vida social no permite y la igualdad ante la Ley auspicia. Por ello la Ley y el código pueden no solo abstraer conceptos de la realidad, la Ley y el código pueden inclusive pretender, bajo la pretendida legitimidad del fenómeno social y político que les auspició, cambiar la realidad social que les rodea, por virtud de decreto y por virtud de determinación de Ley de la realidad y los conceptos que reflejan a la misma. He ahí la gran pretensión del legislador de 1928. He ahí el primer gran cambio de paradigma que es patente en la obra de García Téllez y en la ilustración y pretensión académica previa de Duguit.

[489] Savigny, F.K. Textos clásicos; p 44: "..... *de esta manera puede ocurrir que el derecho popular se encuentre casi por completo tapado por la Ley y la ciencia, en las cuales continúa su existencia, por lo que se olvida y desconoce con facilidad el verdedero origen del derecho positivo existente.* ***La legislación posee sobre todo en su potencia externa tal preponderancia que fácilmente se produce la apariencia engañosa de que fuera la única causa del derecho****, debiéndo considerarse todo lo demás a su lado sólo en la situación inferior de un mero auxilio o sucedáneo. No obstante un estado sano del derecho solo existe si las diferentes fuerzas productoras del derecho colaboran, no aislandose ninguna de las demás. Y puesto que la legislación y la ciencia de modo ininterrumpido son elaboradas por individuos intencionada y conscientemente, es también de importancia que tengas ideas acertadas sobre la génesis del derecho positivo y sobre la verdadera relación de las fuerzas que en ella operan, llegan a dominar y a mantenerse....*" ( enfasis añadido )

Como consecuencia el legislador pretende quedar legitimado para elaborar conceptos y cambiar realidades, no solo puede hacerlo, sino que parafraseando las palabras de León Duguit, en ello estriba su función social y su trascendencia.

# CAPÍTULO III. EL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1928.

## a) Una aproximación general del problema.

Durante los dos capitulos precedentes, se ha aproximado la complejidad inherente al proceso conceptual, especialmente el relativo a la conceptualización jurídica. Partiendo de la aversión o rechazo de la antigüedad, respecto de toda generalización y abstracción del fenómeno jurídico, se observó la inherente generalización de dicho fenómeno en el proceso legislativo. Las consecuentes pretensiones de la modernidad respecto del fenómeno jurídico que cambian o reformulan paradigmas y metas de la juridicidad para abarcar ya no sola justicia del caso concreto sino también y muchas en veces en perjuicio de ella, la seguridad jurídica. Se evidenció así en occidente la paulatina vinculación de la razón a todo fenómeno iuriscreador, propia de la modernidad manifestada a través del racionalismo y el voluntarismo jurídico que confluye en la creación del Code y la consecuente escuela de la Exégesis. La resultante simbiosis del estado y el derecho como producto de la modernidad afecta desde entonces las perspectivas y desiderata de las fuentes del derecho y de la creación de conceptos.

Se expuso así como legislación deviene en gran parte de occidente la fuente por antonomasia y lleva de la mano una doctrina y un fenomeno pseudo-conceptual que ayudandose de la generalización provista y utilizada por la legislación, permite establecer códigos de comunicación más generales y estables, pseudo-conceptos que si bien derivan del antecedente casuistico romanista, lo soslayan y utilizan de manera muchas veces equivoca, sin plantearse una problemática y un metodo verdaderamente análiticos y lógico-conceptuales. En concreto, la ley deviene con la exégesis y con la poca libertad que se deja a la jurisprudencia y a la doctrina, una limitante grave para la generación de conceptos verdaderamente lógicos y científicos. Esto no reduce su pretensión epistemológica que sin embargo se antoja poco eficiente.

Dicho fenómeno experimenta, igualmente por los devaneos y caprichos de la historia que se han expuesto, una sacudida importante durante el siglo XIX en el que la panacea del Code encuentra en Alemania y la escuela historica y sus causahabientes de la jurisprudencia de conceptos un cambio de paradigma respecto del proceso iursicreador y de las consecuentes necesidades para la efectiva y científica creación de conceptos jurídicos.

El proceso anterior verá un reflejo en el caso mexicano para el cual, la historía del siglo XIX refleja el proceso occidental europeo tendiente a la racionalización del derecho que se cristaliza paulatinamente en diversos códigos que emulan el fenómeno napoleónico y que darán lugar a una doctrina y a pseudo-conceptos heredados y replicados de la fenomenología y del antecedente cultural romano, con todas las falencias que esa imitación extralógica implica. En el caso especifico de las obligaciones, la regulación, la doctrina y los pseudo-conceptos resultantes son un fiel reflejo de la problemática y evolución conceptulizadora apuntada.

Asi, para efectos mexicanos en materia de obligaciones, la panacea conceptualista derivada de la jurisprudencia de conceptos se reflejará igualmente en el Código de 1928 que a diferencia de sus antecedentes y buscando como revertir la tradición jurídica mexicana implementará un cambio radical en su regulación, debido a una fenomenología y justificación histórico política. Ese cambio radical refleja un innegable cambio de paradigma en la función que el legislador tiene de si mismo. El mismo sin embargo planteará cambios que exacerbarán la problemática de los pseudo - conceptos heredados según antes expuesto. Así la exacerbación de esa problemática lleva a cuestionarse si en la misma no esta implícita igualmente una radicalización conceptual por la que se confirme que los códigos de comunicación adoptados en materia de obligaciones hasta antes del CC28 eran adecuados. Pueden con los cambios operados seguirse adoptando conceptos propios de la fenomenología antigüa y hasta decimonónica o debemos en consecuencia considerar a la obligación y a las instituciones que la regulan y complementan desde una perspectiva y con conceptos distintos? Puede decirse que el legislador de 1928 cambio el concepto de obligación? Esta esto en sus facultades? Logró de ser ese su objetivo sus cometidos?

En este tercer capitulo se expondrá en detalle el cambio en el Código de 1928 en el libro IV del Código Civil respecto de las obligaciones, *versus* lo que tradicionalmente se había regulado en el libro respectivo a los Contratos. Del análisis de las instituciones que regulan a las obligaciones se podrá concluir luego entonces, si amén su cambio de paradigma respecto de su rol, el legislador de 1928 implementó igualmente un cambio de paradigma respecto de lo que por una obligación debe y puede entenderse y si ese cambio de paradigma es válido y fué exitoso.

**b) La perspectiva legislativa en general respecto de las obligaciones: estructura de los códigos.**

Considerando tanto la problemática como la evolución marcada durante los dos capitulos precedentes así como prima facie las características del derecho romano, no es sino hasta con Justiniano[490], basándose en los postulados gáyanos retomados y recontextualizados que se retoma y publicita muy precariamente, un incipiente concepto con visos de generalidad y abstracción por un pretendido legislador. Será este "concepto" el que trastocado por las distintas y sucesivas filosofías a lo largo de varios siglos, se recibirá y adoptará en la dogmática jurídica mexicana del siglo XX, casi como un "dogma de fe jurídica"[491]. Las particularidades de dicho concepto presentan por lo general rasgos comunes a la mayor parte de la doctrina que elaboran sobre el mismo.

El producto consecuente es un híbrido dogmático de los parámetros romanistas aunados a las particularidades generalizadoras de las primeras codificaciones de origen francés y las consecuentes elaboraciones doctrinales racionalistas y exegéticas. La conjunción de esas dos premisas cosmogónicas del fenómeno jurídico nos lega un concepto muy preliminar que difícilmente resiste un análisis dogmático y lógico de profundidad. Claramente los postulados exegéticos incidirán en la formación de conceptos - al efecto - *del concepto de obligación* - basados en un incipiente ejercicio de generalización de los casos concretos romanistas - *reflejados en la definición justinianea referida* - y utilizando el articulado legal y la exigibilidad - *como elementos característicos* - para apuntalar sus resultados[492]. Esto queda patente desde los primeros escritos de la exégesis.

---

[490] "*...Obligation est iuris vinculum quo necessita adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostra civitatis iura...*" según cita Manuel Borja Soriano en su Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, 1985, Mexico, p 69

[491] cfr. Borja Soriano Manuel, Opus cit; p 69; Rojina Villegas Rafael, Opus cit; p 9; De la Peza José Luis, De las Obligaciones; Editorial Porrúa, 2002 MéxicoD.F. p 1

[492] Habla le Cardinal Gousset; Opus Cit; p 368:" .... *le conventions sont une des principales causes de nos obligations. On distingue en jurisprudence, trois sortes d'obligations: les obligations purement naturelles, les obligations purement civiles et les obligations mixtes, qui sont a la fois naturelles et civiles. L'obligation purement naturelle est celle qui est fondée sur les lois de la conscience mais* ***que la loi civile par des considérations particulières a depourvue d'action contre celui qui l'a contractée****. Cependant quoique l'obligation naturelle ne donne pas* ***d'action directe****, elle a cependant plusieurs effects civils: Les principaux sont de pouvoir retenir le gage donné pour leur éxecution de pouvoir servir de base au cautionnement et d'empêcher la répétition des sommes payées pour l'acquit de cette obligation. ( art 1235)* ***L'Obligation purement civile est celle qui sans être fondé sur l'équité, produit une action au for exterieur****; l'obligation mixte est celle qui est fondé sur l'équité naturelle et l'autorité de la loi civile. Justinien definit cette obligation: vinculum iuris quo necessita adstringimnur alicuius solvendae, secundum nostra civitatis jura (Inst de Oblig.) ....*" (enfasis añadido) Es particularmente notorio en el

Cabe al efecto referir adicionalmente, que el concepto en comento no ha sido adoptado legalmente en el Código de 1928, como tampoco lo fue por sus antecedentes de 1884, 1870 ni por el Código de Napoleón de 1804[493]. Todos ellos guardaron cierto nivel de distancia respecto de la tentación dogmática para definir a la obligación.

Al respecto cabe mencionar que los Códigos Civil de 1870 y 1884, inclusive guardan, siguiendo el modelo napoleónico una distancia aún mayor, al ni siquiera incluir en su estructura un Libro especial respecto de las obligaciones, al seguir el parámetro napoleónico - *mucho menos dogmático en este tema*- [494]. Ciertamente, las obligaciones son solamente tratadas adyacentemente dentro del libro de los Contratos o de los medios de adquirir la propiedad, acusando mayor distancia de pretensiones académicas o epistemológicas y evidenciando una pretensión mucho más pragmática.

Ciertamente el modelo napoleónico[495] se estructura en tres Libros; Libro I De las personas; Libro II De los bienes, la propiedad y sus distintas modificaciones y Libro III. De las formas de adquirir la propiedad. El Código Civil de 1870[496], rompe parcialmente el esquema y se estructura en cuatro Libros para segregar el tratamiento de los contratos *versus* las sucesiones,

---

analisis exegético de Gousset la perspectiva respecto de la acción - exigibilidad - como elemento definitorio y distintivo de la llamada obligacion civil.

[493] Excepción hecha de algunas someras menciones que parecen tener un tinte más pragmático que conceptualizador en los Códigos de 1870 y 1884 según se verá líneas adelante.

[494] Laurent F. Principes de Droit Civil Francais; Librairie A. Maresq, Aine, Bruxelles, 1878, Tome 15; p 476 para el cual es claro que "*.... Le titre III du livre III est intitulé ' Des Contrats our des Obligations conventionnelles en général. Il traite donc des principe généraux sur les obligations qui dérivent des contrats; néanmoins il ne définit pas l'obligation; le premier article se borne a définir le contrat. N'est ce pas confondre le contrat avec l'obligation? On est certain que cette confusion existe dans plus d'une disposition de notre titre. On l'a assez amèrement reprochée aux auteurs du Code. Nous ne leur ferons pas l'injure de croire qu'ils aient ignoré la difference élementaire que sépare l'obligation et le contrat; ils avaient Pothier sous les yeux et Pothier n'a gardé de confondre l'obligation avec le contrat que n'est qu'une des sources de l'obligation. [.....]* ***les auteurs du Code ont voulu donner un éxposé complet des principes qui régissent les obligations les plus nombreuses et ce sont certes celles qui naissent des contrats. De là le nom d'obligations conventionnelles pour désigner le tître qui est consacré aux obligations en géneral***...." ( enfasis añadido ). Al respecto subrayaríamos igualmente que el ánimo del legislador napoleónico es claramente mucho más pragmático, menos riguroso y con un programa de naturaleza más política que dogmática, lo cual incide substancialmente en la estructura del código a este respecto. Por el otro lado la clara influencia fisiocrata en dichos derroteros legislativos ya ha sido mencionada y se confirma en esta estructura al no buscar el programa economicista de la burguesia revolucionaria francesa en dogmatizar ni establecer parametros técnicos y lógicos, sino en cambiar la esencia social mediante la equiparación jurídica de clases economicas que adolecían de ello pese a constituir los motores de la economía. La conjunción del programa economico de la burguesía con el programa de la ilustración inciden en la tabula rasa de referencia para la cual, mientras más simple sea la estructura legal consecuente mejor. Evidentemente Laurent en su cariz exegético y apologético del Code, defiende el expediente aunque no puede ocultar la evidente implicación dogmática.

[495] Gousset Le Cardinal Mgr., Le Code Civil commenté dans ses rapports avec la theologie morale, ou explication du Code civil, Librairie classique d'Eugene Belin, Paris, 1853; 864 pp

[496] Exposición de los cuatro libros del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California que hizo la Comisión al presentar el proyecto al Gobierno de la Unión y Código Civil del Distrito Federal y el territorio de la baja california; Imprenta dirigida por Jose Batiza, México, 1870; 634 pp

pero guarda la misma distancia respecto de la obligación al no dedicarle un libro especifico y estructurandose como sigue: Libro I. De las Personas, Libro II. De los bienes, la propiedad y sus distintas modificaciones; Libro III De los Contratos y Libro IV de las sucesiones. Dicha estructura permite claramente evaluar la perspectiva fisiocrática y burguesa -eje rector de la codificación-. La propiedad es la piedra angular del código y el principal propósito de la regulación civil moderna de origen revolucionaria francesa. El contrato es por su parte un instrumento de la propiedad para su transacción y transmisión. La obligación queda rezagada en su caso a una consideración meramente académica pero no recibe un tratamiento *per se* en los Códigos.

El Código de 1884[497] sigue el esquema de su inmediato predecesor, manteniendo la división en cuatro libros, el tercero del cual está destinado a los contratos, dentro del cual se regulan indirectamente a las obligaciones. Las obligaciones no gozan en ninguno de dichos ordenamientos de un libro propio, al ser sólo un apéndice de la regulación contractual -*instrumento de la propiedad que a su vez constituye el eje fisiocrático de la regulación desde su antecedente revolucionario francés* -. El análisis de la obligación es soslayado, aparentemente por su mayor dogmatismo y tecnicismo que alejaría al Code y a sus réplicas decimonónicas mexicanas de su propósito primario de naturaleza política y revolucionaria francesa. Claramente el parámetro de ambos códigos sigue la perspectiva liberal fisiocrática y reguladora inaugurada por la revolución francesa. El propósito y parámetro de los mismos son esencialmente prácticos y no dogmáticos. La propiedad es el centro de protección de sus propósitos y la regulación gira a su alrededor. El contrato es el mecanismo natural, dentro de la herencia romanista y del *ius commune* alrededor del cual se estructura el intercambio y su protección jurídica vía legal. La regulación de la obligación sería más técnica y dogmática de lo que presentan sus alcances y visión. Regular a la obligación sería asimismo más difícil para el público y las expectativas a las que el código decimonónico está destinado. El Code y sus herederos mexicanos no tienen pretensiones elitistas, sino pragmáticas. Será solamente la jurisprudencia de conceptos y la codificación alemana - *como veremos más adelante* - la que cambie el paradigma y centre la regulación en la obligación, con claras pretensiones más dogmáticas y con una perspectiva mucho más elitista y con consecuencias patentes en la regulación de 1928.

[497] Código Civil del Distrito Federal y el territorio de la baja california y Ley de relaciones familiares; Editorial Porrúa México, 1919; 664 pp.

Asimismo, dentro de dichos parámetros y consistentemente con lo antes aseverado, ninguno de dichos ordenamientos proveen una definición de lo que el legislador entiende por obligación, excepción hecha de la somera y única clasificación en términos idénticos que hacen tanto el Código Civil de 1870 como el de 1884 discutible y lacónicamente, en el Capítulo I del Título Segundo del libro en comento. Esta es una incipiente y preliminar clasificación de las obligaciones en reales y personales, dentro de la regulación del contrato y de particularidades someras, a saber:

> *"Obligación personal es la que solamente liga a la persona que la contrae y a sus herederos."*[498]
> *"Obligación real es la que afecta a la cosa y obras contra cualquier poseedor de la misma."*[499]

Es importante e interesante acotar que dicho articulado, amén de que no constituye un concepto, no es tampoco tomado del Code, lo cual nos hace suponer que el mismo claramente no corresponde a los primitivos *desiderata* del legislador napoleónico. No deja de sorprender su inclusión en nuestros primeros ordenamientos civiles de alcance nacional y más aún su eliminación en el Código de 1928 que como veremos, no obstante tener muchos mayores pretensiones dogmáticas - *especialmente en esta materia* - se aleja, al menos, de tentaciones definitorias o concpetualizadoras como pudiera calificarse este puntual y marcado antecedente.

Ciertamente, el Código de 1928, no incluye ninguna clasificación, pero tampoco ninguna definición de obligación. Sin embargo, como anticipábamos, su estructura es mucho más dogmatizante especialmente en esta materia. Sin embargo el perfil dogmatizante, al que calificamos y analizaremos como el primer gran cambio de paradigma materia de esta investigación, es patente incluso en la estructura misma del Código.

En efecto el Código de 1928, incluirá por primera vez en la tradición mexicana, claramente imbuida hasta entonces en su filiación napoleónica, un libro destinado a las obligaciones - *teoría general* -. Lo anterior implica un claro sesgo hacia la tradición germanista y hacia la jurisprudencia de conceptos de Windscheid, para la cual, la inclusión de una sección general, es un innegable síntoma de adhesión a sus pretensiones académicas, cuyas generalidades anticipamos en el capítulo anterior. El Código de 1928 amplia el espectro de su regulación al referirse a las obligaciones dentro de las cuales analiza a los contratos, invirtiendo el esquema

[498] CC 84. Art 1326. y CC 70. Art 1442.
[499] CC 84. Art 1327. y CC 70. Art 1443.

regulador originado en Francia y de claros antecedentes romanistas, para los que la dogmatización o conceptualización son un fenómeno ajeno. Así el Código de 1928, marcará una primera y fundamental pauta diferenciadora de sus pretensiones respecto de las de los legisladores precedentes. El legislador de 1928, pretende ir a una regulación mucho más dogmática y consecuentemente, con visos y paradigmas conceptualizadores mucho más profundos. No bastará al legislador de 1928, regular la tradicional fuente antonomástica y erigirla *-como en el caso de los antecedentes de 1884 y 1870-*, en el eje rector del tercer libro respectivo a cada uno, siguiendo el modelo y el paradigma del Code. Esto tiene implicaciones dogmáticas recibidas de esa influencia germanista como también claros parámetros revolucionarios derivados de la influencia de Duguit en el derecho privado del siglo XX, como se analizará más adelante.

Para el legislador de 1928, serán materia de regulación las obligaciones y no ya solo los contratos. Los contratos sólo serán regulados como consecuencia y dentro del régimen general de las obligaciones, como una de las fuentes que les son aplicables. El código de 1928 se clasificará así en cuatro libros, a saber: Libro I de las Personas, Libro II de los Bienes; Libro III de las Sucesiones y Libro IV de las Obligaciones. En ello, el legislador de 1928, mantiene la ruptura incipientemente iniciada por el Código de 1870 *vis a vis* el Código Napoleón, al separar el Libro que contenía originalmente las formas de adquirir la propiedad en dos que contendrán respectivamente la materia sucesoria por un lado y la materia transaccional por el otro.

Amén la referencia a la estructura en cuatro libros, lo más relevante dentro de lo anterior, para efectos de esta investigación radica en la inclusión por primera vez en nuestra historia legislativa de un libro - *teoría general* - de las Obligaciones, dentro del cual se analizarían las fuentes - *incluyendo, pero no limitado al contrato que deja de ser el centro de la regulación* - que en concreto se pretenden considerar. El Código de 1928, va mucho más allá del paradigma contractual de origen romano y napoleónico, evidenciando su desiderara dogmatizante, tanto en las fuentes que incluye, como en la forma como ordena y regula igualmente las modalidades, los efectos, las formas de transmisión y extinción. Sin duda, como veremos en detalle respecto de lo anticipado en el capítulo precedente *-sobre sus propósitos revolucionario - sociales-*, esta generalización de la materia obligacional, tiene, por un lado, un claro propósito dogmático, directamente derivado de la doctrina alemana, en lo especifico de la jurisprudencia de conceptos, como parte y causahabiente de la pandectistica alemana. Esto no es sino el reflejo de la visión

anti contracualista y anti liberal del legisladro revolucionarios social mexicano. Al efecto Wiaecker[500] claramente menciona como, la inclusión de secciones temáticas generales en el BGB obedece a un prurito técnico de la jurisprudencia de conceptos, en virtud del cual, es más evidente lograr la perfección orgánica que buscaba dicho movimiento doctrinal, mediante secciones generales dentro de las cuales la interpretación pudiese lograrse de manera orgánica dentro de un elevado nivel de pureza y disciplina conceptual[501]. Las secciones generales en los códigos, nos dice Wiaecker quedarán a la postre en la historiografía de las codificaciones como un síntoma inequívoco de la influencia germánica, en oposición a su predecesor francés con apetito más regulador y práctico que dogmático y técnico.

Es así evidente que la pretensión de pureza conceptual, amén de otra desiderata de naturaleza política a la que nos referiremos más adelante, estriba en el ánimo del legislador de 1928, para cambiar la estructura de los libros del Código de 1982, vis a vis todos sus antecedentes en el derecho positivo mexicano y sus claros orígenes napoleónicos, especialmente en la materia que nos ocupa. Es así evidente que la influencia del BGB y la jurisprudencia de conceptos son uno de los que consideramos son los dos factores más importantes para este cambio en el Código de 1928[502].

Lo anterior, es visible para la doctrina civil mexicana en forma prácticamente unánime y nos indica algo muy importante en el contexto de esta investigación. El legislador de 1928, independientemente de querer innovar la regulación social, en atención a sus clarísimos y expresos derroteros revolucionarios, buscaba también ejercer - *muy probablemente como parte de los mismos* - una función dogmatizante para cambiar a la sociedad, mediante una regulación que se caracterizase no solo por ordenar el derecho sino también por su eficacia explicativa de los fenómenos socio-jurídicos. Parece evidente, en las palabras de Don Ignacio García Téllez, que ambos propósitos están entrelazados, cuando menciona que:

---

[500] Wiaecker Franz, Opus Cit; p 377; "*.... the Code betrays in both its form and its content, the intellectual and social conditions prevailing at the time of its creation. It is general and abstract private law,* ***a system geared not to the conditions of life in society, as the Prussian ALR was, but to the concetual apparatus of law, claims, real rights, personal rights****. Only the fourth and fifth books does a more concrete way of looking at the events of life emerge;* ...." ( enfasis añadido ).

[501] Wiaecker Franz, Opus Cit; p 377: "*.... the generalization of the General Part certainly bespeaks a high degree of conceptual and systematic discipline....*"

[502] Wiaecker Franz, Opus Cit; p 385; "*.... thus we find General Parts* ***only in the codes which felt the direct influence of the BGB*** *and the countries which most readily adopted these academic generalizations were those of alien culture such as Japan, China and Siam. the greek code of 1940-6 has a General Part as a result of the strong influence of Pandectism....*" ( enfasis añadido ).

"*…Libro Cuarto. Principia desarrollando una teoría general de las obligaciones a diferencia del Código de 84 que hace del convenio la fuente casi única de las obligaciones*[503] *[...]* ***para la mejor compresión del tema trascendental de las obligaciones, se metodiza científicamente su exposición****, clasificando sus diferentes especiales, estudiando pormenorizadamente sus formas de transmisión y extinción y sus efectos en relación a tercero*... "[504] (énfasis añadido).

De la misma forma, en su correspondencia privada Don Fernando H. Ruiz, miembro de la comisión redactora informa así a Don Ignacio García Téllez, respecto de estas pretensiones dogmáticas y su interrelación con la desiderata revolucionaria que auspicia la publicación del nuevo código:

"*...LIBRO CUARTO. En materia de obligaciones y contratos se comenzó por establecer una teoría general de las obligaciones a fin de reunir los preceptos que se encontraban dispersos en diferentes partes del código. [....] La doctrina desarrollada sustituye el principio fundamental de la autonomía de la persona como voluntad libre para obligarse y disponer de sus bienes como mejor le parezca, por un imperativo menos metafísico e individualista cual es, la sujeción de la actividad humana a las necesidades de interdependencia y solidaridad social y el reconocimiento de los derechos, en tanto contribuyen al bienestar y progreso de la colectividad. Dentro de ese margen se desea que la fecunda iniciativa individual no se detenga frente al rigorismo de los contratos solemnes y que la equidad base esencial del derecho prepondere sobre el inflexible texto de la Ley a cuyo efecto se reconoció que producen efectos jurídicos los convenios cumplidos por el deudor, aunque no llenen las formalidades legales. [.....] Para la mejor comprensión del tema trascendental de las obligaciones, se metodiza científicamente su exposición, clasificando sus diferentes especies, estudiando pormenorizadamente sus formas de transmisión y extensión (sic) y sus efectos con relación a terceros…*"[505] ( énfasis añadido)

Concluyendo a este respecto, la inclusión de un libro de las Obligaciones por el legislador de 1928, tiene, amén muchas consideraciones políticas que apuntan a demoler y erradicar del código la sintomatología burgués-liberal anticipada por Duguit (i.e. la autonomía de la voluntad), así como un propósito dogmatizante, directamente derivado del derecho de Pandectas, el BGB y

[503] Garcia Tellez Ignacio, Opus Cit; p 38
[504] Garcia Tellez Ignacio, Opus Cit; p 41
[505] Archivo Personal del Presidente Plutarco Elías Calles y Fernando Torre Blanca; Breve informe sobre algunas de las más importantes reformas que figuran en el ante proyecto de código civil, por Francisco H. Ruiz el 12 de diciembre de 1927, con copia a Ignacio García Tellez en papel membretado de la Secretaria de Gobernación, Comisión Técnica de Legislación., 33 pp., - GAV 70 Secretaría de Gobernación; Exp. 75; Leg. 17/21; Inv. 5362

las pretensiones científicas de ambos[506]. Es evidencia este hallazgo, del (i) claro cambio de paradigma del legislador y su función como respecto de lo que (ii) a la postre puede concluirse como un resultante, verdadero, técnico, sistemático y sustentable concepto de obligación.

Ciertamente de la forma en que el legislador vislumbra y regula las instituciones alrededor de las cuales se desarrollan las obligaciones, como son, fuentes, modalidades, efectos transmisión y formas de extinción, podrá consecuentemente entenderse lo que subyace en la mente - *orgánica sistemática y científica del legislador de influencia pandectistica* - como concepto de obligación. Lo anterior en atención a ese nuevo paradigma que busca centrar a esta institución en la regulación civil reemplazando al contrato e inevitablemente concluyendo sobre las características de aquella. Será parte del mismo ejercicio, el análisis de las instituciones auxiliares que paradójicamente son igualmente modificadas en el Código de 1928, guiando al interprete y al estudioso de la materia, a conclusiones integrales respecto del tratamiento que da el legislador en esta materia, así como a la confirmación de los cambios de paradigma del rol del legislador y del concepto de obligación resultante.

A efectos de lo anterior es claramente ilustrativo, además del cambio del objeto de regulación, la forma dogmática y organicista que se da a la obligación *vis a vis* lo que los anteriores códigos de la tradición implicaban. Si se analiza la estructura del Código Napoleón, junto con la de los Códigos de 1870 y 1884, puede constatarse que regulan al contrato y no a la obligación, pero también muy especialmente que, en su estructura, la regulación del contrato, no tiene un orden que pudiéramos llamar orgánico y con propósitos y manifestaciones epistemológicas sino un orden meramente expositivo con derroteros pragmáticos y reguladores.

Como ya hemos mencionado, el Código Napoleón ciertamente regula en su Libro III - De las Distintas formas de adquirir la propiedad - en su Título III - *De los contratos o de las obligaciones convencionales* - a las obligaciones como apéndice de los contratos, estos últimos epítome de la autonomía de la voluntad burguesa y liberal de origen romanista. La nomenclatura, orden y pretensión de los capítulos son, sin embargo, muy ilustrativos tal y como los exponemos a continuación:

Capitulo I. Disposiciones preliminares;

Capitulo II. De las condiciones esenciales para la validez de las convenciones;

[506] Wiaecker Franz, Opus Cit; p 386 para el cual : "...*It is undeniable that* ***any legal science which conceives of itself as systematic****, as did German legal science throughout the nineteenth century****, is bound to construct a General Part***...."

Capitulo III. De los efectos de las obligaciones;

Capitulo IV. De las distintas especies de las obligaciones;

Capitulo V. De la extinción de las obligaciones;

Capítulo VI. De la prueba de las obligaciones;[507]

Amén su mezcla -*poco dogmática, aunque pragmática y evidentemente comprensible como ya se ha hecho notar* -, entre la regulación de la obligación y del contrato, el orden y contenido de los capítulos es claramente regulador y conciso. No traduce ninguna pretensión organicista ni dogmatizante. Después de los capítulos antes referidos, el Código Napoleón inicia la regulación de los contratos en particular, siguiendo el mismo parámetro regulador. En el mismo sentido y emulando a su predecesor napoleónico, los Códigos Civiles de 1870 y 1884 establecerán en idénticos términos el siguiente orden expositivo en la regulación de mérito del Libro III - De los Contratos - tal y como ya habíamos adelantado:

Título I. De los contratos en general;

Título II. De las diferentes especies de obligaciones;

Título III. De la ejecución de los contratos;

Título IV. De la extinción de las obligaciones;

Título V. de la rescisión y nulidad de las obligaciones[508] [509].

En oposición a todo lo anterior, el CC28 invierte la estructura, centrando el Libro IV en la regulación - *y podríamos añadir* - , en la exposición "De las obligaciones". Dentro del mismo incluye como hemos referido todo lo relativo a los contratos. Sin embargo, a efectos del presente apartado, es relevante hacer una referencia a la estructura del Libro IV en comento, pues la estructura, nomenclatura y orden del Libro IV en comento presentan una exposición y visión organicista en la que alrededor de la obligación, se exponen científicamente su origen, variaciones, efectos, transmisión extinción y defectos (nulidades e inexistencia):

Primera Parte. De las Obligaciones en general;

Titulo I. Fuentes de las obligaciones;

Título II. De las modalidades de las obligaciones;

Título III. De la Transmisión de las obligaciones;

Título IV. De los Efectos de las Obligaciones;

[507] Gousset, Le Cardinal, Opus Cit; Table de Matieres, p 416. ( la traduccion es nuestra )
[508] CC70, México, Imprenta de E. Ancona y M. Peniche; Indice; p 628
[509] Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California y Ley de Relaciones Familiares; México, Libreria Porrua Hermanos 1919; Indice; p 667

Título V. De la extinción de las Obligaciones;

Título VI. De la Inexistencia y de la nulidad.

Es claro en el contraste de los Libros anteriores que la perspectiva del legislador de 1928 es más amplia, más científica y especialmente dogmática. Es consecuentemente menos pragmática, menos sencilla. Claramente por un lado la influencia y paradigmas alemanes son visibles al regular cientificamente de entrada una sola institución- la obligación-. Por el otro, la desiderata revolucionaria social se acomoda paradójicamente bien con esa nueva perspectiva reguladora. Para el Código de 1928 ya no solo es necesario regular, sino también dogmatizar y enseñar - *encuadrando así con las metas del nuevo régimen*-. La perspectiva de la exposición es radicalmente distinta, rompiendo con la tradición liberal decimonónica, ante lo cual, la pretensión de cambio en el rol legislativo es evidente. Lo será también, partiendo del análisis lógico de sus preceptos y estructura, el cambio de paradigma de lo que podrá integralmente entenderse por obligación. Los incipientes conceptos decimonónicos heredados de la tradición romanista y francesa, no serán más, suficientes para interpretar bajo este nuevo paradigma, cayendo en múltiples y sucesivas contradicciones. Cabe preguntarse siempre si lo anterior es correcto y si el legislador puede cambiar esos conceptos. En ello radica el centro de esta investigación. En su descargo sin embargo, cabe preguntarse si los "conceptos" manipulados hasta entonces y resultantes del fenómeno romanista filtrado por la realidad legislativa decimonónica de corte francés, resisten un análisis y una exposición lógica. El CC28, estará claramente imbuido de una pretensión lógica y epistemológica que partiendo de una perspectiva distinta utiliza métodos radicalmente distintos siguiendo los derroteros y pretensiones de la jurisprudencia de conceptos.

En descargo de la pretensión opuesta seguida por el legislador napoleónico y sus herederos mexicanos decimonónicos, vale la pena mencionar a estas alturas, las palabras de Laurent en su célebre y exegético tratado de derecho civil, para el cual <u>la materia de regulación legal es la vida real y no la perfección lógica</u>:

> "*... la vie réelle <u>ne procède pas de la logique</u>, c'est une suite de transactions qui ont pour objet de concilier des interêts opposés. <u>Ce qui doit dominer dans cetter oeuvre de conciliation, c'est avant tout l'équité, que Bigot Premeneau place en première ligne, comme source des obligations</u>...*"[510] (énfasis añadido)

[510] Laurent F. Principes de Droit Civil Francais, Bruylant- Christophe et Cie., Bruxelles 1878, Tome XV; p471

Es claramente perceptible que ni la perspectiva del legislador napoleónico - *como tampoco la de sus causahabientes decimonónicos mexicanos y de sus corifeos académicos* - busca en forma alguna la estructura mental y lógica perfecta. No busca el legislador dogmatizar ni sistematizar el conocimiento, no es esa su función. Los conceptos resultantes parecieran más un accidente propio de la generalización que permite las codificaciones ilustradas del siglo XIX, que un propósito legislativo, como no lo eran en la praxis jurídica de la antigüedad. Esas pretensiones serán propias de la pandectística. Para el movimiento revolucionario francés y su abanderado legislativo napoleónico, el sistema legal racional es un instrumento, no es en forma alguna el fin como pudiera deducirse de sus metas en la legislación pandectistica alemana de clara estructura historicista. El contraste entre los CC70 y CC84 versus el CC28 lo ilustra perfectamente en la realidad mexicana, evidenciando distintos paradigmas, metodos y fines.

No será sin embargo lo anterior necesariamente una garantía de éxito en la empresa pretendida por un legislador que actúe de la suerte, respecto de lo cual analizaremos en los siguientes apartados sus puntos a favor y contra. Al respecto parte de la problemática resultante es anticipada nuevamente por Wiaecker[511].

En todo caso, será particularmente ilustrativo contrastar esta regulación de la que privaba en los tres ordenamientos positivos que le preceden, pues como anticipa el propio Garcia Téllez, el tratamiento de origen francés se centra en la regulación del contrato en tanto mecanismo para adquirir o negociar con la propiedad, y esto no es más sustentable en la perspectiva revolucionaria social y sobre todo para efectos de este apartado, en la perspectiva técnica-científica del legislador de 1928. La perspectiva de regulación burguesa era menos cercana a la pretensión dogmática, aunque más cercana a la realidad práctica.

De la misma manera, el contrato y la autonomía de la voluntad se considerarán por la comisión redactora de 1928, en sus pretensiones revolucionarias, como rezagos de un individualismo liberal, al que le atribuirán tantas desgracias sociales y que considerarán consecuentemente indeseable. Como anticipado, lo anterior es conjuntado en el ánimo del legislador con afanes científicos ausentes en la perspectiva decimonónica. Es muy claro Garcia Téllez al respecto cuando refiere que:

[511] Wiaecker Opus cit; p 386: ." *....but that does not mean that a code is the right place to put it . Creating a scientific system and making a law are quite different entreprises and the legislator should not abandon its creative independence in favour of an academic approach. A law may be logically coherent without an obvious scientific system....*"

*"…Con el objeto de que la legislación común comprenda las nuevas clases de obligaciones impuestas por la vida moderna y que el contrato no abarca totalmente, se desarrolla con la amplitud necesaria una teoría general de las obligaciones que estudia su nacimiento, sus diversas formas, transmisión y extinción. Al lado del contrato se reglamentan obligaciones nacidas sin necesidad de convenio entre los titulares de la relación jurídica como son las obligaciones originadas por promesas al público, las estipulaciones a favor de tercero, los títulos civiles al portador y a la orden, las obligaciones nacidas de los actos ilícitos, el riesgo profesional, la gestión de negocios, el pago de lo indebido...[...] De las diversas clases de contratos se suprimen algunos por desusados, como el censo y la anticresis. La mayoría de los restantes son modificados de acuerdo con las verdades científicas universalmente admitidas."*[512]. (énfasis añadido)

Cabe así, respecto de las metas del legislador de 1928 hacer referencia a su clara filiación respecto de la obra de León Duguit[513]. Es patente y evidente la correlación prácticamente literal de los parámetros de Duguit con muchas de las aseveraciones de Garcia Téllez, citando expresamente este último a "connotados publicistas"[514]. Queda por evaluar, sin embargo - *materia de este tercer capítulo* - las consecuencias dogmáticas en el ámbito del concepto de obligación que esto acarreó, pues en ello parece que el jurista bordalés no se adentra y bien puede que las mismas sean consecuencia de las otras influencias - *notoriamente el BGB y la jurisprudencia de conceptos* - en que abrevó la comisión redactora.

Ciertamente, de la obra de Duguit[515] pueden colegirse cuatro grandes rasgos del derecho privado que, heredados desde el Código Napoleón, requieren y experimentarán en su visionaria opinión, una transformación fundamental considerando las nuevas necesidades sociales y el nuevo paradigma que el legislador debe adoptar al respecto en los albores del siglo XX. De manera general, Duguit considera que (i) la propiedad, (ii) el contrato, (iii) la autonomía de la voluntad y (iv) la responsabilidad civil subjetiva, son parámetros del derecho civil occidental que han causado gran parte de las desigualdades sociales de finales del siglo XIX y que los mismos deben replantearse y reformularse para revolucionar a la sociedad "contemporánea" en la que el "Derecho" solo es tal, en tanto ejerce una función social.

---

[512] Garcia Tellez Ignacio, Opus Cit; p 12

[513] Cfr., Duguit Leon,Opus Cit.

[514] Garcia Tellez Ignacio; Opus Cit; p 39; " ....*en esta materia era conveniente no dejar fuera de la Ley formas de obligarse que* ***el progreso cientifico ha creado****, porque a medida que la sociedad avanza, las relaciones de sus miembros se multiplican, se unen más estrechamente sus intereses y nacen relaciones juridicas que no toman su origen del acuerdo de voluntades, sino que para garantía de los intereses colectivos se imponen aún contra la voluntad o se exigen sin que esta se haya expresado todavía. Formas que el Código anterior no comprendía y que los* ***Códigos Civiles modernos y connotados publicistas han definitivamente aceptado...****"* ( enfasis añadido)

[515] Duguit Leon; Opus Cit.

El derecho civil para Duguit debe replantearse y los derechos individuales sólo deben tutelarse en atención a la función social que desempeñan y tutelan. Lo anterior claramente afecta y merece un detenido análisis para la hipotesis de esta investigación, todo lo relativo al contrato, la autonomía de la voluntad y la responsabilidad subjetiva. No pueden dichos propósitos segregarse de la perspectiva total de la obra de Duguit, quien conocido esencial y primariamente por su perfil publicista, plantea sin embargo consideraciones que para bien o mal, claramente han incidido en la legislación de los temas de referencia, no sólo en México. Temas como el abuso de derecho, la responsabilidad objetiva, la función social de la propiedad son claros ejemplos que corresponden a la perspectiva de Duguit y que claramente marcan la legislación mexicana desde la constitución de 1917 en incidirán en la búsqueda de un nuevo código civil para el régimen revolucionario y en muchas de sus disposiciones. Así, temas como la expropiación por causa de utilidad pública y las limitaciones al derecho de propiedad en muchas de sus particularidades (verbigratia su carácter absorbente o ilimitado) serán adoptados en legislación mexicana del nuevo siglo a nivel constitucional, y para efectos de nuestra investigación en el CC28.

Sin embargo, Duguit no aborda en su obra, el análisis de la obligación en tanto tal, ni pretende establecer nuevas perspectivas dogmáticas a su respecto. Parece que tal vez en el caso de la responsabilidad civil, pudieran semblantearse algunos indicios al respecto, pero parecen preliminares. Ciertamente, al hablar de los nuevos parámetros de la responsabilidad objetiva, que será a la postre adoptada por el Código de 1928 así como por muchos más ordenamientos contemporáneos, la filiación respecto de los postulados administrativistas señalados por Duguit, -*propios de una necesidad jurídica social evidente*- parece evidente.

Así podría igualmente asociarse a la genialidad de Duguit una anticipación respecto de la concepción tradicional de la obligación como un fenómeno que no sería más sustentable. Sin embargo, el autor bordalés no dogmatiza al respecto en su obra referida anteriormente. El sello pragmático y meramente regulador de los legisladores napoleónicos parece permanecer en los asertos de Duguit, pues claramente se aleja de postulados dogmatizantes especialmente respecto de la obligación. Estos se verían sin embargo indirectamente afectados en ciertas premisas al incluir el Código de 1928, siguiendo los postulados del dicho autor, la responsabilidad objetiva dentro de las modalidades de la responsabilidad civil. Lo anterior implicará como veremos más adelante un claro parteaguas respecto del parámetro meramente subjetivo del régimen de la responsabilidad mismo que, derivado de los postulados romanistas de la responsabilidad

aquilina, había permanecido alrededor de la culpa y la causa, como eje y centro de la responsabilidad civil y que son igualmente alterados en 1928.

Del contraste entre la perspectiva revolucionara y socializante[516] aunada a la pretensión epistemológica antes mencionada y su desarrollo conjunto que a continuación presentaremos contra la tradición decimonónica es que podremos eventualmente concluir como el legislador de 1928 pretenderá mas consciente que inconscientemente trastocar la tradición conceptual de la obligación, por virtud de decreto. Esta pretensión se efectuará en nuestra opinión - *según se expondrá en los siguientes apartados* - (i) vía cambios indirectos en las instituciones que la apuntalan, ya sea respecto de las fuentes, modalidades, efectos, formas de transmisión y extinción de las obligaciones, (ii) vía las instituciones auxiliares de las obligaciones como son las nulidades y la representación y (iii) vía la nueva estructura organizacional del Código de inspiración igualmente pandectística. Lo anterior como se ha indicado anteriormente, marca una clara pauta dogmatizante sin precedentes en la filiación legislativa civil mexicana y evidencia los dos cambios de paradigma materia de nuestra hipótesis de trabajo, cristalizados en el Código de 1928.

Serán materia ambos acercamientos - *la génesis de la obligación y la inclusión de nuevas perspectivas de las instituciones auxiliares* - de nuestro estudio en este tercer capítulo. Las características epistemológicas evidentes en este acercamiento derivarán de la muy clara influencia que buscará el legislador de 1928 en el Código Civil Alemán (-*BurgerlichesGezetsBuch*- BGB por sus siglas en alemán) y en la consecuente jurisprudencia de conceptos que iluminó la redacción de ese ordenamiento, probablemente como contraste ante los antecedentes positivistas, burgueses y liberales de la legislación decimonónica.

Cabe sin embargo preguntarse, si lo anterior nos acerca a un concepto de obligación más adecuado tanto lógica como conceptualmente o si ese cambio es meramente caprichoso y artificial. Así buscaremos concluir cuales son los patrones que permiten inferir dicho concepto, a merced o con independencia del fenómeno legislativo.

---

[516] Garcia Tellez Ignacio; Opus Cit; p 19: "*.... Nuestro actual código civil ( 1884 ) producto de las necesidades económicas y jurídicas de otras epocas, elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y* ***en el orden jurídico un exagerado individualismo****, se ha vuelto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas y las relaciones que aunque de caracter privado se hallan fuertemente influenciadas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresivos triunfos del principio de solidaridad.* ***Para transformar un código civil en que predomina el criterio individualista en un código privado social es preciso reformarlo substancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular*** *con perjuicio de la colectividad e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad....*" (Enfasis Añadido)

En todo caso, sin embargo, es evidente que el Código de 1928 no incluye ni refiere ninguna definición de obligación. La misma, puede solo puede y debe inferirse, del análisis conjunto, sistemático y con pretensión científica de las disposiciones que en el Libro IV de dicho ordenamiento, que permiten concebirla o derivarla, como anticipábamos líneas arriba. En ello se evidenciaría consistencia con los postulados de la jurispurdencia de conceptos al resultar el concepto formado por inducción de la comparación "en seco" de la fenomenología legal, la jurisprudencial y la lógico conceptual. Pese a ello, en todo caso la doctrina civilista mexicana del siglo XX seguirá de forma prácticamente unánime los derroteros de la doctrina civilista francesa de origen exegético en la formación y propagación de su "concepto" de obligación, que es ajena a los parámetros "revolucionarios-sociales" y epistemológicos del legislador de 1928, tal y como se analizará a continuación, pero que resulta del analisis poco técnico de fuentes romanistas y de verdades legales exegéticas. Lo anterior es evidente pese a los elementos que se analizarán y concluirán como patentes y esenciales modificaciones en la regulación - *derivadas de este cambio de paradigma del legislador y su papel sus mencionado-*.

La estructura sistemática del Código de 1928 en lo relativo a la teoría general de las obligaciones no es, un mero accidente. Sus derroteros y su constitución son claramente intencionales y revelan un diseño integral con miras claramente revolucionarias y dogmáticas, cuyo análisis detallado nos ocupará a lo largo del presente capitulo para cada institución de la teoría general de las obligaciones. Sin embargo, omitiendo dicha estructura, toda definición o concepto especificos los esfuerzos dogmáticos deberán ser enfocarse consecuentemente a meras elaboraciones de naturaleza doctrinal, ya sea sobre fuentes tradicionales o sobre fuentes legislativas propias de la modernidad jurídica, post-edad media.

La doctrina mexicana parece en todo caso, haber hecho poca o nula atención a esas últimas modificaciones del Código de 1928, permaneciendo por lo general, fiel al concepto y las características de la obligación presentadas por la doctrina civilista francesa decimonónica y su claro antecedente Justinianeo antes referido. Como hemos mencionado, sin embargo, dicho concepto decimonónico tanto por la materia prima que utiliza como por el método que sigue, puede plantear muchas dudas respecto de su "validez", muy especialmente a partir de la nueva perspectiva reguladora del legislador de 1928 y las evidencias lógico conceptuales que este arroja. Asumiendo su pretendida y evidente nueva parametrización de su función - *la cual es inseparable de la consecuencia dogmática respecto del fenómeno obligatorio*- el legislador de

1928 adopta una posición que resultará altamente técnica y vanguardista respecto del concepto que le había sido secularmente heredado. Lo anterior derivará de la combinación de las pretensiones revolucionarias y las pretensiones dogmáticas inherentes. Sin embargo, el concepto que se podrá colegir en conjunto resultará claramente ajeno a la realidad dogmática de la mayoría de la doctrina. Al respecto es importante referir que el derecho civil resultante, al romper con muchos de los parámetros tradicionalmente utilizados y concebidos en el ámbito forense, encontrará resistencia importante, como lo menciona el propio Garcia Téllez[517]. Al expresar al entonces ya ex presidente Elías Calles, su agradecimiento por el apoyo para lograr la reforma civil consecuente, García Tellez efatiza la "respuesta reaccionaria" del foro judicial

[517] TELEGRAMA DEL OFICIAL MAYOR DE LA SECRETARIA DE GOBERNACION, LICENCIADO IGNACIO GARCIA TELLEZ, DIRIGIDO AL GENERAL PLUTARCO ELIAS CALLES.
Secretaría de gobernación México D.F.
diciembre 3 de 1928
Gral Plutacro Elías Calles,
CIUDAD
Al tomar posesión del cargo que confiriome nuevo presidente, apresúrome a manifestarle cooperare cumplase con toda lealtad promesa contenida en su inolvidable mensaje y por que nueva administación continúe las ***trascendentales reformas legislativas*** por usted inciadas cuyo éxito debiose a su inquebrantable fe revolucionaria y al apoyo decidido brindado por usted a la Comisión del Código Civil, de la que formé parte, por lo que le renuevo mi gratitud personal. saludandolo con todo respeto.el Oficial Mayor.
Ignacio Garcia Téllez,

2. RESPUESTA DEL GRAL PEC
17 de diciembre de 1928
Sr. Ignacio García Tellez
Oficial Mayor de la secretaría de Gobernación
Ciudad
Muy señor mìo y amigo:
Con todo detenimiento me he impuesto de los conceptos vertidos en el atento mensaje que con fecha 3 de los corrientes, se sirvió dirigirme, los cuales le agradezco sinceramente.
Sin otro particular quedo de usted. amigo y s.s.,
PEC

3. CARTA DEL OFICIAL MAYOR IGNACIO GARCIA TELLEZ AL GENERAL PLURACO ELIAS CALLES
Enero 23 de 1929
Sr. Gral don Plutarco Elías Calles
Colonia Anzures
CIUDAD
Muy distinguido y estimado amigo:
Tómome la liberta de acompañarle un ejemplar del Código Civil elaborado por la comisión de que formé parte.
Ruégole aceptar este modesto recuerdo como la expresión de mi inolvidable gratitud por el dedicido apoyo que usted prestó a nuestros trabajos frente a la *oposición tormentosa de los intereses creados que se sentía heridos por la legislación inspirada en ansias de progreso de nuestro pueblo y en tendencias progresistas que los paises más civilizados habían definitivamente aceptado*.
Lo saluda con todo afecto un sincero admirador de su obra revolucionaria y un seguro servidor.
Ignacio García Tellez [...]( enfasis añadido)

mexicano- tan claramente inspirado en la realidad jurídica y legislativa decimonónica" propia del "antiguo régimen" y contraria al proyecto de CC28.

En su caso es perceptible, como la doctrina mexicana del siglo XX marcada con un claro sino positivista y haciendo halago de poca pretensión lógica, hará a lo largo de sus elaboraciones, casi en forma unánime, glosa del texto del CC28, elaborando conceptos e interpretando su articulado a través de la perspectiva decimonónica, cuyas características serán - *como evidenciaremos más adelante* - en más de los casos irreconciliables con el nuevo texto legal en comento. La nueva pretensión del legislador es evidente. ¿El cambio conceptual pretendido lo será igualmente?

### c) El concepto de obligación: origen, elementos y características.

Parece que, en el occidente moderno, el concepto de obligación hubiese existido desde hace siglos. La referencia que parece ser más sólida y antigua es la incluida en el Corpus Iuris Civilis Justinianeo, la cual está claramente basada en la perspectiva casuistica procesal referida anteriormente. En los países de tradición romanista este concepto parece inalterable.

"…*Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur, alicuius solvendae rei, secundum nostra civitatis iura*…"[518]. Así cita don Manuel Borja Soriano a la compilación Justinianea, en su calidad de epítome de la doctrina civilista mexicana en los albores del siglo XX, para estructurar el concepto de obligación, que se transmite desde entonces de generación en generación, como una verdad prácticamente absoluta y rara o ninguna vez discutida en el ámbito técnico-doctrinal.

Sin haber sido adoptada expresamente por el ordenamiento legal en curso, como tampoco por sus predecesores de 1870 y 1884 ni por el Code[519], el concepto parece sin embargo tener claramente una ascendencia y naturaleza doctrinal en las venas de la tradición napoleónica y romanista, arraigada en todos esos fenómenos legislativos decimonónicos.

En este orden de ideas, para Borja Soriano la obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual, una de ellas llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor.[520]

[518] Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa México, 1985, p 69
[519] Cfr: Laurent F. Opus Cit, Planiol Marcel, Opus Cit; Baudry Lacantinerie, Opus Cit.
[520] Borja Soriano Manuel; Opus Cit p 71

De hecho, dicha definición de origen Justinianea, no es tampoco absolutamente fiel a la realidad romana clásica. Para esta última, de entrada como hemos referido, los conceptos no son parte de su esencia, obedecen a un esfuerzo dogmático muy preliminar. Asimismo, en dicha definición funde Justiniano en un solo elemento, los fenómenos de la responsabilidad y el débito que en el origen clásico romano están separados, tal y como después lo enfatizará la jurisprudencia alemana decimonónica[521].

No es de extrañarse que la mayor parte de la doctrina francesa[522] que da origen al concepto estructurado por Borja Soriano, repitan en esencia la misma definición y lleguen consecuentemente al mismo lugar común respecto de la obligación, sus elementos y características[523]. La obligación, amén su definición, se caracteriza por la dualidad de su elemento subjetivo, por la materialidad pecuniaria de su elemento objetivo y por la definitoria naturaleza exigible, coaccionable y punible que se adhiere a su incumplimiento, implícita en la relación jurídica que forma parte de su heredado ethos vital[524]. Es así como la mezcla del primitivo *nexum*, fuente y ejemplo de responsabilidad y de las figuras de la *sponsio* y el *mutuum* fuentes y esencia del débito, por diversos fenómenos históricos y culturales distintos *ab origine*, dan lugar al "concepto" justinianeo[525]. Los vicios de origen[526] y que a la postre implicarán

---

[521] Iglesias, Juan Opus cit; p 329.

[522] Baudry Lacantinerie G. Précis de Droit Civil, Recueil Sirey, Paris, 1912, Tome 2; p 4

[523] Planiol Marcel; Traité élementaire de droit civil; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1925, Tome Premier; p 683, para el cual, "...*l'obligation est un rapport juridique entre deux personnes en vertu duquel, l'une d'elles, appelée créancier* ***a le droit de'exiger*** *un certain fait de l'autre, qui est appelée debiteur. L'obligation a donc* ***pour effet de lier l'une a l'autre****, elle forme ce qu'on appelle un lien de droit ( traduction de l'expression latine vinculum iuris ). Ce rapport s'appelle créance, quand on le considere du côté actif, en la personne du créancier, il s'appelle dette quand on le considere du côté passif en la personne du débiteur....*" Vale al respecto anotar las peculiaridades anticipadas al respecto sobre la liga o vinculo en que consiste la obligación, enfocada a la exigibilidad por el multicitado antecedente del *nexum* y el enfoque en la responsabilidad inherente al mismo tanto como al enfoque jurisdiccional propio del derecho romano. De la misma manera es particularmente notorio en Planiol como exponente de la tradición jurídica civilista francesa del siglo XIX y XX, respecto de la relación como elemento de la definición, por las consideraciones antes vertidas y cuya logica es puesta en tela de juicio por Rojina Villegas como portavoz de los lineamientos esgrimidos al respecto por la jurisprudencia de conceptos como veremos más adelante.

[524] Ibidem, p 70

[525] Cfr Borja Soriano; Opus Cit p 72 donde claramente segrega la posición de la relación jurídica exigible como una caracteristica definitoria de esta tradición jurídica en oposición a la perspectiva o tesis alemana que segregar ambos elementos en *schuld* y *haftung* de acuerdo con los dictados de Gierke y Kohler y de acuerdo con la perspectiva romana arcaica en que *nexum* por un lado y s*ponsio* junto con el *mutuum* por el otro representan claramente la responsabilidad y el débito como dos elementos distintos que serán fundidos y confundidos ultertiormente en atención a la perspectiva adjectiva que pretende substantivarse.

[526] Al respecto, consideramos fundamental para efectos de nuestra hipotesis reforzar la perspectiva anticipada líneas arriba con la reflexión de Michel Villey para el cual es claro que la obligación que implica esa vinculación de exigibilidad, no es debida sino al arcaico *nexum*, dando lugar a la estructura conceptual sus mencionada. Así Michel Villey nos dice con la claridad conceptual que le caracteriza que: " ....*L'ancien droit ne sanctionne encore qu'un petit*

deficiencias lógicas serán analizados así en el contexto de la crisis que sufren bajo el contexto e imperio del CC28.[527]

Por un lado el *nexum* que da lugar a la vinculación, relación o liga que caracteriza a la obligación conceptuada en el occidente moderno de origen romanista, no implicaba ni era en esencia una relación de deuda, sino de exigibilidad[528]. La conjunción de ambos, fruto de siglos de elaboración doctrinal llena de interpolaciones y complejidades lingüísticas y culturales, parte sin duda de un elemento equivoco e inadecuado.

Las palabras de Laurent, exégeta decimonónico dará mucho mayor contundencia a las consideraciones antes expuestas, para concluir sobre la perspectiva franco romanista del concepto en estudio:

---

*nombre d'obligations contractuelles. C'est peut être que les rapports économiques sont peu nombreux à l'origine, entre les diverses familles que vivent chacune dans l'autarchie; chaque pere de famille doit en principe être libre vis a vis des autres, sur lui ne doit porte aucune servitude, aucune obligation, à moins d'une cause certaine et manifeste, et qui dependra clairement de son fait ou de sa volonté. Le preteur n'admet devant lui d'actions in personam, d'actions contre la personne que dans des hipotheses bien delimitées par le droit. C'est par l'exemple, le cas où un père de famille s'est engagé personnellement contre remise d'un prêt d'argent par l'opération formaliste du nexum voisine de la mancipation. En présence de cinq témoins, d'un libripens ou porteur de balance, avec des gestes et des paroles solennelles, le père de famille "obéré" ( ce mot francais vient du terme d'airain car un morceau d'airain intervenait dans la ceremonie )* ***s'est en quelque sorte vendu a son prêteur****. Notons ici que l'action née du nexum n'est pas une veritable action personnelle,* ***car l'emprenteur au lieu de rester une personne libre mais obligée vis a vis du préteur, est devenue à peu de chose près de l'ésclave, la chose du preteur****...." Villey Michel; Le droit romain; Presses Universitaires de France; 1964; p 101 ( enfasis añadido ) Importa subrayar especialmente las palabras de Villey al respecto. El *nexum* original no daría tecnicamente lugar a una acción personal propia del ulteriormente concebido derecho personal y obligación. Por exclusión podemos concluir que el *nexum* generaba en el contexto romano un vinculo sobre la persona mucho más cercano a una acción real contemporánea aunque fuese - *en el contexto del derecho romano arcaico y precláisco* - sobre el sujeto en guisa de mancipium o cuasi escalvitud.

[527] Arangio Ruiz Vicenzo, Opus Cit; p 316 para el cual: " .....*integrando y corrigiendo así la definición, habremos definico un concepto mucho más general: el de deber jurídico. La definición a que hemos llegado se adapta tanto a la obligación del comprador de pagar el precio como al deber de fidelidad conyugal, tanto a la obligación del mutuario de restituir la suma tomada en prestamo como al deber de respetar la cosa y la mujer de otro. Esto es tan evidente que de un siglo a esta parte el esfuerzo de la ciencia jurídica ha estado dirigido a buscar el criterio diferencial de la obligación de los otros deberes. Esfuerzo tan persistente como vano, porque el criterio es inalcanzable. Con particular frecuencia se ha insistido en ver el criterio diferencial en el contenido economico de la conducta a observar; pero nada hay más falso y menos apto para distinguir a la obligación de los otros deberes jurídicos.....*"

[528] Muy ilustrativa resulta al respecto la reflexión de Reinhard Zimmermann; Opus Cit; p 6, para el cual: "... *The essential element of an obligation in developped Roman Law therefore was the fact that the debtor was directly bound to make performance. The performance which was owed could take the form of dare, facere, praestrare - [o]bligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostra faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel paestrandum - D. 44.7.3.-* ***dare referring maily to the tranfser of quiritary ownership****, facere cinorising all kinds of acts ( including a dare ) as well as ommissions and praestare vaguely implyin a guarantee for a certain result. As one can see these terms overlap,* ***they date back to a time when one was not too particular about clear cut conceptual analysis. They have been taken over from a procedural formulae as terms of substantive law to describe the possible content of an obligation, since Roman law was an actional law, it mattered little whether an agreement was to be regarded as binding if no suitable procedural formula was available to enforce it. Only where there was a remedy was there a right****...." (enfasis añadido)

"*…les jurisconsultes romains definnissent l'obligation 'un lien de droit qui nous astreint envers un autre a faire ou à ne pas faire quelque chose'. C'est la traduction de Pothier, nous la compléterons par les explications de Donneau. L'obligation est un lien, l'expression latine est plus énérgique: Vinculum, une chaîne; celui qui est enchaîné ne peut échapper au pouvoir de celui qui le tient dans les fers. Eh bien, la personne obligée est enchaînée, comme l'est une personne qui serait chargée de chaînes. Celui au profit duquel elle s'est engagée a doner ou a faire peut la traîner devant les trinunaux et la faire condamner a prester ce à quoi elle est tenue; elle n'est delivrée de cette chaîne, ses fers ne sont rompus que lorsqu'elle a accompli la prestation. Hâtons nous d'ajouter qu'il ne s'agit pas de chaînes de fer, c'est un lien de droit qui enchaîne le debiteur, mais ce lien peut être comparé à des fers corporels car il prive le debiteur de sa liberté, ou la diminue en tant qu'il est obligé, il n'est plus libre, il a abdiqué sa liberté; il peur être contraint par la force publique a remplir ses engagements…*"[529] (énfasis añadido)

Cabe asimismo enfatizar entre las líneas citadas de Laurent, la metafórica referencia a la liga que constituye la obligación con las cadenas del condenado o más precisamente del sujeto al *nexum*. Al respecto es evidente confirmar nuestras aseveraciones anteriores respecto de la consideración del *nexum* como esencia de la obligación por el antecedente remoto del *nexum* que en las autorizadas voces romanistas sus citadas, no constituía técnicamente una obligación sino más bien una garantía o responsabilidad, siendo fuentes de obligaciones el *mutuum* o la *sponsio* más no el *nexum* - simple antecedente al respecto de relaciones interpersonales ejecutadas pero no de obligación, derecho personal o de crédito.

Ciertamente en lo que se refiere a la creación de obligaciones por *sponsio* y al *mutuum*, Villey las refiere igualmente como fuentes de obligación. Es sin embargo clara la diferencia al referirse estas dos últimas a la creación de un *debituum* y no de una responsabilidad como en el caso del *nexum*[530]. Es en el *nexum*, como anticipábamos en concierto con Vicenzo Arangio Ruiz y Juan Iglesias, que se gesta el concepto de obligación justinianeo basado en la exigibilidad y que sirve de base a la dogmática civil moderna consolidada alrededor del Code por medio de la exégesis. Es esa vinculación originaria con el nexum lo que da al concepto de obligación la tendencia hacía la perspectiva pasiva de exigibilidad en el cumplimiento. Lo anterior, amén su perspectiva procesal, ilustra fielmente la información con que Justiniano elabora su concepto. Sin embargo, no está claramente en ella contenida, la esencia de la obligación. Lo anterior parece una desafortunada secuencia cultural conceptual de origen equivoco y carente de lógica en la

[529] Laurent F. Principes de Droit Civil Francais; Librairie A. Maresq, Aine, Bruxelles, 1878, Tome 15; p 477
[530] Villey Michel; Le droit Romain, Presses Universitaires de France; Paris; 1964; p 102

elaboración de un concepto general abstracto e impersonal que retomará la totalidad de los elementos de perspectiva para la formación del mismo.

La obligación en tanto relación jurídica entre dos sujetos - *por la que uno está facultado para exigir del otro una determinada prestación de dar, hacer o no hacer que el segundo esta constreñido a cumplir con el primero* -, se configurará sin embargo y prácticamente como un "dogma de fe" del conocimiento jurídico privatista del occidente romanista. Esto claramente rebasa el contexto mexicano. Sin embargo, en el mismo, la posición parece radicalizarse por la fuerza del movimiento positivista decimonónico y la resultante impresión liberal del concepto en la sociedad letrada de la incipiente nación independiente y sus primeros esfuerzos tanto legislativos como doctrinales que estarán a la postre íntimamente ligados al fenómeno exégeta. El mismo sin embargo entrará en crisis con el Código de 1928 y de forma orquestada con toda la estructura del Libro IV, confirmando así las dos hipotesis de trabajo de esta investigación.

Ciertamente dicho concepto es claramente visualizable en la doctrina decimonónica francesa e inclusive en la doctrina europea de ascendencia romanista en general. Las perspectivas alemanas deben de analizarse sin embargo por separado, por las características que a las mismas dan lugar y cauce[531].

Cabe referir que poco o nada se reta de esta concepción en el universo francófono decimonónico como tampoco en el incipiente contexto doctrinal mexicano del siglo XIX ni en los escasos textos doctrinarios mexicanos del siglo XX. Lo anterior independientemente de lo que nos parece un inexacto punto de arranque justinianeo[532] a que ya hemos hecho referencia, de las falencias lógico-conceptuales que la misma presenta y de la radicalización de ambos factores a partir de 1928 y las disposiciones del nuevo Código Civil Mexicano que detallaremos a continuación.

Llama la atención el inexacto punto de partida Justinianeo sus mencionado[533], por el que dichas fallas se agravan, más por un problema de método y perspectiva del fenómeno legal

[531] Cfr. Wiaecker Franz; Opus Cit.

[532] Cfr. D'Ors Alvaro Opus Cit; p 401-402 para el cual, la confusión original *nexuum -mutuum* que rescatará el derecho germánico elaborando la dualidad conceptual schuld y haftung a que hemos hecho referencia y sobre la que regresaremos más adelante, no es relevante.

[533] En el mismo sentido es relevate la reflexión de Reinhardt Zimmerman para el cual: "*.... It is obvious that nexum and similar formal transactions of the ancient Roman Law are the historical roots of what were later to be classified as contractual obligations. Yet at this early stage we can hardly speak of Law of obligations because the most constituent element of the concept of an obligation was still missing: the wrongdoer/ promissor did not owe the payment of a compositionor whatever he has promised; such payment/ performance was just a means or warding off the ompeding execution of his person. The Law originally concerned itself only with the question of liability*....."

ulterior - *BGB aleman*-. Ciertamente en los siglos ulteriores y como consecuencia de esa premisa en el análisis justinianeo, el concepto de obligación quedará culturalmente relacionado con la ejecución primero personal y después patrimonial del deudor[534].

Así y como veremos a continuación, desde una perspectiva lógica y conceptual esas deficiencias quedarán evidenciadas con las adecuaciones de 1928, que siguen entre otros, parámetros conceptualizadores y científicos ajenos a las metas perseguidas por la legislación decimonónica franco mexicana. La meta de estas es regular y simplificar las transacciones como parte de la *tabula rasa* versus el "*Ancien Régime*". En el caso mexicano, la codificación decimonónica resultará [535]del fenómeno racionalista y constitucionalista como una consecuencia natural de formación de una nación independiente e ilustrada. Era absolutamente inaplicable para esa legislación primeriza en México pretender tener premisas dogmáticas, científicas y lógicas en esencia, cuestión ya de por si incipiente en Europa. Cabe así complementar estas reflexiones nuevamente con las exegéticas palabras de Laurent, verdadero abogado de la causa codificadora francesa, mismo que hace más de dos siglos parece anticipar nuestra crítica sobre la ausencia de parámetros lógicos en la legislación decimonónica revolucionaria francesa - *en paradójico beneficio para un exégeta, de la lógica aristotélica propia del derecho romano* - de la que brotarán las primeras muestras de legislación mexicana y la doctrina civil tanto francesa como mexicana. Lo mismo siendo totalmente aplicable a las primeras formaciones de conceptos como es el de la obligación bajo el parámetro y origen Justinianeo:

> *".... les compilations de Justinien ne sont pas une oeuvre législative; ce que Bigot Prémeneu appelle législation se compose en réalité de fragments mutilés extraits des écrits des jurisconsultes romains; certes ces jurisconsultes brillent au premier rang dans notre science, mais ce qui les distingue c'est bien moins l'ésprit d'équité que la rigeur de leur déductions. Leibnitz les compare à des mathématiciens, ils manient les*

---

Zimmerman Reinhardt; The Law of Obligations, Roman foundations of the Civilian Tradition; Clarendon Paperbacks Oxford University Press; New York; 1990; p 5

[534] Zimmerman, Opus Cit; p 5 para el cual: "....*Yet even at a mature stage the Roman concept of an obligation always retained certain archaic features. The very word 'obligatio' always reminded the Roman lawyer of the fact that in former times, the person who was to be liable, that is, over whose body the creditor acquired the pledge like power of seizure, was physically laid in bonds and, even though this piece of symbolism was soon abandoned and the idea came to prevail that the debtor could be legally bound even if his body was not physically put into chains, the concept of an obligation in the minds of laymen as well as lawyers seems to have retained the connotation of some sort of invisible rope around the neck of the debtor to a particular creditor. The obligation thus gave rise to an intensely personal relationship: when one considers that the law was originally concerned not with the duty aspect of the obligation but with personal liability of the strictest kind, there is at least historically, noting strange in this idea of 'privity' of obligation....*"

[535] Cfr capitulo anterior.

*principes comme des formules d'algèbre. Voila pourquoi le droit romain est un excellent instrument d'éducations juridique. Notre science est une science de raisonnement, il faut donc developper chez ce qui l'étudient, l'esprit logique qui deduit avec rigueur les conséquences quie découlent des principes. Mais la vie réelle ne procède pas de la logique, c'est une suite de transactions qui ont pour objet de concilier des interêts opposés. Ce qui doit dominer dans cette oeuvre de conciliation, c'est avant tout l'équité que Bigot Prémeneau place en première ligne, comme source des obligations....."*[536] (énfasis añadido )

Al respecto enfatizaríamos especialmente la priorización de objetivos, métodos y consecuencias de los mismos en la mente del jurista exégeta del Code. En panegírico de la labor del codificador - *justificada en nuestra opinión, ante ese evidente parteaguas de la historia del derecho en occidente* - Laurent deja en claro que, de la brillante información jurídica elaborada en la época clásica del derecho romano y compilada por Justiniano, el legislador decimonónico, debe enfatizar y enfocar sus energías - *anticipando al movimiento reactivo respecto de la Beggrifjurisprudenz, a la jurisprudencia de intereses de Ihering* - mediante *la búsqueda de soluciones equitativas, por más que las mismas puedan carecer de rigor lógico*. Este espíritu, como anticipábamos en el capítulo anterior, subyace en la mente del legislador napoleónico y sobre todo impregna e imprime el sello característico de la interpretación dogmática francesa decimonónica. Esto será patente, no solo en la redacción del Code, sino también en su interpretación y en los esfuerzos doctrinales consecuentes vigentes en la Francia exegética decimonónica como en los primeros pasos dogmáticos civilistas mexicanos que le replicarán durante el siglo XIX y en gran medida durante el siglo XX también. Para estos últimos la elaboración conceptual se basará en gran medida en el texto legal y pretenderá cientifizar y teorizar desde la misma, generando o manteniendo conceptos, independientemente del rigor lógico que los mismos pudiesen tener o requerir. Este rigor no es en esta perspectiva del derecho, indispensable. La codificación civil mexicana de 1928, pondrá en crisis esta perspectiva, al implicar un doble cambio de paradigma, tanto en la función del legislador, como en las consecuencias dogmáticas para el concepto de obligación, que como analizaremos más adelante en el curso del presente capítulo desarrollará diversas caracteristicas que romperán con el "concepto" de mérito.

Es obvio que el seguimiento doctrinal del modelo francés se desprende de la clara y altísima dependencia académica causada por la réplica del modelo legislativo francés. Este es

[536] Laurent F. Opus Cit; p 470

considerado, tal y como ha sido expuesto en el capítulo anterior, el paragón de referencia, el modelo a seguir por la nación joven mexicana, inmersa en las libertarias ideas de la ilustración, el racionalismo y el nuevo régimen. Se cumplen así en el México independiente, los sueños legislativos de la revolución francesa de 1789, para la cual, la igualdad ante la Ley, el monopolio del derecho por el estado, el establecimiento de reglas generales abstractas e impersonales son principios irrenunciables de la joven nación mexicana, que con miras republicanas y federalistas expensó tanta sangre en su consecución[537]. Las dolencias lógico-técnicas y conceptuales de lo anterior no fueron perceptibles y en su caso serían meros defectos y daños colaterales al principio regidor sus-mencionado.

Sin pretender entrar al detalle de la pléyade de autores que preceden a la doctrina mexicana en la elaboración de este concepto al imputar todos las mismas características al mismo[538], bástenos mencionar la perspectiva por la que la obligación descansa en un vínculo o relación bilateral. La relación en comento entre acreedor y deudor por el que se puede exigir del segundo el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer, es ciertamente un factor común a más de un siglo de autores franceses como mexicanos - *por no abundar en los propios de otras latitudes que siguen el mismo parámetro cultural*-. El aspecto pecuniario de la prestación materia de ese vínculo - *según analizaremos más adelante* - es igualmente una constante cultural reflejada de manera más o menos común en los esfuerzos académicos tanto franceses como mexicanos como lo que consideramos una "*errónea consecuencia*" común a la pretendida factibilidad de exigibilidad como elemento connatural a la obligación. La falencia les es sin embargo común a todos. No puede soslayarse sin embargo que esa falla es más propia de la materia prima y el método utilizado que del resultado último tal y como anticipábamos anteriormente. Ciertamente, aún antes de la codificación napoleónica, en las obras dogmáticas de Domat y Pothier, para restringirnos al fenómeno francés, siendo *sin embargo esto un factor común prácticamente a todos los autores desde el medioevo*, los elementos centrales y características definitorias del concepto de obligación sus-mencionado se repiten constantemente.

[537] Cfr capitulo II de la presente investigación respecto de la interrelación e interdependencia de la codificacion y el proceso constituyente de acuerdo con la tesis de Carlos Fuentes López.

[538] Cfr. Laurent F. Principes de Droit Civil Francais, Bruylant- Christophe et Cie., Bruxelles 1878, Tome XV; p 477; en el mismo sentido Baudry Lacantinerie; Precis de Droit Civil, Librairie de la Societé du Recueil Sirey, Paris 1921, Tome II, p 3. En el mismo sentido Planiol Marcel, Traité élementaire de Droit civil, Librairie Génerale de droit et de jurisprudence, Paris, 1926, Tome II; p 57

Será así dicho concepto, materia de nuestro siguiente análisis, específicamente a través del análisis de sus características y elementos mismos que develarán el origen de sus falencias desde la perspectiva conceptual que le resulta consecuente.

## 1. Características del concepto de obligación.

### 1.1 El origen casuístico, adjetivo y el contexto forense: *la relación jurídica y la exigibilidad-*

La obligación según ha sido pseudo-conceptualizada en líneas anteriores, reviste una característica insoslayable que le deriva de su origen y método de incepción. Se le considera una relación o vínculo. Amén la carencia conceptual romana y la confusión de tópicos en que incide la concepción Justinianea de acuerdo con lo anterior, hablar de una relación tiene un claro antecedente casuístico y jurisprudencial que inciden en su formación. Lo mismo es claramente evidenciable por su primer origen codificado en la compilación Justinianea.

Es noción común que la compilación justinianea, mejor conocida a estos efectos como Digesto o Pandectas, dependiendo de la filiación lingüística de sus conductos transmisores, se caracteriza por ser una compilación no sistematizada - *bajo parámetros modernos* - de casos concretos presentados en el derecho romano, primariamente clásico, por lo que será indisociable de las características propias del fenómeno procesal, pese a las deficiencias conceptuales que lo mismo genera, tal y como veremos a continuación.

En virtud de las aseveraciones y conclusiones de los capítulos precedentes, el derecho romano, especialmente el llamado derecho clásico, en calidad de representante idóneo del pensamiento de la antigüedad, presenta un rechazo natural a la generalización y la abstracción propia de todo proceso conceptualizador.

Lo anterior se radicaliza puesto que el paradigma de la juridicidad en la antigüedad se explica en el caso concreto, del que la generalización se anticipaba como antónimo natural. Así, se hace evidente que <u>la generalización Justinianea recogida para efectos sucintos en el derecho francés pre y post-codificación, parten de un fenómeno totalmente exógeno que los rechaza *ab initio*</u>. Por lo anterior el esfuerzo Justinianeo[539], parece arrancar en franca inferioridad y nadar

[539] Es además evidente en el esfuerzo Justinieaneo, la intromisión de elementos exógenos al fenomeno jurídico romano clásico, interpolaciones que corresponden (i) a necesidades reguladoras propias del siglo V así como (ii) a cambios idiomáticos en un latín posterior en promedio por 700 años - *respecto de las primeras manifestaciones del derecho romano clásico* - y (iii) a incipientes pretensiones académicas con que Justiniano y Triboniano caracterizarán su magna opus. Lo anterior no hará sino exacerbar la contradicción mtodologica y teleológica a la

*ab-origine*, contra corriente. El único asidero del que puede derivar sus asertos es claramente un fenómeno casuístico que, desde una perspectiva abstracta y moderna, planteará distintos problemas, para la validez lógica del concepto a ser creado. La incipiente conceptualización Justinianea, pretenderá adicionalmente y en general, imprimir características ajenas a los fenómenos originales. Para Justiniano y sus juristas, al momento de publicar y razonar en la instituta, la mezcla de perspectivas es poco clara y consecuentemente la abstracción parte y asume parámetros contradictorios que se replicarán en los siglos ulteriores. Anticipaba esta problemática Rodolfo Von Ihering en el siglo XIX cuando decía que:

> "*.... esta conversión de las reglas en definiciones jurídicas es lo que diferencia el desarrollo de la ciencia del derecho de su exposición en un código. El legislador puede limitarse a formular su voluntad impracticable inmediatamente, pero la ciencia ha de explicar y coordinar estas voluntades y reducirlas a elementos lógicos de su sistema, con los cuales puede recomponer, cuando le plazca, cada una de las reglas del derecho sin necesidad de presentar la multitud de estas*…"[540] (énfasis añadido)

Así para Ihering, la aversión a la conceptualización y su generalización, tan propia al jurisconsulto romano, es explicable no solo en atención a su vocación práctica y su lineamiento apolíneo en el lenguaje Spengleriano, sino también especialmente a la claridad de consciencia del jurisconsulto romano para el cual:

> "*... si el conocimiento del carácter exterior del derecho ya es difícil, como queda dicho, más lo será de su estructura lógica. La práctica no necesita más que las reglas jurídicas ...[…] Los jurisconsultos eran conscientes de la dificultad de esta empresa, de que toda definición obtenida de las reglas del derecho es peligrosa y a veces se declararon impotentes para dar una definición exacta por medio de ellas solamente, sin observar la vida.....*"[541]. (énfasis añadido)

Hablar de la obligación como una relación implica de entrada, parafraseando a Luis Diez-Picazo[542], implica partir desde la perspectiva de la ejecución, tan propia al fenómeno romanista de naturaleza procesal. Ciertamente, hablar de la ejecutabilidad o coercibilidad de la obligación

---

que nos referiremos en este apartado, pues las premisas adoptadas serán de distinta naturaleza y origen como veremos en este apartado.

[540] Von Ihering Rodolfo; El espiritu del derecho romano; abreviatura por Fernando Vela, Marcial Pons; Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005; p 40

[541] Von Ihering Rodolfo, Opus Cit; p 41.

[542] Diez Picazo Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, Las relaciones obligatorias; Tomo II, p 67

no hace (i) sino referir al multicitado antecedente del *nexum* en el que se prioriza la responsabilidad sobre el débito, así como (ii) derivarse de un antecedente procesal romano como fenómeno visualizado, aunque el mismo no pueda erigirse en patrón común para la generalización del concepto. Ya lo anticipaba igualmente Von Ihering cuando mencionaba que si bien la abstracción -*conceptual moderna* - separa los elementos de generalidad de todas las cosas para establecer el común denominador y que este proceso pretendería utilizarse igualmente en el ámbito jurídico, aunque de forma deficiente. Ciertamente en su perspectiva la problemática se evidencia porque "*.... la necesidad practica obliga a sacrificar la regla abstracta y resolver una cuestión general de un modo limitado. Tal es la finalidad de la jus singulare de los romanos a diferencia de la ratio iuris. Hay reglas [menciona Von Ihering] que son necesariamente locales, peculiares porque resultan de la individualidad de tal o cual especie determinada...*"[543]

Con esos antecedentes, la obligación es primariamente caracterizada, nos dice Rafael Rojina Villegas[544], como un vínculo jurídico por el que el deudor se encuentra física y personalmente adscrito a la ejecución forzosa de la prestación adeudada en términos de la *manus iniectio,* bajo el régimen de las *legis actionis*.

La evolución hacia una simple relación, se encamina según Rojina Villegas[545], como consecuencia de la *Lex Poeteria Papiria*[546] en virtud de la cual queda abolida la praxis de ejecución personal instaurándose la ejecución patrimonial que dará lugar a la mal llamada responsabilidad o garantía quirografaria. Será en virtud de este cambio por el que el deudor responde desde entonces en el occidente romanista, del cumplimiento de todas sus obligaciones con el haber patrimonial de que dispone, mismo que queda a manos de los acreedores previo procedimiento de ejecución y previa segregación de las garantías y privilegios específicos. Será a partir de ello, nos dice Rojina Villegas que la obligación será conceptuada más como una relación que como un vínculo jurídico, al no quedar más el deudor constreñido o vinculado en su persona al cumplimiento forzoso de la misma. La asociación de ideas respecto de la exigibilidad y pecuniariedad como elemento definitorio será desde entonces irremediable.

Es ciertamente evidente que el derecho romano no puede ver otra perspectiva. El fenómeno jurídico en Roma está basado en la controversia y en el análisis casuístico de los

[543] Ibidem; p 184
[544] Rojina Villegas Rafael Tratado de derecho civil, Tomo Quinto, Obligaciones; Antigua Libreria Robredo; México 1960; p 12
[545] Ibidem; p 11
[546] Cfr. Iglesias Juan; Opus Cit; p 332

eventos. Estos serán, dentro de este género, presentados ante el pretor y el juez y sólo posteriormente - *cinco o más siglos después* - compilados por Justiniano. Esa compilación servirá para el ejercicio de abstracción del derecho romano en la Europa de fin del medioevo, cuyas deficiencias hemos apuntado. El análisis del fenómeno jurídico es en Roma, meramente procesal y se basará exclusivamente en la materia prima heredada de la antigüedad. Así, fuera del antecedente procesal, no parece existir realidad jurídica, pues si no se presenta conflicto, el evento no es presentado ante el pretor, el mismo no es juzgado por el juez y el mismo no es compilado por los juristas y por Justiniano.

Lo anterior, incide en la esencia de la materia prima a ser compilada en los siglos ulteriores y que por consecuencia sirve para las abstracciones concepciones y generalizaciones de la edad moderna con las deficiencias que hemos adelantado. Este será el punto de partida para la incepción conceptual adoptada por Justiniano. Es así con base en estas premisas que se elaboran por primera vez los primitivos intentos de concepto de obligación de los que Justiniano se sirve y que se erigirán posteriormente a su vez como base fundamental de la dogmática jurídica contemporánea en la materia, especialmente a partir del Code y de la exégesis.[547]

Podríamos así al efecto resumir que el concepto Justinianeo del que arranca la dogmática jurídica europea y en el que se desenvuelve la dogmática jurídica francesa exegética del siglo XIX y posteriormente la mexicana, surge de una *contradictio in terminis*, utiliza un elemento parcial y se desarrolla bajo parámetros poco sustentables en una perspectiva lógica.

Efectivamente, los esfuerzos conceptualizadores que nos son legados por esta vía, pretenden, por un lado, elaborar un concepto substantivo, partiendo de una realidad que rechaza la conceptualización. La materia prima por el otro lado, parece igualmente incompatible, pues el análisis jurídico romano parte esencialmente de parámetros adjetivos, procesales y por ende casuisticos. Así el concepto sustantivo resultante, se basará esencialmente en elementos adjetivos que estructuralmente presentarán conclusiones poco sustentables en un análisis de lógica más rigurosa que pretendiese por definición, darles un cariz substantivo. Es al respecto altamente ilustrativa la perspectiva de Oscar Morineau, para el cual, en el análisis de los derechos subjetivos y en lo particular en el análisis de las particularidades substantivas del derecho personal y su oposición con el derecho real, la doctrina civilista mexicana tradicional

[547] Podríamos extender la reflexión a un número importante / infinito de pseudo conceptos heredados de la realidad jurídica romana en la que la materia prima adoptada pertenece a un contexto distinto y el proceso de abstracción goza de poco rigor, i.e. derechos reales y personales

consecuente está confundiendo la substancia del derecho subjetivo especifico con el derecho de acción y la materia procesal. Es particularmente ilustrativa su reflexión al evidenciar que la coacción o exigibilidad que a la postre se erigen en elemento definitorio de la obligación no pertenecen al ámbito de la obligación o del derecho personal o de crédito consecuente, sino al ejercicio del derecho de acción frente al gobernante. No entraremos a la misma en este momento, su reflexión bien merece una mención para apuntalar las deficiencias observadas en el proceso conceptualizador de la obligación, al serle en opinión del suscrito, aplicables *mutatis mutandis*.[548]

Cuando nuestra doctrina en el siglo XX dice firmemente que la obligación tiene las características sus-mencionadas, adopta este antecedente sin saber, ni pretender analizar las peculiaridades ni orígenes del mismo. Sus conclusiones derivan de una versión contradictoria, desde un parámetro distinto. Sus conceptos no pueden consecuentemente ser lógicamente sustentables, lo cual quedará exacerbado y evidenciado ante la publicación del CC28, mismo que como anticipábamos y detallaremos más adelante, seguirá en su redacción y desiderata, patrones dogmáticos distintos - *i.e. la jurisprudencia de conceptos* -. Así, ante las modificaciones resultantes, las carencias lógico conceptuales de la doctrina francesa y romana quedarán de manifiesto. Reiteramos que lo anterior no pretende ser un juicio de valor sino una simple constatación de las distintas premisas y metas perseguidas por ambos movimientos doctrinales, de la contradicción que esto implicará ante la publicación del ordenamiento de 1928 y del doble cambio de paradigma que todo ello implicará en esta materia.

### 1.2 Premisas del "concepto" tradicional y comentarios doctrinales.

Por lo anterior es que el concepto de obligación común y naturalmente aceptado en occidente y para efectos concretos en la doctrina civilista mexicana, considera como una verdad insoslayable e innegable que la obligación debe de definirse o caracterizarse por su exigibilidad. Una obligación no exigible parece de acuerdo con lo anterior, una *contradictio in terminis*, pues no es comprensible el fenómeno ya que el común denominador de la obligación radica en su exigibilidad o coercibilidad[549].

[548] Morineau Oscar, El Estudio del derecho, Editorial Porrua, México, 1953, p 131 y p 200
[549] Cfr. Gousset Le Code Civil commenté dans ses rapports avec la théologie morale, Librairie Classique d'Eugene Belin, Paris 1853, p 369

La anterior cuestión no es debida sino a la materia prima - *casuística y romana* - de la que se desprenden los conceptos primarios de la obligación en occidente, así como a la perspectiva esencialmente adjetiva del fenómeno jurídico que compila Justiniano -*tal y como ha quedado apuntado anteriormente*-. Justiniano no podría haber compilado precedentes de situaciones jurídicas no controvertidas ante el pretor y el juez. Ciertamente esas situaciones existieron como siempre han existido. Sin embargo, la ausencia de controversia les privó de un análisis magistratual o judicial. Así por lo mismo, la ausencia de controversia pasó inadvertida para el edicto del pretor, para la elaboración jurisprudencial y para la compilación justinianea. Ante la falta de conflicto, dichas situaciones no fueron compiladas y por lo mismo el análisis generalizador jurídico de la edad moderna francesa, las pasa por alto y las obvia como situaciones sin impacto jurídico, por lo cual nunca fueron reflejadas ni percibidas en el pseudo concepto de obligación derivado de ese modelo.

En otras palabras, el filtro de análisis de las situaciones, para efectos de su juridicidad radica en la controversia de pretensiones en un caso concreto. Ante la falta de diferendo, las situaciones sociales armónicas, no son consideradas en el proceso despersonalizador para efectos de la gestación "conceptual" del fenómeno jurídico. Sólo se despersonalizarán las situaciones sociales en las que el proceso jurisdiccional determine acciones y su procedencia, con base en las cuales, la opinión del jurista romano haya sido compilada por el esfuerzo justinianeo como sentencias en las que proceda una conclusión a las pretensiones de las partes que hubiera sido impuesta por la organización estatal respectiva. El derecho es compilado y conceptualizado substantivamente en la era moderna, con base en un parámetro adjetivo, y como un mero accidente de naturaleza política. Este accidente es visible en el caso Justinianeo como evidente en el fenómeno estatal de los siglos XVIII y XIX europeos, deviniendo el patrón adjetivo con el que se crearon pseudo conceptos substantivos con las deficiencias de origen que se antojan evidentes. Será sólo el fenómeno pandectístico que partiendo de un proceso inductivo el que pueda así hablar lógicamente de un concepto de obligación que resista la perspectiva integral dentro y fuera del conflicto.

Consecuentemente bajo ese parametro la obligación cumplida o el derecho satisfecho no son susceptibles de conceptualización jurídica en los albores de la edad moderna ni de previsión en las primeras manifestaciones legales codificadas. Estas, con su afán práctico sólo capturan los eventos que requieren solución en razón del diferendo entre las partes, pasando desadvertido o

resultante en su caso irrelevante, el fenómeno jurídico que desemboca y se concluye por cauces normales no contenciosos.

Asimismo, como las situaciones jurídicas romanas son por definición percibidas en parámetros antiguos, en su perspectiva procesal, el análisis de substancia no es un acercamiento natural. La perspectiva romanista, amén de no buscar conceptualizar y partir de premisas *ad hoc*, se limita al ámbito adjetivo con lo cual el concepto resultante presentará importantes áreas de oportunidad desde un punto de vista substantivo.

Lo anterior sin embargo no parece ser sustentable para la elaboración de un concepto substantivo, desde una perspectiva epistemológica pues se basa en fenómenos muy específicos y carece en consecuencia de perspectiva generalizadora. Como narra Karl Larenz[550] y anticipábamos tanto en el pensamiento de Ihering líneas arriba como en la teorización de la formación conceptual en el primer capítulo de la presente investigación, la conceptualización requiere un alejamiento del fenómeno concreto que lo perciba de forma íntegral y no solo en el caso aislado observado - *para estos efectos en el caso jurisdiccional o en la ley* - del que carece la concepción justinianea en atención a su perspectiva forense. El ejercicio de conceptualización requiere un rigor lógico, una sistematización y una perspectiva integral y organicista, que son claramente ajenas a la mentalidad de la antigüedad y tanto de la compilación justinianea, del fenómeno exegético, como de la conceptualización que le es consecuente. En palabras de Karl Larenz explicando el fenómeno conceptual de la ulterior jurisprudencia de conceptos:

> "*.... la otra manera en que la unidad puede ser pensada es la del concepto general abstracto 'extraído' de lo especial. A esta clase de unidad conduce la Lógica formal. En un sistema 'orgánico' como querían presentar los filósofos idealistas, los miembros particulares del sistema giran en cierto modo alrededor de un centro […] El ideal del sistema lógico se consigue plenamente cuando en la cúspide esta un concepto generalísimo, bajo el cual es posile subsumir todos los demás conceptos, es decir los de las clases y las subclases, al que por lo tanto, se puede ascender desde cualquier punto de la base a través de una serie de escalones intermedios, eliminando cada vez lo especial....*"[551]

De la misma manera menciona Salvat[552] en apoyo de lo anterior, como, estadísticamente, el fenómeno jurídico no se agota ni puede agotarse en el caso conflictuado. El cúmulo de

[550] Larenz Karl; Metodología de la ciencia jurídica; Editorial Ariel, Barcelona; 2009, p 35
[551] Ibidem; p 40
[552] Morineau Oscar, El estudio del derecho; Editorial Porrua, México, 1953

fenómenos jurídicos que se verifican sin generar conflicto son muy superiores en número que los que se filtran en el proceso judicial. Una conceptualización que los excluya no sería científicamente válida.

De la misma suerte Morineau manifiesta, que el fenómeno jurídico no se define ni agota en la exigibilidad - *tan patente en el caso conflictuado* -, al presentarse numerosas situaciones jurídicas carentes de exigibilidad, pero no por ello menos jurídicas. La existencia de un derecho internacional público donde las normas por definición no son coercibles, es la primera y más contundente prueba de que la exigibilidad no es un elemento definitorio[553]. Es innegable nos refiere Morineau que las relaciones internacionales, distintas como pueden ser, de las relaciones individuales, o en el ámbito nacional, tienen particularidades jurídicas. El derecho internacional público, imperfecto o en gestación como bien pueda querérsele calificar, no deja por ello de ser un fenómeno jurídico. Los sujetos del derecho internacional, desde una perspectiva jurídica, tienen en el ámbito de sus relaciones, expectativas legítimas de conducta respecto de los sujetos con deber jurídico. La ausencia de coacción y consecuencia paralela a lo que sucede en el ámbito nacional sólo evidencia un proceso evolutivo que expone al detalle Luis Weckman y dentro de la cual, sin que esto le reste juridicidad[554], la coacción nacional que prevé el derecho nacional, no está obviamente presente.

Estos últimos asumen obligaciones y tienen responsabilidades. Tienen derechos en el ámbito subjetivo y esperan legítimamente el cumplimiento de los mismos. En caso de incumplimiento, la norma no permite ni prevé por regla general, en atención a las particularidades del derecho internacional mismo, la exigibilidad coactiva de sus preceptos ante la igual soberanía de los sujetos clásicos del derecho internacional público[555]. No existe por regla general la imposición de sanciones, pues no existe en la arena jurídica internacional, organismos supranacionales dotados de coacción efectiva para los casos de la lesión de intereses jurídicos en forma general. La "soberanía judicial" del derecho internacional público[556] evidencia sin embargo la naturaleza jurídica de este ordenamiento en el que la sanción/coacción no es omnipresente. Existen ciertamente algunos avances y desviaciones de esta regla general que se van acumulando al paso de los años, especialmente a finales del siglo XX. Lo anterior no puede

[553] Morineau Oscar, Opus Cit, p 51
[554] Weckmann Luis, El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional, Fondo de Cultura Económica México D.F., p 282-284
[555] Weckmann Luis, Opus cit, p 286
[556] Weckmann Luis, Opus Cit, p 292

hacer dudar en forma alguna, la existencia del derecho internacional público, con las particularidades jurídica que le son inherentes. El derecho internacional público es pues, a los ojos de Morineau, un claro ejemplo de juridicidad carente de exigibilidad o coacción.

Lo anterior permitirá concluir a estas alturas que la premisa de exigibilidad en el pseudo concepto heredado de la codificación Justinianea deriva del proceso jurisdiccional del que este es derivado en un ámbito de iguales y que adquiere relevancia histórica para efectos de su trascendente compilación en el incumplimiento y como consecuencia en la perspectiva forense, pero que no puede pretender abarcar el concepto integralmente.

Esa premisa claramente se vislumbra adjetiva o procesal como ya hemos apuntado y le resulta imposible detectar e incluir en sus conceptos, la posibilidad de obligaciones en estado latente como tanpoco las no incumplidas, no exigibles o no coercionables.

En el mismo sentido Morineau analiza la situación de las obligaciones naturales como ejemplo de juridicidad no coercible[557] [558]. -. Sin embargo, es patente para Morineau y relevante para efectos de la hipótesis de la presente investigación, que la posibilidad de retención y compensación entre otras, dan a estas obligaciones un parámetro de juridicidad que buena parte de la doctrina mexicana, fiel a su filiación francesa y romanista, de corte forense y perspectiva adjetiva, le niega, pero que no puede objetivamente soslayarse. Lo relevante de dicha perspectiva para efectos de esta investigación radica en que la perspectiva tradicional romanista y francesa, partiendo del escenario conflictuado procesal no está presente. En efecto, en la perspectiva tradicional exegético-francesa, la carencia de *facultas exigendi* afecta estructuralmente a la obligación natural al grado de hacerle mutar de naturaleza y ser calificada como no jurídica[559]. Si bien esto no corresponde a la realidad jurídica romana donde la obligación natural pertenecía igualmente al ámbito civil pero se distinguía en que derivaba de la relación obligatoria entablada con un *alieni iuris* que carecía de *facultas exigendi*. Esto es, el distingo derivaba del sujeto no del vínculo *per se.*, lo cual es explicable en razón del estatuto personal de dicho sistema jurídico, soslayando además en consecuencia toda argumentación respecto de la juridicidad vinculada a la exigibilidad o coacción.[560]

---

[557] Morineau Oscar, Opus Cit; p 51 y p 127

[558] El caso de las obligaciones naturales es un tema per se, ante el cual no es factible analizar aquí todo su detalle - analizándose sin embargo su novel inclusión y consecuencias dogmáticas alineadas con el pensamiento de Morineau, en el Código de 1928 más adelante.

[559] Rojina Villegas Rafael; Opus Cit; Volumen I; p 71- 81

[560] D'Ors Alvaro, Derecho Privado Romano, Eunsa, Pamplona 1989, p 276, 294, 405. No omitimos al respecto que esa es nuestra interpretación respecto de la naturaleza de las obligaciones naturales - *desde una perspectiva lógico*

Así el concepto de obligación tradicionalmente aceptado parte de una realidad anti y pre-conceptual. El mismo se basa en sus métodos y se desarrolla secularmente partiendo de una doble premisa poco asertiva. Pretende tener conclusiones científicas, pero al mismo tiempo parte de premisas que por un lado excluyen toda pretensión epistemológica y que por el otro son analizadas, en exclusión evidente de particularidades del fenómeno social que claramente le restan validez.

Lo anterior abundará en deficiencias del concepto resultante, que evidencian parámetros lógicamente no sustentables e impiden efectuar un análisis científico del mismo. La ausencia de una perspectiva lógica en el concepto resultante la evidencia, Rafael Rojina Villegas, cuando menciona que "…*la relación jurídica es el elemento ideal que resulta del enlace de los elementos simples y no puede confundirse con la obligación que es uno de ellos*…"[561]. Si la obligación es una relación jurídica en virtud de la cual un sujeto puede exigir de otro una determinada conducta de dar hacer o no hacer, parece que la relación jurídica - *como a la postre ha sido tradicionalmente considerado por la doctrina francesa y mexicana* - fuese un elemento de la obligación. Sin embargo, lo anterior conlleva a un sinsentido pues esa relación sería jurídica, *-en esa línea de pensamiento-,* en virtud de los derechos y obligaciones que contiene. El concepto sería autorreferencial y consecuentemente absurdo careciendo de toda validez lógico conceptual[562], científica y sistemática.

Las obligaciones serían en ese contexto, concepto definido y elemento de la definición. Esta autorreferencia de la obligación desvirtuaría lógicamente la validez del concepto, pues siguiendo la lógica aristotélica y el principio de no contradicción por el que nada puede ser y no ser, al mismo tiempo. De la misma manera, nada puede ser el todo y parte, en un análisis conducido bajo los mismos parámetros lógicos.

Esta contradicción deriva precisamente del antecedente procesal y específico romano que atiene solamente al caso concreto en el ámbito adjetivo. Ese ámbito no puede, ni debe

---

*conceptual* - misma que no concuerda con la que expone Alvaro D'Ors para quien las obligaciones carentes de acción no merecen el calificativo de obligaciones ni siquiera - naturales - Cfr; D'Ors Alvaro Opus cit p 405 in fine párrafo 353; "... *D.40,7,9,2, ea enim in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt, refleja un principio clásico, que depende de la necesidad de una condemnatio pecuniaria*... Esta perspectiva de Alvaro D'Ors refuerza en nuestra opinión la perspectiva pragmática y forense del derecho romano que da origen al concepto tradicional aunque acusa igualmente como se verifica en el rubro de las obligaciones naturales in comento lo que consideramos una falta de consistencia lógico conceptual.

[561] Rojina Villegas Rafael; Opus Cit; Volumen I; p 20

[562] Principios de identidad, no contradicción y tercero excluido.

pretenderse generalizar ni menos aún substantivar un concepto, especialmente "en reposo" o cuando la obligación no ha verificado incumplimiento.

Efectivamente al partir del fenómeno casuístico en el que un sujeto consigue la resolución del juez condenando al deudor al pago como punto de partida del concepto, resulta imposible abstraer la obligación fuera de la identificación de ambos sujetos y aún más resulta imposible abstraerla fuera del caso en conflicto para definirla en abstracto. Así resulta imposible concebir a la obligación sin ese factor común que liga al acreedor con el deudor consistente en la ejecución forzosa o coacción requerida ante el incumplimiento. Cuando el concepto se basa en la vinculación de ambos elementos subjetivos, la obligación que uno tiene para con el otro no puede ser segmentada y la obligación termina, sin sustento lógico alguno, siendo el todo y la parte[563]. La exigibilidad del caso concreto deriva y estriba en elemento definitorio, por los elementos *ab origine*, así como por el método empleado y por la perspectiva perseguida. En este rubro Rojina Villegas hace halago de espíritu crítico y concluye que la exigibilidad o coacción no debe de ser considerado como un elemento *sine qua* non del vínculo obligatorio[564]. Su aseveración no es sin embargo conclusiva respecto de cómo considerar al fenómeno obligatorio, aunque si es contundente respecto de lo que no debe considerarse como elemento definitorio.

Adicionalmente cabe subrayar que en esta perspectiva cultural no puede como consecuencia, observarse el fenómeno jurídico fuera del proceso contencioso. Por ello es que cuando la misma se abstrae, la relación es indisociable del fenómeno, aunque el mismo se analizara, pretendiendo abstraer la contención, implicando así una *contradictio in terminis* evidente.

Rojina Villegas identifica nuevamente el problema, aunque fiel a la tradición francesa hermenéutica y positivista, y fiel a la tradición romanista, verifica la contradicción lógica pero no busca dogmáticamente cambiar el concepto ni propone ninguna alternativa al respecto[565]. Es evidente que el mismo no es más sustentable bajo premisas lógicas.

Rojina Villegas no es sin embargo un fenómeno aislado: La doctrina civilista mexicana se mantiene con el concepto justinianeo, mismo que no es sino excepcionalmente puesto en tela de

563 Aqui se verifica igualmente como el concepto Justinianeo de donde se parte, mezcla indebidamente débito y responsabilidad y define a la obligación por la responsabilidad.
564 Rojina Villegas Rafael, Opus Cit; p 21
565 Rojina Villegas Rafael, Opus Cit; p 20

juicio *per se* y es adoptado de manera prácticamente unánime[566]. Al contrario, el mismo es adoptado y rara o nula vez es retado, tanto doctrinal como jurisprudencialmente. Es relevante mencionar que, desde la perspectiva cultural, incluso obras como el Febrero Mejicano[567], de clara inspiración pragmática y social refieren adicionalmente el fenómeno obligatorio en una simbiótica confusión con el fenómeno contractual en clara referencia a la aversión conceptualista, al origen pragmático sus mencionado - *enfatizando el mismo fenómeno bilateral* - [568]. Dicha tendencia es al efecto una réplica del fenómeno doctrinal francés en el que se anticipan un siglo antes las particularidades de la dualidad exigible como característica central del fenómeno obligacional[569] a grado de confusión con el vinculo obligatorio que es sin embargo distinto.

Es en virtud de lo anterior que la tradición franco romanista, fiel a esta premisa de naturaleza esencial y originalmente judicialista y convencionalista, no puede por ejemplo concebir ni aceptar dentro de las fuentes de las obligaciones a la declaración unilateral de la voluntad[570]. Ciertamente una obligación que se gestase unilateralmente sería, bajo una premisa esencialmente lógica una obligación imperfecta al carecer de coacción o exigibilidad por carecer de sujeto facultado para ello. Por ello es, entre otros factores, que la perspectiva del Code, siguiendo los parámetros más clásicos del derecho romano no aceptará la oferta al público dentro de las fuentes de las obligaciones, como tampoco lo harán los Códigos Civiles de 1870 y 1884 como analizaremos más adelante. Allende el fenómeno contractual dentro del cual la policitación recepticia es parte del *iter* contractual, la oferta no es considerada per se, fuente de las obligaciones. Será necesario al efecto acudir al derecho alemán, a la jurisprudencia de conceptos como veremos más adelante para que el BGB pueda considerar, basado en parámetros distintos aceptar que las obligaciones puedan ser unilateralmente formadas en el ámbito voluntario.

En el mismo sentido es que, adelantándonos igualmente a nuestras aseveraciones especificadas, parece que la condición convencional en el contexto romanista y francés, sea

---

[566] Cfr, Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México, D.F., 1985, p 71; De la Peza Jose Luis, De las Obligaciones, Editorial Porrúa México, D.F., 1985, p 71 p 1; Rojina Villegas Opus cit, p 9

[567] Febrero Mejicano o La libreria de jueces, abogados y escribanos por Eugenio de Tapia adicionada por el licenciado Anastasio de la Pascua, Méjico 1834, Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arévalo, Tomo III, p 3

[568] Ibidem, p 3 "... *la tercera especie de obligación que es la que propiamente se llama tal y cuyo uso es el más frecuente en los tratos y negocios de los hombres es la mixta de civil y natural, la que se define así: Vínculo legal que nos ata y obliga a dar o hacer alguna cosa, de manera que podamos ser apremiados a cumplirla...*"

[569] Cfr. Laurent Opus Cit, Tome 15 p 477; Baudry Lacantinerie, Opus Cit; Tome II p 3; Planiol Marcel; Opus Cit; Tome 2; p 57

[570] Cfr Narrativa de Jose Castán Tobeñas al respecto. Castan Tobeñas Jose, Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo 3, i.e. p 53 y p 107

claramente un acontecimiento futuro e incierto del cual dependa el nacimiento de la obligación. Una obligación no exigible o imperfecta, no es concebible en tanto tal. La condición como hito que pudiese suspender la exigibilidad de la obligación no será en esta perspectiva aceptable pues la obligación sin exigibilidad perdería su ethos vital.

Será sorpresivo en el contexto de lo anterior, que el Código de 1928, cambie los parámetros culturales antes descritos al aceptar fuentes no acordes con lo anterior como es la declaración unilateral de voluntad en sus distintas vertientes como la oferta al público, la promesa de recompensa y los títulos civiles a la orden y al portador. Incluso es aún más sorpresivo ver las referencias a la estipulación en favor de tercero como fenómeno unilateralmente creado, pretendiendo abstraerlo y segregarlo de su tradicional contexto convencional. Si bien esto parece corresponder a otros parámetros buscados por el legislador, no deja sin embargo de llamar la atención en cuanto a una perspectiva dentro de la cual paradójicamente, la exigibilidad pareciera no ser más un elemento definitorio.

### 1.3 Cambios puntuales del legislador de 1928 que radicalizan la discusión.

A reserva de anotaciones complementarias en las secciones correspondientes a los distintos temas que resultan per se afectados, es indispensable, respecto de la "esencia exigible" de la obligación conceptuada en la tradición decimonónica, apuntar los siguientes cambios medulares. Su presencia radicaliza la crisis del "concepto" tradicional y evidencian tanto el cambio de paradigma del rol del legislador, como el cambio de paradigma resultante en el concepto de la obligación que podría empezar a dibujarse.

#### (i). La pecuniariedad del objeto.

Desde la *Lex Poeteria Papiria* mencionada, la pecuniariedad del objeto de la obligación - y del contrato, por ende - se presenta como una cualidad indispensable para poder considerar que la obligación es *ex definitione* exigible o coercible. Eliminada la *manus iniectio* es evidente que la única manera en la que el acreedor puede ver satisfechos efectivamente en el último recurso su pretensión, es vía la ejecución - haftung - y el pago por equivalente de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, previa ejecución del deudor ante el incumplimiento de la sentencia condenatoria. A estos efectos, la pecuniariedad del objeto otorgaba una zona de confort que aseguraba vía la llamada responsabilidad quirografaria - *artículo 2964 del Código*

*Civil* - que toda obligación pudiese ser satisfecha por equivalente. Más allá de las consideraciones practicas y doctrinales que soportan la existencia de obligaciones sin contenido pecuniario - *en la tradición del BGB y la jurisprudencia de conceptos a las que referiremos más adelante* - la relevancia de los cambios medulares del Código de 1928 en el contexto de la exigibilidad nos relevan la importancia de la siguiente acotación.

Ciertamente, los Códigos decimonónicos mexicanos habían tradicionalmente mantenido ésta consideración, fieles a la perspectiva romanista de filtro napoleónico. Sin embargo, el Código de 1928 eliminando la referencia respectiva al artículo 1306 fracción II del Código de 1884 deja abierta la puerta para conceptuar obligaciones cuyo objeto no sea apreciable en dinero y deja en consecuencia la interrogante respecto de si es conceptuable una obligación respecto de la cual pueda carecerse de un pago por equivalente.

Las consideraciones anteriores son fundamentales para nuestra hipótesis, puesto que abren la pauta conceptual fuera del caso de conflicto. La pecuniariedad de la obligación ha sido una característica esencial en el fenómeno casuístico y jurisprudencial del concepto de obligación sus mencionado. Sin duda desde la *Lex Poeteria Papiria* y la abolición del *nexum*, la relación jurídica en que subyace el concepto de obligación pareciera no poder ser aceptable más en la ejecución personal[571]. Como anticipábamos citando a Rafael Rojina Villegas, la transformación del vínculo sobre la persona en relación con la misma, tiende a liberar la potencial ejecución física *trans Tiberim* en una ejecución de índole patrimonial que desemboca en la responsabilidad quirografaria contemporánea por la que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con su patrimonio. De ahí se traduce por muchos que la esencia de la obligación requiere un contenido netamente pecuniario afín de permitir la ejecución en caso de incumplimiento.

Es así consecuencia de lo anterior que, ante la premisa de exigibilidad y la natural dualidad subjetiva de la obligación, la misma no pudiera ser concebida, sin gozar de un carácter netamente pecuniario. De lo contrario de que otra forma podría ser exigida la prestación debida, sino era mediante la acción ejecutiva que se endereza sobre los activos del deudor y que requiere consecuentemente que los mismos, así como la obligación en comento, tuvieran un cariz pecuniario. Es mediante este último que la ejecución facilita el remate de los bienes, el pago del equivalente de la deuda u obligación y la restitución del *superflluum*. Todo lo anterior, constituye

[571] Rojina Villegas Rafael, Opus Cit; p 17

la esencia procesal del cumplimiento forzoso. Esta deriva de esa alteración del derecho romano, pero depende evidentemente de la naturaleza o potencial evaluación pecuniaria de la obligación. Sin ella, la ejecución forzada resultaría imposible, en los parámetros contemporáneos.

Así en la doctrina francesa pre y post code, la naturaleza pecuniaria del vínculo o relación jurídica en que se define a la obligación se torna innegable, inevitable e insoslayable. Partiendo de premisas gayanas - *que serán puestas en duda por Ihering como parte de ese análisis en abstracto propio de la pandectística* [572]-, la característica pecuniaria será sido sucesivamente retomada - *de forma más o menos clara, aunque criticable* - por los ordenamientos propios a la tradición romano-francesa a que nos hemos referido. Así el Code establece en su artículo 1128 que solo pueden ser objeto de convención las cosas que se encuentran en el comercio, de donde se transfiere (i) al Código de 1870 en su artículo 1423 que son legalmente imposibles; Fracción II las cosas o actos que no se pueden reducir a un valor exigible y (ii) al CC84 en su artículo 1306 que retoma literalmente la misma redacción de su predecesor de 1870.

Lo anterior retomado por gran parte de la doctrina devendrá en caracteística innegable e insoslayable del pseudo-concepto de obligación, formado según se ha expuesto, en su calidad de complemento natural de la exigibilidad que le es connatural.

Curiosamente no parece ser así en el contexto alemán para el cual se destacan las elaboraciones doctrinales tanto de Ihering como de Savigny[573] sobre la juridicidad de la obligación sin contenido pecuniario. Para ellos no obstante privarle su carencia pecuniaria la posibilidad de exigibilidad o coerción, basta al efecto la presencia de un "interés jurídico"[574] para considerarlas obligaciones.

La raíz de la aparente contradictio *in terminis*[575] parece evidentemente derivar del mismo lugar común al partir del fenómeno del incumplimiento, en virtud de la perspectiva compiladora judicial de la Compilación de Justiniano y del fenómeno jurídico del mundo antiguo que pese a tener un cariz netamente adjetivo y partir de un supuesto erróneo con el *nexum*, lo confunde con la obligatio derivada de *sponsio* y *mutuum* y pretende darle un carácter substantivo y erigirlo en concepto abstracto. Al respecto es interesante mencionar en palabras del propio Ihering, que dicha perspectiva parte igualmente de una cita errónea de Gayo en el Digesto[576],- *ulteriormente*

[572] Ihering Rodolfo, Cuestiones jurídicas, traducción de Adolfo Posada, La España Moderna, Madrid, 243 pp
[573] Rojina Villegas Rafael, Opus Cit, p 48-53
[574] En el mismo sentido Castán Tobeñas Jose, Opus Cit; p 76-77
[575] Ihering Rodolfo, Cuestiones jurídicas, traducción de Adolfo Posada, La España Moderna, Madrid, 243 pp
[576] Ibidem p 7

*interpolada y mal traducida a lo largo de quince siglos* como *lo evidencia el tránsito del Code a nuestro Código de 1870* - al amparo de la cual se confunde nuevamente débito y responsabilidad. No es casualidad que sea nuevamente de la perspectiva de la jurisprudencia de conceptos y sus causahabientes como es Ihering, para los cuales, la distinción dogmática entre *schuld* y *haftung* explican claramente el fenómeno y permiten concebir a una obligación sin contenido pecuniario. Ciertamente para Ihering, no será imposible la existencia de obligaciones sin contenido pecuniario, especialmente refiriéndose al *schuld* o débito, siendo que al momento de la exigibilidad o *haftung*, la expresión de valor económico o la ulterior valoración del mismo será uno - no el único - mecanismo para dar cumplimiento forzoso, mismo que evidentemente no definirá en consecuencia al fenómeno obligatorio. Consecuentemente la pecuniariedad no sería en su perspectiva una característica *sine qua non* del concepto.

No debe consecuentemente sorprender que el Código de 1928, rompiendo con la tradición francesa y decimonónica liberal e introduciendo una teoría general de las obligaciones - *en tanto causahabiente intelectual de la jurisprudencia de conceptos* - , elimine la referencia de los artículos de 1870 y 1884, tratando de acercarse a la perspectiva de corte alemán para la cual, la pecuniariedad es necesaria en su caso para el *haftung* o cumplimiento forzoso, no así para el *schuld* en que radica la esencia obligacional. El legislador de 1928 retoma así la distinción del derecho romano arcaico en que *nexum* y la dualidad *sponsio- mutuum* son dos especies distintas a no confundir de aquello en lo que se convertirá tras varios siglos de interpolación e interpretación, el género llamado obligación.

Sin embargo y en contraste con lo anterior en el contexto doctrinal, tradicional romanista heredado en la tradición francesa desde el Code hasta nuestros ordenamientos de 1870 y 1884, desde la *Lex Poetelia Papiria* [577] parecerá innegable que el vínculo o relación jurídica requiera necesariamente un cariz pecuniario para poder gozar de la *facultas exigendi* que le define. Bajo las premisas sus mencionadas, una obligación sin contenido pecuniario no sería exigible y en el mismo sentido una obligación no exigible no sería técnicamente una obligación. Quedará pendiente concluir sin embargo si la *facultas exigendi* es un elemento definitorio de la obligación como parece desprenderse del concepto casuístico sus mencionado o si la facultas exigendi solo es un accidente que puede o no presentarse pero que no define la esencia del concepto esencia, tal y como se plantea del análisis riguroso de los fenómenos romanos planteados anteriormente y

[577] Cfr. Rojina Villegas Rafael Opus cit vs. Iglesias Juan Opus cit; p 195

de su redescubrimiento por la pandectística alemana del siglo XIX y sus postulados científicos. Las conclusiones se anticipan complejas en el contexto de la eliminación de dichos requisitos del objeto, aunque esto confirme evidentemente la premisa de investigación de ese doble cambio de paradigma.

**(ii). Las obligaciones naturales.**

Las obligaciones naturales como se ha referido, carecen doctrinalmente de exigibilidad, coerción o haftung, dejando solo en el ius retinendi, un elemento de defensa para el accipiens de las mismas en caso de reivindicación, condictio indebitii o in rem verso, que pudiera alegar en carácter de acreedor - así se le calificase de menor jerarquía - y retener lo que le era debido. Más allá de las consideraciones dogmáticas mencionadas, cabe referir puntualmente que las mismas no habían sido expresamente recogidas ni reguladas por los Códigos decimonónicos mexicanos fieles a la tradición napoleónica que no las consideraba, como previamente referido, como verdaderas obligaciones.

Sin embargo, el Código de 1928 observa las mismas, y las recoge en el artículo 1895 previendo expresamente - *y sin calificarlas como obligaciones naturales* - que lo que se ha recibido en cumplimiento de un deber moral o de una deuda prescrita no da lugar a repetición por pago indebido ni enriquecimiento sin causa. Más allá de la discusión respecto de si son verdaderas obligaciones carentes de *haftung* o no, según anticipado en la sección precedente, la novedosa inclusión en el Código de 1928 combinada con la eliminación de la pecuniariedad del objeto, permiten abundar en la hipótesis respecto de un cambio de paradigma en el legislador respecto de la exigibilidad de la obligación para ser susceptible de inclusión legal y de consideración en tanto tal.

**(iii). La prescripción negativa.**

Dogmáticamente se ha discutido tanto en el ámbito sustantivo como en el adjetivo si la prescripción negativa implica una extinción de la obligación - de naturaleza sustantiva - o solo una extinción de la acción en el ámbito procesal. La fusión pseudo-conceptual de las premisas romanas debito y responsabilidad en la "obligación" como relación jurídica exigible, a que nos hemos referido, incidía hasta los Código del siglo XIX mexicano a considerar que la perdida de acción o responsabilidad implica conceptualmente la extinción de la obligación. Eliminar la prescripción del capitulo correspondiente por el CC28 plantea - *en conjunto con las*

*consideraciones de párrafos precedentes* - la hipotesis de si el legislador de 1928 esta pretendiendo escindir ambos elementos - débito y responsabilidad - y relacionar la obligación, pandectísticamente con el débito que no se extingue con la prescripción. Más allá de toda consideración llama poderosamente la atención que, para el Código de 1928, la prescripción negativa haya sido eliminada del capítulo de extinción de las obligaciones, tal y como obraba en los Códigos de 1884 y 1870, que seguían fielmente la perspectiva conceptual de la exigibilidad de la obligación como una característica *sine qua non*, a cuya falta la misma se extinguía. La prescripción negativa sigue presente en el Código de 1928 pero no se prevé más en el capítulo de extinción de las obligaciones. Este cambio que pareciera prima facie una mera reclasificación sin relevancia, nos parece de la mayor trascendencia si se le analiza en conjunto con la novel inclusión de las obligaciones naturales y con la eliminación de la pecuniariedad del objeto. La conjunción de estos tres cambios parece una paradójica coincidencia por virtud de la cual el Código de 1928 - *sin definir a la obligación* - está dando pauta a entender que la misma existe, es factible y jurídica, aun careciendo de exigibilidad o de pecuniariedad que le asegure esta al existir las obligaciones naturales - *cuya naturaleza no distingue* - al eliminar el caracter pecuniario y a la prescripción como forma de extinción de las obligaciones dentro del libro de estas.

### (iv). La dualidad subjetiva.

La exigibilidad referida en el apartado anterior es indisociable del contexto casuístico del que surge el concepto en escrutinio. De la misma manera resulta indisociable el elemento subjetivo dual. No puede haber - *bajo los parámetros casuísticos antes referidos* - obligación, si el fenómeno estudiado, no tiene dos elementos subjetivos. Ciertamente la dualidad subjetiva es la base por la que la exigibilidad se manifiesta. Lo anterior deriva de la evidente naturaleza procesal, de donde este concepto es abrevado, desde la compilación justinianea, tal y como referimos en los primeros apartados del presente capítulo. Si la materia con base en la cual se forjó el concepto de obligación no fuese de naturaleza procesal, el fenómeno jurídico no se definiría por su exigibilidad. Para que todo lo anterior se confirme, es indispensable la contención de intereses y esta es materialmente imposible si no existen dos sujetos que contiendan por el objeto jurídico en discordia. Bajo los parámetros anteriores, no es factible considerar la obligación generada unilateralmente, ya que la misma no sería per se exigible. Si la

obligación no fuese exigible, la misma no habría sido susceptible de ser compilada y consecuentemente, bajo los parámetros sus mencionados, la misma no existiría.

Así, siguiendo el parámetro de la contención, así como el de la exigibilidad en el pseudo concepto heredado, la doctrina mexicana no puede visualizar en abstracto la existencia de una obligación, si la misma no goza de dos sujetos. Lo anterior se manifiesta como un cauce natural, siguiendo el patrón de la doctrina francesa y de su filiación romanista de naturaleza procesal, casuística. En efecto esto no es exclusivo de la doctrina mexicana. La dualidad subjetiva se ha manifestado en el occidente moderno de origen romano como un factor definitorio constante del fenómeno obligacional. La formación cultural del concepto occidental, arraigada en el hito codificador justinianeo y como consecuencia en el fenómeno contencioso no puede vislumbrar el concepto obligatorio sin la dualidad subjetiva que deriva de ese fenómeno controversial del caso concreto.

Partiendo de la misma premisa, es en el mismo sentido, que toda la pléyade de juristas franceses pre y post código enfatizan este requisito y característica como *sine qua non* de la obligación. Partiendo de una realidad y parametros adjetivos la doctrina jurídica moderna desarrollará así los elementos del "concepto" sustantivo. La evolución tiene claros tintes culturales a la par que evidencian pobreza técnica y deficiencias lógico-conceptuales anticipados y que serán enfatizados por la jurisprudencia de conceptos y la tradición jurídica germanista que desembocará en la redacción del CC28, especialmente en materia de la dualidad subjetiva del "concepto".

De entrada, la existencia de dos sujetos es indispensable para poder enfatizar la exigibilidad de la obligación como parte de su naturaleza. Sin embargo, esto se traduce en una serie de particularidades adicionales, no menos interesantes que sellarán irremediablemente el cariz de la obligación así concebida. Ciertamente el concepto resultante enfatizará a los sujetos y a la relación por encima del objeto o prestación evidenciando su origen y error técnico conceptual. Ejemplificativamente, podemos anticipar brevemente que la obligación así concebida en el contexto romanista y francés, no permitirá su transmisión al implicar esto soslayar el elemento subjetivo dual respecto del objeto. Igualmente en lo tocante a las formas de extinción, la novación podrá consecuentemente ser no solo objetiva sino también subjetiva tal y como se manifestaba en la antigüedad romana - *y hasta en los códigos decimonónicos mexicanos* -, al implicar el cambio de sujetos - *cambio substancial excluido al admitirse la transmisión* - la

extinción de la obligación que se basaba en la perspectiva de la relación subjetiva que no es verbigratia reemplazable.

Anticipando igualmente a guisa ejemplificativa, el pago no será conceptuado en esta perspectiva sino como la forma de extinción de las obligaciones, pues el pago no puede tener perspectiva distinta, al no ser aceptable la transmisión de las obligaciones. Esto presentará una relación fundamental con el elemento dual subjetivo, siendo este elemento dual indisociable respecto de la naturaleza exigible del vínculo obligatorio que esta tradición ha pretendido atribuirle en forma secular.

Es patente como anticipábamos en las secciones anteriores, que esta perspectiva dualista será afanosamente combatida por el legislador de 1928 en atención a la natural asociación de la misma, con el fenómeno convencionalista y contractualista[578]. Los elementos técnicos aportados por la pandectística apoyaran esta misión. Ciertamente parece que desgastar y soslayar este último caro y connatural elemento del derecho romano y del liberalismo económico consagrado por el Code, será uno de los objetivos más recurrentes y puntuales del legislador revolucionario de 1928. Como ya se ha mencionado tanto Duguit en sus conferencias de Buenos Aires, como las aseveraciones de Ignacio García Téllez[579] enfatizan la necesidad de rebajar la importancia dada durante el siglo XIX al contrato como fuente de las obligaciones, al ser necesario desarrollar fuentes reputadas como "menos egoístas" y, sobre todo - *en la perspectiva de Duguit como de los legisladores de 1928* - más acordes a la solidaridad social tan necesaria para el mundo en los albores del siglo XX. Esta cuestión estará adicional e íntimamente ligada con la transmisibilidad de igualmente novel introducción en aras de agilizar la transmisión de la riqueza[580].

### (v). Cambios medulares en materia de la dualidad subjetiva.

El legislador de 1928, se enfocará de manera muy importante a modificar las instituciones del Code heredadas vía los códigos de 1870 y 1884, así como vía la incipiente pero innegable

[578] García Tellez Ignacio, Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano, 1932, México p 2: " *....el Código [de 1884] aún en vigor, no cumple ya su misión porque una nueva filosofía jurídica ha sustituido a la antigúa, vitalizando, ampliando, socializando, es decir modernizando los conceptos de libertad, de propiedad, responsabilidad para modificar su etsructura de preeminentes derechos individuales que deben quedar subordinados a los derechos sociales...*"

[579] Ibidem, "*.... el derecho civil es el que más fuertemente resiste esta acción renovadora porque representa la esencia misma del individuo, de sus relaciones familiares y patrimoniales. Es el último reducto de los intereses creados y la palanca de dominación más poderosa del régimen capitalista que invocando una fementida libertad, en franca oposición con la corriente socializadora del progreso, mantiene los principios de la libérrima disposición de los bienes para conservar su poder sobre los hombres....*"

[580] Vid Duguit Leon Opus Cit y Garcia Tellez Ignacio Opus cit.

experiencia oaxaqueña, todas ellas marcadas por la clara influencia racional y burguesa de la revolución francesa y su sello fisiócrata. En este sentido y dentro del contexto del combate a la dualidad subjetiva, será patente la inclusión por el Código de 1928, de la declaración unilateral de la voluntad en sus distintas especies, como fuente de las obligaciones pero especialmente como claro parteaguas contra la tradición obligacional de origen romano. La referencia al BGB y a la jurisprudencia de conceptos es innegable. La contradicción con el fenómeno romanista es a todas luces evidente. Las particularidades de la declaración unilateral de la voluntad como fuente de las obligaciones serán tratada en el capítulo respectivo a las fuentes.

Lo mismo será en materia del pago - cuyo tratamiento se efectuará más adelante - que ya el mismo no se concebirá más como una forma de extinción sino como el efecto natural de la obligación, mismo que puede desembocar o no en su extinción. Ciertamente, como veremos más adelante, la inclusión de formas de transmisión de la obligación - *tanto voluntarias como de naturaleza legal* - y la consecuente transformación de las formas de extinción no serían técnicamente implementables si el pago en su regulación, naturaleza jurídica, requisitos y consecuencias no hubiese sido igualmente transformado en el Código de 1928.

Al efecto, es innegable que esos cambios, tanto en el pago, como en la inclusión de las formas de transmisión y de extinción, no serían conceptuables bajo la premisa de una obligación cuyo elemento subjetivo dual permaneciese como siempre fue concebido en la tradición romanista. De hecho, es por ello que ni los códigos de 1884 y 1870, ni la experiencia Oaxaqueña ni el Code, ni el derecho romano concibieron ni la transmisión de las obligaciones, ni la declaración unilateral de la voluntad como fuente de las mismas.

Al respecto, las modificaciones en las formas de extinción - *al cambiar la naturaleza de la novación que solo es desde entonces conceptuable en su forma objetiva* - en la regulación y consecuente naturaleza jurídica del pago y en la regulación y consecuente naturaleza jurídica de la subrogación, son consecuencias ineluctables del mismo cambio de paradigma. Desde un punto de vista lógico La obligación no puede ser mas conceptuada como una relación o vínculo jurídico con un elemento subjetivo dual permanente e inmutable, y aceptar las modificaciones antes mencionadas. Claramente esto traslucirían una *contradictio in terminis* que contravendría el concepto heredado.

Bajo el patrón tradicional romanista y su causahabiente natural en el derecho francés codificado, ninguno de esos cambios era concebible. La propia naturaleza de la definición o

concepto de obligación bajo el cual se regían y su evidente e innegable antecedente casuístico, jurisprudencial hacían y harían impensable su aceptación.

No es sorpresa que el cambio de 1928 haya generado tanta reacción en un foro mexicano, amén las consideraciones políticas y sociales argüidas por Ignacio García Téllez, el cambio de paradigma meramente técnico es innegable.

### (vi). Conclusiones sobre el incipiente concepto cultural de obligación al momento de la publicación del CC28.-

De lo anterior creemos importante destacar que parece claramente visible un patrón en la tendencia del legislador de 1928. En virtud del mismo, la perspectiva cultural conceptual de la obligación tradicionalmente adoptada en el siglo XIX, parece no mantenerse en su totalidad.

En primer lugar, el código tiene como consecuencia a sus postulados revolucionarios[581], una pretensión claramente más dogmática que la de sus predecesores. Regula a la obligación y no solo al contrato, siguiendo el patrón llamado "Savigny" según Domínguez Martínez[582]. Este marcado rasgo de filiación germanista - *según anticipábamos con Wiaecker* - se explica dentro de la pretensión revolucionaria de la comisión redactora y de la administración Callista. Sin embargo, más allá de esta filiación en la estructura e inclusive como consecuencia de la misma parece que el concepto que tradicionalmente se había transmitido de generación en generación presentará ciertas particularidades de distinción, aparentemente *contra naturam* respecto de las tradiciones que le precedieron y que marcan un fenómeno evolutivo que anticipa José Castán Tobeñas en su tratado general de derecho civil como parte de la evolución conceptual de la obligación.[583].

De acuerdo con este primer acercamiento al contexto del Código de 1928, la obligación parece no necesariamente ser exigible. Asimismo, parece ser factible su creación en el ámbito unilateral y poder subsistir pese a carecer de acción. Por último, no presenta una característica necesariamente pecuniaria. Estas eran como se ha apuntado los rasgos principales de lo que culturalmente se consideraba una obligación en el pseudo concepto heredado secularmente. Un vínculo exigible con dos sujetos determinados y respecto del cual, el contenido pecuniario permitía la coerción patrimonial que no ya personal del derecho romano arcaico.

[581] Cfr. García Tellez Ignacio Opus cit.
[582] Dominguez Martinez Derecho Civil, Parte General, Editorial Porrúa, México D.F., 1990, p 41 -41
[583] Castán Tobeñas Jose, Opus Cit.

Así, las reflexiones que anticipábamos de Oscar Morineau y Rafael Rojina Villegas respecto de las particularidades tradicionales de la obligación parecen no ser ya solamente, meras especulaciones doctrinales. El Código nuevo parece ser empático con sus reflexiones. Paradojicamente, es siguiendo un parámetro mucho más cientificista y una vocación revolucionaria que el CC28 pareciera sugerir características que no encuadran más en el concepto tradicional. La pregunta central a contestarse radica no solo en si estos cambios son sólo la "punta del iceberg" o si anticipan cambios de mayor calado.

Parece sin embargo aún más relevante a nuestro parecer, preguntarse si estos cambios son técnicamente sustentables y si queda en las atribuciones del legislador efectuarlos sin rebasar la naturaleza de su función[584]. En la misma línea cabría igualmente preguntarse por el otro lado si el resultado del contraste anterior revela un error conceptual secular - *en atención a las características y método empleado en su formación* - que quedaría al descubierto luego de la utilización de un método de estudio y análisis de pretensiones más dogmáticas que prácticas, más revolucionarias.

### (vii). Aparentes contradicciones ante la reforma de 1928

Parece que la deficiencia lógica y conceptual que caracteriza al concepto heredado de Roma y adoptado por el Code y las escuelas resultantes, quedan evidenciadas con las modificaciones del Código de 1928. Estas últimas, siguiendo el patrón de la jurisprudencia de conceptos, plantearán modificaciones ante las cuales, las deficiencias *ab origine* del concepto heredado de Justiniano, serán más visibles y denotarán mayores contradicciones que las antes mencionadas. Es precisamente a este respecto que efectuaremos el análisis respectivo en los siguientes apartados del presente capítulo.

Es por lo mismo que el Código de 1928 al seguir la tendencia del BGB y al adoptar instituciones propias al mismo y la jurisprudencia de conceptos, - *en virtud del cambio de paradigma cultural en la función del legislador al que ya hemos hecho referencia* - incluirá cambios adicionales en la regulación respectiva que plantearán dificultades conceptuales que analizaremos adelante y que indirectamente generarían ese segundo cambio de paradigma con

[584] Llama poderosamente la atención el discurso de Ignacio García Tellez respecto de la pretensión de "modernizar" conceptos; vid nuestra nota de pie de página 558 en la que menciona "*... una nueva filosofía jurídica ha sustituido a la antigúa, vitalizando, ampliando, socializando, es decir* ***modernizando los conceptos*** *de libertad, de propiedad, responsabilidad para modificar su etsructura de preeminentes derechos individuales que deben quedar subordinados a los derechos sociales...*" ( enfasis añadido )

cambios estructurales en el concepto de obligación. Que tanto el mismo fue asimilado y adoptado cultural, social, jurisprudencial y doctrinalmente, es cuestión distinta.

Sin embargo, el concepto que culturalmente se ha adoptado en nuestro país no parece atender los cambios del Código 1928 o vice versa. La interpretación forzada de los preceptos del Código de 1928 con base en la tradición heredada del derecho francés, no parece resistir un análisis lógico conceptual y presenta contradicciones de mérito. Esta tradición ya presentaba ciertas fallas lógico conceptuales, pero la publicación del Código de 1928 y los postulados y paradigmas de este, radicalizarán la crisis conceptual a que nos hemos referido anteriormente. Queda sin embargo preguntarse, cuestión a la que apuntarán nuestras conclusiones, sobre la medida del éxito, en su caso, de los postulados del legislador de 1928. Cabe mencionar que pese a lo que anticipamos como evidentes cambios de paradigma del "pseudo concepto" de obligación y pese a la evidencia mencionada respecto de las fallas en el concepto original, la praxis y la doctrina, con claros derroteros ilógicos desde una perspectiva conceptual no parecen abrazar y adoptar el cambio consecuente. ¿Que tan válidos serán los cambios?, ¿Que tan válido será el concepto, de acuerdo con los parámetros vertidos hasta ahora?, ahí el desiderátum último de esta investigación, materia de nuestras siguientes consideraciones y apartados.

### (viii). Consecuencias en la regulación del objeto.

El Código de 1928 como ya ha quedado apuntado, no define lo que es una obligación. La doctrina jurídica mexicana ha mantenido, sin embargo, el "concepto" heredado de la tradición romano francesa, cuyas deficiencias y particularidades ya hemos apuntado en los capítulos precedentes - *detonando en consecuencia las contradicciones que anticipábamos en la sección anterior* - .

Independientemente de esas contradicciones conceptuales el legislador de 28, (sin definir la obligación, al cambiar el marco de regulación alrededor de las mismas) incluyo la regulación del objeto de la obligación.

Lo anterior es, adicionalmente reflejo relevante de la influencia directa de la perspectiva alemana de la jurisprudencia de conceptos, para la cual el objeto adquiere mucho mayor relevancia dentro de la obligación que los sujetos que tradicionalmente habían sido priorizados

en la perspectiva romanista, cuestión que Castán Tobeñas narra con la claridad que le caracteriza[585].

La regulación del objeto detona sin duda una perspectiva muy interesante, de la que se desprenden no pocas discusiones y potenciales contradicciones respecto del mismo. La relevancia doctrinal de estas últimas parece ser indudable aportación de la vocación dogmatizante del legislador a que ya nos hemos referido.

En efecto, la regulación del objeto de la obligación, se desprende en el texto de 1928, del texto de los códigos anteriores que se avocaban a la regulación del objeto del contrato, cuestión evidentemente distinta al objeto de la obligación, aunque con importante potencial de confusión[586].

De la regulación de la obligación en el Código de 28, parece desprenderse la necesidad dogmática - *que no parecía relevante anteriormente* -, de distinguir el objeto del contrato respecto del objeto de la obligación. Así, dentro de cada uno de ellos parece consecuencia necesaria, nos narra Ramón Sánchez Medal[587], distinguir la perspectiva directa e inmediata, objeto directo e inmediato tanto del contrato como de la obligación. El enfoque dogmatizante revelado por Sánchez Medal parece ser planteado por el Código de 1928 así sea incipiente y deficientemente, generando no poca confusión y no poca polémica y con una pléyade de consecuencias dogmáticas y forenses. En toda esta regulación es sin embargo patente, el cambio de perspectiva del legislador y como consecuencia el primer gran cambio de paradigma, hipótesis central de esta investigación.

Ya no es objeto de regulación solo el contrato sino la obligación misma. Que tanto puede esto, sin caer en la tentación de definir a esta última, permitir la inferencia del concepto mediante la inclusión de características y regulaciones directa e indirectas que modulan su tradicional perspectiva conceptual. De hecho, esta constante verificable en el texto de 1928 se introduce con

---

585 "*... El derecho romano exagerando el punto de vista subjetivo, vió en la obligación un vínculo entre dos personas, un determinado acreedor y un determinado deudor. De aqui a que no admitiera: Primero ninguna representación para contraer obligaciones; segundo, ningun contrato en pro de otro; tercero ningún cambio de acreedor o deudor, a no ser con la disolución del vínculo primitivo ( novación ); cuarto, ninguna indeterminación en dichos sujetos. El derecho germano y el moderno por el contrario tienen a realzar el contenido objetivo del crédito o deuda...*"

586 Sánchez Medal Ramón, De los contratos civiles, Editorial Porrúa, Mexico, 1991; D.F., p 30, para el cual: "*.... el segundo elemento de existencia del contrato es el objeto [...] conforme a la definición legal del contrato (1793) el objeto directo e inmediato del contrato es la creación o la transmisión de obligaciones o derecho, ( sean estos reales o personales ) , pero por una elipsis que viene desde el Código Napoleónico se menciona como objeto del contrato lo que propiamente es el objeto de la obligación creada o transmitida por el ...*"

587 Ibidem.

las referencias indicadas en esta sección, pero se desarrolla a lo largo de todas las instituciones que trastocan la génesis de una obligación - *fuentes, modalidades, efectos, transmisión y extinción* - y que serán enfatizadas en 1928 merced a la influencia de la pandectística en esta novel perspectiva organicista.

En el Código de 1928 es pues materia de prima regulación, el objeto del contrato, mismo que en su faceta directa o inmediata consiste en la creación y transmisión de derechos y obligaciones, en aplicación interpretativa del precepto 1792 y 1793 así como del 1795[588]. Para estos, toman el nombre de contratos, los acuerdos de voluntades que tienen por ***objeto o finalidad*** la creación y transmisión de derechos y obligaciones. Asimismo, dentro de los elementos de validez se establece que el contrato debe tener un objeto motivo o fin lícito[589]. Es innegable que, para llegar a esta interpretación, la lectura y entendimiento de la perspectiva de Bonnecasse del objeto motivo o fin, - *igualmente de novel inclusión en el CC28* - en respuesta a la secular polémica causalista y anticausalista en los elementos de validez del contrato, es indispensable. Sin ello resulta difícil entender esta perspectiva y ponderación del objeto motivo o fin y su vinculación con el objeto directo del contrato. Este se entende así, en su perspectiva teleológica como objeto "*para el cual*" se celebra el contrato, así como las múltiples interpretaciones posibles en el mosaico de 1928.

No debiera al efecto sorprender que en combinación con lo anterior es igualmente novedad del legislador de 28, la inclusión de la perspectiva de Bonnecasse, no sólo en materia de ineficacias y nulidades[590]. Es claro pues, que - *desde una perspectiva teleológica*[591]- el objeto del contrato en su vertiente directa es la creación y trasmisión de derechos y obligaciones y que esta finalidad no puede ser susceptible de protección por el ordenamiento jurídico si dicho fin,

---

[588] *1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir oligaciones; 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos; 1795.- El contrato puede ser invalidado: III Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito...*"

[589] Cfr artículo 1795 sus-mencionado respecto del objeto-motivo o fin del contrato - objeto directo del mismo, en combinación interpretativa con los artículos 1830 y 1831 para los cuales respectivamente,"*Es ilícito el hecho que es contrario a las Leyes de orden publico o a las buenas costumbres.*" y *"El fin o motivo determinante de la volunta de los que contratan tampoco debe ser contrario a las Leyes de orden publico ni a las buenas costumbres."*

[590] Como mera situación anecdótica podríamos al efecto mencionar que Bonnecasse es curiosamente, egresado y catedrático de la universidad de Burdeos tal y como el gran jurista Duguit, de cuyas conferencias en Argentina, sobre la transformación del derecho privado en el siglo XX, toma la comisión redactora de 1928, gran parte de sus postulados.

[591] Tampoco debiera de extrañar al lector e interprete del código de 1928, la perspectiva y analisis teleológicos del contrato, dentro de un código civil que incluye por primera vez la regulación del acto jurídico, para el cual análisis teleológico de la expresión de la voluntad, es indisociable.

motivo u objeto, son ilícitos, tal y como lo prescriben los artículos 1795, 1830 y 1831 antes referidos.

### (ix). La licitud de la causa y la del objeto, el motivo o el fin.

No es casualidad que al tiempo que la regulación del objeto, merced a la inclusión de la teoría general de la obligación, corresponda igualmente a la eliminación de la perspectiva y discusión de la causa lícita como requisito de validez del contrato. Ciertamente de entrada, el código de 1884 como el de 1870 y el Code, referían solamente elementos de validez[592]. La teoría organicista de las nulidades sólo es incluida en 1928. Consecuentemente sólo es a partir de esa fecha que se incluyen y regulan elementos de existencia por un lado y de validez por el otro, *prima facie* para el contrato y por extensión evidentemente dogmatica , tan propia del Código de 1928 - al acto jurídico[593] - *cuya teoría es igualmente una novedosa inclusión del CC28*-.

Dentro de los elementos de validez, la referencia a la causa lícita y su evidente contenido y antecedente romanista era una marca constante en el derecho legislado napoleónico con importante influencia en la interpretación jurídica y judicial decimonónica mexicana. Amén las contradicciones y elaboraciones doctrinales que al efecto pueden hacerse, la verdad incontrovertible estriba en la doble modificación derivada de la inclusión de la teoría de Bonnecasse por la que al introducir los elementos de existencia junto con los de validez, el código modifica igualmente dentro de estos, a la causa lícita, por el objeto motivo o fin lícito[594].

---

[592] El CC84 preveía de la suerte en su artículo 1279.- "*Para que el contrato sea **válido** debe de reunir las siguientes condiciones: I. Capacidad de los contrayentes; II. Mutuo consentimiento; III. Que el objeto materia del contrato sea lícito y IV. Que se haya celebrado con las formalidades externas que exije la Ley.*" En prácticamente idénticos términos, el CC70 preveía en su artículo 1395.- "*Para que el contrato sea válido debe de reunir las siguientes condiciones: I. Capacidad de los contrayentes; II. Mutuo consentimiento y III. Objeto lícito."* Ambos ordenamientos se basan al efecto en el artículo 1108 del Code Napoleon para el cual "*Quatre conditions sont éssentielles pour la validité d'une convention: I. Le consentement de la partie qui s'oblige; II. Sa capacité de contracter; III. Un objet certain qui forme la matière d'engagement; IV. **Une cause licite dans l'obligation***."

[593] El acto jurídico adquiere regulación primigenia como parte del tratamiento dogmático introducido en 1928 en consecuencia a la influencia pandectística en el artículo 1859 para el cual "*Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros **actos jurídicos**, en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a las disposiciones especiales de la Ley sobre los mismos*". (Enfasis añadido) Los Códigos decimonónicos no hace referencia alguna al acto jurídico, por lo que se antoja plausible una coincidencia dogmática de origen pandectísico.

[594] Ciertamente (i) por un lado se incluyen elementos de existencia en paralelo a los de válidez, lo cual podría pasar por mera anecdota reguladora, pero de la mano del mismo autor que postula este distingo organicista se incluye el requisito del objeto motivo o fin - *de claro contenido y pretensión dogmaticista* - que cambia la tradición causalista de origen romano. Finalmente vale subrayar que ambos cambios van de la mano organicista de una perspectiva del acto jurídico que no había sido adoptado al efecto en ninguno de los causahabientes seculares - *tanto Code como Códigos de 1870 y 1884* - por su origen netamente germánico. Es evidente la coincidencia entre una perspectiva finalista - *inherente a la doctrina del acto jurídico en oposición a la del hecho jurídico* - y la inclusión de un nuevo elemento de validez - *objeto motivo o fin* -

Esto reitera innegablemente la perspectiva dogmatista y anti-romanista propia del legislador de 28.[595]

No es relevante hablar de lo que origina el acto jurídico y las acciones respectivas, de acuerdo con el patrón apolíneo propio al derecho romano. La finalidad, el elemento psicológico de voluntad propio a la definición de persona e inherente a la inclusión de la teoría del acto jurídico y de las consideraciones respecto de la interpretación a la que ya nos hemos referido, es lo que parece interesar al derecho. Se verifica un doble resultado anti romanista, moderno germanista y dogmatista tan presente en la mente de la comisión redactora y del espíritu revolucionario Callista.

Así todo parece ir adquiriendo una constancia y consistencia dogmática de conjunto: El contrato no es más el centro de la regulación[596]. La regulación tiene por objeto a la obligación. Dentro de la regulación de esta, el acto jurídico es indispensable, como un paso atrás que amplíe la perspectiva de visión. Consecuentemente, es necesario distinguir el objeto del contrato respecto del de la obligación. Así, dentro de las facetas que presenta el contrato, la primera acepción del mismo se ciñe en la perspectiva teleológica del mismo, la cual requiere que los fines por los que el derecho objetivo reconoce los efectos jurídicos que quiere crear el individuo, tiene que perseguir fines de contenido lícito, a falta de lo cual los mismos sería inválidos. Respecto de la invalidez, los elementos anteriores no pueden ser dimensionados igualmente con una teoría de pretensión meramente reguladora como era la teoría clásica de las nulidades. Habiendo incursionado en las particularidades teleológicas de la voluntad, mismas que son por definición el reemplazo del añejo análisis de las causas de la obligación y su licitud - *de evidente origen romanista* -, pareció necesario incursionar y adoptar una perspectiva organicista para la cual se distinga el ser del deber ser, la voluntad existente aunque inadecuada y por ende ilícita, respecto de la voluntad inexistente que por ende no puede considerarse que dé lugar a la creación de un acto jurídico o de un contrato sino a efectos putativos, propios en su caso de un hecho jurídico.

[595] Cabe al respecto referir que Bonnecasse se jacta y considera a si mismo un científico del derecho y que independientemenet de la evaluación de las teorías organicistas por Lutzcesco como cientificas, la auto ponderación de Bonnecasse de su estudio del derecho hace sentido en las pretenciones cientificistas y epistemológicas del legislador de 1928. Para mayor detalle, cfr Bonnecasse Julien, El estudio del derecho, Editorial Cagica, Puebla México, 1944, p 31- 49

[596] Cfr.Garcia Tellez Ignacio Opus Cit y Duguit Leon, Opus cit.

La regulación de la causa es un muy ilustrativo ejemplo del cambio de paradigma en el derecho de la antigüedad *versus* la perspectiva dogmatizante de la pandectística reflejado en el CC28. En efecto desde el derecho romano, el análisis de la causa, adquiere y desarrolla enorme relevancia considerando que la abstracción *acto jurídico* y por ende su consideración mental conceptual es imposible.[597] Por ende es la entrega física, la *traditio*, la que implica y provoca el desarrollo de la dogmatización de la causa lícita para justificar que esa traditio pueda servir de puente traslativo de dominio en materia tanto de los entonces *res nec mancipi*, como de los *res mancipi* cuyo acto solemne traslativo resultase deficiente. De la misma manera es la *iusta causa* tratándose de *traditio* de *res mancipi*, lo que permite que la *usucapio* se produzca como un paliativo ante las complejidades transaccionales frente a requisitos solemnes propios de la civitas original con su economía meramente agrícola y restringida debido a un ámbito personal del derecho del civis.

La justa causa es pues trasladada a los contratos de buena fe como una interpolación del paliativo de los actos jurídicos solemnes defectuosos y su remedio practico, a un fenómeno en el que la entrega es posterior al acto jurídico y por ende quedaría en un análisis lógico justificada o legitimada por este. Lo anterior claro está, salvo que se considerase un argumento finalista y teleológico en el contrato y acto jurídico, pero en ese caso, no sería razonable como con clarividencia apuntará Bonnecasse, hablar de una causa lícita sino de un objeto motivo o fin lícito[598]. Esta última cuestión es adoptada por el legislador de 28, al eliminar las referencias a la causa lícita y reemplazarlas por la licitud del objeto motivo o fin que ya hemos referido y en virtud de la cual, se explica la doble regulación del objeto materia de este apartado.

El diseño de la combinación de modificaciones en la nueva regulación del objeto directo del contrato, la eliminación de la causa, la inclusión de la teoría organicista, la doble regulación del objeto y la inclusión de la teoría general de las obligaciones, puede adicionalmente corroborarse en el contexto del puntual análisis hermenéutico de los artículos específicos

[597] Cfr. Iglesias Juan, Opus cit, p 261 "*...la iusta causa traditionis [....] en tanto fin practico económico social que de modo inmediato motiva la entrega y* ***sirve de fundamento según determinación de la Ley a la adquisición de la propiedad***. ***Normalmente la causa traditionis se subsume o absorbe en la causa*** *de un negocio jurídico concreto* ...." De ahí que la tradición de origen romano haya transmitido secularmente el concepto de la causa lícita como requisito para poder legitimar la adquisición via usucapion cuando el negocio jurídico no era traslativo de dominio - lo cual era la regla general en el derecho romano -. Con la transformación de los mecanismos traslativos de dominio y la aplicación de efectos traslativos al contrato, el requisito de la causa lícita deja de tener eficacia practica pero solo es hasta la dogmatización propia de Bonnecasse que se implementa el cambio al fin o motivo - cuestión que embonará con la adopción dogmática de la teoría del acto jurídico.

[598] Bonnecasse Julien, Tratado elemental de derecho civil, Editorial Harla, México D.F, 1993; p 780

respectivos. Ciertamente de la lectura y análisis contextualizado de los artículos en comento (1795, 1830 y 1831) con el resto de la regulación del objeto - *que pretende nominalmente regular al objeto indirecto de las obligaciones derivadas del contrato*-, se desprende que el concierto de los mismos no parece ser caótico sino totalmente armónico, predeterminado y premeditado.

### (x). Consecuencias dogmáticas y practicas en la sanción de los contratos con fin u objeto ilícito o con prestaciones ilícitas.

Los cambios anteriores son connaturales a las multicitadas pretensiones dogmáticas del legislador en el contexto de su primer cambio de paradigma. Ciertamente, de la clasificación seguida por el legislador de 1928, el objeto de las obligaciones se regula en los artículos 1824 y siguientes para los cuales, el objeto indirecto de la obligación - *aquello en que se materializa la conducta materia de la obligación*- radica en la cosa que el obligado debe dar (sic) o el hecho que el obligado debe de hacer o no hacer[599]. Así, asumiendo la respetabilidad técnica de estas últimas dos variantes[600], las mismas tienen como requisitos respectivos, existir en la naturaleza, estar en el comercio y ser determinado o determinable en cuanto a su especie (en las obligaciones de dar) y de ser posible tanto física como jurídicamente y ser lícito (en el caso de las obligaciones de hacer)[601]. Cabe solamente referir en el contexto de esta sección, que de la regulación de los objetos indirectos de las obligaciones de hacer se deduce la diferencia entre los actos imposibles y los actos ilícitos abriendo así la puerta a una interpretación dogmático-practica relevantísima para determinar la diferencia entre la inexistencia y la nulidad de los actos jurídicos y por ende de los contratos, entre otras interesantes conclusiones.

Amén un sinnúmero de consideraciones dogmáticas respecto de las cuales se abordarán solamente las relevantes para efectos de nuestras hipótesis, resulta irrisorio pensar que el

[599] Sanchez Medal Ramón Opus Cit; p 31-39

[600] Omitiremos igualmente aquí el analisis y postura alguna respecto del soporte conceptual que las obligaciones de dar merecen en perspectiva del suscrito. Independientemente que su debilidad conceptual deriva precisa y principalmente en la perspectiva del objeto indirecto y la necesidad de la conducta humana, su tratamiento, materia de ulteriores escritos nos alejaría el proposito central de esta investigación.

[601] Artículos 1824, 1825, 1827 y 1828 que nominalmente regulan al objeto del contrato cuando en virtud de la elipsis anticipada por Sanchez Medal regulan al objeto indirecto de las obligaciones generadas por el contrato que a la letra respectivamente dicen: 1824.- "*Son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar; II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer*." 1825 "*La cosa objeto del contrato debe: Primero, existir en la naturaleza; segundo, Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; Tercero, estar en el comercio*." y 1827 " *El hecho positivo o negativo objeto de un contrato debe ser: I. Posible; II. Lícito.*" y por último 1828 "*Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una Ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstaculo insuperable para su realización*"

legislador pretendiese regular la licitud del mismo objeto en dos artículos distintos (1795, 1830 y 1831 por un lado y en el 1824 y siguientes por el otro). La problemática parece exacerbarse en una redacción que trata indistintamente en todos los artículos mencionados, del objeto del contrato. Es aquí relevante la acotación efectuada por Ramón Sánchez Medal, quien, basándose en la distinta clasificación otorgada por el código a dichos grupos de artículos, sabiamente explica que dicha complejidad en la redacción se debe "*a una elipsis*" que proviene desde el Code[602], respecto de la cual, el legislador de 28, pese a su pretensión de regular a las obligaciones y dentro de las mismas a los contratos, deja subsistir la redacción de los predecesores de 1870 y 1884, dando lugar a una interpretación compleja, pero que con base en los anteriores asertos parece innegable y lógica.

Esa doble regulación del objeto planteará problemas adicionales cuando en idéntica réplica de la perspectiva Bonnecassiana, el legislador replicará - *nuevamente con claros propósitos dogmatizantes*- una teoría de las nulidades e ineficacias de corte organicista - *nuevamente una innegable influencia germánica* -. Estos problemas interpretativos sólo son el reflejo de esta doble regulación del Código de 28, para el cual el centro de gravedad se desplaza del contrato hacia la obligación y dentro de la obligación se desplaza hacia el objeto, siguiendo el patrón de la jurisprudencia de conceptos y la moderna despersonalización de la obligación.

En efecto, la dualidad regulada sus mencionada refleja consecuencias diversas a la luz del régimen de ineficacias de Bonnecasse, que adopta el propio ordenamiento. Como veremos más adelante, analizando en su momento los potenciales fines perseguidos con mayor detalle, el código de 1928 adopta una teoría organicista tripartita para la cual hay que distinguir la existencia o inexistencia del acto jurídico[603] - contrato u otro[604] - respecto de la nulidad que

[602] Sanchez Medal Ramón, Opus Cit, p 30. En el mismo sentido Dominguez Martinez Jorge Alfredo Opus cit, p 531

[603] La nueva regulación en el Código de 1928 de inspiración Bonnecassiana se da cuando menos en dos niveles, los requisitos y las consecuencias. Respecto de los requisitos los artículos 1794 y 1795 preveen efectivamente una regulación dual respecto de sus antecesores decimonónicos para los cuales solo existían los requisitos de validez como sigue: 1794.- "*Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento y II. Objeto*" - No es regulada expresamente la solemnidad en el mismo artículo muy probablemente en atención a la desiderata revolucionaria mutireferida en la que se pretende simplificar el derecho y facilitar las transacciones, no obstante lo cual, en otras secciones se menciona la consecuencia de la falta de solemnidad en los actos jurídicos que la requieren. 1795.- "*El contrato puede ser invalidado: I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II. Por vicios del consentimiento; III. Porque su objeto, su motivo o su fin sea ilícito; IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la Ley establece.*" Respecto de las consecuencias la distinción se regula en los artículos 2224, 2225 y 2226 en los que se distinguen claramente por un lado las consecuencias dogmáticas de una y otra sanción y en la que adicionalmente se deja entrever la perspectiva antiexegética del legislador inherente en la perspectiva Bonnecassiana por virtud de la cual, el juez tiene que evaluar los intereses en presencia y las consecuencias para determinar la sanción al acto, sin ceñirse a un texto legal predeterminado. 2224.- "*El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de el no producirá efecto legal*

pudiera afectar a aquel que existiese. Asimismo, para el código, la nulidad debe de distinguirse entre absoluta y relativa respecto del acto inexistente cuando nulo, dependiendo de la gravedad en la nulidad. Queda en facultad del juez efectuar el análisis de lo anterior, de acuerdo con el articulado de referencia, rompiendo la inercia exegética. El código rompe igualmente así con la perspectiva dualista de la teoría clásica de las nulidades que había de manera más o menos homogénea regido la regulación y legislación civil desde el derecho romano y especialmente en el Code y para efectos mexicanos en los Códigos de 1870 y 1884. Propósitos más claramente iusfinalistas y sobre todo menos apegados a una exégesis absoluta del texto legal burgués decimonónico parece ser la explicación adecuada, con lo cual el rompimiento revolucionario social con el fantasma del derecho romano y del liberalismo exegético se evidencia nuevamente.

Respecto del objeto, parece a la luz del texto de 1928 necesario distinguir cuando el contrato (u acto jurídico) es inexistente por falta de objeto respecto de los casos en los que el contrato es simplemente nulo por invalidez del objeto[605]. Esto revela el ánimo dogmatizante del legislador en ciertos casos que, si bien se antoja de laboratorio, presentan un rigor lógico indisociable de la jurisprudencia de conceptos que ilumina al legislador, rompiendo nuevamente con el paradigma decimonónico en la materia.

Al efecto baste distinguir el contrato inexistente por carencia absoluta de objeto que fuese físicamente imposible, de aquel que es inexistente por imposibilidad jurídica [606] que en el texto del código resulta de la incompatibilidad del contrato con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. Ambos en su caso deberían de distinguirse a su vez de aquel en que tanto el objeto cosa y su aprovechamiento como el objeto hecho y su realización fuesen contrarios a una norma jurídica que les atribuyera en consecuencia su ilicitud y por ende su nulidad - *ya absoluta o relativa según lo dispusiese la*

---

*alguno. No es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción, su inexistencia puede hacerse valer por todo interesado*." Artículo 2225.- "*La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad ya absoluta ya relativa, según lo disponga la Ley"*; Artículo 2226.- "*La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sys efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparecer por la confirmación o la prescripción*"; Artículo 2227.- "*La nulidad es relativa cuando nno reúne todos los caracteres enumerados en el artículos anterior.Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.*"

[604] Artículo 1895 para el cual la regulación de los contratos es aplicable- en claro honor a la perspectiva dogmatizante de la jurisprudencia de conceptos - a todo acto jurídico en lo que no se oponga a la naturaleza de este. Ciertamente el acto jurídico no es *per se* materia de regulación en nuestro sistema legal sino hasta el Código de 1928.

[605] Cfr. Artículos 1828 versus 2224, 2226 y 2227, sus referidos.

[606] Artículo 1828 en combinación con 2224 del Código Civil de 1928.

*Ley*[607] -. Asimismo, y derivado de lo anterior el planteamiento del Código de 1928 permitirá discernir, discutir y eventualmente sancionar distintamente al acto u contrato - *con una plataforma dogmática muchos más sólida* - que existente pueda ser inválido por los fines que persiga si los mismos tienen algún sesgo de ilicitud y no obstante que la conducta materia de los mismos sea per se lícita.

Este ejercicio nos lleva *prima facie* a la discusión respecto de la conveniencia o no de una postura organicista en materia de nulidades; sin embargo, para efectos de evidencia, deja abierta la puerta, respecto de la dualidad de objetos regulados para patentizar la diferencia entre el contrato inexistente por objeto jurídicamente imposible, en términos del artículo antes referido, respecto del contrato nulo por objeto ilícito. Si este parámetro, estrictamente lógico es evidente, más evidente resulta entonces la dualidad de objetos - *contrato y obligación* - que innova nuestro código. Sin embargo, la deficiencia en el texto adoptado e incluido, despierta no pocas voces discordantes para considerar que lo único susceptible de regulación sigue siendo el objeto del contrato y que la teoría de la inexistencia no aporta nada nuevo siendo además insustentable.

El análisis mencionado requiere sin embargo superar deficiencias en el texto merced a la contribución de elementos doctrinales y una perspectiva lógica que no necesariamente sigue la tradición jurisprudencial, menos dogmática y más práctica y que por ende anticipa el choque entre el concepto cultural heredado antes mencionado con esta nueva regulación y perspectiva legal y doctrinal. Subyace la pregunta de la conveniencia del mismo, pero en su corroboración se evidencia y prueba la primera hipótesis de la presente investigación. El legislador de 1928 claramente pretende arrogarse facultades para avanzar en este sentido y sentar las bases para un pretendido cambio conceptual.

Lo que resulta sin embargo evidente y relevante para efectos de nuestro análisis, se acepte o no la teoría organicista y su aplicabilidad, es la doble regulación del objeto, por la inclusión de un título de la teoría general de las obligaciones. Lo anterior se refuerza mediante la inclusión de las teorías innovadoras sus referidas - *Bonnecasse tanto en objeto motivo o fin como en nulidades e ineficacias* -. Lo anterior rompe el molde de la regulación y la perspectiva de los códigos anteriores para los cuales, la regulación se limitaba al contrato, las nulidades se regían por un molde clásico dualista y práctico y la inexistencia no era susceptible de un tratamiento orgánico y dogmático, mucho menos legal.

[607] Artículos 2225-2226 y 2227 del Código Civil de 1928

Lo anterior reforzará igualmente tanto (i) la perspectiva de la tesis igualmente Bonnecassiana e de una teoría del objeto motivo o fin (por la que el objeto tanto del contrato como de la obligación merecieren distinto tratamiento y regulación, y por la que la teoría de la causa lícita como elemento de validez del contrato hubiere sido relegada y derogada), como (ii) la inclusión de la teoría del acto jurídico dentro del código. Ambos fenómenos denotan un parámetro dogmatizante de origen pandectistico, mucho más avezado que el de los códigos decimonónicos mexicanos y su predecesor el Code.

No debe de sorprender este grupo de cambios en la regulación para un código revolucionario y antiburgués, de principios de siglo XX, derivado de un movimiento revolucionario con pretensiones socializantes y con la doble influencia dogmática, por un lado de publicistas como Duguit y por la otra de la jurisprudencia de conceptos. Ambas influencias representan una evidente reacción al modelo francés decimonónico pragmático y fisiocrático-liberal. El cariz netamente técnico y lógico que se pretende infundir al derecho resultará idóneo a los propósitos del fenómeno político legislativo Callista. El derecho no solo reflejará la realidad, sino que la cambiará y servirá como mecanismo de ilustración y formación de cuadros[608].

Hablar de una pretensión de cambio de concepto de obligación por parte del legislador, materia esta de nuestra segunda hipótesis, parece aún preliminar. Sin embargo, vale mencionar que estos cambios demuestran una pretensión legislativa radicalmente distinta de la heredada por los predecesores legales decimonónicos de corte totalmente napoleónico, liberal y burgués. Lo anterior es mayormente perceptible considerando la elaboración dogmática alemana al respecto, en la jurisprudencia de conceptos. Asimismo, si se analiza cuidadosamente la forma en que evolucionó el concepto culturalmente heredado y sus deficiencias lógico conceptuales junto con los propósitos, contexto y fuentes doctrinales utilizadas por el legislador de 28, es evidente que el legislador pretendió en 1928, tomar un papel mucho más activo y dogmático que sus predecesores, actualizando soportando así nuestra primera hipótesis y estructurando el cambio del concepto de obligación, materia de la segunda hipotesis de esta investigación.

Se analizará a continuación la regulación respecto de las fuentes, materia esta nueva en estructura respecto de los antecedentes legislativos mexicanos y francés y que denotarán una continuidad en la nueva perspectiva del legislador de 1928 -sus-mencionada.

[608] Cfr. Correspondencia de Ignacio García Tellez mencionada anteriormente.

### d) De las fuentes de las obligaciones.

#### 1. Consideraciones generales.

En la tradición jurídica romanista, las fuentes de las obligaciones están basadas en el parámetro romanista de la culpa y la voluntad. Así las fuentes se agrupan e interpretan alrededor del contrato y hasta cierto limitado alcance, en el hecho ilícito[609].

Los Códigos Napoleón, de 1870 y de 1884 siguen el mismo parámetro exacerbando, ante las ulteriores críticas Duguit y Arnaud a que hemos hecho referencia, tanto a la voluntad y el contrato por un lado como a la culpa y a la responsabilidad subjetiva - *aquiliana* - por el otro[610].

Inclusive, de acuerdo con los apartados anteriores y el parámetro cultural decimonónico tanto el Código Napoleón como sus réplicas mexicanas centran la regulación y creación del derecho privado alrededor del contrato[611]. El contrato deviene el paladín de la libre empresa y la libertad política, como consecuencia evidente del movimiento fisiócrata y la Revolución Francesa de origen burgués.Junto con el racionalismo y como producto de esto, es el contrato un elemento fundamental del liberalismo político y social que impregna la mentalidad decimonónica en su calidad de mecanismo para a transmisión de la propiedad. Así el Código Napoleón y sus sucesores mexicanos establecen al contrato como título de cada uno de ellos, ungiéndolo como mecanismo por antonomasia para la transmisión de la propiedad y añadiendo especialmente como novedad en su regulación la transmisión como efecto real de contrato[612]. Esa premisa fisiocrática hace que el contrato devenga la fuente por excelencia del derecho en el ámbito privado, durante todo el siglo XIX y algunos años del XX, desde la publicación del Código de Napoleón hasta la publicación del Código de 1928. Es evidente que el Code sigue en vigor en Francia, pese a cambios y modificaciones propias de sus 200 años. Así la estructura en el ámbito de derecho positivo francés sigue los mismos parámetros de 1804 representando el contrato, la piedar angular del derecho privado de las obligaciones.

#### 2. El contrato: *consideraciones generales*.

[609] Macedo Pablo, La evolución del derecho civil en Evolución del Derecho Mexicano, Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho; Editorial JusMéxico 1943; tomo II pagina 93
610 Ibidem; p 94
611 Ibidem
[612] Artículo 2014 del Código Civil de 1928 por un lado y 1430, 1431, 2818 y 2822 del Código de 1884 por el otro. Replican los artículos de 1884 el tratamiento de 1870 en los artículos 2946 y 2950.

El contrato, en su calidad de fuente primaria y principal de las obligaciones, así como de centro de la visión del derecho privado en occidente, constituye el eje alrededor del cual gira la regulación de los códigos decimonónicos mexicanos y de su antecedente napoleónico. Lo anterior con base en su antecedente en el *ius commune* y en el derecho romano.

En este contexto, bajo el Code, dentro del Libro Tercero relativo a las distintas maneras de adquirir la propiedad, se incluyen los títulos respectivos de Sucesiones (I), Donaciones entre vivos y testamentos (II) y de los Contratos o las obligaciones convencionales en general (III). [613]

Fuera del contrato, y bajo la perspectiva medieval de origen Gayano, el Code considera sólo como fuentes a los cuasi contratos, los delitos, así como a los cuasi delitos como fuentes. Así entran en el Code - *gestión de negocios y pago de lo indebido entran en la primera categoría*[614] *y hecho ilícito junto con los hechos de terceros, de las cosas y animales*[615] *entran en la segunda* - dentro de las fuentes de obligaciones, - *aunque más específicamentem dentro del Libro respectivo a los Contratos* y aún más precisamente dentro de las formas de transmitir la propiedad. Esto manifiesta claramente la premisa romanista de la segregación entre culpa y voluntad como factores primarios para la formación de obligaciones *inter vivos*, que será a la postre tan vilipendiada por Duguit y el cambio de paradigma que operará en 1928 en esta materia-[616].

Siguiendo el contexto Napoleónico, los Códigos de 1870[617] y 1884[618] adoptan el mismo parámetro y pese a la modificación de estructura - *meramente cosmética* - dejan al Libro Tercero como libro de los Contrato dentro del cual tratan a otras fuentes menores (i.e. para efectos del criterio del legislador son así reguladas la gestión de negocios - *como mero apéndice accidental del mandato en su calidad de mandato oficioso* - y el pago de lo indebido ) instituciones ambas, que no ameritan en criterio del entonces legislador - *claramente guiado por la premisa liberal franco napoleónica* - ser consideradas dogmáticamente, sino en calidad de apéndices de la vertiente contractual, epítome de la gestación obligacional del legislador napoleónico que será tan duramente criticada por Duguit al culminar el siglo XIX.

---

[613] Gousset Cardinal; Opus Cut; p 237, especificamente cfr. art 711
[614] Ibidem; p 492-498; art 1372 - 1381
[615] Ibidem; p 498 - 504; art 1382 - 1386
616 Macedo Pablo, Opus Cit; p 93
[617] CC70 Opus cit.
[618] CC84 y Ley de relaciones familiares, Opus Cit.

La responsabilidad civil sólo es tratada bajo ambos ordenamientos (1870 y 1884) dentro del rubro de los contratos como un apéndice de responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones, en la ejecución de los contratos. [619] Los Códigos decimonónicos mexicanos parecen al respecto seguir una línea aún menos dogmática al eliminar clasificaciones respecto de las fuentes y restringirse a regular el hecho ilícito dentro del contrato[620] sin dogmatizar ni ubicarlo en una categoría doctrinal como lo había hecho el Code[621] bajo el influjo Gayano y los lineamientos tanto de Domat como de Pothier[622][623].

Es importante recordar que para el legislador decimonónico, no es necesario, ni adecuado un tratamiento legislativo *ad hoc* respecto de la obligación, mismo que solo llegará en nuestro país bajo la ulterior influencia de la Jurisprudencia de Conceptos, detonada por la revolución del derecho privado auspiciada por Duguit a principios del siglo XX.

Así para los códigos mexicanos decimonónicos la regulación del código se centra en el contrato - *acuerdo de voluntades* - sin ser relevantes ni merecer en forma alguna un trato similar, las obligaciones derivadas de fuentes distintas[624]. Las mismas son totalmente soslayadas por los legisladores decimonónicos mexicanos que centrarán su atención en el acuerdo de voluntades como centro neurálgico de la creación de obligaciones en el ámbito privado como exacerbación del positivismo fisiócrata del régimen liberal correspondiente. No es difícil entender que, siendo el contrato y la obligación, dos abstracciones conceptuales en íntima simbiosis y de difícil segregación practica - *especialmente en el mundo antiguo* - la confusión de sus características,

---

[619] Bajo el CC70, la responsabilidad civil solo se regula dentro del Título Tercero - De la ejecución de los contratos, Capitulo IV De la Responsabilidad Civil, dentro del Libro Tercero de las obligaciones al tenor siguiente: "*Artículo 1574 Son causas de responsabilidad civil: (i) la falta de cumplimiento de un contrato; (ii) los actos u omisiones que estan sujetos expresamente a ella por la Ley.* " Es el mismo caso bajo el Código de 1884 que aunque cambia el numeral - 1458 - establece en el mismo Título Tercero - De la ejecución de los contratos, Capitulo IV de la Responsabilidad Civil, exactamente la misma regla que a la letra dice: "*Artículo 1574 Son causas de responsabilidad civil: (i) la falta de cumplimiento de un contrato; (ii) los actos u omisiones que estan sujetos expresamente a ella por la Ley.* "

[620] Ibidem

[621] El Code prevee el hecho ilícito en el artículo 1382 que a la letra reza: " *Tout fait quelconque de l'home que cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*" Este artículo se ubica en el título IV - *Des engagements qui se forment sans convention* - en el capitulo II correspondiente a los delitos y cuasi-delitos - *Des Délits et des quasi-délits*-. Cabe referir que el capitulo I se refiere a los cuasi-contratos - *Des quasi - contracts*- , con lo cual el Code sigue practicamente a la letra el tratamiento de las fuentes que se atribuye a Gayo en su instituta y con el cual, la codificación mexicana rompe incluyendo al hecho ilcícito en la regulación del contrato como ya ha quedado expuesto.

[622] A mayor abundamiento cfr con Dominguez Martinez Jorge Alfredo, Opus Cit; p 40 respecto del plan romano francés y el plan germánico en la redacción y estructura de los Códigos Civiles mexicanos.

[623] En el mismo sentido vid. Zimmerman Reinhardt, The law of obligations; Oxford University Press, Cambridge 1995, p.29

624 Macedo Pablo, Opus Cit; p 92

sea una consecuencia natural en las incipientes codificaciones y la doctrina resultante. Su segregación motivada por el racional político de la revolución mexicana seguirá los cauces de la jurisprudencia alemana con particularidades que sirven de contraste para el análisis y sustento de las hipótesis de la presente investigación, materia de los siguientes apartados.

### 2.1 El contrato: l*a fuente por antonomasia de las obligaciones* -.

El contrato ha sido considerado, en el occidente de origen romanista y consecuentemente en el México independiente, la fuente por antonomasia de las obligaciones. El contrato ha sido así el centro de los esfuerzos legislativos codificadores tanto en el Code como en los fenómenos codificados mexicanos del siglo XIX como centro neurálgico de la creación de obligaciones. Las otras fuentes han sido soslayadas durante un siglo. El contrato (en virtud de su vinculación con la propiedad como medio idóneo para la transmisión y transacción sobre la misma. y epítome del derecho subjetivo que sustenta) será a la postre el blanco de la modificación estructural del Código de 1928[625]. Lo anterior hace evidentes honores a la perspectiva mercantilista y burguesa de la regulación revolucionaria francesa que el régimen revolucionario mexicano ve reflejado en la estructura hasta el CC84 y que el CC28 pretenderá transformar y reinventar[626]. En la óptica del legislador es precisamente esa dualidad de propiedad y contrato, aunada a la dualidad autonomía de la voluntad y hecho ilícito el objetivo de la reforma perseguida en los albores del siglo XX y que dará lugar al Código de 1928[627] [628].

Lo anterior hace más evidente nuestras primarias consideraciones anteriores respecto del concepto de obligación puesto que es evidente que la perspectiva de la relación jurídica y la exigibilidad pecuniaria se verifica con toda claridad en la perspectiva contractual. Para esta última, la obligación resultante es clara y necesariamente, exigible. La obligación claramente presenta y requiere por lo menos dos partes y no puede ser exigible en el parámetro moderno sino goza de un aspecto pecuniario que permita la exigibilidad. La regulación del objeto de la

---

[625] "*....la noción de derecho subjetivo es una noción de orden metafísico que no puede subsistir en nuestra época, que la concepción individualista contiene una contradicción en si, que* ***el sistema jurídico establecido sobre este doble fundamento ha sido un producto contingente y momentáneo de la historia*** *que en cierta época ha respondido a una necesidad social pero que hoy en día su reino ha terminado*..." Duguit, Leon; Opus cit p 180. ( énfasis añadido )

[626] "*....****para transformar un Código Civil*** *en que predomina el criterio individualista, en un Código Privado Social es preciso* ***reformarlo substancialmente*** *derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad*..." Garcia Telllez Ignacio, Opus Cit, p 19.-( énfasis añadido )

[627] Vid Duguit Opus Cit.

628 Vid Macedo Pablo, Opus Cit; p 80

obligación adquiere *prima facie* un aspecto meramente académico que los códigos anteriores no asumen. .

Lo anterior parece incidir en la confusión legislativa entre el contrato y la obligación como uno de los factores que abundarán en la "conceptualización" doctrinal de la obligación con una relación, materia de las confusiones señaladas anteriormente en el texto del código y en la perspectiva doctrinal resultante en los albores del siglo XX.

El contrato, así como la obligación, verifican en el derecho romano una evolución desde las figuras solemnes y las figuras similares al trueque, en virtud de las particularidades de la familia y el patrimonio romano[629]. El contrato no está presente en las fases más antiguas sino de forma muy preliminar. No es sino merced a la evolución de la familia y su patrimonio, en paralelo a la evolución de la organización política romana que el concepto de obligación y de contrato se desarrollan paulatinamente y adquieren relevancia de trascendencia en la tradición jurídica occidental romanista[630]. Así de las figuras solemnes para transmitir la propiedad de los bienes *mancipi*, de contenido no obligacional y de las formas solemnes para crear incipientes obligaciones - *sponsio et stipulatio* - el derecho evoluciona a los contratos re y por último y gradualmente a los contratos literis - *de buena fe*- , que terminan por imponerse antes las necesidades crediticias y comerciales de un imperio multinacional de evidente vocación comercial opuesta a sus orígenes meramente agrícolas y por ende solemnes en cuanto a su perspectiva formal. La ruptura definitiva de la familia *communi iure* con el edicto de Caracalla constituirá así el golpe de gracia para las figuras solemnes propias de la estructura romana histórica ante la presencia de un imperio multinacional en el que las transacciones convencionales tomarán una posición preeminente.

Lo anterior evidentemente obedece a una sociedad y un territorio mucho más vasto y plural que no podía continuar rigiéndose por los parámetros de una sociedad agrícola, centripeta y demográficamente reducida, al haberse constituido en un imperio multinacional sobre todo el hemisferio occidental europeo, el norte de África y parte de Asia[631] de vocación y necesidades económicas, sociales, políticas y por ende jurídicas radicalmente distintas.

Podemos al respecto simplificar y asumir para los propósitos de esta investigación, que el contrato *como fuente central y toral de las obligaciones* tiene su origen en el derecho romano -

[629] Cfr. i.e. Iglesias Juan, Opus Cit; p 253 - 262
[630] Ibidem p 369-374
[631] Cfr. Arangio Ruiz Vicenzo, Historia del derecho romano; Opus Cit; Ver también Arangio Ruiz Vicenzo, Derecho Romano; Opus Cit; en el mismo sentido vid. Iglesias Juan Opus Cit y D'Ors Alvaro y Zimmerman Reinhardt; Opus.

*con una real y sustantiva incidencia en lo que devendrá el concepto de obligación romano heredado secularmente como ha quedado asentado y demostrado-.*

Así tanto en sus vertientes reales, como en los posteriores contratos *literis* basados esencialmente en buena fe[632] y considerando igualmente sus antecedentes solemnes con la *sponsio*, la estructura contractual como fuente central y más importante de las obligaciones tiene un claro origen romanista.

Ulteriormente, tanto el Code como sus réplicas decimonónicas mexicanas de 1870 y 1884 consideran al contrato como pilar fundamental de su regulación, vinculándolo conceptualmente con las obligaciones y estructurando alrededor del mismo la esencia de la regulación del derecho privado voluntario, con las apuntadas consecuencias erróneas en la conceptualización doctrinal. Enfatizarán así sus claras raíces burguesas y mercantilistas para las cuales la evolución del efecto traslativo de la compraventa es especialmente ilustrativa de la conexión propiedad-contrato que el Code propugna[633]. El liberalismo decimonónico tiene en ello su piedra angular. Sin duda su vinculación con la propiedad y las formas de transmisión hacen del contrato, la fuente por antonomasia de las obligaciones y dan a estas un cariz no legislado, pero culturalmente implícito en el fenómeno de la exigibilidad y demás características mencionadas más propias al contrato. Alrededor de esto gira la regulación, la perspectiva social y económica, las prioridades político jurídicas y por ende a su alrededor parecerá natural el desarrollo de los conceptos consecuentes.

Primeramente, el Code, adhiere el contrato a la estructura central de las formas de transmitir la propiedad, junto con las sucesiones y las donaciones. (Libro III en el Título III del Code). Ulteriormente los legisladores de los Códigos de 1870 y 1884 se distinguen de su predecesor francés y del modelo español[634] y segregan al contrato del Libro de Propiedad y bienes para establecer un Libro III igualmente, que es sin embargo dedicado y titulado exclusivamente a la materia contractual. (Libro III del Código de 1870 y del 1884, prácticamente copia fiel de su predecesor). En el mismo, otras fuentes serán incluidas y reguladas desde una perspectiva práctica en tanto simples afluentes y derivaciones de la misma institución contractual.

---

[632] Zimmerman Reinhardt, The law of obligations; Oxford University Press, Cambridge 1995, p. 32-33

[633] Zimmermann Reinhard, the Law of obligations; Opus Cit. p 271 -272

[634] Cfr. García Goyena Florencio, Concordancias Motivos y Comentarios del Código Civil Español, Madrid, 1852 Tomos I a IV, mismo que sigue la estructura napoleónica para la cual, los contratos constituyen y se regulan como una forma de transmitir la propiedad junto con la herencia (sic) y con las donaciones.

Consecuentemente, la legislación que va desde el Code hasta las vísperas del Código de 1928, incide directamente en la formación cultural del concepto de obligación que antes referimos, su bilateralidad, su exigibilidad y su pecuniariedad.

Claramente, al partir del mismo antecedente romanista, se sigue el mismo patrón de análisis dogmático centrado en la controversia y caracterizado por las mismas premisas tanto históricas como filosófico-sociales que hemos referido. Esta estructura en la regulación refuerza la perspectiva dual, exigible y pecuniaria de la obligación que se ha transmitido secularmente desde antes de la publicación del Code pero muy especialmente después del mismo en los países influenciados por él. La perspectiva vulgar y conocida de la obligación va a tener como referencia legal permanente la formación de obligaciones por vía contractual. Será consecuencia social insoslayable, la correlación conceptual a la obligación, como un fenómeno bilateral - *al consistir el contrato en su fuente más típica* -. Las características pragmáticas de una obligación siempre exigible y consecuentemente, siempre con un carácter pecuniario devendrán consecuentemente, en el México legislado una constante, estructurando el concepto cultural de mérito . Así, serán posteriormente el positivismo y el liberalismo económico y político, los que exacerbarán la dependencia de la interpretación jurídica respecto del texto legal, vinculando consecuentemente aún más la interdependencia conceptual - *por técnicamente errónea que esta pudiera ser* - del contrato y la obligación.

Al respecto, la regulación del contrato *per se* y *vis a vis* sus antecedentes de 1884, 1870 y el Code, no presentan una diferencia fundamental que motivase cambios en la formación del concepto de obligación, en virtud de la publicación del propio Código de 1928.

Efectivamente el contrato sigue siendo en 1928 - *acompañado por otras fuentes que implican una novedad de relevancia y no fueron específicamente reguladas en sus antecedentes* - el satélite más relevante del "sistema solar-jurídico-civil". La estructura del código le eliminará sin embargo la característica de centro de dicho sistema, reemplazándolo por la obligación[635], regulándose al efecto formas de obligarse distintas a la convencional, por razones tanto políticas como dogmáticas a que nos referiremos en detalle más adelante[636]. La doctrina civilista

[635] Cfr. Macedo Pablo, Opus Cit.

[636] "*...En esta materia era conveniente de no dejar fuera de la Ley formas de obligarse que el progreso cientifico ha creado porque a medida que la sociedad avanza las relaciones de sus miembros se multiplican, se unen más estrechamente sus intereses y nacen relaciones jurídicas que no toman su origen del acuerdo de vountadas sino que para garantía d elos intereses colectivos se imponen aún contra la voluntad o se exigen sin que esta se haya expresado todavía. Formas que el Código anterior no comprendía y que* ***los Códigos civiles modernos y connotados publicistas*** *han definitivamente adoptado...*" Garcia Tellez Ignacio Opus cit; p 39 (énfasis añadido)

mexicana del incipiente siglo XX sigue esa tradición y perspectiva, dentro de la cual, el análisis del contrato y su efecto generador de obligaciones por antonomasia permanece incólume, pese a la inclusión de muchas otras fuentes dentro de una estructura totalmente exógena a la tradición romanista francesa *sus*-mencionada.

Para el Código de 1928, la parte central de la regulación decimonónica propia de los Códigos de 1884, 1870 y el Code, permanece incólume. La misma es sin embargo parte de una regulación más amplia y abstracta[637] - *la obligación* - dentro de la cual se efectúan una serie de ajustes más propios de una perspectiva estructural, dogmática y conceptual y ya no solo estrictamente legislativa -*acorde a los patrones decimonónicos tradicionales*-. Así (i) la dualidad de objetos - *contrato y obligación*- , (ii) la inclusión de la teoría organicista de las nulidades e ineficacias de Bonnecasse, (iii) la inclusión de una teoría finalista Bonnecassiana - que pone fin a la polémica causalista - anticausalista y (iv) la regulación del acto jurídico, son muestras ineluctables de esta tendencia.

Más allá de las consideraciones precedentes, no hay en el contrato - *per se* y en calidad de fuente de obligaciones - cambios fundamentales que incidan en el concepto de obligación que pudiera indirectamente plantear el código de 1928.

Parece a estos efectos que la inclusión de la teoría organicista de Bonnecasse en materia de nulidades e ineficacias es la piedra angular del nuevo sistema, en lo que toca a la perspectiva contractual. Ciertamente el contrato adquiere a partir de 1928, elementos no solo de validez, sino también de existencia, desprendiendo lo anterior, (i) la dualidad objetiva a que ya hemos hecho referencia, así como (ii) su régimen de consecuencias y sanciones - *impregnados ambos eventos ahora, de una perspectiva academicista de relevancia, pero con consecuencias prácticas y forenses innegables* -. Igualmente la inclusión de la teoría de Bonnecasse respecto del objeto motivo o fin, consecuencia inherente a la alteración de los elementos de validez y la inclusión de los elementos de existencia del acto jurídico/contrato, será uno de los elementos novedosos en 1928. Serán igualmente las modificaciones y relocalización de la lesión en calidad de vicio del consentimiento,un cambio paradigmático propio de la inercia revolucionaria del Código de 1928 y el callismo. Respecto de su incidencia en el concepto de obligación del propio código y el movimiento al que pertenece, bien podrían asociarse sus enmiendas a una perspectiva más

[637] Amplitud mayor que se caracteriza con la inclusión de una teoría general, muestra indispensable de la influencia pandectistica en que se inspirará el legislador en oposición al modelo francés contra el que quiere evidenciar el nuevo texto; Vid Zimmerman Reinhard; Opus Cit; p 31

dogmática en virtud de la cual, la buena fe contractual y la inherente "obligación" de no abusar de las deficiencias de la contraparte, así como la necesidad de un equilibrio contractual de corte aristotélico parecieran evidentes. De la misma manera, los cambios en materia de interpretación y forma del contrato presentarán ajustes que denotan un cambio de relevancia respecto de los códigos decimonónicos. Por último, la inclusión de una regulación específica de la representación directa, siguiendo los parámetros de la pandectística, dará al código de 1928 en materia contractual, un toque de dogmatismo ausente en todos sus antecedentes y que marcará sin duda una diferencia fundamental para el resto de la regulación respectiva y para los lineamientos interpretativos consecuentes, tal y como veremos a continuación.

Más allá de lo anterior el régimen contractual parece simplemente replicarse de sus antecedentes. Efectivamente el Código de 1928, regula a los elementos de constitución - *distinguiendo ahora los de existencia y los de validez* - pero expositivamente de acuerdo con los argumentos anteriores - clasifica las cláusulas, y a los contratos. Cabe resaltar que el Código no regula a todos los principios de los contratos tal y como lo hace el Code y su consecuente tradición[638]. En ello radica sin embargo uno de los tangenciales cambios relativos a la regulación del contrato *per se* ya que podría considerarse que los mismos ya no se consideran solamente como principios contractuales, sino que exceden el parámetro meramente contractual en virtud del golpe a la autonomía de la voluntad de origen Duguitiano[639].

Al respecto, daremos mayor detalle en los siguientes apartados de estos neurálgicos cambios del legislador de 1928 en la regulación contractual, que, considerados conjuntamente, tanto por sus causas dogmáticas como por sus efectos prácticos, constituyen en nuestra opinión, manifestaciones evidentes de ese primer gran cambio de paradigma del legislador de 1928.

### 2.2 La teoría de la forma.

Por un lado, la reglamentación de la teoría de la forma implica un cambio importante en la regulación contractual de 1928 *versus* sus antecedentes. En combinación con el mismo, los

[638] Es evidente para el suscrito que la eliminación del principio de relatividad contractual; "*res interalios acta aliis necque nocere, necque prodesse potest*", propio a la tradición romanista más pura dentro del Code - Cfr 1165 - *des effects des contract à l'égard des tiers* - , corresponde a las modificaciones relativas a la representación directa en el anterior apartado de la capacidad dentro del Código de 1884. La inclusión de la representación directa en una presentación no solo reguladora sino especificamente dogmática, tiene una marcada influencia del BGB y la pandectistica a la que ya nos referiremos más adelante como parte de los cambios tangenciales que el legislador de 28 incluye en desenvolvimiento de su pretendido nuevo papel materia de nuestra primera hipotesis.

[639] Cfr. Duguit Leon Opus Cit y Macedo Pablo, OPus cit

términos en los que la interpretación contractual debe efectuarse, como consecuencia de lo anterior, experimenta un cambio que refuerza el cambio de perspectiva del legislador en el contexto obligacional privado.

El Código de 1928 establece como premisa de la contratación un presupuesto consensualista, en virtud del cual, "*En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y forma que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la Ley*.[640]" En el mismo sentido, respecto de aquellos contratos para los que la Ley requiere forma especial, el Código de 1928 establece que aún "*...cuando la Ley exija determinada forma para un contrato, mientras que este no revista esa forma, no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se de al contrato la forma legal"*.[641]

Sin embargo, esto no era propio de la perspectiva decimonónica mexicana misma que establecía que: "*la validez de los contratos no depende de formalidad alguna externa; menos en aquellos casos en que la Ley dispone expresamente otra cosa*"[642]. En el mismo sentido el código de 1884 preveía al efecto que "*ningún contrato necesita para su validez más formalidades externas que las expresamente previstas por la Ley*".[643] Curiosa era esta disposición cuando el precedente artículo 1322[644] preveía que: " *...Todo contrato a plazo por más de seis meses y cuyo interés exceda de doscientos pesos necesita para ser válido constar precisamente por escrito, ya sea otorgándose el contrato mismo en documento privado, ya sea otorgándose recibo u otra constancia escrita, salvos los casos comprendidos en disposiciones especiales.....*"

De lo anterior se colige, que siguiendo los parámetros de Duguit, el contrato y la autonomía de la voluntad, a partir de 1928 no pueden continuar como eje rector para la gestación de obligaciones[645]. Así no puede tampoco seguir siendo aceptable la premisa interpretativa en virtud de la cual las deficiencias de origen romanista y pretensión burguesa para la demostración del derecho en tribunales- *con las difíciles consecuencias para el particular sin recursos*-, debe ser prescindible, siempre que la voluntad sea evidente.

---

[640] Artículo 1832 del Código Civil para el distrito y territorios federales
[641] Artículo 1833 del Código Civil para el distrito y territorios federales
[642] CC70, Opus Cit; artículo 1439
[643] CC84; Opus Cit; articulo 1323
[644] Ibidem, Artículo 1322
[645] Macedo Pablo, Opus cit; p 93

El consensualismo tiene una clara tendencia socializante del derecho por la cual la letra de Ley debiera ser suficiente para hacer justicia. No parece necesaria la probanza.

Es inevitable la reflexión lógica, por la que la simplificación de la forma resulta de la perspectiva organicista del acto jurídico - *que se verá en su régimen de nulidades- ineficacias-*. Es necesario distinguir que la forma y su perspectiva de protección probatoria, no pueden confundirse, en la perspectiva del legislador, con la existencia misma del acto, cuestión esta última que es innegable no obstante no ser eventualmente evidenciable.

### 2.3 Los criterios de interpretación

Como consecuencia de los cambios en materia de la forma, el criterio interpretativo de los textos convencionales, según el dictamen del texto legal parece haber experimentado una transformación que, no es accidental y corresponde claramente a la misma tendencia academicista del legislador de 28 y de la importancia que este da a la estructura genómica - *con claro corte organicista* [646]- del acto jurídico y por ende del contrato.

La verdadera intención de la voluntad - *esencia del acto jurídico en la perspectiva pandectística* - resulta ser el elemento relevante - *más allá de la manifestación expresa* - respecto de la cual pueden presentarse deficiencias evidentes -.

En este orden de ideas, el código de 1928 da pauta a una perspectiva mucho más psicológica en la que la verdadera voluntad del contratante - independiente a la verdad formal que se plasme en el documento probatorio del contrato - tiene preminencia sobre los términos demostrables por este último[647]. En 1928, para el legislador:

> " *.... si los términos de un contrato son claros y no deja duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas*...[648]" Asimismo; " *.....cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar*.....[649]" En el mismo sentido, respecto de "

[646] Cfr referencia a la teroría de las ineficacias y nulidades incluidas en 1928 y su antecedente dogmático con Duguit y con el BGB.
[647] El acto existe con independencia de su probanza y su expresión. La existencia y la validez son distintos para el legislador. Novedosamente, la perspectiva organicista de las nulidades incide en el programa politico del legislador pero se sustenta en la lógica del discurso pandectístico de la jurisprudencia de conceptos.
[648] Código Civil de 1928; Opus Cit; Artículo 1851; enfasis añadido
[649] Código Civil de 1928, Opus Cit; Artículo 1853; enfasis añadido

*... las palabras que pueden tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato....*"[650]

La interpretación contractual y el contexto hermenéutico respectivo, no son sin duda un tema sencillo. Sin embargo, cuando se contrastan las disposiciones anteriores con sus antecedentes de los Códigos de 1884, 1870 y el propio Code, parece evidente un desmarcamiento de la forma hacia el contenido, de la expresión escrita a la "*verdadera intención*", misma que sin duda incide en la tendencia consensualista del legislador de 1928 (marca distintiva de la regulación contractual) e influye para colegir el concepto de obligación consecuente.

Esta tendencia hacia el desentrañamiento de la verdadera intención volitiva, es indisociable de la teoría del acto y negocio jurídicos de origen alemán e italiano que se desmarcan de la tendencia francesa de la expresión escrita. Asimismo, esta tendencia psicologista o finalista es indisociable de la perspectiva de la jurisprudencia de conceptos de Windscheid[651] [652] y del momentum científico de principios de siglo XX tan connatural a la influencia del legislador de 1928[653].

Al respecto el texto de 1884, 1870 y el Code son obvios respecto de la distinta perspectiva de la interpretación:

Así, para el legislador de 1884, era "…*nulo el contrato cuando por los términos en que está concebido, no puede venirse en conocimiento de cuál haya sido la intención o voluntad de los contratantes sobre el objeto principal de la obligación…*"[654]

El texto de 1884 puede corroborarse en términos de su predecesor de 1870 que consta del mismo texto literal en su numeral 1440[655].

---

[650] Ibidem; Artículo 1855; enfasis añadido.

[651] Windscheid Tratado de derecho civil alemán ( derecho de pandectas) Traducción de Fernando Hinestra, Universidad Externado de Colombia, Bogotá- 1976, p79. " ... *más la misión de la interpretación no se circunscribe a hacer valer el sentido al cual quiso vincular el legislador las palabras que empleó; su tarea se proyecta más allá del sentido en que el legislador quiso expresarse* ***y va hasta desentrañar su pensamiento verdadero***...." (énfasis añadido)

[652] Ibidem p 82 en el mismo sentido: "*.... En tiempos anteriores no fué inusitada la afirmación de que ante un sentido gramatical inequivoco de las palabras debía acallarse la interpretación. La controversia no se encuentra en las expresiones de las fuentes, sino en la naturaleza de las cosas.* ***Las palabras no son el pensamiento sino meros signos de lo pensado****, carentes en si de significado objetivo y absoluto, vinculado directamente con su autor y* ***son apenas un presupuesto para que dicho significado sea determinable dentro de tales circunstancias***...." (énfasis añadido)

[653] Cfr Larenz Karl, Opus Cit; p 51 y 54

[654] CC84; Opus Cit; Artículo 1325, enfasis añadido

[655] CC70; Opus Cit; Artículo 1440.

El texto de Code es ambiguo, considerando un parámetro que pareciera *prima facie* psicológico - *de clara inspiración en la jurisprudencia de conceptos*[656] - y no formalista. Para el Code, más que buscar la interpretación literal de los contratos, es necesario atenerse la intención de las partes contratantes[657]. Sin embargo, en la perspectiva exegética, el texto literal del artículo parece tener primacía sobre la presunta verdadera intención y esa parece ser la tendencia consecuente incluso en los prolegómenos doctrinales de Domat y Pothier[658]. Ciertamente en los textos decimonónicos de referencia, la nulidad deviene de la imposibilidad de desentrañar de la letra del pacto, la verdadera intención sobe el objeto de la obligación. Parece destacable la diferencia de lo que establece el actual artículo 1851 antes referido, en el que específicamente se establece la primacía de la voluntad sobre el texto, cuando esté presente contradicciones.

### 2.4 La licitud del objeto motivo o fin.

Al mantener el texto de muchos artículos heredados de los precedentes decimonónicos y relocalizarlos bajo una estructura y clasificación distinta, el Código de 1928 plantea ciertamente muchas posibilidades interpretativas, al respecto de las cuales, la resistencia al cambio de paradigma por parte del foro y la doctrina, ha generado multiples dudas interpretativas. Las mismas no son sin embargo suficientes para soslayar la sustancialidad del cambio regulatorio y del consecuente cambio de paradigma que en la premisa germánica privilegia el análisis psicológico y finalista[659] y en la premisa francesa se restringe a la expresión textual[660].

---

[656] Cfr Larenz Karl; Opus Cit; p 54 y específicamente p 59

[657] Article 1156; "*On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractates, plutôt que de s'arrêter au sens literal des tèrmes*."

[658] Bajo la premisa - *potencialmente engañosa* - derivada de la jurisprudencia romana para la cual "*cum in verbis nulla ambiguitas est, non es movenda voluntatis quaestio*", pudiera primariamente considerarse que la perspectiva del Code y de la exégesis se basa en la verdadera intención según esta se refleja en el texto y que habbría que privilegiar la susodicha intención vis a vis el texto de la Ley. Esa no es la intención del legislador frances, segun narra y detalla Laurent cfr; Opus Cit. tomo 16 p 581; - *siguiendo el pensamiento de Domat* - en los siguientes términos: " ....*Avant tout on doit voir si les termes paraissent contraires a l'intention, c'est à dire s'il y a quelque doute sur ce queles parties ont voulu. Quand ce doute existe t-il? Lorsque les termes du contrat sont suceptibles de plusieurs intertprétations; mais si les tèrmes sont clairs, s'ils ne laissent aucun doute, il faut s'en tenir à la lettre, parce que dans se cas, il n'ya a pas lieu à l'interprétation....*" (énfasis añadido)

[659] Larenz Karl; Opus Cit; p 59

[660] Laurent Opus Cit, p 581.-582; "*...Si, dit la cour de Caen, les conventions des parties doivent être entendues d'après l'ésprit et l'ensamble desdites conventions, pltôtque d'après les termes d'une clause isolée, ce ne peut être que dans le cas où les conventions présentent du doute sur la commune intention des contractants, ou lorsqu'une clause est suceptible de deux sens; mais lorsque des convention sont claires et précises il n'ets pas pérmis au juge de dispenser l'une des parties d'executer ces conventions en supposant aux parties une intention contraire au sens literal des clasuses su contrat...*" Reside en el pensamiento exegético la gran pregunta sobre como lograr desentrañar la verdadera intención de las partes. Cfr . Laurent Opus Cit; p 582 *in fine.*

Al respecto, la dualidad de objetos referida en apartados anteriores (contrato y obligación) es la más evidente consecuencia para efectos de nuestro estudio e hipótesis en este apartado pues en su contexto la voluntad expresada y la manera de discernir su contenido constituye la gran interrogante. La misma trae de hecho, de la mano o genera cambios adicionales en doctrinas y requisitos legales en la regulación dentro de las contradicciones generadas por la nueva organización del código.

Efectivamente, el código de 1928, en esa doble regulación antes referida del objeto, al incluir los elementos de existencia por oposición a los requisitos de validez[661] cambia la tradicional regulación de los mismos no, solo al segregar aquellos que ameritan un tratamiento esencial en la perspectiva organicista. También el legislador modifica el requisito de validez relativo a la causa del contrato, por el teleológico del objeto motivo o fin[662].

Ciertamente el Código rompe con un doble antecedente del derecho romano y del derecho medieval por el que la teoría de la causa se había transmitido secularmente. En lo relativo al derecho romano ya hemos mencionado que la perspectiva apolínea romanista no podía considerar elementos finalistas en una regulación contractual muy incipiente. Hemos igualmente ilustrado como la causa en su origen calificativo de la *traditio* corresponde más a un paliativo para los casos en que la *traditio* complementa formas solemnes de transmisión de la propiedad (*mancipatio* e *i iure cessio)* cuando estas fueron deficientemente ejecutadas. Lo anterior en aras de lograr la transmisión efectiva de los *res mancipi* en cuestión mediante la *usucapio* que complementando a la *traditio* antes referida, permite la transmisión posterior[663].

De la misma manera mencionamos cómo la *iusta causa* se entremezcla secularmente con las primeras manifestaciones contractuales de buena fe. Así es como la *iusta causa* -primariamente las *iustae causae* en atención a la incapacidad de abstracción y generalización propia del derecho romano[664]- es transmitida al *ius commune* y se erige en elemento fundamental de la validez contractual.

Es en esta etapa que la *iusta causa*, adquiere una mayor complejidad que será a la postre solucionada, para efectos de derecho positivo, por el legislador mexicano en 1928. Ciertamente, el *ius commune* y su particularidad religiosa en virtud de la simbiosis entre *ius commune* e *ius canonici*, se ve particular y substancialmente influenciado e imbuido por los estudios religiosos,

[661] Cfr secciones anteriores.
[662] Artículos 1795 III, 1830 y 1831 del Código Civil de 1928
[663] Iglesias Juan; Opus Cit; p 265
[664] Iglesias Juan; Opus Cit; p 266

con contenido jurídico primario. En este contexto y específicamente durante la edad media, el análisis de la causa se ve directamente imbuido por los estudios aristotélico-canónicos y en lo particular por el análisis de Santo Tomás que abre el dialogo respecto de los distintos tipos de causa por analizarse en el contexto filosófico y su aplicabilidad en el ámbito contractual. Es claro al respecto que el análisis de las causas de este último - *de proporciones mucho mayores que la materia de este estudio y por supuesto también del contrato* -, afecta de manera directa y profunda el análisis y la dogmatización civilista de la causa del contrato y su licitud, manteniendo el parámetro causalista durante y después de la edad media.

Esta causa romanista, ya venía afectada por su falta de contextualización y su injustificada inclusión en la perspectiva moderna, para efectos prácticos y teóricos, tanto en el Code como en los Códigos de 1870 y 1884. La doctrina jurídica postmedieval difícilmente pudo visualizar este problema heredado de una perspectiva apolínea romanista, anti-abstracta y anti-generalización y aceptó el requisito de la causa lícita como un elemento de validez del abstracto y novedosamente general contrato[665] con el que su origen romanista no tiene nada que ver. Así se adopta dogmáticamente hablar de la causa lícita de la contratación y se incluye la discusión y diferencia entre autores causalistas y anti causalistas, que difícilmente pueden justificar la relevancia dogmática y práctica de la diferencia respecto de la causa.

Así en doctrina, se polemizará durante siglos, sobre la causa lícita y su necesidad, así como sobre lo que por este debe de entenderse[666] [667]. La discusión entre causas finales e impulsivas, eficientes y formales dispara una polémica jurídica de muy difícil digestión ya que no es el ámbito contractual en lo especifico aquello que adquiría relevancia para el análisis tomista[668]. Para la doctrina civilista moderna hasta el siglo XIX, la causa va a permanecer como un resabio del derecho romano, vitalizado equívocamente por el tomismo y la simbiosis del derecho canónico con el derecho civil, quedando plasmada en sus códigos como un elemento de validez. Sin embargo, la simple perspectiva del iter contractual moderno, hace errónea la inclusión de la causa como un requisito de validez. El acto jurídico abstracto precede las obligaciones a diferencia de lo que acontecía en las figuras romanas sus mencionadas en las que la causa sirve como paliativo de instituciones en las que la obligación, desposesión u otra

[665] Cfr sobre la Iusta cusa traditionis y su evolución dentro de la tradition hacia los contratos de bueba fe; Vid. Iglesias Juan Opus Cit; p 258
[666] Borja Soriano Manuel; Opus Cit; p 158 y sig.
[667] En el mismo sentido y a mayor abundamiento Zimmerman Reinhard; Opus Cit; p 549 y sig.
[668] Villey Michel; La formation de la pensée juridique moderne, PUF, Paris; 2003; p 190- 193.

equivalente, es previa y ya se verificó. El legislador de 1928, con los soportes dogmáticos de la jurisprudencia de conceptos y un análisis mucho más lógico y dogmatista, se adhiere a Bonnecasse[669] y cambia - *en el contexto político multimencionado* - la causa por el fin. Esto es de la mayor relevancia, cuando se consideran los cambios antes referidos en materia de forma y lineamientos interpretativos. Ciertamente la perspectiva volitiva finalista, de claro contenido psicológico apuntala el propósito del legislador en relación con un contrato, menos, formal, pero lógicamente estructurado, dogmáticamente sustentable. Lo anterior se relacionará con la inclusión de las ineficacias - *a la postre también Bonnecassianas* - y dará una nueva y dogmática perspectiva a la regulación del Código.

Se puede igualmente discutir y retar la inclusión de Bonnecasse con su anticipada teoría del objeto motivo o fin como un cambio meramente cosmético formal y de simple *nomenklatura*. Sin embargo es claro que en la perspectiva Bonnecassiana, que a la postre se incrusta dentro de los cambios sus mencionados como una parte medular del nuevo paradigma asumido por el legislador, esta alteración implica no solo un cambio formal de *nomenklatura*, sino una radical inversión de la perspectiva del legislador para el cual, la orientación psicológica - *íntimamente ligada a la inclusión del acto jurídico y de la perspectiva organicista de los elementos y la interpretación de este*- es fundamental. La orientación dogmática propia de este cambio de paradigma es evidente, la influencia de la pandectística y de una visión orgánica de la voluntad, el acto jurídico y la obligación son insoslayables[670].

Lo relevante para efectos de nuestro estudio estriba en que la causa lícita no es más un elemento de validez del contrato. Para estos efectos, el contrato es válido a partir del Código de 1928, cuando el *objeto motivo o fin* que persiguen las partes contratantes, es válido. Los cambios en el articulado van de la mano con la inclusión de la teoría organicista tripartita de las nulidades, que es obra del mismo autor bordalés[671] y ambos fenómenos implican ese cambio en la regulación del objeto que se duplica y corresponden sin duda a una visión mucho más dogmática de la función del legislador que rompe así paradigmas respecto de su misión tradicional. En esto estriba la novedad de la regulación contractual en 1928 en la materia, cuestión que evidentemente debe de analizarse en concierto con los otros cambios antes mencionados y los que serán materia de los siguientes apartados.

[669] A mayor abundamiento cfr con Ernst en Bonnecasse Julien; Opus cit.
[670] Karl Larenz, Opus Cit; p 40
[671] Vid. i.e., Dominguez Marinez Jorge Alfredo; Opus cit; p 625 y sig.

### 2.5 La inclusión de la lesión como vicio mixto de la voluntad en los contratos.

Es claro por lo anterior , que el legislador pretende tener una misión distinta de la que siempre se le había atribuido en el sistema civil legislativo occidental. El código ya no solo regula, sino que también orienta y establece parámetros dogmáticos mucho más técnicos de lo que el derecho pretendía en el siglo XIX.

No se limita el legislador a su función tradicional. Sin embargo, hasta lo ahora analizado, con independencia de la inclusión de la teoría general de las obligaciones, esta ruptura con el viejo paradigma del legislador burgués, no ha presentado evidencias de un cambio de concepto de la obligación. Han sido cambios estructurales en la regulación que parecen más bien presentar, un cambio de paradigma en la labor del legislador.

Sin embargo, dentro del contrato, en materia de los vicios del consentimiento, se presenta un primer cambio que no puede ser visto a la ligera, para efectos de lo que el legislador considerará una obligación válida. Se trata de la lesión en su calidad de vicio del consentimiento.

Si bien la lesión ha existido desde el derecho romano, las particularidades incluidas a su respecto en el código de 1928, si plantean una modificación de mayor calado en la materia regulada. Este cambio estriba esencialmente en calificar la validez de las obligaciones dependiendo del equilibrio de las prestaciones entre las partes de un contrato bilateral, cuando es patente que las características de las partes presentan diferencias "sociales" (de origen, económico, intelectual, etc..)[672]. Este cambio parece imperceptible dentro del sistema completo del Código. Sin embargo, el mismo merece para efectos de la presente investigación toda nuestra atención, pues, independientemente de muchas otras consideraciones, al amparo del mismo puede considerarse que la libertad contractual, irrestricta en el contexto decimonónico burgués,

[672] Garcia Tellez Ignacio; Opus Cit; p 2 para el cual: "*nuestro código de 1884 era la fiel expresión de la ciencia jurídica contenida en el famoso Código de Napoleón, inspirador de los Códigos Civiles del siglo pasado e impregnado de las doctrinas de los eminentes jurisconsultos romanos. El individualismo se encuentra como piedra angular de la codificación y el movimiento igualitario de la Revolución Francesa que había hecho en su Ley civil la expresión del dogma de la igualdad ante la Ley, cuyos rígidos principios se aplicaban igual al pobre que al rico,al habitante de la ciudad que al alejado de toda vía de conocimiento [...] mas si la Ley debe corresponder fielmente a las necesidades de su medio y su tiempo a la vez que constituirse en un acicate de progreso es inegable que el código aún en vigor no cumple ya su misión porque una nueva filosofía jurídica ha sustituido a la antigúa vitalizando, ampliando, socializando, es decir modernizandolos conpcetosde libertad, de propiedad, responsabilidad, para modificar su estructura de preeminentes derechos idividuales que debe de quedar subordinados a los derechos sociales...*." (énfasis añadido)

presenta - *como lo anticipaba y propugnaba Leon Duguit* -, limitantes importantes, en atención a la función social del derecho objetivo[673].

Cabe al respecto mencionar en primer lugar, que la relevancia de este cambio se visualiza en la ubicación del vicio en comento, como un principio general del derecho en la primera sección del código civil, fuera de la clasificación de los vicios y los elementos de validez del contrato.

Asimismo, la lesión adquiere a partir de 1928 la característica de ser un vicio mixto, pues no basta con la disparidad de prestaciones que daría en su caso la calificación de vicio objetivo que le caracterizaba en el siglo XIX. Para que la lesión opere en términos del Código de 1928, es necesario que esa disparidad de prestaciones afecte a sujetos cuyas particularidades y medios sean igualmente dispares y notoriamente desiguales - *elemento subjetivo* -, siguiendo así nuevamente el parámetro del BGB y rompiendo con la tradición jurídica romano-francesa para la cual el elemento objetivo era el tradicional eje rector que determinaba la existencia de la lesión[674].

Lo anterior presenta un cambio importante respecto de la regulación decimonónica para la cual el tratamiento de la lesión había sido fuese subjetivo fuese objetivo, más nunca con ambas cualidades[675]. Independientemente de la referencia a sus antecedentes legislativos, parece relevante hacer una reflexión sobre el pretendido equilibrio de las prestaciones de un contrato bilateral que otorgase en su caso validez a las obligaciones resultantes, remontándonos a los orígenes romanos y a la perspectiva aristotélica tomista al respecto.

Al respecto Villey es enfático respecto de la pretensión de validez de transacciones equilibradas en el contexto romano clásico alto, sin que la forma o el exceso en la autonomía de la voluntad pudiese implicar contratos con prestaciones desproporcionadas al ser notoriamente injusto y antijurídico[676]. Es ciertamente paradójico que sea precisamente una legislación que pretende cambiar perspectiva romanista del derecho privado, burgués y decimonónico, la que buscase regresar a pretensiones de equilibrio contractual real y no meramente formal. Sin

[673] Cfr. Macedo Pablo,Opus Cit; p 81
[674] Borja Soriano Manuel, Opus cit; p 227-237
[675] Ibidem
[676] Al respecto cabe en primer lugar referir que las perspectivas primarias del derecho romano reposaban en la justicia como valor principal. Cfr. Villey Michel Opus Cit; p 104 para el cual: "... *ils ont accepté cetter doctine que le droit dérive de la justice, que la jurisprudence est la science du juste e de l'injuste; el plus précisemente que le droit es cela qui est juste. ils mettent sûrement à profit la distinction de ce deux terrains d'exercise du droit: Distibutions et échanges...*"

embargo, lo que sí es patente es que la alteración de la lesión para regularlo como vicio mixto parece un corolario natural de una revolución social contraria al paradigma de la autonomía de la voluntad, según los asertos de Duguit y sus multicitadas conferencias de Buenos Aires[677].

Lo relevante es apuntar que la validez de la obligación y esta misma, en un contrato bilateral, cuando las partes presentan diferencias sociales agudas parece depender, en los designios del legislador, de que las prestaciones reciprocas sean equivalentes y no presenten diferencias importantes, so pena de lo cual el contrato carecería de validez y pudiera eventualmente facultar a una de las partes a pedir su nulidad, la reducción de prestaciones o la rescisión respectiva, según el momentum de su adopción y presentando al respecto la versión de 1928 la más extrema[678].

Sin duda alguna lo anterior implica una ruptura adicional del paradigma en la regulación de la obligación, respecto de la tradición decimonónica - *fisiocrática y liberal* - que hasta 1928 se había seguido. Aún más lo anterior implica un elemento extraño en la tradición civilista de filiación romanista para la cual, el principio de intangibilidad contractual y de autonomía de la voluntad presentaban nulas o muy marginales excepciones.

En todo caso, los cambios antes mencionados dentro de la regulación específica del contrato, no son soslayables. Asimismo, si no se contextualizan con los demás cambios de la regulación en la nueva teoría general de las obligaciones, los mismos adquieren un peso marginal. Lo anterior es perceptible en la regulación relativa a las fuentes de las obligaciones en su conjunto. En el contexto general del nuevo código estos cambios permiten apuntalar nuevamente nuestra primera hipótesis, pues evidentemente el legislador parece rebasar los linderos de su función tradicional y romper ese paradigma liberal decimonónico de la revolución francesa. Parece que su *desiderata* se acerca más a la perspectiva pandectística y de la escuela histórica, en la que el legislador tiene un peso relevante en su conjunción con la doctrina para lograr que el derecho tenga la técnica y la lógica necesaria. Obviamente el legislador de 1928 rompe igualmente con parte de los parámetros de la escuela histórica pues no pretende recoger el derecho de la praxis forense consuetudinaria pero su afán técnico y su filiación alemana parecen innegables. Esto es especialmente apreciable en estos cambios respecto del contrato.

Si analizamos al contrato "al vacío"- *en abstracto* - sin duda, el mismo se mantiene y mantiene un peso relevantísimo. Su regulación presenta los cambios antes mencionados, pero el

[677] Cfr. Macedo Pablo, Opus Cit; P 81 y 86
[678] Borja Soriano Manuel; Opus cit; p 227-237

contrato sigue funcionando en términos generales de igual manera. La dogmatización de su objeto, la modificación de elementos de validez y la inclusión de teorías novedosas de corte organicista y finalista[679] respectivamente parecen ser lo más destacado en esta nueva regulación. Igualmente, la distinta perspectiva de la formalidad de los contratos y de las formas de interpretación de los contratos son relevantes, pero no afectan la regulación integral del contrato que se mantiene muy similar a sus antecedentes decimonónicos. Los cambios referidos hasta ahora evidencian sin embargo, un cambio de paradigma en la función y perspectiva del legislador, pese a no implicar *per se* aún un cambio de paradigma en la definición de la obligación.

En adición a los cambios anteriores en la regulación del contrato, destacaríamos sin embargo la eliminación de la pecuniariedad del objeto del mismo, como un requisito legal que le fuese aplicable. Efectivamente el Código de 1884 preveía específicamente - *en esa multirreferida regulación dual contrato-obligación* - que eran legalmente imposibles los contratos-obligaciones cuyo objeto no fuese reducible a apreciación económica[680]. Dicho artículo, replica del numeral 1423 del Código de 1870 es eliminado en el Código de 1928, dejando pues abierta la interpretación para una nueva visión respecto de objeto de obligaciones-contratos que careciesen de apreciación pecuniaria. La carencia de apreciación pecuniaria permanece como un factor ante el cual la exigibilidad de la obligación en su calidad de vinculo jurídico queda en entredicho, cambiando de tajo la tradición romanista referida en capítulos anteriores. En este especifico punto radica uno de los elementos más relevantes para efectos del segundo cambio de paradigma que se manifiesta en el Código de 1928. Este cambio respecto de la pecuniariedad del objeto, no puede ciertamente pasar desapercibido ni ser considerado meramente marginal y debe analizarse en concierto con las consideraciones precedentes. Al respecto resulta necesario profundizar en la perspectiva del profesor bordalés y de la forma como sus postulados fueron recogidos por la comisión redactora y plasmados en el Código, para reducir el peso específico que al contrato, síntoma de burguesía decimonónica, se quería limitar.

### 2.6 El contrato en 1928: *un cambio de paradigma, una nueva perspectiva-.*

[679] Cfr Larenz Karl; Opus Cit; p 40
[680] CC84; Artículo 1306. "*Son legalmente imposibles; [...] II. Las cosas o actos que no se pueden reducir a un valor exigible...*"

Siguiendo los parámetros delineados por Duguit, Garcia Téllez y sus colegas de la comisión redactora cambian la estructura del código en esta materia. El legislador no se limita más a regular y reconocer el derecho[681], sino que por un lado endocrina y capacita al ciudadano y por el otro equipara las diferencias sociales que habían quedado plasmadas en el liberalismo decimonónico como mera igualdad formal ante la Ley.

El legislador asume así un nuevo rol en el que las disposiciones que dicta sirven igualmente como mecanismo capacitador de la población ante temas relevantes como es el régimen de las obligaciones, sin restringirlo al régimen contractual [682] . Asimismo bajo este nuevo paradigma, las normas legales deben de servir para reducir las enormes diferencias sociales que, en la visión revolucionaria, solo fueron exacerbadas por el mito de la igualdad ante la Ley, fuente esta última de tantas injusticias en el régimen decimonónico con el que se pretendía romper[683].

Para el legislador de 1928 sin embargo, tanto la conceptualización como la dogmatización y función educadora parecen ser materia indisociable del derecho mismo como también de la labor legislativa. En estos nuevos derroteros para los que el derecho parece adquirir tintes científicos distintos a los que le caracterizaron durante aproximadamente quince siglos, el legislador utilizará un nuevo instrumento derivado del estudio jurídico alemán del siglo XIX, la jurisprudencia de conceptos y la consecuente codificación alemana de 1900, el BGB -*BurgerlichesGesetzBuch* -.

Lo anterior ilustra el primer cambio de paradigma materia de nuestra investigación. Si bien para los juristas revolucionarios franceses el derecho legislado era la manifestación idónea

---

[681] García Tellez Ignacio; Opus Cit; p 21 para el cual: "...*Se ha dicho no sin cierta razón que las Leyes no crean las condiciones del mundo social y no hace más que expresarlas. Pero la legislación no se limita a este papel pasivo; es en gran parte el eco de las condiciones sociales nuevas ; y las sanciones del legislador ejercen a su vez una acción propulsiva y estimulan a reivindicaciones. Por otra parte la legislación no puede considerarse como un conjunto de principios teóricos que se desarrollan con el rigor de un razonamiento lógico. No debe de olvidarse que es un conjunto de reglas de conducta y que la vida no tiene la inflexibilidad de la línea recta. [....] ....*"

[682] " García Tellez Ignacio; Opus cit; p 12 ....*con el objeto que la legislación común comprenda las nuevas clases de obligaciones impuestas por la vida moderna y que el contrato no abarca totalmente se desarrolla con la amplitud necesaria, una teoría general de las obligaciones que estudia su nacimiento, sus diversas formas, transmisión y extinción. Al lado del contrato, fuente primordial de las obligaciones se reglamentan las obligaciones nacidas sin necesidad de convenio entre los titulares de la relación jurídica, como son las obligaciones originadas por promesas al publico, las estipulaciones en favo de tercero, los titutlos civiles al portador y a la orden, las obligaciones nacidas de los actos ilícitos, el riesgo profesional, la gestión de negocios, el pago de lo indebido ....*"

[683] Garcia Tellez Ignacio Opus Cit; p 2; " ... *el individualismo se encuentra como piedra angular de la codificación y el movimiento igualitario de la Revolución Francesa había hecho en su Ley civil la expesión del dogma de la igualdad ante la Ley, cuyos rígidos principios se aplican lo mismo al ilustrado que al inculto, al pobre que al rico, al habitante de la ciudad que al alejado de toda via de comunicación, [....] es innegable que el Código aún en vigor no cumpLeya su misión [....]* "

para igualar a las clases sociales ante la Ley, para los juristas de la revolución mexicana, el Código civil pretende igualar no solo ante la Ley sino también y muy especialmente de manera fáctica. La educación impartida por la Ley será uno de los mecanismos para ello.

La primera y más evidente manifestación de este cambio de paradigma estriba en un cambio de perspectiva respecto de la materia de regulación. No será más el contrato, símbolo decimonónico de burguesía y tradición romanista el centro de la regulación del derecho privado transaccional. El legislador, siguiendo la tradición pandectística, se aleja de la materia a regular y la trata, desde una perspectiva mucho más teórica y dogmática, la obligación.

El nuevo contenido del Libro IV implica un rompimiento con la tradición francesa que tiene muchos objetivos, siendo particularmente relevante, en el contexto de la perspectiva de Duguit, no sólo erosionar y mermar la preponderancia de la autonomía de la voluntad y el contrato, sino también el de decantar un concepto de propiedad que le estaba asociado desde el derecho romano y que no se ajusta a los nuevos parámetros revolucionarios[684]. Para esta nueva visión, la propiedad solo tiene relevancia en tanto desempeña una función social[685].

En consecuencia, el contrato y la autonomía de la voluntad no son más a partir de 1928, el eje de la regulación y del derecho voluntario. En la perspectiva del legislador y siguiendo el eje de Duguit, las fuentes deben de multiplicarse reconociendo que el egoísmo propio del liberalismo económico - *cuyo epítome son el contrato y la autonomía de la voluntad* - ha sido origen de las "desgracias sociales" enfrentadas por el país en los albores del siglo XX[686]. El método radicará en la dogmatización del derecho visto como un instrumento que iguala las realidades fácticas mediante la ilustración y enseñanza técnica del derecho como un mecanismo lógico. A estos efectos el legislador buscará incluir dentro de las fuentes, mecanismos desconocidos para la tradición romanista en materia de la responsabilidad, siendo este el cuarto y último objetivo de Duguit[687], fielmente seguido por sus asiduos lectores mexicanos en el seno de la revolución social de albores del siglo XX. Al efecto y como veremos más adelante el Código de 1928 incluye la responsabilidad objetiva o por riesgo creado que se desmarca respecto de una

[684] Duguit Leon Opus Cit.
[685] Ibidem; p 235-245
[686] Macedo Pablo, Opus cit. p 82, para el cual "... *contra tal sistema individualista y metafísico, ese derecho evoluciona en sentido socialista y realista. Socialista porque la concepción fundada en el derecho subjetivo del individuo es substituida por la idea de una regla social que se impone al individuo. Realista porque el principio de la autonomía de la voluntad tiende a ser desplazada por la comprobación del hecho de la función social que se impone al sujeto de esa voluntad*....."
[687] Ibidem; p 222-232

tradición de más de veinte siglos de responsabilidad civil basada esencialmente en los principios aquilianos del derecho romano[688].

Cabe mencionar finalmente que los cambios anteriores no parecen todo ellos *per se* negativos. Claramente en retrospectiva casi un siglo después, es de justicia reconocer el carácter visionario de Duguit y del legislador de 1928 en la implementación de algunos de ellos. Esta claramente corresponde - *en su mayoría* - a necesidades propias de la sociedad industrial y post industrial del México y el mundo en el siglo XX. Al respecto es igualmente necesario mencionar sin embargo que algunos de ellos, en su calidad de parte del programa social y político de los revolucionarios mexicanos, no necesariamente corresponden a una tendencia mundial y tuvieron efectos perniciosos en el desempeño social y económico del país a lo largo del siglo XX.

Los parámetros de la modificación tienen claramente un objetivo y contenido político social basado en el cambio de paradigma respecto de la función del legislador y de la Ley. Los mismos se basan y encuadran para efectos de nuestra materia sin embargo igualmente en el contexto y texto del BGB y la jurisprudencia de conceptos que iluminó sus derroteros en los años previos a la consolidación del imperio alemán en 1871. Como adelantábamos, ciertamente la inclusión de una teoría general marca la tendencia iniciada por ambos - *BGB y la jurisprudencia de conceptos* - . En palabras tanto de Wiaecker como de Zimmerman, dicha parte general es un signo distintivo de la familia y vocación tanto del Código como del legislador.

Al respecto sin embargo y concretándonos en este apartado a la estructura del mismo, en relación con el contrato, el Código de 1928, estructura su libro IV como un libro dedicado a las obligaciones, respecto de las cuales, siguiendo los parámetros de Windsheid y la pandectística, dará un tratamiento organicista, conceptualista y vocación científica[689] . Es una clara tendencia de origen alemán, por virtud de la cual, las obligaciones son tratadas, reguladas, expuestas y enseñadas como organismos que siguen un ciclo vital[690]. El Libro IV del Código de 1928 incluye así en forma novedosa los siguientes apartados y capítulos que darán cuenta del *iter* vital de la obligación:

I. De las obligaciones
II. De las Fuentes
III. De las modalidades

[688] Articulo 1913 del Código Civil de 1928
[689] Windschied Opus Cit; p 90-96; Cfr. Larenz Karl,Opus Cit; p 32-56
[690] Ibidem; cfr. Safranski Rudiger; Opus Cit. y Cfr Larenz Karl; Opus Cit; p 41

IV. De los efectos

V. De la transmisión

VI. De la extinción

VII. De las nulidades.

Al respecto cada una de las secciones referidas, implica el análisis de los elementos de la obligación que nos permitirán demostrar la segunda hipótesis de nuestra investigación respecto del cambio de parámetro conceptual que puede deducirse de los cambios anteriores - *segundo cambio de paradigma adoptado en 1928* -. Sin embargo, en esta sección resulta relevante solo analizar la segunda de las mismas en lo tocante a las fuentes y en lo particular al contrato.

Ciertamente esto confirmará a la vez nuestras hipótesis tanto respecto de la función del legislador - *primer cambio de paradigma* - para efecto de lo cual, la revolución estructural del código es altamente significativa, como del cambio de concepto.

Así, bajo el Codigo Civil de 1928, el Contrato solo es una fuente más. Las fuentes son armonizadas alrededor del edificio conceptual de la obligación, respecto del cual no se incluye concepto alguno, pero es el centro del edificio conceptual matemático[691] pretendido.[692] Así el contrato es regulado dentro del capítulo de las fuentes de las obligaciones. Con lo anterior se deja el régimen de los contratos en lo particular para una sección accesoria dentro de las fuentes en la que se tratarán los contratos en lo especifico, siguiendo a su respecto en gran medida - *salvo los cambios específicos y propios de los propósitos revolucionarios*- los parámetros del CC84, prácticamente idéntico al de 1870 y este último al Code.

---

[691] Larenz Karl, Opus cit; p 41, para el cual; " .... *en un sistema orgánico, como querían presentar los filosofos idealistas, los miembros particulares del sistema, giran en cierto modo alrededor de un centro. La unidad del sistema radica en la insuprimible relación de todos sus miembros con un centro que descansa en si mismo....*" así "*.... el sistema conceptual según las reglas de la lógica formal se asemeja, por así decir, a una pirámide. El concepto "supremo", la cúspide de toda la pirámide, está a gran alturade la base, pero permite precisamente por ello- imáginemonos la pirámide transparente - el más amplio panoram. Si se sube desde la base, se deja debajo de sí, en cada paso, un corte transversal. de corte en corte, la pirámide pierde anchrua y gana altura. Cuanto mayor sea la anchura, es decir la cantidad de materia, tanto menor es la altur, es decir la posibilidad de panorama- y a la inversa- . La anchura corresponde al contenido, la altura a la extensión (ámbito de aplicación) de un concepto "abstracto". El ideal del sistema lógico se consigue plenamente cuando en la cúspide está un concepto generalísimo, bajo el cual es posible subsumir todos los demás conceptos, es decir los de clases y subclases, al que por tanto, se puede ascender desde cualquier punto de la base a través de una serie de escalonesintermedios eliminando cada vez lo especial....*"

[692] El código plantea un sistema orgánico en el que se sucederán, fuentes, modalidades, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones. En cada uno de ellos, el planteamiento organicista y cientificista del legislador y su influencia pandectística incluirá particularidades ignotas o despreciadas por la tradición romanista y sus causahabientes decimonónicos frances y mexicanos.

Ciertamente, resulta evidente en el cambio de estructura y clasificación, la búsqueda tanto de los fines políticos como académicos y dogmáticos antes referidos. Los segundos parecen haber sido utilizados como medio para lograr los primeros. En concierto representan el primer cambio de paradigma que se verifica con la publicación del CC28. Para Windscheid, "... *la eficacia jurídicamente ordenada de tales preceptos está determinada paralelamente y se entrecruza de modo que la decisión final es resultado de un cálculo, cuyos factores son precisamente los conceptos jurídicos y que debe resultar de una probabilidad tan segura con la misma solidez del valor de los factores*…"[693]

Lo anterior planteará la implementación de una serie de modificaciones accesorias que van de la mano con la pretendida exposición dogmática y doctrinal que sigue el legislador de 1928. Estos cambios tanto en la estructura y clasificación de muchos preceptos, si bien carece de fuerza vinculante formal, es indispensable e indisociable de los propósitos perseguidos por el legislador y necesaria para entender la nueva concepción que de la obligación resultará ya bajo parametros de pretensión científica de cuya novedad se comprobarán las hipotesis de esta investigación. Los mismos son consecuentemente materia indispensable de estudio, comprensión y utilización para una adecuada y sobre todo armónica interpretación de los preceptos afectados. Lo anterior siendo mucho más relevante si tomamos en cuenta la necesidad de una interpretación lógica de los preceptos legales, pero igualmente si consideramos que bajo las reglas más elementales de interpretación legal - *positivista que ésta fuera* - el contenido de Ley posterior deroga a la anterior y si estas son las disposiciones modificadas en el texto de 1928 respecto del de 1884, ignorarlas o soslayarlas, no parecería una opción.

De la misma manera la inclusión de ciertas instituciones accesorias a la regulación *strictu sensu* de las obligaciones, como es (i) la regulación de la representación directa y (ii) la inclusión de una nueva "revolucionaria" teoría en materia de nulidades-ineficacias, corresponden a este doble cambio de paradigma por el que por una parte, el legislador dogmatiza y por la otra y consecuentemente altera ciertas premisas y apreciaciones culturales previas respecto de la nueva materia regulada, la obligación.

Lo anterior presentará una consecuente complejidad interpretativa para conciliar los textos mantenidos de los códigos anteriores con el contenido de nuevas instituciones y artículos derivados del cambio de paradigma antes mencionado, materia de los siguientes apartados.

[693] Windscheid Opus Cit; p 91

Ciertamente, la inclusión de estos nuevos apartados y teorías en la estructura del código rompen igualmente el parámetros de los Códigos de 1884, 1870 y del Code. La regulación de estas materias accesorias, de acuerdo con los parámetros que pudiésemos llamar clásicos del derecho francés y su interpretación y generalización del *ius commune* y el derecho romano, era sin duda más pragmática y menos dogmática. Para los interpretes del derecho privado en el siglo XIX en México como en Francia y para los autores romanistas, la dogmatización y conceptualización de la obligación era irrelevante. La función del legislador era prácticamente valga la expresión incluso "reduccionista". Como anticipábamos en el capítulo anterior, el legislador napoleónico tiene fines mucho más evidentes en la arena política como parte del movimiento del liberalismo y el racionalismo. Una perspectiva dogmatizante le era totalmente ajena. La dogmatización y cientifización propia de la pandectística y la jurisprudencia de conceptos - *tan propias del fenómeno legislativo de 1928* [694]- le serán claramente, igualmente extrañas.

## 3. Instituciones auxiliares incluidas o substancialmente alteradas en 1928.

### 3.1 Las nulidades.

Como parte fundamental de los cambios implementados por el legislador en el derecho de las obligaciones en 1928, está la inclusión de una nueva teoría general de las nulidades o más técnicamente dicho de las ineficacias, como se expondrá en este apartado.

*Prima facie*, no podría decirse que la modificación en este rubro, implica un cambio de concepto de las obligaciones. La adopción de una nueva teoría en materia de nulidades, no pareciera tampoco ser considerada un cambio paradigmático de la función del legislador.

No obstante, lo anterior, si se contextualiza la teoría de las ineficacias adoptada en 1928 con los demás cambios materia de las reflexiones inmediato anteriores, podrían estas ser puestas en entredicho. Así, dentro del contexto del contrato y de las fuentes en general, las nulidades o ineficacias son el primer cambio radical de estructura respecto de lo que la doctrina civilista

[694] Para Windscheid, Opus Cit; p 90 - inspirador y creador nato del BGB y consecuentemente del Código de 1928 - " *....el pensamiento genuino delas normas está también representando en conceptos, esto es en conceptiones globales de los elementos ideológicoscuya determinación se consigue precisando los conpcetos que en su parte sustancial se encuentran diseminados [...] la ciencia jurídica tiene una nueva tendencia a descomponer los conceptos tan ampliamente como sea posible. Y este es su mérito pues en realidad, de la comprensión completa de los conceptos contenidos en los preceptos jurídicos depende no sólo la propia inteligencia del derecho, sino también la seguridad de su aplicación....*";

había sostenido de manera más o menos homogénea desde el derecho romano segun reflejado en los antecedentes decimonónicos desde y el Code[695].

Hasta la publicación del código de 1928, la doctrina civilista había sostenido de manera más o menos homogénea en materia de nulidades, por distinguir los contratos validos de los nulos y entre los nulos, los que lo fuesen de pleno derecho, de los simplemente anulables[696]. Esta simple teoría, llamada dualista para muchos, es considerada la posición clásica de las nulidades que sanciona aquello que es contrario a la Ley, graduándolo entre lo que afecta al orden público y lo que afecta al interés particular. Lo que afecta al orden público es considerado nulo de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial alguna y privado *ipso iure* y *ex lege* de cualquier efecto y lo que afecta intereses particulares es considerado anulable[697].

Claramente esta teoría que adquiere así el carácter de clásica, se acopla perfectamente al fenómeno de la codificación en sus primeros años y es rapidamente adoptada por las posiciones exegéticas y hermenéuticas[698], pues la radicalización de sus asertos y consecuencias, vienen de maravilla a los corifeos del imperio de la Ley, en el cambio de paradigma que esta implica en la historia del derecho en occidente. Esta sanción no puede ser negociable, no es susceptible de interpretación y debe ser aplicada con todo rigor. El juez no puede valorar situaciones *de facto*, sino solo es el ejecutor de la voluntad popular expresada en el ordenamiento legal.[699]

La distinción en la teoría clásica parece, en voces de muchos, maniquea. La misma se limita en distinguir cajones estancos en los que por un lado se da la privación de efectos cuando existe una afectación mayor, sin atender las particularidades del caso, según un claro patrón exegético. La confirmabilidad, así como la privación gradual y temporal de los efectos, debiera ser un efecto natural cuando la afectación es marginal o solo de intereses privados parece la regla más sensata en este sentido - *tal y como las sucesivas tesis de Japiot y Piedelievre lo introducirán gradualmente*-[700] hasta su dogmatización por Bonnecasse y la adopción por el Código de 1928.

[695] Dominguez Martinez Jorge Alfredo; Opus Cit; p 625 -664
[696] Ibidem
[697] Galindo Garfias Ignacio Opus Cit. p 251-252
[698] Cfr. Code, y Códigos de 1870 y 1884 para los cuales el tratamiento, es casuístico sobre supuestos de anulabilidad de los contratos y nulidad de pleno derecho de los mismos, sin la teorización y generalización que sólo será propia del Código de 1928.
[699] Galindo Garfias Ignacio, Opus Cit. p 183
[700] Borja Soriano Manuel, Opus Cit. p 98-103

Los propósitos del legislador decimonónico seguidor de la perspectiva clásica en esta materia parecen seguir muy claramente los parámetros de la justicia pre-codificada para los cuales, no es necesario, ni justificado efectuar análisis dogmáticos sino simplemente solucionar situaciones concretas. Para ese esquema exegético, la nulidad puede devenir directamente de la ley, con la nulidad de pleno derecho. El legislador del Code, así como los de 1870 y 1884 siguen claramente ese parámetro. De hecho, la mayor parte de los códigos que siguen el modelo francés en la estructura y redacción del código, emulan igualmente el sistema de sanciones - *las nulidades y su régimen* -.[701]

En cambio, la teoría adoptada por el legislador de 1928 es la teoría formulada por Julien Bonnecasse[702], cuya teoría del objeto motivo o fin fue igualmente adoptada para reemplazar la teoría de la causa lícita en los contratos y poner fin a la larga polémica entre autores causalistas y anti causalistas.

Al respecto en esta teoría, Bonnecasse hace eco de las teorías previamente esbozadas por varios autores, especialmente Japiot y Piedelievre[703] que habían criticado las deficiencias de la teoría clásica, tanto por su excesivo apego al texto legal y a la connatural posición exegética -*en la que el juez poco o nada tiene que aportar al proceso de impartición de justicia respecto de su análisis de las circunstancias* - como respecto de los efectos maniqueos y poco asertivos de la realidad forense en la manera en que operaban los contratos afectados de nulidad[704].

Al respecto, la perspectiva Bonnecassiana, establece que la impartición de las sanciones - *nulidades* - a los actos jurídicos depende esencialmente de la forma en que los actos jurídicos - *contratos u otros* - hayan violentado el orden jurídico y consecuentemente de cómo se plantearán los efectos en la vida social de los mismos - según un patrón claramente organicista y judicialista. Así, es distinguiendo las consecuencias; i.e. confirmabilidad del acto, potencial de prescripción y número de sujetos legitimados para impugnar la validez, que el acto podría ser calificado como nulo absoluto o nulo relativo, siendo al respecto la redacción del Código de 1928, específicamente ilustrativa[705]. En su redacción, el código mantiene, sin embargo - *ahí*

[701] Ibidem
[702] Ibidem
[703] Ibidem; Cfr con Galindo Garfias Ignacio; Derecho Civil; Editorial Porrua, Mexico D.F.; p 256
[704] Borja Soriano Manuel Opus Cit. p 102.
[705] "*Artículo 2226.- La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción. Artículo 2227.- La nulidad es*

*alguna de las dificultades de su aceptación e implementación* - que los actos nulos absolutos no producen efecto legal alguno, en términos similares a la perspectiva que Piedelievre ya criticaba como maniquea respecto de la teoría clásica, pretendiendo efectos absolutos a la disposición legal y desconociendo los efectos putativos, en práctica, imposibles de eliminar y de desconocer[706]. Al efecto, consideramos que esas fallas en la implementación se deben seguramente al proceso de negociación en la redacción del articulado en la que, independientemente del eje rector de la comisión redactora y su eje conceptualista y lógico, dicha comisión recibió muchos afluentes y resistencia por parte del foro, como lo narra el propio Garcia Téllez, razón por la cual, en este como en muchos otros temas hubo seguramente de ceder posiciones políticas y por ende tanto doctrinales como legales.

Bonnecasse incluye igualmente como parte fundamental de su teoría, la necesidad de cumplir con elementos no solo de validez, acordes con la perspectiva decimonónica reguladora antes referida, pero también con elementos de existencia sin los cuales el contrato sería considerado como inexistente[707]- *tema sin embargo no poco debatido*-.

Esta última particularidad, de alto contenido dogmático, técnico y lógico, es indisociable de las premisas seguidas por el legislador antes referidas. El carácter organicista de la teoría - *calificada consecuentemente por muchos como tripartita* - [708] parece indisociable de la perspectiva pandectística y de la jurisprudencia de conceptos. Pese a provenir de un autor francés, el carácter organicista implícito[709] evidencia una influencia de la jurisprudencia de conceptos y de la lógica que le es propia. Lo mismo es verificable en las elaboraciones de Zachariae basados en los supuestos de imposibilidad jurídica en el matrimonio entre personas del mismo sexo [710] basando su postulado en una perspectiva conceptualista de corte Aristotélico para la cual la distinción entre ser posible y ser deseable o no, parece una petición de principio.

Es sin embargo evidente, que la inclusión de una teoría organicista en el texto legal representa un nuevo rompimiento con el texto de los códigos decimonónicos mexicanos y con el Code. La perspectiva organicista y tripartita de Bonnecasse, no es sin duda un tema

---

*relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos*."

[706] Borja Soriano Manuel Opus Cit. p 102

[707] Cfr. Lutzesco Georges Teoría y Practica de las Nulidades, Editorial Porrúa, México, 2002, 412 pp; Cfr Domniguez Martinez Jorge Alfredo Opus Cit; p 627

[708] Galindo Garfias Opus Cit; p 259

[709] Cfr. Lutzesco Georges, Opus Cit.

[710] Al efecto vale confrontar con Lutzesco Georges Teoría y práctica de las nulidades, Opus Cit.

absolutamente nuevo. Muchos autores habían evidenciado la necesidad de observar técnica y lógicamente el fenómeno jurídico desde una perspectiva lógica, en lo relativo a la conjunción necesaria de elementos de existencia para que un contrato pudiese ser considerado existente[711], y de distinguir en consecuencia los mismos de los requisitos necesarios para que el contrato en comento fuese valido. La diferencia entre lo posible y lo deseable - *desde una perspectiva lógica y conceptual* - es un tema del que ya sea había hablado en el siglo XIX[712]. No obstante lo anterior, no es sino Bonnecasse quien lo esquematiza y plantea lógicamente y teóricamente, adoptándolo de ahí el Código de 1928 y resultando en la conjunción de ambos este hito novedoso en la regulación de las fuentes de las obligaciones en el Código de 1928.

Cabe referir que la perspectiva organicista y su vena alemana es mucho más evidente desde que el Código de 1928 adopta en paralelo al acto jurídico y no se limita - *en el también novedoso contexto de la teoría general de las obligaciones* - a regular al contrato sino también a otras fuentes de las obligaciones . Respecto del acto jurídico el CC28, refiere la posibilidad de aplicarle, de manera general, todas las disposiciones sobre contratos [713], con lo cual la visión dogmaticista, organicista se plantea más que adecuada para distinguir lo imposible de lo indeseable y consecuentemente distinguir los actos jurídicos inexistentes respecto de los nulos según la perspectiva Bonecassiana.

Así, tanto Zachariae [714]como autores más recientes y exegéticos como el propio Laurent ya habían discutido la conveniencia técnica de distinguir el contrato o acto jurídico imposible del indeseable. La discusión y conclusiones no llegan sin embargo al texto legal de manera íntegra sino hasta 1928 merced a la estructura planteada por Bonnecasse que adquiere parámetros de teoría general siendo además adoptada legalmente con base en los parametros y desiderata cientificista referida.

Tanto en la exposición de motivos como en los textos publicados por García Téllez[715], se evidencia que, en la inclusión de la teoría de Bonnecasse de las nulidades o ineficacias, encuentra la comisión redactora uno de sus orgullos y logros más contundentes. Cabe referir

---

[711] Ibidem

[712] cfr. Zacariae en Laurent, Domínguez Martínez, Galindo Garfias y Borja Soriano.

[713] Artículo 1859.- "*Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la Ley sobre los mismos*."- en el Código Civil Federal - Código de 1928.

[714] Dominguez Martinez Jorge Alfredo, Opus Cit, p 631

[715] García Tellez Ignacio Opus cit; p 88 para el cual "... *las reformas hechas se inspiraron en las teorías de los más modernos tratadistas de esta materia y tuvieron por objeto quitar a esta parte del Código la rígidez de la doctrina clásica que le impedía adaptarse a las complejidades de los actos económicos de la vida presente*..."

nuevamente el prurito conceptual y educador[716] que el legislador pretende arrogarse en la publicación del código, en su calidad de instrumento revolucionario que no se contenta con regular, sino que tiene por propósito central, educar y reformar a la sociedad - *e incluso a la realidad* - por decreto.

En todo ello radica una evidente ruptura del paradigma del legislador liberal decimonónico[717]. Lo anterior aunado con la radicalización de la discusión respecto de la exigibilidad de la obligación, que exacerbará sin duda también la posibilidad de un segundo rompimiento paradigmático sobre lo que debe de considerarse una obligación. Al combinarse esto con las novedosas modificaciones en obligaciones naturales, prescripción negativa, no pecuniariedad del objeto, con las ineficacias de la teoría de Bonnecasse y las subsecuentes instituciones incluidas y reformadas, la perspectiva de lo que debe entenderse una obligación, no será ciertamente igual.

La inclusión de Bonnecasse en el código de 1928 es peculiar y puede fácilmente ser soslayada su importancia, por como queda plasmada en el texto legal. Esto genera distintas hipótesis que expondremos a continuación.

La teoría de las nulidades es incluida en el código de 1928, específicamente en un capitulo denominado de la suerte y que ocupa los numerales del 2224 al 2242. Esto en adición a limitados cambios en artículos clave que requieren su interpretación conjunta, en lo especifico en lo relativo a los elementos del contrato, en el primer capítulo del Libro IV destinado a la teoría general de la obligación. El resto del ordenamiento mantiene sin embargo la redacción decimonónica de los Códigos de 1884 y 1870 heredada del Code en su traducción del Código Civil de Oaxaca, tal y como ya ha quedado apuntado en el capítulo anterior.

La perspectiva que guardaban los ordenamientos decimonónicos tenía claros rasgos exegéticos en los que la letra de la Ley parece presumir su autoaplicación y la ausencia de variaciones en el fenómeno legislado y regulado. Así, dichos ordenamientos establecen

---

[716] Para el legislador de 1928, su labor no se restringe a la tradicional reguladora positivista decimonónica. Es patente la visión de la Ley como un mecanismo tendiente a lograr la igualdad efectiva y no solamente formal. La Ley adquiere una pretensión dogmática y educadora como expresamente lo manifista Ignacio Garcia Tellez, Opus cit; p 39 cuando establece que: " ....***para la mejor comprensión*** *del tema trascendental de las obligaciones* ***se metodiza cientificamente su exposición,*** *clasificando sus diferentes especie, estudiando pormenorizadamente sus formas de transmisión y extinción, y sus efectos con relación a terceros....*" (énfasis añadido)

[717] Garcia Tellez Ignacio; Opus Cit; p 19 " .... *para transformar un Código Civil en que predomina el criterio individualista, en un Código Privados Social, es preciso reformarlo substancialmente, derogando todo cuanto favorece exlusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad....*"

sanciones o nulidades especificas en casos concretos[718], no incluyen un apartado general en el que se determinen las reglas generales de aplicación de las sanciones y mucho menos una perspectiva organicista que solo es incluida en 1928.

Al respecto, el legislador de 1928 no modifica el articulado que se encuentra fuera de la parte general de la teoría general de las obligaciones, sino que mantiene la redacción propia de los antecedentes decimonónicos del código de 1928 en materia de nulidades y sanciones. Esto implicará una dificultad interpretativa pues los artículos en el resto del código siguen solamente aplicando una sanción; (i.e. privación total de efectos, nulos de pleno derecho, nulos, anulables, etc.), sin hacer referencia, mención o atención a lo establecido por los artículos específicamente introducidos en 1928 y mencionados anteriormente en materia y con contenido organicista[719]. La discusión respecto de la validez o inexistencia de la compraventa de cosa ajena[720] o de los actos celebrados en nombre de otro sin tener facultades al efecto[721] son ejemplos muy ilustrativos del problema y de la pléyade de interpretaciones que al efecto pueden darse por la aparente dualidad regulatoria resultante[722], respecto de la cual, la novedad organicista basándonos en el nuevo

[718] Es notoria en los Códigos de 1884 y 1870 la inclusión del Titulo Quinto sobre nulidad y rescisión de las obligaciones dentro del Libro III de los contratos y el perfil netamente exegético, propio de su antecedente napoleónico en el que es el artículado individual el que establece sanciones sin incluir generalidades a partir del cual puede interpretarse la aplicación de las nulidades o el reconocimiento de las inexistencias, en una sección especial como lo hará el Código de 1928.

[719] De forma relevante, el legislador de 1928 incluye la seccion de ineficacias y nulidades de los artículos 224 al 2242 del ordenamiento de mérito; así salvo las modificaciones en materia de elementos de existencia y nulidad previamente referidas en los articulos 1794 y 1795, el resto del artículado se mantiene en su redacción original decimonónica.

[720] Cfr. Articulos 1794, 2224 y 1828 por un lado contra 2069 y 2071 por el otro - todos del Código de 1928 - .

[721] Cfr. Artículos 1794, 2224 y 1828 por un lado contra 1800, 1801 y 1802 por el otro- todos del Código de 1928 -.

[722] La perspectiva organicista tiene un sustento muy sólido y razonable considerando la totalidad de factores legislativos aplicables. Lo anterior sin mencionar ni referir a la perspectiva dogmática antes mencionada. Ciertamente es claro que el CC28 incluye como elementos de existencia al consentimiento como al objeto que pueda ser materia del mismo ( artículos 1794 y 1828) . En la misma tecitura establece el propio ordenamiento que para que el objeto pueda ser materia de contrato se requiere - *en tratandose de objeto cosa* - que el mismo exista en la naturaleza, sea determinado o determinable en cuanto a su especie y que este en el comercio (artículo 1825). Por último prevee el propio CC28 que el objeto hecho debe de ser lícitio, así como fisica y jurídicamente posible (artículo 1827) y que será jurídicamente imposible el hecho que sea incompatible con una norma jurídica que debe regirlo necesriamente y que constituye un obstaculo insuperable para su realización (artículo 1828), ante lo cual los parametros racionales decimonónicos del Code y de los códigos mexicanos del siglo XIX quedan superados. El CC28 incluye así igualmente como referencia, que esta prohibido vender aquello que no nos pertenece y que la venta de cosa ajena es nula en términos de los artículos 2269 y 2270 copia practicamente textual de los artículos 2830 y 2831 del Código de 1884 y 2958 y 2959 del Código de 1870 respectivamente, así como del propio Code, que siguen los parametros del siglo XIX y del derecho antigüo en esta materia. Sin embargo en atención a la doble regulacion sus mencionada en materia del objeto y tanto aplicable al régimen de las nulidades, cabe bien preguntarse sino es factible combinar la interpretación hermenéutica de los artículos 1794 y 2224 con el 1828 y el 2269 -2270 concluir que en la perspectiva del nuevo legislador - *más técnico , dogmático y justiciero* - la venta de cosa ajena es inexistente y no solo nula .-

paradigma legislativo político debiera primar. Esta posición sin embargo no está libre de controversia.

Sin embargo, lo que sí es claro es la intención del legislador consistente en incluir una perspectiva organicista y dogmática en esta materia que debiera dejar técnicamente de llamarse capítulo de nulidades y referirse más ampliamente a todas las ineficacias, que exceden simples sanciones e implican un reconocimiento técnico-lógico-conceptual de inexistencia. Las obligaciones no serán más, producidas, modificadas, implementadas como lo eran hasta entonces. Siguiendo la perspectiva organicista y la piramide conceptual de lajurisprudencia de conceptos, cabría preguntarse si la obligación puede seguir siendo conceptuada de la misma forma o inclusive si acaso la concepción anterior era siguiera válida.

### 3.2 La representación.

De la misma suerte, el universo transaccional no es perceptible desde 1928 de la misma forma que hubiese sido bajo sus predecesores, al haber incluido el legislador una nueva pretensión legislativa en materia de representación - *misma que no tiene antecedentes expresos en ninguno de nuestros textos legislativos decimonónicos como tampoco en el Code*[723]-.

Efectivamente desde el Code Napoleón mismo, en materia de representación subyace una confusión legal y foral de relevancia que solo el CC 28 intenta clarificar haciendo honor a lo que consideramos las pretensiones educativas del callismo y a su característica dogmática de inspiración pandectística.

Representación directa e indirecta han sido indistintamente tratadas por los ordenamientos decimonónicos mexicanos[724] y francés, en honor a la confusión imperante en el

[723] "..... *se hicieron modificaciones de mucha importancia en materia de representación, de incapacidad para testar y para heredar, de legados y de partición y de adjudicación de los bienes; modificaciones de carácter puramente técnico que sería dificil exponer en este breve resumen*...." BREVE INFORME SOBRE ALGUNAS DE LAS MAS IMPORTANTES REFORMAS QUE FIGURAN EN EL ANTEPROYECTO DEL CODIGO CIVIL, POR FRANCISCO H. RUIZ EL 12 DE DICIEMBRE DE 1927, CC A IGNACIO GARCIA TELLEZ EN PAPEL MEMBRETADO DE LA SECRETARIA DE GOBERNACIÓN, COMISIÓN TECNICA DE LEGISLACIÓN. ( 33 PAGINAS) - EXTRACTOS.-

[724] El artículo 2342 del CC84 y el 2474 del CC70 por ejemplo definían en términos identicos que "*El mandato o prcuración es un acto por el cual una persona da a otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa*", unificando el mecaniso de representación directa y el indirecta - poder y mandato - que quedarán separados en el Código de 1928 conforme a una mucho más tecnica exposición. Es evidente que en la misma, amén el prúrito técnico estriba la vocación ante contractualista del legislador de 1928 inducida por la influencia Duguitiana. En el mismo sentido es observable el tratamiento de la gestión de negocios - *Artículos 2533 del CC70 y 2416 del CC84* - regulada en ambos ordenamientos igualmente como "*contrato de mandato oficioso*" y segregrada igualmente a la postre en virtud de la combinación técnica de inspiración pandectística y la vocación anticontractualista Duguitiana.

*ius commune* y como consecuencia de la simbiosis cultural entre el universo romanista y la explosión comercial derivada de la universalización del imperio y el derecho romano. El tratamiento indistinto se ha dado esencialmente en la regulación del contrato del mandato, respecto del cual los distintos ordenamientos han sido poco claros y asertivos en la distinción del mandato representativo y del no representativo, tratándolos de manera indistinta. El problema no radica sin embargo en el tratamiento legislativo solamente, siendo las raíces de este problema y confusión mucho más profundas.

En su origen, el derecho romano, desconocía plenamente la posibilidad de una "representación directa", con efecto reconocido *prima facie* en persona y patrimonio del representado[725].

La representación directa o en estricto sentido en Roma, se dará así en el contexto de excepción y en instituciones muy específicas que van paulatinamente decantando el edificio conceptual y los principios del derecho romano, mediante las excepcionales *actio in factum* y *fictitiae- D. 13,7,13.*[726]

No es sino bajo el imperio del *ius commune* tardío y bajo los auspicios del comercio holandés[727], que la jurisprudencia "elegante" empieza a dogmatizar sobre las excepciones que el pretor aceptaba en su edicto bajo la modalidad de acciones ficticias y con transposición de personas[728]. Estas interpretaciones no son propias del universo jurídico romano clásico, sino por excepción. Así en Roma Clásica, la representación que hoy clasificaríamos de directa, no es reconocida. Solo la sabia intervención del pretor en la confección del derecho honorario inicia su gradual, paulatina, pero siempre excepcional aceptación. [729]

En el pretor estriba efectivamente la aceptación muy preliminar, gradual y excepcional de ficciones jurídicas que estriban en la esencia de la llamada representación directa. La representación indirecta, tan propia a la cosmogonía jurídica romana, implica el reconocimiento de efectos en aquellos ausentes físicos a la transacción misma, solamente en virtud de obligaciones y derecho asumidos y adquiridos por unos y otros respectivamente, en lo que

[725] Cfr. Zimmermann Reinhard; Opus Cit; p 45
[726] Cfr Zimmermann Reinhard; Opus Cit; 35; cfr Iglesias Juan; Opus Cit; p 157; D.45,1,38,17; D.45,1, 38,20
[727] Zimmermann Reinhard; Opus Cit 41-43-44-45
[728] En materia de acciones pretorias vid; Iglesias Juan; Opus Cit; 186
[729] En materia del avance gradual de la jurisrpudencia en la formación de la representación directa como ficción; vid; Zimmermann Opus Cit; p 41-51

paulatinamente se considerarán en la doctrina resultante, como fuentes de las obligaciones[730] distintas al contrato y al hecho ilícito - *pese a que el CC 28 no lo acepte expresamente* -.

Ciertamente, en el *ius commune*, y bajo las primeras codificaciones que tienen impacto en el universo jurídico mexicano, la representación se presentará como un verdadero *pot pourri* de disposiciones que mezclarán las particularidades de la representación directa con las de la indirecta, como consecuencia de un efecto cultural que muy difícilmente las distinguió durante los veinte siglos precedentes[731]. El ámbito natural de regulación consecuente será el contrato de mandato al amparo del cual, un mandatario se obligará a efectuar actos jurídicos *por cuenta* de un mandante, sin dogmatizar - propio al fenómeno jurídico sus mencionado - si los actos jurídicos se realizan por cuenta o en nombre del representado. La atribución de consecuencias directas en el representado se aceptará pero sin brindar una clara explicación ni acotación al respecto.

En ese tenor las teorías que explicasen ese fenómeno, tal y como lo narra Borja Soriano[732], se relevan buscando explicaciones lógicas poco asertivas y aceptables, pues parten de premisas erróneas y mezclan fenómenos que no son explicables sino en su origen y considerando sus diferencias - *directa versus indirecta*- . Efectivamente para el derecho romano clásico, la representación directa no existe y es un sin-sentido. Los efectos del acto jurídico realizado por el representante - *mandatario* - se verifican por regla general en su persona y patrimonio, ya que ni las pretensiones de las partes, ni el derecho objetivo mismo pueden considerar que se afecte la esfera jurídica de un tercero sin que este preste su consentimiento en el acto mismo.

Esta relatividad del derecho transaccional observada por el derecho romano al amparo de los principios -*res interalios acta* - y - *alterii stipulare nemo potest* - se observa primariamente de forma absoluta, sin excepción.[733]

La expansión del imperio romano dará lugar a la paulatina admisión de excepciones por parte del pretor mediante el otorgamiento de acciones ficticias, útiles y/o con transposición de personas[734]. Son estas excepciones que van paulatinamente erosionando este principio aceptando

[730] La gestión de negocios, la promesa de porte fort y la estipulación en favor de terceros.
[731] Más allá de las referecias al artículado de los CC de 1870 y 1884 y la regulación del mandato y la representación en los mismos, es patente aún la confusión en el artículado del mandato en el Código de 1928, pese al esfuerzo de introducir una sección especifica de la representación directa - 1800 - 1802 - y su tratamiento dogmático que consideramos complementario con la inclusión de la teoría organicista de Bonnecasse en las ineficacias.
[732] Borja Soriano Manuel; Opus Cit; p 244-248
[733] Borjas Soriano Manuel; Opus Cit; p 289-294
[734]Iglesias Juan Opus Cit p 157

que sin bien "*...aliis necque nocere necque prodesee potest* ...." es de origen absoluto, el mismo admita excepciones cuando al tercero se le generen beneficios que no obligaciones o cargas, eliminando la última sección del principio para quedar comúnmente aceptado como un principio de no aceptación de cargas u obligaciones a cargo de terceros "*....res interalios acta aliis necque nocere*...." o simplemente "*...res interalios acta* ..." Este principio será ulteriormente adoptado de forma expresa en el Code[735], permitiendo dos excepciones que no deben consecuentemente ser analizadas en opinión del suscrito sino como formas de representación indirecta al no lograr la producción efectiva de efectos jurídico en terceros como se explicará a continuación.

Lo anterior evolucionará profundamente en la edad media y las épocas renacentistas posteriores en las que el derecho holandés bajo la jurisrpudencia llamada "elegante" y su refraseo y reevaluación del derecho romano y sus principios[736] inician la dogmatización de los efectos ficticios de la representación directa que serán a la postre reconocidos primariamente por del derecho holandés y germánico - más proclive a las ficciones del derecho de origen legal que a la perspectiva individual romana clásica-. De la excepción procesal propia a las acciones honorarias, el derecho occidental da un salto cuántico que lo lleva a aceptar por primer a vez efectos extra-partes, como una ficción propia al derecho holandés y germánico, que no es sin embargo expresamente reconocida en el Code posteriormente.

Efectivamente ni el Code ni los códigos de 1870 y 1884 admiten expresamente la posibilidad de la representación directa, pese a que la misma es de facto accidentalmente tolerada y explicada dentro de la fenomenología del mandato, al cual se le atribuirán ulteriormente las facetas o especies de representativo y no representativo. Doctrinalmente así se manejarán de manera incipiente y accidentada los vocablos poder, mandato y representación de manera indistinta y poco clara.

---

[735] Articles 1119 "*On ne peut en génera´s'engager, ni stipuler en son propre nom que pour soi même*"; Article 1120 "*Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui -ci, sauf l'indemnté contre celui ci qui c'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement*"; Article 1121. "*On peur pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on a fait pour soi même ou d'une donation que l'on a fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la revoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter*." Es relevante al efecto mencionar que el Code incluye ambas excepciones en los principios generales de los contratos fiel a la tradicion "contractualista decimonónica" apuntada anteriormente y que al respecto, el legislador de 1928, elimina la referencia a los mismos - probablemente n virtud de la inclusión del régimen de la representación directa que rompe esos parametros romanistas y contractualistas manteniendo solamente expresamente el principio del pacta sunt servanda aunque alterado con la inclusión de instituciones como la lesión sus mencionada.

[736] Zimmermann Reinhard; Opus Cit; p 33-41

En ese contexto evolutivo, las figuras de representación indirecta - *tan propias al derecho romano* - se mantienen durante el *ius commune* y la perspectiva francesa decimonónica, aunque las mismas sean discretamente asimilables más en cuanto a sus efectos que a sus fines. Así, el Code y los Códigos decimonónicos mexicanos, carentes de visión dogmática y organicísta tan propios a nuestro ordenamiento de 1928, no tienen una sección ni de representación, ni de fuentes. Así, figuras como la gestión de negocios, la estipulación en favor de terceros y la promesa de porte fort son reguladas como satélites al mandato - *en el contexto general de dichos ordenamientos* - como instituciones tradicionales en las que no se analizan sus efectos representativos indirectos. Ninguno de dichos ordenamientos presenta efectivamente un tratamiento de las fuentes de las obligaciones - como hemos apuntado en las secciones precedentes - ni de la representación y sus tipos.

En contra de lo anterior, la representación directa es tratada por primera vez en el ámbito legislativo bajo la influencia del BGB y los auspicios de la jurisprudencia de conceptos[737]. La pretensión dogmática de ambos fenómenos es evidente y marca profundamente la regulación de 1928 en México bajo nuestro primer cambio de paradigma.

Ciertamente parece que la inclusión de la representación directa no es perceptible ni justificable sin considerar la teoría organicista de Bonnecasse de las ineficacias a que hemos hecho referencia en la sección precedente. El legislador de 1928 modifica la clasificación de los nuevos artículos 1800 a 1802[738], ubicándolos dogmáticamente dentro de la sección "Representación" que incluye en la teoría general de las obligaciones en las fuentes y en el capitulado propio del contrato.

El contenido de los numerales 1800 a 1802 es sin embargo idéntico a lo previsto en los códigos de 1884 y 1870[739], que calificaba la capacidad de las partes contratantes, requisito que vale la pena recordar era de validez del contrato (la existencia no se ponía en tela de juicio bajo la teoría clásica). Se ha mencionado que la clasificación y ubicación de los artículos del código no puede ser motivo para la determinación de su contenido normativo. Sin embargo,

[737] Vid Enneccerus Kipp y Wolf; Tratado de derecho civil alemán; tomo Apéndice - Codigo Civil Alemán BGB- Art 164. En el mismo sentido Enneccerus et al Opus Cit; Parte General Tomo II; pag 236

[738] Artículo 1800 del Código Civil de 1928: "*El que es hábil para contratar puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado*"; Artículo 1801 del Código Civil de 1928; "*Ninguno puede contratar a nombre de otro, sin estar autorizado por él o por la Ley*". Artículo 1802 del Código Civil de 1928; "*Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante serán nulos a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados los ratifique por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la Ley*".

[739] Artículos 1283, 1284 y 1285 del CC84 y 1399, 1400 y 1401 del CC70.

consideramos que dicha ubicación es clave para determinar por lo menos, la intención del legislador. Por otro lado, consideramos que esa ubicación y clasificación en consorcio con la inclusión de nuevos artículos normativos - *al caso concreto los relativos a la teoría de las ineficacias de Bonnecasse* - si debe de ser considerada para efectos de la interpretación de los artículos involucrados - tanto los reubicados, como los reclasificados y los de nueva inclusión -.

En este rubro es obvio al lector cuidadoso que la interpretación armónica de los preceptos incluidos y los preceptos reclasificados dentro del Código de 1928 en materia de ineficacias y de representación respectivamente, hace sentido en una óptica dogmática y organicista propia del legislador de 28 y tan ajena de las pretensiones decimonónicas mexicanas y del Code. Así parece evidente que los actos jurídicos celebrados a nombre de otro por quien no fuese su representante (directo) no pueden ser susceptibles de existencia y consecuentemente no pueden simplemente ser calificados de nulos como lo eran bajo el parámetro de los códigos de 1870 y 1884, dentro de los cuales no se había introducido la tesis organicista de Bonnecasse en ineficacias[740]. La posibilidad de ratificar los mismos actos no debe verse sino como objetivo legislativo, que deja al criterio del juzgador la última palabra siguiento los postulados de Japiot y Bonnecasse y dejando a un lado el parámetro exegético absoluto.

Lo anterior revela particular importancia para efectos de nuestra primera hipótesis de trabajo pues evidencia una vez más que el parámetro que persigue el legislador excede el de una mera regulación internándose en el ámbito del dogma y la enseñanza lógico conceptual de las instituciones materia del propio articulado.

En ese contexto es que la reclasificación de los artículos referidos - antes en materia de capacidad de las partes - hoy en materia de representación si requieren una interpretación armónica con la teoría de las ineficacias introducidas por el código de 1928. Así, el contrato carente de consentimiento por falta de facultades otorgada debiera consistentemente ser considerado como inexistente en términos del 1794 al carecer de consentimiento o de objeto que pudiera ser materia del mismo. Sirven a lo anterior lo previsto en materia de requisitos del objeto como la perspectiva dogmática de la representación directa que en palabras de Borja Soriano corresponde a la teoría de la ficción al amparo de la cual si la hipótesis normativa de los artículos 1800 y 1801 no se actualiza, el binomio contractual es un imposible jurídico y por ende en tanto contrato el mismo es inexistente. Al amparo de la interpretación literal del artículo 1802 del CC

[740] Vid secciones anteriores.

28 pareciera que la interpretación adecuada es similar a la textual decimonónica del artículo 1285 - bajo el CC84 - y la interpretación exegética que bajo el mismo no remitía a una sección general en la que en materia de nulidades el juez tuviese un mayor margen de determinación respecto de la existencia o validez del acto - *Vid. artículos 2224 a 2227 del CC28* -. Sin embargo, esta perspectiva soslayaría el cambio en la teoría de las ineficacias para efectos de la cual, organicistamente, aquello que carece de existencia no es susceptible de confirmarse como un acto anulable o nulo. El parámetro de 1928 es lógico de acuerdo con los postulados de la jurisprudencia de conceptos.

Parece evidente en cambio que al amparo del Código de 1884 y sus antecedentes, la falta de facultades para representar era visualizable y sancionable como un acto indebido - que no imposible - y que por lo tanto era ratificable - *artículo 1285 bajo el CC84* - . Así, la sanción aplicable era una anulabilidad, que no una inexistencia y como consecuencia el acto afectado era confirmable como lo preveía el artículo sus mencionado - *y cuyo texto se mantiene bajo el Código de 1928 en el artículo 1802* -. Esto es entendible no solo por la no expresa regulación de la representación, sino muy especialmente por la inclusión de la llamada teoría clásica de las nulidades bajo la cual, la inexistencia no era materia de regulación. Por lo mismo dichos actos serían anulables que no inexistentes.

Bajo el código de 1928, en concierto con la teoría organicista de Bonnecasse en materia de ineficacias, los actos jurídicos realizados por un sujeto sin facultades, no pueden ser nulos pues no nos encontramos ante algo inadecuado, sino ante algo técnicamente imposible - artículos 2224 y 1828 - bajo el CC28 -, pues la hipótesis normativa no es actualizable[741] y por lo mismo, técnicamente, nos hallaríamos ante un acto jurídico inexistente. He ahí la perspectiva dogmática del legislador de 28 que rompe con los parámetros del legislador decimonónico mexicano y del Code.

Por último, es importante mencionar que el cambio de clasificación de los artículos que desde 1928 regulan a la representación directa no es anodina ni inocente. Efectivamente los artículos en comento, si bien su texto no ha cambiado, estaban ubicados en la sección de la capacidad que para el Código de 1884 y 1870, que desde ese entonces era claramente un requisito solamente de validez ante el cual, el contrato sería simplemente anulable. La inclusión

[741] El código claramente preve que es imposible el acto por ser incompatible con una Ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstaculo insuperable para su realización. La ficción claramente no es actualizable si el sujeto actúa sin facultades.

de requisitos de existencia y la reclasificación del articulado para incluir una sección de la representación directa no son solamente una paradójica coincidencia, sino parte de un plan maestro de diseño del legislador que pretende, en materia de obligaciones, replantear su función - *el primer cambio de paradigma* -. Obviamente en el siglo XIX, la falta de capacidad sería causa de anulabilidad y el acto sería confirmable - artículo 1285 sus mencionado y artículo 1677[742] - ambos bajo el CC84 -. Así, en concierto con otras instituciones aplicables en potencia, en ausencia de representación los actos jurídicos celebrados por el gestor en nombre del dueño del negocio serían simplemente anulables y confirmables. La gestión de negocioas era ciertamente una modalidad del contrato de mandato siguiendo parámetros decimonónicos ya mencionados, tanto en materia del contrato como del propósito meramente regulador del legislador.

Al respecto cabe referir la nueva regulación y clasificación de la gestión de negocios dentro del espectro del código de 1928, que es consistente con las ideas precedentes. Efectivamente, la gestión de negocios había sido considerada durante el siglo XIX y bajo los lineamientos primeramente del Code[743] como posteriormente del Código de 1870[744] y el de 1884[745], respectivamente como un cuasi-contrato o como una especie del contrato de mandato, como un mandato oficioso. En consecuencia, y ante la confusión reinante entre los tipos de representación, ninguno de dichos ordenamientos decimonónicos distinguía específica y dogmáticamente, no era pues perceptible la gravedad técnica y dogmática de la realización de actos jurídicos por el gestor en nombre del dueño del negocio[746]. Ciertamente al no incluirse la teoría de las ineficacias de Bonnecasse y seguirse a pie juntillas la perspectiva exegética de la tesis clásica, esos actos solamente serían en su caso anulables y por lo mismo, confirmables tal y como lo preveía al efecto el código de 1884[747] y el de 1870[748]. Es es el texto que se traslada al

---

[742] Artículo 1677 - bajo el CC84 - "*Cuando el contrato es nulo por incapacidad, intimidación, o error, puede ser ratificado cesando el vicio o motivo de nulidad, y no concurriendo otra causa que invalide la ratificación.*"

[743] Artículo 1373 Gestion d'affaire d'autrui - Titre Quatrième - Des engagements qui se forment sans convention - Chapître Premier - Des Quasi Contrats.-

[744] Articulo 2533 en el Capitulo VII - De la Gestión de Negocios (lease Mandato Oficioso) dentro del Título Duodécimo - Del Mandato o procuración.-

[745] Articulo 2416 en el Capitulo VIII - De la Gestión de Negocios (lease Mandato Oficioso) dentro del Título Duodécimo - Del Mandato o procuración y de la prestación de servicios profesionales -.

[746] Al efecto los artículos 2419 y 2421 del CC84 con importantes efectos en el Código de 1928 preveían que: "*Si el dueño ratifca la gestión y quiere aprovecharse de las utilidades que produzca está obligado a indemnizar al gestor de los gastos necesarios que haya hecho y de los perjuicios que haya recibido por causa del negocio.*" Asimismo que "*La ratificación del dueño del negocio producirá todos los efectos que produciría el mandato expreso"*.

[747] Articulo 1285 del Código de 1884 que regulando en ese contexto - y con claras secuelas en la redacción del Código de 1928 aunque en un contexto distinto en el que el Código ya recoge la doctrina organicista y tripartita de Bonnecasse en materia de ineficacias - la capacidad establecía que "*Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legitimo representante serán nulos a no ser que la persona a cuyo nombre hayan sido celebrados*

Código de 1928. Sin embargo, el texto se encuentra ahora reclasificado al amparo de la representación - *directa* - que en ejercicio de ficción legal - *de claro origen germano* - permite imputar efectos - siempre que se tenga la autorización previa mediante la Ley o un poder [749]- y ante la ausencia de la cual, la ficción no es actualizable, la voluntad no se presenta y el acto debiera en esencia, ser considerado inexistente, desde una perspectiva organicista, que ahora si es propia al código[750].

Parece evidente que la inclusión de la representación directa, en un tratamiento dentro de la regulación general de las obligaciones y la regulación de la Gestión de negocios en las fuentes y segregada de la regulación relativa al mandato es premeditada y consistente con la inclusión de la teoría de las ineficacias de Bonnecasse y con la nueva regulación de la representación directa. Por lo anterior parecería absurdo en el desenvolvimiento congruente de la hipótesis, interpretarlas de manera separada. Claramente estas tres instituciones corresponden al nuevo paradigma del legislador como un factor dogmático que busca con su código lograr una perspectiva legal mucho más técnica y académica pero sobre todo integral y matemáticamente orgánica. Es interesante subrayar como este tema no es meramente accidental pues para el Código de 1928, la gestión de negocios si cambia de clasificación, al no ser ya solamente un tipo de mandato "oficioso". Esto obedece por un lado a los postulados del legislador que quiere reducir la importancia de las figuras contractuales y atribuir efectos jurídicos por la determinación de la Ley según el parámetro de Duguit. Por el otro le permite en concierto con la representación directa y las nulidades alcanzar conclusiones organicas y dogmáticas sin precedente. La inclusión de la representación directa y la teoría organicista de las nulidades junto con el cambio de clasificación de la gestión, todas ellas ausentes en ese contexto en el Code[751] y la tradición decimonónica, serían demasiadas coincidencias para no analizarlas y aplicarlas consistentemente como parte de ese nuevo paradigma que adopta el callismo y la comisión redactora.

---

*los ratifque antes de que se retracte por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exija la Ley.*"

[748] Redacción identica en numeral 1401, clasificación como capacidad y razonamiento aplicable en el contexto de la tesis clasica de las nulidades.

[749] Artículo 1800-1801 y 1802 del Código de 1928 con mismo contenido que los de sus antecedentes pero buscando regular la representación directa en una posición mucho más dogmatica y organicista en combinación clara con la tesis de las ineficacias de Bonnecasse también adoptada.

[750] Sobre la creación doctrinal de la representación directa en Alemania por Laband y Ihering, cfr. Fromont et al Introduction au Droit Allemand, Edition Cujas Paris, 1991 p 59-60

[751] Fromont et al, Opus Cit p 59-62.

El cambio de paradigma es evidente. En todo caso, en el análisis organicista, lógico y dogmático consecuente, la falta de consentimiento daría lugar a un acto inexistente y la falta de autorización para actuar en nombre de otro llevaría a la misma consecuencia. El gestor no puede actuar -*salvo excepción muy puntual que analizaremos en su momento* - en nombre del dueño del negocio so pena de caer en el mismo supuesto de inexistencia. La gestión de negocios no es un tipo de contrato de mandato en el que puedan interpretarse sus disposiciones de la misma forma que la representación directa que ahora se regula. Las diferencias entre representación directa e indirecta se insertan por primera vez y complementan la perspectiva organicista en materia de ineficacias para efectos de la cual no son equiparables la imposibilidad que da lugar a la inexistencia y la ilegalidad que da lugar a la nulidad, este si susceptible de graduación.

La inexistencia y la representación se vuelven así dos instituciones accesorias a la teoría general de las obligaciones que, insertadas en la sección general de la misma, constituyen la piedra angular del nuevo paradigma que adopta el legislador en su función dogmática y que apuntalaran la construcción del nuevo edificio conceptual dogmático respecto de lo que el legislador considerará debe ser definido como una obligación girando alrededor del mismo como apuntaba Larenz[752].

Cabe por último mencionar que el tratamiento anterior en materia de representación sería imposible si no se hubiera alterado la estructura del código que regula ahora a las obligaciones y no solo a los contratos. En este cambio estructural, la dualidad regulatoria del objeto sus mencionada, la inclusión de la teoría de Bonnecasse en materia del objeto motivo o fin y en materia de ineficacias van como un paquete complejo cuyas piezas no hubieran podido funcionar la una sin la otra. De ahí que, sin implicar directamente un cambio de paradigma de concepto de obligación, la inclusión de la teoría de las ineficacias se acopla y justifica en contexto con los demás para sustentar esta nueva visión de la obligación.

Hechas las acotaciones anteriores en materia de nulidades, ineficacias y representación - *todas ellas en substancial novedad respecto del molde del Code*[753]- como instituciones auxiliares de la teoría general de las obligaciones, podemos ahora si abordar el novísimo tratamiento que da el Código de 1928 respecto de las fuentes de las obligaciones.

En esta sección las inclusiones y modificaciones en materia de nulidades y representación, así como las nuevas perspectivas respecto de las características de una obligación

[752] Larenz Karl OPus Cit; p 40
[753] Cfr. Fromont et al Opus Cit.

que subyacen en el texto del Código de 1928 produjeron una nueva configuración de los fundamentos del derecho privado. Nuestra segunda hipótesis va un paso más adelante pues argumenta que los cambios también introdujeron un nuevo paradigma sobre el concepto de la obligación.

### 3.3 La teoría del acto jurídico. -

En la dogmática jurídica, las teorías relativas al hecho y al acto jurídico, corresponden a la más básica elaboración conceptual, a partir de las cuales, giran todas las figuras jurídicas de mayor elaboración o complejidad[754]. Siguiendo a la jurisrpudencia de conceptos, podría decirse que todo lo que es susceptible de analizarse en el ámbito del derecho deriva o redunda en la naturaleza de acto o hecho jurídico; asi como lo hace respecto de la obligación. La naturaleza jurídica o "base genética" de toda figura jurídica termina a última instancia en la naturaleza de ser acto o hecho jurídico obligación o derecho subjetivo.

Este es un tema por demás discutido. Sin embargo, su análisis queda en consecuencia normalmente como una de las figuras básicas con las que la enseñanza jurídica profesional, comienza la construcción de conceptos básicos que corresponden al estudioso del derecho. Basta al efecto mencionar como más relevantes y más extendidas posturas doctrinales al respecto, la posición tradicional francesa del hecho y acto jurídico y la posición alemana francesa del acto y negocio jurídico.

Su novedosa introducción como categoría dogmática en el CC28, no tiene parangón en sus predecesores decimonónicos mexicanos ni en el Code. El artículo 1859 establece al efecto "*las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros **actos jurídicos**, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la Ley sobre los mismos.*" (énfasis añadido) De entrada, no habla técnicamente de negocio jurídico sino solamente de acto jurídico, así mucho podría especularse de respecto del artículo y su relación con la posición francesa. Mucho podría también criticarse como lo hace por ejemplo Domínguez Martínez, que la especie - *contrato* - no puede referir al género- *acto jurídico* -. Sin embargo, estas discusiones formales parecen evadir lo más relevante respecto de este artículo. Ciertamente el código de 1928 parece hacerlo en el contexto de la inclusión de una teoría general de las obligaciones y más evidentemente en atención a la pretensión dogmática derivada de su

[754] Cfr. Larenz Karl, Opus Cit; p 40

influencia de la jurisprudencia de conceptos, por lo que pareciera inevitable interpretarlo más como una inclusión de la teoría alemana del acto y negocio jurídico. Las referencias al contrato se erosionan - Duguitianamente - de manera importante al ser aplicable las disposiciones de este a cualquier acto jurídico en el cual la imposición de consecuencias no deriva del tan vilipendiado contrato de origen romanista.

Más aún, esta inclusión parece tener como consecuencia una clara función academicista y educativa en el contexto de lo antes referido respecto a la desiderata de García Téllez. Ciertamente parece que el público del Código pretender ser entregado con información técnica que le permita una mejor comprensión de las obligaciones y sus implicaciones en la vida práctica.

Finalmente, pero no menos importante, parece que la inclusión de la teoría del acto jurídico busca y permite que la aplicación de instituciones jurídicas reguladas al amparo del Código de 1928 tenga una mucho más clara visibilidad de su naturaleza permitiendo una más técnica aplicación de las reglas específicas a cada una de ellas. *Verbigratia* y adelantándonos al siguiente capítulo, la inclusión del acto jurídico permite en nuestra opinión una mucho más evidente exposición y aplicación de la declaración unilateral de la voluntad y otras fuentes de novel introducción, así como del pago, del pago de lo indebido, de la transmisión de las obligaciones por sólo anticipar algunas y su nuevo tratamiento en 1928. De ahí que consideremos que su inclusión es crucial y relevantísima para la hipótesis de la presente investigación. Ciertamente la atribución de consecuencias jurídicas a la voluntad de las partes de cualquiera de esas instituciones solo es valorable íntegramente en el contexto de la teoría del acto y el negocio jurídico, con lo cual dichas instituciones cobran vida y sustento técnico como se verá más adelante.

### 4. Las nuevas fuentes de las obligaciones: un tratamiento sistemático.

Siguiendo los parámetros y desiderata del legislador de 1928, el contrato no es ya el centro del código en materia transaccional. El libro es reclasificado como regulador de las obligaciones que se erigen en el centro del mismo y constituyen el ejemplo vivo del nuevo paradigma del legislador. El binomio contrato propiedad-auspiciado y protegido por la sociedad burguesa decimonónica francesa no es más el centro de la regulación. La diferenciación dogmática contrato-obligación de corte conceptualista y pandectista sirve de medio. La regulación tiene

ahora además pretensiones dogmáticas y científicas alrededor del concepto de la obligación, concepto más abstracto y técnico[755]. Así, dentro de la influencia cientificista del BGB y la jurisprudencia de conceptos, resulta un nuevo reto y objetivo, detallar científica y organicistamente la materia jurídica transaccional alrededor de la obligación, cuya teoría general adopta como eje rector. En esta perspectiva, la primera estación abordada por el legislador es el análisis y regulación de las fuentes de las obligaciones de manera abstracta y general, cuestión y método que aborda en el Código de 1928 por primera vez en nuestra historia legislativa en virtud de los propósitos y metas antes listados.

Esta nueva visión del derecho civil traerá como consecuencia un cambio de paradigma respecto del concepto de la obligación misma que ya anticipábamos en el capítulo anterior, como un efecto meramente natural, al abrir el parámetro de análisis y regulación y como consecuencia de la influencia germánica sus mencionada. Lo anterior será patente en materia de fuentes, pero también en materia de modalidades, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones - *instituciones a las que les serán aplicables por primera vez las mismas instituciones en atención a la inclusión del acto jurídico* - . Por último, estos cambios serán un factor primordial para la interpretación de las instituciones reubicadas, transformadas o introducidas por primera vez. En todo ello podrá verificar el lector la corroboración de la segunda hipótesis de trabajo en virtud de la cual, para el legislador de 1928 y para el lector cuidadoso, técnico y armónico del código, la obligación no podrá ser definida más como lo era en el siglo XIX. La factibilidad conceptual y lógica de ello, será nuestra última conclusión al respecto. En este cambio de paradigma, será la metodología de la jurisprudencia de conceptos la que podría llevarnos a confirmar nuestra segunda hipotesis y a sugerir inclusive, que más que un cambio de concepto, en 1928 se establece el primer concepto, en la extensión técnica de la palabra de la obligación.

Haremos al respecto las acotaciones respectivas a la novedad de cada institución en comento o a su simple relocalización o desnaturalización respecto de los modelos emulados, según corresponda.

[755] Vid Larenz Karl, Opus Cit.

## 4.1 La declaración unilateral de la voluntad.

### (i) Consideraciones generales.

En la declaración unilateral de voluntad, encuentra la dogmática jurídica mexicana su primer y mayor golpe respecto del "concepto" tradicional de obligación y sus tradicionales características dentro del molde sistemático y organicista de la vida de la obligación.

Sin duda la declaración unilateral de voluntad pertenece a una perspectiva jurídica social y conceptual distinta que deriva de una vivencia cultural y lógica completamente ajena a la cosmogonía romanista y decimonónica francesa.

Efectivamente, la declaración unilateral de voluntad solo es marginalmente aceptada en el derecho romano como una particularidad de situaciones jurídicas anómalas para el derecho transaccional. El voto a la ciudad o a los dioses claramente aceptado como manifestación unilateral de obligaciones, que es evidente no planteaba una exigibilidad *inter partes* como cualquier transacción - *sponsio o mutuum* - lo hubiese hecho[756].

Parece evidente que dentro de los parámetros del derecho romano, la carencia de exigibilidad de la declaración unilateral de voluntad entre partes iguales hacía imposible concebir la fuente unilateral, puesto que desde una perspectiva lógica la exigibilidad no puede estribar en el propio sujeto obligado. Asimismo, desde la perspectiva jurídica formal y exegética, en la que la prestación o relación jurídica requiere exigibilidad de un sujeto activo en el ámbito procesal - *a la postre el actor* - la declaración unilateral de voluntad no parece aceptable.

La añeja definición justinianea de la obligación no podía en lógica aceptar la generación voluntaria y unilateral de obligaciones al partir de una premisa bilateral, derivada de la presencia de conflicto inherente en la ejecución del *nexum* y en incipiente *mutuum* del derecho arcaico y clásico romano[757].

Es así como el Code, en la misma línea de pensamiento, no concibió ni recogió a la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones. Es claro en el contexto sus mencionado que al centralizar el contrato la esencia del derecho transaccional y el centro de la regulación del Code, los códigos decimonónicos mexicanos, no tenían cabida para la declaración unilateral de voluntad[758]. Así en el contexto positivista francés decimonónico, la definición de obligación enfatizará la relación jurídica entre dos sujetos y la perspectiva de exigibilidad y

[756] Iglesias Juan; Opus Cit; p 406-407
[757] Vid; Zimmermann Reinhard, Opus Cit; p 28
[758] En el mismo sentido Castán Tobeñas Jose, Opus Cit; p 53

pecuniariedad consecuente. En el contexto de las mismas, hablar de la declaración unilateral de la voluntad parecería una incongruencia conceptual (sic). Así, la misma no es recogida ni regulada en forma alguna durante la legislación decimonónica mexicana, sino hasta 1928 con el código materia de nuestro estudio.

Al respecto como narra Boffi Boggero[759], la declaración unilateral de voluntad en tanto fuente de obligaciones surge de las transacciones en las comunidades hanseáticas, de corte germánico para las cuales la juridicidad no estriba en el *häftung* exigible sino en el *schüld* - *débito o deber* - que asume aquel que genera una expectativa legítima de derecho que por definición carece de exigibilidad[760]. No es así casualidad que el BGB recoja la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones y la regule por primera vez en el universo civil occidental de forma sistemática por la multimencionada influencia de la pandectística y la jurisprudencia de conceptos. La consistencia no permitiría regresar validamente a una concepción bilateral. De hecho es igualmente observable como el concepto resulta según los parametros de la escuela histórica de una observación de la realidad transaccional.

Al respecto la declaración unilateral de voluntad no es compatible con la tradicional definición heredada desde el *momentum* justinianeo pasando por el derecho francés decimonónico. Claramente esta fuente corresponde a un paradigma cultural y dogmático exógeno a su trayectoria. Su incorporación en el CC28 representa la piedra angular del cambio de paradigma en el concepto de la obligación, materia de nuestra segunda hipótesis. Así Boffi Boggero narra que la teorización propia a la declaración unilateral de la voluntad es posterior a la publicación del Code, correspondiente a las conferencias publicadas en Alemania en 1854 por Henrich Siegel en Giesen y por Johannes Emil Kuntze en Leipzig en tanto prólogo y presupuesto lógico conceptual a su tratado de títulos al portador[761], lo cual traerá interesantes implicaciones en el CC28.

El cambio de estructura del Código en materia de contrato *versus* obligaciones es la piedra angular del cambio de papel del legislador. En consistencia con el mismo, las inclusiones de teorías organicista en materia de nulidades y de la representación directa en el capítulo de la

[759] Boffi Boggero Luis María; La declaración unilateral de la voluntad como fuente de las obligaciones; Buenos Aires, 1942; p 496

[760] Ibidem; p 495 "*el acreedor puede ser persona determinada o indeterminada[...] lo que no puede faltar es el deudor pues la obligacion debe [exigirse] a una persona [....] la facultad de revocación es latente y [connatural] [ y especialmente citando a Guihaine], no importa la coacción como no importa en la obligación natural o en la delictual....*" (énfasis añadido)

[761] Boffi Boggero Opus Cit; p 496

contratación, dan un parámetro científico moderno y dogmático que complementa ese primer cambio paradigmático y programático de la revolución mexicana basada en los multirreferidos lineamientos de Duguit, para la transformación del derecho privado y en la desiderata constitucional de 1917. El contrato, la propiedad, la responsabilidad y la autonomía de la voluntad eran los claros objetivos del Callismo en la publicación del nuevo código. Con más o menos éxito y efectividad de los mismos para efectos sociales y económicos, el cambio de paradigma era claro. Técnicamente parece que los mismos añaden una estructura técnica mucho más avanzada y una amplitud de perspectivas en la regulación mucho más propicia y adecuada para la regulación de una sociedad como la mexicana en los albores del siglo XX.

Sin embargo, el mayor tecnicismo connatural con el consecuente cambio de paradigma resultante en las instituciones que regulan a las obligaciones en lugar de los contratos es la declaración unilateral como fuente.

Ciertamente, desde una perspectiva lógica, el concepto de obligación de la tradición romano-francesa no es conciliable con la inclusión de esta fuente. Sin embargo, a resultas de su introducción, la doctrina se esforzó en buscar la manera de interpretar el nuevo texto con base en los parámetros decimonónicos y romanistas, de forma infructuosa. Lo anterior ante la paradigmática situación de querer por un lado derivar del texto legal, corroboraciones del concepto doctrinal, no obstante, el evidente golpe de timón doctrinal y conceptual que el propio código planteó con la inclusión de esta fuente. Agravaría sustancialmente dicho esfuerzo la deficiencia lógica del "concepto" tradicional. El mismo presenta dos graves fallas de proceso y un consecuente resultado erróneo. Ciertamente la doctrina mexicana se esforzará vanamente (i) en comparar categorías diferentes, (ii) en utilizar para ello categorías con deficiencias *ab origine* de formación y obtendrá por último (iii) una solución ecléctica que amén lo anterior al pretender conciliar lo irreconciliable y encontrar una solución intermedia terminará por violentar un principio estructural de lógica conceptual, con tal de "salvar" el pseudo concepto que por tradición hereda del ius commune. Violentará dicha lógica intentando explicar el fenómeno a través de un tercero incluido que la perspectiva lógica excluiría por definición y que ignora la influencia pandectística en la institución.

### (ii) Análisis lógico jurídico de la declaración unilateral de voluntad.

### a. Análisis de la doctrina civilista mexicana.

Con independencia de analizar las particularidades relevantes de cada especie de declaración unilateral de voluntad[762], profundizaremos en primera instancia cuales son las particularidades e inconsistencias que la misma plantearía frente al "concepto" tradicional romanista - francés. Haremos breve referencia a algunas reflexiones doctrinales francesas y mexicanas al respecto.

En el frente lógico, la inclusión de la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones plantea una *contradictio in terminis*, irreductible bajo parámetros lógicos al contrastarse con la perspectiva pseudo-conceptual heredada de la tradición romanista por la vía francesa decimonónica. Ciertamente la obligación ha venido siendo considerada, según expuesto anteriormente, como una relación jurídica entre dos sujetos en virtud de la cual, uno de ellos llamado acreedor está facultado para exigir del otro llamado deudor, una determinada prestación que consiste en un dar, en un hacer, o en un no-hacer. Sin embargo, si partimos de la premisa que la declaración unilateral de voluntad genera obligaciones en términos del legislador de 1928 - *y sus afluentes germánicos previamente anunciados* - se plantea una paradójica y paradigmática interrogante sobre cómo puede constituirse una relación con un sujeto acreedor indeterminado y más aún con un sujeto que no ha prestado su voluntad para actuar como acreedor.

Claramente la obligación en tanto vínculo de exigibilidad - *bajo los parámetros y características enunciados en apartados anteriores* - no puede crearse por la simple voluntad del deudor, pues en el ámbito del derecho privado, nadie podría considerar válidamente la creación y existencia de derechos exigibles en el patrimonio personas que lo ignoran y que podrían eventualmente inclusive rechazarlos, máxime considerando su naturaleza bilateral. En su caso, lo que se crea en beneficio de estas personas sería una expectativa, sujeta a su aceptación caso en el cual el vínculo jurídico de referencia se formaría, aunque en este último caso parecería que la fuente tiene otra naturaleza de índole contractual al implicar un claro acuerdo de voluntades[763].

---

[762] El análisis de cada especie de la fuente en lo particular tienen por objetivo reforzar la demonstración de la primera hipotesis para la cual, los objetivos buscados por el legislador - según expodremos y fundamentaremos al respecto - inciden claramente en la busqueda de nuevos paradigmas en la función legislativa respecto de los que caracterizaron al legislador decimonónico.

[763] En palabras de Karl Larenz, Opus Cit, p 34 citando a Savigny como precursor de las perspectivas sistemáticas de la jurisprudencia de conceptos, "... *el pensamiento jurídico no debe moverse solamente en un plano, sino que continuamente ha de hacer de intermediario entre la contemplación y el concepto representando aqui la contemplación el todo,mientras que el concepto y la regla formada mediante él, sólo puede abarcar cada vez un concepto parcial y justamente por ello, tiene que ser complementado y rectificado constantemente por la contemplación*...". Con estas líneas se anticipa la visión sistemática que retomarán Ihering y y Windscheid para la cual, las fuentes de las obligaciones no podrían lógicamente admitir una especie en la que el concepto de obligación no se acomodase, como es el caso.

La gran interrogante estriba en discernir si antes de la aceptación por parte del policitado, puede considerarse que el policitado se encuentra obligado y como puede estar obligado si por obligación entendemos una relación jurídica con un acreedor, si este no se ha identificado aún e inclusive, aún identificado en su caso, no ha aceptado y puede no aceptar nunca y por ende nunca exigir su cumplimiento. La relación jurídica no se puede formar sin consentimiento de este. ¿Será acaso entonces técnica y lógicamente valida la fuente en comento bajo el mismo concepto de obligación? Es necesario hacer referencia en este apartado a la disección practicada por la jurisprudencia de conceptos y referida en el capítulo anterior y que parece haber ilustrado al legislador de 1928. La referencia a la conceptualización dogmática de dos elementos cronológicos de la obligación el *schüld* - o débito - por un lado y el *häftung* o responsabilidad por el otro[764]. De claro origen pandectístico, esta disección arroja elementos de mayor sustentabilidad para soportar a la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligación. Claramente el policitante puede generar un *schuld* o débito a su cargo, la responsabilidad o exigibilidad que caracterizaría a la obligación en el parámetro romanista y franco decimonónico derivaría solamente de la aceptación que formaría ya una relación jurídica de naturaleza contractual. Estriba preguntarse sin embargo si el producto de esa policitación no recepticia, el *schuld* o débito, puede válidamente designarse como una obligación, caso en el cual sería claramente aceptable esta fuente, aunque el producto resultante obligación fuese algo distinto de lo secularmente transmitido y dogmáticamente aceptado por la doctrina civil francesa decimonónica y la incipiente doctrina mexicana resultante. De ser así, parece una paradoica coincidencia la simultánea eliminación del aspecto pecuniario del objeto de la obligacion, la eliminación de la prescripción como forma de extinción y la inclusión de las obligaciones naturales, puesto que incidirían - de existir un hilo conductor entre todas ellas - en que la obligación no requiere exigibilidad para existir y por ende es susceptible de creación de forma unilateral. Todo esto bien entendido desde una perspectiva sistemática, científica y organicista.

Es muy ilustrativo verificar que esta problemática no se presenta a la doctrina francesa pues el Code, consistente con su antecedente forense romanista, no incluye a la declaración unilateral de voluntad como fuente.

Resulta evidente que esta salida de parámetros lógicos rompe con siglos de tradición jurídica civil heredada por lo que parece un sin sentido y no resulta aceptable. Así algunos

[764] Rojina Villegas Rafael; Opus Cit; p 21 y 26

buscarán considerar que, en la declaración unilateral de voluntad, el policitante está obligado, siempre que alguien acepte, momento en el que los efectos se retrotraerán al tiempo de la propia oferta. Así consideran que esta fuente plantea una excepción - *solamente de naturaleza temporal* - al concepto tradicional de obligación, en virtud de lo cual, la obligación resultante sería una relación con un sujeto indeterminado, aunque determinable y que estaría condicionada (sic) a que dicho sujeto se determine.

Sin embargo, estos esfuerzos parecen desde una perspectiva lógica infructuosos e insustentables. Ciertamente, si consideramos que la declaración es fuente sujeta a la aceptación ulterior, la problemática se desplazaría llegada esta pues nos encontraríamos frente a una segunda fuente de naturaleza contractual que claramente se disociaría de la policitación. De la misma forma, si los efectos se retrotrajesen al tiempo de la policitación, la obligación regresaría a ser liberada por un acto jurídico unilateral y consecuentemente no podría ser definida como una relación.

En nuestra opinión nos hallamos aquí ante una *contradictio in terminis* absoluta en la que bajo parámetros lógicos, cualquier punto medio- *según intentado por parte de la doctrina mexicana*- , debiera ser considerado como un tercero excluido.

### b. Análisis lógico-jurídico basado en la *desiderata* del legislador.

De aceptarse la policitación no recepticia como fuente de obligaciones, sería solamente la perspectiva del *schuld* de origen pandectístico la que permitiría la creación de algo, que, bajo parámetros culturales distintos, es concebido como una obligación. El vínculo o relación solo se da en el parámetro de exigibilidad - *léase de contrato* - pero antes de esta, si se quiere aceptar a la policitación, algo existe, algún contenido obligatorio y jurídico, distinto de la exigibilidad y de la correlación con un sujeto activo. ¿Puede esto ser considerado y concebido como una obligación? He ahí el dilema.

Para efectos de esta investigación pareciera que el legislador Callista pretende cambiar la realidad jurídica liberal y decimonónica. El contrato y la propiedad no pueden ser más - *en su*

*perspectiva* -los ejes rectores de la formación de obligaciones[765]. El elemento lógico conceptual parece presente.

Asimismo, la autonomía de la voluntad no puede percibirse más como un tabú indiscutible. La Ley debe y puede atribuir la formación de obligaciones con independencia de la tradición civilista. Así, el Código de 1928, rompe con la estructura de los códigos decimonónicos que le predecían. La teoría general de la obligación es el centro de la regulación. El contrato no es más la materia central del libro IV que ahora regula a las obligaciones[766]. Dentro de las mismas, el tratamiento de las fuentes es el primer apartado en el que la *desiderata* revolucionaria se realiza. La policitación no recepticia puede, por decreto, crear obligaciones, aunque solo sea mediante la voluntad del deudor; el legislador parece haberlo decidido así . Sin embargo y suponiendo que esto sea válido, ante ello, las obligaciones no pueden, en ese parámetro ser más, consideradas como un vínculo bilateral. El acuerdo no parece ser más, un elemento necesario para que un sujeto quiera y pueda convertirse en deudor. Consecuentemente la obligación no, es más, en su perspectiva, una relación jurídica bilateral.

Por último, el legislador de 1928 busca con la publicación del nuevo código, agilizar la transmisión y circulación de la riqueza[767]. Las formas convencionales tradicionales son consideradas como trabas para ello, inspirándose en la legislación alemana, no solo en materia

---

[765] Enunciativamente vid; Duguit Opus Cit; p 175; 207; Cfr. García Tellez Ignacio Opus cit; p 12 para este último: " *...con el objeto que la legislación común comprenda las nuevas clases de obligaciones impuestas por la vida moderna* ***y que el contrato no abarca totalmente****, se desarrolla con la amplitud necesaria una teoría general de las obligaciones, que estudia su nacimiento, sus diversas formas, transmisión y extinción. Al lado del contrato, fuente primordial de las obligaciones se reglamentan obligaciones nacidas sin necesidad de convenio entre los titulares de la relación jurídica, como son las obligaciones originadas por las promesas al público, las estipulaciones en favor de tercero, los títulos al portador y a la orden, las obligaciones nacidas delos actos ilícitos, el risgo profesional, la gestión de negocios, el pago de lo indebido...*" ( énfasis añadido)

[766] Garcia Tellez Ignacio Opus Cit; p 39 para el cual: " *....en esta materia era conveniente no dejar fuera de la Ley* ***formas de obligarse que el progreso cientifico (sic) ha creado****, porque a medida que la sociedad avanza, las relaciones de sus miembros se multiplican, se unen más estrechamente sus intereses y nacen relaciones jurídicas* ***que no toman su origen del acuerdo de voluntades****, sino que para garantía de los intereses colectivos* ***se imponen aún contra la voluntad o se exigen sin que esta se haya expresado todavía****. Formas que el Código anterior no comprendía y que los Códigos Civiles Modernos y connotados publicistas (sic) han definitivamente aceptado ....*" ( énfasis añadido)

[767] Esto aplica tanto en materia de la inlcusión de los "titulos civiles a la orden y al portador a los que nos refriremos más adelante - según menciona Garcia Tellez Ignacio Opus Cit; p 40 para el cual: " *... con el objeto de facilitar las relaciones jurídicas entre particulares, asegurar el fiel cumplimiento de sus compromisos y* ***estimular la circulación de la riqueza por medios más rápidos y sencillos se adoptaron las formas comerciales del endoso y de la transmisión de los títulos a la orden y al portador****...*" ( énfasis añadido) - como a la transmisión per se de derechos y obligaciones que también será incluida novedosamente en el Código de 1928 y referida ulteriormente respecto de la cual el texto de García Tellez es igualmente ilustrativo a estas alturas.- " *del titulo tercero que trata de la transmisión de las obligaciones fué corregido especialmente el Capitulo I que se ocupa de la cesión de derechos y el II que se refiere a la cesión de deudas.Las correcciones hechas tendieron a facilitar la circulación de los bienes ....*"

del BGB sino también en la regulación de los títulos valor, sin precedente sistemático en México. La inclusión de la policitación no recepticia como fuente de las obligaciones es previsto como un elemento que permitirá la mayor y más rápida transmisión y circulación de la riqueza, a través de títulos valor de naturaleza civil - *amén cualquier consideración al respecto quedando esta como premisa o desiderata legislativa evidente* -. Ciertamente la inclusión de estos no sería técnicamente factible - pese a las pifias que implicará su muy incipiente regulación a la que haremos referencia en los siguientes apartados - sin la inclusión de la policitación no recepticia en el ámbito civil.

El elemento técnico y dogmático utilizado al efecto es sin duda la jurisprudencia de conceptos que permite, como lo evidencia el BGB, antecedente legal inmediato de la policitación no recepticia, la creación de obligaciones de forma unilateral. Claramente el concepto implícito estriba en una distinta concepción de las obligaciones que se desprenden de las relaciones jurídicas, a las cuales pueden complementar pero que no las definen.

La opción parece evidentemente ser, que aquello que el BGB permite crear mediante policitaciones no recepticias son *schulden* - débitos o deberes - que por definición no son exigibles, y que a la postre son traducidos en la doctrina mexicana, - *buscando ese tercero "incluido " sus mencionado*-, como deberes jurídicos, que no como obligaciones. Lo anterior como anticipábamos trastoca sin embargo la más elemental lógica conceptual y por lo mismo no parece aceptable.

Al respecto, el ajuste legislativo de 1928 nos incide a pensar en las fallas lógico conceptuales del concepto romanista heredado y transmitido indirectamente a través de la codificación. Esto nos llevaría más bien a pensar y concluir que (i) el pseudo-concepto de obligación romanista *ab origine* no es lógicamente adecuado - *al ser un derivado de un accidente interpretativo de método deductivo y de un énfasis forense adverso a la generalización conceptual* [768]- , (ii) que la inclusión modernista y dogmática de fuentes del legislador revolucionario - *basada en parámetros más dogmáticos como es la codificación alemana y la jurisprudencia de conceptos que inspira a ambos* - lo pone en evidencia así sea de forma accidental, (iii) que lo anterior deriva de una pretensión dogmática del legislador de 28 correspondiente a su cambio de paradigma de roles y responsabilidades y (iv) que por último

[768] La visión parcial del fenómeno - basada en el accidente procesal -, la aversión ab origine del derecho romano y antigüo respecto de la conceptualización y la utilización de un metodo deductivo y no inductivo cientifico como anticipa Karl Larenz, permiten evaluar con nitidez la distinta concepción por diferencia de metodos, objetivos y contextos histórico culturales.

todo lo anterior marca el inicio de una regulación en materia de obligaciones que sin duda debiera cambiar la perspectiva de lo que consideramos una obligación.

Es importante subrayar que, no por lo anterior, consideramos factible concluir en esta investigación, que es atribución del legislador cambiar los conceptos de la materia regulada. Esto contravendría igualmente los parámetros lógicos más elementales y la esencia de la praxis legislativo y el derecho mismoya que el legislador no puede cambiar la naturaleza de las cosas. El legislador solo puede y debe reconocer la realidad y regularla de acuerdo con los patrones que rigen al derecho de cada colectividad. Sin embargo, al basarse en parámetros más dogmáticos, lógicos y sustentables así como al intentar romper el paradigma de su rol tradicional y revolucionar a la sociedad por medio del derecho con ciertas instituciones, el legislador parece haber descubierto ciertas tendencias del fenómeno obligatorio que harán en nuestra opinión más sentido lógico conceptual para concluir la esencia del fenómeno obligatorio y poder conceptualizarlo bajo dichos parámetros dogmáticos y sustentables. En abundamiento a esta consideración valga recordar que el legislador de 1928 no incluye ninguna definición de obligación con lo cual, podría asumirse que más allá de su poder legislativo y político antes mencionado el legislador parece sabiamente refrenarse y no caer en la tentación de cambiar la esencia de la institución por decreto aunque si de permitir inferirlo por interpretación sistemática.

Así, el legislador eliminará adicionalmente el contenido pecuniario del objeto del contrato[769], cuestión que no es menor si se vincula con esta nueva fuente y la hipótesis de fundamentación en comento. No parece ciertamente un cambio aislado, pues evidentemente respecto de la triada decimonónica francesa de características de la obligación - *relación jurídica, exigibilidad y carácter pecuniario* - la combinación de la policitación no recepticia y la no pecuniariedad del objeto parecen tener un efecto demoledor para la conceptualización. La obligación pareciese no ser más un vínculo exigible por definición, tanto en su posible creación unilateral que por definición excluye el cariz de exigible como por la nueva consideración de su objeto como no pecuniario, que igualmente por definición, haría nugatoria toda pretensión de la exigibilidad como un elemento definitorio.

Sin embargo, al incluir la policitación no recepticia, el legislador solamente anticipa otros cambios que redondearán el fenómeno. Así, (a) las otras fuentes incluidas - *como se analizará en*

[769] Cfr Artículos 1306 del CC84 que preveía como legalmente imposible los contratos que no puede reducirse a un valor exigible y fué eliminado en el Código Civil de 1928 abriendo la especulación sobre obligaciones sin objeto pecuniario y la preeminencia del interes jurídico de Ihering.

*breve* -, (b) las modificaciones al régimen de las modalidades de la relación jurídica, (c) el distinto tratamiento de los efectos de las obligaciones y (d) de las formas de extinción de las mismas junto con (e) la novedosa posibilidad de transmitirlas tanto activa como pasivamente, tanto legal como voluntariamente, no pueden considerarse como una simple casualidad. Todos esos cambios en el contenido de la regulación de las obligaciones y a los que nos referiremos en los siguientes apartados del presente capitulo son consistentes con una nueva perspectiva dogmática del legislador revolucionario de 1928. Todos ellos deben de interpretarse de forma armónica con lo que el concepto tradicionalmente aceptado no parecería cuadrar más. Todos ellos parecen formar parte de una perspectiva de modernidad del legislador de la cual, la policitación no recepticia solo es la primera pieza en una visión de conjunto.

De la conjunción de todos esos cambios parece consecuentemente deducirse una perspectiva dogmática por la que la obligación no fuese más esa relación jurídica bilateral, en ello radica la segunda hipótesis de esta investigación - *segundo nuevo gran paradigma materia del Código de 1928* - cuya comprobación inicia con la inclusión de la policitación no recepticia, dentro del capítulo de fuentes, pero que concluye varios apartados después según analizaremos a continuación. Ciertamente, la policitación no recepticia es el primer paso, que se complementa con las modalidades, efectos, formas de transmisión y de extinción de las obligaciones. La influencia del BGB respecto del legislador revolucionario rompe el binomio liberal decimonónico contrato- propiedad, , partiendo de una nueva perspectiva de rol del legislador, y complementándose con una paradigmática ruptura del "concepto" de obligación tradicionalmente manejado en el derecho civil occidental de tradición romanista..

Parece que el legislador, al considerar su nuevo rol ya no solo meramente regulador, sino también dogmático, académico y educador, - materia todo ello de nuestra primera hipótesis - abrevó en posiciones legales de naturaleza y origen más dogmática - *el BGB y la Beggrifjurisprudenz* -. Basado así en la experiencia y método de la pandectística, de naturaleza más inductiva que deductiva, presentará facetas más dogmáticas y academicistas que lo que el legislador decimonónico (francés y mexicano) de vena romanista . Ahí la segunda gran y ruptura de paradigma, materia de nuestra segunda hipótesis, por la que el verdadero y lógico concepto de obligación resultara más evidente que lo que la tradición romanista por vía francesa - *adversa a la conceptualización importa decir*- hubiese transmitido secularmente. *Prima facie* pareciera esto un cambio de concepto forzado por la revisión del texto legal como si el legislador pudiese

cambiar los conceptos a voluntad. Sin embargo, parece más verosímil que esto más bien corresponde a un cambio de método, derivado de las influencias y desiderata revolucionarios por los que la introducción de textos del BGB y de la pandectística alemana, replantearán inductivamente el "concepto" originalmente heredado. Vale anotar al respecto y como origen de lo mismo que el conocimiento jurídico romanista y francés decimonónico presentan una mayor proclividad hacia la solución práctica y meramente reguladora de sus ordenamientos que hacia la solución dogmática y conceptualizadora que presentarán el BGB y sus corifeos.

Así, parecería que el legislador de 28, más que redefinir el concepto de obligación, en su esfuerzo revolucionario al que ya hemos hecho referencia, hubiese descubierto particularidades técnicas y dogmáticas que habían sido soslayadas por la tradición codificadora francesa y mexicana durante el siglo XIX y que por lo mismo serían *prima facie* inaceptables para dicha posición decimonónica y romanista tradicional, que por diferencia de método y de perspectiva, se considerarían pre – 28 como inaceptables. Las mismas serían sin embargo más apegadas, como iremos viendo a continuación, a un parámetro lógico conceptual, lo que nos llevaría a inclinarnos, desde esa perspectiva a su aceptación y a inferir la interpretación del ordenamiento resultante de acuerdo con las mismas.

### c. Contraste de textos legales entre 1928 y 1884 combinando la policitación recepticia y la policitación no recepticia.

En auxilio de nuestras consideraciones anteriores, el contraste de los textos legales de 1884 y 1928 parecen ser particularmente ilustrativos. El Código de 1884, así como el de 1870, y el Code[770], no consideraban a la policitación no recepticia, pues dichos ordenamientos partían de la premisa dogmática de que la obligación era una relación jurídica, ante lo cual, su gestación de forma unilateral presentaría cuando menos, una incoherencia.

Llama poderosamente la atención, en relación con lo anterior, el texto legal del artículo 1804 del CC de 1928 para el cual es claro que la policitación recepticia no es fuente de obligaciones y que solo "liga" a su emisor[771], mientras que el artículo 1860 la policitación recepticia "obliga" al policitante. Al efecto lo anterior confirma que bajo 1884 no existía en el

[770] Rojina Villegas Rafael; Opus Cit; Tomo II; p 43-44

[771] Artículo 1804.- "*Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato, fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo*." (enfasis añadido)

Código Civil ninguna disposición relativa a la policitación no recepticia, tal y como ya se ha mencionado parece evidente que el legislador vislumbro quiso distinguir los efectos de la policitación recepticia y la no recepticia, para indicar expresamente que en la segunda los efectos de la misma son asociables a una producción de obligaciones.

Sin embargo, más interesante profundo y destacable parece observar que en el CC 84[772] refería claramente el vocablo "obligación" como producto específico de la policitación recepticia, prevista esa sí, evidentemente desde entonces como parte del *iter contractualis*. En adición a la inclusión de la policitación no recepticia podríamos preguntarnos ¿porque la policitación recepticia que, si existía, sufre esa modificación y se distinguen sus efectos tan específicamente? ¿Sería factible pensar que, ante la observación del texto de 1884, el legislador de 1928 verificase su hipótesis de trabajo en forma radical al confirmar que bajo el parámetro de la declaración unilateral de voluntad como fuente, no es más factible observar a la obligación como una relación jurídica bilateral? ¿Habrá temido que una consistencia en la radicalidad de los preceptos jurídicos fuese excesiva? ¿Sería más bien una corrección de algún miembro o participante de la comisión redactora del Código de 1928 con perspectiva más conservadora y tradicional, que hubiese filtrado algún elemento que matizare la radicalidad de la inclusión de esta fuente y la radicalización de las consecuencias y conclusiones dogmáticas?

En todo caso, amén la modificación sus referida en materia de la policitación recepticia, parece evidente que la inclusión de la policitación no recepticia como fuente, no permite más sustentar el concepto tradicionalmente utilizado y heredado de la tradición romanista por vía francesa. Ciertamente los esfuerzos de la doctrina civilista mexicana al respecto no ameritan ser aprobados por no resistir el análisis lógico-conceptual, de acuerdo con lo antes mencionado. La única manera de aceptar conceptual y lógicamente la policitación no recepticia como fuente de obligaciones implica considerar que la obligación no es una relación jurídica so pena de caer en una *contradictio in terminis* . La aplicación del principio aristotélico lógico del tercer excluido deja al desnudo el atrevimiento del legislador de 1928, su reto al primer paradigma respecto de

[772] Artículo 1292. "*El proponente estará obligado a mantener su propuesta mientras no reciba contestación de la otra parte en los términos señalados en los arts. 1289., 1290 y 1291. De lo contrario es responsable de los daños y perjuicios que puedan resultar de su retractación*." Es importante confrontarlo dicho numeral con los artículos referidos. Artículo 1289. " *Si los contratantes estuvieren presentes, la aceptación se hará en el mismo acto de la propuesta; salvo convenio expreso en contrario."* Artículo 1290 *"Si los contratantes no estuvieren presente, la aceptación se hará dentro del plazo fijado por el proponente." Artículo 1290 "Cuando no sehaya fijado plazo, se considerará no aceptada la propuesta, si la otra parte no respondiere dento de tres día, además del tiempo necesario para la idea y vuelta regular del correo público o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distnacias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones.*" (enfasis añadido)

su función y en el desempeño del mismo, el reto innegable al paradigma conceptual romanista, que no cumple más con los parámetros lógicos con los que la jurisprudencia de conceptos enfrentará la misma realidad social incluyendo instituciones como la que nos ocupa en este apartado.

### d. Las declaraciones unilaterales en lo individual

En el análisis de las fuentes específicamente reguladas como formas típicas de declaración unilateral de voluntad es necesario mencionar que todas ellas, (1) oferta al público, (2) promesa de recompensa, (3) concurso con promesa de recompensa, (4) estipulación en favor de tercero y (5) títulos civiles a la orden y al portador, requieren para existir consistencia con los puntos establecidos anteriormente. De entre ellas, la única que podría eventualmente ser discutida en su naturaleza unilateral sería la estipulación en favor de terceros, tema al que haremos específica referencia más adelante, aunque parece evidente en nuestra opinión que la intención del legislador es darle ese cariz unilateral - *más allá de lo discutible de la figura* -.

Al respecto consideramos asimismo que las tres primeras (1) oferta al público, (2) promesa de recompensa y (3) concurso con promesa de recompensa no presentan *per se* mayor complejidad ni novedad en su inclusión, más allá de las consideraciones generales vertidas en los apartados precedentes, por lo que no haremos particular mención. Sin embargo, respecto de la estipulación en favor de tercero y de los títulos civiles a la orden y el portador nos permitiríamos abordar su estudio con mayor detalle, ya que el mismo releva substancial importancia para efectos de las dos hipótesis de la presente investigación.

Respecto de la estipulación en favor de tercero nos parece importante referir que en primer lugar esta no es una institución novedosa en el derecho civil de origen franco-romano[773] y que presentase un problema de origen o un cambio de paradigma legislativo *per se*. Resulta retadora su ubicación en el Código de 1928. Para la dogmática jurídico civil tradicional mexicana esta nueva ubicación es un reto inaceptable, pues siguiendo la perspectiva, centri-contractual, la estipulación en favor de terceros no puede tener una naturaleza jurídica, una clasificación, ni una interpretación independiente de las normas contractuales. Así, siendo que en el Code la misma era aceptada como una excepción a la aplicación de los tradicionales principios de la relatividad contractual - *res interalios acta aliis necque nocere necque prodesse*

[773] Vid Zimmermann Reinhrad; Opus Cit; P 34 44; Vid Borja Soriano Manuel Opus Cit; p 288 - 294

*potest* y *alterii tipulare nemo potest* - que fueron paulatinamente decantado mediante figuras que a la postre son interpretables como formas de representación indirecta. Cabe mencionar que la reclasificación del Código de 1928 en virtud de la inclusión de una teoría general de la obligación siguiendo el modelo duguitiano anti contractualista, sería una primera objeción al efecto.

Ciertamente la estipulación en favor de tercero existe desde el derecho romano como una de las excepciones que paulatinamente van siendo aceptadas por el derecho honorario[774] respecto del principio de la relatividad contractual. Al respecto cabe referir que el centro de la problemática al respecto no estribaba en su naturaleza contractual o extra contractual, pues de entrada las figuras abstractas tienen poca relevancia en la *praxis* del derecho romano. Ciertamente la adopción secular de excepciones al principio de la relatividad contractual tiene más relevancia en el seno de la representación aceptada por la cosmogonía jurídica romana, que no acepta abstracciones, ficciones y por ende a la representación directa[775]. En el derecho romano la representación directa es ciertamente aceptada solo de manera tardía y excepcional con el transcurso del tiempo, la extensión del imperio romano y de la necesidad de acoplarse a particularidades comerciales que eran antes y de otra forma ignoradas. Así es como podemos considerar que el desarrollo de excepciones procesales que tutelen la representación indirecta preceden a las que abrirán con la jurisprudencia elegante y su clara influencia germánica, a la representación directa. Así, la aceptación de la estipulación en favor de tercero es junto con la gestión de negocios y la promesa de porte fort, una figura que aparece primariamente como paliativo de representación indirecta para atender necesidades comerciales de un derecho de origen centrípeta y ausente de ficciones para convertirse con la interpretación pretoria, en un derecho de naturaleza mundial con figuras más flexibles, cuya ductilidad permitirá su expansión y adaptación a una realidad social de mucho mayor complejidad y en constante evolución.

La anterior reflexión permite entender que la función de la institución adquiere relevancia en el contexto del código de 1928, sobre todo en atención a la novedosa regulación de la representación directa a que ya se ha hecho referencia y que rompe con la secular confusión de formas de representación heredada de la misma tradición franco romana. La inclusión de la representación directa obedece como ya se ha hecho mención a un mayor tecnicismo y dogmatismo del legislador que le deriva de su acercamiento a la jurisprudencia de conceptos

[774] Ibidem; vid Iglesias Juan; Opus Cit; p 408 en el sentido inverso - *negotiorum gestio* -
[775] Ibidem; p 157 y Zimmermann Reinhard Opus Cit; p 35 - 65

como opción de referencia, (i) para oponerse a la tradición contractualista liberal decimonónica con la que se pretendía romper y (ii) para lograr una mayor agilidad en la circulación de la riqueza. Sin embargo, la inclusión de la estipulación en favor de tercero en las declaraciones unilaterales de voluntad, es claramente un intento más del legislador para erosionar la preeminencia de las instituciones secularmente agrupadas alrededor de la figura contractual. Ahí, segregar la estipulación en favor de tercero de su preliminar referencia conceptual alrededor del contrato, resulta en un paso natural.

Su asimilación a la figura unilateral (declaración unilateral de la voluntad) por el legislador parece *prima facie* así muy sencilla e igualmente natural, en virtud de su potencial revocabilidad[776], que parece asimilarse a las figuras unilaterales como son la propia representación directa (poder)[777], el testamento[778] y las formas específicas de declaración unilateral de voluntad[779]. Ciertamente, la característica natural de las figuras unilaterales radica en su posibilidad de revocación igualmente unilateral, tanto desde una perspectiva lógica como desde una perspectiva técnico-jurídica que no violentaría el otro gran principio de la técnica y la tradición jurídica romanista en virtud de la cual, los contratos gozan de intangibilidad unilateral al no ser alterables ni revocables por iniciativa y potestad de alguna de las partes - *pacta sunt servandae*-[780].

Esa revocabilidad no definida parece resultar de una muy especial lectura del texto napoleónico al respecto[781]. Para el Code la revocación parece *prima facie* corresponder solo al estipulante en términos del artículo 1121. Al respecto, los supuestos en los que la estipulación en favor de tercero resultan muy alambicados y casuisticos en tanto excepciones al principio de la

[776] Cfr. Artículo 1871 que prevee la revocabilidad de la estupulación en favor de tercero - "*El derecho del tercero puede ser revocado antes de que este manifieste su interés de querer aprovecharlo.* "- en combinación con el Artículo 1863 - "*Antes de que este prestado el servicio o cumplida la condición, podrá el promitente revocar su oferta siempre que la revocación se haga con la misma publicidad que el ofrecimiento. En este caso, el que pruebe que ha hecho erogaciones para prestar el servicio o cumplir la condición por la que se había ofrecido recompensa, tiene derecho a que se le rembolse.*" que prevee igualmente dicha facultad en toda policitación no recepticia, en el poder así como en el testamento y que por definición no es aplicable en las figuras bilaterales que se rigen por el *Pacta Sunt Servandae* previsto al efecto en el artículo 1797 del Código de 1928 - *"La válidez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de alguna de las partes*".

[777] Cfr artículo 2596 del Código Civil de 1928 que si bien se refiere al mandato es claramente aplicable al supuesto del poder.

[778] Cfr Artículo 1295 del Código Civil de 1928

[779] Cfr Artículo 1863 del Código Civil de 1928

[780] Cfr Artículo 1797 del Código Civil de 1928

[781] "*Article 1121 On ne peut pareillement stipular au profit d'un tiers,* ***lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi même ou d'une donation que l'on fait à un autre***. ***Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter***." (enfasis añadido)

relatividad contractual - *como se desprende del 1121* -. Sin embargo la explicación de detalle al respecto por parte de la exégesis[782] establece una serie de acotaciones que conllevarían a concluir con validez que la revocación solo puede ser efectuada por el estipulante bajo ciertas condicionantes excepcionales y que por regla general sería el acuerdo de ambas partes (estipulante y promitente) el que podría dar lugar a dicha revocación para evitar violaciones al *pacta sunt servandae.* La explicación de Laurent[783], permite sin embargo plantear igualmente la posibilidad de que la revocación correspondiese al promitente. No abundaremos en la misma, sin embargo las circunstancias expuestas por Laurent[784], bajo una perspectiva organicista y sistémica como la que subyace en el legislador de 1928, bien podrían conducir a la conclusión en términos generales de una potencial revocación por quien hiciese la oferta. Aparentemente con cierta obviedad, el promitente. Esta lectura nos parece que es la que lleva al legislador de 1928 a omitir quien puede efectuar dicha revocación y a ubicar la institución en el capitulo de la declaración unilateral de la voluntad para abrir la posibilidad de una interpretación judicial en ese sentido.

El tratamiento anterior de la revocabilidad confirma nuestra hipótesis primaria respecto del cambio de paradigma connatural a su nuevo rol, que el legislador de 1928 pretende asumir. El legislador de 1928, en su reubicación de la figura de mérito, parece pretender permitir que la estipulación en favor de tercero tenga revocabilidad unilateral por el promitente, asimilándolo al promitente (i) en la oferta al público, (ii) en la promesa de recompensa, (iii) en el concurso con promesa de recompensa, así como (iv) al emisor de un título valor, al testador y al poderdante. Esa revocabilidad unilateral resulta consecuente con su *desiderata* de restar fuerza al contrato como paradigma liberal decimonónico contractual y de multiplicar en consecuencia fuentes de obligaciones que no tenga esta naturaleza. Ultimadamente esto pretende hacerlo el legislador, siguiendo la lógica de Duguit, por la que la Ley puede y debe de establecer los supuestos en los que las figuras tradicionales del derecho romano, deben ajustarse a la nueva función que socialmente se les atribuye en los albores del siglo XX. He ahí el caso de las múltiples formas de declaración unilateral de voluntad - *incluyendo a la mencionada estipulación en favor de tercero* - que sirven así, para multiplicar fuentes distintas al contrato, basadas en la fuerza de la Ley.

[782] Laurent, Opus Cit; Tome 15, p 643 y 645
[783] Ibidem
[784] Ibidem

Lo anterior viene especialmente a colación y utilidad en atención a la segregación técnica de los tipos de representación que constituyen igualmente un objetivo del legislador técnico educador, radicando en esto la verdadera esencia y problema de la institución[785].

Atribuirle cariz unilateral a la institución o discutir su esencia contractual es relevante en el contexto anterior, cuando se pretende permitir la revocabilidad unilateral, cuestión que en la perspectiva tradicional romanista y francesa decimonónica plantea una pleyade de problemas que derivan del artículo 1121 del Code[786], no integramente replicado en el CC28. Sin embargo la unilateralidad de la institución es mucho más relevante, si se percibe la diferencia metódica y la pretensión cientificista del legislador que para explicar la naturaleza de la figura, asumiese un análisis dogmático que separa la fuente contractual, de los efectos para con un tercero que salen en esta perspectiva, de una manifestación unilateral de una de las partes (promitente) , en ejecución de sus obligaciones derivadas del contrato pero que es técnicamente un acto jurídico distinto al primer contrato resultante en la teoría del doble contrato - *tambien a la postre referida por Laurent* -[787] . Esta cuestión puede explicarse ejemplificativamente en el paralelo fenómeno aplicable a los actos traslativos de dominio desde sus antecedentes romanos. En Roma, la transmisión de la propiedad era un fenómeno independiente al contrato, por ende, la venta de cosa ajena era válida y como consecuencia el promitente podría como consecuencia - *pero en lo que dogmáticamente se analizará después como un acto jurídico independiente* - transmitir la propiedad materia del contrato en favor del tercero beneficiario en cumplimiento a sus obligaciones derivadas del pacto con el estipulante, pero mediante un acto jurídico distinto.

Esta presentación en dos segmentos sería mucho más técnicamente sustentable desde una perspectiva dogmática con postulados de claro origen alemán. Cabe al respecto referir muy brevemente cómo en el derecho alemán, el contrato no es traslativo de dominio bajo ninguna circunstancia y es necesario un segundo acto jurídico distinto al contrato - *que solo genera derechos y obligaciones* - . Es paradójico como este esquema dual, deriva del mismo precedente romano, pero evita el fenómeno burgués del Code por el que el contrato asimila los efectos traslativos en el mismo acto jurídico y genera gran parte de la problemática apuntada por la

[785] Resulta relevante mencionar que la connotación de representación indirecta propia a todas las figuras involucradas en el discurso - *gestión de negocios, estipulación en favor de tercero, promesa de porte fort y mandato* - son tratadas de la suerte por Laurent refiriendo interesantes reflexiones originales de Pothier sobre la validez de unas y otrasque podrían en opinión del suscrito validar la perspectiva adoptada por el legislador de 1928.
[786] Cfr. Laurent Opus cit Tome 15 pages 626 a 645
[787] Ibidem

doctrina que nuevamente deriva de pseudo conceptos heredados y no analiza docmática y sistemicamente la institución. Ahí se desprende la contradicción conceptual en que caería la figura de la estipulación en favor de tercero, para la cual, el acto traslativo para con el tercero resulta de ese acto jurídico distinto del promitente, que por lógica conceptual solo el promitente podría revocar antes de que el tercero manifestase su intención de querer aprovecha el beneficio creado en su favor, como consecuencia del pacto entre promitente y estipulante. Ahí estibaría el fundamento de su cambio de clasificación y su pretensión de unilateralidad impresa por el legislador de 1928. Más allá de la pretensión dogmática de este último, solo la revocabilidad unilateral sería factor de utilidad práctica. Si se acepta factible en la perspectiva unilateral por el promitente, sería claramente acertada la pretensión legislativa de 1928. Si no se pretende más que como en la tradición jurídica francesa, por medio del acuerdo del promitente y estipulante, la discusión practica carece de relevancia y su clasificación como fuente extracontractual no afectaría la figura.

Es relevante a estos efectos verificar igualmete su *desiderata* técnica al distinguir por un lado con mayor claridad las formas directas e indirectas de la representación - *implícitas y necesarias en el mismo discurso respecto de esta figura* - y el consecuente análisis técnico-dogmático de figuras tradicionalmente aceptadas en el ámbito contractual en calidad de fuente extracontractual independiente. Lo anterior claramente evidencia su análisis conceptual que se acerca más a una perspectiva académica que la de sus predecesores franceses, de pretensión mucho más pragmática y economicista.

En el ámbito de la declaración unilateral de voluntad más relevante es aún tanto por su significado doctrinal, como por la trascendencia de sus efectos prácticos, la inclusión de los títulos a la orden y al portador. Esta es igualmente una novedad de 1928 en el ámbito civil y no por coincidencia, dentro de la propia declaración unilateral de voluntad.

No es casualidad que los mismos sean específicamente replicados de la legislación alemana en la materia[788], de forma concomitante a la publicación de la Ley de la materia en materia mercantil, la Ley general de títulos y operaciones de crédito. En este rubro la discusión más relevante para efectos académicos en el siglo XX mexicano se centra en dos variables que dejan de lado la verdadera trascendencia de la institución refiriéndose más a cuestiones formales que al objetivo substantivo buscado por el legislador, de acuerdo con la *desiderata* que el mismo

[788] Rojina Villegas Rafael; Opus Cit; p 43; En el mismo sentido Enneccerus et. al. Opus Cit; Derecho de las Obligaciones Tomo II; p531-557

tiene. La substancia del cambio en este rubro no es claramente apreciada por el mantenimiento de tabúes jurídicos que afectarán el valor agregado que pueden facilitar los mismos. Aquí los valores fundamentales que tan relevante modificación implica.

Ciertamente se discuten en la doctrina básicamente dos variables respecto de la inclusión de este apartado: (i) Si los títulos a la orden previstos en el Código Civil implican una derogación de la materia mercantil - *abundándose en ello una rica aunque inaplicable discusión entre los principios de conflicto de Leyes en el tiempo*[789], - y (ii) si los mismos implican verdaderamente una materia de títulos valor - *o si por el contrario las características de estos no son aplicables a la materia de títulos civiles, cuestión que daría a estos, una naturaleza meramente probatoria y que por ende les excluiría como fuente de las obligaciones* - y la estructuración que debe de darse a los mismos cuando el texto del Código Civil es particularmente ambiguo respecto de un gran número de consideraciones que se requerirían para que los títulos funcionaran verdaderamente como una fuente autónoma[790] [791]. Al efecto no consideramos que pueda estudiarse, en lo especifico esta inclusión, desconociendo o ignorando los propósitos del legislador a que ya hemos hecho referencia misma que adquiere en lo particular mayor relevancia considerando la coyuntura histórica consistente en su entrada en vigor de forma prácticamente simultánea a la referida Ley general de títulos y operaciones de crédito en 1932, esto pese a su publicación desde 1928.

Ciertamente no es casualidad que ambas Leyes entren en vigor el mismo año, no obstante haber sido redactado y publicado el Código Civil en 1928, una vez expuestas las razones política argüidas para retrasar la entrada en vigor del CC28 hasta 1932.[792]

En primer lugar, consideramos que la materia de títulos valor es indisociable de la consideración doctrinal y conceptual que rige los parámetros del legislador de 1928 y que por ende es ajena a las consideraciones primarias del derecho romano y de la doctrina civilista decimonónica liberal francesa como mexicana. Al igual que el género al que pertenece - *la declaración unilateral de voluntad* - los títulos civiles a la orden y al portador, no tienen

[789] Rojina Villegas Rafael; Opus Cit; p 66 versus Borja Soriano Manuel; Opus cit; p 317-321
[790] Rojina Villegas Rafael; Opus cit; p 67-83
[791] En el mismo sentido y considerando las falencias para su consideración como fuente autónoma cfr. Eneccerus et al; Opus Cit; Derecho de Obligaciones Tomo II; p 531-557
[792] Vid García Tellez Ignacio; correspondencia referida en capitulo anterior que refiere la falta de una legislación adjetiva como principal objeción formal para la entrada en vigor del nuevo Código Civil en 1928 cuando en realidad se trataba de las fuerzas reaccionarias versus el contenido reformatorio y revolucionario del nuevo Código.

aplicabilidad en la legislación decimonónica mexicana, como tampoco en el Code ni en el derecho romano.

La primera variable fundamental para estudiar este apartado es la inclusión de la declaración unilateral de la voluntad como fuente de las obligaciones y de los títulos civiles como una aplicación o fuente especifica dentro de dicha categoría, especie dentro del mismo género. Para efectos de lo primero, en la óptica lógica que rige el discurso del Código de 1928, el problema subyacente y primario radica en la aceptación de la existencia de obligaciones existentes validas, aunque no exigibles por definición, al no implicar *per se* una relación jurídica sino una simple necesidad jurídica de cumplir con una determinada prestación de dar hacer o no hacer por parte de un sujeto pasivo, sin la determinación de un sujeto activo[793]. En el caso de la materia de títulos valor este problema pudiera superficialmente soslayarse en virtud de la incorporación del derecho en el título y el carácter material que el derecho adquiere en consecuencia al incorporarse en el documento. Este factor sin duda parece confundir la discusión. El discurso tradicional de la doctrina mexicana confunde esto con una relación jurídica en potencia más no en acto, lo que fusionaría dos perspectivas estableciendo que la obligación resultante es una obligación con un sujeto activo indeterminado pero determinable y que ante la determinación del mismo - *que se daría con la tenencia física del título de acuerdo con las Leyes de transmisión de los títulos valor*-, tendría efecto retroactivo para afirmar que el derecho y la obligación nacen desde la emisión del título, pero sujetos al acontecimiento futuro en incierto de la determinación del titular del derecho causahabiente del título.

Como anticipado en la primera sección de la declaración unilateral de la voluntad previamente abordada, consideramos que esa pretendida conciliación de la declaración unilateral de la voluntad como fuente con el concepto tradicional es errónea y carece de lógica al contravenir el principio de tercero excluido[794]. Así, la inclusión de los títulos civiles a la orden y al portador solo pueden entenderse partiendo de la premisa de un concepto que se desprenda del tradicionalmente aceptado por la doctrina civilista. La conciliación de esta fuente con dicho concepto es insustentable desde una perspectiva lógica.

[793] Vid; Boffi Boggero Luis Maria; Opus Cit; p 493-496 respecto de los criterios a considerar para sustentar que la obligación puede unilateralmente crearse en el derecho germánico; especificamente su referencia a que la falta de acreedor no es un obstaculo insuperable para crear una obligación "*solo para adquirir el derecho, no así para formarlo*".
[794] Cfr. Rojina Villegas Rafael; Opus Cit; Tomo II; pagina 45 supra.

Asumida la premisa anterior, es importante reiterar como uno de los propósitos perseguidos por el legislador de 1928 al incorporar nuevas fuentes de las obligaciones, amén la pretendida erosión del contrato como fuente de las obligaciones[795] radicaba en auspiciar mediante "nuevas" fuentes formales la circulación de la riqueza y el comercio[796]. En este tenor, la inclusión de los títulos se vuelve estratégica, pues de acuerdo con las particularidades de los títulos, siempre que se les entienda en el contexto de títulos valor - *como parece desprenderse de las consideraciones de Garcia Téllez*- la circulación y su agilidad en la negociación serían atributos naturales de los mismos.

Cabe precisar que en ello debiera radicar la interpretación de los mismos y su inclusión pues de lo contrario perderían toda relevancia, quedando sólo como mecanismo probatorio no como nueva fuente que permitiese dicha aceleración en la circulación de la riqueza. Pareciera así que la coincidencia histórica de su entrada en vigor con la Ley general de títulos y operaciones de crédito, refuerza esta perspectiva, al pretender unificar criterios para los títulos civiles y los mercantiles como títulos valor pese a pertenecer a ramas distintas del derecho privado - *civil y mercantil* - cuestión evidentemente superada dogmáticamente, pero que en los albores del siglo XX planteaba mucho mayores polémicas. Bien puede así explicarse que el mismo legislador de 28' haya pretendido aplicar la materia de títulos valor en dos disciplinas paralelas y dar al universo civil las mismas potencialidades del cambiario.

Para precisar y corroborar como lo mismo juega con nuestra hipótesis y sus implicaciones en el doble cambio de 1928 y el impacto consecuente en el concepto de la obligación a ser utilizado es necesario entender cómo los títulos civiles podrían operar como fuente autónoma de las obligaciones.

Al respecto vale la pena plantearse cuales son las características que hacen que un título sea tal y no simplemente un documento probatorio de una relación jurídica que el universo

[795] Garcia Tellez Ignacio; Opus Cit; p 41 " .... *estas relaciones jurídicas no cabían dentro de la forma clásica de los contratos porque se conceptúa que existe obligacion de cumplir con una oferta publica, [...] aún antes de que aparezca claramente la voluntad del creador de la obligación y no se comprende porque una persona capaz de obligarse con otra, no pueda imponerse voluntariamente una obligación o constreñir su conducta antes de que tenga conocimiento de que su oferta va a ser aceptada [...] o que los títulos entren en circulación* ..." ( enfasis añadido)

[796] Ibidem; p 40 ".... *Con objeto de facilitar las relaciones jurídicas entre particulares, asegurar el fiel cumplimieto de sus compromisos y estimular la circulación de la riqueza por medios más rápidos y sencillos, se adoptaron las formas comerciales del endoso y de la transmisión de los títulos a la orden y al portador*..." (énfasis añadido)

cambiario llama causal[797]. Así, de acuerdo con la doctrina respectiva, el título se define como tal, en medida de su "*carácter necesario para el ejercicio del derecho literal que en el mismo se consigna*"[798]. Bien puede decirse que dentro de los principios que caracterizan a los títulos, es el aspecto *necesario* del título para el ejercicio del derecho literal que consignan, lo toral. Este carácter de "necesidad" deriva de la integración e incorporación del derecho que literalmente queda plasmado - se transforma – en el mismo y que legitima[799] solo al beneficiario de acuerdo con las reglas aplicables a la transmisión de títulos valor (endoso o *traditio*) para el ejercicio de los derechos, ya sea el cobro por vía ejecutiva, o - *de acuerdo con la desiderata legislativa de 1928* - la negociación agilizada. En este tenor, la materia cambiaria fundamenta la creación de derechos y obligaciones incorporados a un documento que adquieren en consecuencia corporeidad y facilitan el cobro y la negociación de los mismos. Evidentemente la materialización de derechos propia del derecho cambiario deriva de una atribución por la Ley de las características de incorporación e integración sus mencionadas, de las cuales se deriva a su vez la legitimación para su ejercicio. Son asimismo estas características las que implican una premisa de *numerus clausus* pues de otra forma, la afectación a la seguridad jurídica y los intereses de terceros no podría asegurarse. Ni las implicaciones de una acción ejecutiva ni la posibilidad de circular con facilidad de endoso[800] o *traditio documental - que como se aprecia dela cita precedente estaba en el proyecto del legislador al incluirlos* - pueden quedar al garete de la absoluta autonomía de la voluntad. Coyunturalmente eso coincide con la otra meta del legislador de 28, anticipada por Duguit y adoptada por el legislador[801], consistente en la mayor

[797] Eneccerus et al; Opus Cit; p 534 y sig. Cfr. teoría del contrato vs teoría de la emisión y creación. En el mismo sentido vid; Rojina Villegas Rafael; Opus Cit; 97

[798] Artículo 5o de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

[799] Cfr Astudillo Ursúa Pedro Los Títulos de Crédito, Editorial Porrúa, México 1983, 266 pp; Gomez Gordoa José, Títulos de Crédito, Editorial Porrúa México 1991, 285 pp; Davalos Mejía Carlos, Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, Tomos I y II, Editorial Harla México 1992, 2000 pp; Garrigues y Garrrigues Joaquin; Curso de derecho Mercantil, Tomos I y II, Editorial Porrúa ;México 1998, 1900 pp.

[800] BREVE INFORME SOBRE ALGUNAS DE LAS MAS IMPORTANTES REFORMAS QUE FIGURAN EN EL ANTEPROYECTO DEL CODIGO CIVIL, POR FRANCISCO H. RUIZ EL 12 DE DICIEMBRE DE 1927, CC A IGNACIO GARCIA TELLEZ EN PAPEL MEMBRETADO DE LA SECRETARIA DE GOBERNACIÓN, COMISIÓN TECNICA DE LEGISLACIÓN. ( 33 PAGINAS) - EXTRACTOS - Fondo Elias Calles "....*Para la mejor comprensión del tema trascendental de las obligaciones, se metodiza cientificamente su exposición, clasificando sus diferentes especies, estudiando pormenorizadamente sus formas de transmisión y extensión (sic) y sus efectos con relación a terceros. Con el objeto de facilitar las relaciones jurídicas entre particulares, asegurar el fiel cumplimiento de sus compromisos y estimular la circulación de la riqueza por medios más rapidos y sencillos, se adoptaron las formas comerciales del endoso y de la transmisión de los títulos a la orden y al portador..."* .

[801] BREVE INFORME SOBRE ALGUNAS DE LAS MAS IMPORTANTES REFORMAS QUE FIGURAN EN EL ANTEPROYECTO DEL CODIGO CIVIL, POR FRANCISCO H. RUIZ EL 12 DE DICIEMBRE DE 1927, CC

restricción a la anteriormente considerada ilimitada autonomía de la voluntad. Parece evidente que los efectos de la materia cambiaria solo pueden técnica y pragmáticamente atribuirse a un patrón *numerus clausus* y este derivarse esencialmente de una reglamentación detallada que diese a los mismos características solemnes -*pese a, y como un efecto contraproducente a la desiderata legislativa sus mencionada*-. Ciertamente un título que no cumpliese con requisitos establecidos en la Ley, en esta materia, no podría surtir los efectos de integración e incorporación sus mencionados ni mucho menos ser destinado a la circulación o facilitar y auspiciar esta. Las anteriores consideraciones son necesarias, ya sea en el ámbito civil o en el mercantil, puesto que en este tema no debieran presentar diferencias. Ciertamente dichas consideraciones no derivan de su naturaleza mercantil sino de la incorporación misma y de los efectos consecuentes. No obstante, la doctrina civilista a discutido que estas características son solo aplicables a los títulos mercantiles[802] pues derivan de la especulación que es innata a transacciones monetarias y que solo implican obligaciones de dar, que no pueden amparar ni constituir obligaciones de hacer, factible en el ámbito de los títulos civiles. Sin embargo, parece que la distinción civil mercantil es meramente superficial y en vía de extinción [803]. Dichas perspectivas ignoran adicionalmente, que los títulos civiles a la orden y al portador fueron incluidos, para erosionar el fenómeno liberal decimonónico que había llegado a su culmen pre-revolucionario durante el Porfiriato[804]. En este afán de erosión de la autonomía de la voluntad y del contrato como ejes de la generación de obligaciones, el establecimiento de fuentes unilaterales y que auspicien la circulación de la riqueza fueron elemento central de la publicación de un nuevo código en esta materia.

---

A IGNACIO GARCIA TELLEZ EN PAPEL MEMBRETADO DE LA SECRETARIA DE GOBERNACIÓN, COMISIÓN TECNICA DE LEGISLACIÓN. ( 33 PAGINAS) - EXTRACTOS - Fondo Elias Calles ".... *LIBRO CUARTO. En materia de obligaciones y contratos se comenzó por establecer una teoría general de las obligaciones a fin de reunir los preceptos que se encontraban dispersos en diferentes partes del código. La doctrina desarrollada sustituye el principio fundamental de la autonomía de la persona como voluntad libre para obligarse y disponer de sus bienes como mejor le parezca, por un imperativo menos metafísico e individualista cual es, la sujeción de la actividad humana a las necesidades de interdependencia y solidaridad social y el reconocimiento de los derechos, en tanto contribuyen al bienestar y progreso de la colectividad....*" (énfasis añadido)

[802] Rojina Villegas Rafael; Opus Cit; p 97 y 66-93

[803] Brosetta Pons Manuel; Tendencias actuales del derecho mercantil a fines del siglo XX, en Revista de derecho privado; IIJ; UNAM; México; año 3; número 7; Enero-Abril; 1992.-

[804] Cabe igualmente referir al respecto que en la perspectiva del propio legislador de 1928, la distinción entre el universo jurídico civil y el mercantil es poco sustentable y se anticipa su extinción - *similar a las predicciones ulteriores de Brosetta Pons aunque por causas diversas relacionadas según García Tellez con la "corriente socializadora del derecho que tiende a borrar las fronteras entre la legislación civil y la mercantil proclamando la unificación del derecho privado en materia de obligaciones [...] porque las exigencias actuales han suprimido muchas de las formalidades solemnes e incapacidades del antigüo derecho quiritario (sic) en bien de la igualdad social, de la expedita circulación de la riqueza y del predominio de la buena fé..."* - por lo que pareciera que en la desiderata legislativa revolucionaria, la argumentación de uns distinta interpretación del ámbito civil y el mercantil no parecen ser de mucho sustento.

Dicho todo lo anterior, el Código de 1928 no incluyó la reglamentación necesaria para la formalización de títulos civiles de forma a cumplir con los parámetros antes mencionados. En efecto, el Código omite cualquier enumeración *numerus clausus* de los títulos civiles posibles, así como de los requisitos que les serían aplicables, lo cual ha impedido que el texto del CC28 en esta materia haya tenido aplicación efectiva. No obstante lo anterior la redacción del Código no deja lugar a equívocos respecto de nuestra previa interpretación, ciertamente establece que: (i) los títulos son mecanismos para la creación de obligaciones de forma unilateral[805], (ii) estos pueden ser nominativos o al portador[806], (iii) su circulación potencial en términos de la Ley de circulación de los títulos valor de naturaleza mercantil,, (iv) la excepción de abstracción propia a los títulos valor de origen mercantil - *tema indisociable de la integración e incorporación que a su vez son indisociables de la solemnidad y el carácter numerus clausus, tal y como ya hemos expuesto* - y (v) hace continuas referencia a la transmisión y los efectos de esta - *cuando no se trata de títulos a la orden y al portador* -[807]. Con todo lo anterior es evidente que, en la mente del legislador, la inclusión de los títulos pretendía ser la de una nueva fuente de documentos valor, paralela al de los títulos de crédito en materia mercantil pero que permaneciendo en el ámbito civil - *sic* - gozase de los mismos atributos para cumplir con las metas antes mencionadas. Sin embargo, no los lista ni regula de forma solemne - como si lo hace con los títulos de crédito -[808].

En opinión del suscrito, lo anterior no debiera en forma alguna ser interpretado como un indicio de que los títulos civiles a la orden y al portador tienen existencia y validez, no obstante que las deficiencias en su regulación les eliminan toda incorporación e integración al no pertenecer a la rama mercantil del derecho privado. Esta deficiencia regulatoria les impediría regirse por los principios de los títulos de crédito, al no gozar de la regulación necesaria respectiva y consecuentemente vulnerar su solemnidad y su carácter de *numerus clausus*.

Esta deficiencia haría de los títulos un mero instrumento probatorio de una relación causal que quedase documentada por su medio y en consecuencia no hubieran sido incorporados como una fuente de las obligaciones autónoma dentro del grupo de las declaraciones unilaterales

[805] Código Civil de 1928 artículos 1873-1881
[806] Código Civil de 1928 artículos 1873 -1877
[807] Código Civil de 1928 artículos 2033; 2034; 2035 y 2043.
[808] En abundamiento a lo anterior basta referir la reglamentación del propio CC28 en materia de transmisión de las obligaciones - *artículos 2033, 2034, 2035, 2043* - para las cuales distingue con particularidad claridad las disposiciones de transmisión, "siempre que no se trate de títulos a la orden", sin hacer mención de naturaleza civil o mercantil. Con ello es evidente que el régimen especial de transmisión es lo que se buscaba por medio de la creación de los títulos civiles, más allá de dejar la materia sin eficacia al no regularlos como se ha expuesto.

de voluntad. Si esa interpretación fuese la adecuada, esta materia no sería de índole substantiva y debería ser tratada en el código adjetivo de la materia, cuestión que resulta injustificada, ya que en adición a todo lo mencionado, el Código adjetivo de la materia, es publicado y entra en vigor junto con el Código de 1928 en 1932; siendo a la postre la ausencia de este ordenamiento adjetivo y el retraso en su publicación la "justificación" para el retraso en la entrada en vigor del Código, por parte de la "reacción" -*sic*- como lo llama García Téllez. En otras palabras, la argumentación jurídica por el foro jurídico profesional resistente a la publicación del Código, al violentar los parámetros liberales del Código de 1884, estribaba en la ausencia de un código adjetivo[809], aun cuando esto pueda resultar poco verosímil y tratarse más bien en nuestra opinión de un argumento dilatorio para tratar de evitar la publicación de un código que alteraba, perspectivas dogmáticas y prácticas e instituciones como la propiedad, la autonomía de la libertad y tantas otras que, desde la publicación de las conferencias de Buenos aires de Duguit, estaban en la mira de los corifeos del nuevo régimen revolucionario mexicano.

Hoy, ante la ausencia de requisitos de lo que los títulos debieran de revestir el texto correspondiente ha quedado prácticamente como letra muerta, aunque la idéntica réplica del texto original en los Códigos federal y local publicados en el año 2000 ha dejado sin efecto la discusión entre Borja Soriano y Rojina Villegas[810] respecto del conflicto de Leyes en el tiempo sobre si el Código deroga o es derogado por la Ley de Títulos, atendiendo a las diferencias de fecha de publicación y de entrada en vigor. Así el texto ha quedado prácticamente sin aplicación forense y muy escasa aplicación transaccional, su aplicación se ha restringido así al de elemento probatorio de obligaciones emanadas de otras fuentes, confirmando nuestra perspectiva anterior.

Sin embargo, es claro que el diseño y objetivo perseguidos confirman nuevamente el doble cambio de paradigma del legislador adjudicandose facultades dogmáticas y bordando el detalle domático de las instituciones respectivas. Estas solo operarían en el caso de que la obligación presentase características distintas a las que se asocian al concepto tradicionalmente aceptado por la doctrina decimonónica franco mexicana de origen y filiación romanista. El doble cambio de paradigma es pues corroborado nuevamente con esta nueva fuente.

### 4.2 La gestión de negocios.

[809] García Tellez Ignacio; opus cit; p 15
[810] Cfr. Borja Soriano Manuel OPus Cit; p 318 vs. Rojina Villegas Rafael; Opus cit; p 66 y sigs.

En materia de la gestión de negocios, los cambios del legislador no son menos interesantes que respecto de la declaración unilateral de la voluntad y no menos relevantes para efectos de apuntalar la corroboración de nuestras dos hipótesis de trabajo.

Ciertamente la gestión de negocios no es una institución nueva en el Código de 1928. Es además una institución de origen y características *ab origine*, romanistas, evidenciadas terminologicamente.

Lo anterior es además patente en el articulado de referencia que guarda, esencialmente, redacción y terminología similar cuando no idéntica, a la de los numerales correspondientes del Code y de los Códigos de 1884 y 1870.

Sin embargo, en el tratamiento de la misma, se manifiesta por un lado, una modificación dentro de su ubicación en el código que obedece a las multi-referidas metas del legislador para erosionar la primacía del contrato dentro de las fuentes. Por el otro lado, considerando las inclusiones del código en la parte general de contenido dogmático y practico a que ya hemos hecho referencia - *nulidades y representación* - parece que la adecuada interpretación de la gestión debe ser orgánica y armónica con las mismas. En concreto, la interpretación de las disposiciones en materia de gestión debe de ser armónica con el contenido de esas secciones generales.

**(i) La nueva estructura.**

La gestión de negocios fue originalmente incluida en el Code, como un cuasicontrato, siguiendo a la clasificación que se reputa gayana de las fuentes de las obligaciones[811]. En este orden de ideas desde su incepción romanista se veía en ella, una institución en la que, si bien no podía describir un fenómeno contractual, la voluntad parecía ser en ella preeminente no obstante su evidente desvinculación de un fenómeno contractual. (i.e. la carencia evidente de voluntad bilateral en la estructura básica de la figura). Como consecuencia, respecto de la gestión de negocios, la asociación como un cuasi-contrato por el Code, sería ulteriormente tratada como contrato de mandato oficioso[812], tanto por el código de 1870 como por el de 1884. La similitud de las obligaciones que al gestor y al dueño del negocio resultan, *vis a vis* las que asumen *ab origine* mandante y mandatario parece una pauta natural al respecto.

[811] Zimmermann Reinhard; Opus Cit; P 14-15
[812] Artículos 2533 del CC70 y 2416 del CC84

Cabe la pena referir que la estructura original y el tratamiento del Code, así como de los códigos de 1870 y 1884 de esta figura, junto con el del mandato, el de la estipulación en favor de terceros y el de la promesa de porte fort, claramente evidencian un patrón romanista común, en tanto figuras que podríamos calificar y clasificar de representación indirecta[813]. En efecto las mismas buscan comúnmente la alteración del principio de relatividad contractual al que ya hemos hecho referencia, ante la ausencia de factibilidad de abstracción connatural a la cosmogonía jurídica y social romana, - *para la cual la representación directa era originariamente inconcebible*-. Sin duda esta acotación es relevante evidenciando la perspectiva técnica y dogmática por la que el legislador de 1928 distingue las figuras de representación directa e indirecta.

**a. Las instituciones auxiliares.**

En adición a la inclusión y segregación del articulado relativo a la representación directa[814] - *sin antecedentes en el Code y los Códigos decimonónicos por su evidente origen pandectístico* -[815] , la inclusión de figuras de representación indirecta, se añade en nuestro análisis, la reclasificación especifica de la gestión de negocios ya no como un cuasi contrato o un mandato oficioso (sic), sino como una fuente autónoma y distinta de las obligaciones. Cabe referir como un dato interesante que, a la gestión en comento, no se le cataloga más dentro de los cuasi contratos y cuasi delitos - como lo hacía el Code -; figuras estas últimas que acusarían claramente un romanismo del cual el legislador pretende desmarcarse. Este cambio confirma nuevamente la hipótesis central de nuestra investigación por la que el legislador asume un rol no solamente regulador sino dogmático. En esta confirmación,se evidencia igualmente, la misión central del legislador de erosionar la primacía del contrato como fuente de las obligaciones primariamente a través de la inclusión y reclasificación de múltiples fuentes adicionales de índole extracontractual (i.e. la gestión o la estipulación en favor de tercero) independientemente de otras consideraciones dogmáticas.

En lo tocante a la gestión, consideramos para efectos de esta investigación que la reclasificación como fuente autónoma de naturaleza extracontractual segregada de la tradicional

[813] Barrera Graf Jorge, La representación voluntaria en derecho privado, UNAM, 1967 211 pp.
[814] Artículos 1800 a 1802 del Código de 1928 anteriormente - bajo los CC de 1870 y 1884 correspondientes a la capacidad.
[815] Fromont et al; Opus Cit; p 59-62

forma de cuasi contrato o de la decimonónica previsión como un mandato oficioso es afortunada. Lo anterior especialmente si se considera la misma en atención a su naturaleza de forma de representación indirecta con la consecuente diferenciación y segregación de sus características y efectos respecto de los de la representación directa y su ficción inherente[816]. Esta pretensión adquiere mucho mayor relevancia en el nuevo paradigma del y la para esos efectos relevantísima teoría organicista de las ineficacias y nulidades de Bonnecasse.

Ciertamente tanto la reclasificación de la gestión de negocios como de la estipulación en favor de tercero y la promesa de porte fort deben ser ponderados en conjunto dentro del esfuerzo de la comisión. Esto implicó no solo una perspectiva de clasificación extracontractual, sino especialmente de dogmatización y regulación lógico-científica de sus efectos como formas de representación indirecta. Esto es factible y mensurable a través de la interpretación armónica de sus preceptos con los de la nueva sección de las nulidades e ineficacias inspirada en la tesis organicista de Bonnecasse. Los efectos de esta novel interpretación armónica de las figuras de representación indirecta en conjugación con las nulidades y en oposición a las formas de representación directa - *la voluntaria y la legal* -, producto ambas de la ficción jurídica de origen germánico y holandés, dan lugar a una ponderación, regulación y sanción del desempeño social negocial resultante, mucho más lógico, coherente y dogmático.

En la gestión de negocios, la necesidad de combinar dichas instituciones en atención a lograr una interpretación armónica de los preceptos y una regulación lógico-conceptual *ad-hoc* a los postulados del nuevo paradigma legislativo, se verifica con mucho mayor claridad.

La gestión de negocios parte de una realidad y contexto de representación indirecta romanista. La regulación de la representación directa, es incluida por primera vez de forma expresa en el Código de 1928, utilizando al efecto los mismos textos previstos en el Código de 1884 para la capacidad. De manera marginal haremos mención que la capacidad en el Código de 1884 no admitía los distingos propios del Código de 1928, mismos que solo son admisibles en términos de la inclusión de la teoría de las ineficacias de Bonnecasse. Ciertamente es en la distinción de los efectos que experimenta el acto jurídico cuando falta la capacidad de goce o cuando falta la capacidad de ejercicio, a saber, nulidades absoluta y relativa respectivamente se manifiestan con claridad. Así, la ausencia de distingos y grados dentro de la capacidad, llevaba en el siglo XIX, a los actos jurídicos celebrados en su ausencia, a un grado de anulabilidad que

[816] Vid Borja Soriano Opus Cit p 244-248.

permitía en todo caso la ratificación de los actos celebrados[817]. Como se mencionó en la sección respectiva, el texto parece haber sido mantenido en el código de 1928, precisamente para apuntalar uno de los principios de la teoría de Bonnecasse, consistente en la mensuración judicial necesaria de los intereses jurídicos en presencia y los potenciales efectos putativos, dando así al legislador, margen de acción restringido por la teoría clásica de las nulidades.

Lo anterior presenta la mayor relevancia respecto de la gestión de negocios. Ciertamente como mandato oficioso o cuasi contrato en el contexto napoleónico, la gestión, coexistía con la tesis clásica en materia de nulidades y con la ausencia de un distingo efectivo de la representación directa *vis a vis* la indirecta[818]. Las formas de una y otra se venían confundiendo secularmente desde la antigüedad romana y la edad media. Los esfuerzos del pretor en el derecho clásico romano y de la jurisprudencia elegante para dar efectos ficticios de representación directa a instituciones que le eran ajenas (vbgr. mandato, gestión de negocios etc.…) es patente. Esos esfuerzos claramente ilustran la necesidad de un distingo científico jurídico[819] que sin embargo no se verifica, ni en el Code ni en los códigos decimonónicos mexicanos que siguen su patrón. El texto relativo a la representación directa- *tomado de la regulación de la capacidad como ya ha quedado patente*- tampoco preveía dicho distingo.

### b. La interpretación armónica.

Así, en el contexto decimonónico tanto francés como mexicano, los actos jurídicos que el gestor efectuase en nombre del dueño del negocio, parecerían en el peor escenario, actos jurídicos anulables y por ende ratificables en todo momento. En ese contexto, el texto del articulado relativo a la capacidad de las partes claramente permitía que una falta de capacidad, que se atribuyese a la celebración de dichos actos, sin facultades ni obligaciones - *como resulta indispensable para ubicarse en un escenario de gestión de negocios* - por parte del gestor, fuese calificado de esa suerte - *actos anulables* - y consecuentemente ser factible su ratificación en todo momento por el dueño del negocio[820].

[817] Artículos 225 a 2228 del Código Civil de 1928
[818] Cfr. Barrera Graf Jogre,Opus Cit y Hupka Josef y La representación voluntaria en los negocios jurídicos, Madrid; Libreria General de Victoriano Suárez 1930; 427 pp.
[819] Sobre la relevancia y elogio al esfuerzo científico del legislador de 1928 cfr. Macedo Pablo, Opus Cit.
[820] Artículos 1903 y 1906 del Código Civil de 1928 así como el 2421 del CC84 y el 2538 del CC70.

Sin embargo, pese a la reproducción literal del texto de la capacidad y su marginal reclasificación dentro del nuevo apartado de representación directa, la inclusión de esta institución, así como de la teoría organicista de las ineficacias de Bonnecasse, llevarían a considerar que los actos celebrados por el gestor a nombre del dueño del negocio, en evidente ausencia de facultades respectivas, a un supuesto de inexistencia por falta de voluntad. Dicha voluntad no puede ciertamente imputarse ni inferirse en forma alguna ya que para que la misma existiese, debiera en términos del propio articulado de representación, haber constado la misma de alguna manera.

Cabe añadir que, de ser aceptada esta interpretación, amén de ser consistente con la inclusión de la representación directa - *en oposición a la indirecta* - la gestión más allá de ser segregada de su previo cariz contractual o cuasi-contractual, quedaría claramente restringida a ser una fuente de obligaciones - *según el tratamiento y clasificación que el propio Código de 1928 le da - vbgr. como las demás formas de representación indirecta* - careciendo de imputaciones ficticias propias de la representación directa y que le habían sido caracterizadas en virtud de la confusión secular entre ambas instituciones a la que ya nos hemos referido.

Evidentemente lo anterior pertenece al ámbito de la interpretación consistente de los distintos cambios efectuados por el legislador de 1928. Pese a la redacción literal del artículo 1802 - *idéntico al contenido del 1285 del Código de 1884* - y su potencial interpretación literal con el 1903 en materia de gestión y su potencial permisión de considerar que esos actos son solamente nulos y son factibles de ratificación, la inclusión de la teoría organicista de Bonnecasse y su demoledor contenido dogmático y lógico - *por el que la falta de consentimiento en un acto jurídico no permite sino corroborar su inexistencia, como lo establece el artículo 2224 mismo que en conjunto con el 1794 (ambos del Código de 1928) y la lacónica inclusión de dicha teoría de ineficacias de forma dúctil y jurisdiccional*[821] no permiten considerar técnicamente que esos actos celebrados por el gestor quedasen en el ámbito de la anulabilidad. Esta línea interpretativa se refuerza si consideramos que, por primera ocasión, el legislador incluyó adicionalmente la institución de la representación directa según esto se ha expuesto, en oposición conceptual a las instituciones de representación indirecta a que pertenece la gestión. Ciertamente el esfuerzo de conjunto parece insoslayable. ¿Para qué incluir y distinguir a la representación directa, si las instituciones de representación indirecta seguirían siendo

[821] Teoría de las ineficacias de Bonnecasse en artículos del 2224 al 2242

interpretadas con un parámetro híbrido que las confundiese como lo ha hecho la legislación decimonónica y la tradición romanista elegante? ¿Para qué ser tan claros y dogmáticos en la inclusión de una nueva teoría organicista de ineficacias que rompe con siglos de tradición de teoría clásica y un siglo de exégesis, si en uno de los tópicos de interpretación lógico conceptual más relevantes, se pretende ignorarla?

Lo anterior implica sin embargo una perspectiva solo aceptable si se considera y corrobora una vez más la desiderata del legislador del 1928. El código no es mas, sólo un instrumento de regulación, sino especialmente un mecanismo de educación científica. El mismo tiene consecuentemente que beneficiarse de una técnica cuasi aritmética, de rigor lógico conceptual derivado de la jurisprudencia de conceptos y la perspectiva que esta brinda. Así, (i) la inclusión de las instituciones auxiliares - *representación e ineficacias* -, (ii) la erosión del contrato como fuente primigenia de las obligaciones y (iii) la necesidad de dar al derecho lógica conceptual que le saquen de una perspectiva meramente reguladora y positivista son factores por combinar para la adecuada regulación del país. Resumiendo los conceptos anteriores, la perspectiva de imputación de efectos por disposición legal, de claro origen alemán y la marginación de los efectos derivados de la autonomía de la voluntad connatural al esfuerzo legislador de 1928 refuerzan esta interpretación de la meta buscada por dicho legislador.

### 4.3 El pago de lo indebido.

El pago de lo indebido ha existido en el universo occidental desde el derecho romano como una evolución jurisprudencial republicana y de la época clásica[822]. En calidad de aplicación jurisprudencial y consuetudinaria del principio general del derecho por el que nadie puede enriquecerse a costa de otra sin indemnizarle en la medida que esta se haya empobrecido. Clasificado como cuasicontrato en la perspectiva Gayana - *por su evidente analogía y similitud en cuanto a las acciones resultantes con el mutuum* [823]- al respecto y consecuentemente bajo el Code, es posteriormente reglamentado - *en los Códigos decimonónicos mexicanos* - en el capitulado relativo al pago[824].

La clasificación de los Códigos de 1870 y 1884, es fiel a la tradición contractualista que les rige, dentro de las secciones correspondientes a la extinción de las obligaciones ubicado en el

[822] Iglesias Juan; Opus Cit; p 411-413
[823] Ibidem: p 411
[824] Artículos 1659-1669 del CC70 y artículos 1545-1555 del Código de 1884

Titulo IV - *De la extinción de las obligaciones* - como continuación al título III - *De la ejecución de los contratos*-. Es asimismo fiel dicha clasificación al tratamiento decimonónico de las fuentes en las que el contrato es privilegiado y los cuasicontratos o cuasidelitos Gayanos bajo el filtro de la revolución burguesa de 1789 son segregados a otros capitulos para privilegiar al contrato.

Así el tratamiento decimonónico mexicano, ubicaba a esta institución dentro del capítulo del pago como un "pago fallido". Evidentemente la incipiente doctrina de perspectiva francesa poco dogmatizará sobre su naturaleza como acto jurídico[825] y mucho menos en su potencial inexistencia, a la luz de la teoría de las nulidades clásica. Dicho análisis sería aún menos plausible bajo los ordenamientos decimonónicos mexicanos y francés[826] para los cuales, la dogmática del acto jurídico[827] no presentaba el desarrollo que brota a finales del siglo XIX merced a la doctrina alemana[828] e italiana, misma que es - *así sea deficientemente* - incluida por primera vez en el Código de 1928.

Su tratamiento como cuasi contrato, así como en el capítulo del pago, tanto en el Code como en los Códigos mexicanos decimonónicos, darán lugar de la "responsabilidad" que corresponde al *accipiens* para la repetición de lo indebidamente recibido, pero no calificarán si esto es una nueva obligación o una responsabilidad que para dicho *accipiens* resulta. El Código de 1928 si lo clasifica con toda exactitud como una fuente extracontractual, abriendo la duda sobre si lo que surge deriva de la falta de exigibilidad o de existencia de la obligación del *solvens* que realiza la entrega indebida. Los elementos en el Code, y en los Códigos 70 y 84 coinciden esencialmente con los establecidos en 1928. El matiz y la calificación doctrinal varían, sin embargo. El léxico de los artículos correspondientes parecen sin embargo sugerir una reflexión respecto de la consideración de la doctrina alemana derivada de la pandectística que distingue

---

[825] Al no considerar al acto jurídico como lo hará el CC28 en recplica del modelo pandectístico. Par mayor información respecto del modelo pandectístico y su énfasis en el acto jurídico en oposición al modelo napoleónico cfr. Fromont et al, Opus Cit; 16-17 y 46-47

[826] Fromont et al; Opus Cit; p 16-17 y 46-47

[827] Cfr Dominguez Martinez Jorge Alfredo; Opus Cit; p 518 y García Tellez Ignacio; Opus Cit, p 141

[828] Fromont et al, Opus Cit; p 16: "....*la partie génerale du BGB est constituée surtout, outre un certain nombre de dispositions d'importance plus sécondaire, par deux grandes sections, l'une relative aux personnes et l'autre concérnant les "actes juridiques" (...) le côté novateur et l'originalité de la Partie Générale du BGB résident bien plitòt, dans son caractère systématique et ses préoccupations pratiques que se manifèstent de facon primordiale dans ses dispositions relatives aux personnes et aux acte juridiques (...) la réglementation relative aux actes juridiques figurant dans la partie générale du BGB constitue par rapport aux différents types d'actes juridiques particuliers du droit des obligations, du droit des biens, du droit de famille et du droit succésoral, une matière typiquement générale (...) à partir de cette idée, F.C. von Savigny mettait déjà au premier plan comme constituant la tâche la plus importante à accomplir, celle de dégager le fond réellement commun aux institutions juridiques er de le plàcer en tête et avant l'éxposé systématique des institutions juridiques particulières*...."

*schüld* y *häftung*, en 1928[829] cuestión que no parece evidente en 1870 y 1884[830], códigos en los que la terminología se refería más claramente al aspecto pasivo de la obligación que lo que enfoca el Código de 1928 al hablar de derecho de exigir, que bien pudiese contrastarse con el derecho de recibir en una terminología que amén su novedad[831] bien da elementos de dogmatismo pandectístico[832].

Lo anterior puede ser considerado como una mera calificación doctrinal sin mayor importancia- *lo cual no impide que se repita en numerosas ocasiones al través de todo el libro IV de las Obligaciones despertando al efecto numerosas dudas y consideraciones al respecto*-. Puede así incidirse en la intención del legislador de acogerse a la terminología de la jurisprudencia de conceptos y efectuar distingos dogmáticos y conceptuales - *similares (i) a la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones, (ii) la perspectiva no pecuniaria del objeto de la obligación, (iii) la condición suspensiva de exigibilidad, o (iv) la transmisibilidad de obligaciones, por mencionar solo algunos* -. Desde la perspectiva francesa hermenéutica y decimonónica, dichas premisas no parecerían aceptables. La especulación a que hacemos referencia sin duda incide en cómo podrá pensar el lector en la eliminación o degradación gradual y paulatina pero constante de los elementos y características del "pseudo-concepto" heredado de la tradición franco mexicana.

Sin embargo, la reclasificación y su actual ubicación[833] como fuente extracontractual de las obligaciones si confirma, la asunción por parte del legislador de un nuevo rol y una nueva perspectiva academicista y cientificista de su responsabilidad, que le permitirían polemizar con tabúes anteriores con el fin de educar a la población al tiempo que regula.

En este esfuerzo dogmaticista es importante subrayar que dentro de la nueva clasificación como fuente de obligaciones que se da al pago de lo indebido, se le coloca dentro de un capítulo - el capítulo Tercero del Título Primero - *del enriquecimiento ilícito* - mismo que allende el pago

---

[829] "*Artículo 1883.- Cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla. Si lo indebido consiste en una prestación cumplida, cuando el que la recibe procede de mala fe, debe pagar el precio corriente de esa prestación; si procede de buena fe, sólo debe pagar lo equivalente al enriquecimiento recibido*." (enfasis añadido)

[830] *"Artículo 1545.- Cuando por error de hecho pagare alguno lo que realmente no debe, podrá recobrar lo que hubiese dado en los tres aríclos siguientes"; "Artículo 1546.- El que de buena fé reciba una cantidad indebida, está obligado a restituir otro tanto más no los intereses"; "Artículo 1547.- Cuando la cosa recibida haya sido cierta y determinada deberá restituirse en especie si existe pero el poseedor no responde de las desmejoras o pérdidas aunque hayan sido ocasionadas por su culpa, sino en cuanto hubiere utilizado del mismo deterioro."* (enfasis añadido)

[831] García Tellez Ignacio; Opus Cit; p 141

[832] Cfr. Morineau Oscar; Opus Cit; p 282 y Windscheid Berndhard; Opus Cit; p 138-139

[833] García Tellez Ignacio; Opus cit; p 141

de lo indebido solo es acreedor a un numeral[834], por el que se considera en ocasiones, que el mismo debiera solo obrar como un principio general del derecho respecto del cual el pago de lo indebido serían la única fuente especifica. Al respecto consideramos que esta interpretación es errónea. Consideramos que dentro del género - *Enriquecimiento ilegítimo* - debieran ser admisibles dos fuentes a saber el enriquecimiento ilegítimo en sentido estricto y el pago de lo indebido, ambas como fuentes específicas.

El tratamiento doctrinal parece abrir la pauta para ellos pues tanto los elementos y requisitos como la finalidad y el ámbito de aplicabilidad de ambas figuras parece corresponder a necesidades distintas en el diseño academicista del legislador como parte de su diseño academicista de clasificaciones género-especie y de conceptos exactos para situaciones distintas.

### (i) El pago indebido bajo la lupa de la teoría del acto jurídico.

El pago indebido, en el contexto del código de 1928 no puede considerarse solamente como una fuente que salga del ámbito contractual y se erija en fuente extracontractual. Su segregación del capítulo del pago, la inclusión de la teoría del acto jurídico[835], la inclusión de la teoría organicista de Bonnecasse y el tratamiento que del pago se hace - *con claros sesgos dogmáticos al reubicarlo como efecto de las obligaciones relacionadas con el cumplimiento y ya no como forma de extinción*[836]- , permite dilucidar que el pago indebido es el ejemplo vivo de la jurisprudencia de conceptos por la que la estructura geométrico matemática de origen Leibnitziano[837], se replica en distintas figuras *ad infinitum* de las cuales el pago y el pago de lo indebido son el mejor ejemplo, como manifestaciones de acto jurídico creador de obligaciones o responsabilidades.

La novedosa adopción por el código de la teoría del acto jurídico y la aplicabilidad de sus preceptos a todas las instituciones que no se oponga a su naturaleza[838] son a estos efectos una pieza clave. El pago, al ser reclasificado como un efecto de las obligaciones relacionado con su cumplimiento, es claramente identificable como un acto jurídico como voluntad encaminada a la

---

834 Artículo 1882.- "*El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido*."

835 Ibidem; cfr. Dominguez Martinez Jorge Alfredo; Opus Cit; p 518

836 García Tellez Ignacio Opus Cit; p 145

837 Vid; Berkowitz Roger; The Gift of science; Harvard University Press, Cambridge, 2005; 214 pp

838 *"Artículo 1859.- Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la Ley sobre los mismos."* Respecto de la novedad vid García Tellez Ignacio Opus cit; p 141

producción de efectos jurídicos[839]. Como veremos a continuación, la combinación de estos factores, aunado a la inclusión de la teoría de las ineficacias de Bonnecasse, da una perspectiva radicalmente innovadora al pago de lo indebido como fuente de las obligaciones.

Ciertamente, la reclasificación que del pago se hace y a la que ya haremos detallada referencia, ya no solo como una forma de extinción de las obligaciones, sino especialmente como efecto de las mismas y en esencia un acto jurídico cuyas consecuencias derivarán y variarán con la voluntad e identidad del *solvens* no permiten tratar al pago indebido, solo como una fuente más. Al respecto, lo mismo hubiera dado dejarlo en el capítulo del pago cuya función, clasificación y efecto era la de extinguir las obligaciones, y en un afán meramente regulador, hubieran permanecido los más generales artículos respectivos del código de 1884.

En el mismo afán dogmático y doctrinario, el pago ya no es en 1928, solo una forma de extinción de las obligaciones. Es un efecto y puede extinguir sin duda, pero también crear y transmitir, dependiendo de la voluntad impresa en el acto jurídico que dicha conducta reviste. Todas esas cuestiones eran inimaginables en el contexto decimonónico, en la perspectiva napoleónica y en el derecho romano sin la dogmatización inherente a la pandectística y al legislador de 1928, vbgr. la inclusión del acto jurídico en el CC28. Para ello, el análisis del pago no puede segregarse de la perspectiva organicista de las ineficacias propia de la teoría de Bonnecasse, como tampoco de la indisociable estructura organicista de los requisitos del acto jurídico *per se*. Amén Bonnecasse, la influencia germánica es innegable. Así el pago indebido y su análisis en términos de Ley plantea una interesantísima problemática connatural a las anteriormente referidas perspectivas.

### (ii) El pago de lo indebido como fuente.

Su clasificación como cuasi-contrato[840] o eventualmente como cuasi-delito parece ya en el contexto actual, rebasada, tanto como la de su origen contractual o delictual, puesto que dependiendo del momento que se analice hoy, con base en la perspectiva dogmática de origen pandectístico del pago en calidad de acto jurídico, mencionada en el apartado precedente, el pago siempre pretenderá ser un acto jurídico y producir efectos en atención a la teleología de la

[839] Cfr. Domiguez Martinez Jorge Alfredo; Opus Cit; p 518
[840] En términos de su antecedente Napoleónico y de la perspectiva Gayana enun sentido estricto. Cfr. Zimmeran Reinhard Opus Cit p 15-21

voluntad del sujeto[841]. Sin embargo, cuando esta voluntad está afectada por un error obstáculo[842] como es la ausencia de deuda con el *accipiens*, parece más que evidente que los efectos jurídicos que se producirán, serán independientes de la voluntad y aún en contra en su caso de la misma, por lo que la institución en comento sería más naturalmente una fuente extracontractual simplemente, que no sería susceptible de ser reducidas a las especies de la clasificación gayana.

Ciertamente en la perspectiva del acto jurídico, el pago indebido, con sus elementos constitutivos, (i) entrega, (ii) error, (iii) ausencia de deuda y (iv) *animus solvendi* hace evidente que, al igual que en el pago, la voluntad - *en su acepción más amplia con la connatural teleología aristotélica* - no sea soslayable. El problema de la figura del pago indebido desde la perspectiva combinada del acto jurídico, la teoría de las ineficacias y el dogmatismo conceptualista del legislador de 1928, es que la voluntad del acto jurídico en cuestión - *el pago* - está viciada por un error obstáculo u obstativo[843] que a la postre - *en la calificación del propio Bonnecasse* - conduciría a considerar que se trata de un acto jurídico inexistente.

**(iii) Sanción del acto y origen de las obligaciones resultantes.**

Desde la óptica de la jurisprudencia de conceptos y su análisis geométrico matemático de origen Leibnitziano[844], los efectos que presenta el pago indebido con su acción *condictio indebitii*, desde tiempos romano clásicos, es fácilmente reductible en la perspectiva organicista, a un acto jurídico inexistente por falta de consentimiento - *mediante la aplicación combinada de los artículos 1794 y 2224* - y la aplicación de un rigor dogmático solo entendible en la óptica de la teoría del acto jurídico y la teoría organicista de Bonnecasse tanto de las nulidades como de los elementos de existencia del acto jurídico. Siendo que la inexistencia una vez reconocida como la nulidad una vez declarada implican la destrucción retroactiva[845] pretendida aún respecto de los efectos putativos que pudieran haberse generado a la sombra de aquello que emuló y pretendió

[841] Vid Zimmermann Reinhard; Opus Cit; p 849 y sig.
[842] Cuestión que es dogmáticamente sustentable solo a partir de Bonnecasse al distinguir los efectos del error obstaculo versus el nulidad por la inclusión de la inexistencia.
[843] Dominguez Martinez, Jorge Alfredo; Opus Cit; p 639-640
[844] Berkowitz Roger; Opus Cit. Vid Zimmermann Opus Cit; p 31
[845] "*Artículo 2239.- La anulación del acto obliga a las partes a* ***restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado****." y" Artículo 2240.- Si el acto fuere bilateral y las obligaciones correlativas consisten ambas en sumas de dinero o en cosas productivas de frutos, no se hará la restitución respectiva de intereses o de frutos sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí.* " asumiendo al efecto la aplicación *mutatis mutandis* de los efectos de la nulidad a la sentencia que reconociese en su caso la inexistencia. (énfasis añadido)

ser un acto jurídico pero que dogmáticamente no puede ser reconocido como tal. Esa destrucción implica en términos de Ley y desde una perspectiva práctica, la restitución de las prestaciones, que naturalmente coincide con los efectos de la *condictio indebitii* una vez otorgada y sentenciada por el órgano judicial.

Así, la reclasificación por parte del Código de 1928, del pago indebido como una fuente, es inseparable del análisis dogmático del pago como acto jurídico y consecuentemente corresponde por igual al esfuerzo dogmático del legislador enfocado, en esta primera sección del libro correspondiente, a la erosión del contrato (centro del pensamiento jurídico de origen napoleónico, de cariz liberal y de aspiración burguesa, conceptos todos ellos rechazados por el legislador en los albores del siglo XX).

En el Código de 1928, las consecuencias imputadas al *accipiens* en el pago de lo indebido, son clasificables nominalmente y *prima facie* como resultado de una fuente y de la imputación legal de las consecuencias a la hipótesis normativa. Esto pareciera la única perspectiva buscada por el legislador en su afán por erosionar las figuras contractuales o cuasicontractuales de clara filiación romanista. Sin embargo, las mismas pueden igualmente analizarse, merced al reduccionismo lógico conceptual de la jurisprudencia de conceptos que adopta el Código, a las consecuencias destructivas - restitutivas de un acto jurídico inexistente por error obstáculo.

Con independencia de la perspectiva política sus mencionada por la que la creación de fuentes sería una primera fuente de vocación política, la perspectiva dogmática del análisis a través de la óptica del acto jurídico - en este caso inexistente - y la réplica de conceptos propia de la Beggriffjurisprudenz, sería insoslayable, confirmando nuevamente nuestra primera hipótesis de trabajo y la nueva vocación adquirida por el legislador consistente en establecer una redacción dogmática, teórica y más técnica que la pretendida por el legislador decimonónico tanto francés como su causahabiente mexicano.

La dogmatización del pago de lo indebido como un acto jurídico inexistente al amparo de la jurisprudencia de conceptos, la inclusión del acto jurídico y la perspectiva Bonnecassiana de las ineficacias brindan una nueva visión de gran valor dogmático y practico no perceptible en la perspectiva decimonónica. Ciertamente si se glosan los elementos del pago indebido, la conjunción e interpretación de los mismos no dejan lugar a dudas respecto de lo que *prima facie*

conducía a la celebración de un acto jurídico. Vbgr. cuando en términos de Código[846] se verifica (i) la entrega o servicio, (ii) el error - *claramente obstáculo por la naturaleza del negocio jurídico que se pretendía* - (iii) la ausencia de deuda u obligación y (iv) el *animus solvendi* parece que se observa con claridad un acto jurídico viciado de error obstáculo que daría dogmáticamente lugar a un acto jurídico inexistente. La naturaleza voluntaria de la conducta regulada - acto jurídico - se observa del *animus solvendi*, mismo que es verificable cuando se habla de "pago". De ahí la inadecuada y tradicional consideración de pago indebido debiendo más lógicamente en el contexto decimonónico hablarse en su caso de entrega indebida, ya que ese elemento subjetivo de ánimo no era enfatizado al no considerarse la naturaleza de acto jurídico del pago y cuantimenos del "pago indebido" como actos jurídico y fallido respectivamente. Sin Bonnecasse e ignorando la inclusión del acto jurídico en el código, esta conclusión no sería factible. Los efectos del acto inexistente - *restitución de la prestación indebidamente entregada* -, se verifican no obstante como putativos en virtud del hecho jurídico realizado y con independencia de la voluntad tanto de *solvens* como de *accipiens*. Esta dogmatización era imposible en la perspectiva decimonónica sustentando así además la clasificación que se le daba a la figura. Parece patente la nueva clasificación y potencial dogmatización con base en el cambio de paradigma del rol del legislador.

Lo anterior adquiere sin embargo mayores proporciones, consolidando los elementos demostrativos de nuestra segunda hipótesis respecto de la pretensión conceptualizadora del propio legislador, cuando se evalúa en concierto con las aseveraciones anteriores, la redacción de esta flamante "nueva fuente", en el contexto no sólo del acto jurídico sino también, de acuerdo con los consecuentes elementos y características de la obligación, también marcados por la jurisprudencia de conceptos, cuya nueva regulación parece muy ilustrativa en nuestra perspectiva.

Ciertamente, en el código de 1928 al artículo que consagra la institución se le señala una marcada bipartición de la obligación claramente derivada de la concepción Windscheiana originaria en Gierke y Kohl. - *schüld* y *häftung*. -

[846] Artículo 1883.- *"Cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla. Si lo indebido consiste en una prestación cumplida, cuando el que la recibe procede de mala fe, debe pagar el precio corriente de esa prestación; si procede de buena fe, sólo debe pagar lo equivalente al enriquecimiento recibido."* (énfasis de los elementos añadido)

El Código de 1928 establece que "*Cuando se reciba algo que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla*."[847] Antes de hacer cualquier disertación al respecto, cabe referir textualmente que el Código de 1884 preveía en su lugar - dentro del título IV medios de extinción de la obligación - que "*cuando por error de hecho pagare alguno lo que realmente no debe, podrá recobrar lo que hubiere dado en los términos que establecen los tres artículos siguientes*", redacción idéntica a la prevista en su antecedente de 1870 en su numeral 1659. Así el Code preveía en la sección de los cuasi contratos que "*todo el que recibe por error o con conocimiento de causa aquello que no le es debido, está obligado a restituirlo a aquel de quien indebidamente recibió*"[848]

Si bien la redacción en comento pudiera interpretarse *contrario sensu* respecto del nuevo concepto de obligación inherente a la jurisprudencia de conceptos, respecto de la cual veremos muchos supuestos incluidos en el nuevo código a partir de 1928, lo que sí es evidente es la partición del concepto *versus* sus predecesores inmediatos. Para el legislador de 1928, es claro que el vocablo obligación es divisible en dos secciones en el lado activo - derecho de recibir y derecho de exigir [849]- a lo cual, en el contexto de Rojina Villegas y Oscar Morineau corresponden dos secciones en el lado pasivo - débito y responsabilidad - schüld y häftung -.

Puede bien leerse que, de la redacción del Código de 1928, se priorizara - *en esta institución concreta* - el derecho de exigir versus el derecho de recibir y que consecuentemente se elaborase sobre la exigibilidad - *de origen y estructura más romanista, deductiva - francesa y decimonónica* - como elemento definitorio. Bien puede en consecuencia decirse con facilidad que la obligación derivada del pago de lo indebido deriva de la falta de exigibilidad, de la cual se puede colegir la falta de juridicidad en la recepción del "pago" y consecuentemente del cual se puede deducir la obligación de repetir. En otras palabras, la interpretación directa y lineal parecería tentada a construir que en la medida que una obligación no es exigible, no es obligación, tanto más que si se entregase una cantidad que no se tuviese derecho de exigir, la acción de repetición sería natural remedio aplicable. La exigibilidad pareciera en su tenor ser el elemento definitorio del fenómeno obligatorio, a falta del cual la entrega sería injustificable, pero sobre todo insostenible e impugnable *vía actio condictio indebitii*.

[847] Artículos 1883 del Código Civil de 1928
[848] Article 1376 du Code Civil: " Celui qui recoit par erreur ou sciément ce quie ne lui es pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment recu"
[849] Rojina Villegas Rafael; Opus Cit. p 94 y sigs.

Sin embargo, la simple referencia a las dos fases del concepto obligatorio - *schüld y häftung* - derecho a recibir vs. derecho de exigir - *débito y responsabilidad*-, cualquiera que sea el lado del que se analice, deja una perspectiva innovadora, no perceptible ni anticipable en el siglo XIX mexicano y mucho menos bajo el imperio del Code según acreditado.

En todo caso, la apertura conceptual parece la pauta relevante. Siempre sería discutible si el texto enfatiza el débito versus la responsabilidad, pero lo que es claro es la inexistencia de la dualidad respectiva potencial al amparo de la perspectiva decimonónica francesa y mexicana, que el texto de 1928 innova. Al respecto será particularmente interesante evaluar este cambio en el contexto de otros cambios incluidos en 1928. El énfasis, claramente conceptualista y enfocado a la obligación y sus potenciales momentos cronológicamente sucesivos, se enfrentará y contradirá con la perspectiva decimonónica de sus antecedentes en la cual, sólo será perceptible el vínculo desde el lado activo o desde el lado del cumplimiento - *no como en este caso desde la perspectiva de los momentos enfrentados o que pueden ser enfrentados por el deudor*- . *–Vbgr el tratamiento de la condición suspensiva*- que analizaremos posteriormente.

En este orden de ideas puede por último hacerse referencia al incremento de los artículos destinados al pago de lo indebido en el Código de 1928, en comparación a los que regulaban la misma institución dentro de la sección de extinción de las obligaciones en los códigos de 1870 y 1884. Lo anterior releva la distinta percepción por parte del legislador de que la Ley debiera de prever, a mucho mayor detalle las potenciales consecuencias y vertientes de operación de la *condictio indebitii*, y de la forma en que lo haría en tratándose de una fuente -*strictu sensu*- . La Ley reemplaza la potencial voluntad de las partes y su tradicional autonomía[850].

En abundamiento, el mayor nivel de detalle es entendible considerando la complejidad conceptual resultante del esfuerzo de encuadrarlo en la clasificación gayanna. En esta última pareciera solo tener naturaleza cuasidelictual o cuasicontractual, dependiendo de la mala fe que se presentase, según el nuevo detalle tanto del primero como del segundo *accipiens* en el caso de bienes no fungibles que permitiesen esos escenarios.

### 4.4 El enriquecimiento sin causa.

#### (i) consideraciones generales

[850] Vid Duguit Leon y García Tellez Ignacio Opus cit.

El caso del enriquecimiento sin causa, presenta como anticipábamos un mucho mayor interés de acuerdo con la perspectiva del legislador de 1928. Un primer acercamiento parece hallarle posición en el Código de 1928, únicamente como consagración de un principio general del derecho, respecto del cual se desprendería una fuente única, el pago de lo indebido.

Sin embargo, en el contexto de los hallazgos previamente ilustrados en el contexto de las hipótesis de la presente investigación, de un análisis más agudo parece desprenderse que su introducción en el Código, va mucho más allá de ser un principio general del derecho con una fuente particular - *el pago de lo indebido* -.

En efecto pareciera que de su inclusión como principio pudieran implicarse consecuencias en situaciones concretas al amparo de la secular *actio in rem verso*, no previstas en la experiencia exegética. Cabe mencionar que en esta experiencia dicho principio para su aplicación en tanto fuente independiente al pago de lo indebido, no necesito de su inclusión en el texto del propio Code. Aún en los momentos más hermenéuticos del siglo exegético pudo la Corte de Casación analizar los méritos de la *in rem verso*, en ausencia de un texto legal que la previera expresamente-.

La narrativa de Bonnecasse[851] es muy ilustrativa al respecto. Al amparo del Code y durante todo el siglo XIX, la interpretación de la corte de casación pudo desplazarse con soltura y amplitud para aplicar o denegar peticiones respecto de situaciones que reunían lo que la doctrina había tradicionalmente asociado como requisitos para que dicha *actio in rem verso* fuese procedente[852]. La conjunción causal de incremento y decremento patrimoniales recíprocos en un *accipiens* y un *solvens*, aunada a la ausencia de título jurídico que la justificase y de cualquier remedio jurídico previsto en Ley, fueron efectivamente interpretados durante los cien años siguientes a la publicación del Code, para otorgarla o denegarla como aplicación del principio general del derecho. Las sentencias Boudier, Roques Camels y Clayette[853] lo certifican en sus respectivos excesos con toda claridad y especialmente, ante la ausencia de precepto legal que lo auspiciase. El rigor lógico del tratamiento ante la ausencia de justificación para ese desplazamiento patrimonial no hacía necesario su inclusión y, por el contrario, obrarían en contra de considerar dicha inserción legal como necesaria.

[851] Bonnecasse Julien; Tratado elemental de derecho civil; Editorial Harla; México D.F., 1993; 1048 pp; p 809-818
[852] Ibidem
[853] Ibidem

Ciertamente si la *actio in rem verso* debe de otorgarse en un caso concreto como aplicación de un principio es precisamente ante la ausencia de precepto legal que la aplique, a falta de lo cual, el desplazamiento patrimonial, si tendría una causa. De esto se colige la interpretación de Borja Soriano ya en el contexto del Código de 1928[854], consistente con la perspectiva de la sentencia Clayette, por la que esta acción sólo puede otorgarse en ausencia de cualquier otro precepto - *acción de último recurso* - que proteja al particular afectado - *solvens* -, situación de la cual podría desprenderse con más lógica la aplicación del principio - a falta de artículo expreso, o la aplicación de la fuente - con principio expreso que la consagrase.

Al respecto es asimismo importante mencionar que ninguno de los códigos mexicanos decimonónicos prevén la figura del enriquecimiento sin causa [855]- *ni como principio ni como fuente* - pudiendo considerarse al respecto que en esta línea operaba en el espíritu del legislador decimonónico mexicano. Así parece prevalecer que el ánimo de replicar la experiencia francesa considerando que esta institución es "solamente" un principio general del derecho que no requiere fundamento expreso para su interpretación. Al respecto y tal como veremos en las siguientes líneas, al no prever dichos ordenamientos figuras abstractas como los títulos valor - *ni en el ámbito civil ni en el mercantil* - la utilidad práctica y el valor conceptual de añadir esta institución como fuente era soslayable para el legislador decimonónico mexicano. Incluirla como fuente no parecía necesario considerando los antecedentes decimonónicos antes mencionados.

### (ii) Distinción especifica en calidad de fuente: *relación con otras fuentes y con la abstracción en los títulos valor-.*

Cabe ciertamente interpretar y distinguir este enriquecimiento sin causa, del pago de lo indebido. Más allá de no ser solo un principio general del derecho del que el pago de lo indebido fuese solo su primer especie, el enriquecimiento ilícito sin causa, parece en calidad de fuente, ser una institución que va más allá del tradicional cuasicontrato - *pago de lo indebido* - excediendo su ámbito de aplicación no solo a relaciones duales entre un *solvens* y un *accipiens* que en virtud del error de uno y ante la ausencia de deuda y con *animus solvendi* realizase una entrega o un servicio, sino que tendría muchas más potenciales aplicaciones[856].

[854] Ibidem; Cfr: Borja Soriano Manuel Opus Cit; 325
[855] Ibidem
[856] Sirva al efecto la enumeración casuistica de distintos supuestos argumentables como "condictio indebitii" en el contexto del derecho romano y el ius commune según Zimermann Reinhard Opus Cit; p 835-865

En el contexto previsto por el legislador de 1928, parece evidente que el desplazamiento patrimonial puede darse sin necesidad de contacto jurídico directo entre *solvens* y *accipiens* por el que la institución se actualizase, tal y como veremos en las siguientes líneas. Parece igualmente que ni el dolo o culpa del *accipiens* como tampoco el error del *solvens* son criterios necesarios para el otorgamiento de la acción in rem verso - *a diferencia de la condictio indebitii*-.

De hecho, en lo anterior parece radicar la verdadera intención del legislador que como también se ha anotado anteriormente, buscaba como uno de sus fines más evidentes, agilizar la transmisión de la riqueza, el desarrollo del comercio y veía necesario para ello, prever fuentes "más modernas", derivadas de Ley. El intento del legislador de 1928 busca esencialmente erradicar la dualidad romana retomada por el liberalismo burgués decimonónico francés de la voluntad y la culpa- *ejes rectores estos dos del contrato y del hecho ilícito. Voluntad y culpa son eliminados en la consideración del enriquecimiento sin causa como fuente autónoma que recoge el Código de 1928.*

Por el otro lado, incluir en 1928 la posibilidad de emitir títulos civiles a la orden y al portador - *no obstante haber quedado en un grado meramente hipotético según expuesto anteriormente* -, aunado a la posibilidad de emitir el mismo tipo de documentos en el ámbito mercantil - *en virtud de la publicación simultánea de la Ley general de títulos y operaciones de crédito* - tiene impacto en la materia de este apartado. Efectivamente los títulos en comento todos ellos con carácter abstracto, justificaban, en el ámbito de la pandectística, la inclusión de una fuente *ad-hoc* que regulase los potenciales excesos que pudieran darse al amparo del desarrollo técnico de estas instituciones. Al respecto en la pandectística esto deriva del mucho mayor rigor técnico que se estructura, desde la adopción del acto jurídico en la parte géneral del BGB[857], pasando por la segregación de los actos jurídicos creadores de obligaciones y los actos jurídicos traslativos de dominio - respectivamente *Verpflichtungen vs. Verfügungen* - [858], y la posibilidad técnica de lograr mediante el acto jurídico abstracto traslativo de dominio, una transferencia sin obligación previa[859], similar al efecto de abstracción propio de los títulos a la orden y al portador, aplicable este último de forma expresa al caso mexicano no así directamente los relativos al acto traslativo. La abstracción en ambos, derivada de la inclusión del acto jurídico, da pauta para la inclusión de esta figura.

[857] Fromont et al; Opus Cit; p 16-17
[858] Fromont et al; Opus Cit; p 49, 63 y 121
[859] Fromont et al; Opus Cit; p 123

La figura de una fuente establecida en la Ley que soportase las obligaciones que se generasen para asegurar el derecho a una indemnización por parte de aquellos que participando en el tráfico cambiario al amparo de un título valor sufriesen los excesos de la técnica, sí existe en el BGB de donde es importada al Código de 1928. Se explica así la existencia de ambas figuras - *títulos abstractos y enriquecimiento sin causa* - tanto en el concierto pandectístico y dogmático del legislador de mérito, así como en el Código de 1928 que innovó así en esta materia por doble partida.

Efectivamente la existencia del enriquecimiento sin causa como fuente especial de obligaciones, especialmente si se atiende al quinto elemento necesario de la institución, según referido por Bonnecasse- *sentencia Clayette* - y por Borja Soriano, respecto de la ausencia de cualquier otro recurso legal - *acción de último recurso*-, juega a la perfección con la inclusión de títulos valor - *civiles y mercantiles* -. Si partimos de la premisa de la abstracción como principio y valor fundamental de los títulos que prevén incorporación e integración, la interpretación no deja lugar a dudas. El abuso técnico de estos beneficios por el que el beneficiario de un título lo hiciese circular no obstante haberse ya beneficiado de su cobro, constituye el supuesto por antonomasia de enriquecimiento sin causa. Ciertamente el beneficiario "podría" técnicamente cobrar dos veces en virtud de la abstracción que beneficia al instrumento. El primer obligado pagaría igualmente dos veces, en consecuencia de la abstracción que haría inoponible las excepciones personales derivadas de la relación causal, a los ulteriores tenedores del título valor - *de crédito o civil* -. Lo anterior sin embargo claramente incidiría en un enriquecimiento sin causa del accipiens a costa del solvens sin que existiese un título que en justicia justificase dicho doble efecto, resultante de un artilugio técnico derivado de la incorporación.

Evidentemente esto sería contrario al principio de enriquecimiento sin causa y daría lugar a la fuente especifica en comento, como un recurso ulterior con base en el cual podría pedir del primer beneficiario, la repetición de lo pagado en ejercicio del título autónomo y abstracto, - *que no implicaría sin embargo un pago de lo indebido*-, desde una perspectiva técnica.

Parece demasiada coincidencia que esta fuente haya sido expresamente incluida en el mismo ordenamiento que prevé la inclusión de los títulos civiles a la orden y al portador, independientemente de las deficiencias en la inclusión de estos. En todo caso, el código de 1928 entra en vigor como ya se ha mencionado de forma concomitante a la materia de títulos de crédito en 1932, por lo que esta fuente bien podría igualmente aplicarse en materia mercantil de

forma supletoria, de acuerdo con sus propios artículos y principios federales. Vale mencionar por último las reflexiones de García Téllez[860] respecto de la vía de extinción anticipada en la desiderata legislativa respecto de la dualidad privada civil - mercantil, que más allá de la distinción de causas con Brosetta Pont[861] en un discurso mucho más profundo, anticipa los mismos derroteros.

Si a todo lo anterior añadimos el afán del legislador de 1928 de multiplicar fuentes derivadas de Ley y disociarlas (i) de la autonomía de la voluntad, (ii) del contrato y (iii) de la culpa, parece a todas luces evidente que la inclusión de esta institución debe de interpretarse no solo como la inclusión del principio sino también y más especialmente como la introducción de una fuente especial de las obligaciones, con su ámbito especifico de aplicación. Para algunos lo anterior bien podría implicar que el espíritu de la misma pudiera identificarse con una conducta dolosa o culposa del *accipiens* que recibe un beneficio que no le corresponde y esto no deriva necesariamente de un error del *solvens* como en el pago de lo indebido. Al respecto, esta perspectiva llevaría a pretender aplicar la *actio in rem verso* como una aplicación de la acción de indemnización por un hecho ilícito del accipiens.

Sin embargo, además de lo difícil que sería probar el *animus* en esto, la identificación con una conducta ilícita, perspectiva claramente decimonónica y liberal, iría en contra de la desiderata del legislador de establecer y distinguir fuentes de origen legal, segregadas e independizadas de la dualidad de origen romano y liberal francesa voluntad y culpa, epitomizadas en el contrato y en el hecho ilícito respectivamente. Identificar al enriquecimiento sin causa con un hecho ilícito claramente iría en contra de esta nueva perspectiva por lo que si queremos interpretar y sobre todo entender la perspectiva del legislador de 1928 en esta materia, consideramos que la institución en comento debe de ser vista independiente del hecho ilícito. Ciertamente más allá de la clasificación de la figura como enriquecimiento ilícito parece claro que el supuesto previsto por el artículo 1882 mira más a un enriquecimiento que - *aunque*

[860] García Tellez Ignacio; Opus Cit; p 3 para el cual " ....*lógica es en consecuencia la corriente socializadora del derecho que tiende a borrar las fronteras entre la legislación civil y la mercantil, proclamando la unificación del derecho privado en materia de obligaciones, problema planteado en Suiza desde 1798, y al presente sumamente simplificado por las reformas introducidas en los nuevos Códigos Civiles como los de Alemania, Austria, Suiza, Brasil, Guatemala, etc, en los que se reducen considerablemente las diferencias entre el derecho mercantil y el civil*....."(enfasis añadido)

[861] Brosetta Pont Manuel, Tendencias actuales del derecho mecantil a finales del siglo XX en Revista de Derecho Privado, Año 3; Num. 7 Enero Abil 1992, México UNAM.

*llamado sin causa* - debiera ser entendido e interpretado como enriquecimiento sin título, mismo que no debiera de ser calificado necesariamente como contrario a la ley.

En concierto, las tres consideraciones anteriores bien encuadran dentro de la desiderata del legislador de (i) multiplicar fuentes, (ii) eliminar la preeminencia de la culpa o el contrato (iii) dogmatizar en el texto legal mediante la modificación del régimen decimonónico liberal y (iv) potencialmente sentar las bases, mediante elaboraciones de índole dogmática, de nuevos conceptos de la ciencia jurídica. Con el enriquecimiento sin causa, se verifican pues nuevamente las grandes líneas de nuestras dos hipótesis de trabajo sobre el doble cambio de paradigma buscado por el legislador de 1928.

### 4.5 El hecho ilícito y la responsabilidad objetiva.

#### (i) El hecho ilícito.

Respecto del hecho ilícito, considerando todo lo vertido con anterioridad, la reflexión materia de esta investigación está claramente encaminada, aunque no es *per se*, un tema sencillo.

En la regulación francesa decimonónica[862] así como en la tradición romanista[863], el hecho ilícito ocupa la segunda gran categoría de las llamadas "fuentes gayanas" junto con el contrato como los dos grandes ejes rectores en los que se basa la formación de obligaciones.

El *cuasi* delito y el *cuasi* contrato, obedecen a categorías intermedias en las que las características plenas de las dos fuentes fundamentales no se verifican dando lugar a categorías intermedias de dudosa aceptabilidad lógica - *al implicar situaciones de tercero excluido* - que podrían lógicamente encuadrar en las categorías primarias, aunque de común aplicación en la cosmogonía jurídica romana tan lógica, aunque tan poco proclive a clasificaciones o definiciones cerradas.

Dicho lo anterior y pese a los matices que cada legislación pudiera haberle dado[864], es claro que el fenómeno del hecho ilícito civil y la responsabilidad originalmente aquiliana ha ocupado un lugar de mérito en la escala de fuentes de las obligaciones en los países de tradición civilista romana en occidente. Tanto es así que, dentro de la desiderata legislativa de 1928, la

[862] Artículo 1382 del Code dentro del "*Tître IV - Des engagements qui se forment sans convenion*" - en su "*Chapître II - Des délits et des quasidélits*-"
[863] Vid Iglesias Juan; Opus Cit; p 355
[864] Siendo distinto el tratamiento de los Códigos decimonónicos mexicanos que ubican este supuesto en el incumplimiento contractual como una de las fracciones en los que resulta aplicable la misma regla.

erradicación - *erosión* -de esta fuente junto con el contrato como parámetro fundamental del legislador, difícilmente es puesta en tela de juicio.

Lo que es claro sin embargo es que la responsabilidad de tipo aquiliano prevista por el artículo 1910, es una herencia directa de la tradición compuesta por las legislaciones mexicanas decimonónicas. Dicho sea, lo anterior, independientemente de los matices derivados de las clasificaciones y ponderaciones pertinentes - *en 1804, 1870 y 1884* - por los que pudiera alegarse que la importancia de estas instituciones para dichos ordenamientos no reviste la relevancia de nuestra hipótesis, ni de la atención que el legislador de 1928 pretendió imprimirle en su ánimo dogmatista basado en la teoría general de las obligaciones de corte alemán.

Al respecto es importante anotar que la responsabilidad civil prevista por el Código de 1928 en calidad de fuente de las obligaciones, presenta una perspectiva dogmática de no menor interés.

Por un lado, por primera vez en un siglo - *cambiando la tendencia del Code y los Códigos de 1870 y 1884* - la responsabilidad civil extracontractual es dogmáticamente tratada y clasificada, no como un apéndice de los incumplimientos de las obligaciones - *cuestión que dentro de la pandectística podía ser discutida, al ser ambas, instituciones propias de responsabilidad derivadas del incumplimiento a un deber y no fuente la primera de obligaciones* - sino como una fuente de las mismas al incluirse en el capitulo respectivo .

Así las cosas, la responsabilidad civil extracontractual no es más tratada en el capítulo "*De la ejecución de los contratos*" - *Título Tercero - De la ejecución de los contratos*- como en el Código de 1884 y el de 1870 - *artículos 1458 y 1574 respectivamente y en idéntico texto* - para los que, junto con los incumplimientos contractuales, se preveía como "causas" de responsabilidad civil "*los actos u omisiones que están sujetos expresamente a ella por Ley.*"

En lo anterior se verifica nuevamente un claro ánimo dogmático por el que el código - *erradicando la primacía de la tetralogía gayana* -, clasifica y segregra imponiendo el nacimiento de obligaciones cuando los particulares violentan el texto legal. Es importante subrayar que la clasificación, si bien no tiene fuerza vinculante respecto del contenido de los artículos de Ley, si deja un claro indicio y elemento de convicción respecto del propósito academicista perseguido por el legislador. Así, el artículo 1910[865] deja claramente sentado el principio que las

[865] Artículo 1910 del Código Civil de 1928; "*El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro esta obligado a repararlo a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la victima.*"

obligaciones que surgen por la comisión de un hecho ilícito no tienen nada que ver con la frustración de las expectativas de derecho generadas en un contrato incumplido - *materia de la que se le segrega* - tal vez aquí en una apreciación inadecuada de la jurisprudencia de conceptos aunque alineada con la meta legislativa - *anticipada en la obra de García Téllez e influenciada por la obra de Duguit sus mencionada* - de erigir la Ley como centro de imputación de obligaciones y responsabilidades independientemente de voluntad o culpa-.

### (ii) Estructura básica y tradicional de la responsabilidad subjetiva civil: presencia y necesidad de la culpa.

Cabe referir que dogmáticamente la responsabilidad civil - llamada aquiliana en atención a su origen romanista y la *Lex aquilia de damno dato* - ha sustentado el régimen de la responsabilidad desde el derecho romano clásico basado en relaciones causales estructuradas alrededor de la culpa, como gosne de factores de causahabiencia. Ciertamente, a la conducta del agente, se le atribuye originalmente una relación de causa/efecto - *solo verificable en relaciones de causahabiencia de naturaleza física - corporae/corpori* -[866] con la causación del daño que se traduce en la imputación de la culpa del sujeto agente y su necesidad de restablecer la situación anterior o de indemnizar consecuentemente. La relación de causahabiencia física evoluciona secular y paulatinamente para simplemente hablar de una relación de causa efecto que refuerza la necesidad de culpa como factor detonante del daño, como consecuencia de la conducta y que será paulatinamente reconocida mediante acciones ficticias pretorias[867].

Ese fue el parámetro doctrinal del hecho ilícito desde entonces. Una responsabilidad basada en la causahabiencia directa de la conducta - *si bien ya no necesariamente física* - pero si como factor inequívoco de la responsabilidad consecuente. El eje central se basó secularmente en la culpa y en ello radica la esencia de la responsabilidad decimonónica que el legislador de 1928 se empeñó en erradicar. Cabe señalar que para los textos de 1884 y 1870, la perspectiva - *como en temas y secciones precedentes* - se pretende menos dogmática al no encuadrarse esta institución como una fuente sino dentro de los efectos de los contratos. El parámetro del legislador de 1928 más académico sitúa al hecho ilícito extracontractual[868] como fuente, en toda

[866] Vid Iglesias Juan; Opus Cit; p 427
[867] Ibidem
[868] Lo anterior no se lograría sin efectos dogmáticos colaterales y adversos pues evidentemente se reducirá consecuentemente la perspectiva académica en virtud de la cual, el hecho ilícito extracontractual sería más

la extensión de la palabra y la clasificación. La perspectiva doctrinal de la culpa como eje rector de la institución no se abandona, sin embargo, parece priorizar la violación del precepto legal[869] como detonante y piedra angular de la obligación consecuente, que claramente se acomoda en la perspectiva del siglo XX.

La culpa fue así erigida doctrinalmente[870] en eje central de la institución - como falta de atención a un deber de cuidado - que si bien no fue graduado legalmente siempre lo fue en el ámbito doctrinal y jurisprudencial - *culpa lata, leve levissima*[871]-como herencia directa de la evolución romanista.

Este fue ciertamente, el orden de reflexión desde el derecho romano y el *ius commune* hasta la codificación napoleónica que traduce y recoge la relación de causahabiencia como una relación de culpa y estructura consecuentemente a esta como eje rector de la creación de obligaciones de restablecimiento de situación anterior o indemnización consecuente.

### (iii) Fuerza legal de la responsabilidad subjetiva y correlación con la responsabilidad objetiva.

No obstante lo anterior, la responsabilidad civil extracontractual es regulada como una institución totalmente independiente de la responsabilidad civil contractual, sentando en paralelo la responsabilidad civil objetiva[872], con lo cual se pretende establecer un nuevo camino conjunto de la responsabilidad civil aquiliana de naturaleza romana y posteriormente decimonónica - *aunque en el texto del código parece más alineada con la falta de naturaleza legal que con la culpa* - junto con la responsabilidad civil objetiva, carente de causa y tan alineada con los postulados de León Duguit a que hemos hecho previa referencia.

Ciertamente la conjunción de ambas fuentes se alinea con la perspectiva de Duguit retomada en el contexto del Código de 1928. Así, Ignacio García Téllez, al ser la Ley y no la

técnicamente una fuente de responsabilidades que de obligaciones, en el tenor pandectístico a que ya hemos hecho referencia.

869 "*Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."* (enfasis añadido)

870 Borja Soriano Manuel; Opus Cit; p 347-357

871 CFr. Rojina Villegas Rafael; Opus Cit.

872 Artículo 1913 del Código Civil de 1928 para el cual: "*Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima*".

presencia de culpa, el factor común a ambos factores generadores de consecuencias jurídicas fuera del contexto contractual, logra romper con el molde de la tradición y establece nuevamente, un nuevo paradigma legislativo.

Les llamemos responsabilidad u obligación primaria - *cuestión en la que el legislador parece fallar en nuestra opinión, con sus postulados y convicciones conceptualistas y pandectistas*- lo que es claro, es la desvinculación de esta fuente del incumplimiento contractual y la desvinculación de la misma de la perenne presencia de la culpa aquiliana y subjetiva, por un lado. La referencia a la falta legal más que a la presencia de culpa, se alinea más a la pretensión del legislador de segregar esta institución del ámbito privado para relacionarla con una determinación de autoridad legislativa revolucionaria[873]. La paralela inclusión de la responsabilidad objetiva, como una institución del mismo género en que la prueba de la culpa no es necesaria - *correspondiendo a la demanda social propia de la revolución industrial y a los movimientos obreros presentes en la legislación revolucionaria mexicana* - da a la responsabilidad civil un cariz ignoto en el parámetro civil decimonónico. Lo anterior demuestra una vez más el esfuerzo dogmático del legislador, cambio paradigmático de función respecto de su papel en la legislación del siglo anterior.

Cabe sólo referir que, en la responsabilidad objetiva, más allá del listado de supuestos que detonan la potencialidad y posibilidad de la misma, el factor común y subyacente en la misma radica en la no necesidad de demostrar la culpa del agente para que el sujeto que sufre el daño pueda ser indemnizado de los daños sufridos[874]. Considera el legislador que aquel que sufre el daño, simplemente, no tiene la obligación de soportarlo y no debe de probar más que el daño [875]-

---

[873] Vid. García Tellez Opus Cit

[874] Duguit Leon Opus Cit; p 232 "*..entonces lo que se plantea no es una cuestión de imputabilidad sino solamente una cuestión de riesgo. Se trata de saber cuál es el patrimonio que debe en definitiva soportar el riesgo que entraña la actividad del grupo considerado. Puede entonces nacer una responsabilidad objetiva y no una responsabilidad subjetiva. Para saber si hay responsabilidad no hay que averiguar si ha mediado culpa o negligencia sino solamente cuál es el grupo que en definitiva debe soportar la carga del riesgo. No hay otra prueba que ofrecer que la del perjuicio causado y practicada esta prueba la responsabilidad obra en cierta manera automáticamente...*" ( énfasis añadido)

[875] "*Artículo 1913.- Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima."* (enfasis añadido) Vale referir al respecto que el obrar ilícito se traduce conceptualmente como en la praxis en la conducta culposa o negligente en cualquiera de sus graduaciones aunque claramente esta no era la intención consciente del legislador que quería desligarse del binomio romanista culpa voluntad tal y como ya se ha referido.

*rompiendo así la tradición secular aquiliana heredada hasta esa fecha*-[876].Basta al respecto la prueba del daño y del riesgo creado u objetivo. Es claro en ello, el origen laboral y propio de los accidentes de la revolución industrial. El trabajador de las primeras e incipientes máquinas de la revolución industrial no podría hacer valer mecanismos de prueba para demostrar la culpa del patrón o dueño de la maquinaria, para reclamar la reparación del daño. La carga de la prueba se invierte consecuentemente y el trabajador no requiere más probar la culpa.

Más allá de las precisiones técnicas anteriores, lo relevante para efectos de nuestra hipótesis, radica sin embargo en la correlación de este tratamiento como fuente en paralelo con la responsabilidad subjetiva como dos ejes que responden al mismo origen - *la Ley* -, dentro de un mismo capítulo - *fuentes* - segregados del contrato.

La responsabilidad objetiva es un parámetro ignoto en la perspectiva decimonónica civil francesa. Su inclusión obedece a la problemática social tan claramente vislumbrada por Duguit[877] en el zenith de la revolución industrial. Los parámetros aquilianos no son más suficientes en los albores del siglo XX tanto por el nacimiento del derecho laboral concomitante a la revolución industrial como por los movimientos sociales que les fueron contemporáneos. El derecho civil debía responder y reaccionar de la suerte. La elaboración de Duguit sirve sin duda de faro al respecto. La jurisprudencia de conceptos ayuda e ilumina el momento y la estructura de una teoría de las obligaciones y la necesidad de crear "fuentes" nuevas de origen y sustento legal, apuntalan esta nueva dualidad de hecho ilícito que recoge el Código de 1928.

La responsabilidad objetiva es sin duda un segundo gran estadio de la responsabilidad civil que aparece por primera vez en México dentro del Código de 1928, respondiendo a la demanda social laboral que aún no tenía entonces una legislación independiente, siendo que la primera Ley del trabajo solo fue publicada años después. Las relaciones laborales seguían siendo tratadas como un apéndice de naturaleza contractual y civil, aunque su fuerza empezaba a debilitarse con la estructura y perspectiva constitucional al respecto, así como con la inercia sindical y de demandas laborales encauzadas por el movimiento revolucionario.

En este fenómeno es muy ilustrativo la influencia de Duguit[878] para el cual, el ámbito meramente contractual y la autonomía de la voluntad no puede ser más la base única de regulación de derechos y obligaciones entre sujetos distintos socialmente. La Ley debía en su

[876] Borja Soriano Manuel; Opus Cit; p 352
[877] Duguit Leon; Opus Cit; p 230-233
[878] Ibidem

opinión rebasar esos parametros que no podían seguir siendo el patrón de regulación. La eterna demanda de lucha contra la igualdad legal ante la desigualdad social encontraba en estos temas un cauce normal y claramente predecible y un campo naturalmente propicio para su desarrollo. La Ley debía establecer mecanismos de equiparación de clases socialmente disparejas. Así la responsabilidad objetiva, y su segregación de la responsabilidad subjetiva en ámbito meramente culposo, y su ulterior clasificación extra contractual eran patrones naturales de esta petición.

La inclusión por último, del riesgo profesional, que se segregará rapidamente en el contexto de la publicación de las Leyes laborales mexicanas, fruto del mismo impulso e inercia revolucionarios, son consecuencia natural del mismo fenómeno jurídico que encuentra en la vía legislativa del nuevo código civil, el *momentum* natural para su inserción. Esta inserción por fútil que fuese, le segrega de la responsabilidad aquiliana y de la violación contractual, como fuente de obligaciones de origen legal e impulso netamente social revolucionario.

Con lo anterior, se jactará el legislador que las fuentes de las obligaciones se convierten en una institución plural, basada en Ley y por lo mismo, justicialista, revolucionaria y anti liberal y anti-decimonónica. Las fuentes dejan de girar alrededor de la dualidad romanista *voluntad-culpa* así como tampoco lo hacen ya alrededor del contrato. Las fuentes adquieren un valor revolucionario y pretendidamente social que les era ajeno en la estructura liberal decimonónica. Las fuentes ya no serán - *en la perspectiva de García Téllez* - un privilegio de clase, de élite. Sin calificar el tecnicismo, ni la bondad o perjuicio de dichos asertos (cuestión que claramente se segrega de los propósitos de la presente investigación), bástenos con la exposición anterior demostrar nuevamente la perspectiva legislativa de 1928, su nuevo paradigma legislador-justiciero y sobre todo dogmático.

Con lo anterior, termina en la desiderata de la presente investigación, el apartado de las fuentes de las obligaciones, tal y como las aborda el Código de 1928. En el mismo hemos podido abordar, analizar y demostrar una a una, las fuentes de las obligaciones, tal y como las aborda el legislador, en el contexto de nuestras dos hipótesis de trabajo. Hemos así logrado evidenciar como para el legislador de 1928, las fuentes de las obligaciones constituyen un apartado natural de la Beggriffjurisprudenz necesario para educar regulando, en una regulación de naturaleza científica por la que el derecho pueda ser no sólo el epítome de la regulación burguesa igualadora ante la Ley, sino también y especialmente un mecanismo de igualación eficaz y real, en el marco de la educación e instrucción de verdades científicas alrededor de un concepto implícito en las

nuevas fuentes y en los cambios estructurales a lo qe antes definía al binomio contrato obligación.

El legislador adopta así una posición que rompe, como se ha evidenciado con los dos parámetros de la regulación civil decimonónica francesa, émulo a seguir en el siglo XIX ilustrado y burgués mexicano. Al respecto como anticipado en esta sección, el tratamiento del CC28 rompe la unidad de la institución responsabilidad civil contractual versus extracontractual, con un evidente debilitamiento de la misma. Esto parece obedecer más a la desiderata duguitiana que a la sistemática germánica. Sin embargo en la sección de efectos de las obligaciones, analizaremos las implicaciones y consecuencias de ambas desde una perspectiva sistemática y pandectística, siendo esta segregación, a criterio del suscrito, uno de los puntos vulnerables del CC28, en el que los criterios politicos parecen haber pesado más que los dogmáticos. Esto sin embargo redunda y refuerza nuestra primera hipotesis.

Ciertamente el rol que adopta el legislador es mucho más participativo en la perspectiva político social. Asimismo, el papel doctrinario y dogmático -que adopta el legislador alemán de finales del siglo XIX - imprimirá implicaciones doctrinarias en la obligación y su concepto, respecto de las cuales, las fuentes del Código de 1928 son la primera, pero sin duda no la única ni la más importante estación académica y en la que el tratamiento del hecho ilícito extracontractual parece presentar la falla más relevante tanto técnica como practicamente.

Con lo anterior terminamos la primera sección del tercer capítulo de nuestra investigación, marcando la pauta de ese doble cambio de paradigma tan anunciado. El mismo se radicalizará - *siguiendo las mismas premisas, políticas, económicas, sociales y jurídico-dogmáticas* - en las siguientes instituciones adoptadas y enmendadas respecto de las tradición romanista y franco-liberal decimonónica.

A continuación, analizaremos el segundo gran apartado de la teoría general de la obligación - *las modalidades de la obligación* -, tal y como es introducido en el Código de 1928, emulando el parámetro alemán conceptualista, que nuevamente romperá la tradición decimonónica de origen francés, cumpliendo así con los parámetros del derecho revolucionario y social pretendidos por la revolución mexicana.

### e) De las modalides de las obligaciones.

Respecto de las modalidades y antes de entrar en materia, es necesario hacer varias acotaciones.

Por un lado - *en el universo jurídico latino de tradición romanista y francesa* - siempre se ha discutido y estructurado la posibilidad de modular el contenido de las relaciones obligatorias entre particulares. Desde el inicio de esta práctica y especialmente desde el auge de los llamados contratos de buena fe, se ha considerado que al amparo de la autonomía de la voluntad - *que ilumina y dirige la esencia del compromiso convencional, especialmente desde el auge de esta figura*- las partes pueden establecer reglas especiales - *lex privata* - que ponderaría las particularidades de su acuerdo y de las obligaciones resultantes.

Cabe en primer lugar preguntarse, en el contexto jurídico occidental a que nos hemos referido a lo largo de la presente investigación, si estas modulaciones afectan al convenio o contrato o a las obligaciones resultantes del mismo. Esta ponderación resulta necesaria y requiere una precisión expositiva, puesto que tantos los códigos decimonónicos mexicanos como el Code, plantean modalidades, *no obstante, no regular a las obligaciones per se como ya se ha mencionado* (énfasis añadido), sino al contrato mismo.

De la misma manera es relevante subrayar que en dichos ordenamientos decimonónicos, dentro de la regulación de los contratos se incluye el tratamiento de las modalidades en secciones cuya *nomeklatura* se refiere a las obligaciones[879], siendo efectivamente a estas que el vocablo debiera de aplicarse[880].

En segundo lugar y consecuentemente cabe preguntarse si dichas modalidades, independientemente de la respuesta a la pregunta anterior, tienen limitaciones, en la estructura lógica de aquello que modulan o si al amparo de esa autonomía de la voluntad, el pacto de modalidad es irrestricto- *cuestión que parecería más aceptable en la perspectiva decimonónica en la que el objeto de regulación y por ende de modalidad es y era respectivamente el contrato y no la obligación*-. Evidentemente, se distinguen extrañas restricciones a las modalidades en el contexto decimonónico franco-mexicano, en materia de obligaciones. Lo anterior parece natural - *tanto por la naturaleza de la materia en comento como por el sino ab origine de la materia regulada y los principios liberales que la ilustran y rigen por definición* -. Sin embargo, cabe siempre preguntarse si en la perspectiva de algún autor, la libertad convencional tiene o no en esta materia - *como en muchas otras* - restricciones derivadas de la lógica o esencia de las figuras y los conceptos inherentes a cada institución social por ende jurídica. Esta *cuestión parecería exacerbarse en el contexto de 1928 por la vocación dogmática del legislador, así como por su*

[879] CC84 Título Segundo - *De las diferentes especies de obligaciones* - dentro del Libro Tercero - *De los Contratos*-
[880] Borja Soriano Manuel; Opus Cit; p 391

*resistencia a reconocer la fuerza tradicional del pacto como fuente por antonomasia de las obligaciones*-.

Así, si las modalidades afectan a la obligación - *como pareciera prima facie derivarse de la estructura lógico conceptual del Código de 1928* - sus límites derivarían de las premisas lógico-conceptuales no de una prohibición *per se*. Si las modalidades en cambio afectan más bien a la estructura convencional, como pudiera deducirse de la primitiva regulación decimonónica, evidentemente parecería que las mismas solo tendrían como limitante al pacto mismo[881]. Si la libertad de pacto resultase irrestricta conforme al postulado liberal decimonónico, parecería que el cambio de rumbo dogmático en 1928 fuese adecuado a la *desiderata* perseguida legislativamente.

Al respecto, el cambio de paradigma del legislador de 1928 parece hacer evidente que el propósito de este último radica en centrar el estudio, la atención y de origen la regulación en la obligación y no en el contrato. Lo anterior (i) con el multirreferido discurso revolucionario por el que la autonomía de la libertad y el ámbito del contrato no puede percibirse más como ilimitado[882] y (ii) con el multicitado referente a la obligación como concepto básico materia de regulación por inspiración pandectística, son cuestiones que adquieren la mayor relevancia en esta sección. El límite parece ser sin embargo de naturaleza técnica.

Parece así evidente que, a la luz del Código de 1928, la modalidad en comento fuese aplicable a la obligación y no tanto al contrato como puede deducirse de la propia estructura del código en esta materia. Gran parte de la regulación literal en materia de modalidades, sin embargo, seguirá o parecerá seguir refiriéndose al contrato - *como de hecho en muchas otras instituciones previamente y en lo sucesivo a ser analizadas*- cuando en realidad pretende referirse y regular a las obligaciones. Al respecto consideramos que debe de concluirse que la misión dogmática era el eje central de la perspectiva legislativa y consecuentemente que el eje regulatorio se centra en la obligación y segrega al contrato, también en esta materia[883].

---

[881] En sentido contrario vid. Dominguez Martinez Jorge Alfredo; Opus cit. p 674 que distingue modalidades del negocio jurídico en sentido estricto las que nosotros calificamos como modalidades de la relación jurídica - condición, termino, modo o carga - distinguiendolas de las que llama modalidades de la obligación - que nosotros consideramos modalidades de sujetos y objeto respectivamente. A este respecto nos parece que la premisa de Rojina Villegas mencionada por Dominguez Martinez es más atinada tecnicamente hablando, debiendo referirse todo este tema a las alteraciones voluntarias de la obligacion que no afectan su esencia y teniendo este acercamiento consecuencias dogmáticas importantes respecto de la forma de conceptuar e interpretar a las mismas así como a la obligación misma.

[882] Cfr Duguit y García Tellez Ignacio Opus Cit.

[883] Borja Soriano Opus Cit; p 391

La pretensión y prurito dogmáticos como tema relevante a considerar en la desiderata legislativa de 1928, son un factor a no soslayarse. En el discurso de García Téllez, así como en el análisis de la perspectiva político callista es ciertamente relevante y necesario que la regulación civil en esta materia deje de guardar una perspectiva meramente reguladora y decimonónicamente tradicional en el liberalismo consecuente, para adoptar una perspectiva y responsabilidad académica y formadora. Ciertamente para García Téllez, como para el Presidente Calles, artífice del resultado legislativo en comento, el Código Civil no sirve a su función si se limita a regular en un ámbito liberal decimonónico, su función excede esa *desiderata* decimonónica liberal. La replica de la inercia pandectística es evidente, traspasada de tiempo y lugar.

Ciertamente, el Código desde 1928 debe servir como instrumento de instrucción y de ahí la relevancia de adoptar, en émulo en la pandectística y la jurisprudencia de conceptos que desemboca en el BGB, un modelo distinto que lleve a la legislación de mero patrón regulador y decimonónico, en la igualdad ante la Ley a una igualdad real basada en la labor del estado verdadero formador de hombres y mujeres que puedan vivir en igualdad real[884].

De las premisas anteriores, consideramos que tanto el código como la doctrina, están plagados de fundamentos que iremos aportando en el contexto de las hipótesis a ser comprobadas y del orden lógico en la exposición de las modalidades que nos ocupara en los apartados siguientes.

Es en este contexto y por todo lo anterior, que consideramos la regulación en materia de modalidades más propiamente aplicable a las obligaciones que a los contratos.

Consideramos ciertamente que lo anterior encuadra más eficazmente en la *desiderata* legislativa de comento, no obstante que puede evidentemente implicar ciertas contradicciones e imprecisiones - *mismas que son propias al movimiento legislativo de 1928 y respecto de las cuales consideramos necesario hacer óbice para efectos de alcanzar una comprensión de conjunto*-. Sin duda, consideramos que estas imprecisiones son de grado y no afectan la esencia de nuestras hipótesis de trabajo, así como tampoco, la perspectiva analítica del Código de 1928 y de sus naturales implicaciones, ni la esencia de la labor y esfuerzo legislativo al respecto.

Ciertamente, lo anterior incidirá (i) por un lado en la estructura de nuestra exposición (ii) por otro lado en las perspectivas y consecuencias de nuestra interpretación y por último y (iii)

[884] García Tellez Ignacio; Opus Cit; p 2

por último en relación con la posibilidad de limitarlas basado no en la autonomía de la voluntad sino en la estructura lógico conceptual de un discurso de contenido y perspectiva mucho más académico que el de sus antecedentes.

Por último, no dejamos de mencionar que el análisis siguiente, de las modalidades de las obligaciones, se efectúa y refiere en este estudio solo en la medida y profundidad necesaria y relacionada con las hipótesis de la presente investigación.

### 1. De la clasificación de las modalidades.

En consistencia con el discurso anterior consideramos que las modalidades alteran los elementos y características de la obligación, en virtud del pacto en comento, pero sin que el mismo pueda alterar la esencia de las mismas y sin que el mismo se entienda module al contrato sino en el contrato al producto del mismo - *la obligación*-. Así las definimos como aquellas alteraciones - *preferente o primariamente derivadas de pacto* - que alteran gradualmente alguno de los elementos de la obligación sin afectar su esencia y que por regla general tienen un origen y naturaleza contractual o convencional y por excepción pueden tener un origen de naturaleza legal.

La modalidad puede en consecuencia - dentro de la perspectiva del legislador de 1928 - *de iure condito o iure condendo* - ser clasificada como aplicable respecto de la relación jurídica (sic) misma, así como respecto de los sujetos y del objeto, en atención a las variables que introduce en cada uno de los elementos de la obligación y sólo en la medida que gradualmente altera los mismos y consecuentemente las características de la obligación, siempre que no afecte su *ethos* esencial. Lo anterior se justificaría plenamente desde una perspectiva lógica conceptual - *principio de no contradicción* - puesto que la modalidad que alterase la esencia de la obligación, por definición ya no sería una modalidad de obligación.

En este contexto podemos considerar que las modalidades de las obligaciones gradualmente alteran la llamada "relación jurídica", la condición, el término, así como el modo o carga, en tanto estas alteran, pero no afectan la esencia de la relación jurídica como elemento de la obligación - *suponiendo que esta sea un elemento tal y como ya ha quedado expuesto*-. Obviamente si la relación jurídica dejase de ser considerado un elemento definitorio de la obligación, estas modalidades podrían simplemente referirse al carácter exigible de la obligación y consecuentemente sólo ser admisibles si se considera que la obligación no exigible, sigue

siendo obligación y mantiene su esencia, conforme a nuestras consideraciones de secciones anteriores y según radicalizado por los cambios del Código de 1928. El cambio de concepto por virtud de la regulación de las modalidades parecería evidente.

De la misma forma, son modalidades del objeto de la obligación la conjuntividad, la alternatividad, la facultatividad y la indivisibilidad.

Son por último modalidades de los sujetos, la simple mancomunidad y la solidaridad. En el caso de estas últimas dos y en la perspectiva dogmatizante del legislador de 1928, ambas como especies de la mancomunidad *lato sensu*, según se analizará más adelante, en consecuencia, con la múltiples veces referida *desiderata* del legislador de 1928.

La exposición evidenciará porque consideramos que las modalidades son aplicables a las obligaciones que no a los contratos, puesto que de la aplicación de dichas modalidades a las obligaciones se verificará el tratamiento de las mismas como aceptables en la medida que la esencia de la obligación permanece y no es alterada por la modalidad en cuestión. Ello nos permite adicionalmente analizarlas en relación con el doble cambio de paradigma adoptado por el legislador de 1928. La perspectiva e influencia de la jurisprudencia de conceptos resultará al respecto innegable al erradicar de tajo las confusiones sus-mencionadas entre modalidades del negocio jurídico - contrato - y de la obligación[885].

Ciertamente el nuevo rol legislativo rebasará sus tradicionales cometidos decimonónicos. Por el otro lado las perspectivas resultantes arrojarán conclusiones innovadoras respecto de lo que por una obligación puede entenderse.

En este contexto es que resulta relevante sin duda exponer *prima facie* las diferencias que en esta materia se evidencian entre el Código de 1928 y sus antecedentes pues esto enfatizará por un lado la argumentación previa respecto de las hipótesis de la presente investigación y evidenciará por el otro las particularidades de las modalidades como elementos accidentales de la obligación, que no del contrato. Lo anterior permitirá asimismo reforzar la perspectiva de lo que pudiera en consecuencia resultar como atributo connatural de la obligación, en adición a lo expuesto en el apartado respectivo a las fuentes y en adelanto a los efectos, la transmisión y la extinción de las obligaciones que expondremos en los siguientes apartados.

En el ejercicio de referencia podrá igualmente evaluarse - *en tanto efecto colateral pero no menos relevante* - como la perspectiva del legislador no permitiría aceptar en esa lógica - *de*

[885] cfr Dominguez Martinez Jorge Alfredo; Opus Cit ; p 674

*modalidades de obligación que no de contrato* - modalidades o consideraciones respecto de las modalidades que alterasen su estructura de forma esencial, incidiendo colateralmente en la concepción de las modalidades como en la esencia de lo que por obligación puede entenderse.

En la evaluación de todo lo anterior, amén las implicaciones y pretensiones dogmáticas, será patente la influencia germanística y pandectísitica, respecto de la cual haremos igualmente diversas referencias a lo largo de este apartado.

## 1.1 Diferencias en la codificación de 1928 y su clasificación de las modalidades vis a vis la correspondiente a los códigos precedentes del siglo XIX.

### (i) Generalidades.

Para el legislador de 1928, los códigos decimonónicos precedentes al CC28 tienen una perspectiva esencialmente reguladora burguesa y fisiócrata. Así, el centro de la regulación decimonónica radica en la propiedad como un atributo de la personalidad, sus formas de transmisión y consecuentemente en el ámbito transaccional, en el contrato.

Es en atención a lo anterior, que la regulación civil del siglo XIX mexicano en materia de obligaciones no apunta más que al contrato. Así las modalidades si bien hablan específicamente de las obligaciones, se encuentran dentro de la regulación contractual y esto influye en su contenido e interpretación.

Así dentro del libro tercero de los contratos en el Código de 1884, el legislador decimonónico prevé un título segundo destinado a regular a las diferentes especies de las obligaciones, en el que prevé todo lo relativo a las obligaciones condicionales y a términos, así como lo relativo a las conjuntivas y alternativas y a la mancomunidad.

No es sorpresa verificar que este es igualmente el tratamiento que al respecto otorga en esta materia el Código de 1870 para el cual el Título Segundo - *destinado a las diferentes especies de obligaciones-,* destina igualmente los capítulos segundo y tercero respectivamente a la regulación de las obligaciones condicionales, sujetas a plazo o término, así como a las conjuntivas y alternativas y a la mancomunidad en la confusión pre dogmática previamente indicada.

El patrón de ambos ordenamientos decimonónicos mexicanos es el mismo. Este resulta de su réplica prácticamente en grado de identidad, respecto del Code que no busca delicadezas y florituras académicas. Así, en materia de modalidades, el Code incluye en el capítulo IV de su Título III relativo a los Contratos y las Obligaciones Condicionales en general, -*en el capítulo de las diversas especies de obligaciones*-, lo relativo a las obligaciones condicionales, las sujetas a término, las alternativas y las solidarias y una sección respecto de las indivisibles. Todo el enfoque parece darse en el ámbito contractual tanto por contexto como por objetivo y detalle.

A diferencia de lo anterior, el tratamiento de en el Código de 1928, el tratamiento de las modalidades tendrá repercusiones dogmáticas relevantes en materia de la concepción de la obligación, cuestión evidenciable desde la clasificación del Código.

De entrada, el Código de 1928, sigue un orden que se antoja más sistemático y organicista. Para el Código de 1928 las obligaciones se convierten en el nuevo centro de la regulación. En dicho Libro IV se sitúan por un lado las fuentes de dichas obligaciones - Título I, así como un Título II de las Modalidades de las obligaciones, en calidad de segunda etapa de la "vida" de la obligación, que una vez "nacida", puede verse afectada voluntariamente en sus características esenciales, sin desnaturalizar estas últimas -.

Claramente este tratamiento organicista de influencia pandectística rompe con un parámetro regulador decimonónico que, centrado en los contratos, abordaba en segundo lugar al producto del mismo - *las obligaciones* - sin ligar ambos - y por ende sin anticipar, como si lo hace el legislador de 1928, una nueva meta en su labor, materia de nuestra segunda hipótesis central - *el nuevo rol legislativo inherente en el pensamiento de la revolución mexicana*-.

### (ii) Las modalidades de la relación jurídica.

#### a. La Condición.

##### a.1 Generalidades

En la perspectiva antigüa evidente hasta el siglo XIX, la obligación se define como una relación jurídica. La exigibilidad de la relación y la pecuniariedad del objeto parecen, en esa perspectiva, ser las características consecuentes, según antes expuesto.

En esa perspectiva y siguiendo la óptica del Código de 1928 que permitiría agrupar a las modalidades de las obligaciones entre las de la relación jurídica, el objeto y los sujetos,

consideramos que las modalidades de la relación jurídica serían aquellas que, sin eliminar la exigibilidad de la obligación, la modulan y restringen gradual y temporalmente. La eliminación total no afectaría la subsistencia de la obligación sin caer en una *contradictio in terminis*.

Consideramos que es de esta suerte que se plantea la condición y en lo particular la condición suspensiva dentro del Código de 1928. En efecto, partiendo de que la modalidad tiene por definición un origen contractual o voluntario, la misma es clasificable desde una perspectiva dogmática, como una cláusula accidental - *dentro de los contratos* - pero pertenece a las modalidades de la obligación. En este orden de ideas, la condición altera gradualmente pero no afecta en forma alguna la esencia de la obligación. La combinación de los factores anteriores da un resultado que difícilmente podríamos calificar de casualidad y que se acomoda particularmente bien para efectos de las hipótesis de la presente investigación, puesto que la obligación podría carecer de exigibilidad sin dejar de existir, en congurencia con los cambios referidos en las secciones precedentes - *obligaciones naturales, cambio de la prescripción y eliminación del caracter pecuniario de la obligación* -.

### a.2. Diferentes acercamientos legales a la condición: *regulatorio o dogmático-.*

Ciertamente en el contexto del siglo XIX francés y mexicano, las modalidades, son consideradas en su totalidad como alteraciones contractuales y pueden en consecuencia determinar a las obligaciones resultantes, pero no son modificaciones a las mismas. En la perspectiva de 1928, éstas parecieran más bien implicar alteraciones de grado a las obligaciones, sin poder afectar su esencia.

Así para el Código de 1884 por ejemplo, la definición de condición es indirecta, al referirse a la obligación condicional. Efectivamente, para el Código de 1884, la "....*obligación es condicional cuando depende de un acontecimiento futuro e incierto, bien sea* ***suspendiéndola*** *hasta que este exista, bien sea resolviéndola según que el acontecimiento previsto llegue o no a verificarse*....."[886] ( énfasis añadido ) Asimismo en la redacción de Código de 1884, el enfoque es tanto más pragmático que enfoca su análisis no en el diferimiento de la existencia o exigibilidad de la obligación sino en el cumplimiento de la misma, como queda patente en el artículo 1331 para el cual, ".... *la condición es suspensiva cuando suspende el* ***cumplimiento*** *de la obligación hasta que se verifique o no el acontecimiento*…" (énfasis añadido)

[886] Artículo 1329

Al respecto la redacción del Code mismo es ilustrativa de la irrelevancia para el mismo y sus causahabientes respecto de perspectivas dogmáticas, restringiéndose el articulado al tratamiento practico y enfocándose al cumplimiento. Así el artículo 1181 regula en el Code la condición suspensiva, restringiendo sus postulados al cumplimiento sin dogmatizar respecto del nacimiento o consideraciones similares.

El Artículo del Code[887] efectivamente refiere que la obligación contratada bajo condición suspensiva es la que depende ya sea de un acontecimiento futuro e incierto o de un acontecimiento ya verificado pero que se mantenga desconocido para las partes. En el primer caso, se considera que la obligación no puede ser ejecutada sino después del acontecimiento. En el segundo caso, la obligación surte efectos desde el día en que fue contratada. Independientemente de las particularidades respecto de la condición sobre hecho presente aunque desconocido por las partes - *que es por cierto replicado por el legislador de 1870 y 1884* - En todo caso lo relevante a efectos de nuestra hipótesis y del presente trabajo es que para efectos del legislador decimonónico, desde el Code, lo relevante no es la dogmática legislativa sino la praxis y la regulación concreta, con lo cual la regla se basa en el cumplimiento y no en la aseveración conceptual de tintes académicos que solo se relevara relevante en el contexto del Código de 1928 y la jurisprudencia de conceptos.

Cabe señalar que en esto radica una gran diferencia con las pretensiones dogmáticas del Código de 1928 para el cual, la indicación del articulado es mucho más categórica - inclusive dentro de la siguiente *contradictio prima facie*-.

Desde 1928 se elimina la referencia a la condición sobre hecho pasado[888] aunque desconocido por las partes. Este era una de las posibilidades aplicables a la condición en el Code, con lo cual se confirmaría que la condición modula en el siglo XIX a la convención o contrato, pero no así a la obligación cuya regulación solo adviene en el siglo XX. De otra forma hubiera sido una inconsistencia hablar de condición respecto de evento pasado pero desconocido.

---

[887] Article 1181 du Code; "*L'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un évenement futur et incértain, ou d'un évenement actuellement arrivé, mais encore inconnu desparties. Dans le premier cas, l'obligation ne peut être executée qu'après l'évenement. Dans le second cas, l'obligation à son effet du jour où elle a été contractée....*"

[888] Artículos 1330 y 1446 de los códigos respectivos de 1870 y 1884 para los cuales; "*También puede constituirse obligación condicional haciendola depender de un hecho pasado, pero desconocido de las partes.*"

### a.3. *Contradictio in terminis:* discusión del problema-.

El Código de 1928 prevé en su artículo 1938 un texto por el que se puede *prima facie* deducir que la condición es aceptada como un acontecimiento futuro de realización incierta, del cual depende la *existencia* de la obligación[889]. lo cual traduce una aseveración dogmática mucho más radical al enfatizar el resultado - *existencia* - y no restringiéndose a describir sus efectos (i.e. "*suspendiéndolo")* como lo hacía el Código de 1884. En ello radica sin embargo una *contradictio in terminis*, ya que artículos más adelante, el propio Código de 1928 establece en su artículo 1942 que: " ... *en tanto que la condición no se cumpla el deudor debe de abstenerse de todo acto que impida que la obligación puede cumplirse en su oportunidad* […y....] *que el acreedor puede antes de que la condición se cumpla ejercitar todos los actos conservadores de su derecho*..."[890]. Este segundo artículo como lo detalla Manuel Borja Martínez parece implicar - *pese a no hacerlo suyo* - que, pese a la condición, el contrato sujeto a condición no impide la presencia de acreedor, deudor, expectativa legítima susceptible de protección y especialmente de la posibilidad de ejercicio de actos conservatorios. Esto sin duda implica una *contradictio in terminis* con los artículos 1938 y 1939, aunque sirve primariamente a nuestros propósitos pues desde una perspectiva lógico-conceptual, nada de ello sería posible si se considerase que la condición suspende la existencia misma de la obligación.

En el contexto del 1942, tan la obligación sujeta a condición existe, que consta de la presencia de un acreedor y de un deudor, que el último debe de abstenerse de todo acto que impida que la obligación pueda cumplirse en su oportunidad y sobre todo que el primero tenga la posibilidad de ejercitar actos conservatorios.

Al respecto cabe hacer una reflexión sobre las facultades y extensiones del 1942 para poder concluir sobre su aplicabilidad y preeminencia sobre el 1938 o no para resolver la contradicción puesto que parecen propios de una contradicción irreconciliable, pese a voces que intentan armonizarlos[891]. Ciertamente el tema de los actos conservatorios parece central en el discurso. Consideramos al efecto que es dependiendo de la extensión que a estos quiera darse,

---

[889] "*Artículo 1938.- La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto"*. ( enfasis añadido )

[890] *"Artículo 1942.- En tanto que la condición no se cumpla, el deudor debe abstenerse de todo acto que impida que la obligación pueda cumplirse en su oportunidad. El acreedor puede, antes de que la condición se cumpla, ejercitar todos los actos conservatorios de su derecho."* ( enfasis añadido )

[891] De la Peza, José Luis, De las obligaciones, Primera edición, Editorial McGraw Hill, México 1997, pág. 62

que la balanza puede inclinarse en uno u otro sentido respecto del verdadero efecto de la condición sobre las obligaciones materia del contrato. La interpretación servirá consecuentemente para definir cuál es el verdadero concepto de modalidad y de obligación que se pretende adoptar - *suponiendo la existencia de variables al respecto* -. Ciertamente el Código de 1884 preveía igualmente la posibilidad de actos conservatorios a ser ejercitados por el acreedor, *pendente conditione* en su artículo 1338.[892] Esto es una premisa que el legislador de 1870 preveía igualmente en su numeral 1454[893] con un texto idéntico al que sería ulteriormente adoptado en 1884 y que deriva del que el legislador napoleónico preveía en al artículo 1180[894], con las mismas premisas y pretensiones. La premisa estriba sin embargo en la extensión de la interpretación que al mismo pueda o quiera darse, cuestión esta última que deriva del alcance que al concepto de obligación pretenda darse. Ciertamente el BGB y el Código Suizo de las Obligaciones - *de donde se toma el texto con base en el artículo 152 de dicho ordenamiento*[895] - prevé igualmente un texto con facultades conservatorias respecto del derecho *pendente conditione*. La extensión que da la doctrina parece ser mucho más profunda en el caso alemán y suizo, conforme a las premisas dogmáticas que le son inherentes.

Efectivamente, la argumentación al efecto de Andreas Von Thur deja clara la premisa dogmática de partición de la obligación entre *schüld y häftung*, entre derecho de crédito y obligación[896]. Adicionalmente es importante mencionar que en la perspectiva forense del propio Von Thur, la experiencia indica la posibilidad para el acreedor sujeto a condición, trabar embargo o establecer mecanismos procesales[897] para la defensa de sus derechos *pendente conditione*, cuestión que la praxis forense francesa, - según Laurent - no admite. En el mismo

---

[892] "*Los acreedores cuyos contratos depedieren de alguna condición, podrán antes de que esta se cumpla, ejercitar los actos lícitos necesarios para la conservación de su derecho*."

[893] "*Los acreedores cuyos contratos depedieren de alguna condición, podrán antes de que esta se cumpla, ejercitar los actos lícitos necesarios para la conservación de su derecho*."

[894] "*Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit*"

[895] García Tellez Ignacio Opus Cit; p 143

[896] Von Tuhr Andreas, Derecho de las obligaciones, Madrid Reus; 1934; Tomo II; 362 pp; p 229; *"... la promesa de deuda condicional engendra una obligación pero no hace nacer todavía, por el momento, un crédito, ni por tanto un derecho exigible a favor del acreedor ni una deuda a cargo del deudor. El acreedor no puede ejercitar su derecho condicional ni extrajudicialmente ( mediante intimación o compensación )ni por la vía judicial ( mediante demanda ) . Lo único que puede hacer es entablar una acción pidiendo se defina la existencia del crédito condicional..."* (énfasis añadido)

[897] Von Tuhr Andreas; Opus Cit; p 232; "*....el acreedor condicional sólo tiene derecho a que se le garantice cuando así se le haya ofrecido. En los casos que peligre su derecho puede según el artículo 152 , ap 2. exigir las mismas medidas de protección que el acreedor puro y simple, embargo o anotación preventiva..."*

sentido del lado pasivo, la reflexión y experiencia forense de Von Thur indican que el deudor, si bien no está aún obligado a cumplir con la prestación:

> "*…tiene que contar con la posibilidad de que al cumplirse la condición nazca un crédito favor de la otra parte [...] no puede pendiente la condición realizar ningún acto que pueda impedir el debido cumplimiento de sus obligaciones. No puede por ejemplo destruir ni deteriorar la cosa condicionalmente adeudada, estando además obligado a adoptar las medidas necesarias para su conservación y respondiendo en este punto del grado de diligencia que se desprenda de la obligación definitiva...*"[898] –

Vale anotar como referencia importante, la distinción entre prestaciones reales y personales[899] que hace al efecto Von Tuhr en el contexto de los códigos pandectísticos para los cuales, la transmisión de la propiedad o cualesquier efecto real obligado en el contrato es materia de un acto ulterior[900] a diferencia de la perspectiva napoleónica que los reputa automáticos, pues esto tiene implicaciones de la mayor relevancia en el contexto de la teoría de los riesgos respecto de la cosa enajenada pendente conditione que afectan lo expuesto en esta sección-.

La doctrina consecuente no deja lugar a dudas y claramente la extensión interpretativa que da la jurisprudencia francesa respecto de la alemana sobre los - *actos conservatorios pendente conditione* - es muy ilustrativa. En ese contexto Laurent, epítome académico de la escuela de la exégesis y consecuentemente de la interpretación francesa del Code, da a los actos conservatorios - *al efecto, nominalmente también previstos en el Code* [901]- un alcance que podríamos calificar como limitado al no permitir la realización de embargos como si lo interpreta Von Thur bajo la perspectiva pandectística del Código Suizo de las Obligaciones y del BGB[902]. Esto es especialmente patente ante esa comparación.

Cabe por último añadir a ese respecto el contenido de los artículos 160 y 161 del BGB[903] en los cuales se anota una consecuencia de mayor calado para el caso de la violación de los

---

[898] Von Tuhr Andreas; Opus Cit; p 233
[899] Von Tuhr Andreas; Upos Cit; Tomo I; p 34
[900] Cfr. Fromont et al, Opus Cit, p 49
[901] *"Article 1180.- Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit.*"
[902] Laurent; Opus Cit; Tome 17; p 109 -110, "... *le créancier ne peut faire aucun acte d'éxecution, pas même, une saisie-arrêt. En éffet la saisie-arrêt enlêve au débiteur la faculté de disposer de sa créance et d'en toucher le montant: si c'est un acte conservatoire pour le créancier saisissant, c'est plus qu'un acte de conservation à l'égard du débiteur, puisqu'elle frappe en un certain sens, d'indisponibilité d'une partie de son patrimoine, ce qui ne peut se faire qu'en vertu d'une créance certaine...*" (énfasis añadido)
[903] "*Articulo 160. Quien es titular de un derecho bajo una condición suspensiva puede en caso de cumplimiento de la condición, exigir indemnización de daños de la otra parte si ésta, durante el tiempo de pendencia, frustra o*

derechos *pendente conditione* por el deudor. Para el BGB esa infracción es sujeta expresa del pago de daños y perjuicios y por el otro lado las enajenaciones efectuadas en violación del derecho sujeto a condición son ineficaces. Dos pasos adicionales versus el Code y la perspectiva franco romanista que refuerzan nuevamente la diferencia raíz. El concepto de obligación bipartido entre *schuld* y *haftung* que permite en el contexto pandectístico generar obligaciones, aunque estas no sean exigibles. Lo anterior en oposición a la perspectiva franco romanista clásica en la que la obligación no exigible, no es obligación, pseudo concepto heredado del patrón deductivo de la praxis forense romana y heredada secularmente.

En este sentido el alcance otorgado por la interpretación de Von Thur y la perspectiva alemana no sería susceptible de adoptarse sino se considerará que independientemente de la condición, existe un deber jurídico - *obligación distinta del derecho de crédito* - susceptible de protección que la perspectiva francesa no admite al no gozar de una perspectiva abstracta como la otorgada por la *Beggrifjurisprudenz*. Efectivamente solo es mediante la conceptualización de las partes de la obligación, *verbigratia schuld* y *haftung*, que es factible considerar que la obligación nace en el seno del contrato sujeto a condición, pero que la misma no es aún exigible. Claramente en ese contexto existe el *schüld* más no el *häftung*. Mismo racional permitirá al Código de 1928, bajo la misma influencia, eliminar el elemento pecuniario definitorio de la obligación, cuestión inaceptable en la perspectiva francesa del code y de los antecedentes decimonónicos mexicanos al eliminar esto la exigibilidad de la obligación.

Es en esa óptica, que la suspensión de la existencia misma de la obligación por condición sería consecuente con la premisa de modalidades de los contratos, que no de las obligaciones, la misma hubiera sido propia pues de los códigos decimonónicos, no así del Código de 1928. De lo contrario implicaría que las modalidades pueden alterar la esencia - *existencia misma* - de las obligaciones, cuestión que como se ha anticipado parece inaplicable y radicaría nuevamente en una *contradictio in terminis*.

Como anticipábamos, es esa perspectiva dogmatizante del legislador de 1928 la que encaja bien y debe de analizarse, con la premisa de las modalidades en 1928 como una alteración

---

*perjudica por su culpa el derecho dependiente de la condición. La misma pretensión tiene en un negocio jurídico celebrado bajo una condición resolutoria aquel en cuyo favor se reproduce la anterior situación jurídica." "Artículo 161.- Si alguien ha dispuesto de un objeto bajo condición suspensiva, toda posterior disposición que sobre dicho objeto lleve a cabo durante el tiempo de pendencia es ineficaz, en caso de cumplimiento de la condición, en la medida que frustrase o perjudicase el efecto dependiente de la condición. A semejante disposición se equipara la que se realiza durante el tiempo de pendencia en vía de una ejecución forzoza o de una ejecución de embargo o por el amdinistrador del concurso...."*

gradual que no substancial, de la obligación por sus elementos. En 1884 y sus antecedentes, las modalidades, en el caso concreto de la relación jurídica - *contrato* -, la condición alteraba al contrato y por ende podría llevarse al extremo que la condición en el contrato suspendía la existencia misma del contrato y por ende de la obligación, cuestión que resultaría inaceptable si se considera que la condición modula a la obligación pero que no puede afectar su existencia misma.

Para el Código de 1928 la condición, está en el contrato, pero no modula a este sino a la obligación. La condición suspensiva altera gradualmente la obligación sin afectar su substancia ya que en esa perspectiva, esta puede nacer sin ser exigible. Esto solo es factible partiendo de la perspectiva dogmática de la obligación concebible sin exigibilidad - pandectística -. En caso contrario el discurso no podría efectuarse en ninguno de los dos sentidos. En todo caso, el Código de 1884, pese a ser la manifestación de una incipiente perspectiva y pseudo concepción de la obligación, no adquiere postulados dogmáticos y se limita a considerar que cuando la obligación está sujeta a una condición, esta queda "*suspendida*" hasta que se verifique la condición porque la obligación no exigible no es aceptable. Clara y adicionalmente, el legislador de 1884, pretende regular al contrato - *alrededor del cual gira la cosmogonía codificadora napoleónica como ya hemos referido en su calidad de medio de transmisión de la propiedad por antonomasia* -, no así a la obligación y mucho menos dogmatizar respecto a esta. Las modalidades para el no son alteraciones graduales de las obligaciones. Asimismo, ese legislador no pretende dogmatizar ni se aventura consecuentemente en determinaciones radicales como definir la suspensión o no de la existencia de la obligación sujeta a condición.

En todo caso, la *contradictio in terminis del Código de 1928* traduce dos influencias en la redacción del mismo, que en nuestra opinión y dentro de la *desiderata* legislativa del legislador de 1928 debe interpretarse armónicamente en favor de la perspectiva del 1942, tal y como lo explicitaremos líneas más adelante en un contexto de conjunto. El punto en esta sección radica en tener claro - *corroborando una vez más la primera hipótesis de la presente investigación* - que el legislador pretende adoptar no solo una aproximación legislativa de naturaleza decimonónica, sino que es nuevamente en este tema, un legislador que se involucra en una labor dogmática sin precedentes.

Para el legislador de 1928, dentro de sus premisas dogmáticas, el contexto de la teoría general de la obligación que rige la estructura de la materia, aceptar la condición o las

modalidades como alteraciones del contrato, sería un absurdo. De la misma manera, pretender que la condición suspendiese la existencia misma de la obligación sería igualmente absurdo. *Primo* porque sería contradictorio con lo anteriormente mencionado. *Secondo* puesto que esa aproximación solo podría basarse - *en las premisas decimonónicas de la obligación* - para las cuales, la exigibilidad es una pauta *sine qua non* de la obligación, en virtud de su antecedente y pretensión romanista foral basada en el procedimiento judicial.

Tal y como anticipamos en la sección del concepto de la obligación y en la de las fuentes de las obligaciones, al adoptar la posición de la gestación unilateral de las obligaciones y al eliminar la necesidad pecuniaria del objeto el legislador de 1928 se basa en la jurisprudencia de conceptos y hace girar pandectísticamente toda la regulación en deredor de dicho concepto. Al efecto para el legislador, las perspectivas dogmáticas de Gierke y Kohl, de Windscheid[904] y Puchta, para los cuales la obligación puede concebirse divisible en dos segmentos conceptuales - *schüld y häftung* -, es indispensable. Así es factible, en la posición pandectística, como analizábamos en su momento, conceptuar que la obligación no requiera por definición, ser exigible. Es igualmente conceptuable para él, partir de la premisa de que las obligaciones pueden ser creadas unilateralmente. Consecuencia y tercer paso fundamental radica en entender, aceptar y asumir que las obligaciones pueden ser creadas y suspendida su exigibilidad, sin que esto afecte su existencia, abarcando y confirmando así nuestras premisas respecto de la definición de condición como de definición de obligación y corroborando nuestra primera hipótesis de un cambio de paradigma en la redacción del legislador en esta materia. De otra forma no podría haber adoptado estos textos - *al menos si se hizo conscientemente* - partiendo del concepto de obligación romano y pre pandectístico. Con lo anterior se corroboraría igualmente nuestra segunda hipótesis, resultado dogmático respecto de la obligación consecuencia de la novel función que el legislador pretende arrogarse en el Código de 1928.

Esta era una cuestión claramente inaceptable en la perspectiva romanista y decimonónica, para las cuales obligación no exigible no es obligación como tampoco es obligación aquella que careciese de un contenido pecuniario pues su exigibilidad sería nugatoria. No es casualidad que, en ese contexto, las condiciones fuesen referidas en el siglo XIX mas como alteraciones del contrato que como propias de la obligación. No es casualidad tampoco para las mismas, partir de

[904] Especial anotación merece al respecto Winscheid Bernhard; Opus Cit; p 146 cuando establece que: "*...así como lo justo es que la actuación práctica del derecho se manifieste de ordinario en su tutela judicial, no sería acertado que el modo de protección judicial contemplado para un derecho fuera lo que viniera a determinar en primer término la esencia del derecho...."( énfasis añadido)*

la premisa que la obligación cuyo contrato está sujeto a condición, no ha nacido. Todas estas particularidades coinciden con la misma premisa que el legislador de 1928 pretende eliminar o simplemente dejar de lado en virtud de su perspectiva dogmatizante y el nuevo rol que pretende abrazar. Lo anterior no es sin embargo intrascendente en la perspectiva dogmática *per se*. Ciertamente de este nuevo rol que adopta el legislador se puede fácilmente empezar a deducir una nueva concepción de lo que es la obligación. Esta ya no parece ser necesariamente una relación, no necesariamente tener un contenido pecuniario y no ser necesariamente exigible para poder ser conceptuada como tal. Sea esto aceptable o no, los puntos del patrón planteado por el legislador parecen tener consistencia entre sí y con la premisa del nuevo rol legislativo adoptado. Estas pre-conclusiones se vuelven aún más atractivas considerando lo adelantado respecto de la inclusión de las obligaciones naturales, la eliminación de la pecuniariedad del objeto y la reclasificación de la prescripción negativa que no es más clasificada como una forma de extinción de las obligaciones, todo como parte de las mismas premisas conceptuales y dogmáticas.

Es en este contexto que consideramos que la *contradictio in terminis* que presenta *prima facie* el tratamiento en 1928 entre los artículos 1938 y 1942, debe de inclinarse en la evaluación por este último, al ser consistente y armónico con un acercamiento macro del legislador que claramente pretende arrogarse facultades y pretensiones dogmatizantes, por todo lo anteriormente expuesto.

El porqué de la inclusión del 1938 y su redacción tan explícita respecto de la existencia de la obligación puede fácilmente ser percibido como una reacción aislada en los esfuerzos de redacción que hubiese podido ser fiel a la perspectiva decimonónica por más que esto desentone con las premisas del legislador de 1928. La interpretación integral de la institución nos conduce sin embargo a considerar que es la posición del artículo 1942 la que armónicamente hace sentido de acuerdo con los postulados perseguidos por el legislador referidos en el presente trabajo y especialmente en esta sección.

Dicho todo lo anterior cabe por último mencionar la reflexión clásica del derecho francés[905] para la cual, la diferencia entre la condición suspensiva y la resolutoria era meramente académica pues en fin de cuentas, el aspecto contingente y el efecto retroactivo que caracterizan

[905] Laurent; Opus Cit; Tome 17; p 127, para el cual; "*...à notre avis, le créancier pur et simple; et il va de soi que ce principe, s'il est vrai doit recevoir son application à la condition résolutoire, car cette condition implique une condition suspensive; à vrair dire, il n'y a pas d'autre condition que la condition suspensive....*"

a este evento del cual se puede hacer depender la existencia misma de la obligación - *ya sea que la misma no exista o que se destruya retroactivamente ante su verificación*-. Si bien dicha reflexión pertenece y corresponde a una perspectiva legislativa y doctrinal que no es la más aplicable a la desiderata del legislador de 1928, sin duda la misma si da pauta razonable y sobre todo lógica (i) para conceptualizar a la condición como un acontecimiento del que solo depende la exigibilidad de la obligación, así como (ii) para distinguir la condición del términos como pretende hacerlo el legislador basado en la certidumbre del acontecimiento futuro, y (iii) para entender en consecuencia que la obligación no es definible por su exigibilidad ya que la obligación puede existir con independencia de esto, no obstante aún que dicha exigibilidad sea contingente a un evento que pueda o no verificarse. La retroactividad le da perspectiva global al tema y refuerzan esta visión, en adición a las consideraciones siguientes.

**a.4. Entrega de la cantidad o realización del servicio debidos, antes de la verificación de la condición.**

En abundamiento a la perspectiva anterior existe un elemento adicional de no menor relevancia. Tanto el Código de 1884, como el de 1870 preveían expresamente que el pago realizado antes de la verificación de la condición daba lugar a la acción *condictio indebitii* por un pago - *o más bien dicho* - una entrega indebida, ya que en la premisa decimonónica esa entrega sería calificable como un "pago indebido"[906]. Esto solo sería entendible partiendo de la premisa sus mencionada en virtud de la cual, la obligación *pendente conditione* no existe y que la condición consecuentemente modula al contrato, no a la obligación.

Lo anterior es solo aceptable con parámetros propios del siglo XIX y sus pretensiones legislativas en la materia. Así en este contexto se verificarían los elementos dogmáticos del pago indebido a saber: (i) error, (ii) entrega, (iii) <u>*ausencia de deuda*</u> y (iv) animus solvendi. (énfasis añadido)[907] Sin embargo este es claramente el parámetro aceptado por los códigos decimonónicos mexicanos en sus artículos respectivos 1339[908] en 1884 y 1455[909], cuyo texto es

[906] Artículo 1455 del CC70 y 1399 del CC84, de identica redacción para los cuales, "*El deudor puede repetir lo que en el mismo tiempo hubiere pagado*."

[907] Tema este para el cual, la redacción del Código de 1928 en sus artículos 1883 y siguientes - *a los que ya hemos hecho previa referencia* - es inequivoca y sigue al efecto el patrón del consabido cuasicontrato del Code y sus causahabientes decimonónicos mexicanos. Al efecto el artículo 1371 del Code especificamente resume las generalidades respectivas enuciando que: "*Celui qui recoit par erreur ou sciement ce qui ne lui est pas dû s'oblige a le restituer a cerlui de qui il l'a indûment recu.*"

[908] "*El deudor puede repetir lo que en el mismo tiempo hubiere pagado*". Este artículo es ininteligible en el contexto de la presente investigación sin adjuntarle para beneficio del lector el texto del artículo 1338 del propio artículo del CC84 para el cual "*.....Los acreedores cuyos contratos dependieren de alguna condición podrán aun antes de que*

como en muchos otros casos referidos anteriormente, idéntico, al seguir ambos ordenamientos el mismo patrón en esta materia especialmente. El Code es omiso al respecto, aunque la doctrina[910] considera que el pago es indebido y procede la acción *in rem verso (sic).* En el contexto del Code, esto se da, vía interpretación a *contrario sensu* del artículo respectivo al pago antes del vencimiento del plazo - *criterio que como veremos sigue Borja Soriano para distinguir termino y condición, de forma un tanto artificiosa en el contexto del Código de 1928* -.

Sin embargo el Código de 1928 elimina toda referencia al respecto, manteniendo únicamente en este sentido un artículo en materia de termino o plazo y de la entrega - *pago* - realizada antes del vencimiento del mismo[911] y para efectos de la cual, ante la entrega de cosa o cantidad debida antes del vencimiento del plazo, no es procedente la *condictio indebitii*, al no encontrarnos, para sus efectos, en caso de ausencia de deuda y no reunirse en consecuencia los requisitos que hemos enumerado anteriormente del Código de 1928[912].

Consideramos así que la premisa evidente para distinguirlo y necesaria a su interpretación radica en el hecho que, para el Código de 1928, la condición no suspende el nacimiento de la obligación más solo su exigibilidad. Cabe referir que en el Código de 1884[913] como en el de 1870[914] - *de hecho como en el de 1928 de acuerdo con el numeral 1957 previamente citado* -, era igualmente inaceptable la procedencia de la *condictio indebitii*, por el pago realizado antes

---

*esta se cumpla, ejercitar los actos lícitos necesarios para la conservación de su derecho....*" en una evidente *contradictio in terminis.*

[909] " *El deudor puede repetir lo que en el mismo tiempo hubiere pagado*". Este artículo es igualmente ininteligible en el contexto de la presente investigación sin adjuntarle para beneficio del lector el texto del artículo 1454 del propio artículo del CC70, para el cual "*.....Los acreedores cuyos contratos dependieren de alguna condición podrán aun antes de que esta se cumpla, ejercitar los actos lícitos necesarios para la conservación de su derecho....*" en una evidente repetición decimonónica de la *contradictio in terminis.*

[910] Laurent; Opus Cit; Tome 17; p 111; "*... le debiteur conditionnel ne doit pas; donc s'il paye, il paye ce qui n'est pas dû. Pothier en conclut que si le payment a été fait par erreur, le debiteur peur repeter; l'article 1186 le dit implicitement en disposant que ce qui a été payé avant l'échéance du terme ne peut ètre répété, la loi le decide ainsi par opposition à la condition qui suspend l'engagement, tandis que le terme en retarde seulement l'éxécution; donc celui qui a un terme doit, et s'il paye, il paye ce qu'il doit; tandis que celui qui doit sous condition, paye ce qu'il ne doit pas..."* Para ilustración completa de la perspectiva reproducimos igualmente el artículo 1186 "*Ce qui n'est dû qu'à terme, ne peut être éxigé avant l'échéance du terme; mais ce qui a été payé d'avance ne peut être répété."*

[911] Artículo 1957 del Código de 1928 para el cual: " *....Lo que se hubiere pagado anticipadamente no puede repetirse. Si el que paga ignoraba, cuando lo hio la existencia del plazo, tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses o los frutos que éste hubiere percibido de la cosa....*"

[912] Artículo 1883 y siguientes.

[913] Artículo 1359 del Código de 1884, para el cual: " *Lo que se hubiere pagado anticipadamente, no puede repetirse.*"

[914] Artículo 1475 del Código de 1870, para el cual: " *Lo que se hubiere pagado anticipadamente, no puede repetirse.*"

del vencimiento del plazo, pues para ambos ordenamientos, claramente existía la deuda, aunque ni fuese exigible.

Lo anterior puede ser interpretado como lo hace Manuel Borja Soriano en el sentido que al haberse eliminado la disposición del Código de 1884[915] y del Código de 1870 - *por virtud de los cuales, lo pagado antes del vencimiento de la condición no era debido porque la condición suspende el nacimiento mismo de la obligación y no solo su exigibilidad*- debiera en consecuencia interpretarse a *contrario sensu* el artículo 1957 del Código de 1928[916] para efectos de condición. Por lo anterior el pago antes del advenimiento de la condición sería indebido pues la condición suspendería la existencia de la obligación.

Así en opinión de Borja Soriano, al eliminar el Código de 1928 el articulado respectivo, salvo en materia de término, donde se sigue prescribiendo que el pago antes del vencimiento del término no da lugar a la repetición, la interpretación necesaria debe ser a *contrario sensu*. Así, para Borja Soriano, el pago realizado antes del vencimiento del plazo no es susceptible de repetición pues la deuda existe, aunque no es exigible y a *contrario sensu* en el caso del pago o entrega verificado antes del vencimiento de la condición el pago es indebido y la *condictio indebitii* es plenamente aceptable a contrario sensu del texto en materia de plazo o término.

Consideramos sin embargo, amén el valor técnico y conceptual inherente en el tema de mérito a que ya hemos referido en la perspectiva dogmática y conceptualista de 1928, que en el contexto del legislador de 1928, la correcta interpretación conducente llevaría a concluir que el pago u entrega antes de la verificación de la condición a partir de 1928, no es susceptible de permitir interponer la *condictio indebitii*, pues efectivamente el cambio legislativo buscaba enmendar esa perspectiva[917] y por ello elimina los artículos correspondientes al Código de 1870 y 1884. Se debe considerar que antes de que se verifique la condición y de que pase el tiempo necesario para verificar que la misma acontezca o no[918], el pago es debido y no es procedente dicha acción. La condición solo suspende la exigibilidad al igual que lo hará el término o plazo, la única diferencia con esta radicará en la certidumbre o incertidumbre, de su futuro

[915] Arículo 1339 del Código de 1884 para el cual; *"El deudor puede repetir lo que en el mismo tiempo hubiere pagado.*"
[916] "*Artículo 1957.- Lo que se hubiere pagado anticipadamente no puede repetirse".*
[917] Vid. referencias anteriores de Andreas Von Tuhr en materia de condición y obligación.
[918] Artículo 1947 para el cual; "*La obligación contraida bajo la condición de que un acontecimiento no se verifique en tiempo fijo será exigible si pasa el tiempo sin verificarse. Si no hubiera tiempo fijado, la condición debera reputarse cumplida transcurrido el que verosímilmente se hubiere querido señalar, atenta la naturaleza de la obligación*".

advenimiento como lo prevé expresamente el propio Código de 1928[919]. El argumento de Borja Soriano parece en nuestra opinión especialmente direccionado por su concepción de obligación pre pandectística.

Esa parece en nuestra opinión, ser la línea del legislador, consistente así con lo antes expuesto respecto de la naturaleza y materia de las modalidades, la naturaleza de la condición suspensiva y de la obligación, de la perspectiva pandectística y conceptualista del legislador en materia de obligación y de la consideración respecto de de las modificaciones del texto legal, así como de las más adecuadas formas de interpretar los conflictos de Leyes en el tiempo.

Efectivamente ante la modificación del Código de 1928 versus los antecedentes de 1884 y 1870 parece evidente que el texto que queda en vigor en materia del pago indebido antes de la verificación del termino no puede interpretarse ni aplicarse a *contrario sensu*, ignorando que en los códigos anteriores el pago antes de la condición no era indebido y daba lugar a la *condictio indebitii*, y que al eliminarse el texto correspondiente - 1339 del Código de 1884 -, a partir de 1928, el pago *pendente conditione* no da lugar a la *condictio indebitii*, sino en su caso hasta que pase el tiempo pactado para que se verifique esta sin que esto suceda.

Así, con la modificación en materia de condición y el pago anticipado a la condición, pese a la incertidumbre del evento futuro y considerado las otras modificaciones que atañen a la esencia de la obligación, la modalidad y la condición, parecería en nuestra opinión un sinsentido considerar que el pago antes del vencimiento de la condición es indebido y procede la *condictio indebitii*. Al igual que en el pago previo al término, la entrega se reputaría debida - *pendente conditione* - y consecuentemente el *solvens* no podría alegar la ausencia de deuda, por sujeta que esta estuviese a un acontecimiento futuro e incierto que solo suspendería su exigibilidad, hasta que pasase el tiempo pactado o razonable para ello.

Así, consideramos que en la perspectiva del legislador de 1928, se pretende lógicamente concluir que la obligación no depende para existir, de su exigibilidad y que consecuentemente la obligación es susceptible de creación unilateral, que no requiere caracterizarse por un objeto de contenido y apreciación pecuniaria necesariamente y que la condición pactada afecta las particularidades de la obligación que no del contrato, pero sin afectar su esencia por lo que la

[919] Artículo 1953.- "*Es obligación a plazo aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto."* Artículo 1954.- *"Entiéndase por día cierto aquél que necesariamente ha de llegar."* Artículo 1955.- *"Si la incertidumbre consistiere en si ha de llegar o no el día, la obligación será condicional y se regirá por las reglas que contiene el Capítulo que precede."* (enfasis añadido)

eliminación temporal de su exigibilidad[920] - *vía condición* - no impide su concepción y creación por lo que todo pago realizado antes de la condición es pago debido y no procede la *condictio indebitii* en consecuencia.

### a.5. Novación de la obligación: *pendente conditione-*.

Si bien esta materia y los postulados que referiremos en este apartado existen desde 1884[921], 1870[922] , *–ambos nuevamente con el mismo texto-*, es de justicia mencionar que la conservación al respecto del articulo correspondiente en el ordenamiento de 1928 es una medida muy atinada en la perspectiva dogmática y que parece hacer sentido con el movimiento pandectísta que hemos referido y los cambios antes comentados. Efectivamente la mayor valía del artículo 2216 del Código de 1928 que reza esencialmente igual que sus dos predecesores mexicanos, radica en la mayor consistencia que su contenido revela, en atención a los cambios sus-mencionados en el propio código de 1928.

Ciertamente y a reserva de analizar otras instituciones que refuerzan esta argumentación- *en lo particular lo relativo a la novación en el capítulo de la extinción de las obligaciones* -, al considerar que la novación de una obligación sujeta a condición suspensiva es técnicamente válida y eficaz, el legislador, adhiriéndose una vez más a su postulado dogmático y fiel a la Beggirffjurisprudenz acepta una perspectiva organicista de la obligación y se adhiere a la lógica conceptual inherente a ese movimiento.

En efecto, dícese que para que la novación pueda operar los requisitos legales, pero sobre todo técnicos y conceptuales[923] implican (i) la existencia de una obligación antigua materia de novación, (ii) la existencia de una nueva obligación creada para reemplazar a la anterior, (iii) un elemento de novedad y (iv) un *animus novandi,* tal y como esto se analizará líneas más adelante[924]. Al efecto  si la obligación *pendente conditione* es susceptible de novación - *aún si esto era accidentalmente previsto y aceptable en el contexto decimonónico mexicano* -

[920] Según el artículo 1942.
[921] Artículo 1617 del Código de 1884 que establece que: " *Aún cuando la obligación anterior esté subordinada a una condición suspensiva, solamente quedará la novación dependiente del cumplimiento de aquella, si así se hubiere estipulado...*"
[922] Artículo 1732 del Código de 1870 que establece que: " *Aún cuando la obligación anterior esté subordinada a una condición suspensiva, solamente quedará la novación dependiente del cumplimiento de aquella, si así se hubiere estipulado...*"
[923] Borja Soriano; Manuel; Opus Cit; p 615-618
[924] Artículo 2213 y siguientes.

claramente, en la nueva perspectiva dogmática, conceptualista y organicista del Código de 1928 que mantiene el articulado de novación de referencia, en adición a los cambios sus mencionados y en el contexto legislativo multimencionado, claramente su premisa dogmática radica en que la condición no puede suspender la existencia de la obligación pese a la errática redacción del 1938 y a los antecedentes doctrinales a que hemos hecho referencia.

En otras palabras, la condición no puede en el contexto de los artículos sus-mencionados, suspender la existencia de la obligación, sino solo su exigibilidad, tan es así que la novación -*que requiere por definición de una obligación a la cual extinguir cambiándola por otra* - de una obligación sujeta a condición, es posible.

En materia de término o plazo, la discusión respecto de su potencialidad de novación no se presenta siquiera, reforzando con ello, nuestra argumentación precedente a contrario sensu respecto del único elemento diferenciador - la certeza- y no el tipo de efectos que difieren.

### b. El término o plazo.

El término o plazo no presenta *per se* una complejidad particular. Es sin embargo digna de mención esta institución, en atención a su diferenciación de la condición y las implicaciones que esto tiene, para efecto de demostrar la consistencia en el cambio de concepto de obligación inherente en todo lo hasta ahora expuesto.

Ciertamente el término o plazo, amén las distinciones conceptuales que entre ambos vocablos pueden hallarse, es definido *etceteris paribus* como el acontecimiento futuro y cierto del cual depende el cumplimiento de la obligación.[925]

Asimismo, los tres ordenamientos son enfáticos respecto del elemento diferenciador que el término o plazo tiene respecto de la condición. Así, "*...si la incertidumbre consistiere en si ha de llegar o no el día la obligación será condicional y se regirá por las reglas que contiene el capítulo precedente*…"[926]

[925] En este rubro parece no plantearse diferencia alguna entre el Código de 1928 y sus predecesores de 1884 y 1870 ya que tanto el artículo 1953 de 1928 como el 1355 de 1884 y el 1471 del Código de 1870, definen por igual a la obligación a plazo como "*...aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto*...". Es interesante ver como los tres ordenamientos siguen el mismo parametro más práctico que dogmático, que era igualmente visible en materia de la condición en los ordenamientos decimonónicos, enfocándose solo en el diferimiento del cumplimiento y obviando así la elaboración dogmática relativa al lado pasivo, sobre si la obligación ha nacido o no, es exigible o no, que de acuerdo con lo expuesto anteriormente, se exacerba - pese a las contradicciones indicadas - en el conetexto dogmático del Código de 1928.

[926] Artículos 1473 del Código de 1870, 1357 del Código de 1884 y 1955 del Código de 1928.

En este elemento diferenciador del término versus la condición, haciendo implícita y expresamente abstracción de las consideraciones dogmáticas que en materia de condición hace el Código de 1928, parece evidente que el único elemento a discusión para distinguir ambas modalidades - *condición y plazo* - es la certidumbre de si ha de llegar o no el día. No es ciertamente un tema menor, pero es el único y consecuentemente es que debe atenderse. La retroactividad en la condición parece consecuencia natural que no en el término, pero no así el tipo de efectos que se le ligan según se verá a continuación.

Decimos que no es menor pues ciertamente cuando el acontecimiento es incierto, la producción de efectos en la condición - *evento incierto* - es siempre interina y contingente. Consecuencia natural es así, la necesidad de implicar efectos retroactivos igualmente si el pasa el tiempo considerado para que la condición se cumpla - *sea este expreso o tácito* [927]- sin que esta se verifique. Efectos retroactivos que no son inherentes al vencimiento del plazo, pues parece evidente que las partes pactando un plazo sin la incertidumbre de la condición, claramente no entienden ese efecto desde el pacto en virtud de la retracción, sino que plenamente consideran que el plazo sea el detonador de los efectos en el contrato en cuestión. La certidumbre incide pues en efectos ulteriores como es la retracción.

De acuerdo con lo antes expuesto, la inaplicabilidad del pago indebido, es expresa en materia de término debiendo, interpretarse en el mismo sentido en materia de condición al ser la certidumbre o incertidumbre de uno y otro, el único factor diferenciador, no así el tipo de efectos que suspende.

No es extraño entender y concluir con lo mismo que el concepto dogmático de la obligación parece recibir un tratamiento más integral para el cual, la posibilidad de dividir entre *schuld* y *haftung* - como lo hace la pandectística alemana - es posible, aún supeditando el segundo a un evento futuro, incierto no dependiente de las partes como es la condición.

La armonización de disposiciones entre término y condición parecen pues consistir en nuevos elementos de soporte y probanza respecto de la perspectiva del legislador tanto de su rol como de la consecuente distinta concepción de la obligación puede tenerse. Lo anterior por

[927] Artículos 1947 del Código Civil de 1928 para el cual "....*la obligación contraida bajo la condición de que un acontecimiento no se verifique en un tiempo fijo será exigible si pasa el tiempo sin verificarse*...." y 1941 del mismo ordenamiento para el cual, "....*cumplida la condición, se retrotrae al tiempo en que la obligación fue ormada a menos que los efectos de la obligación o su resolución por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto deba den ser referidas a fecha diferente*..."

supuesto pretendiendo dar una unidad sistémica de acuerdo con la vocación pandectista multireferida.

### c. El modo o carga

#### c.1 Generalidades. -

El modo o carga representa en la ruta expositiva de esta investigación una prueba *ad contrarium*. Ciertamente el modo o carga no fue incluido dentro de la teoría general de la obligación insertada, en el texto del Código de 1928.

La regulación del modo o carga se mantuvo en el contexto diseñado desde el Código Napoleón en las instituciones especificas en las que el mismo es aplicado desde antaño. Esto es, en el seno y regulación específica de las liberalidades tanto *mortis causa* como *intervivos*. Así, tanto la regulación de la sucesión como la de la donación mantienen disposiciones relativas al modo o carga que, en el contexto decimonónico a que ya hemos hecho referencia, carecen de todo dogmatismo o especulación científica, restringiéndose en nuestra opinión a una regulación de interpretación exegética con claros propósitos prácticos.

La regulación mencionada es por ende una regulación que no pretende sino establecer consecuencias específicas para supuestos dados, sin pretender concluir o intuir naturaleza jurídica alguna. Parece en nuestra opinión, que es por lo mismo que dicha regulación se mantiene en 1928, en el ámbito especifico de las instituciones previamente referidas y no se incluye en la teoría general de las obligaciones, de nueva influencia y redacción.

En el ámbito sucesorio, el modo o carga es regulado y considerado como una condición resolutoria[928] para el caso de su no-cumplimiento por parte del beneficiario de la liberalidad respectiva. La aplicabilidad dogmática y práctica de la condición para explicar o regular los efectos del modo o carga en materia sucesoria parece discutible, aunque esto pudiera ser plausible en la perspectiva del legislador decimonónico liberal-burgués- fisiócrata francés y mexicano. Sin embargo, dicha aplicabilidad dogmática y práctica es ajena a las hipótesis rectoras de esta investigación. Nos limitamos al respecto a enfatizar, lo mencionado en la sección respectiva a las condiciones.

Respecto del modo o carga en materia de liberalidades intervivos o de materia transaccional, la teoría general de las obligaciones incluida en el Código de 1928 no menciona

[928] "*Artículo 1361.- La carga de hacer alguna cosa se considera como condición resolutoria."*

nada. En el capítulo específico de la donación, sin embargo, muchas referencias se hacen a su respecto. Las mismas son poco estructuradas y su organización parece pobre y poco armónica[929]. La confusión doctrinal respectiva entre los efectos de su estipulación, su "incumplimiento" y por ende respecto de su naturaleza jurídica, no pueden parecer, ni son extrañas, sino plenamente justificables.

Esto ha generado múltiples interpretaciones en el ámbito practico y doctrinal respecto de su aplicabilidad, mismas que parecen presentar - *en la perspectiva lógica conceptual* - diversas contradicciones y complejidades. Estas contradicciones parecen asimismo justificar el porqué de la no inclusión de esta figura en la teoría general de la obligación materia de novedad en el Código, justificando como se ha dicho en sentido negativo las hipótesis rectoras de la presente investigación. Esta teoría deriva ciertamente del paradigma del legislador de 1928 para el cual, la armonía conceptual y lógica no puede aceptar la incongruencia de un parámetro meramente regulatorio no dogmático tan claramente decimonónico. Por ello es que resulta tan complejo definir o conceptuar la carga transaccional inter-vivos en el contexto doctrinal de 1928.

Así, si bien el pacto de la carga, en el ámbito especifico de la donación - *u otros negocios inter vivos de carácter gratuito* - parece ser factible, sin embargo, su tratamiento parece complejo y sobre todo ilógico en una premisa dogmática-conceptual como expondremos a continuación.

---

[929] Los distintos artículos que regulan la carga en la donación llamada onerosa, junto con aquellos que permiten la revocación de la donación como excepción al principio de la intangibilidad contractual, presentan escasa o nula sistemática hablando indistintamente de carga, obligación, rescisión, revocación, etc. Vbgr. "*2336.- Es onerosa la donación que se hace imponiendo algunos gravámenes, y remuneratoria la que se hace en atención a servicios recibidos por el donante y que éste no tenga obligación de pagar.*"; "*Artículo 2337.- Cuando la donación sea onerosa, sólo se considera donado el exceso que hubiere en el precio de la cosa, deducidas de él las cargas." "Artículo 2353.- Si la donación se hace con la carga de pagar las deudas del donante, sólo se entenderán comprendidas las que existan con fecha auténtica al tiempo de la donación". "Artículo 2359.- Las donaciones legalmente hechas por una persona que al tiempo de otorgarlas no tenía hijos, pueden ser revocadas por el donante cuando le hayan sobrevenido hijos que han nacido con todas las condiciones que sobre viabilidad exige el artículo 337." "Artículo 2362.- Rescindida la donación por superveniencia de hijos, serán restituidos al donante los bienes donados, o su valor si han sido enajenados antes del nacimiento de los hijos." "Artículo 2370.- La donación puede ser revocada por ingratitud: I. Si el donatario comete algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante o de los ascendientes, descendientes o cónyuge de éste; II. Si el donatario rehúsa socorrer, según el valor de la donación, al donante que ha venido a pobreza."* La falta de sistemática conceptual sus mencionada y caracteristica de la legislación pre pandectística en esta materia puede remontarse al propio Code donde la carga en liberalidades intervivos tiene tratamiento de condición, faculta a la revocabilidad y se confunde con obligaciones del donatario como se expondrá más adelante. Vid artículos 953 -966 del Code.

### c.2. Ámbito transaccional *inter vivos*. -

En efecto, el modo o carga se define de manera más o menos homogénea como la prestación que se impone - *y estipula con* - quien recibe una liberalidad[930]. Por liberalidad en el ámbito transaccional intervivos parece igualmente de forma más o menos homogénea entenderse a los contratos gratuitos siendo estos aquellos en los que desde una perspectiva meramente economicista, los beneficios económicos del contrato son para alguna de las partes mientras que las cargas - *igualmente en una perspectiva meramente económica*[931]-, son de la otra parte. [932]

Se distingue lo anterior de la clasificación entre los contratos unilaterales en los que una sola de las partes queda obligada para con la otra mientras que en los bilaterales[933], existen obligaciones a cargo de ambas partes y aún más de los contratos bilaterales sinalagmáticos perfectos en los que la bilateralidad de la obligación es no sólo genética sino también funcional[934]. La perspectiva parece en este caso más jurídica que económica. Si bien todo pareciere indicar que a todo contrato bilateral conllevarían beneficios económicos para ambas partes y por ende su onerosidad de acuerdo con la clasificación anterior y que a todo contrato unilateral conllevarían solo beneficios para una de las partes y por ende su gratuidad. Sin embargo, el legislador de 1928 - *como parte de las modificaciones " anti-romanistas " anticipadas en el discurso de García Téllez*[935] - establece que la correlación económica y jurídica no necesariamente se daría, como en la antigüedad.[936]

En lo especifico, la relevancia del contrato bilateral y más aún del sinalagmático perfecto, estriba no sólo en su clasificación para efectos dogmáticos sino en su aplicabilidad practica al consistir el centro de la vida contractual por la que los contratos y las obligaciones una vez creados, presentan una potencial actualización del *haftung* por el que el incumplimiento detona específicamente las consecuencias que van desde el cumplimiento forzoso hasta la rescisión incluyendo según resulte aplicable el pago de los daños y perjuicios que pudieran haberse

[930] Borja Soriano;Manuel; Opus Cit; p 409
[931] Sánchez Medal Ramón; Opus Cit; p 104
[932] *"Artículo 1837.- Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que él provecho es solamente de una de las partes."*
[933] Sánchez Medal Ramón; Opus Cit; p 106
[934] Ibidem; p 109-111
[935] García Tellez Opus Cit; Vbgr la reclasificación de los contratos reales en consensuales y sus efetos para propositos de la clasificación bilateral-unilateral, gratuito-oneroso.
[936] Ibidm; p 106; Cfr Borja Soriano; Manuel; Opus CIt; 113-116

creado[937]. Esto resulta mucho más relevante en la perspectiva practica para la tradición romanista y franco burguesa liberal decimonónica en la que como se ha dicho - *por herencia no dogmatizante* - la obligación se define o conceptúa como una relación jurídica por la que un sujeto llamado acreedor está facultado para *exigir* de otro llamado deudor, una determinada prestación de dar hacer o no hacer. Lo anterior adquiere mayor relevancia como se apuntó en su oportunidad, desde la *Lex Poeteria Papiria* hasta el siglo XIX alemán, desde una índole pecuniaria que asegura su exigibilidad procesal y califica en consecuencia a la obligación y a sus características tradicionales romano-francesas como exigible y esencialmente pecuniaria, según expuesto anteriormente.

Así, el pacto comisorio tácito, centro de la perspectiva francesa y alemana respecto de los remedios aplicables ante el incumplimiento, deriva centralmente de su interpretación armónica respecto del ámbito de esa reciprocidad o sinalagma.

Sin abundar en la vasta e interesante materia del pacto comisorio tácito que nos desviaría de las hipótesis de estudio de la presente, para efectos de la perspectiva central del modo o carga y la ausencia de esta última en la regulación general de 1928, nos limitaremos brevemente a glosar el texto del artículo 1949 en sus partes relevantes, para efectos de resaltar la relevancia de la no inclusión de la carga o modo, en la teoría general de las obligaciones como una modalidad regulada - *en virtud de las contradicciones anticipadas* -[938] .

El pacto comisorio tácito establece que la facultad de resolver (sic) las obligaciones se entiende implícita en las reciprocas para el caso de que una de las partes no cumpliese lo que le corresponde. El perjudicado podrá pedir la resolución o el cumplimiento forzoso más el pago de daños y perjuicios, pudiendo pedir la resolución después de haber solicitado el cumplimiento forzoso cuando este resultase imposible[939].

En la glosa respecto de dicho artículo el común denominador de arranque se centra en dos puntos neurálgicos; el incumplimiento - *y su naturaleza substancial* - así como la calificación de las

---

[937] *"Artículo 1949.- La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. "*

[938] Vid; Borja Soriano Opus Cit; p 410 quien citando a Hémard menciona que ante el incumplimiento de la carga *"... por sus efectos el modo se parece a* ***la condición resolutoria****. Cuando la carga no es ejecutada,* ***la revocación*** *del acto puede ser demandada y tiene por efecto hacer* ***desaparecer retroactivamente*** *el acto jurídico, borrarlo aún en el pasado..."*(énfasis añadido sobre la alegadas potenciales y dispares consecuencias del incumplimiento con la carga)

[939] Vid. pp 841 precedente para texto íntegro.

obligaciones afectadas que son llamadas definidas o clasificadas como reciprocas y al efecto que esto conlleva en el caso de los incumplimientos correlativos (i.e. resolución rescisión, daños y perjuicios, etc…). Es en este último contexto, que la referencia al pacto comisorio tácito y a los contratos bilaterales resulta aplicable a esta investigación, en lo particular en lo referente a la no regulación del modo o carga en la sección general, en la teoría general de las obligaciones de inspiración pandectística. Ciertamente, el modo o carga podría *prima facie* calificarse o verse pactado - *en el ámbito intervivos* - únicamente en contratos gratuitos, como una regla especial que no ameritase regulación general.

Lo complicado sin embargo radica en calificar su naturaleza jurídica al amparo de la teoría general, para efectos de reforzar con ello las hipotesis centrales de esta investigación. Ciertamente si el modo o carga adquiriese el cariz de condición como lo mantiene el código de 1928 en materia sucesoria, en consistencia con el parámetro regulatorio y no dogmático del siglo XIX, inclusive de manera expresa, el tratamiento intervivos se simplifica pues bastaría con aplicarle las disposiciones de la condición resolutoria y la carga no requeriría regulación alguna ni mención doctrinal. Asumiendo sin conceder su aplicabilidad y lógica conceptual, más allá de la complejidad de este tratamiento en materia transaccional, consideramos que esa calificación implica *ex definitione* una *contradictio in terminis* con la definición de la condición misma, al constituir *prima facie* una condición puramente potestativa y ser nula *ab origine*[940] así como al violentar el principio de *pacta sunt servanda* consagrado al efecto en el Código[941]. Adicionalmente, eso dejaría en una perspectiva conceptual y lógica fuera de regulación a la carga, pues bastaría con regular a la carga como una condición y su aplicabilidad consecuente en el ámbito transaccional intervivos de las liberalidades - *asumiendo sin conceder la validez técnica de esto - y hacer lo propio en la carga mortis causa* - circunstancia que claramente el legislador de 1928 no eligió.

Haciendo abstracción del tema *mortis causa*, especificamente, en materia intervivos, el código de 1928- *heredando fielmente la tradición de sus predecesores de 1884 y 1870*-, no califica la naturaleza jurídica del modo o carga *inter vivos*. De hecho, como se anticipaba, sólo lo menciona erráticamente en varios artículos que serían poco propios en la perspectiva dogmática, orgánica y armónica, de la jurisprudencia de conceptos.

---

940 *"Artículo 1944.- Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula."*

941 Artículo 1797 del Código de 1928

Efectivamente, en el caso de la donación, cuando se considera por el Código - *y por ende por la doctrina - que esta es onerosa al ser impuesta una carga al donatario*-[942], no se especifica en el texto de la sección general del código, cuál es la consecuencia - *häftung* - por el incumplimiento de la carga, ni mucho menos se dogmatiza respecto de la misma.

Sin embargo, ya en el contexto del siglo XX, con posterioridad a la publicación del Código, se dogmatiza y polemiza respecto a su naturaleza jurídica. Por algunos, los más fieles a la tradición francesa - *no obstante, lo errático en este caso de la terminología del Code que la califica al efecto en algunos casos como "condición" siendo aplicable nuestras consideraciones previas al respecto* [943]-, la carga o modo no es otra cosa sino una obligación impuesta al que recibe una liberalidad, razón por la cual, el donatario que la recibe esta claramente obligado a cumplir con la carga. Esa obligación - *llamada modo o carga* - da al contrato de donación, el carácter de oneroso, al implicar en consecuencia provechos y gravámenes recíprocos a ambas partes, desde una perspectiva económica. El contrato de donación es así calificado y clasificado por el propio código como una donación onerosa que se desdobla así de su esencia y estructura original y conceptual[944] pese a la *contradictio in terminis* inherente. En este tenor, el legislador adopta una posición similar a la francesa original, por la que se considera que el monto de la donación que excede al valor de la carga es lo efectivamente donado siendo en consecuencia un contrato de naturaleza bilateral hasta por ese monto[945]. Al menos esto parece ser la salida que encuentra el legislador de 1928, manteniendo la tónica de los códigos de 1884 y 1870, tal y como esto sería anticipable en virtud de la desiderata pragmática de estos y del propio Code. Como veremos más adelante, esto claramente no parece coincidir con la desiderata lógica y conceptual

[942] "*Artículo 2336.- Es onerosa la donación que se hace imponiendo algunos gravámenes, y remuneratoria la que se hace en atención a servicios recibidos por el donante y que éste no tenga obligación de pagar." "Artículo 2337.- Cuando la donación sea onerosa, sólo se considera donado el exceso que hubiere en el precio de la cosa, deducidas de él las cargas."* (énfasis añadido no solamente para el tópico de referencia sino también respecto de la falta de consistencia - *típica de las codificaciones pre pandectisticas transcritas en gran parte de la regulación ex parte general* - de los Códigos decimonónicos y derivadas del Code)

[943] Article 953 y 954 del Code que respectivamente establecen que: *"La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inéxecution des conditions sous lesquelles ell aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants"; "Dans le cas de la révocation pour cause d'inéxecution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur, libre de toute charges et hypothèques du chef du donataire et le donateur aura contre les tiers détenteurs des inmeubles donnés tous les droits qu'il aurait contre le donataire luis même."*

[944] "*Artículo 2336.- Es onerosa la donación que se hace imponiendo algunos gravámenes, y remuneratoria la que se hace en atención a servicios recibidos por el donante y que éste no tenga obligación de pagar."*

[945] "*Artículo 2337.- Cuando la donación sea onerosa, sólo se considera donado el exceso que hubiere en el precio de la cosa, deducidas de él las cargas."*

de la jurisprudencia de conceptos en que se inspira el legislador de 1928. Si hipotéticamente fuese esto la razón de su no regulación en la teoría general de las obligaciones, al ser la donación en esencia un contrato unilateral y gratuito, pareciera que pudiese accesoriamente adquirir mediante el pago de carga o modo, el carácter de oneroso y en consecuencia dejaría en esencia de ser una donación. En estricta lógica y siguiendo el principio de no contradicción redundaría en un contrato bilateral y oneroso atípico o aquel respecto de cuya tipicidad tuviese la mayor similitud, contraviniendo su naturaleza original.

Ciertamente, se habla poco en doctrina al respecto - *asumiendo rebasada, la problemática lógica conceptual sus mencionada -, pero* si se considerase que esa obligación - *modo o carga* - fuese perfectamente sinalagmática con la obligación del donante se concluiría igualmente la aplicabilidad del pacto comisorio tácito. La *contradictio in terminis* parecería total, amén del absurdo conceptual para una donación, sinalagmática perfecta y consecuentemente rescindible que claramente dejaría *per se* de ser una donación.

En todo caso, la calificación de donación onerosa, por las razones antes expuestas, deja entrever que esa reciprocidad de beneficios económicos, deriva de una reciprocidad en principio sinalagmática de obligaciones. Esto sin embargo presenta ya implicaciones que conflictuarían la esencia de la figura desde una perspectiva lógica y conceptual - *con las implicaciones evidentes para la desiderata legislativa de 1928* -. En ello radica para efectos de nuestra hipótesis, la ausencia en el tratamiento de la teoría general de las obligaciones de nueva inclusión e inspiración pandectística.

¿Ciertamente si el contrato de donación - *al ser oneroso* - implicase la existencia de obligaciones a cargo no solo del donante sino del donatario, que tan válido sería conceptualmente seguirle calificando como donación? No sería más adecuado calificarle como contrato atípico o clasificarle dentro de los contratos bilaterales típicos - *en aquella forma que más correspondiese a la naturaleza de las obligaciones a cargo de ambas partes (i.e. permuta)* - .

La salida del Código de 1928 en el capítulo de donación, tal y como fue anticipada un par de párrafos arriba, parece poco convincente desde una perspectiva práctica al contravenir los principios aristotélicos de la lógica conceptual (i.e. principio de identidad, principio de no contradicción y principio de tercero excluido) Efectivamente plantear, como lo hacían los códigos de 1884, 1870 y el Code, que el contrato de donación oneroso sólo lo será hasta donde

alcance la reciprocidad de las prestaciones y que será gratuito en lo que sea atribuible en exceso al donante, no parece muy convincente en un ámbito de lógica-conceptual. Es evidente que en auxilio de esta perspectiva acuden igualmente los artículos que reflejan la limitación de la responsabilidad del donatario respecto de los daños y perjuicios que ocasione su incumplimiento con la carga al valor de lo donado[946]. Esta excepción a la regla general de la responsabilidad quirografaria propia a las obligaciones desde el derecho romano y al carácter pecuniario de la obligación en aras de su exigibilidad, parece sin embargo solitaria[947]. Ciertamente, estos paliativos, tan propios de una perspectiva decimonónica practica y reguladora, no satisfacen un prurito dogmático cientificista y conceptual, tan connatural a la jurisprudencia de conceptos.

La pregunta central permanece. ¿Puede considerarse que el modo o carga sea una obligación a cargo del donatario? ¿Será consecuentemente la donación con carga en realidad un contrato bilateral? Hilando este concepto con la clasificación de los contratos brevemente referida en el presente apartado, resulta apropiado preguntarse luego entonces si el incumplimiento de la carga daría lugar a la aplicación - *en caso de ser solicitado así por el "donante" perjudicado*-, al pacto comisorio tácito al tratarse de obligaciones reciprocas y consecuentemente sinalagmáticas?

No es de extrañar que el tratamiento que el Code da a esta materia sea igualmente meramente regulador y que permita como se anticipaba líneas arriba que la donación sea "revocable" en el caso de "incumplimiento" con las "condiciones" bajo las cuales fue otorgada.[948] Así el Code prevé y permite expresamente la rescisión en tribunales de la donación con carga, por virtud del incumplimiento de la misma. La consecuencia dogmática es inevitable y es obviamente omitida por el legislador napoleónico como lo es también por el legislador mexicano tanto del siglo XIX como de 1928. En el caso de este último, el único rastro es el tratamiento de la carga en las donaciones y en las sucesiones. La teoría general de las obligaciones es omisa en este rubro. Este silencio parece perfectamente consistente con la hipótesis de este trabajo.

Claramente el tratamiento del Code y la interpretación doctrinal escasa pero consistente en la materia[949] lleva a considerar el carácter obligatorio de esa carga a la cual específicamente

---

[946] "*Artículo 2368.- El donatario responde sólo del cumplimiento de las cargas que se le imponen con la cosa donada, y no está obligado personalmente con sus bienes. Puede sustraerse a la ejecución de las cargas abandonando la cosa donada, y si ésta perece por caso fortuito, queda libre de toda obligación."*

[947] "*Artículo 2964.- El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la Ley, son inalienables o no embargables"*.

[948] Artículos 953 y 954 del Code transcritos en pp 846.

[949] Laurent Opus Cit; Tome 12; p 563

refiere que la terminología del Code debe interpretarse y que se trata de una carga que no de una condición que operaría *ipso iure*[950]. Conceptualmente sin embargo y desde una perspectiva lógica y propia de la jurisprudencia de conceptos, esa carga - *obligación* - transformaría a la liberalidad en contrato oneroso y por ende en bilateral, con lo cual su esencia y concepto quedarían trastocados. Laurent epítome exegético, no solo, no tiene problema alguno con ello, sino que inclusive lo refiere expresamente, argumentando que solo permanecerá como donado la diferencia de lo que el valor de la carga sea excedido por la materia de donación, dando lugar a la regla de nuestros códigos antes mencionada.[951]

Parece ser por ello es que el legislador dogmático y conceptualista de 1928 hace caso omiso a esta institución en la teoría general de la obligación, en consistencia con la primera hipótesis del presente trabajo. El legislador además de regular pretende dogmatizar desde una perspectiva lógica y sigue los patrones de lógica conceptual para la inclusión de su articulado sobre una perspectiva pandectísica de pretensión científica. Aceptar la carga como una obligación en los contratos gratuitos conlleva a considerar que estos pierden su esencia. La posición dogmatizante del legislador se manifiesta en este caso por ausencia de regulación ante una situación práctica de transacciones que en realidad dejarían de ser gratuitas.

Ahora bien, ¿cómo cerrar este intríngulis conceptual de la donación con carga? La violación de los principios lógicos aristotélicos parece infranqueable. Consideramos que la opción, igualmente evitada por el legislador, pero no por ello menos valida, radica en considerar que efectivamente la carga es una obligación y que el donatario obligado a su cumplimiento pudiese verse rescindido y sancionado con el pago de daños y perjuicios - *independientemente de sus limitantes sus mencionadas* -. Si bien esto conllevaría a que esa donación perdiese *prima facie* su esencia, la opción parece dogmática y conceptualmente aceptable siempre que implicase que el valor de la carga o modo tuviese una *apreciación económica de carácter marginal vis a vis* el valor de lo efectivamente donado. Lo anterior no sólo por lo que lleva a la aplicación de la regla tanto del Código de 1928 como de sus antecedentes decimonónicos y del propio Code, sino en cuanto al objeto motivo o fin de la transacción[952] por virtud del cual si el donante verdaderamente quiere tener acceso a recursos jurisdiccionales no celebraría una donación con carga, sino que celebra el contrato bilateral que resulte aplicable y respecto del cual la “donación

[950] Ibidem
[951] Ibidem
[952] También de novel inclusión en 1928 como ha quedado asentado anteriormente.

con carga" no parece sino una simulación. La carga parece derivar su aceptabilidad conceptual en tanto obligación siempre que tenga un carácter marginal o simbólico no tanto para aplicar las disposiciones en lo que excede, sino para subrayar la importancia que para el donante tiene, al grado de no desincentivarlo a celebrar la donación en el caso de que la carga no se lleve a cabo. Ciertamente el donatario estaría obligado a efectuar esa prestación y el donante estaría facultado para rescindir. Sin embargo, en ello no radicaría la esencia ni el motivo o fin del contrato. En otras palabras, el silencio del legislador en la materia nos llevaría a concluir que el donante si está facultado legalmente a rescindir pero que difícilmente lo haría puesto que no estaría motivado de acuerdo con la apreciación marginal de la carga versus el valor del bien donado. Asimismo, sería adicionalmente discutible cuando menos, que tanto el juez, considerando la carencia de sinalagma, de reciprocidad de obligaciones y de incumplimientos, así como de daños, pudiese en ese caso en pleno derecho y justicia, dar entrada a una rescisión por el incumplimiento de una carga, que, si bien sería obligatoria, sería notoriamente marginal *versus* el valor del bien donado.

Todo lo anterior parece verificar nuevamente, aunque ahora por omisión, las hipótesis de la presente investigación puesto que la carencia de inclusión de disposiciones en la materia en la sección de modalidades de la teoría general de la obligación parece igualmente obedecer a un prurito conceptualizador que rompe con las reglas heredadas de la tradición francesa, menos proclive a preocuparse - *como especialmente queda evidenciado en la lectura de los artículos napoleónicos al respecto* - por la exactitud conceptual de la materia en comento.

En otras palabras, solo sería lógicamente factible admitir conceptualmente en la teoría general de las obligaciones que las cargas o modos tuviesen un carácter obligatorio, siempre que las mismas tuviesen un valor marginal *vis a vis* el valor de la liberalidad en la que las mismas se estipularan. Esto daría a esa donación el carácter de bilateral, aunque no de onerosa. Esa transacción sería bilateral, aunque no sinalagmática perfecta. La aplicabilidad del pacto comisorio tácito sería cuando menos discutible pero *prima facie* indeseable de parte del donante cuyo motivo o fin para celebrar el acto jurídico no dependería del cumplimiento de la carga en comento. En todo otro caso - *de acuerdo con la praxis francesa y decimonónica* -, el pacto de carga no tendría esa limitante de marginalidad en el valor y podría dar lugar al pacto comisorio tácito. Sin embargo, en este último caso, dejaría conceptual técnica y lógicamente de ser una donación y en consecuencia de ser una carga para considerarse en su lugar, una simulación

relativa respecto de una transacción de naturaleza bilateral y onerosa. El Código de 1928 por omisión ante esta trayectoria parece pronunciarse con su silencio y si bien mantiene la regulación en la donación y en las sucesiones no se pronuncia en su parte general, en aras de su consistencia lógico conceptual de pretensión dogmática.

**(iii) Las modalidades del objeto.**

**a. Las obligaciones conjuntivas, alternativas y facultativas. -**

En lo relativo a las modalidades del objeto llama la atención nuevamente y, en primer lugar, en relación con nuestra hipótesis de trabajo, la perspectiva dogmatizante del código de 1928, en contraste con sus antecedentes mexicanos decimonónicos y por supuesto del Code.

El Código de 1928 ciertamente continua en esta materia con un tratamiento mucho más organicista y estructurado que sus predecesores. Esto no debiera de sorprender puesto que, en la óptica de la teoría general de las obligaciones, el Título I previamente analizado contiene todo lo relativo a las Fuentes de las obligaciones, tal y como se expuso en su oportunidad, lo cual obedece *prima facie* a la desiderata revolucionaria anticipada en lo jurídico por Duguit, pero indirectamente a la pretensión dogmática del BGB, fuente de inspiración multicitada.

Este tratamiento abarca igualmente en el Título Segundo correspondiente a las Modalidades de las Obligaciones, un primer capítulo de las modalidades referidas anteriormente - Condición - *De las obligaciones condicionales* -, un segundo capítulo correspondiente al plazo - *De las obligaciones a plazo* - y un tercer capítulo correspondiente a las obligaciones conjuntivas y alternativas - *De las obligaciones conjuntivas y alternativas*-. Quedan en este orden de ideas dos capítulos más de este título II que tratan respectivamente de las Obligaciones de Dar y de las Obligaciones de Hacer, capítulos cuyo tratamiento no abordaremos al no tener implicación directa en las hipótesis rectoras de esta investigación, pero que referimos aquí, como parte del diseño integral del legislador de 1928 y su influencia pandectística que imprime la estructura organicista multirreferida anteriormente.

A este respecto vale la pena recapitular que es , en el Capítulo Tercero, de su Título Segundo, que el Código de 1928 trata a las obligaciones conjuntivas y alternativas. En materia de las obligaciones indivisibles, si bien el legislador sigue un parámetro mucho más técnico que sus antecesores y que corresponde a esa misma aspiración sus mencionada, el legislador incluye erróneamente pese a establecer expresamente la diferencia con ellas - *muy probablemente en*

*virtud de las similitudes próximas a confusión - a las obligaciones indivisibles dentro del capítulo cuarto correspondiente a las obligaciones solidarias*-. Esta pifia sin embargo no es óbice a un tratamiento que se presenta mucho más riguroso de las modalidades del objeto de la obligación que sus predecesores. Ciertamente en esta materia en lo particular, tal y como se abordará, el Código de 1928 distingue con claridad la indivisibilidad de la solidaridad[953], cuestión que sus predecesores no lograron en virtud de sus multimencionadas similares características[954]. Adicionalmente la inclusión de la conjuntividad y la alternatividad, permite, en lo tocante a la primera de ambas, hacer un planteamiento integral por el que se distinguirá la conjuntividad de la indivisibilidad y la solidaridad, por primera vez en la legislación mexicana. Este afán dogmático permitirá y se apoyará adicionalmente en la doctrina de Dumoulin respecto de las especies de indivisibilidad, con lo cual el planteamiento integral y sistemático de todas estas instituciones será igualmente una primicia que obedece a la influencia sistemática de la jurisprudencia de conceptos.

Independientemente del error de clasificación de la indivisibilidad dentro del articulado correspondiente a la solidaridad y a la simple mancomunidad, el tratamiento de las obligaciones indivisibles, parece mucho más exacto y técnico ya que es visible la pretensión de definición de las mismas en diferenciación con las obligaciones solidarias, manifestándose nuevamente en ello la vocación doctrinal del legislador materia de nuestras dos hipótesis de trabajo, ausente en la legislación decimonónica mexicana que había en ello abandonado la distinción que si había efectuada por su parte el Code.

Por su parte, el tratamiento de las obligaciones conjuntivas y alternativas permanece prácticamente idéntico al de los códigos decimonónicos mexicanos - Capítulo IV del Código de 1884 ; artículos 1363 - 1387 y 1479 - 1503 del mismo capítulo IV para el Código de 1870; Siendo en ello destacable esencial y simplemente que la regulación de estas últimas, al destacarse más adelante de las obligaciones indivisibles, evidencia nuevamente la vocación dogmática multi referida, de esta modalidad del objeto de la obligación, como parte de un pretendido tratamiento integral con pretensiones dogmáticas y científicas.

En ello vale la pena - *para efectos de nuestra hipótesis* - simplemente hacer una breve referencia junto con la indivisibilidad en calidad de punto precedente al tratamiento de las

[953] *"Artículo 2004.- La solidaridad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible, ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria."*

[954] *"Artículo 2003.- Las obligaciones son divisibles cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente. Son indivisibles si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino por entero".*

modalidades de los sujetos, en atención a la triple categorización que deja entrever el Código de 1928, en su tratamiento de las modalidades de las obligaciones respecto a su objeto.

Las obligaciones conjuntivas ciertamente se definen en el Código de 1928 igual que en sus predecesores de 1884 y 1870 como aquellas en las que el sujeto debe cumplir con dos prestaciones que pueden ser tanto de dar como de hacer[955]. Esto adquiere relevancia dogmática cuando se presenta y pretende sustentar la necesidad técnica como practica de esta modalidad en contraste con las obligaciones indivisibles - *también modalidad del objeto* - y de las obligaciones solidarias - *estas ya pertenecientes a la modalidad de los sujetos*-. Consideramos al respecto que el Code no incluye a estas obligaciones conjuntivas, probablemente en razón de su alto potencial de confusión con las obligaciones indivisibles y de estas con las solidarias - *enfoque academicista que el legislador de 1928 si enfrentará* -.

Es sin embargo relevante para el Código de 1928 mantener esta modalidad - conjuntividad -, en razón de este afán dogmático que las distinguiría de las obligaciones indivisibles y de las solidarias. El Código de 1928 reconoció lo anterior, en atención al alto grado de tecnicismo dogmático y de relevancia práctica consecuente, que implica distinguir a los tres grupos.

Ciertamente en tratándose de obligaciones conjuntivas, es clara la dualidad o inclusive la multiplicación de objetos, como elementos de la misma obligación y consecuentemente su clasificación como modalidad del objeto que se ve así multiplicado, alterando gradualmente los elementos y características de la obligación definida en sentido genérico, sin afectar su esencia.

Esta dualidad de objetos parece difícil de delinear cuando se le compara con la indivisibilidad en la que la prestación no puede cumplirse sino por entero. Esto se radicaliza al analizar la esencia de la obligación indivisible desde la perspectiva doctrinal. Requiriese entonces acotar la indivisibilidad y sus distintas especies para poder vislumbrar la diferencia entre la misma y la conjuntividad, especialmente cuando se considera la confusión derivada del análisis de la indivisibilidad por pacto. Este ejercicio resulta igualmente relevante en la perspectiva teórica - *aunque con relevantes consecuencias prácticas* - cuando se contrastan ambas modalidades con la solidaridad, en la que existiendo pluralidad de sujetos en cualquiera de los lados de la "ecuación obligatoria", la pretensión conceptual y dogmática requiere

[955] "*Artículo 1961.- El que se ha obligado a diversas cosas o hechos, conjuntamente, debe dar todas las primeras y prestar todos los segundos."*

igualmente que a cada uno de ellos pueda pedirse la totalidad de la prestación, similarmente a lo que pasa en tratándose de obligaciones indivisibles y de obligaciones conjuntivas[956].

Si la confusión conceptual entre las obligaciones conjuntivas, indivisibles y solidarias y su riesgo son altos, la relevancia practica no es tampoco, en opinión del suscrito, un tema menor. Ambas situaciones y la inclusión de las tres especies sin embargo refuerzan claramente las hipótesis de la presente investigación al implicar un tratamiento mucho más dogmático de la materia civil en razón del nuevo rol que el legislador pretende jugar y que incidirán con las otras variables referidas al largo de esta investigación por las cuales puede inferirse igualmente una distinta perspectiva del concepto de obligación heredado en la tradición romanista.

Baste al efecto y a reserva de analizar las obligaciones indivisibles y las solidarias en los apartados siguientes - *en razón de las modificaciones tanto estructurales como de regulación específica que el legislador de 1928 añade a su respecto* - concluir la esencia de la modalidad de conjuntividad en la dualidad de objetos materia de una misma obligación. Esta dualidad puede inclusive, según lo establece expresamente el Código de 1928 como sus antecedentes decimonónicos mexicanos abarcar - *en razón de pacto* - dos o más objetos "de distinta naturaleza" a saber objetos de dar y de hacer o no hacer todos en una misma obligación[957]. Al respecto el Código de 1928 sigue a sus precedentes mexicanos estableciendo que el que se ha obligado a diversas "cosas o hechos", debe dar todas las primeras y prestar todos los segundos. Esta acotación parece *prima facie* anodina, pero consideramos es de primera relevancia puesto que en esa pluralidad de esencias de las prestaciones - *todas materia de la misma obligación* - radica su carácter diferenciador de la indivisibilidad, cuyos lineamientos parecen incidir - *como se verá líneas más adelante* - en prestaciones que sean necesariamente "de la misma naturaleza". Como veremos ciertamente la indivisibilidad - *dentro de sus distintas fuentes* - parece regirse en la perspectiva de los clásicos jurídicos en la materia, como variaciones respecto de obligaciones dentro de una misma materia o género[958], puesto que de lo contrario no pareciese útil su

[956] Comparar efectos *prima facie* entre el cumplimiento al amparo del 1961.- "El que se ha obligado a diversas cosas o hechos, conjuntamente, debe dar todas las primeras y prestar todos los segundos." y el contenido del artículo artículo 2003.- *"Las obligaciones son divisibles cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente. Son indivisibles si las* prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino por entero".

[957] Articulo 1363 del Código de 1884 previamente mencionado

[958] Laurent; Opus Cit; Tome 17; p 372 en cuyo discurso, si bien no de forma expresa si consideramos que lingüisticamente puede considerarse que en materia de indivisibilidad por pacto - indivisibilité de l'obligation - se sigue el patrón de la indivisibilidad por naturaleza - indivisibilité absolue - al tratarse de una "cosa", un "bien" respecto del cual las partes pactan indivisibilidad para darle caracter único. Así Laurent menciona - citanto al efecto al 1218 del Code, que: "*.... l'obligation est indivisible quoi que la chose ou le fait qui en fait l'objet soit divisible*

distinción respecto de la conjuntividad. Esto bien pudiera ser el eje práctico seguido por el Code al no regular a las obligaciones conjuntivas contentándose con la regulación de las indivisibles, en virtud de su pretensión distintiva meramente reguladora y de pretensiones dogmáticas más modestas y limitadas.

La utilidad práctica sin embargo de ambas modalidades del objeto pareciere radicar en facilitar o auspiciar mediante pacto, la posibilidad de generar responsabilidad contractual (rescisión y/o cumplimiento forzoso al amparo del pacto comisorio tácito) en el caso de incumplimiento de alguna de las múltiples prestaciones del deudor, cuando bajo el régimen general pareciere evidente que independientemente del pacto, no puede pedirse la aplicación del pacto comisorio tácito, cuando la prestación incumplida no es *prima facie* sinalagmáticamente recíproca en la ecuación contractual. Otra cuestión derivaría de analizar los posible slímites que dicho pacto tendría.

Las obligaciones alternativas, es la variante gradual de esta primera modalidad del objeto, en virtud de la cual, la dualidad objetiva es interina en lo que las partes (el deudor salvo pacto en contrario) elijen una de las dos prestaciones para la satisfacción de la obligación[959]. Decimos que es una variación de la anterior puesto que la esencia de la modalidad en ambos casos radica en la multiplicidad de objetos en deuda, cuestión que en una perspectiva estricta respecto del concepto de obligación pareciere compleja por decir lo menos. La alternatividad no ha presentado cambios relevantes que merezcan mención en razón de las hipótesis de la presente investigación. Baste al efecto subrayar solamente el tratamiento integral de carácter científico de todas estas alteraciones voluntarias, en el contexto de 1928, por las razones multirreferidas en líneas precedentes.

Por último, respecto de las obligaciones facultativas, consideramos que la relevancia de las mismas - *en el contexto del Código de 1928* - radica especialmente - *al igual que en tratándose del modo o carga* - por omisión, en su ausencia o falta de regulación. Ciertamente en lo que a las obligaciones facultativas toca, y partiendo de premisas doctrinales que las definen

---

*para sa nature, si le rapport sous lequel elle est considerée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'éxécution partielle...*". Difícilmente podría considerarse que fuesen cosas de distinta naturaleza, puesto que no hablarían las fuentes de una cosa y no tendría razón de ser la conjuntividad en paralelo - al menos en el contexto del Código de 1928 al incluir este ambas categorías. La carencia de visión dogmaticista y cientificista del Code bien puede ser la causa por la que solo se regulan a las indivisibles, al no querer llegar a este nivel de discriminación conceptual que parece extraño a su *desiderata*.

[959] "*Artículo 1962.- Si el deudor se ha obligado* ***a uno de los hechos, o a una de dos cosas****, o a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas; mas no puede, contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, o ejecutar en parte un hecho." y "Artículo 1963.- En las obligaciones alternativas* ***la elección corresponde al deudor****, si no se ha pactado otra cosa"*.

como aquellas obligaciones en las que el deudor de una prestación determinada pacta una prestación facultativa con la que puede solventar la obligación - *o forzar al acreedor a recibir esta prestación de carácter facultativo* - aunque no está obligado a ella.

Ciertamente la complejidad de las obligaciones facultativas radica esencialmente en determinar los supuestos en los que el deudor puede solventar la obligación con la prestación facultativa[960]. A su respecto, si se parte de la premisa que puede hacerlo a voluntad, su incepción violentaría de frente y sin justificación alguna, el principio de intangibilidad contractual[961] por virtud del cual, la validez y el cumplimiento de las obligaciones no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes. Ciertamente, si el deudor pudiese entregar o realizar algo que no debe e inclusive forzar al acreedor a recibir esta prestación facultativa que no le esa adeudada, la posición del acreedor quedaría gravemente comprometida.

La conclusión respecto de lo anterior lleva a concluir que el único supuesto con lo que dicho principio no se violentaría sería la posibilidad de forzar la entrega o realización de esa prestación facultativa, cuando la prestación materia de la obligación resultase imposible por causas ajenas al deudor - *caso fortuito o fuerza mayor* -[962]. Sin embargo, esto no es sin efectos colaterales en la perspectiva dogmática puesto que, si la verificación de un evento de caso fortuito impide el cumplimiento y exonera de responsabilidad al deudor, esta conclusión conflictúa el racional que tendría el deudor para cumplir con un objeto facultativo que no le es exigible, cuando ya estuviere exonerado o tuviese los argumentos para ello en virtud del caso fortuito experimentado. Esta interrogante solo parece despejarse entendiendo una voluntad del deudor de solventar la obligación, pese a no hacerlo con la materia adeudada, si con ello logra mantener un aforo comercial adecuado con su acreedor o mantener otro tipo de beneficios que pese a no serle atribuida responsabilidad civil por incumplimiento, perdería como consecuencia del deterioro comercial que se presenta ante el incumplimiento pese a lo justificable o justificado que este esté como es en el caso del caso fortuito.

---

[960] Doctrinalmente se ha tradicionalmente referido a la obligación facultativa com aquella en la que no obstante existir un solo objeto el deudor puede liberarse con un objeto diverso. Sólo existe una prestación de la obligación y uno o varios medios por los cuales el deudor puede liberarse de ella. Hay una sola prestación in obligatione y otra u otras prestaciones in solutione.

[961] "*Artículo 1797.- La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*".

[962] "*Artículo 2111.- Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la Ley se la impone.*"

Sin embargo, el discurso anterior es especialmente argumentativo y claramente transita muy delicadamente entre "Escilla y Caribidis" desde una perspectiva doctrinal. Así parece a nuestra perspectiva - *al igual que en el caso del modo o carga* - que la carencia de regulación por parte del legislador de 1928 estriba en mantener una limpieza conceptual en materias tan delicadas. Así su omisión legal no impide su pacto siempre que en el mismo y en su implementación se observen las particularidades sus mencionadas, lo cual, por supuesto no se da sin cierto reto doctrinal a su respecto, a su validez, a sus requisitos y a su ámbito de aplicación.

En el contexto de las modalidades de las obligaciones que se establece el Código de 1928, ante una inclusión sin precedente de modalidades - *debida a la pretensión dogmática materia de nuestra hipótesis* - es sin embargo de gran relevancia la omisión de esta modalidad puesto que, traduce un prurito de limpieza conceptual - *al igual que en el modo* - por la que, sin prohibirla, el legislador parece preferir dejarla de lado. Esta omisión es una evidencia más de la pureza de formas doctrinales y conceptuales que ilustran el afán y desiderata legislativa, materia de una de nuestras hipótesis centrales. La previsión legal de esta figura implicaría ciertamente un grado de complejidad mayor, al igual que en materia de modo o carga, ante el cual parece que el legislador opta por no comprometerse.

En resumen, parece que el tratamiento de esta primera sección de modalidades del objeto de las obligaciones sigue nuevamente - *al igual que la materia de representación, nulidades y fuentes de las obligaciones* - un patrón dogmático, cientificista y conceptualista propio de la influencia germánica. Las distinciones particulares que reforzarán esta primera conclusión al respecto, radican en su comparación y contraste con otras dos modalidades que le son afines a grado de confusión y su tratamiento por el Código de 1928. Nos referimos a la indivisibilidad y a la mancomunidad. En ambas como veremos a continuación, se presentan igualmente novedosas modificaciones respecto de lo previsto en todos los antecedentes decimonónicos, dejando una nueva y evidente referencia a la pretensión de organización sistemática y dogmática buscada por el legislador de 1928.

### b. Las obligaciones indivisibles.

La indivisibilidad de las obligaciones es uno de los temas de mayor complejidad conceptual dentro de la teoría general de las obligaciones y dentro de las modalidades en general.

Al efecto, muchas perspectivas detonan su complejidad y explican porque no es una de las modalidades que presente constancia y consistencia en su regulación por los distintos ordenamientos previos al Código de 1928.

El Code si trata a la indivisibilidad dentro del capítulo IV en el que regula igualmente los distintos tipos de obligaciones que producen los contratos. Precedido por las secciones de la condición, el plazo, la alternatividad y la solidaridad, el tratamiento de la indivisibilidad es claramente sintomático de los comentarios que hemos efectuado respecto de la desiderata legislativa correspondiente de un tratamiento integral de las modalidades dentro del tratamiento integral y academicista de la obligación misma. Cabe mencionar que el tratamiento de esta materia en el Code, si bien parece adecuado en cuanto a su distinción - *por lo menos en la estructura del capítulo* -, no parece *prima facie* muy amigable ni totalmente claro en la distinción de esta modalidad respecto de las otras con las que tiene similitud a grado de confusión - *como son la conjuntividad y la propia solidaridad* -, ni respecto de los elementos lógicos necesarios al pacto de la indivisibilidad que coadyuven a lograr la distinción conceptual. Ciertamente, en el Code los criterios de distinción de la indivisibilidad *versus* las obligaciones conjuntivas y solidarias no parece ser absolutamente claro; ya que, de entrada, en primer lugar las obligaciones conjuntivas ni siquiera son tratadas por el ordenamiento napoleónico. Respecto de la distinción versus las obligaciones solidarias, el Code por lo menos - *inclusive con aparente mayor dogmatismo que el propio Código de 1928, regula a ambas en dos secciones separadas*-.

Por su parte, a este respecto, los Códigos decimonónicos mexicanos experimentan una curiosa elipsis ya que ni en 1870 ni en 1884 se incluye una sección como en el Code, respecto de la indivisibilidad, aunque si tratan a la conjuntividad - *cuestión omitida en el Code* - en el Capítulo IV correspondiente al mismo Libro y Título junto con la alternatividad. Breves y escasas son las referencias en algunos artículos en materia de contratos en los que la indivisibilidad es mencionada accesoria y tangencialmente sin hacerse a su respecto el distingo de una especie sino como característica descriptiva dentro de otro[963]. La laxitud y escasa técnica y sistemática en dichos ordenamientos confirma asimismo una vez más el prurito meramente

[963] Al respecto es altamente ilustrativa la referencia del artículo 1396 del propio Código de 1884 para el cual "... *La mancomunidad pasiva se presume: (i) Cuando la obligación es de dar alguna cosa individualmente determinada y que por su naturaleza no admita cómoda división; o aunque la admita, siempre que el conjunto de las partes prestadas separadamente tenga un valor menor que el que corresponda a la especie determinada; (ii) cuando dos o más personas heredan a un deudor solidario; (iii) cuando la obligación se contrae para la prestación de un hecho o ejecución de una obra que no puede obtenerse sino por el concurso simultaneo de las personas obligadas....*" (énfasis añadido)

legislador y ordenador del legislador decimonónico y su escasa vocación técnica y dogmática. Al respecto es relevante considerar que el legislador de 84 confunde en esos términos a la indivisibilidad en sus distintas variantes que ahora expondremos, con la entonces llamada mancomunidad - *tratada por el Código de 1928 como solidaridad* -[964]. Con esto se verifica una vez más el esfuerzo dogmático del legislador de 1928 que distinguirá los tipos de la mancomunidad *lato sensu* y dentro de ellos distinguirá a la solidaridad de la indivisibilidad y a ambas de la conjuntividad.

Efectivamente en el CC28 se explaya el antecedente napoleónico de las características de la figura indivisible para distinguirla de la solidaridad no obstante que lo hace dentro del mismo capítulo de la mancomunidad[965], al tiempo que mantiene igualmente la regulación breve pero precisa de la conjuntividad[966], junto al propio de la alternatividad[967].

Al respecto, la indivisibilidad de la obligación es definida por el Código de 1928 en el artículo 2003, como aquella particularidad de la misma en virtud de la cual esta no puede cumplirse sino por entero, en oposición a la obligación divisible para la cual - *discutiblemente al menos según se observará más adelante* - se puede lograr un cumplimiento parcial.

Ciertamente - *como en cualquier institución siendo aquí, mucho más evidente en virtud de la complejidad conceptual* - el planteamiento del Código de 1928 no puede únicamente tomarse de manera literal, tanto en lo que toca a la indivisibilidad como modalidad como en lo relativo al posible cumplimiento parcial de las que fueran por oposición, divisibles. Añade el Código de 1928 que la indivisibilidad no da a la obligación el carácter de solidaria ni la solidaridad el carácter de indivisible, con lo cual, pese a tratarlas en el mismo capítulo, el legislador claramente evidencia su distinta naturaleza por lo menos- *ex definitione*-. Respecto a la

---

[964] A este respecto resultará muy interesante la modificación del legislador de 1928 respecto de la clasificación de la simple mancomunidad que permite en conjunto aceptar las tres instituciones - indivisibilidad por pacto, solidaridad y conjuntividad, como tres especies de modalidad distintas entre si y que nunca habían coexistido bajo el mismo ordenamiento en la tradición civilista mexicana ni en el Code.

[965] *"Artículo 2003.- Las obligaciones son divisibles cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente. Son indivisibles si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino por entero."*
*"Artículo 2004.- La solidaridad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible, ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria."* Quedando patente, al menos prima facie, de su distinción pese a estar ambos preceptos en el capitulo IV -*De las Obligaciones mancomunadas* -.

[966] "*Artículo 1961.- El que se ha obligado a diversas cosas o hechos, conjuntamente, debe dar todas las primeras y prestar todos los segundos."*

[967] *"Artículo 1962.- Si el deudor se ha obligado a uno de los hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas; mas no puede, contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, o ejecutar en parte un hecho."*

indivisibilidad es sin embargo necesario acudir a consideraciones doctrinales tanto respecto de lo que la indivisibilidad es e implica, así como, sobre todo, en cuanto a cuáles son sus distintas especies y variables. El análisis de estas resultará indispensable para poder interpretar los preceptos sus mencionados, en el contexto academicista que el legislador adopta, también en esta materia.

Doctrinalmente la indivisibilidad admite en su complejidad y como toda institución, toda una pléyade de clasificaciones[968]. Al respecto, sin embargo, el tratamiento de mayor autoridad desde hace varios siglos en la materia se remonta a Dumoulin en el siglo XVII en Francia, con su "*exctricatio labyrinthi, dividui et individui*"[969], verdadero parteaguas en la materia, del cual se desprende posteriormente por Pothier, la doctrina occidental de filiación francesa al respecto. El tratamiento de Dumoulin presenta también diversas clasificaciones al respecto. Dentro de estas, consideramos una de entre ellas que presenta en nuestra opinión la mayor claridad y tecnicismo para la posición doctrinal y cientificista al respecto. En virtud de esta clasificación es que parece lograrse una mayor exactitud conceptual en un tema tan complejo. Consideramos adicionalmente que esta perspectiva es la referente, en apoyo a nuestra hipótesis, como base de la nueva clasificación dogmática, que fue adoptada por el legislador de 1928 en este tema[970].

La indivisibilidad nos menciona originalmente Dumoulin[971] y retoma Pothier[972] no puede interpretarse igualmente independientemente de su origen. Este puede darle el carácter de modalidad o de regla. En fidelidad a la lógica aristotélica, en ambas especies la esencia de la indivisibilidad se presenta y guarda ciertos parámetros comunes al género, aunque entre ellas presentan diferencias específicas. Ciertamente la indivisibilidad según Dumoulin, no es necesariamente una modalidad - *esto es una alteración voluntaria y gradual a las características de la obligación*- tal y como en su oportunidad ha sido referenciada o definida la modalidad en tanto género. Así, la indivisibilidad puede ser ciertamente también regla estructural de ciertas instituciones dentro de la teoría general de las obligaciones y consecuentemente las particularidades de las modalidades no le resultarían aplicables.

---

[968] Borja Soriano Manuel; Opus Cit; p 680-682
[969] Borja Soriano Opus Cit; p 685
[970] Esta es una perspectiva meramente hipotetica del suscrito. Al respecto consideramos que la misma presta una visión de conjunto que permite dogmáticamente analizar y distinguir esta modalidad de las demás que le son similares en grado de confusión y al mismo tiempo, esta perspectiva es conciliable con las adecuaciones que hará el legislador en temas complejos paralelos como el pago y la solidaridad, con lo cual parece ajustarse a la perspectiva dogmática de conjunto sus mencionada.
[971] Citado por Borja Soriano Manuel; Opus Cit; p 680-682
[972] Citado por Laurent; Opus Cit; Tome 17 ; p 370-376

Al respecto la indivisibilidad se presenta en primer lugar cuando la naturaleza - indivisibilidad *in naturam*- del objeto de la obligación no admite cómoda división[973]. En este caso, la indivisibilidad no es ni puede lógicamente admitirse ni plantearse como una modalidad, siendo más bien una regla natural de los objetos indivisibles. Esto no es siquiera regulado por la Ley ni puede serlo, sin resultar en un absurdo. En estos casos, la indivisibilidad es claramente una regla que no requiere pacto pues sería tautológico y no produciría ningún efecto, de la misma manera que sería físicamente imposible - *amen de un incumplimiento connatural al pago y sus principios*- cumplir parcialmente con una prestación indivisible por naturaleza. No obstante lo anterior, la particularidad de esta indivisibilidad *in naturam* si queda comprendida dentro de la definición que el Código de 1928 plantea respecto de la indivisibilidad como género *sus*-mencionada.

Por otro lado, es evidente según Dumoulin también retomado por Pothier[974] y la doctrina que le es causahabiente, que la indivisibilidad es un principio del pago, y consecuentemente también una regla que deriva de la Ley y respecto de la cual el pacto es innecesario e incluso absurdo. Esto se radicalizará dogmáticamente en 1928 en virtud de la pandectística inclusión en el Código de la teoría del acto y el negocio jurídico y la consecuente dogmatización del pago como tal. Así, el pago no puede ser ciertamente parcial sin contradecir su *ethos vital* puesto que dejaría por definición de ser la entrega de la cosa o cantidad debida o la prestación del servicio prometido[975], si dejase de ser integral e indiviso de aquello que se pactó. - *El acreedor quedaría facultado a su rechazo en la dogmatización del pago como acto jurídico y su característica bilateral inherente a la que nos referiremos más adelante* -. Así en este segundo caso, la indivisibilidad resulta igualmente regla y no es necesario pactarla, resultando igualmente redundante pactar indivisibilidad cuando la obligación tiene una naturaleza divisible, ya que en razón del pago, su naturaleza y principios, la entrega parcial de una prestación divisible no sería pago - *ex definitione* - e implicaría un incumplimiento que igualmente podría rechazar el

[973] También referida - *no tan felizmente en nuestra opinión*- como indivisibilidad absoluta. Vid; Borja Soriano; Opus Cit; p 682

[974] Laurent; Opus Cit; Tome 17; p 374 para el cual: *".... Le Code ne definit pas l'indivisibilité de payment. Pothier après avoir expliqué ce que l'on entend par indivisibilité absolue et par indivisibilité d'obligation, ajoute qu'il y a une troisième espèce d'obligation indivisibles, celles qui sont solutione tantum. C'est elle qui ne concerne, dit - il, que le payment de l'obligation et non l'obligation même....."*

[975] Principios de naturaleza e indivisibilidad del pago que trataremos más adelante según fundamento en los artículos 2062 y 2068 del Código de 1928; vid texto *: ....." Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido" y "....el pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado; y nunca podrá hacerse parcialmente...."* (énfasis añadido)

acreedor con causa, frustrando la realización del acto jurídico bilateral pago. No obstante, lo anterior, la particularidad de esta indivisibilidad - *ex solutione* - queda igualmente comprendida dentro de la definición que el Código de 1928 plantea de la indivisibilidad como género.

De lo anterior puede claramente deducirse en primer lugar que dogmáticamente es un error plantear a la indivisibilidad sólo como una modalidad puesto que puede igualmente erigirse en regla en virtud de naturaleza o por pago. Al respecto desde una perspectiva dogmática podríamos decir que este es el planteamiento que adopta el Código de 1928 para la indivisibilidad como género y como modalidad, ya que en tratándose de la indivisibilidad del pago, esta será tratada en el capítulo correspondiente como uno de los principios definitorios del pago[976] - *con lo cual honra su vocación dogmática previamente referida* - y en tratándose de la indivisibilidad por naturaleza el Código la obvia como parece evidente al tratarse de una regla de sentido común, respecto de la cual la Ley no requiere hacer mayor comentario.

Respecto del tratamiento en las modalidades para la indivisibilidad convencional el acercamiento anterior parece ser el adecuado al distinguirlas por un lado (i) de las solidarias con las que se presenta una similitud a grado de confusión tanto en el concepto como en la implementación - *pese a ubicarlas en el mismo capítulo* - y al plantearlas en paralelo (ii) de las conjuntivas. Con todo ello, el tratamiento del legislador de 1928 se revela nuevamente integral y sistemático con una evidente vocación dogmática ajena a sus predecesores franco-mexicanos decimonónicos.

Lo anterior abre una interrogante que no podemos soslayar y resulta importante destacar para entender el planteamiento del Código, su integridad conceptual y su exposición en el contexto de esta investigación. La indivisibilidad parece resultar aplicable, de acuerdo con lo anterior, en calidad de regla general, ya sea bien de la naturaleza de la obligación - cuando la prestación es indivisible por naturaleza - o como un principio del pago, como regla y principio - cuando la prestación es divisible por naturaleza -. En ninguno de ambos casos ameritaría pactarse e inclusive no podría admitirse pacto en contrario - *como pretensión lógica que es claramente ilustración básica de las premisas del legislador de 1928*-.

Ciertamente toda obligación es indivisible cuando el objeto es indivisible por naturaleza como regla general, pero cuando el objeto fuese divisible, de igual manera para efectos y por la naturaleza del pago mismo, la obligación sería igualmente indivisible como aplicación de una

[976] Artículo 2078 previamente citado

regla general. De lo contrario se admitiría un pago parcial que implicaría una *contradictio in terminis* con la definición misma del pago, según se mencionaba y se detallará más adelante.

Entonces asumiendo la corrección de lo anterior: ¿cuándo resultaría válido, pero sobre todo lógico, técnicamente correcto y útil pactar la indivisibilidad? ¿Cuándo la indivisibilidad por modalidad pudiera ser admitida?

La respuesta a ambas preguntas puede ser deducida, en el contexto de la pretensión dogmática del Código de 1928, al incluir novedosamente este último, el tratamiento en paralelo de la conjuntividad, la indivisibilidad y la simple mancomunidad - *esta última en tanto especie del género mancomunidad, cuestión igualmente novedosa respecto de los antecedentes legislativos* - cuya exposición en los siguientes apartados servirá para contextualizar a la indivisibilidad, nuestros comentarios anteriores al respecto y la hipótesis de la presente investigación-. Hagamos sin embargo un espacio en este apartado para responder a dichas interrogantes, lo cual servirá como introducción de las modalidades de los sujetos y como marco de referencia de las cuales es necesario por un lado distinguir a la indivisibilidad y por el otro utilizar como base para la utilización de esta última.

Mencionábamos efectivamente líneas arriba que el pacto de indivisibilidad parece revelarse, cuando menos, inútil *etceteris paribus*, cuando la obligación es indivisible por naturaleza ya que no habría otra manera de cumplir con la misma sino en su integridad indivisible. Decíamos igualmente que cuando la obligación presentase divisibilidad de su objeto el pacto de indivisibilidad parecería igualmente ocioso e innecesario al requerir el pago por definición ser siempre indivisible, aun y con mayor relevancia en los casos de prestación que por naturaleza permitiese su cómoda división[977].

De las dos reglas precedentes de indivisibilidad - *naturaleza y pago* - parece que la primera es más contundente, pues la naturaleza misma de la obligación haría irrelevante cualquier pacto, cuando al amparo de la autonomía de la voluntad siempre podría retarse - *asumiendo sin conceder la validez de dicho pacto*- la indivisibilidad del pago[978]. Así parecería que el único supuesto en el que la indivisibilidad pudiera adquirir relevancia y utilidad práctica estribaría en las obligaciones que por naturaleza son divisibles. Al respecto y para evitar caer en la tentación del pacto *versus* la indivisibilidad del pago - *respecto del cual consideramos que el*

[977] Artículo 2078.- "*El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado; y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de Ley...."*
[978] ( i.e. en el "pago parcial")

*mismo encerraría una contradictio in terminis* - consideraríamos que el único supuesto de obligaciones de objeto divisible por naturaleza en las que el pacto de indivisibilidad adquiriría relevancia y utilidad serían aquellas en las que ante la pluralidad de deudores o acreedores, la regla general de su división a prorrata para efectos del cumplimiento [979] - *simple mancomunidad* - hiciese útil el pacto de indivisibilidad. Ciertamente no sería así en el caso de la solidaridad que implicaría *per se* la necesidad de cumplimiento *in solidum*, como segunda especie del género mancomunidad *lato sensu* - introducida por el legislador de 1928 para distinguir conceptualmente los conceptos fieles a su vocación - tal y como analizaremos más adelante. En virtud de esa combinación claramente el pacto de indivisibilidad evitaría la redundancia y relevaría valor transaccional puesto que al ser divisible por naturaleza y simplemente mancomunada, - *ambas, reglas generales - solo la excepción de indivisibilidad o la de solidaridad que requieren ex definitione de pacto expreso* - [980] en su caso, permitirían inferir la necesidad de un cumplimiento integral para cada uno de los codeudores que de otra forma solo lo serían de la parte proporcional como si se tratase de obligaciones distintas en términos del artículo 1985 - *salvo pacto en contrario* - dividiéndose el objeto de la obligación - divisible por naturaleza - entre todos ellos.

En ese tenor la indivisibilidad por pacto - *como modalidad* - adquiriría relevancia ante la presencia de obligaciones divisibles por naturaleza y simplemente mancomunadas que accidentalmente las haría divisibles para efectos de pago. Esa indivisibilidad se distinguiría a su vez de la indivisibilidad por naturaleza y por pago, ambas reglas generales que no resultarían aplicables por la naturaleza de la obligación y por la multiplicidad simplemente mancomunada de deudores o acreedores. En este tenor, el Código de 1928, fiel a su perspectiva dogmática de inspiración pandectística, resuelve técnicamente siguiendo el planteamiento original de Dumoulin - *por alambicado, vilipendiado y añejo que fuese* [981]- entre los tipos de indivisibilidad y deja sentada las bases para la distinción de la indivisibilidad por pacto - *ésta sí modalidad* -

---

[979] *"Artículo 1984.- Cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad." y "Artículo 1985.- La simple mancomunidad de deudores o de acreedores no hace que cada uno de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación, ni da derecho a cada uno de los segundos para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso el crédito o la deuda se consideran divididos en tantos partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros. "*

[980] En el caso de la solidaridad, la disposición legal - *artículo 1988 por la que la solidaridad nunca se presume y solo resulta de la voluntad de las partes o del texto expreso de la Ley* - es clara y en el caso de la individibilidad, el proposito lo hace indispensable como desde Pothier queda de manifiesto la intención de tornar - *ex voluntate* - lo divisible en indivisible. Cfr. Laurent Opus Cit; Tome 17; p 374

[981] Laurent Opus Cit; Tome 17; P 370

respecto de la solidaridad - *siempre por pacto* - y de la conjuntividad, cuestiones que abordaremos líneas más adelante. En esto el CC28 claramente se desmarca de sus antecedentes, se alinea con la sistemática pandectística y con ello corrobora nuevamente la hipotesis de una nueva labor a la que se arroga como primer paradigma que rompe respecto de la tradición decimonónica y racional.

Lo anterior aunado a la inclusión de un apartado de conjuntividad permitiría plantear la interrogante interina respecto de la distinción entre las obligaciones indivisibles por pacto, dentro del contexto anterior y las obligaciones conjuntivas. Ambas instituciones son incluidas dentro del capítulo de las modalidades de las obligaciones y consecuentemente se plantea la necesidad de distinguirlas afín de lograr esa perspectiva de conjunto científico dogmático de las modalidades de la obligación que pudiera percibirse en el contexto de lo antes expuesto. Ciertamente la conjuntividad pactada plantearía similitudes a grado de confusión con la indivisibilidad pactada al requerirse en ambos casos la entrega de todas las prestaciones que en el caso de la conjuntividad es expresa por disposición legal [982]y en el de la indivisibilidad es un requisito conceptual de acuerdo con lo antes expuesto - *por el cual la obligación para ser pactada como indivisible, tendría ab origine ser divisible y constar de cosas o servicios que pudieses cumplirse parcialmente ( sic )* -[983].

Esta distinción no parece tan complicada y la perspectiva asomada por el legislador parece presentar consistencia y tratarse efectivamente de dos instituciones distintas. Claramente la conjuntividad se plantea por el código de 1928 como aquella obligación en la que el deudor que se ha obligado a diversas cosas o hechos, debiendo cumplir con todas las primeras y prestar todos los segundos. Mencionamos líneas adelante que el propósito de esta modalidad parece deducirse de la vocación de quien la pactase para orillar a una interpretación de prestaciones que en conjunto pudiesen ser manifestadas como un todo y consecuentemente permitir al acreedor accesar a los remedios contractuales propios del incumplimiento[984] que al menos técnicamente y por disposición legal como jurisprudencial requieren un determinado equilibrio entre las prestaciones, el incumplimiento y el remedio utilizado. Al respecto es claro que en la

[982] Articulo 1960 que a la letra dice: *"El que se ha obligado a diversas cosas o hechos, conjuntamente, debe dar todas las primeras y prestar todos los segundos."*
[983] Laurent Opus Cit; Tome 17; p 370
[984] Artículo 1961.- "*El que se ha obligado a diversas cosas o hechos, conjuntamente, debe dar todas las primeras y prestar todos los segundos*".

conjuntividad ese pacto puede extenderse a prestaciones de la más distinta naturaleza - *distintas cosas o hechos* - que por pacto deben de cumplirse en conjunto para que el deudor pueda cumplir y quede efectivamente liberado. Este planteamiento no se hace en tratándose de la indivisibilidad. Como ya se mencionó, en materia de indivisibilidad no se hace referencia expresa por el Código de 1928 a los tipos de indivisibilidad. Esto se deduce de la interpretación esencialmente doctrinal a que hemos hecho referencia. De lo anterior parece deducirse que las reglas de indivisibilidad naturaleza y pago pretenden extenderse, por pacto a prestaciones que por su naturaleza y por la pluralidad de sujetos en la misma obligación no se privilegiaría de la regla aplicable por definición - *naturaleza y pago* -.

En razón y en adición a lo anterior nos parece que la indivisibilidad pactada no debiera corresponder - *en oposición a la conjuntividad* - sino a prestaciones de misma naturaleza pero que por su naturaleza es divisible y ante la simple mancomunidad. Ciertamente, por ejemplo, obligaciones en numerario que *ex definitione* es divisible, ante la simple mancomunidad podrían válidamente pactarse como obligaciones indivisibles, sustentando la expectativa de que los codeudores tuviesen que entregar la cantidad de numerario que entre todos corresponde, de manera indivisible. La simple mancomunidad, la divisibilidad del objeto, pero la idéntica naturaleza del mismo en su aspecto divisible, daría lugar a la conveniencia y aplicabilidad conceptual de ese pacto. ¿Podría válidamente pactarse en ese supuesto una conjuntividad? Sin duda, nada lo prohíbe o impide, pero no parece ser la solución más conceptualmente técnica. De acuerdo con lo antes expuesto, la conjuntividad podría resultar técnica y conceptualmente aplicable en casos de distintas prestaciones de distinta naturaleza como parte de la misma obligación, en ello radicaría la distinción de ambas especies de la modalidad del objeto. Esto permitiría técnicamente que el pacto de conjuntividad pudiese pactarse independientemente de y sin requerir la modalidad conjunta de simple mancomunidad, ya que al tratarse de prestaciones de distinta naturaleza, la indivisibilidad por naturaleza y por pago resultaría aplicable solo respecto de cada una de esas prestaciones. El pacto de conjuntividad incidiría en que todas esas prestaciones - *de distinta naturaleza* - debieran de entregarse antes de que el deudor quedase liberado y consecuentemente permitirían al acreedor - *conceptualmente al menos* - argumentar que la prestación ha sido substancialmente violentada cuando una de las prestaciones de obligación conjuntiva no hubiese sido solventada, aún si esta no fuese *per se* sinalagmáticamente equivalente a las prestaciones del propio acreedor, de acuerdo con la interpretación *prima facie*

del pacto comisorio tácito y su aplicabilidad en el caso de incumplimiento de obligaciones reciprocas[985].

Por el otro lado parece necesario distinguir o por lo menos delinear, ante la conjunción de todas estas modalidades por el legislador de 1928, cuáles son las características que por su parte distinguen en consecuencia a la indivisibilidad por pacto de la solidaridad. Ciertamente como veremos más adelante la solidaridad es aquella modalidad de los sujetos de la obligación en virtud de la cual, ante la pluralidad de sujetos en uno de los extremos de la relación jurídica, el acreedor puede exigir de todos los codeudores solidarios- *en el caso de la solidaridad pasiva* - la totalidad de la prestación esperada de ése deudor y sus codeudores y el deudor puede ser requerido y exigido de pago - *en el caso de la solidaridad activa* - por cualquiera de los coacreedores solidarios. [986]

Así con base en la somera descripción previa parece que la solidaridad tiene un alto grado de similitud de la obligación indivisible por pacto. Esto se refuerza si consideramos respecto de esta última, que la misma solo adquiere relevancia práctica para pactarse - *como anticipado* - y solidez dogmática para distinguirse, en el caso de obligaciones hoy calificadas como simplemente mancomunadas y de objeto divisible - *esto con el objeto de facultar a exigir la totalidad de las prestaciones no obstante la divisibilidad inherente a la naturaleza divisible del objeto y plural subjetiva de la relación* -[987]. Esas características así como la potencial facultad para exigir el cumplimiento íntegro a cualquiera de los deudores solidarios o por cualquiera de los acreedores de la misma suerte, presentan ciertamente una semejanza a grado de confusión con las particularidades de la obligación solidaria en virtud de lo cual no es extraño que (i) el Code tenga una regulación separada aunque confusa, (ii) los códigos decimonónicos mexicanos las confundan omitiendo el tratamiento de las indivisibles y (iii) el propio código de 1928, si bien

---

[985] *"Artículo 1949.- La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible."*

[986] *"Artículo 1987.- Además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa, cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida".*

[987] Bien enfatizaba Laurent -Opus Cit; Tome 17; p 372 - citando a Pothier el racional de la indivisibilidad por pacto; *".... l'indivisibilité de l'obligation est tres simple. On suppose que para sa nature, l'objet est divisible la chose ou le fait qui en fait l'objet étant susceptibles de division materielle ou intellectuelle. Mais la volonté des parties a donc la même puissance que la nature des choses en ce sens qu'elle rend l'obligation indivisible comme si elle résultait de la nature indivisible de l'objet: Il n'y a aucune difference entre l'indivisibilité d'obligation - pacto - et l'indivisibilité absolue - naturam - ...."*(énfasis añadido)

las distingue conceptualmente - *siguiendo su patrón pandectístico* - , incluya a ambas en el mismo capítulo.

En honor al Código de 1928 y su vocación científico dogmática que nuevamente marca aquí una diferencia con sus predecesores reforzando nuestras hipótesis centrales, al establecer en primera instancia que el carácter de solidaridad no da el carácter de indivisible a una obligación ni vice versa pese a su inclusión como artículos dentro del mismo capítulo[988].

De la misma manera el código de 1928 específicamente distingue - *haciendo nuevamente honor a su vocación dogmática y científica* - los efectos prácticos de ambas obligaciones en situaciones extremo que permiten entender porque una es una modalidad de objeto y la otra de sujetos y pese a sus similitudes, las mismas no pueden ni debe de confundirse.

Efectivamente el Código de 1928 establece que el caso de la obligación solidaria - *modalidad de sujetos que requiere pacto expreso por parte de los implicados* - , la muerte de uno de los sujetos que la hayan asumido, no puede afectar a sus herederos que adquirirán al efecto un carácter simplemente mancomunado y adicionalmente [989]- *esto en materia de solidaridad pero en adición a los preceptos de otra materia* [990]- *hasta el beneficio de inventario* -, puesto que la modalidad de los sujetos no puede afectar cuando estos faltan a su causahabientes que no han asumida expresamente ese rigor contractual, y siempre que no se tratase de una obligación indivisible.

De la misma manera, el Código de 1928 establece como la indivisibilidad se pierde con la perdida de la cosa[991] por lo que los codeudores de obligación solidaria resultan obligados en

---

988 "*Artículo 2004.- La solidaridad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible, ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria*."

989 *"Artículo 1998.- Si muere uno de los deudores solidarios dejando varios herederos, cada uno de éstos está obligado a pagar la cuota que le corresponda en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible; pero todos los coherederos serán considerados como un solo deudor solidario, con relación a los otros deudores". (énfasis añadido) En el mismo sentido pero del lado activo reza el artículo 1993.- "Si falleciere alguno de los acreedores solidarios dejando más de un heredero, cada uno de los coherederos sólo tendrá derecho de exigir o recibir la parte del crédito que le corresponda en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible. "*

*990 "Artículo 1998.- Si muere uno de los deudores solidarios dejando varios herederos, cada uno de éstos está obligado a pagar la cuota que le corresponda en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible; pero todos los coherederos serán considerados como un solo deudor solidario, con relación a los otros deudores". (énfasis añadido)*

991 *"Artículo 2010.- Pierde la calidad de indivisible, la obligación que se resuelve en el pago de daños y perjuicios y, entonces, se observarán las reglas siguientes: I. Si para que se produzca esa conversión hubo culpa de parte de todos los deudores, todos responderán de los daños y perjuicios. proporcionalmente al interés que representen en la obligación; II. Si sólo algunos fueron culpables, únicamente ellos responderán de los daños y perjuicios."* (énfasis añadido)

proporción a su responsabilidad en la perdida de dicha cosa materia de la obligación o a pro-rata como simples mancomunados, cuestión que no sucede en tratándose de solidaridad puesto que la perdida de la cosa no afectaría la esencia de la modalidad de las personas.

Con lo anterior y a reserva de analizar las modalidades de los sujetos en el siguiente apartado queda patente que la inclusión de todas estas modalidades por el legislador parece obedecer a un riguroso análisis de la materia y las cualidades/ peculiaridades técnicas de cada modalidad que, pese a sus similitudes, debiera de permitirles coexistir al amparo del mismo ordenamiento. Se confirma igualmente como, la no inclusión de algunas modalidades en el Código de 1928 - *modo o carga, obligaciones facultativas* - obedecería de acuerdo con nuestra hipótesis al *desideratum legislativo de* no entrar a situaciones limítrofes, propias del caso concreto y de la pléyade no anticipable de efectos y peculiaridades, no anticipables y por ende no aceptables en una teoría general de pretensiones científicas e inspiración pandectística - *tan propia al afán legislativo revolucionario de 1928*- que ha quedado en evidencia.

En resumen, el Código de 1928, parece *prima facie* mantener el prurito de sus antecedentes decimonónicos mexicanos y trata a la conjuntividad en paralelo a la alternatividad. Por el otro lado el Código de 1928 retoma la regulación de la indivisibilidad, aunque la mantiene en el capítulo de la solidaridad, de la cual sin embargo la distingue expresamente - *como en su oportunidad lo hacía el propio Code*-. Es evidente en esto, que el Código de 1928 busca una regulación más integral y científica que todos sus predecesores decimonónicos nacionales y francés. En ello confirma una vez más su consabida pretensión dogmática y científica, materia de nuestra hipótesis. No obstante, lo anterior en su tratamiento claramente presenta áreas de oportunidad, pese a ser sin duda el más consistente y orgánico de entre los cuatro ordenamientos (Code y los Códigos Civiles Mexicanos de 1870, 1884 y 1928).

Lo anterior se explica y evidencia con mucho mayor solidez cuando se observa el tratamiento que de las modadliades de los sujetos, tanto la simple mancomunidad *-de novel inlcusión*- como las obligaciones solidarias, que presenta el Código de 1928. Efectivamente el tratamiento de las mismas evidencia un rigor expositivo academicista mucho más evidente que en los otros rubros hasta ahora presentados en el ámbito de las modalidades, permite la distinción armónica de todas ellas y rompe con la tradición de sus antecedentes decimonónicos - *tanto el Code como los ordenamientos mexicanos de 1870 y 1884* - . En atención a lo anterior expondremos este último a continuación, para de ahí deducir consecuentemente las distinciones

que en dicho rigor académico pueden vislumbrarse entre dicha solidaridad y la simple mancomunidad, así como entre ambas y la indivisibilidad y entre las tres y la conjuntividad. Lo anterior como resultado y nueva evidencia de las pretensiones dogmáticas del legislador en comento, materia de nuestra hipótesis sobre el nuevo rol autopretendido del legislador revolucionario y la consecuente exposición sistmática de todas las modalidades de todos los elementos de la obligación. Lo anterior permitirá cerrar la sección de las modalidades dentro de la teoría general de la obligación y consecuentemente reforzar en este capítulo la inherente hipótesis conceptual respecto de la obligación en esta teoría manifiesta del legislador en ejercicio de su nuevo rol, antes de entrar al capítulo de los efectos de las obligaciones, en el que esta doble desiderata legislativa quedará nuevamente y mucho más profundamente de manifiesto.

### (iv). Las modalidades de los sujetos.

#### a. Antecedentes de la modalidad de sujetos.

A lo largo de los Códigos de influencia francesa - *Code, Código Civil de 1870 y CC84* -, antecedentes de nuestro ordenamiento de 1928, la modalidad de los sujetos implicaba como lo implica ahora, la pluralidad de sujetos. Al respecto las acotaciones doctrinales y la regulación en comento, se enfocaban únicamente en la pluralidad de sujetos en virtud de la cual, esta modalidad, permitía la exigibilidad plena del vínculo obligatorio (sic) a cualquiera de los sujetos pasivamente obligados o por cualquiera de los sujetos activamente facultados - *léase, todos estos ordenamientos restringían la modalidad de sujetos alrededor de la solidaridad* -.

Específicamente, el Code[992] preveía que la obligación es solidaria entre varios acreedores cuando el título es conferido a cada uno para exigir el pago total de la deuda y que el pago efectuado a cualquiera de ellos libera al deudor, aun cuando el beneficio de la obligación sea divisible entre los distintos acreedores. Asimismo, el Code preveía que la obligación es solidaria de parte de los deudores cuando están obligados a una misma cosa de forma que cada uno pueda ser requerido por el total y que el pago de cualquiera de ellos libera a todos los demás frente al acreedor[993]. Esto con independencia a las relaciones entre los codeudores y coacreedores a que nos referiremos más adelante, cuando abordemos los cambios del Código de 1928 en materia del pago y de la transmisión de las obligaciones, especificamente respecto en lo relativo a la subrogación y sus características. Esto es por supuesto igualmente independiente a los efectos

[992] Article 1197 du Code
[993] Article 1200 Code

propios a la indivisibilidad por pacto que son ya factibles, amén otras modalidades del objeto previstas a partir de 1928, gracias a la inclusión de la simple mancomunidad.

De la misma forma los Códigos de 1870 y 1884 seguían en esta materia al Code restringiéndose a regular la obligación solidaria como epítome y única manifestación expresa de la pluralidad de sujetos. Igualmente consideramos esto con independencia a las relaciones entre los codeudores y coacreedores a que nos referiremos más adelante, cuando abordemos los cambios del Código de 1928 en materia del pago y de la transmisión de las obligaciones, en lo particular a este último respecto en lo relativo a la subrogación y sus características.

Ambos ordenamientos trataban a la solidaridad como término sinónimo de la mancomunidad a la que definían como "*el derecho que dos o más acreedores tienen para exigir cada uno por si, del deudor el cumplimiento total de la obligación"* - en su especie activa- y como "*la obligación que dos o más deudores reportan de prestar cada uno por sí, en su totalidad la suma o hecho materia del contrato*"- en su especie pasiva[994].

No debiera de sorprender lo anterior en atención a la perspectiva que de dichos ordenamientos hemos referido. En ella está implícita la simplicidad de una óptica reguladora que no tiene pretensiones dogmáticas como si los tendrá su causahabiente de 1928.

Así, para todos los ordenamientos decimonónicos la modalidad de los sujetos solo puede radicar en la solidaridad también llamada mancomunidad, que no admite grados y se combina consecuentemente con las clasificaciones de las obligaciones que pueden generar los contratos a saber, obligaciones reales y personales, puras y condicionales, sujetas a plazo, conjuntivas o alternativas; esto en los casos de los Códigos decimonónicos mexicanos. Importante recordar que estos ordenamientos omitirán a la indivisibilidad. Distinto es el caso para el Code que incluye y regula la Indivisibilidad, aunque no así las obligaciones conjuntivas.

### b. Inclusión cientificista de clasificación aristotélica de género-especie.

Pese a esos antecedentes, nuestro Código de 1928 pretende nuevamente en este tema, establecer un parámetro de análisis y regulación más integral, científico y dogmático y por consecuencia conceptualmente más completo, en el que tanto la conjuntividad como la indivisibilidad - *por*

[994] Artículos 1504 al 1507 del CC70 y 1389 al 1392 del CC84.

*pacto* - coexistan con la condicionalidad, temporalidad y solidaridad, manteniendo todas entre sí, diferencias que justifiquen su tratamiento individual y separado.

Hemos referido al respecto que la indivisibilidad por pacto plantea similitudes a grado de confusión con la solidaridad - *distinguible esencialmente de acuerdo con lo postulado en el Código, aunque con consistencia evidente desde la perspectiva conceptual, así como a través del rasero de la transmisión mortis causa y los efectos de la perdida de la cosa en ambas*-[995]. Sin embargo resulta indispensable utilizar en dicho análisis, de la especie de la simple mancomunidad, que presenta de acuerdo con el Código de 1928 y como regla general, (i) la pluralidad de sujetos - *acreedores o deudores ya que puede ser tanto activa como pasiva* - junto con (ii) la división de acuerdo con pacto o a pro-rata en ausencia de este - *aplicando supletoriamente y por analogía el artículo 1986* -, del monto u objeto de la obligación entre tantos sujetos haya implicados en la modalidad subjetiva en comento.

Ciertamente, la indivisibilidad por pacto, de acuerdo con nuestra previa exposición sigue derroteros técnicos más autorizados - *Dumoulin* - así como una pretensión dogmática y conceptualista del legislador de 1928. Así requiere para su actualización del pre-requisito de la simple mancomunidad, tal y como esta fue referida anteriormente, careciendo de otra forma de cualquier utilidad y relevancia practica como de toda justificación conceptual al quedar atrapada entre la indivisibilidad por naturaleza y por pago - *ambas reglas generales*-.

Esta especie sin embargo, claramente implica un tratamiento aristotélico y dialéctico que permite en consecuencia ir desprendiendo las particularidades de una especie *vis* a *vis* su género y demás especies que dé el desprenden, es nueva en 1928 en esta materia, ya que como planteamos anteriormente, ninguno de sus predecesores la refiere.

---

[995] *"Artículo 1998.- Si muere uno de los deudores solidarios dejando varios herederos, cada uno de éstos está obligado a pagar la cuota que le corresponda en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible; pero todos los coherederos serán considerados como un solo deudor solidario, con relación a los otros deudores". (énfasis añadido) En el mismo sentido pero del lado activo reza el artículo 1993.- "Si falleciere alguno de los acreedores solidarios dejando más de un heredero, cada uno de los coherederos sólo tendrá derecho de exigir o recibir la parte del crédito que le corresponda en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible. "*
*"Artículo 1998.- Si muere uno de los deudores solidarios dejando varios herederos, cada uno de éstos está obligado a pagar la cuota que le corresponda en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible; pero todos los coherederos serán considerados como un solo deudor solidario, con relación a los otros deudores". (énfasis añadido)*
*"Artículo 2010.- Pierde la calidad de indivisible, la obligación que se resuelve en el pago de daños y perjuicios y, entonces, se observarán las reglas siguientes: I. Si para que se produzca esa conversión hubo culpa de parte de todos los deudores, todos responderán de los daños y perjuicios proporcionalmente al interés que representen en la obligación; II. Si sólo algunos fueron culpables, únicamente ellos responderán de los daños y perjuicios." (énfasis añadido)*

Así, en términos del Código de 1928, como género, la pluralidad de sujetos, - *mancomunidad lato sensu*[996] - en calidad de modalidad - u alteración voluntaria del elemento subjetivo de la obligación - puede radicar en un pluralidad por la que el monto de la obligación sea exigible a o por a todos los sujetos implicados en la modalidad pasiva o activa respectivamente - *solidaridad* [997]- o en una pluralidad en la que el monto de la obligación sea exigible según pacto o a pro-rata, se divida entre el número de los sujetos implicados en la modalidad respectiva - *simple mancomunidad* -[998]. Siendo así la solidaridad y la simple mancomunidad las especies derivadas del género sus mencionado e incluido novedosamente en 1928.

De la misma manera hemos referido como la indivisibilidad se distingue de la conjuntividad en razón de la unidad de naturaleza en las prestaciones respectivas. Por último, hemos igualmente referido y fundamentado como en esta perspectiva dogmática e incluyente del legislador de 1928, la conveniencia práctica y dogmática de pactar indivisibilidad radica en restringir esto al caso de obligaciones de objeto divisible que sean a la vez *simplemente mancomunadas*, con tal de adquirir relevancia practica y corrección dogmática y conceptual, a falta de lo cual la distinción practica y conceptual con la solidaridad no sería evidente. Cabe al respecto notar en abundamiento como en los Códigos de 1870 y 1884, respecto de la indivisibilidad - *por pacto* - aunque esta sea doctrinalmente argumentada, resulta evidente que ni la misma, ni la simple mancomunidad son tratadas y reguladas. De hecho, la llegada expresa de la simple mancomunidad, y el tratamiento más integral de la indivisibilidad - *siguiendo curiosamente los lineamientos del Code* - parecen mera coincidencia en 1928. Sin embargo, más que una feliz coincidencia, desde la multimencionada perspectiva del legislador, parece más bien que el tratamiento científico requirió ambos cambios para poder tratar ambas instituciones en paralelo como modalidades independientes y distintas.

---

[996] *"Artículo 1984.- Cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad."*

[997] *"Artículo 1987.- Además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa, cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida".*

[998] *"Artículo 1985.- La simple mancomunidad de deudores o de acreedores no hace que cada uno de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación, ni da derecho a cada uno de los segundos para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso el crédito o la deuda se consideran divididos en tantos partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros."*

Al respecto cabe referir igualmente que la simple mancomunidad es criticada por muchos autores, como una "no modalidad" que, en vez de una verdadera modalidad, redunda a fin de cuentas más prácticamente en una multiplicidad de obligaciones derivada de la multiplicidad de objetos que son divisibles, susceptibles de cumplimiento y exigibilidad entre si a pro rata - según lo establece el propio código de 1928[999] -.

Sin embargo, consideramos para efectos de nuestras hipótesis de investigación, que el contraste y utilidad de esta modalidad en el contexto de la indivisibilidad por pacto, de la conjuntividad en oposición a la propia indivisibilidad por pacto y de la necesidad del legislador de 1928 de establecer categorías y conceptos científicamente sustentables en lo individual, obedece a ese prurito academicista. Es ese prurito el que permite efectuar distingos de acuerdo con lo antes establecido entre la conjuntividad, la indivisibilidad por pacto y la solidaridad. Es asimismo consecuencia adicionada por el legislador de 1928 el permitir una nueva pauta - *así sea conceptual en su contenido* - para la introducción de la indivisibilidad por pacto.

Adicionalmente pese a la crítica que la simple mancomunidad puede recibir en su calidad de regla general, por la que el contenido de la obligación se divide entre los sujetos afectados y/o facultados por ella, implicando así varias obligaciones y no una sujeta a modalidades, consideramos que la segregación de corte claramente aristotélico conceptualista, tiene funciones connaturales a la desiderata legislativa de 1928 tantas veces mencionada. Si bien esa división implica per se una regla general, sería tal, al igual que la indivisibilidad por naturaleza o por pago, y serviría esencialmente como puntos de referencia a la utilidad de la modalidad de sujetos u objeto más allá de la potencialidad práctica para exigir el cumplimiento forzoso o la rescisión de prestaciones no estrictamente sinalagmáticas.

En virtud de todo lo anterior es que consideramos que la modificación incluida por el legislador de 1928, por la que se clasifica y subclasifica al género de las modalidades ex sujetos, como mancomunidad *lato sensu*, sub clasificable entre obligaciones simplemente mancomunadas y obligaciones solidarias - *especies del mismo género definido por la pluralidad* - , es atinado, amén de su correspondencia con la desiderata dogmática de la pandectística que rige el esfuerzo legislativo referido.

---

[999] Artículo 1985.- "*La simple mancomunidad de deudores o de acreedores no hace que cada uno de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación, ni da derecho a cada uno de los segundos para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso el crédito o la deuda se consideran divididos en tantos partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros.*"

Sin duda igualmente esta clasificación sirve no sólo al parámetro de las modalidades de los sujetos para una mayor claridad expositiva. Sirve igualmente para armar una perspectiva global en la que la indivisibilidad pueda ser nuevamente incluida en cuanto modalidad, distinguiéndola de las indivisibilidades reglas - *por naturaleza y por pago*- según expuesto anteriormente.

Rije ciertamente el parámetro académico y científico del Código de 1928 por el que las obligaciones indivisibles por pacto, se sirven de la simple mancomunidad para tener relevancia práctica y distinguirse de la solidaridad, no solo conceptual y prácticamente sino también en razón de su estructura lógica. Nuevamente la perspectiva pandectística y sistémica del legislador de 1928 queda en evidencia de las dos hipotesis del presente trabajo.

Esta inclusión de la simple mancomunidad sirve como elemento de distinción entre la indivisibilidad por pacto, la solidaridad y la conjuntividad como tres modalidades de estructura y particularidad distinta. La indivisibilidad por pacto se sirvirá de la simple mancomunidad siendo así distinguible en consecuencia de la conjuntividad por la común naturaleza que afecta a las obligaciones simplemente mancomunadas aunque indivisibles en oposición a las obligaciones conjuntivas que pese a tener varios objetos, no debieran lógica y conceptualmente asociarse necesariamente con prestaciones de distintos objetos de misma naturaleza. Estos objetos, por regla general serían parte de la misma obligación e indivisibles por virtud del pago pero ante la pluralidad de sujetos a pro rata - *simple mancomunidad* - podrían admitir la indivisibilidad convencional para lograr que cada uno de ellos este obligado y responsable a pagar o a exigir la totalidad del mismo.

Todo lo anterior permite concluir que la pretensión dogmática del legislador de 1928, encuentra en la técnica de las modalidades un ambiente propicio para distinguir conceptualmente las particularidades técnicas de las distintas modalidades de objeto y sujetos, convirtiéndose en un argumento adicional de convicción respecto de las hipótesis centrales de la presente investigación en virtud de las cuales, el rol del legislador toma un paso al frente de distinción versus sus predecesores decimonónicos franco mexicanos. Será así en virtud de lo anterior que el concepto de obligación resultará - *por lo menos al amparo del texto de la Ley* - mucho más técnico y científico, en honor al orígen científico de la jurisprudencia de conceptos y el BGB.

En lo anterior se corroborará la función que la revolución mexicana institucionalizada pretenderá atribuir a la Ley para no solo regular a la realidad sino cambiarla mediante la

capacitación e ilustración de la sociedad a la que la Ley va destinada. El cambio de paradigma versus las pretensiones del legislador decimonónico propio de la revolución francesa burguesa y fisiócrata y tan identificables con el positivismo decimonónico mexicano parecen en este rubro distinguirse y divorciarse de lleno.

En el seno del siguiente capítulo, una vez abordadas las particularidades y cambios que el legislador efectuará respecto de los efectos de las obligaciones y la posible transmisión de las mismas - *temas estos absolutamente novedosos en el contexto de la codificación decimonónica mexicana* - veremos las consecuencias que los mismos implican en el contexto de las modalidades de las obligaciones respecto de los sujetos. Esto será sin duda una consecuencia colateral a los cambios estructurales planteados anteriormente y en los apartados siguientes.

### c. De los efectos de las obligaciones solidarias.

Como habrá quedado patente de los apartados anteriores, hemos priorizado en el análisis la concepción *prima facie* de las modalidades en comento a fín de distinguirlas entre sí y enfatizar el esfuerzo del legislador en incluir todas ellas, de forma novedosa y sin existir antecedente legislado conjuto de todas ellas al respecto, por su multimencionada pretensión dogmática. Consideramos *prima facie* en ello gran parte del esfuerzo legislativo que apuntala nuestras hipótesis de investigación, cuando se abordan conceptualmente las modalidades.

Sin embargo, lo anterior no puede entenderse sin perjuicio del análisis *ex-post-facto* que de dichas modalidades, en lo particular en el caso de la solidaridad, arrojen. Efectos teóricos y prácticos serán objeto de análisis dentro de la siguientes tres secciones - *efectos, transmisión y extinción de las obligaciones* - cuya novedosa integración en 28 y consecuente interrelación constituye un parteaguas en la regulación civil. Será especialmente en concierto con ellas, que las modificaciones adquirirán mayor relevancia respecto del concepto de obligación, en virtud de los cambios apuntados en materia de fuentes y respecto de las características de las obligaciones y otros cambios estructurales. Cabe mencionar que estas modificaciones si traducen y evidencian un esfuerzo dogmático del legislador que encuadra a la perfección con la primera hipótesis de esta investigación como el esfuerzo epistemológico de un legislador que rompe los paradigmas del siglo XIX respecto de su función, interrelacionando pandectísticamente las modalidades que los diversos ordenamientos que le precedieron reflejaban indistintamente.

La integración e interrelación con tintes académicos y científicos de dichas características y fuentes así como respecto de estas modalidades con los siguientes - *efectos y extinción* - redundará la confirmación de nuestra segunda hipótesis de trabajo respecto de la pretensión del legislador de 1928 y su doble ruptura de paradigmas, ya no solo respecto de la función del legislador como también respecto del concepto de obligación que a todo esto puede colegirse.

En esta perspectiva *ex post facto*, el tratamiento de la solidaridad ante el cumplimiento de las obligaciones, la perspectiva dogmática del legislador de 1928 arroja consecuencias que se antojan radicalmente distintas a las que hubiesen podido considerarse en el siglo XIX al amparo de las premisas legislativas a que ya hemos hecho referencia - *tanto en el siglo XIX como en los albores del siglo XX* -.

Por lo anterior, es que en el caso concreto de la solidaridad, el análisis respectivo se hará por motivos dogmáticos y moción de orden y de exposición, después de analizar las particularidades que respecto del efecto general de las obligaciones luego de su cumplimiento incluye el legislador de 1928. En ello se retomarán gran parte de las premisas abordadas anteriormente como novedades técnicas y legislativas que en el ámbito de concepto de obligación, fuentes de las obligaciones, teoría del acto jurídico, representación y teoría del acto jurídico se enunciaron en las primeras secciones de este tercer capítulo de esta investigación. En ellas radicará el cierre de la perspectiva conceptual, omnicomprensiva e integral que el legislador de 1928, de clara aspiración pandectística abordará en la regulación de esta materia, comprobando una vez más nuestras hipótesis de investigación sus mencionada.

Así, salvo por lo apuntado en materia de condición *versus* término, en opinión del suscrito, las modificaciones en materia de la demás obligaciones complejas - *o con modalidades* - tanto en relación con sujetos, objeto o relación jurídica, las consecuencias ex post facto no parecen ser tan evidentes con el cambio de 1928. El cambio parece más a nuestros ojos un cambio conceptual que con lo apuntado anteriormente quedaría razonablemente cubierto y expuesto a fin de reforzar y en el contexto de nuestras hipótesis de investigación.

### f. De los efectos de las obligaciones.

#### 1. Comentarios introductorios generales.

Los efectos de las obligaciones, tal y como estos quedan clasificados por el legislador de 1928 en el Título IV. De los efectos de las obligaciones, dentro del Libro IV - De las obligaciones, son

una novedad más de tinte conceptual y dogmática del legislador que nos ocupa, *vis a vis* la tradición franco-romanista que le precede durante el siglo XIX - en Francia como en México y sus antecedentes medievales y romanos que hemos referido en los primeros dos capítulos.

Sin duda tratar los efectos de las obligaciones, subclasificándolos como aquellos derivados del cumplimiento y los que se desprenden de lo que el Código califica como incumplimiento - *hecho ilícito contractual*-, implican una nueva perspectiva dogmática sin precedentes en el universo romanista-franco-mexicano decimonónico.

Efectivamente por un lado el Code pasaba dentro de su Título III - *De los contratos o las obligaciones convencionales en general*[1000] - a las *Formas de extinguir las obligaciones* que preveía en capítulo V que le sucedía naturalmente en orden cronológico.

El pago de las obligaciones como meta última en la asunción de estas, no era previsto sino como la forma de extinción de las mismas sin considerar a su respecto parámetro dogmático de relevancia allende la extinción de la obligación que era cumplida[1001].

De la misma forma, las hoy concebidas como formas de extinción de las obligaciones eran ubicadas a la par del pago, dentro del mismo capítulo V, sin mayor consideración dogmática de los efectos potenciales o de las instituciones que a su amparo pudieran concebirse o detonarse bajo parámetros de la jurisprudencia de conceptos que como veremos más adelante, claramente ilustraron la redacción y clasificación que el legislador de 1928 quiso imprimirles.

En el mismo sentido el Código de 1870, fiel a la tradición contractualista derivada del Code, no incluye un tratamiento específico de los efectos de las obligaciones. El centro de su regulación radica en el contrato y a su respecto su Título III trata y regula lo correspondiente a la ejecución de los contratos. En ello segrega conceptualmente este título del Título IV que reserva a la Extinción de las obligaciones. Será en este que regule lo relativo al pago en clara copia - *tal y como se anticipó en el segundo capítulo de esta investigación al Code y su centralización contractual-propietaria tan criticada en el siglo XX por Duguit y para efectos de derecho mexicano* - , como forma de extinción. Dentro del mismo Título IV regulará el Code lo relativo a

[1000] Clasificación que fuera blanco de ataque de los escritos de Duguit a principios del siglo XX como ya se ha mencionado en su objetivo de desprender la "regulación civil voluntaria" (sic) del parametro meramente convencional y de su vinculación con la propiedad de la cual era clasificado como un apéndice, en el Libro III - De las distintas formas de adquirir la propiedad.

[1001] El pago - le payment - es así incluido en el Code como primer articulado del "*Châpitre V - De l'extinction des obligations*" bajo el numeral 1235 que reza a la explicita letra : " *Tout payment suppose une dette: ce qui a été payé sas être dù, est sujet à répétition. La répétition n'es pas admise à l'égard des obligations naturelles qui onte été volontairement acquittées*"

la forma en que puede hacerse el pago, el ofrecimiento de pago y consignación, así como la compensación, subrogación, remisión de deuda, confusión, novación, cesión de acciones, (sic) y prescripción (sic).

Lo mismo puede decirse fácilmente del Código de 1884 respecto del cual como ya se anticipó, sus preceptos y especialmente en esta materia son prácticamente una calca de las disposiciones de su predecesor de 1870. Así el pago es incluido dentro del Título IV - De la Extinción de las obligaciones, segregándolo del Título III reservado para la ejecución de los contratos. El resto del Título IV es por igual, prácticamente idéntico al Código de 1870 en esta materia. El título en comenta reagrupa los artículos que regulan las particularidades del pago, el ofrecimiento de pago y consignación, así como la compensación, subrogación, remisión de deuda, confusión, novación, cesión de acciones (sic) y prescripción (sic).

No es de extrañarse lo anterior, si consideramos de entrada, que el acto jurídico solo es incluido y considerado dogmática como legalmente sino a partir de 1928 también, como consecuencia a la influencia germánica y la teoría del acto y el negocio jurídico. En otras palabras, el acto de pagar solo es recogido y regulado en el siglo XIX Franco-mexicano, en su perspectiva *prima facie* de medio para extinguir la obligación - *relación* - entre acreedor y deudor sin profundizarse si la voluntad de quien lo efectúa pretende hacer o lograr, además, alguna transacción o efecto, de distinto concepto o implicación. Esto será sin duda solo propio de las concepciones dogmáticas y academicistas de la pandectística que a la postre serán recogidas por el legislador de 1928 vía el BGB y la *Beggriffjurisprudenz*. La ausencia de la perspectiva dogmática del acto jurídico como forma básica que puede ser recubierta por distintas formas, solo es patente a partir de 1928.

Esta perspectiva afectará de manera substancial la perspectiva del acto jurídico pago. Las modificaciones de 1928 permitirán ciertamete observar dogmáticamente, el devenir substancial de la obligación pagada cuando el pago no busca la extinción sino por ejemplo la transmisión o cuando el pago pueda a su vez y como consecuencia a la extinción servir de fuentes de obligaciones a las que haremos referencia más adelante, como parte de un sistema omnicomprensivo de pretensión científica. En anticipo podríamos mencionar por ejemplo las transformaciones - *tanto regulatorias como dogmáticas* - del pago como de la subrogación y la novación o la inclusión del capítulo de la transmisión de las obligaciones ya como un capitulo y un tema totalmente nuevo de origen pandectístico. Las modificaciones consecuentes tanto en

materia de ineficacias y la inclusión del acto jurídico, darán lugar en conjunto al cierre dogmático desde una perspectiva completamente distinta según adopción del legislador de 1928.

Haremos al respecto referencia en este apartado uno a uno, respecto de dichos cambios, para ilustrar lo dicho y reforzar las hipótesis centrales de nuestra investigación, redundando cada uno lo anticipado en materia de fuentes y modalidades, y permitiendo así concluir el nuevo rol asumido por el legislador y las implicaciones dogmáticas que esto conllevó para la conceptualización de la obligación.

Como anticipado, en la exposición correspondiente a estos cambios y adiciones haremos igualmente referencias cruzadas con temas previamente abordados en la perspectiva conceptual - *en atención a su mención por el legislador* (i.e. efectos de la solidaridad frente al pago de la misma ) - pero cuyo detalle requería *prima facie,* la exposición de los cambios de estructura operados para exponerlos con mayor claridad y sobre todo con mayor contundencia en el contexto de nuestras hipótesis de investigación en aras de su demostración. Lo anterior nos permitirá nueva y finalmente demostrar nuestra hipótesis y guardar al tiempo un orden expositivo lógico.

## 2. Efectos relacionados con el cumplimiento: el pago.

### 2.1 Generalidades.

Para el desarrollo de nuestra hipótesis en esta sección seguiremos *prima facie* y dentro de las consideraciones previas, el orden temático proveído por propio Código de 1928. Ciertamente en el mismo, se plantea una perspectiva *per se* organicista en el que las obligaciones (i) se gestan - *por diversas fuentes ya no solo por el contrato* -, (ii) plantean modalidades - *que gradualmente alteran sus características sin eliminarlas o modificarlas en substancia* - (iii) cumplen su función o la frustran total o gradualmente - *cuando las mismas son cumplidas o solventadas o por el contrario incumplidas* -, (iv) son eventualmente transmitidas - *cuando el pago respectivo tiene por fin no solo la extinción de la obligación* - y (v) se extinguen por último - *cuando en la esencia de la voluntad inherente en el acto jurídico pago o cualquier otro acto al que se asimilen los efectos del mismo no hay respectivamente búsqueda o necesidad de transmisión de la obligación o de creación de obligación ulterior*-.

Esta perspectiva organicista dibuja una existencia de la entelequia obligación - *tan propia a la pandectística y al romanticismo alemán del que se inspira, debidamente expuesta* - y

permitirá redundar en la apreciación dogmática y conceptual de muchos respecto de las instituciones que se irán abordando, reforzando esta investigación, y sus hipótesis.

### 2.2 La clasificación del pago en los Códigos.

En este tenor, es que como primer planteamiento novedoso del legislador de 1928, el pago ya no es solamente clasificado como una forma de extinguir las obligaciones, sino como el efecto de las obligaciones relacionado con su cumplimiento.

Si bien, el pago es definido como la entrega de la cosa o cantidad debida o la realización del servicio que se tiene prometido[1002], en réplica exacta de los artículos respectivos de los códigos de 1884 y 1870 - *artículos 1514 y 1628 respectivamente*- , la ubicación en dichos ordenamientos se situaba en el Título IV correspondiente a la extinción de las obligaciones y el Código de 1928 lo re-clasifica dentro de los efectos de las obligaciones en relación con su cumplimiento.

En ello radica el primer cambio en la materia, mismo que - *obedeciendo al orden de exposición temática organicista previamente referido* - está imbuido de un contenido dogmático que requiere su examen ex-código, propio al legislador de 1928.

Efectivamente el pago ya no es clasificado por el legislador de 1928 y por ende visto - *ni debe de ser analizado* - como una institución que necesariamente extingue a las obligaciones, tal y como lo observaría en su momento la dogmática romanista y francesa decimonónica[1003]. Es importante notar y recordar para ello que en la perspectiva tanto del derecho romano como de la incipiente conceptualización de la dogmática francesa decimonónica - *que obedece y busca derroteros distintos* - la obligación es una relación jurídica que se define por su exigibilidad entre dos sujetos definidos. Es importante igualmente hacer notar que en esta perspectiva no es relevante la perspectiva del acto jurídico como lo será para la dogmática alemana, que es además igualmente incluida de forma novedosa en el Código de 1928. Es igualmente y por último muy relevante anticipar, cómo en esa perspectiva, la alteración del elemento subjetivo resulta en una *contradictio in terminis*, ya que la relación que define al vínculo entre los dos sujetos no es en

[1002] *"Artículo 2062.- Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido".*

[1003] Vbgr; Laurent; Opus Cit; Tome 17; p 584-586; en el mismo sentido; Gaudement Eugene; Teoría General de las obligaciones; Editorial Porrúa; Mexico D.F.; 2000; 534 pp, p449

forma alguna transmisible, explicando esto porqué, hasta el siglo XIX, los potenciales efectos del pago pueden difícilmente distinguirse de un fenómeno extintivo.

Es visible como en este tema - *el pago* - y en su conceptualización dogmática como acto jurídico - *también inducida por el legislador de 1928* - confluyen muchos otros tópicos que permiten llegar a conclusiones muy relevantes, para esta investigación y para el análisis adecuado del Código de 1928 y el doble cambio de paradigma que este auspicia, en esta materia. Haremos acotaciones marginales a cada uno de dichos tópicos hasta que el análisis integral correspondiente sea adecuado en el orden antes prescrito. Uno de ellos, de la mayor relevancia resulta sin duda ser, la transmisión de las obligaciones. Ciertamente la posibilidad conceptual de transferir mediante una abstracción, la abstracción propia de un derecho subjetivo u obligación sin afectarlo substancialmente - *de acuerdo con las premisas de la novación subjetiva prevista por la dogmática francesa y mexicana hasta el siglo XIX* - sería imposible y consistirá en un hito novedosísimo en el Código de 1928. La nueva clasificación y conceptualización del pago será sin embargo al efecto la piedra angular de esta nueva perspectiva de la obligación - en la que la transmisión de la misma sea aceptable y explicable.

### 2.3 Naturaleza jurídica del pago como acto jurídico bilateral.

A estas alturas bástenos referir y centremos nuestras aseveraciones sobre la nueva perspectiva que al pago se da por el legislador de 1928. Sin duda el primer elemento obligado de referencia radica en la dogmatización del mismo en calidad de acto jurídico. El pago es ciertamente vislumbrado por el legislador como un acto jurídico, en tanto manifestación de voluntad encaminada a la creación de consecuencias de derecho que pueden abarcar la extinción de la obligación, pero también la creación o transmisión de la misma. La aplicabilidad del 1859[1004], por escueta que pueda parecer claramente permite dogmatizar la aplicabilidad de los requisitos y fines que al acto jurídico pueden corresponder, en términos de los artículos 1794 y 1795. De los mismos rescatamos y glosamos, para efectos de lo aquí expuesto el contenido del artículo 1794 y lo que en la dogmática finalista y organicista de Bonnecasse a la que ya hicimos referencia el acto jurídico - *pago* - es la manifestación de voluntad que tiene por fin la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones. En el análisis conceptualista de la naturaleza jurídica del pago como efecto de las obligaciones relacionado con su cumplimiento y

[1004] "*Artículo 1859.- Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la Ley sobre los mismos."*

especialmente como acto jurídico, claramente y en oposición a lo previsto en los ordenamientos decimonónicos, el pago cabría en dicha categoría. Nada en el capítulo respectivo al pago - *salvo sus antecedentes legislativos decimonónicos, para los que esta dogmatización no era considerada* - parece plantear una oposición fundada a esta perspectiva y clasificación.

Dicho lo anterior, resulta necesario determinar si ese acto jurídico tendría un carácter unilateral o bilateral[1005]. En esa coyuntura la discusión dogmática mexicana parece dividirse, aunque no asume plenamente la perspectiva dogmática de clasificarlo. El Código de 1928, si bien retomando el texto de sus antecedentes decimonónicos mexicanos - *en cuanto a la definición del mismo* -, parece sin embargo plantear ciertos elementos en su articulado que permiten dogmáticamente sustentar el carácter bilateral del acto jurídico en que puede subsumirse la naturaleza jurídica del pago. - *Lo anterior evidentemente redundará en el antecedente dogmático y pandectístico, por el que la obligación sea analizable siempre en dos momentos, schüld y haftung, y para la cual el obligado tendrá tanto derecho como debito de pagar y el acreedor tanto derecho como debito de recibir el pago*-.

Así para efectos de la determinación de la naturaleza del pago como acto jurídico, partiendo de una premisa dogmática y aun utilizando como referencia para su determinación conceptual los artículos tanto del Code como de los Códigos decimonónicos mexicanos y del código de 1928 - *coincidentes todos en cuanto al contenido de su articulado*- (énfasis añadido), parece claro que para la consecución del pago- *en tanto acto jurídico*- , es necesaria la coincidencia de voluntad tanto del deudor que desea y pretende pagar - *que no necesariamente ya extinguir* - como la del sujeto acreedor que reciba la prestación y la acepte en tanto entrega o realización, *in naturam*, indivisible y oportuna que había comprometido.

Si el acreedor o quien lo representa - *jurídicamente en representación directa o mediante la notificación que permita implicar la voluntad del acreedor en ese sentido según los respectivos artículos 2074 del Código de 1928 como réplica sucesiva del 1541 del Código de 1884, del 1655 del Código de 1870 y del 1239 del Code*[1006] - califican que la conducta realizada o el bien entregado por el deudor o por el tercero cumple con lo pactado por las partes, y lo acepta en consecuencia, el acto jurídico pago se cristaliza como conjunción de la voluntad de ambas partes - *esto es como un acto jurídico bilateral*- . Así (i) el deudor o quien paga por el - *a*

[1005] Vid. Rojina Villegas Rafael; Opus Cit; tomo III; p 11-14

[1006] El caso de estos últimos tres artículos es además un claro resabio de la confusión entre los tipos de representación sólo "decantada" mediante la clasificacion y organización de inspiración y vocación conceptualista y pandectistica efectuada por el legislador de 1928 según se expuso anteriormente.

*definirse dependiendo de la voluntad y fines perseguido por quien quiera que haga de solvens al momento de entregar el bien o realizar el servicio* - y (ii) el acreedor o quien quiera que queda calificado como un *accipiens* legitimo - *también por definirse dependiendo de la voluntad y fines perseguido por quien quiera que haga de accipiens al momento de aceptar la entrega o realización del servicio* - actualizan el supuesto conceptual de la unión de dos voluntades necesarias para un acto jurídico bilateral.

Sin analizar aún los distintos efectos que puede llegar a tener esa entrega o la realización de ese servicio, lo importante es que la voluntad del solvens como la del accipiens son existencialmente requeridas - *por la aplicación dogmática del artículo 1794 en combinación con el 1859, ambos del Código de 1928* - para que el acto jurídico pago - *consecuentemente bilateral* - se verifique.

Lo anterior puede fundamentarse adicionalmente con los remedios aplicables para el deudor en caso que el acreedor caprichosamente incumpliese con su obligación de recibir aquello que le es adecuadamente debido - *y en anticipación al análisis dogmático que efectuaremos líneas más adelante respecto de los argumentos que podría esgrimir válidamente para rechazar el pago* -, amén de otros supuestos en los que estos remedios son aplicables como el rechazo a otorgar recibo, o la falta de identidad o capacidad del acreedor - *mora accipiendi* -[1007].

Ciertamente los cuatro ordenamientos de referencia prescriben que, ante la imposibilidad de realizar la entrega o servicio - respecto de lo cual se puede argumentar y dogmatizar a partir de 1928 como su derecho - *(a) por negativa del acreedor a recibir, (b) por negativa de dar recibo justificativo de pago o (c) por ser persona incierta o incapaz - puede el acreedor librarse de la obligación haciendo consignación de la cosa [ o servicio ]* (sic) (énfasis añadido) - *según el artículos 2098 sus mencionado* -. Al respecto cabe referir para redondear el concepto que, para los cuatro ordenamientos en comento, " el ofrecimiento seguido de la consignación, ***hace veces de pago***, si reúne todos los requisitos que para este exige la Ley". (énfasis añadido).

El texto de los dos artículos precedentes y sus causantes en los ordenamientos precedentes bien valen un comentario dogmático que solo es entendible a la luz del nuevo planteamiento del Código de 1928 por el que (i) el pago no es necesariamente una forma de

[1007] *"Artículo 2097.- El ofrecimiento seguido de la consignación hace veces de pago, si reúne todos los requisitos que para éste exige la Ley" y "Artículo 2098.- Si el acreedor rehusare sin justa causa recibir la prestación debida, o dar el documento justificativo de pago, o si fuere persona incierta o incapaz de recibir, podrá el deudor librarse de la obligación haciendo consignación de la cosa."*

extinción sino un efecto y (ii) por el que consecuentemente, su naturaleza es la de un acto jurídico bilateral en la que la voluntad de ambas partes - *solvens y accipiens* - son requisito de existencia de acuerdo con la dogmática adoptada por el código que a la postre es organicista siguiendo a Bonnecasse como ya ha sido expuesto, explicado y sustentado en el contexto de las hipótesis de esta investigación. Lo anterior es sin limitar la relevancia que le implica considerar que consecuentemente el pago implica para el deudor el efecto natural de la obligación- *tal y como es clasificado en los efectos en oposición a todos sus antecedentes Franco-mexicanos* -, al que el propio deudor tiene derecho afín de solventar y liberarse de su deuda, derecho recíproco a la obligación del acreedor para recibirla cuando la conducta o entrega pretendida por el deudor cumpla con los principios del pago.

Esta nueva perspectiva que parece sustentar la dualidad volitiva en el pago como elemento de existencia del mismo esta adicionalmente basada en los remedios o acciones que el propio código - *aplicable tanto a los códigos decimonónicos i.e. Code, 1870 y 1884* - como el Código de 1928 prevén para el deudor - *o solvens* - en el caso que el acreedor pretendiese injustificadamente rechazar esa entrega o conducta. Referencia obligada implica lo anterior al ofrecimiento seguido de la consignación que en términos de let "*hace veces de pago*", pero *no es pago en forma alguna ya que no implica " la entrega de cosa o cantidad debida ni prestación del servicio prometida" a satisfacción del acreedor*. (énfasis añadido) Ciertamente cuando el acreedor rechaza la entrega o servicio, el pago no puede en esta perspectiva dogmática y científica, cristalizarse, puesto que la entrega requiere la recepción que al ser una porción del acto volitivo pago, requiere en dogmática para un acto bilateral, voluntad del *solvens* y voluntad del *accipiens*. Esas voluntades deben al efecto, ser perfectas y claras so pena de caer en un pago de lo indebido - *por causa de error obstáculo* -, misma que en el mismo análisis dogmático, implicaría un acto jurídico inexistente por falta de voluntad derivada de un error obstáculo de cuando menos una de las partes y dando en consecuencia lugar a las acciones resarcitorias por las que las partes podrían *ex*-efectos putativos, demandar la restitución plena de prestaciones efectuadas al amparo del error obstáculo- *in personam, negotio o corpore*- según aplicase[1008].

La voluntad del *accipiens* es irreemplazable tanto más que sin la misma, la consignación "hará" las veces de pago, *pero no implicará pago*, (énfasis añadido) puesto que este deriva y

[1008] Resulta de lamayor relevancia recordar que la inclusión de la teoría organicista de Bonnecasse es coincidentemente incluida en 1928 misma que en combinación a la inclusión del acto jurídico - de origen pandectístico - permitirán interpretar dogmática y sistemáticamente la inexistencia del pago en el caso de error obstaculo. Esta situación no era sistematicamente sustentable ni aceptable bajo las premisas del siglo XIX.

depende de la voluntad expresa o tácita - *según las propias reglas del apartado de formación del consentimiento en el contrato que sería supletoriamente aplicable a todo acto jurídico en términos del 1859* -.

Esto sin duda redunda y fundamenta - *pese a no haber sido dogmatizado así durante el siglo XIX en que los artículos preveían el mismo contenido* - la naturaleza bilateral de la voluntad requerida para la perfección del acto jurídico pago. La reclasificación del pago, sin embargo, ya no como una forma de extinción en términos del articulado decimonónico fiel a la perspectiva romanista y a la incipiente formación de conceptos, sino como un efecto relacionado con su cumplimiento, permite desde luego llegar a esta conclusión de validez y sobre todo pretensión dogmática afín a la *Beggrifjurisprudenz* y a la nueva labor sistematica del legislador pandectistico de inspiración Leibnitziana[1009] a diferencia del revolucionario francés. La nueva labor pretendida por el legislador como eje central de esta investigación queda patente, mediante una reclasificación de conceptos e instituciones que no pueden ser pasadas por alto en la interpretación del nuevo código. La obligación como el acto jurídico en calidad de nuevos y básicos conceptos se estructuran en piedra angular de la regulación.

Lo anterior, sin embargo, no puede ser disociado de ciertas consecuencias dogmáticas que le resultarán inherentes y a la vez ayudarán a soportar la previa hipótesis y su demostración, pese a la argumentación en contra de parte de la doctrina mexicana al respecto[1010], evidentemente imbuida de perspectiva románico-francesa y propia de una realidad socio política distinta. Ciertamente, en consecuencia a todo lo anterior, el deudor no solo tendrá obligación y responsabilidad de pagar la obligación sino también y muy especialmente derecho y en consecuencia el acreedor, no solo tendrá derecho sino también estará obligado a recibir el pago en el caso de que la entrega o recepción pretendida por el deudor *cumpla con lo pactado - materia que será analizada en el detalle del dogma conceptual en las siguientes líneas*-.

Ciertamente el Código de 1928, - *de hecho, siguiendo casi siempre literalmente los postulados y artículos de los códigos decimonónicos Franco Mexicanos*- , prevé que el proceso de ofrecimiento de pago y consignación, en calidad de ejecución forzosa del derecho del deudor a pagar se desenvuelva como un proceso de ejecución forzosa del mismo, esencialmente equiparable, al pacto comisorio tácito por el que el acreedor, ante la violación de los derechos reciprocos, de naturaleza sinalagmática tendría derecho de exigir cumplimiento forzoso o

[1009] Vid. Berkowitz; Opus Cit.
[1010] Vid Rojina Villegas Rafael; Opus Cit; Tomo III p 11-17

rescisión más el pago de daños y perjuicios teniendo también, derecho a estos últimos después de haber optado por el cumplimiento forzoso cuando este resultase imposible[1011].

Así en términos del Código de 1928 - en los mismos parámetros que sus predecesores decimonónicos, cuando el deudor se ve rechazado en su entrega o realización del servicio que considera adeudado y fundado- *entre otros supuestos sus mencionados*- , tiene derecho de ofrecer y consignar solicitando al órgano jurisdiccional que determine si su pretendida entrega era fundada y la oposición del acreedor en recibirla o proveer recibo amplio y fundado era inadecuada y antijurídica.

En el caso que el órgano jurisdiccional determine que la pretendida entrega del deudor - *o quien actúe por su cuenta o en su nombre* (sic) - era inadecuada y que el acreedor tuvo razón y derecho en rechazar el pago entonces la sentencia de dicho órgano determinará que el deudor estaba en *mora solvendi* desde la fecha del vencimiento siendo responsable en consecuencia de todos los daños y perjuicios que pueda haber causado y sean demostrables en términos de Ley. Lo anterior evidencia que el ofrecimiento de pago seguido de la consignación bien pueden efectuarse o pretenderse dolosamente por el deudor, cuestión que calificada por el órgano jurisdiccional, daría efectos retroactivos al incumplimiento desde la fecha en que la entrega debió efectuarse y ante su deficiente pretensión por el solvens, la misma fue justificadamente rechazada por el *accipiens*.

De la misma manera en el caso que el acreedor rechazase la entrega o el servicio sin contar con elementos suficientes a juicio del juez - *una vez iniciado el proceso de ofrecimiento de pago y consignación* - el juez, hallando evidencia de la *mora accipiendi* consecuente podría determinar que la consignación "*hizo veces de pago*" - *distinta sin embargo al pago que requeriría la entrega del deudor y recepción del acreedor* -, que consecuentemente el deudor queda liberado y que el acreedor queda obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios

[1011] CFr Artículo 1949 del Código Civil de 1928.

experimentados por el deudor [1012]- *a saber los gastos del juicio necesarios a hacer valer su derecho de solventar la deuda conforme a lo pactado* -[1013].

Los apartados anteriores acreditan y sustentan así que el deudor puede exigir el cumplimiento forzoso de su derecho a pagar y el acreedor está obligado a honrar y respetar ese derecho recibiendo y otorgando recibo, al igual que en caso de incumplimiento del deudor. Lo anterior fundamenta asimismo que cuando el acreedor incumple con esa obligación, puede ser forzado a un cumplimiento por equivalente en virtud del cual, el deudor quede liberado y "*haga veces de pago*" aunque el pago no se verifique por faltar en ello la voluntad del acreedor - *requisito esencial* - no para la liberación del deudor - *pago por equivalente mediante la consignación* - pero si para el pago, según expuesto.

Lo anterior en conjunto incide, en el análisis dogmático forzado por el legislador de 1928- *siguiendo a la jurisprudencia de conceptos y dogmatizando mediante la inclusión del acto jurídico, la teoría organicista de Bonnecasse sobre los actos jurídicos sus elementos y las ineficacias que les resultan aplicables, así como en virtud de la reclasificación del pago como efecto que no como forma de extinción* - a aceptar que el pago es un acto jurídico bilateral en el que las voluntades tanto del deudor y el acreedor resultan elementos de existencia irremplazables conceptualmente, al ser la inexistencia un concepto que no permite ratificación ni confirmación. El ofrecimiento seguido de la consignación resultará un paliativo de la situación práctica pero aún en su redacción decimonónica, aparentemente "insensible" a la perspectiva organicista y dogmática del Código de 1928 merced a la jurisprudencia de conceptos, no permitirán admitir que ante la negativa del acreedor, una vez concedida la consignación, esta implique *per se* un pago. La consignación implicaría sin embargo el cumplimiento forzoso- *que normalmente acarrea un pago por equivalente (verbigratia el pago de los daños y perjuicios como reparación o haftung, de la pretensión preterida por el deudor* - en este caso el acreedor respecto de su obligación de recibir aquello que le es debido - *mora accipiendi* - y respecto de lo cual, conceptualmente, el deudor tiene derecho a entregar.

---

[1012] "Artículo 2108.- *Se entiende por daño la perdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación" y "Artículo 2109.- Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación*." Mismos que resultarían aplicables - conceptualmente - en atención a la ponderación dogmática del pago como un acto jurídico bilateral en el que la voluntad de ambas partes - o sus representantes o causahabientes - fuese necesaria para celebrarlo, pero también obligatoria para ambas en virtud de la necesidad jurídica y el deber creado a su cargo.

[1013] "*Artículo 2103.- Si el ofrecimiento y la consignación se han hecho legalmente, todos los gastos serán de cuenta del acreedor*".

**2.4 Principios del pago. -**

Queda sin embargo acreditar, para efectos de sustento de nuestra hipótesis y de la explicación sistemática anterior, en que puede basarse ya sea la negativa del acreedor para recibir sin incidir en *mora accipiendi* o la pretensión del deudor para lograr un cumplimiento por equivalente cuando el acreedor rehúsa injustificadamente la entrega o realización del servicio. Esta explicación permitirá asimismo llegar a relevantes conclusiones conceptuales de no menor relevante valía práctica.

Ciertamente, tanto en un ámbito teórico y conceptual como en uno práctico, el acreedor pareciera no tener por qué rechazar el pago. El tema, en perspectiva aristotélico conceptual parece claro. Lo anterior siempre que el pretendido pago, sea efectivamente pago, esto es la clara entrega de cosa o cantidad debida o la realización efectiva de la prestación del servicio prometido, en términos de lo prescrito tanto por el Código de 1928 como por sus antecedentes mexicanos decimonónicos y el propio Code - *más allá que para estos tres últimos ordenamientos esa entrega o servicio extinguirían de tajo la obligación siendo clasificados en consecuencia, de acuerdo con lo previamente referido* .

En la combinación de lo que la doctrina ha llegado a considerar como los principios torales del pago, gira la esencia de esa entrega o servicio y de la carencia - *y graduación de esta última* -. Dichos principios deben de ser considerados en ese acto jurídico bilateral a que ambas partes deben de conducirse y en el que, en la buena fe contractual requiere su cumplimiento en ambos lados, afín de lograr el *desideratum* último del pacto previo y de la obligación consecuente. Al efecto, el arbitrio *prima facie* del acreedor al momento de recibir la prestación es pues fundamental en la determinación del cumplimiento de los mismos.

Estos tres principios implican que el bien a ser entregado y/o el servicio a ser rendido deben de cumplir con las expectativas de definición a su respecto según pactadas, respecto (i) al tiempo de pago - *oportunidad del pago* [1014] - (ii) a la esencia de la prestación - *naturaleza del*

[1014] "*Artículo 2079.- El pago se hará en el tiempo designado en el contrato, exceptuando aquellos casos en que la Ley permita o prevenga expresamente otra cosa" y " Artículo 2080.- Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación*".

*pago*[1015]- y (iii) a la forma indivisible - *indivisibilidad del pago*[1016] *a la postre, regla general, tal y como se anticipó en el apartado de la indivisibilidad-*. La conjunción de estos tres principios implica ciertamente que se trata de la cosa o cantidad debida o del servicio prometido que era obligatoria efectuar para el solvens y deviene obligatoria recibir para el accipiens. Su concurrencia es la que el accipiens y si necesario el órgano jurisdiccional evaluarán para aceptar o rechazar dicho ofrecimiento. De la conjunción de los mismos se determina en su caso, la consecuente consignación para darle efectos de pago [1017] o el incumplimiento desde la fecha en que la obligación devino exigible, cuando el deudor acuda injustificadamente a este paliativo ante la negativa del acreedor a recibir la inadecuada prestación. En todo caso es ciertamente el acreedor quien *prima facie* pondera esto para en su caso rechazar el pago y dejar en manos del deudor su posibilidad para incitar al órgano jurisdiccional a tutelar en su caso su derecho para entregar pese a la que se alegase como negativa injustificada del acreedor. Es con lo anterior que la mecánica lógica deja claramente entrever la necesaria voluntad de ambas partes - *solvens* y *accippiens* - para la consumación del pago y el necesario cumplimiento con los principios sus mencionados. Así es como se verifica que la concurrencia de dichas voluntades es sancionada por el órgano jurisdiccional en el caso de diferencia.

Otras consideraciones rodean al pago, tales como el lugar de pago. No consideramos que las mismas impliquen *per se* un principio toral contra el que el acreedor pueda o no otorgar válidamente su consentimiento para que se consolide el pago. Consecuentemente no consideramos las mismas afecten la esencia de la institución, la función del legislador o el concepto de obligaicón, según los cambios de 1928. Así no haremos a su respecto mayor comentario, siendo estas más bien, reglas de funcionamiento pero no elementos torales de definición conceptual del pago como acto jurídico.

### 2.5 Análisis finalista, el objeto motivo o fin.

[1015] *"Artículo 2062.- Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido."*

[1016] "*Artículo 2078.- El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado; y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de Ley. Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda. "*

[1017] *Artículo 2101.- Si el juez declara fundada la oposición del acreedor para recibir el pago, el ofrecimiento y la consignación se tiene como no hechos" así como "Artículo 2102.- Aprobada la consignación por el juez, la obligación queda extinguida con todos sus efectos" y "Artículo 2103.- Si el ofrecimiento y la consignación se han hecho legalmente, todos los gastos serán de cuenta del acreedor."*

Adicionalmente, para ser pago, en el contexto del Código de 1928 consideramos que la entrega o servicio pretendido, requiere igualmente cumplir con la expectativa planteada por las partes al momento de definir el objeto del contrato. Debe esto de entenderse, afín de dar una perspectiva completa e integral, no solo la entrega de la cosa o cantidad debida o la realización del servicio prometido - *o sea objeto indirecto de las obligaciones derivadas del contrato*- sino también y especialmente aquello que permita la realización del objeto motivo o fin que lleva a las partes a contratar e inclusive a pagar- *según esto fue expuesto en el capítulo correspondiente a la causa y la inclusión de Bonnecasse*- , esto es el objeto directo del contrato y del acto jurídico - según interpretación armónica de los artículos 1859, 1795 III y 2062 del Código de 1928. De acuerdo con nuestras acotaciones iniciales, al momento de hablar del objeto del contrato dentro de las innovaciones incluidas por el legislador de 1928, fue igualmente incluido este último, de manera novedosa cambiando la estructura del pensamiento civilista, pero sobre todo redondeando así la connotación del pago como acto jurídico y por tanto radicando en ello una de las variables que el solvens presenta para cumplir y pagar y el acreedor puede evaluar para recibir la prestación y consumar el pago como acto jurídico bilateral, con los efectos que las partes pretenda en el caso concreto. Esos efectos pueden ser diversos y no se limitan más a la extición de la obligación.

La inclusión de la teoría del objeto motivo o fin del acto jurídico de origen Bonnecassiano- *analizada en su oportunidad en contexto del objeto de la obligación e igualmente de novel introducción en 1928*- tiene aquí gran relevancia de acuerdo con la pandectística, para la conceptualización del pago como un acto jurídico y la potencial facultad tanto del acreedor o accipiens para rechazar la entrega o servicio como del deudor o solvens para forzar estos. Puede ciertamente el acreedor o accipiens ponderar que la entrega no permite la realización de dicho fin por las afectaciones que la entrega o servicio presenten y consecuentemente rechazarlo, cuestión que el órgano jurisdiccional deberá en su caso de evaluar igualmente. (i.e. pago extemporáneo o retraso constante por parte de una de las partes.) Vale ponderar el cumplimiento para efectos de pago, considerando las variables básicas que todo cumplimiento debe de tener. En ello, no sólo la prestación primaria - *objeto indirecto de las obligaciones derivadas del contrato* - es importante para la validez tanto del acto jurídico como de las obligaciones consecuentes , sino también y muy especialmente la manera en que los mismos permiten la realización del objeto motivo o fin que llevó o indujo a las partes a celebrar el contrato y a pretender pagar en su caso.

Ciertamente, el pago para serlo, debe estribar en la entrega de la cosa o cantidad debido como ya se ha hecho mención. Esto por definición es sujeto a apreciación y en la medida de la mayor exactitud de las partes al momento de redactar el contrato, mayor será su facilidad para hacer valer sus derechos al momento de darse los efectos del contrato o cuando pagar. En ello radica la importancia de los sus-mencionados llamados principios del pago que el deudor debe de cumplir y el acreedor apreciar. En ello radica igualmente la importancia del objeto motivo o fin que por un lado las partes tuvieron para contratar y su reflejo en las estipulaciones del contrato y que por el otro solvens y accipiens tienen para efectuar el pago. El acreedor se convierte en esta perspectiva dogmática en el primer juez que evalúa el cumplimiento del deudor respecto de los mismos. Si acepta la entrega o el servicio se tienen por realizados y recibidos el pago es perfecto- *para la cual la apreciación de la realización finalista del contrato parece una inclusión natural en la dogmática que da lugar al Código de 1928*-. En esa tesitura, los efectos que las partes hayan querido imprimir al mismo se realizan en esta nueva perspectiva dogmática conceptual en la que esta institución reviste la naturaleza no solo académica sino también legal de acto jurídico - *pago* - con elementos de existencia y validez - *dentro del cual el objeto motivo o fin* - que deben de cumplirse para ser válidos. Así, esa apreciación del acreedor permite igualmente confirmar practica y teóricamente si el motivo o fin de las partes se cumple con la realización de la prestación, dependiendo si la realización de los principios del pago se da de manera adecuada o no.

Esta última afirmación parece también especialmente importante cuando se pondera el pago o cumplimiento en combinación con las modalidades estipuladas respecto de las cuales - *pese al prurito de naturaleza Duguiteana*- radica *prima facie* una voluntad por obedecerse y cumplirse más allá de ciertos parámetros jurídico-conceptuales. (i.e. el caso de indivisibilidad, solidaridad o conjuntividad por los que las partes alterasen artificialmente la esencia de las prestaciones presentes o intercambiadas, para asegurarse remedios ante incumplimientos con independencia del equilibrio económico y sinalagmatico de origen aristotélico y el consecuente pacto comisorio tácito. Ciertamente en estos casos, el objeto motivo o fin de las partes al momento de modular sus obligaciones con modalidades de relación jurídica, objeto o sujetos será igual o mayormente un elemento de consideración para la eventual satisfacción del acreedor, a ser confirmada mediante la recepción del pago en acto bilateral con el deudor. En otras palabras, conforme el Código y las estipulaciones a su amparo logren mayor complejidad y tecnicismo,

más relevante resulta la aceptación por parte del acreedor con la entrega o servicio del deudor en atención a la adecuación de estos a los principios del pago en tanto puedan modular efectivamente el objeto indirecto de las obligaciones o el objeto directo del contrato.

### 2.6 Consecuencias del pago como acto jurídico.

Más relevante resulta sin embargo esta perspectiva y evaluación finalista del pago como acto jurídico - *según se ha sustentado dogmática y legalmente* - en atención al cambio de clasificación que da el Código de 1928 al pago. Lo anterior debe observarse en concierto con las otras instituciones que satelitalmente le complementan y que fueron igualmente modificadas o añadidas en 1928 como parte del cambio paradigmático que quiso revolucionariamente adoptar. Lo anteriormente expuesto en esta sección del pago, podría quedar en una mera especulación teórica sino adquiriese relevancia en atención a las otras instituciones que son modificadas o incluidas en paralelo en el Código de 1928. Nos referimos primariamente a la inclusión de la transmisión de las obligaciones, a la modificación substancial de la subrogación en cuanto a su clasificación esencia y forma de aplicación, y nos referimos también a la modificación substancial de la novación en cuanto a sus modalidades y función.

Estos tres tópicos serán sin duda tratados en las secciones siguientes de esta investigación correspondientes a la transmisión y extinción de las obligaciones. Sin embargo, su referencia a esta altura es indispensable pues en ellas radica un elemento de la mayor relevancia en cuanto al cambio de clasificación del pago como efecto ( ya no solo como extinición ) y su dogmátización como acto jurídico recién expuesta. En la combinación de estas tres instituciones y lo referido respecto del pago se puede encontrar una nueva vertiente teórico práctica, novedosa del legislador de 1928 que complementado lo incluido en materia de fuentes y modalidades rompe nueva y definitivamente los dos paradigmas que ocupan nuestras hipótesis principales. Bien puede ciertamente decirse que con estos cambios en materia del pago el legislador abandona definitivamente con su decimononico rol y paradigma. Por el otro pero ahora de manera ya totalmente orgánica y omnicomprensiva, el concepto de obligación resultante no podrá seguir siendo el mismo.

Retomando a estos efectos lo referido líneas antes, el pago es considerado ya no como un medio o forma de extinción *per se*. Asimismo, el pago es dogmatizado como un acto jurídico al que se le aplican los principios de esta institución. En su carácter de acto jurídico es bilateral ya

que la voluntad tanto del deudor como del acreedor son esenciales para que el pago se cristalice. Cualquiera de ellos dos que falte a la cristalización del mismo incurre en un incumplimiento y en consecuencia en una responsabilidad. El deudor dando lugar a los remedios de Ley derivados del pacto comisorio tácito - *cumplimiento forzoso o rescisión* - seguidos ambos del pago de daños y perjuicios. El acreedor, dando lugar al ofrecimiento de pago y consignación - según lo antes expuesto - *que al igual que el pacto comisorio tácito es un sucedáneo o paliativo del incumplimiento* - pero del lado contrario, a ser exigido por el deudor ante la *mora accipiendi*. La medida de la potencial negativa del deudor o acreedor para dar lugar a dichos remedios es el apego de la conducta pretendida, tanto a los principios del pago - *según expuesto* - como al objeto motivo y fin - *según expuesto igualmente* - que las partes pretendían al momento de acordar el contrato. El pago se regirá pues, por los principios y requisitos del acto jurídico en tanto tal, - *puesto que regresando el análisis a la estructura genómica de la institución no deja de ser más que tal* -. Esto es sin embargo mucho más relevante puesto que las partes, al momento de "pagar" - una entregando o realizando el servicio y la otra recibiendo la prestación correspondiente, pueden pretender no simplemente extinguir cumpliendo. Efectivamente, toda la construcción dogmática previa sirve de plataforma a aquello que las partes pueden buscar al momento de pagar, o dependiendo de lo que hayan acordado, deudor, acreedor, *solvens* y *accipiens*, categorías que no necesariamente coinciden como pudiera parecer *prima facie*. El pago puede bien pretender extinguir - como seria *prima facie* considerado en el siglo XIX previa esta dogmatización o que resultaría natural cuando el solvens es el propio deudor o su representante directo. Pero el pago, en calidad de efecto relacionado con el cumplimiento, bien puede pretender también, no solo extinguir sino también crear o bien en lugar de extinguir, en lugar de extinguir y crear, simplemente transmitir, lo cual se vuelve relevante cuando el solvens no es el deudor, dependiendo de la voluntad y fin que lo lleva a eso. Ciertamente para lo anterior la voluntad de las partes y el objeto motivo o fin que estas pretendan es fundamental. Por ello es que, en la perspectiva dogmática practica del legislador de 1928, la voluntad del acreedor al momento de recibir la prestación es indispensable al igual que la voluntad del deudor. La conjunción de ambas da al pago los efectos de acto jurídico que las partes estén acordando y este es en consecuencia bilateral.

Lo anterior va relacionado evidentemente con la posibilidad prevista por el Código - *al igual que en el caso de sus predecesores - aunque solo dogmatizada con el cambio de*

*clasificación y nueva determinación de naturaleza jurídica implementada en 1928* - de que el pago pueda ser efectuada por sujetos distintos al propio deudor, sin dejar por ello de ser pago y por ende resultante fundamental la voluntad involucrada y consecuentemente los efectos del mismo.

La dogmatización anticipada por el legislador de acuerdo con lo anterior no parece superficial, puesto que parecerá innegable que la voluntad de los distintos sujetos que pueden participar en el pago como *solvens*, - *sea a nombre, sea por cuenta o sea con causahabiente legal o voluntario del deudor*- ,o como accipiens - *como representante o designado para recibir el pago de acuerdo con lo antes expuesto* - tengan al respecto una distinta voluntad, al tener distintas metas u objetivos en la realización de la conducta de pago, cuestión que incidirá en los efectos que dicho pago tenga, ya sea para extinguir, para extinguir y crear, o para transmitir la obligación de origen.

Cabe por último referir que gran número de los artículos y de las consecuencias socio-económicas de cómo se regula el pago a partir de 1928 ya existían en la versión decimonónica "Franco-mexicana". Sin embargo, en esa perspectiva - *que llamaremos "clásica" para obviedad de redacción en los apartados siguientes hacia nuestra conclusión* - la perspectiva y el paradigma del legislador proclives a la regulación y no a la dogmatización sistematización y conceptualización, no pretendían otorgar a su clasificación y organización legislativa, una función dogmática y academicista, como lo hará el legislador de 1928 en virtud de su influencia pandectística.

Ciertamente en los apartados siguientes podremos constatar que los cambios del legislador de 1928 en materia de pago, tienen igualmente un objetivo academicista- pandectística de origen Leibnitziano[1018]. La imputación conceptual y la clasificación de preceptos legales consecuente obedecerá a una visión sistemática del conjunto. Hablar de la teoría general de la obligación y del tratamiento sistemático del pago de la obligacion adquiere nuevamente sentido en la Alemania de la Escuela del derecho histórico y su heredera Beggirffjurisprudenz. La conceptualización de rigor matemático, en la que las instituciones y su interrelación se pretende perfecta, omnicomprensiva y cerrada. Así, la dogmatización de la naturaleza jurídica del pago es el mecanismo técnico merced al cual, un número de situaciones que en la práctica histórica del ius commune, incluso en algunos casos desde el derecho romano, se perpetuaban como justas.

[1018] Berkowits; Opus Cit.

Dichas situaciones fueron reguladas y generalizadas de manera primaria por el legislador napoleónico afín de brindar seguridad jurídica, igualdad ante la Ley, pero sin propósito de armar una estructura conceptual perfecta. En la jurisprudencia de conceptos, causahabiente directo del Código de 1928, estas estructuras serán reclasificadas y conceptualizadas con una misión no solo reguladora sino también de naturaleza y vocación científica académica alrededor de la obligación y el acto jurídico. La sistematización conceptual que esto conllevará es una nueva confirmación de la hipótesis primaria de nuestra investigación, ya que en su primer afán, el legislador pretenderá no sólo cumplir con una función político reguladora propia del liberalismo decimonónico al que ya nos hemos referido. Sin embargo, en ello podrá visualizarse tambien un segundo cambio de paradigma. Desde una perspectiva conceptual y científica, la nueva estructuración y conceptualización de las instituciones viejas de la praxis jurídica privada europea, - *basada en los principios jurídicos del derecho romano y descontextualizadas prima facie en virtud de la generalización* - adquieren un rigor sistemático conllevara a la ruptura del paradigma conceptual. Como veremos a continuación - en seguimiento a cambios analizados a lo largo de este tercer capítulo - esa restructura conllevará a romper con el paradigma conceptual en virtud de lo cual, la obligación no será más una relación jurídica y sus características se verán radicalmente alteradas. Con ello confirmaremos una vez más e iremos cerrando el círculo respecto de nuestra segunda hipótesis, el cambio de concepto de la obligación, inherente en la inclusión de la teoría general de las obligaciones en el Código de 1928.

### 2.7 El pago extintivo.

La regla general, que de hecho corresponde con la perspectiva decimonónica mencionada y romanística implica que el pago es extintivo. Para efectos de los códigos decimonónicos, Code, 1870 y 1884, esto se antoja y presenta como totalmente normal. Ante la no inclusión de la teoría del acto jurídico, la perspectiva "clásica" - *como la referiremos en lo sucesivo* - de origen romanista no puede ver en el pago, sino una forma de extinción, tal y como fue consistentemente calificado y clasificado. Así es como estaba de hecho regulada y concebida doctrinalmente, según se ha expuesto anteriormente. La perspectiva innovadora de vertiente pandectística incluirá la teoría del acto jurídico y la posibilidad de transmitir obligaciones. Lo anterior cambiará la perspectiva respecto de la subrogación y de la novación. Lo mismo será concomitante con otras modificaciones estructurales a que ya hemos referido - *i.e. declaración*

*unilateral de la voluntad, enriquecimiento sin causa, sólo por mencionar un par* -. El universo de supuestos que en la matemática conceptualista, le son asociables son innumerables - *fuentes, formas de transmisión o extinción* -. En ello estriba la desiderata matemática y sistemática de Leibnitz - *antecedente sistémico de que partirá la jurisprudencia de conceptos siglos más tarde* - retomada por Savigny, Puchta, Windscheid y Ihering.

Lo anterior es sin negar que aún en esa perspectiva, también pueda considerarse que el pago tenga un simple efecto extintivo, en ciertos casos, cuando la voluntad de las partes que confluyen en él, de acuerdo con lo antes establecido, no pueden sino buscar ello.

A estos efectos, el Código de 1928 los plantea con simplicidad tratándose del pago realizado por el propio deudor[1019]- como parte de la misma dogmática-. Ciertamente cuando el deudor paga, cumple su deuda y la expectativa del acreedor que le recibe pago. No existe racional alguno - *ni teórico ni practico* - para pensar o intuir que la obligación se transmitiese o que ante su extinción se generase una obligación nueva. Ese pago extingue y no debe de traer aparejada ninguna otra meta, puesto que las expectativas jurídicas y derechos subjetivos de ambas partes se cumplen, reiterando además la naturaleza bilateral de dicho acto jurídico tal y como ya fue expuesto antes.

Lo anterior por supuesto, en aplicación aristotélica, siempre que el deudor efectivamente pagase, ante lo cual el acreedor es el primer filtro de perfección del acto. Si el deudor solventase la deuda con una prestación diferente de la pactada - *fuese la misma naturaleza en cantidad distinta o naturaleza distinta* - claramente no estaríamos en supuesto de pago y las consecuencias conceptuales serían distintas. La alteración de los principios de naturaleza e indivisibilidad del pago, parecerán al respecto imposibles pensando en salvaguardar esa prestación como un pago. Estaríamos en presencia de una novación, de una dación en pago o inclusive de una remisión de deuda. La alteración del principio de la oportunidad o temporalidad del pago, puede sin embargo alterarse más fácilmente por el acreedor a solicitud tácita del deudor, dependiendo del objeto motivo o fin de la transacción de cuyo pago se trata - con lo cual se confirma igualmente la verificación de este por el acreedor, la naturaleza teleológica - *luego entonces de acto jurídico* - del pago y las potenciales distintas consecuencias, conceptual y prácticamente de cada pago[1020].

[1019] "*Artículo 2065.- El pago puede ser hecho por el mismo deudor, por sus representantes o por cualquiera otra persona que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación."*

[1020] Cuando el cumplimiento extemporáneo es factible sin vulnerar substancialmente el objeto motivo o fin que persiguen las partes al momento de contratar, el acreedor implícitamente puede aceptar o acepta la violación del

En la conjunción de voluntades permitida por la dogmatización del 28, esa evaluación del objetivo que perseguían las partes parece aceptable puesto que el pago sigue siendo pago pese a su extemporaneidad, cuando el acreedor lo acepta, pues dependiendo del objeto motivo o fin perseguido, esa evaluación temporal le es posible, no así cuando alterase la indivisibilidad o la naturaleza del mismo caso que implicaría la presencia de instituciones distintas como adelantábamos líneas arriba y que claramente podría romper el objeto motivo o fin del contrato.

El contraste *versus* la versión clásica del pago en este rubro parece no ser tan evidente. Ciertamente el pago extintivo en los códigos de 1884, 1870 y en el Code es regla y no especie como en 1928.

Para el legislador de 1884 igual que para el de 1870, lo anterior se establece *prima facie* en forma de clasificación en del "*Título IV - De la Extinción de las obligaciones*", dentro del cual, el primer artículo define al pago, sobre el cual se desarrollar el primer capítulo "*Del pago, sus varias especies y del tiempo y lugar donde debe hacerse*".

No es nuevamente de sorprender la perspectiva simplificadora del tratamiento de esta materia por ambos códigos. Ciertamente el paradigma legislativo pre-1928 tiene por objeto la regulación, simple como sea posible, dentro de la desiderata liberal y fisiócrata heredada del Code. En esa perspectiva, el Código no tiene las pretensiones lógico conceptuales y dogmáticas que regirán el ordenamiento de 1928 como causahabiente de la pandectística alemana y la jurisprudencia de conceptos.

En efecto, el Code prevé de la misma manera al pago como una forma de extinción siendo inclusive más explícito y puntual en su artículo 1234 en el que específicamente establece que "*Las obligaciones se extinguen: .... por pago …*". Cabe al efecto mencionar igualmente que el Code ubica y clasifica igualmente los artículos respectivos en la sección correspondiente a la extinción de las obligaciones, inaugurando el patrón que seguirán los códigos decimonónicos mexicanos.

Una reflexión que nos parece interesante a estas alturas, así sea como un mero anticipo de siguientes consideraciones - *De la extinción de las obligaciones* - es como desde el propio Code, se sienta nuevamente la pauta que seguirán los Códigos decimonónicos mexicanos en la materia. Esto no es nuevo en esta investigación sin duda, pero es particularmente importante a estas alturas. La simplicidad de la regulación de la extinción de las obligaciones y la ausencia de

---

principio de la oportunidad y recibe el pago extemporáneo teniendo derecho al cobro de daños y perjuicios moratorios por la afectación que esto le implica, el pago es sin embargo válido.

capítulo de transmisión de obligaciones - *a todas luces inadmisible en la perspectiva clásica de las obligaciones* - tiene fundamentos añejos en la praxis legislativa, confirmando así las bases y pautas anti concepto del derecho romano y la perspectiva casuística de la antigüedad. La adopción de la jurisprudencia de conceptos con fines revolucionarios y la asunción del paradigma de un legislador academicista influirá especialmente a partir del pago, pero especialmente en el tratamiento de conjunto que este requiere con las formas de extinción o su reformulación ante la aceptación de la transmisibilidad de la obligación, será la piedra fundamental para considerar que el concepto clásico, no es más aceptable.

### 2.8 El pago extintivo y creador: distintos supuestos.

#### (i). Pago por el representante directo.

El molde clásico del pago se rompe con la dogmatización del pago como un acto jurídico. En razón de este cambio, el pago ya no solo se pretenderá extintivo, sino que podrá retomar diversos objetivos dependiendo del motivo o fin del solvens y accipiens. En ello radica la riqueza de su dogmatización, misma que aunada a la inclusión de la teoría finalista de Bonnecasse así como a los cambios que referiremos a continuación, brinda además una posibilidad matemática de réplica y aplicación en diversas direcciones e instituciones.

*Prima facie*, en términos del Código de 1928 - *según previsto en el artículo 2065 sus mencionado* - la misma consecuencia simplemente extintiva pudiera concluirse respecto del pago efectuado por el representante del deudor. Este artículo requiere sin embargo algunas acotaciones y comentarios que pueden conllevar a que ese pago no sea simplemente extintivo, sino que tenga también algunos efectos generadores de nuevas obligaciones.

El artículo en comento no es expreso respecto del tipo de representación involucrada. Sin embargo, parece evidente de la lectura de los artículos ulteriores[1021] que es materia del artículo 2065 la representación directa, con lo cual este articulado será consistente con la inclusión de una regulación más asertiva en esta materia del Código de 1928 tal y como quedo apuntado

[1021] "*Artículo 2066.- Puede también hacerse por un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor" el "Artículo 2067.- Puede hacerse igualmente por un tercero ignorándolo el deudor",* el *"Artículo 2068.- Puede, por último, hacerse contra la voluntad del deudor",* el *"Artículo 2069.- En el caso del artículo 2066, se observarán las disposiciones relativas al mandato", asi como el "Artículo 2070.- En el caso del artículo 2067, el que hizo el pago sólo tendrá derecho de reclamar al deudor la cantidad que hubiere pagado al acreedor, si éste consintió en recibir menor suma que la debida*" y por *último "Artículo 2071.- En el caso del artículo 2068, el que hizo el pago solamente tendrá derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago."*

anteriormente al distinguir la representación directa de la indirecta en los artículos 1800 a 1802[1022] *versus* lo regulado en el capítulo de mandato, también como influencia de la pandectística en esta materia[1023].

Parece así conclusivo que el pago por representante a que refiere el artículo 2065 es el pago realizado por un representante directo y que consecuentemente, en atención a la teoría de la ficción - *que parece ser la más atinada[1024] en la explicación de los principios y efectos de la representación directa referida anteriormente* - el pago sería jurídicamente realizado por el propio deudor por lo que no habría lugar en ese pago más que a una extinción de la obligación del propio deudor a manos de su *alter ego* jurídico. Sin embargo, consideramos que en este rubro, tanto práctica como técnica y dogmáticamente es necesario precisar que pudiera ese pago por el representante directo, ser igualmente la fuente directa de obligaciones a cargo del representado, cuando este no hubiere proveído los fondos para el pago, siendo al efecto la fuente indirecta el enriquecimiento sin causa[1025]- *también novedosamente incluido en el Código de 1928 como ya ha quedado expuesto*-. Ciertamente si el representante - apoderado o representante legal o corporativo del deudor - cubriese la deuda en nombre del acreedor, pero con recursos propios, - *amén de extinguir la obligación del representado en virtud de la ficción implícita* - su voluntad dogmatizada de acuerdo con la combinación de las instituciones jurídicas en juego - *representación, pago, enriquecimiento sin causa* - actualizaría igualmente el supuesto de una fuente.

La fuente en cuestión sería el enriquecimiento sin causa, siempre que de acuerdo con los requisitos y planteamiento de esta última, el deudor no tuviese ningún otro recurso que hacer valer ante el deudor, previamente considerados a saber; (i) el enriquecimiento del *accipiens* - *deudor original* -, (ii) el empobrecimiento del *solvens* - *representante*- , (iii) la relación causal entre ambos, (iv) la ausencia de título jurídico que soportase dicho desplazamiento económico y

---

[1022] Según, el "*Artículo 1800.- El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado", el "Artículo 1801.- Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la Ley" y el "Artículo 1802.- Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la Ley. Si no se obtiene la ratificación, el otro contratante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató."*

[1023] Cfr. Fromont et al; Opus Cit; p 59

[1024] Borja Soriano Manuel, Opus cit; p 250

[1025] Incluido novedosamente en 1928 en calidad de fuente y no solo de principio por la influencia de fuentes abstractas tal y como ya quedo expuesto en terminos del artículos 1882.

(v) el que no hubiese ninguna otra acción que tutelase su derecho a recuperar aquello que pago en nombre de otro pero con cargo a su patrimonio personal[10261027].

Es obvio por la acumulación de los requisitos referidos en la figura del enriquecimiento sin causa, así como en la esencia y estructura de la representación directa como una figura abstracta[1028], que la aplicabilidad del enriquecimiento como fuente remota de las obligaciones que se gestaren a resultas del pago del representante directo depende de que dicha representación directa no estuviese apuntalada igualmente por alguna otra figura que fuese fuente de obligaciones suficiente para sustentar su derecho a ser reembolsado, mismo que surgiría en conjunción del pago como representante - *fuente directa*- y de la fuente de obligaciones que le amparase igualmente (i.e. contrato de mandato, contrato de prestación de servicios profesionales, etc..) - *fuente indirecta*-. Lo anterior en claridad que, ante la falta de esa fuente indirecta, operaría el enriquecimiento de acuerdo con lo antes expuesto.

Relevante resulta sin embargo en el propósito organicista y circular del legislador de 1928 cómo, en este rubro el pago se ve acompañado y apuntalado - *para efectos de su creación de efectos jurídicos y no solo de su extinción de otros*- de otras instituciones como son la representación directa - *novedosamente incluida y distinguida de la indirecta también en 1928*- , así como por el enriquecimiento sin causa - *igualmente de novedosa inclusión, ya no solo como principio sino como fuente formal en términos del 1882 sus-referido*- , inclusiones cuyas aplicaciones dogmáticas se vislumbran útiles en este rubro como lo hicieren en materia de títulos abstractos, amén de la valía práctica que les es igualmente asociable.

Al respecto - así sea brevemente - resulta muy relevante contrastar lo anterior con la situación de los Códigos decimonónicos mexicanos y el Code. Ninguno de los anteriores distinguía expresamente los tipos de representación como lo hace el de 1928. Asimismo, ninguno de los anteriores recogía el enriquecimiento sin causa como lo hace el de 1928 en calidad de fuente especifica- *que no como principio general del derecho tradicionalmente aceptado en vía jurisdiccional con los vaivenes indicados por Bonnecasse*[1029]-.

---

[1026] "*Artículo 1882.- El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido.*"

[1027] Relevante recordar que la inclusión del enriquecimiento sin causa como fuente expresa en el CC28, deriva igualmente de influencia pandectística más allá de la interpretación jurisprudencial narrada por Bonnecasse; para mayor información Cfr. Fromont Et al, Opus Cit; p 120-121

[1028] Diez Picazo Luis et al; Sistema de Derecho Civil Tecnos, Madrid 2002; p 554-582

[1029] Bonnecasse Julien; Tratado elemental de derecho civil; Editorial Harla; México D.F., 1993; 1048 pp; p 809-818

Si bien el artículo 1529 del Código de 1884 y el 1643 del Código de 1870 preveían que "*el pago puede hacerse por el deudor, por su representante y por cualquier tercero interesado en el cumplimiento del contrato*", ninguno de ambos ordenamientos preveía un tratamiento orgánico con la representación directa ni la inclusión del enriquecimiento sin causa como el Código de 1928. Probablemente la solución a fin de cuentas iría en la misma dirección por vía jurisdiccional - *o por medio de una subrogación convencional en el caso de que se obtuviese el consentimiento del deudor*- , puesto que es claro que en justicia, el *solvens* tendría derecho a recuperar aquello con lo que pagó si es que utilizó al efecto su peculio, para cubrir la obligación. Sin embargo, la solución proveída por los Códigos durante el siglo XIX, no gozaba de la acotación técnica de la representación directa ni tampoco de un fundamento expreso para sustentar la reclamación del pago efectuado.

Claramente el tratamiento de conjunto - *aunque muy poco técnico* - de la representación directa e indirecta en los códigos del siglo XIX orientaba en esta materia una solución idéntica al caso del representante y al del mandatario, ubicándolos como sinónimos. El artículo 1530 del Código de 1884 preveía al efecto que "*puede también hacerse por un tercero no interesado en el cumplimiento que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor"*. Al respecto el artículo 1533 del mismo ordenamiento preveía que " *...en el caso del artículo 1530 se observarán las disposiciones aplicables al mandato*". Claramente al no haber distinción entre los tipos de representación prevista en el Código y ser las mismas poco tratadas en la doctrina, bien podría considerarse que el artículo 1529 preveía una regla general hablando de representante, cuyas únicas facetas eran las relativas al mandato. Valga como una mera acotación marginal en soporte a lo anterior citar la definición de mandato que daban respectivamente el Código de 1884 y el de 1870, en las que resulta patente la confusión de las dos figuras representativas apuntalando en consecuencias nuestra aseveración en esta materia, "*...el mandato o procuración (sic) es un acto por el cual una persona da a otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa...*"[1030] - *según el texto de los artículos 2342 del Código de 1884 y 2474 del Código Civil de 1870* - . Cabe referir para cerrar este concepto que la misma confusión de figuras se remonta legislativamente hasta el propio Code - *según el texto del artículo 1984 del Code-*, de cuyo texto

[1030] Confusión patente cuando en términos del CC28 el mandato ya es definido expresamente como contrato, se le distingue de la procuración y tiene por ende una naturaleza jurídica bilateral que no unilateral como sucede con el poder.

toman prácticamente mediante traducción literal sus definiciones los códigos decimonónicos mexicanos.

Sin embargo, las consecuencias del pago por el representante tienen ciertas particularidades que - *ante la distinción técnica de las representaciones ya en 1928* - permiten distinguirlas de las que se detonan cuando el pago se efectúa por el mandatario, tal y como veremos en la sección siguiente. En esto se verifica una nueva comprobación de nuestra hipótesis respecto de un legislador de vocación pandectística y dogmática cuyo más integral y sistémico tratamiento de las instituciones permite una visión más armónica y conceptualista de las instituciones reclasificadas que será de novel inserción o conceptualización.

### (ii). Pago por mandatario.

En abundamiento a lo prescrito en la sección inmediata precedente pero también a las reflexiones en materia de representación directa e indirecta, igualmente de nueva introducción en el ordenamiento civil de 1928, el Código establece en esta materia una nueva oportunidad para reiterar las diferencias entre mandato y poder, - *respectivamente representación indirecta y directa* - misma que radicaliza su potencial en materia de pago, *versus* lo expuesto en el capítulo precedente.

El Código de 1928 prevé un segundo supuesto de pago, realizado por un tercero con consentimiento expreso o presunto del deudor[1031]. A su respecto el Código prevé que, en este caso, en diferencia de lo que opera con lo establecido en el segundo supuesto del 2065 que en ese pago serán aplicables las disposiciones del mandato[1032]. Claramente el código de 1928 establece al efecto - *de entrada conceptualmente* - pero también con consecuencias prácticas evidentes, que ante el pago por ese tercero con consentimiento expreso o presunto, se confirme la presencia de un mandato - *situación que presume el acuerdo entre mandante y mandatario para la realización de un acto jurídico, en este caso el pago, por el cual se pague, se extinga consecuentemente la obligación*- pero que en su esencia de contrato - *fuente por antonomasia de las obligaciones* - se generen y cumplan las obligaciones resultantes ente mandatario y mandante. En breve, la rendición de cuentas por parte del mandatario y en su caso la ratificación y el pago de los gastos por el mandante. Lo anterior evidentemente cubriría las aristas

[1031] "*Artículo 2066.- Puede también hacerse por un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor."*
[1032] "*Artículo 2069.- En el caso del artículo 2066, se observarán las disposiciones relativas al mandato".*

anticipadas en el contexto del pago efectuado por un representante directo en el que distinguiendo si hubo o no provisión de fondos por parte de mandante, habría obligación ya sea de restituir el sobrante más los comprobantes de los gastos efectuados en el pago, o bien la restitución integra en el caso que el mandatario hubiese utilizado sus bienes para cumplir con el encargo contratado.

En todo lo anterior y tal como se refirió en la sección anterior respecto del pago realizado por el representante, los artículos y la estructura de los Códigos de 1870 y 1884 son prácticamente idénticos a lo previsto por el Código de 1928, respecto del pago efectuado por un tercero no interesado con consentimiento expreso o presunto del deudor, para los cuales los tres ordenamientos concluyen igualmente la presencia y figura de un mandato. La diferencia esencial estriba en la distinción que el Código de 1928 incluye respecto de los tipos de representación con lo cual la introducción general que prevé el actual 2065 y los predecesores de 1884 y 1870 si permite hacer una acotación distinta para el caso del pago por representante - directo - que, para el mandatario, - *representante también, pero indirecto*-.

En cualquier caso, la aparición de una figura de representación indirecta - *mandato* - evidencia la generación de obligaciones ulteriores entre mandante y mandatario que en el caso de la representación directa no existe en atención a su naturaleza abstracta y ficticia de inspiración pandectística[1033]. Así en ausencia de ninguna otra fuente que fuese concomitante con el acto de apoderamiento del representante directo en su caso y ante la provisión de fondos por este, podría acudir al enriquecimiento sin causa, como institución incluida - *en calidad de fuente* - igualmente de manera novedosa al efecto en el Código de 1928 junto con la representación directa y el pago en este caso y brindando las tres al unísono, la perspectiva de conjunto sistemático y conceptual inherente a la *Beggrifjurisprudenz* y ausente en la versión clásica del pago simplemente extintivo.

### (iii). El pago realizado por un gestor de negocios.

El Código prevé igualmente, en su pléyade de supuestos relativos a quien puede pagar, que el pago bien puede efectuarse de misma forma, existir como acto jurídico valido y ser válido,

[1033] Diez Picazo; et al, Opus Cit; p 554-582

cuando se realiza por un tercero, ignorándolo el deudor y aún en contra de la voluntad del deudor[1034].

En este supuesto el pago sistemáticamente esta conceptualizado y clasificado para que al igual que en los supuestos anteriores, el pago por un tercero ignorándolo el deudor tenga como efecto primario, la extinción de las obligaciones que pague ese tercero[1035]. En primer lugar, lo anterior es, sin embargo, sin óbice de los efectos creativos que tiene al efecto respecto de la obligación que surge para el deudor cuya deuda fue solventada con recursos de ese tercero, cuando el deudor ignora lo mismo - *lo cual se presenta como obvio dada la ausencia de consentimiento del deudor en ello*- para reembolsar a ese tercero los gastos en que incurrió para el pago de esa deuda.

En este caso, parece evidente que es una obligación nueva la que surge a cargo del deudor, en favor de aquel tercero que pago cuando lo ignoraba, para requerirle el reembolso de aquello que hubiera utilizado para solventar la deuda.

Lo mismo acontece en tratándose del pago realizado aún en contra de la voluntad del deudor - *artículo 2068 sus mencionado* - , puesto que amén la extinción de la obligación, - *efecto natural prima facie de ese pago*- , el pago no obstante haberse ejecutado contra la voluntad de ese deudor, extingue la obligación y faculta al tercero que lo efectuó, a pedir el reembolso de los gastos en que hubiese incurrido para efectuarlo y respecto de los cuales parece igualmente obvio que no fueron proveídos por el deudor cuando este expresamente habría manifestado su negativa a que el pago se realizase por ese tercero- *actualizándose los supuestos de la gestión de negocios y cerrando el círculo conceptual en el contexto de la lógica y sisetmática pandectística de referencias dentro de los propios conceptos creados* -.

En lo relativo a estos dos supuestos, la redacción del articulado no es absolutamente clara respecto de la naturaleza de la fuente. Una interpretación armónica con las disposiciones relativas a la gestión de negocios resulta necesaria y termina siendo muy ilustrativa. El surgimiento de una obligación es evidente, su asociación con el pago como un acto jurídico se

---

[1034] "*Artículo 2067.- Puede hacerse igualmente por un tercero ignorándolo el deudor.", el "Artículo 2068.- Puede, por último, hacerse contra la voluntad del deudor.", el "Artículo 2069.- En el caso del artículo 2066, se observarán las disposiciones relativas al mandato.", el "Artículo 2070.- En el caso del artículo 2067, el que hizo el pago sólo tendrá derecho de reclamar al deudor la cantidad que hubiere pagado al acreedor, si éste consintió en recibir menor suma que la debida." y el "Artículo 2071.- En el caso del artículo 2068, el que hizo el pago solamente tendrá derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago. "*

[1035] "*Artículo 2067.- Puede hacerse igualmente por un tercero ignorándolo el deudor."* y *"Artículo 2070.- "En el caso del artículo 2067, el que hizo el pago sólo tendrá derecho de reclamar al deudor la cantidad que hubiere pagado al acreedor, si éste consintió en recibir menor suma que la debida".*

confirma. La esencia de la fuente es la que no era claramente tratada en el siglo XIX - *por un lado debido la no dogmatización del pago como acto jurídico y por la consideración y clasificación de este como una simple forma de extinción de las obligaciones y por el otro por la contarctualización como un tipo de mandato de la gestion de negocios y la mezcla de los tipo de representación previamente referidos* -. La redacción sin embargo es poco feliz y bien vale una breve referencia en su necesaria interpretación armónica, con el fin de redondear los conceptos buscados por el legislador y confirmar la naturaleza de la fuente en cuestión.

Ciertamente, los artículos del pago por tercero ignorándolo el deudor - *artículo 2067 sus mencionado* -, prevén que el tercero que hizo el pago "*solo tendrá derecho de reclamar al deudor la cantidad que hubiere pagado al acreedor, si este consintió en recibir suma menor que la debida* "- *artículo 2070 sus mencionado* -

*Prima facie* pareciera que sólo si el tercero que actúa como *solvens* lograse un descuento o quita al momento de pagar por el deudor, tendría derecho de pedir a este el reembolso de lo que pagare. Claramente esta lectura primaria y meramente literal del articulado no puede ser la correcta y debe de ser interpretada armónicamente con la institución de referencia.

Ciertamente, la gestión de negocios por definición es gratuita[1036] y por ende el gestor no tendría derecho de reclamar remuneración alguna por el desempeño del cargo que inicia por *motu propio*, en ausencia de poder o mandato[1037]. En este contexto es que se debe de interpretar el artículo 2070 para efectos de determinar que si el gestor - *tercero que paga ignorándolo el deudor* - logra una quita no tendría - *en la adecuada y sistemática interpretación del artículo* - derecho de cobrar al deudor - *dueño del negocio* - más que aquello que hubiese efectivamente desembolsado y no el total de la deuda por la que lo estuviere liberando. En esta línea confluyen así los requisitos de la gestión de negocios junto con las obligaciones del dueño del negocio - vbgr. 1898 y 1904[1038] - con los del artículo que regula el pago por un tercero ignorándolo el deudor - vbgr 2067 y 2070 [1039]- , en interpretación armónica que confirma en consecuencia la adecuada interpretación del último precepto - 2070 -, pero sobre todo la naturaleza conceptual y

[1036] "*Artículo 1904.- Deben pagarse al gestor los gastos necesarios que hubiere hecho en el ejercicio de su cargo y los intereses legales correspondientes; pero no tiene derecho de cobrar retribución por el desempeño de la gestión*."
[1037] "*Artículo 1896.- El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio.* "
[1038] *"Artículo 1904.- Deben pagarse al gestor los gastos necesarios que hubiere hecho en el ejercicio de su cargo y los intereses legales correspondientes; pero no tiene derecho de cobrar retribución por el desempeño de la gestión."*
[1039] "*Artículo 2067.- Puede hacerse igualmente por un tercero ignorándolo el deudor." y*
*"Artículo 2070.- En el caso del artículo 2067, el que hizo el pago sólo tendrá derecho de reclamar al deudor la cantidad que hubiere pagado al acreedor, si éste consintió en recibir menor suma que la debida."*

técnica de la fuente por la que ese derecho del *solvens* surge, cerrando armónicamente este nuevo ciclo conceptual, entre pago - *acto jurídico cuya voluntad es relevante* -, representación directa e indirecta, gestión de negocios y gratuidad que enlaza a las tres figuras de forma sistemática.

De otra forma el tercero que paga ignorándolo el deudor, si lograse negociar una quita parcial del adeudo, podría estar lucrando aún sin el consentimiento del deudor, lo cual parece inaceptable y no sería consistente ni sistemático con la regulación de la gestión que parece soportar el caso de estos pagos sin consentimiento y contra la voluntad del deudor.

Coincidiendo los supuestos y las condiciones es que parece evidente vincular las consecuencias y entender que el Código conceptualiza el pago por tercero ignorándolo el deudor como pago de gestor y que por ende no tendría este derecho de cobrar remuneración alguna - *gratuidad de la gestión al amparo del 1904* [1040]y que por ende el 2070 de previa referencia debe leerse de manera a concluir que en el caso que el tercero logre una quita por parte del acreedor, al momento de efectuar el pago - *que nadie le encargo ni facultó* - no tiene derecho de cobrar el total de la deuda al deudor original sino solo aquello que hubiese efectivamente pagado. De ser esta la conclusión adecuada, el *solvens* solo estaría actuando como un gestor de negocios con lo cual, se corroboraría que estos artículos deben de interpretarse integral y armónicamente como quedaría patente en la perspectiva de la pandectística alemana retomada por el Código de 1928, al amparo de la cual ese pago solo justificaría la multiplicidad de puntos de vista y consecuencias potenciales, como acto jurídico, efecto de las obligaciones y no como un simple medio de extinción. Una vez más la visión sistemática de la pandectística parece regir la interpretación.

De la misma manera para el caso del pago del tercero en contra de la voluntad expresa del deudor - *vbgr artículo 2068 y 2071*- [1041] parece evidente *prima facie* que, por simple analogía, las mismas consideraciones y conclusiones debieran de aplicar. Sin embargo y más allá de la simple analogía, los preceptos del Código de 1928 y su clasificación inciden en llevar a una conclusión similar. Ciertamente el gestor puede igualmente actuar en contra de la voluntad del dueño del negocio. En este contexto, el dueño del negocio que hubiese sido útilmente gestionado debe de [...] pagar los gastos en que hubiese incurrido el gestor de negocios según expuesto y fundado. Aún en el caso de que no ratifique la gestión debe igualmente de reembolsar esos gastos - vbgr.

[1040] "*Artículo 1904.- Deben pagarse al gestor los gastos necesarios que hubiere hecho en el ejercicio de su cargo y los intereses legales correspondientes; pero no tiene derecho de cobrar retribución por el desempeño de la gestión.*"
[1041] "*Artículo 2068.- Puede, por último, hacerse contra la voluntad del deudor." y "Artículo 2071.- En el caso del artículo 2068, el que hizo el pago solamente tendrá derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago."*

artículo 1907- [1042]. Ciertamente, la forma más armónica y sistemática de interpretar esto parece radicar igualmente, en la vinculación de ese pago por el tercero con una gestión de negocios contra la voluntad expresa del dueño del negocio. Las consecuencias son las mismas, la ratio iuris los conceptos y los supuestos coinciden también.

Lo que resultaba extraño *prima facie* era considerar que ese pago pudiese a la vez actualizar una figura de fuente de las obligaciones, ignota en la perspectiva clásica, ya que el pago solo era una forma de extinguir. El acto jurídico era desconocido y las obligaciones, se generaban esencialmente por contrato o delito civil, salvo por los cuasi contratos y los cuasi delitos como escasas excepciones a la regla de voluntad o culpa - *binomio Gayano de las fuentes retomado hasta 1928 en el que gracias a Duguit se rompe ese molde conceptual*-.

De hecho, ante el pago, el consecuente reembolso de las impensas para el pago por el gestor como el núcleo de las obligaciones que surgen para el dueño del negocio, es un efecto natural. La razón por la que esta figura fue clasificada como fuente autónoma, segregándose del contrato de mandato a la sombra del cual había sido tradicionalmente cultivada durante varios siglos, deriva de la influencia de Duguit y sus derroteros revolucionarios versus la primacía del contrato. Un golpe al mandato, segregándole el "mandato oficioso" parece natural en ello con una serie de efectos colaterales logrados a través de la integralidad y sistemática pandectística de los demás cambios, reclasificaciones y novedades incluidas en 1928.

Claramente no era connatural a la gestión, la posibilidad de generar obligaciones a cargo del dueño del negocio por los actos que celebrase el gestor en su nombre, - *siendo la gestión una figura de representación indirecta* –. Lo anterior, salvo en la confusa vorágine post Code y decimonónica - *ante la tesis clásica de las nulidades, la ausencia de un tratamiento adecuado de las especies de representación, la asimilación de la gestión a una figura contractual relacionada con el mandato*-, por nombrar solo algunas.... De ahí la necesidad de interpretar también armónicamente la combinación de los preceptos en gestión de negocios, con el articulado que regula hoy a la representación directa, junto con los requisitos de existencia de los contratos. Merced a este análisis se puede lógicamente concluir que el gestor no puede contraer obligaciones en nombre del dueño del negocio, que las que así fuese caería lógica y

[1042] "*Artículo 1907.- Cuando el dueño del negocio no ratifique la gestión, sólo responderá de los gastos que originó ésta, hasta la concurrencia de las ventajas que obtuvo del negocio."*

conceptualmente en un supuesto de inexistencia que no de anulabilidad como lo era en el contexto decimonónico (Code y Códigos de 1870 y 1884).

Extrapolando esto vía la teoría del acto jurídico que adopta el código de 1928 como ya se ha expuesto, el gestor no podría válidamente, en una visión lógica, técnica y armónica - *so pena de inexistencia que a la postre no es susceptible de ratificación* - realizar acto jurídico alguno en nombre del dueño del negocio. Se puede apreciar ahora desde el pago esta combinación lógico conceptual, con muy interesantes conclusiones. La misma es claramente parte de la visión de conjunto dogmático por efectuar cruzando las distintas instituciones a lo largo de la unificada "Teoría General de la Obligación", incluida en el Código como nuevo paradigma de la función legislativa.

En este análisis lógico conceptual, la única excepción a la regla respecto de lo que podría hacer el gestor en nombre del dueño del negocio parecería ser el pago. De acuerdo con lo antes expuesto, (i) si el pago es un acto jurídico bilateral, (ii) si el mismo puede producir efectos, más allá de la extinción de la obligación solventada, (iii) si el pago puede ser realizado por el gestor - esto es ignorándolo este o en contra de su voluntad - *vbgr fuente en gestión -1896 - y efecto en pago -2067 y 2068* - ese pago en calidad de acto jurídico sería efectuado por el gestor en nombre del dueño del negocio para que este pudiera surtir verdaderamente efectos. Sin embargo, *prima facie* eso implicaría una *contradictio in terminis* con lo antes expuesto y adoptado en razón del paradigma Bonnecassiano en requisitos de existencia del acto jurídico. Sin embargo esta puede verse como la verdadera - *y por ende única* - excepción que confirma la regla en virtud a un principio general de derecho en materia privada, el *pacta sunt servandae.*

Ciertamente por el pago todo debe de permitirse y así parece consagrarlo el legislador de 1928. Cabe referir que, en la honra de este principio, no puede haber lesión de intereses o derechos algunos puesto que por un lado, el acreedor recibe pago y ve satisfecho su interés, por el otro, el deudor no puede válidamente alegar no querer pagar o que sufre un daño por el pago de sus obligaciones y por último, el gestor que cumple la obligación de otro - *sin pretender lucrar como queda explícito en la figura según antes expuesto* - no puede tampoco sufrir lesión jurídica alguna en ello. De hecho, el tratamiento de gestión al respecto parece nuevamente darle a ese pago la sistemática integridad y armonía conceptual necesaria. Al extinguirse la obligación del dueño del negocio - *ese acto que de otra forma sería inexistente* - es aceptado por el sistema

afín de constituir la fuente en virtud de la cual nace su derecho para cobrar los recursos utilizados para cubrir la obligación, sin lucrar en ello y cumpliendo un fin de solidaridad social.

En esta evaluación se corrobora nuevamente la paradigmática visión armónica y de conjunto del legislador, ausente en los tratamientos legislativos anteriores para los que el legislador tenía una *desiderata* distinta, poco sistemática. En ello la nueva corroboración de nuestra hipótesis primaria que a su vez refuerza la segunda a la que ya hemos abundado fundamentos faltando sin embargo "la última vuelta de tuerca" derivada de la transmisión y extinción de las obligaciones que se expondrá a continuación.

### 2.9 El pago traslativo. -

#### (i). Premisas generales del pago traslativo. -

Todos los considerandos anteriores no son a fin de cuentas sino ajustes respecto de un articulado que ya estaba presente en los códigos precedentes del siglo XIX y de una consideración jurídica que jurisdiccionalmente tiene el mismo origen y la misma dirección. Fuere lo anterior corroborado solo mediante una accidentada aproximación pragmática y ocasionalmente por determinación judicial, es claro que la fenomenología fáctica abarcaba los mismos supuestos que no eran sin embargo sistemáticamente conceptualizados y organizados. Su conceptualización sistemática y orgánica con una clara visión cientificista de inspiración pandectística sólo llegará con el CC28. Ciertamente desde el derecho romano el principio general del enriquecimiento sin causa auspiciaba que todo sujeto que solventase una deuda que no le correspondiente, tuviese derecho a un reembolso, lo cual aplicaría *prima facie etceteris paribus - fuera de la disposición legal* - al pago realizado por el representante directo como indirecto, independientemente de las particularidades técnicas aplicables a uno y a otro. Primariamente esos derechos se desarrollaron dentro de las figuras híbridas, cuasi contrato o cuasi delito, como acciones otorgadas dentro de ese ese fin. Sin embargo ese tratamiento - *por virtud de la propia estructura del derecho romano y su vocación anticonceptual a que ya hemos hecho referencia* - era poco sistemático y carecía de toda visión conceptualizadora. Asimismo, la ponderación del pago como un medio extintivo de las obligaciones radicalizaba esa falta de sistemática al poner aún más en entredicho la naturaleza jurídica y la dogmatización de la fuente de dichos derechos a ser reembolsado que parecen haber sido observados de forma más accidental. A fin de cuentas, los desarrollos antes mencionados no ponían en tela de juicio el aspecto extintivo del pago, en su caso lo

complementaban solamente como un pago que amén su efecto extintivo se conjuntase con una fuente que diera lugar a un derecho de reembolso por el solvens. Las reglas del enriquecimiento sin causa operarían sin embargo, al igual que bajo el imperio del Code, como aplicación jurisprudencial del principio. La dogmatización y conceptualización sistemática de esto no era, por lo menos al nivel del Código, un tema de análisis o preocupación.

La adopción, sin embargo, de ciertas doctrinas novedosas por el legislador parecen dar un contenido dogmático y conceptual a estas materias. La interpretación de las mismas tomará un tinte mucho más técnico y ambicioso. De entrada, la dogmatización del acto jurídico y la posibilidad de encuadrar en el mismo al pago abriría una pléyade de opciones que fueron completamente segregadas o ignoradas antes de la jurisprudencia de conceptos y para efectos de derecho positivo mexicano, antes del Código de 1928.

Así el pago por un gestor de negocios y su derecho al reembolso, así como la interacción de un representante - *por más confundida que fuese la presentación de esta figura según expuesto anteriormente* - eran ya admitidas de alguna forma más jurisprudencial y casuistica. Las mismas fueron sin embargo radicalizadas e impulsadas por la publicación del nuevo código del siglo XX y los postulados doctrinarios y lógicos que le son inherentes. Dichas instituciones fueron sistematizadas en 1928, pretendiendo una perspectiva sistémica y orgánica con la materia en comento en esta sección. En adición a la inclusión de la teoría del acto jurídico y la consecuente dogmatización del pago como acto jurídico, la inclusión de la representación directa y de la teoría de las nulidades de Bonnecasse claramente inciden en esa línea, dando un primer golpe de timón en la apreciación de la función del legislador. Esto incidió substancialmente en el avance del Código de 1928 hacia la conceptualización y sistematización de esas instituciones que ya existían como satelites del acto jurídico y de la obligación en calidad de conceptos fundamentales[1043].

[1043] Fromont Et al Opus cit; p 17, " .... *la science pandectiste ( Pandektenwissenschaft ) qui exerca une influence particuliêrement détérminante sur les travaux du BGB, avait suscité au XIX siècle, specialement en Allemagne, le developpement d'unmode de penséeinconnu jusqu'alors, caractérisé par sa rigueur et sa tendance delibérée a la systématique. Dans son éffort pour donner une forme scientifique au droit et spécialement au droit privé, il recourait à l'abstraction et aux distinctions. Cette méthode rejoignait le souci du législateur de ne pas donner au BGB une trop grande ampleur, tout en prétendant envisager l'ensemble des situation susceptible de se présenter. Dans ce but, le législateur, obéissant à la tendance de l'époque porta le style des textes élaborés par lui à un niveau aussi élevé d'abstraction et de généralisation. Il chercha par des définitions et des concepts de portée générale, exepmts de toute causuistique, à définir les conditions d'application des règles, de telle facon qu'un juge instruit pût statuer sur les procès, en suivant une argumentation susceptible d'être logiquement controlée....*"

Todo lo anterior, en su reestructura o sistematización sirve como piedra angular para la inclusión de un cambio fundamental en la perspectiva conceptual de la obligación que pudiese resultar de ellas, ignorado aunque implícito en muchas de las instituciones anteriores (énfasis añadido) y de las contradicciones que le eran inherentes. A través de la dogmatización del pago como acto jurídico y de la obligación ya distinguida del binomio contractual, el legislador de 1928 pudo así hacer referencia a la transmisión de las obligaciones, un tópico impensable en la perspectiva clásica romanista y su causahabiente decimonónica. Esta novel introducción legislativa de profundo calado en la perspectiva del código dejará ver, no solo el cambio paradigmático en la función del legislador sino también y muy especialmente en la concepción resultante de la obligación que en combinación con los cambios previamente expuestos confirmarán nuestras hipótesis de trabajo.

Ante esa introducción de la transmisión de las obligaciones, se presenta la evidente necesidad de considerar otros tipos de pagos que en su calidad de acto jurídico pudieran tener no sólo una función extintiva o extintiva y creadora de acuerdo con lo anterior, sino que, a la postre permitirían transmitir el fenómeno obligatorio, alterando su elemento subjetivo sin aparejar la extinción de la misma obligacion.

**(ii). Modificación esencial en el capítulo de pago respecto del pago traslativo. -**

A este respecto, la propuesta del Código en el capítulo de pago se presenta *prima facie* accidentada puesto que no se le hace mención específica sino a través de escaso texto en artículos que adicionalmente requieren por lo mismo una visión armónica, así como a través de un par de referencias indirectas y un análisis de conjunto. Resulta pues nuevamente necesario hacer un análisis integral y sistemático con otros capítulos, los cuales, merced a las reclasificaciones efectuadas por el legislador, algunas ya referidas - *declaración unilateral de voluntad, acto jurídico, enriquecimiento sin causa, teoría Bonnecassiana de las Ineficacias o Nulidades, dogmatización del pago* - pero también y muy especialmente de otras que se referirán en los apartados siguientes - *inclusión de la transmisión, reclasificación de la subrogación, cambios estructurales en las formas de extinción* - brindan una visión de conjunto sistemático, como parece haber sido pretendido por el legislador en ejercicio de su nuevo rol. En ejercicio de

este nuevo rol, ya no solo regulador sino educador o inclusive académico, las consecuencias dogmático-conceptuales respecto de la obligación son evidentes.

Particular anotación haremos en primer lugar respecto de la reclasificación, del cambio de naturaleza jurídica y de las especies de la subrogación manifestada por el legislador de 1928. Esta institución deja de estar ubicada en el capítulo del pago como forma de extinción para hallarse en el capítulo-género de la transmisión, como especie traslativa de naturaleza legal[1044]-. Ciertamente esta es la más relevante con fundamento jurídico en el capítulo del pago y las modificaciones siguientes. En conjunto servirán todas ellas a sustentar la posibilidad de un pago con efectos traslativos. Al respecto haremos aqui algunas acotaciones en esta sección para efectos de sustento de la naturaleza del pago traslativo introducido en 1928 con independencia de su tratamiento más adelante.

Cabe mencionar como un mero antecedente, que al no admitirse la transmisión de obligaciones en la versión clásica de la materia - *antigüedad hasta BGB* - , no hay antecedentes del pago traslativo en los Códigos de 1884 y 1870 como tampoco en el Code. Igualmente referiremos muy brevemente que en los Códigos de 1884, 1870 y el Code, la subrogación se encontraba - *fiel a las perspectivas no dogmáticas a que ya hemos hecho referencia* - dentro del capítulo de la extinción de las obligaciones[1045], ya que, al no haber posibilidad conceptual ni práctica de transmitir obligaciones, ese pago subrogatorio no podría tener la naturaleza que hoy le atribuyen la Ley y la doctrina. En ese contexto decimonónico, la subrogación se clasifica como una forma de extinción de las obligaciones, correspondiendo más adecuadamente a una consecuencia de la extinción de las obligaciones. Lo anterior, independientemente de las contradicciones conceptuales a que esto conlleva y que claramente, ni la pandectística ni el CC28 aceptarían en concierto con los otros cambio referidos en esta investigación.

En la versión clásica de las obligaciones y en los códigos decimonónicos, la subrogación admite dos facetas, una voluntaria y la otra legal, mismas que dejarán de tener relevancia en la nueva perspectiva sistemática y armónica propia de la jurisprudencia de conceptos introducida en 1928. Es así ya en 1928, que el código de mérito cierra la pléyade que se contiene en el capítulo de pago respecto de los sujetos que pueden pagar, con la aseveración - *esa sí, ciertamente*

[1044] Radical cambio entre el artículado del capitulo V - *De la Subrogación* - del Título IV - *De la Extinción de las obligaciones* - bajo el Código de 1884 que sigue nuevamente la tradición heredada del Código de 1870 y del Code - versus la inclusión en el Capitulo III - *De la Subrogación* - dentro del novel Título III - *De la transmisión de las obligaciones* - en el Código de 1928 .
[1045] Ibidem

*novedosa versus sus antecedentes decimonónicos* - de que"...*el acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por cualquier tercero…*" (énfasis añadido)[1046]. La novedad a que hacemos referencia bien podría indicar la pauta que abre, tímidamente, pero abre sin duda, a los supuestos de pago traslativo, (claramente el supuesto va más allá de lo antes establecido respecto del pago realizado por el deudor, por su representante directo o por su representante indirecto -mandatario o gestor de negocios-, ya que parece - a diferencia de los supuestos anteriores corresponder a una necesidad e interés de distinta índole-). En los ordenamientos decimonónicos, esta opción estaba ciertamente, expresamente prohibida y restringida. Así el Código de 1884 preveía que "... *el acreedor no puede ser obligado a recibir de un tercero el pago, si en el contrato hay declaración expresa en contrario o si por aquella prestación se le irroga perjuicio"*. (énfasis añadido).[1047] Sería evidentemente discutible y parece poco evidente que el acreedor - *salvo en prestaciones intu intu personae* - restringiese su derecho - *que no expresamente obligación en el siglo XIX por no ser el pago dogmáticamente aceptado como un acto jurídico bilateral sino como una forma de extinción* - a recibir pagos de un tercero, o a que el pago de un tercero pudiere irrogarle perjuicio. De la misma forma la percepción personalista pseudo-conceptual de la obligacion como una relación, impedía este fenómeno. No creemos ciertamente que esto sea un simple cambio de redacción sino un énfasis muy particular del legislador, ya que como se ha visto a lo largo de esta investigación, el legislador de 1928 fue muy cuidadoso en modificar en esta materia, solo aquello que claramente pretendía renovar, dejando en la mayor parte de los casos - *cuando no le interesa enfocar un cambio* -, la redacción original decimonónica que le precedía. Así, parece ser la perspectiva central que planteaban los ordenamientos decimonónicos impedía o veía inadmisible el pago por un tercero, más allá de los casos de gestión y representación (sic). Los supuestos de interés jurídico eran excepcionales - *numerus clausus* - y los supuestos de interés económico o especulación traslativa inadmisibles - *al menos en la perspectiva conceptual jurídica*-. El mismo planteamiento y fundamento es perceptible en el artículo 1650 del Código de 1870[1048], con lo cual se corroboraría nuestro dicho anterior. En el

[1046] "*Artículo 2072.- El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero; pero no está obligado a subrogarle en sus derechos, fuera de los casos previstos en los artículos 2058 y 2059."*
[1047] Artículo 1536 del CC84 para el cual " *El acreedor no puede ser obligado a recibir de un tercero el pago, si en el contrato hay declaración expresa en contrario, o si por aquella prstación se le irroga perjuicio.*"
[1048] Artículo 1536 del CC84 para el cual "*El acreedor no puede ser obligado a recibir de un tercero el pago, si en el contrato hay declaración expresa en contario o si por aquella prestación se le arroga perjuicio*"

caso de interés jurídico sin embargo, la subrogación operaba después de extinguida la obligacion por el pago necesario.

Cabe referir en abundamiento a lo anterior, que ambos ordenamientos glosaron, aunque parece incluso radicalizaron, tal vez en virtud de una traducción poco precisa, el texto respectivo del Code que parecía tutelar más claramente las obligaciones *intu intu personae* solamente según cita textual que reza " *L'obligation de faire ne peut être acquitée par un tiers contre le gré du créancier lorsque ce dernier a interêt qu'elle soit remplie par le debiteur lui même...*[1049].

Primera conclusión razonable en este rubro parece ser que para el legislador de 1928, con independencia del pago hecho por el representante, por el mandatario o por el gestor de negocios- *apuntalando la relevancia de la novel regulación en materia de representación* -, el acreedor está obligado a recibir pagos de terceros. Fuera de los casos de los distintos tipos de representante ( directo e indirecto ) sus mencionados, el pago puede efectuarse por teceros con interés jurídico - igual que en el siglo XIX - y por terceros con interés economico. El modus operandi y los efectos de dicho pago difieren sin embargo en 1928.

### (iii). El pago subrogatorio como pago traslativo, premisas generales e implicaciones dogmáticas.

Considerando las anteriores premisas de la situación traslativa, hacemos referencia en primer lugar en este apartado al artículo 2072, ahora citado de manera integral, ya que la segunda sección del mismo es particularmente ilustrativa respecto de la pretensión traslativa que el legislador de 1928 introduce y que era ajena a la perspectiva clásica decimonónica y anterior.

El pago por parte de cualquier tercero que resulta obligatorio aceptar al acreedor - *siempre que cumpla con los principios del mismo* - no implica la obligación por parte de dicho acreeedor "*de subrogar*" al tercero en los derechos que contra el deudor tuviese[1050].

Al respecto mencionaremos, que en primer lugar el legislador altera la clasificación decimonónica de las formas de extinción, incluyendo ahora a la subrogación como una forma de transmisión en el capítulo correspondiente y eliminando su referencia dentro del capítulo de la extinción de las obligaciones y en lo particular como una consecuencia de la extinción por pago. En este contexto y capítulo, el legislador de 1928, como se analizará más adelante, establece que la subrogación se acompañará de otras formas de transmisión de naturaleza voluntaria - *la cesión*

[1049] Code, Article 1237.
[1050] CC 28, Articulo 2072 in fine

*de derechos y la cesión de deuda* -, con lo cual su clasificación entre subrogación legal y voluntaria perderá su interés práctico, pero sobre todo su sustento doctrinal decimonónico, desde una visión sistemática de corte pandectístico.

En términos de lo anterior y en lo relativo al pago subrogatorio, el artículo 2072[1051] efectivamente establece que *no estará obligado a subrogarle en sus derechos salvo en los casos previstos por los artículos 2058 y 2059...* (énfasis añadido). Sin embargo el artículo 2058 establece expresamente que la subrogación "*se verifica por ministerio de ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados*" y el artículo 2060[1052] establece que "*no habrá subrogación parcial en deudas de solución indivisible*". A reserva de su tratamiento en el siguiente capitulo, estos dos artículos plantean con claridad que la subrogación se verifica, *ipso iure, ex lege* y de forma total, por lo que la referencia del 2072 *in fine* parece equivocarse, puesto que no resulta facultativo para el acreedor, subrogar.

Así, si consideramos por un lado (i) el cambio de perspectiva -*altamente ilustrativo*- por el que el acreedor está obligado a recibir el pago - *en sentido opuesto a la perspectiva decimonónica sus mencionada* - con (ii) la reclasificación de la subrogación - *ya no como una forma o consecuencia de la extinción de las obligaciones, sino expresamente como una forma de transmisión de las obligaciones* (iii) y que esta opera *tal y como veremos en el capítulo correspondiente* - de forma legal, parece evidente que armónicamente el legislador está dando ahora si un viraje radical en el timón conceptual para considerar (a) no sólo que el pago es un acto jurídico, (b) no solo que es bilateral, (c) no solo que la voluntad en el pago es relevante para producir efectos - *distinguiendo los distintos tipos de efectos que puede llevar a cabo* - ya para extinguirlos, ya para crearlos, ya para transmitirlos, sino también (d) que el pago puede en consecuencia producir efectos traslativos y consecuentemente (e) que la obligación es susceptible de ser transmitida, manteniendo su esencia, existencia e identidad, pese al cambio de sujetos involucrados especificamente por medio de subrogación.

Con las anteriores variables, el molde tradicional del concepto obligatorio parece haberse roto por completo. En corroboración de nuestras hipótesis, no solo el legislador asume un rol académico con el que recompone dogmática y académicamente el sistema de interpretación bajo parámetros armónicos matemáticos, sino que, en consecuencia de lo mismo, el legislador

[1051] "*Artículo 2072.- El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero; pero no está obligado a subrogarle en sus derechos, fuera de los casos previstos en los artículos 2058 y 2059."*
[1052] CC28 Artículo 2060

plantea, implícitamente, desde la novel perspectiva lógico, conceptual sistemática e inductiva que introduce en el CC28, un cambio de concepto de la obligación; la relación se ha despersonalizado puesto que los sujetos son intercambiables sin extinguirse.

Adicionalmente veremos al efecto más adelante en detalle, en el capítulo de la transmisión como la subrogación se distinguirá conceptualmente de las otras formas de transmisión por su manifestación *ipso iure, ex lege* y total, con otras consecuencias respecto de su presentación y caracterización decimonónica, con lo cual se elimina la decimonónica subrogación convencional y parcial. Sin embargo, en todo caso requerirá para efectos de su vigencia y relevancia- *amén de otras estructuras* -, como las otras formas de transmisión, de un pago por parte de un sujeto -*solvens*-, cuya voluntad traslativa en conjunto con la del *accipiens* en turno será fundamental para que el pago surta ese efecto - *de donde la relevancia de su naturaleza como acto jurídico bilateral* - incluida como parte de la visión sistemática. Bástenos aquí considerar, con base en la combinación de preceptos - 2062, 2072, 2058 y 2059 [1053] que ese pago no será simplemente extintivo y no será tampoco extintivo y creativo. Esto es particularmente relevante ya que la subrogación y el pago subrogatorio, como detallaremos en la sección correspondiente ya eran admitidos en la regulación decimonónica y bajo el concepto clásico de la obligación, pero en calidad de forma de extinción o consecuencia de la extinción de la obligación.

Por premisa lógica, la transmisión por un lado y el binomio *extinción - creación* por el otro, se autoexcluyen. En aplicación de los principios lógico conceptuales, no puede transmitirse lo que ha sido extinto, ni extinguirse lo que ha de transmitirse. Con lo anterior parece evidente el camino interpretativo y conceptual para concluir que el pago -*como acto jurídico* - podrá ser

[1053] "*Artículo 2058.- La subrogación se verifica por ministerio de la Ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados: I. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente; II. Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación; III. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia; IV. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición.*
*Artículo 2059.- Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la Ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato.*
*Artículo 2062.- Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido.*
*Artículo 2072.- El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero; pero no está obligado a subrogarle en sus derechos, fuera de los casos previstos en los artículos 2058 y 2059."*

igualmente traslativo, abriendo así el camino para la transmisión de las obligaciones. Este camino traerá aparejada como consecuencia la discusión y el reto conceptual respecto de la obligación como una relación jurídica, razón por la cual, es entendible porque las perspectivas pre modernas del fenómeno no aceptaban dicha transmisión. Lo anterior corrobora nuevamente la segunda hipótesis de la presente investigación respecto del cambio de paradigma conceptual. El mismo obedecerá al también multireferido cambio de paradigma de rol del legislador. La transformación de la naturaleza jurídica y la clasificación de la subrogación adquieren para estos efectos una relevancia mayúscula.

Es en tenor de lo anterior que resultará necesario entender la existencia de un tercer tipo de pago al amparo del cual, la obligación no quedará extinta y será objeto de transmisión, *prima facie,* de acuerdo con el articulado del pago, en virtud del pago subrogatorio. Este pago traslativo de naturaleza subrogatoria operará según adelantado, en términos de Ley, *ex lege e ipso iure,* así como de forma total[1054], en los casos previstos por los artículos 2058 y 2059 que a resumidas cuentas podemos anticipar de lo que se analizará en el capítulo de transmisión, son casos en los que el *solvens* se presume y acreditará a ojos del juez, tener ***interés jurídico[1055]*** (énfasis añadido) en el pago de la deuda.

**(iv). Generalidades sobre el pago traslativo, subrogatorio y voluntario.**

Como hemos mencionado, el Código de 1928 en el capítulo de pago, es a este respecto escueto y sólo menciona como pago traslativo, al pago subrogatorio[1056]. Al cambiar la naturaleza de la subrogación - *reclasificandola* - admite en consecuencia el fenómeno traslativo de las obligaciones por disposición legal, como una de las especies traslativas que admitirá ulteriormente en el Título III de Libro IV en comento.

Las especies de transmisión están ciertamente incluidas y clasificadas en el género - *transmisión de las obligaciones* - del Título Tercero. - *De la Transmisión de las obligaciones*. El Código de 1928 sólo admitirá tres especies, dos pertenecientes a la especie voluntaria - *a saber,*

---

1054 "*Artículo 2060.- No habrá subrogación parcial en deudas de solución indivisible."*

*1055 "Artículo 2058.- La subrogación se verifica por ministerio de la Ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados: (...) II. Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación; ...."*

1056 "*Artículo 2072.- El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero; pero no está obligado a subrogarle en sus derechos, fuera de los casos previstos en los artículos 2058 y 2059.* "

*cesión de derechos* y *cesión de deuda u obligaciones* [1057]- *y una perteneciente* a la especie legal - *a saber, la subrogación*[1058]-.

Las tres especies en el caso concreto son novedosas en cuanto a su acepción y efectos traslativos, tal y como se verá en el apartado correspondiente a la transmisión. Lo anterior, en virtud de la premisa clásica del concepto - *plenamente vigente tanto en el Code como en los Códigos de 1870 y 1884* - por la que la obligación es "*ex definitione*" intransmisible (sic). Es importante reiterar así sea brevemente, sin embargo, que en lo relativo a la subrogación, si bien esta ya existía y era tratada en la cosmogonía premoderna - *Códigos Civiles de 1884, 1870, Code, Ius Commune y Derecho Romano* - lo era en calidad de forma de extinción o consecuencia de la extinción de las obligaciones[1059]. Esa subrogación decimonónica admitía, en consecuencia, variables *ex lege* y *ex conventione*[1060], esta última, por lógica conceptual, quedará excluida en 1928, al admitirse las otras formas de transmisión de las obligaciones voluntarias - *cesión de derechos y cesión de deudas* - dentro de las posibles formas de transmisión.

Solamente es hasta el Código de 1928 que la subrogación es reclasificada y redefinida como una forma de transmisión *ex lege*, como parte de la restructura sistemática integral y armónica del legislador. Los dos sub géneros de transmisión - *legal y voluntario* - presentarán como consecuencia aristas y peculiaridades distintivas que observaremos más adelante. La subrogación experimenta en consecuencia de esta reclasificación de su naturaleza jurídica, una alteración más. De las dos especies originalmente consideradas para la subrogación en el siglo XIX, sólo la de naturaleza legal es mantenida y por ende ya no es una prerrogativa voluntaria del accipiens en términos del artículo 2072 in fine. El accipiens esta obligado a recibir el pago de todo tercero, los efectos no quedan necesariamente a su arbitrio, salvo en ciertos casos que analizaremos más adelante.

En lo anterior radica la primera acepción del pago traslativo antes referida. Dicho pago según previsto por el artículo 2072 siembra en primera instancia la primera pauta profunda en este capítulo respecto de la despersonalización de la obligación[1061] - *que será materia de*

[1057] Artículos 2029 al 2057
[1058] Artículos 2058 al 2061
[1059] Capitulo V - De la subrogación- , del Título IV - De la extinción de las obligaciones - en el Código de 1884; así como del de 1870 en identica clasificación y siguiendo el patrón napoleónico para el cual la subrogación se encontraba clasificada en el Capítulo V - "*De l'Extinction des obligations"*- dentro del Título III -"*Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*"-
[1060] Artículo 1590 del CC84 para el cual: *"La Subrogación es legal o convencional"*.
[1061] Cfr Castán Tobeñas,Opus Cit.

*elaboración dogmática como consecuencia a la publicación del Código de 1928 como parte del doble cambio de paradigma del mismo*-. Para el 2072 quien pague termina siendo irrelevante siempre que pague, esto es, en honor a la lógica aristotélica y la jurisprudencia de conceptos, siempre que entregue la cosa o cantidad debida o preste el servicio prometido a satisfacción de un *accipiens* legitimado para recibir el pago y para efectos de la subrogación - *siempre que el solvens tenga interés jurídico en ello*-. En presencia de interés jurídico, quien quiera que actúe como *solvens* es irrelevante para que el pago pero también para que *la subrogación*, se verifiquen (énfasis añadido). La identidad del *solvens* deviene relevante sin embargo en esencia, para determinar que voluntad refleja y que fin persigue para concluir las consecuencias que tendrá el mismo como acto jurídico. De esos elementos se detona su potencial efecto traslativo. Si merced a esa identidad, el *solvens* tiene interés jurídico - *cualquiera que sea el sentido que se le quiera dar a ello* - el efecto traslativo vía subrogación se da por ministerio de Ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados[1062], pudiéndose válidamente concluir que el interés jurídico hace presumir a la Ley la intención del *solvens* de reemplazar jurídicamente la posición del *accipiens* para poder a su vez cobrar el mismo derecho y con las ventajas respectivas - garantías, antigüedad, preferencias - *vis a vis* cualquier otro acreedor. Dicho interés jurídico exlcuiría *ex definitione* a todo representante - *directo o indirecto* - . Así la voluntad del *solvens* con interés jurídico se reflejaría por presunción de Ley, hacia una transmisión de la obligación.

En esa línea de pensamiento, si quien paga - *cualquiera que sea su identidad y entendiendo que el acreedor no tiene más opción que recibir el pago* - lo hace conforme a los supuestos de los artículos 2058 y 2059[1063], - *y goza en consecuencia de interés jurídico para hacerlo* - , la obligación no se extingue, de acuerdo con la regla general ya que en términos de los artículos citados - 2058 y 2059 - la obligación se transmite - *subroga* - por ministerio de Ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados según prescribe el primer numeral trascrito. No es así ya una facultad del accipiens subrogar o no como acontecía en el siglo XIX

[1062] Artículo 2058 supra - para el cual.- *"La subrogación se verifica por ministerio de la Ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados ..."* (enfasis añadido)

[1063] *"Artículo 2058.- La subrogación se verifica por ministerio de la Ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados: I. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente; II. Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación; III. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia; IV. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición. Así como: "Artículo 2059.- Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la Ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato."*

bajo la subrogación convencional. No es una figura voluntaria sino legal, quedando el 2072 *in fine* como una reminicencia de los dos tipos de subrogación decimonónica, ya que la subrogación traslativa del CC28 opera por ministerio de ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados. Resulta relevante para las conclusiones dogmáticas al respecto, la reclasificación de la subrogación como forma de transmisión y no ya como forma o consecuencia de la extinción de la obligación. Resulta asimismo relevante la sección final del artículo que - *a reserva de lo que se analizará en la sección de transmisión* - abre una pauta importante respecto de la aplicabilidad y *modus operandi* de la subrogación, que hasta antes de la publicación del Código de 1928, podía ser legal o voluntaria[1064].

Lo anterior implica que cualquier pago realizado por los sujetos o en las situaciones previstas por estos dos artículos - 2058 y 2059 - *sus mencionados* - cuyo contenido analizaremos e interpretaremos en su oportunidad, tiene aparejada la transmisión por disposición de Ley de la obligación en favor del *solvens* y en contra del deudor cuya obligación fue cumplida, aunque no extinguida sino solo transmitida en favor de ese mismo *solvens.* Este efecto parece derivar de una presunción de voluntad de adquirir por parte de este *solvens* considerando el interés jurídico por el que actúa, mismo que además la Ley claramente pretende proteger y auspiciar.

---

[1064] Cabe al respecto referir los artículos 1590, 1591 y 1592 del Código de 1884 para los cuales; " *La subrogación es legal o convencional.*" - 1590- "*...Es legal: I. Cuando el que es acreedor paga a ptro acreedor preferente; II. Cuando el que paga tiene interés en el cumplimiento de la obligación; III. Cuando se hace el pago con consentimiento expreso o tácito del deudor; IV. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia, V. Cuando el que adquiere un inmueble, paga a un acreedor que tiene sobre la finca un crédito hipotcario anterior a la adquisición*." - 1591- y por último "***La subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y le subroga en sus derechos****, privilegios, acciones o hipotecas contra el deudor. Esta subrogación* ***debe ser expresa y hacerse al mismo tiempo que el pago***" - 1592- (énfasis añadido) Vale la pena asimismo referir que el texto de referencia es identico al previsto en el Código de 1870 en los númerales 1705, 1706 y 1707 y deriva de las premisas napoleónicas al respecto para las cuales en el capitulado que ya hemos referido del propio Code, los númerales 1249, 1250 y 1251 preveían similares disposiciones que parten evidentemente del mismo antecedente y premisa pre-conceptual a la que ya hemos igualmente hecho referencia. Así prevee el Code que: "*La subrogation dans les droits du créancier au profit d'un tierce personne que le paye, est conventionnelle ou légale."* - 1249 -; " *Cette subrogation est conventionnelle: 1. Lorsque le créancier recevant son payment d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, privilgèges ou hypotheques contre le débiteur: Cette subrogation doit être expresse et faite en mème temps que le payment; 2. Lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette et de subroger le preteur dans les droits du créancier. Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires; que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payment et que dans la quittance il soit déclaré que le payment a été fait des deniers fournis à cet éffet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier*." - 1250- y "*La subrogation a lieu de plein droit: 1. Au profit de celui quie étant lui m`me crécanicer paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses prv¡ovilèges ou hypothèques; 2. Au profit de l'acquereur d'un inmeuble , qui emploie le prix de son acquisition au payment des créanciers auxquels cet héritage était hypothèqué; 3. Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payment de la dette, avait intérête de l'acquitter; 4. Au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succéssion*." -1251 -

### (v). Implicaciones del pago subrogatorio como pago traslativo: la reclasificación de la subrogación.

Bajo el modelo pre-moderno (para efectos mexicanos y de esta investigación, hasta 1928) la subrogación admitida no polemizaba en forma alguna que la obligación subrogada ya era materia extinta, puesto que la misma estaba dogmáticamente clasificada en las formas de extinción. Si bien no era transmitida, el efecto parecía sin embargo - *al menos economicamente* - muy similar a una transmisión, generando al efecto una confusión profunda en la doctrina. Esta carece al efecto de la premisa y perspectiva lógico conceptual de tintes científicos que admitiese la transmisibilidad. De ahí se deduce una *contradictio in terminis* evidente[1065]. Esta contradicción elemental será claramente visible gracias a la perspectiva sistemática de la *Beggrifjurisprudenz,* que la supera en 1928.

Al respecto y consecuentemente, la subrogación experimentará en 1928 no sólo una reclasificación y redefinición consecuente con la lógica conceptualista de inspiración pandectistica, sino que además verá consecuentemente reducidas sus especies al ser admitidas en paralelo las trasmisiones voluntarias - *que serán materia de mayor detalle en la sección de transmisión de las obligaciones* -. Lo anterior dejará, más allá de las premisas conceptuales anteriores sin efecto a la subrogación voluntaria, que plantearía hoy una *contradictio in terminis* substancial. Ciertamente la misma existía en el contexto antiguo tanto bajo 1884 como bajo 1870[1066], como manifestaciones del mismo principio premoderno y preconceptual en tanto remedio por el pago efectuado por terceros con interés jurídico o economico. Sin embargo, dogmatizado el pago como acto jurídico, admitida la transmisión voluntaria, reclasificada la subrogación como transmisión legal, pensar en la coexistencia y subsistencia de una subrogación convencional y parcial en paralelo a las otras formas de transmisión, es un sin-sentido. El 2072 *in fine* es solamente un resabio del fenomeno subrogatorio decimonónico pero que debe interpretarse armónicamente.

Así, en términos del 2058 que apuntala lo previsto por el 2065 en materia del pago realizado por quien goza de interés jurídico, no es necesario hacer declaración o estipulación alguna al momento de efectuar el pago para que opere la transmisión que le es ahora implícita. La subrogación opera por disposición legal y sin necesidad de declaración alguna de los

[1065] Laurent Opus Cit; Tome 18 p 12 et al.
[1066] Vid notas a pie de pagina número 947 precedente.

interesados[1067]. Fuera de esos supuestos, no hay subrogación, siendo que esta, ya solo presenta una única especie legal y que la transmisión voluntaria se tratará separadamente como un acto jurídico que aparejará efectos traslativos, por voluntad de las partes, por un interés notoriamente económico reconocido por el derecho - *que no jurídico* - y con independencia de lo establecido en la Ley. Esto evidenciará *la contradictio in terminis* del modelo clásico por el que el pago subrogatorio, extinguía y daba los mismos derechos al solvens en contra del deudor, *cómo si le hubiese transmitido*[1068] (énfasis añadido). Ahora el efecto traslativo parece mucho más natural al efecto económico, al interés jurídico y a la lógica conceptual. La subrogación a la que hacemos referencia en términos de los preceptos citados experimentará conceptualmente, en 1928, una reclasificación, un cambio de naturaleza y una reorientación de sus especies - *al menos de acuerdo con lo pretendido por el legislador de 1928* - respecto de lo que la misma implicaba en los Códigos decimonónicos mexicanos así como en el Code.

Ciertamente, los Códigos tanto de 1884 como de 1870 y el Code preveían a la subrogación dentro del capítulo de la extinción de las obligaciones, ya que paradigmáticamente resultaba imposible pensar o concebir que la obligación pudiese ser transferida y/o que sus elementos subjetivos pudieses mutar, manteniendo aquella su existencia e identidad[1069]. Lo anterior relevaría una evidente *contradictio in terminis* propia a la *desiderata* meramente regulatoria del Code y que será consecuentemente reencauzada por la perspectiva del legislador de 1928 con un claro sesgo sistemático y dogmático.

Al efecto y según abundaremos en la sección de las formas de extinción de las obligaciones, para los tres ordenamientos, la subrogación era una especie expresamente considerada de extinción de las obligaciones - *o cuando menos de consecuencia de la extinción*

---

[1067] *"Artículo 2058.- La subrogación se verifica por ministerio de la Ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados [...]"*

[1068] Artículo 1590 del Código Civil de de 1884 y Artículo 2072 del Código Civil de de 1928, este último de novel inclusión en oposición al 1536 del CC84, todos previamente citados y explicados en este contexto.

[1069] Lo anterior no obstante las contradicciones y anormalidades conceptuales consecuentes apuntadas por Laurent; Opus Cit; tome 18 p 12; así como Budry Lacantinerie; Opus Cit; Tome II; p 170, mismo que es paricularmente preclaro al respecto cuando menciona la "supuesta ficción del código" respecto de una obligación que queda extinta por pago pese a mantener ciertos efectos: " *...La subrogation apparait ainsi comme une* ***fiction juridique*** *par suite de laquelle une créance, payée avec des deniers fournis par un tiers, et par* ***conséquent éteinte par rapport au créancier, est reputée subsister avec tous ses accesoires au profit de ce tiers****, afin d'assureer l'éfficacité de son recours pour le remboursement des fonds qu'il a avancés.... Quelle est éxactement la nature et l'étendue de cette fiction? D'après la définition que nous venons de donner, elle consiste à maintenir au profit du subrogé la créance elle-même avec tous ses accesoires. Ainsi par* ***rapport au créancier qui recoit son paiment la créance est éteinte; elle subsiste au contraire, ou plutôt elle est supposée subsister au profit du subrogé*** *avec tous ses accesoirestels que privilgese, hypotheques cautionnements et même l'action résolutoire, s'il s'agit de la créance d'un venderur non payé....*"

*de las obligaciones*-. Lo anterior es contrastable ciertamente con el Código de 1928 que como hemos referido en esta sección ubica ahora a esta institución dentro de las novedosas formas de transmisión en su presentación legal, junto con las cesiones voluntarias de derechos y deuda en la especie voluntaria. La clasificación género-especie respecto de los tipos de transmisión implícita en el capítulo del pago a través de la subrogación es sin embargo el punto de referencia para mencionar y concluir que el pago puede no ser solamente extintivo o extintivo y creador sino también traslativo, especialmente en atención a su naturaleza de acto jurídico. Esa traslación podrá al efecto presentarse por disposición legal cuando se reúnan los requisitos previstos para ello o voluntaria, pero en ambos casos dependerá de un pago que tendrá en consecuencia el cariz de un acto jurídico voluntario con la más variada lista de posibilidades y opciones terminales.

Al respecto es claro es que en términos del 2065 del código de 1928, el pago que se realiza por un tercero con interés jurídico[1070] no extingue la obligación. Lo anterior, puesto que la referencia obligada de ese 2065 junto con el 2072[1071] es el 2058 que regula los lineamientos generales de la subrogación - *con la especifica referencia al pago por interés jurídico en su segunda fracción y su operación ipso iure según el encabezado de dicho artículo*-. Siendo la subrogación ya regulada dentro del capítulo de la transmisión de las obligaciones, no queda lugar a dudas que el pago realizado por un tercero con interés jurídico - *en ausencia de representación, ya sea directa o indirecta, sin consentimiento expreso o presunto del deudor, o aun cuando el deudor lo ignore o expresamente se manifieste en contra,* - tendrá por efecto la subrogación, léase, la transmisión legal - *como veremos* - ex lege, *ipso iure* y total de la obligación en favor del *solvens*-.

Respecto del pago realizado por un cesionario del derecho al acreedor o por un cesionario de la deuda al acreedor, actuando ambos en el ámbito voluntario, el capítulo de pago es omiso. Estas materias serán analizadas en el capítulo correspondiente pero mínima mención es necesaria a su respecto en esta sección. Si el pago por quien quiera que tenga interés jurídico - *cualquiera que sea el sentido que a este interés jurídico y a este pago pueda darse*-, puede tener efectos traslativos de acuerdo con lo antes expuesto y conforme al detalle que se proveerá más adelante, cuantimás es totalmente aceptable el pago con efectos traslativos voluntarios, en ausencia de un

[1070] "*Artículo 2065.- El pago puede ser hecho por el mismo deudor, por sus representantes o por cualquiera otra persona que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación."*
[1071] "*Artículo 2072.- El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero; pero no está obligado a subrogarle en sus derechos, fuera de los casos previstos en los artículos 2058 y 2059."*

interés jurídico, pero en presencia de un interés que no será otro que especulativo o meramente económico y sujeto a la reglamentación respectiva en materia de transmisión voluntaria.

Por lo anterior, es por analogía totalmente aceptable y previsible que aún en ausencia de interés jurídico, pero en presencia de interés económico o especulativo pueda igualmente transmitirse la deuda o el derecho mediante el pago correspondiente que en consecuencia no sería extintivo, ni tampoco extintivo-creador, sino efectivamente traslativo en virtud de la especulación implícita y con las consecuencias dogmáticas y prácticas que esto conllevase. Al respecto cabe referir la importancia coyuntural de la inclusión de este tema en el mismo código que acepta e incluye la declaración unilateral de voluntad y los títulos civiles - *como antesala conceptual de los títulos de crédito que serán puestos legalmente en vigor con la misma fecha* - 1932 - *mediante la Ley general de títulos y operaciones de crédito* -. Ciertamente la transmisibilidad de los títulos en calidad de derechos autónomos y abstractos ve en el cuadro conceptual de la cesión de derechos y obligaciones su marco regulatorio conceptual, tan propio a la pandectística y sin el cual parecería adolecer del soporte necesario en derecho común según se verá más adelante.

Ciertamente la barrera dogmática que cruza el Código de 1928 en virtud de su influencia pandectística y de su afán revolucionario y académico, es la posibilidad de alterar el binomio subjetivo o de aceptar la transmisión de las obligaciones, siendo el pago el hito que detona esas consecuencias, en su nueva perspectiva de acto jurídico bilateral y por ende causa de efectos jurídicos, ya sean meramente creadores, extintivos o traslativos[1072]. Cuantimás cuando esto se da en un movimiento legislativo en el que se retan múltiples conceptos y paradigmas conceptuales y técnicos adicionales - *i.e. los títulos de crédito y civiles, la dogmatización del pago, la teoría organicista de las nulidades, la potencial transmisión de las obligaciones, la reclasificación y alteración sustancial de la subrogación* - , por lo que sería en consecuencia aceptable alterar ese binomio subjetivo transmitiendo la obligación desde su lado activo o pasivo, de forma voluntaria que no legal, cuando el interés subyacente fuese de naturaleza especulativa o comercial. Esta pleyade de cambios regulatorios giran sin embargo alrededor del concepto de la obligación mismo que paradogmáticamente no puede ser en consecuencia concebido como lo era antes de la implementación de los mismos.

1072 Artículo 1859 del Código Civil de 1928 para el cual,*" Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la Ley sobre los mismos*."

Es evidente que la transmisión por interés especulativo no se podría efectuar sin el pago de la deuda, o por un mecanismo económico equivalente, cualquiera que este fuese, pero de misma naturaleza, cuestión que en su mecánica abordaremos más adelante. Al igual que en el efecto traslativo *ipso iure* puede darse, cuando el interés jurídico es el protegido, puede igualmente atribuirse ese efecto traslativo cuando la voluntad de ambas partes - *a reserva de las particularidades analizadas en la correspondiente* - busca el mismo fin al momento de cristalizar el acto jurídico pago y sus naturales derroteros voluntarios y finalistas, connaturales también a la pandectística. A fin de cuentas, la dogmatización de naturaleza jurídica del pago como acto bilateral permite la conceptualización correspondiente a la transmisión - *ex voluntas* -.

Así, aunque en el capítulo del pago no se menciona expresamente, por reservarse su regulación - *en la perspectiva organicista y sistemática al capítulo de la transmisión de las obligaciones tanto por interés jurídico como por interés económico o especulativo-*, es claro que el pago puede en consecuencia admitirse como el mecanismo de transmisión idóneo. Esto redunda y apuntala la calidad del pago como acto jurídico, en el que la voluntad de *solvens* y *accipiens* será relevante, así como lo fue la perspectiva dogmatizante a su respecto y su cambio de clasificación de simple forma de extinción a efecto de las obligaciones relacionado con su cumplimiento. De ahí la pluralidad de efectos que pueden asociarse al pago, como es en este caso la transmisión.

### 2.10 El pago por error o pago de lo indebido.

En la dogmatización propia del Código de 1928, aplicable en muchas secciones del código, pero como se ha analizado, especialmente en el pago, el pago de lo indebido - *como institución-*, resulta directamente implicado en esta sección, amén consideraciones previas en contexto distinto. Ciertamente siendo calificado el pago como acto jurídico bilateral, cuando ese se basa en un error conceptual de relevancia capaz de basarse en una apreciación totalmente falsa de la realidad - *error obstáculo* - [1073]el consentimiento sería inexistente y consecuentemente el pago como tal lo sería igualmente, debiendo las partes restituirse plenamente lo que en virtud del mismo se hubiesen entregado.

Es en este tenor que la aplicabilidad de la *condictio indebitii* puede perfectamente encuadrarse como una fuente de las obligaciones - como *prima facie* lo hace el código de 1928

[1073] Domiguez Martinez Jorge Alfredo; Opus Cit; p 640

siguiendo el parámetro de García Téllez y Duguit *versus* la primacía contractual y vía la proliferación de "fuentes". De la misma manera podría esta institución ser analizada en el capítulo de pago, en calidad de pago inexistente, dando lugar igualmente a una plena restitución de las prestaciones como consecuencia de la sentencia de inexistencia/nulidad[1074]. Las mismas consideraciones dogmáticas alrededor del acto jurídico bilateral pago, en el contexto de la tesis organicista de Bonnecasse, admitidas ambas en el ordenamiento de 1928 podrían ser aplicables y llevar a las mismas conclusiones. Los antecedentes decimonónicos referidos lo encuadran en el pago - extinción de las obligaciones - pero sin dogmatizar al respecto ni permitir en ausencia de la doctina de Bonnecasse, de la inclusión del acto jurídico y de la visión sistémica referida las conclusiones anteriores.

La dogmatización y conceptualización propia de la jurisprudencia de conceptos permite reencuadrar todas estas instituciones alrededor de los mismos conceptos que van adquiriendo multiaplicabilidad de naturaleza matemática y sistemática como lo había intentado y predicho Leibnitz, mucho antes de la jurisprudencia de conceptos[1075].

### 2.11 Conclusiones sobre la naturaleza del pago en atención a sus efectos. Perspectiva total del legislador con la transmisión de las obligaciones y las fuentes incluidas en 1928.-

El pago es sin duda el corazón de la teoría general de las obligaciones. Lo anterior parece evidente cuando se analiza *prima facie* desde la perspectiva clásica o pre moderna al amparo del principio fundamental de la materia por el que los compromisos y las obligaciones se asumen y contraen para cumplirse, *pacta sunt servanda*. De la misma manera esto parece evidente cuando es analizado adicionalmente en el contexto moderno de la perspectiva pandectística.

La reclasificación y nueva conceptualización dogmática del mismo que hemos expuesto en las líneas precedentes representan sin embargo un hito en la legislación que no puede pasar desapercibido. Así, la misma es explicable por muchas variables a las que hemos hecho referencia hasta ahora. La perspectiva de Duguit respecto de los nuevos retos del derecho civil y la necesidad de romper los moldes tradicionales de la perspectiva contractualista decimonónica incluyendo fuentes múltiple y reclasificando otras. La necesidad revolucionaria impulsada por

[1074] *"Artículo 2239.- La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado".*
[1075] Berkowitz, Opus Cit.

García Téllez y la comisión redactora de clara influencia Callista que concibe la misión de la Ley no solo como un instrumento de regulación sino también y muy especialmente de capacitación e instrucción[1076]. El cruce de instituciones que confluyen en ese afán como son la conceptualización y sistematización de clara influencia alemana con la doctrina del acto jurídico o la organicista en ineficacias de Bonnecasse. La búsqueda de una simplificación del tráfico comercial que se vislumbra como una meta por alcanzar mediante mecanismos que agilicen la circulación de la riqueza, aunque rompan paradigmas conceptuales, como se evidencia con la transmisión de las obligaciones.

Todas esas instituciones confluyen en el pago, ahora regulado y clasificado como un efecto ya no sólo como una forma de extinción, cambio paradigmático cuyas reglas armonizan las modificaciones e innovaciones en todas las instituciones antes referidas.

Los afanes legislativos referidos, se reflejarán igualmente en los efectos de las obligaciones relacionados con el incumplimiento. Alrededor de estos últimos, el énfasis del legislador de 1928 respecto de su nuevo rol, dará lugar también a una reclasificación y a una perspectiva novedosa, nueva muestra inequívoca del nuevo paradigma asumido por el legislador de 1928.

### 3. Efectos relacionados con el incumplimiento.

#### 3.1 Reglas generales.

Si el pago fue definido por el Código de 1928, en replica de lo establecido por sus predecesores decimonónicos mexicanos como la entrega de la cosa o cantidad debida o la prestación del servicio prometido[1077] y clasificado como el efecto - *por antonomasia*-relacionado con el cumplimiento; parecería evidente que el incumplimiento se definiese en sentido negativo como el no pago, esto es como la no entrega de la cosa o cantidad debida o la no prestación del servicio que se tiene prometido detonando igualmente determinadas consecuencias. Este incumplimiento se mediría y presentaría, en estricta lógica conceptual, mediante la total o gradual falta de adherencia a los principios del pago referidos anterioremente y que a este caracterizan.

---

[1076] García Tellez Ignacio, Opus Cit, p 39; "*... para la mejor comprensión del tema trascendental de las obligaciones, se metodiza cienfíticamente su exposición, clasificando sus diferentes especies, estudiando pormenorizadamente sus formas de transmisión y extinción y sus efectos en relación a tercero*...."

[1077] "*Artículo 2062.- Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido."*

El Código no define, ni acota expresamente al incumplimiento como el no pago. Sin embargo, el fenómeno anterior de incumplimiento se acota ciertamente, a través de los principios del pago, cuando se presenta una ausencia o gradual ausencia, de cada uno de ellos.

Al respecto el Código regula esta ausencia a través de la falta de oportunidad-mora o retraso -[1078] en la entrega o en la realización del servicio, misma que sirve como pauta de incumplimiento a partir de la cual se desarrolla lógicamente la carencia de indivisibilidad o de oportunidad.

Ciertamente la mora en el cumplimiento detona así lógicamente la conceptualización del incumplimiento que es graduado legal, práctica y doctrinalmente en consecuencia, como incumplimiento ya sea moratorio o substancial.

Esta última calificación de substancial dependerá doctrinal y respectivamente, de si la mora en comento, (i) es susceptible de remediarse permitiendo un cumplimiento forzoso, moroso o tardío - *con el correspondiente y consecuente pago de los daños y perjuicios moratorios ocasionados* - o bien de si la misma (ii) violenta y frustra el objeto motivo o fin de las partes al contratar a tal grado, que el único remedio resultante estribe en la rescisión del vínculo y de las obligaciones correspondientes con el consecuente pago igualmente, de los daños y perjuicios.

Si bien el Código no es explícito en este rubro parece que esto bien puede colegirse en la perspectiva de organización armónica de la materia y la inclusión de teorías relevantes al respecto como es la del objeto motivo o fin, previamente referida y que tanta relevancia recibe en materia de vicios del consentimiento y consecución de los objetivos de las partes en el acto jurídico. El diseño del legislador parece apuntar en esa dirección.

Ciertamente la perspectiva finalista en la celebración del acto jurídico contractual parece y debiera inclusive primar en el análisis de los supuestos del incumplimiento para considerar cuando este fin no puede conseguirse[1079]. La única opción técnicamente aceptable en la perspectiva técnica jurídica resultará la rescisión y la reparación del daño sufrido, mismo que no

---

[1078] "*Artículo 2104.- El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes: I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste; II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080. El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención."*

[1079] *"Artículo 1813.- El error de derecho o de hecho invalida el contrato* ***cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad*** *de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa."* (énfasis añadido)

sería ya en su caso, simplemente moratorio[1080] . La terminología del Código no es sin embargo explicita al respecto.

Los daños y perjuicios tendrían evidentemente en ambos casos, una función compensatoria de la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por el incumplimiento de la obligación, así como de la perdida de la ganancia lícita derivada del mismo incumplimiento[1081]. Así, los mismos, siendo fieles a la tradición civilista originada en el Code, quedarían limitados a aquello que pueda directamente relacionarse con el incumplimiento[1082], quedando vedados los daños y perjuicios de naturaleza consecuencial o punitiva - *al menos en el contexto del Código y en la perspectiva jurisprudencial a lo largo del siglo XX en el contexto civil*- siendo sin embargo esto un tema recientemente puesto en entredicho de acuerdo con algunos precedentes de nuestro máximo tribunal[1083] que parecen marcar igualmente una nueva tendencia en los principios del siglo XXI en materia de responsabilidad.

Sin embargo, cuando el cumplimiento moroso siendo factible, es tutelado por el órgano jurisdiccional ante la petición del afectado, los daños y perjuicios solo reflejan la perdida por la falta de oportunidad en el pago[1084], siendo que el cumplimiento tardío es factible sin vulnerar el objeto motivo o fin buscado por las partes al contratar, en tanto paliativo que permite el pago

---

[1080] Cfr Interpretación armónica de los siguientes articulos:
*"Artículo 1840.- Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que* ***la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios.***
*Artículo 1843.- La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal. "y"*
*Artículo 1846.- El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena, pero no ambos;* ***a menos que aparezca haber estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación, o porque ésta no se preste de la manera convenida****."*(énfasis añadido)
*Artículo 2117.- La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la Ley disponga expresamente otra cosa.*
*Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento, no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario."*

[1081] "*Artículo 2108.- Se entiende por daño la perdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.*
*Artículo 2109.- Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación."*

[1082] "*Artículo 2110.- Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse."*

[1083] Cfr Caso Mayan Palace

[1084] "*Artículo 2079.- El pago se hará* ***en el tiempo designado en el contrato****, exceptuando aquellos casos en que la Ley permita o prevenga expresamente otra cosa.*
*Artículo 2080.- Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación."*

compensatorio de los daños y perjuicios sin tener que acceder y reclamar la rescisión sino solamente el cumplimiento forzozo y los daños y peruicios moratorios.

Como consecuencia, cuando el cumplimiento moroso no es factible y/o no es tutelado por el órgano jurisdiccional y/o solicitado por el afectado, los mismos reflejan integralmente no solo la falta de oportunidad en el pago sino también la falta de indivisibilidad y/o la falta de naturaleza.

Al respecto es importante hacer cuando menos una nueva aunque sucinta referencia a la discutida naturaleza del pago como acto jurídico bilateral, ya que evidentemente aplican en esta materia nuestras consideraciones respectivas a la necesaria manifestación de voluntad del acreedor para que el acto jurídico pago - *en su caso* - se cristalice.

En esta tesitura, la *mora accipiendi* o retraso del acreedor en otorgar su consentimiento se mediría igualmente a través de la oportunidad del pago, que al no ser aceptado en la oportunidad que le aplica, podría en segunda instancia ser aceptado tardíamente.

El deudor quedaría libre, ante la negativa - *que considerase* - injustificada del acreedor en recibir pago o dar documento justificativo del mismo, para requerir judicialmente, mediante el ofrecimiento y la consignación[1085] su derecho a pagar y demandar en justicia el consecuente incumplimiento del acreedor que le generaría igualmente daños y perjuicios respecto de los cuales tendría derecho de requerir, en el procedimiento de ofrecimiento y consignación[1086]. El propio código identifica claramente estos con los gastos relacionados con dicho proceso contencioso[1087] - *al no parecer haber posibilidad lógica ni económica de reclamar nada más*- por la naturaleza de la relación y el incumplimiento en cuestión.

Al respecto la posición del Código de 1928 es sin embargo más escueta que las de sus predecesores decimonónicos ya que en el capítulo correspondiente sólo regula a la responsabilidad del deudor incumplido - *sin precisar si el incumplimiento es meramente moroso o substancial como adelantábamos de forma interpretativa* - y haciendo muy breves referencias a las facultades del acreedor preterido limitándose a nociones generales sobre la responsabilidad

[1085] "*Artículo 2098.- Si el acreedor rehusare sin justa causa recibir la prestación debida, o dar el documento justificativo de pago, o si fuere persona incierta o incapaz de recibir, podrá el deudor librarse de la obligación haciendo consignación de la cosa.* "

[1086] "*Artículo 2102.- Aprobada la consignación por el juez, la obligación queda extinguida con todos sus efectos. Artículo 2103.- Si el ofrecimiento y la consignación se han hecho legalmente, todos los gastos serán de cuenta del acreedor.* " ( énfasis añadido) Cfr. con concepto de daños y perjuicios en términos de lo artículos 2108 y 2109 y la conceptualización del pago como obligación y derecho en la naturaleza de acto jurídico bilateral que le es atribuida.

[1087] "*Artículo 2103.- Si el ofrecimiento y la consignación se han hecho legalmente, todos los gastos serán de cuenta del acreedor.* "

resultante. Así menciona solamente el artículo 2107 del Código de 1928 que "...*La responsabilidad de que se trata en este Título además de importar la devolución de la cosa o su precio o la de entrambos, en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios*".

El código de 1928 presume así la aplicabilidad del pacto comisorio tácito[1088], implícita en todas las reciprocas para el caso del incumplimiento facultando al perjudicado a solicitar la resolución (sic) o el cumplimiento forzoso, más el pago de daños y perjuicios en ambos casos y pudiendo pedir la rescisión después de haber optado por el cumplimiento forzoso cuando este resultase imposible[1089]. Si bien el contenido de este pacto comisorio tácito parece considerarse como evidente en los remedios previstos por el artículo anterior que regula a la responsabilidad, el legislador de 1928 no hace una referencia específica y deja esto al ámbito interpretativo.

Esto parece particularmente relevante cuando se compara esta materia con lo previsto por el Código de 1884 y el de 1870. Así, el artículo 1421 del Código de 1884 preveía expresamente que "*si el obligado en un contrato dejare de cumplir su obligación, podrá el otro interesado exigir judicialmente el cumplimiento de lo convenido o la rescisión del contrato, y en uno y otro caso el pago de daños y perjuicios.*" Vale mencionar al respecto que esta referencia no es en detrimento del pacto comisorio tácito - *igualmente estaba previsto en el Código de 1884* (énfasis añadido) , *-pese a sus deficiencias lexicológicas y de clasificación que no trataremos en esta investigación, por estar las mismas fuera del campo de nuestras hipótesis* -, que lo ubicaban y definían como una condición resolutoria, fieles a la primaria y primitiva redacción del Code.

Efectivamente el Código de 1884 preveía en su numeral 1349 que: " .... *La condición resolutoria* (sic) *va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso que uno de los contrayentes no cumpliere su obligación* ...."

Cabe solamente mencionar a guisa de antecedentes que exactamente el mismo contenido de los numerales anteriores en materia de facultades del acreedor en el caso de incumplimiento y pacto comisorio tácito se incluyó en su oportunidad en el Código Civil de 1870 en las materias

[1088] "*Artículo 1949.- La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible."*

[1089] "*Artículo 1949.- La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible*."

correspondientes. Así el artículo 1537 del Código Civil de 1870 preveía expresamente que "*si el obligado en un contrato dejare de cumplir su obligación, podrá el otro interesado exigir judicialmente el cumplimiento de lo convenido o la rescisión del contrato, y en uno y otro caso el pago de daños y perjuicios.*"

De la misma manera que el artículo 1465 del Código Civil de 1870, preveía que: " .... *La condición resolutoria* (sic) *va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso que uno de los contrayentes no cumpliere su obligación...*"

Hacemos la acotación anterior para marcar nuevamente la perspectiva uniforme en el tratamiento de ambos ordenamientos *vis a vis* el Código de 1928 que cambia de manera importante, al menos su planteamiento formal de la materia.

En todo lo anterior puede subsumirse la regulación central en el Código de 1928, respecto del incumplimiento como efecto de las obligaciones[1090], en la que el legislador, parece mucho más escueto y enfocado que en el pago y en los antecedentes del Código de 1928. Más allá de la multimencionada dogmatización del pago, en esta perspectiva central del incumplimiento del Código de 1928 y de la - *al menos* - consecuente unificación de las disposiciones relativas a los remedios ante incumplimiento - *reglas generales y pacto comisorio tácito* -, no parece haber mucha diferencia con los antecedentes decimonónicos del Código en la materia. La diferencia sin embargo es relevante respecto de cómo queda esta materia re-redactada, encuadrada y re-clasificada, en oposición a lo que se presenta en el siglo XIX en México y en el Code. Así pese las deficiencias en la redacción del pacto comistorio tácito en el CC28, este admite una corrección relevante al no definirlo más como una condición resolutoria, propia de los nuevos paradigmas que el legislador pretende adoptar siendo ambas instituciones radicalmente distintas. Si bien en la redacción de los antecedentes decimonónicos queda claro que por más calificación de condición, el pacto comistorio debe hacerse valer ante tribunales, su calificación como condición es relevante nuevamente contrastar respecto de lo anterior, la falta de tecnicisimo y sistemática en la "pseudo-conceptualización" del mismo por el Code y los Códigos decimonónicos que le daban la calidad de condición. Esto apuntala nuevamente la doble ruptura

[1090] Efectivamente el incumplimiento se reclasifica igualmente bajo el Código de 1928 dentro del Título Cuarto del libro Cuarto, correspondiente a los Efectos de las obligaciones en su segunda sección correspondiente a los efectos relacionados con el incumplimiento y en oposición a lo previsto por los Códigos decimonónicos que *ad exemplum* en 1884 preveían esta institución en la sección correspondiente a la responsabilidad civil - Capitulo IV - del Título Tercero - De la ejecución de los Contratos -

de paradigma científico, sistemático y conceptualizador del legislador de 1928 que al respecto elimina la consideración de condición aunque sigue utilizando el vocablo "resolución".

### 3.2 Reclasificación y segregación del hecho ilícito contractual y el extracontractual: s*upuestos de incumplimiento y de hecho ilícito*. -

Con independencia de las generalidades sus mencionadas y en lo que parece una consistencia con su afán dogmático sus mencionado, el legislador de 1928 va a segregar y reclasificar estas disposiciones que se ubicaban dentro del Título Tercero - De la ejecución de los Contratos - en el Capítulo IV - *De la responsabilidad civil* - para ubicarlas - *conforme a un modelo conceptualista al que ya hemos hecho múltiples referencias* -, dogmático y sobre todo en este tema claramente organicista, en dos secciones distintas, una considerada (sic) fuente de las obligaciones - hecho ilícito extracontractual fiel a la pléyade de fuentes *ex contractu* - *incluidas en atención a la vocación Duguitiana del Código* - y otra consecuencia del incumplimiento de las mismas - *hecho ilícito contractual previsto en los efectos de las obligaciones relacionados con el incumplimiento según cita anterior* - y por ende fuente de responsabilidades (sic) - *respectivamente el hecho civil extracontractual y el contractual*-, con desprecio del análisis y conveniencia de sus particularidades comunes según el modelo decimonónico en vigor hasta entonces. En la perspectiva conceptualista y sobre todo organicista de claro origen pandectísta, esto es entendible como una consecuencia de las perspectivas académicas correspondientes y sobre todo en la perspectiva Duguitiana para la cual, acabar con la dualidad culpa - en el hecho ilícito - y contrato - *en el ámbito de la autonomía de la voluntad* - como eje dual generador de obligaciones.

Sin embargo, lo anterior implicará en nuestra opinión, ciertas deficiencias en el ámbito pragmático que resultarán en uno de los ejemplos respecto de los efectos perniciosos que el cambio de paradigma del legislador de 1928 puede traer como consecuencia en su afán dogmatizador y académico, al segregar y consecuentemente debilitar los mecanismos y regímenes de responsabilidad civil.

#### (i). Del hecho ilícito extracontractual. -

Hemos ya hecho referencia a esta institución que se incluye en 1928 [1091]como fuente de las obligaciones, en congruencia con la perspectiva pandectística del Código de 1928 y en lo particular de su legislador, por virtud de la cual, la regulación debe seguir un parámetro organicista, sistemático y científico dentro del cual las fuentes deben de tener un lugar privilegiado dentro de la teoría general de las obligaciones, que les había sido negado en los ordenamientos precedentes en virtud de la preeminencia del contrato y la autonomía de la voluntad como fuente de las obligaciones.

Al respecto cabe específicamente mencionar la desiderata Duguitiana sobre la eliminación de la preeminencia de las fuentes tradicionales - *contrato y hecho ilícito* - para dar lugar a la preeminencia de la Ley sobre el tradicional binomio voluntad-culpa del siglo XIX. En ese contexto, la inclusión del hecho ilícito extracontractual se revela como una consecuencia de la perspectiva académico-duguitiana seguida por el legislador de 1928, cuyas consecuencias respecto del pragmatismo regulador dejarán que desear. Las consecuencias perniciosas de este tratamiento serán evidentes.

Al respecto cabe inicialmente subrayar, como anotación al margen - *propia de la influencia revolucionaria y duguitiana* - , como el hecho ilícito mismo ya no se refiere como un obrar culposo, sino como un obrar ilícito, esto es, referido a una falta de observancia de la Ley y no a una conducta *ex definitione* culposa.

Cabe solamente referir la evidente segregación con afanes dogmáticos y conceptualistas por los cuales, el hecho ilícito contractual no es fuente de obligaciones sino de responsabilidades - *de acuerdo con lo antes referido* - mientras que el hecho ilícito extracontractual se regula como una fuente de obligaciones, centrada en la falta de observancia en una disposición legal, con lo cual - *segregada* ***al menos conceptualmente de la culpa*** - se convierte en un comodín que podría ser aplicable en un sinnúmero de situaciones donde la falta de observancia de la Ley da lugar a consecuencias - *con independencia de la culpa presente, demostrable u equivalente según el patrón gayano, romanista y claramente decimonónico*-.

Lo anterior tendrá importantes aplicaciones y consecuencias en el ámbito dogmático conceptualista - *acorde con las consideraciones de la pandectística alemana*.-

[1091] "*Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima*."

En ello radica un cambio fundamental respecto del Código de 1884 así como de sus antecedentes de 1870 y del propio Code para el cual, ante la carencia de una visión sistemática propia de la *Beggrifjurisprudenz*, el tratamiento en conjunto de los ilícitos - *contractuales y extracontractuales* - se revelaba más que conveniente, natural en atención a su origen culposo, al ser la culpa en paralelo a la voluntad en materia contractual, el eje generador de derechos y obligaciones y estar asimismo presente en la tradición del ilícito contractual como del extracontractual.

Ciertamente y sólo como elementos de convicción de lo antes mencionado cabe referir y citar los preceptos del Código de 1884, *-copia al respecto del articulado respectivo del Código de 1870-*, para los cuales el mismo artículo preveía al efecto consecuencias similares para ambos tipos de conducta, sin dogmatizar (sic) - *a su entender por menos* - si una de ellas implicaba un incumplimiento y la otra una conducta culposa extracontractual fuente de obligaciones con independencia de la existencia de un vínculo previo entre las partes.

Así el Artículo 1458 del Código de 1884, incluido a la postre en el capítulo IV - De la responsabilidad civil - preveía por igual en sus dos fracciones que: …" *son causa de responsabilidad civil: (i) la falta de cumplimiento de un contrato (sic), y (ii) los actos u omisiones que están sujetos expresamente a ella por Ley…*"

La referencia a esta fuente es importante porque, más allá de cualquier consideración dogmática, la estructura del código de 1928 segrega ambos supuestos, uno como incumplimiento de las obligaciones - *al que ya hemos hecho referencia* -, y otro como fuente extracontractual independiente - *ya no solo de contrato, sino también mediando culpa y sin vinculo previo* - el hecho ilícito extracontractual.

En todo caso resulta importante, más allá de la consideración legislativa de 1928, que, ante el hecho ilícito extracontractual, la Ley prevé una consecuencia - *haftung, reparación, exigibilidad, coacción - que se considera que es sólo potencia antes de la verificación del supuesto legalmente previsto* -. Consideramos al efecto que esto no puede segregarse artificialmente con base en la clasificación de la Ley en un fenómeno creador de obligación por oposición del incumplimiento contractual, ante el cual, la violación de la conducta prevista en la norma permite la exigibilidad forzosa de naturaleza judicial o responsabilidad -que bajo ese paradigma se reduce además a lo mismo, esto es a la exigibilidad de la conducta - *haftung, reparación, exigibilidad, coacción*-.

Esto parece implicar el mismo fenómeno, con las mismas causas y consecuencias, con el mismo régimen y requisitos. La categorización distintiva será legalmente nociva no solo para efectos dogmáticos sino especialmente para efectos pragmáticos. En virtud del lineamiento revolucionario Duguitiano y de la *desiderata* Callista, parece evidente que este cambio, más allá de su sustento técnico y dogmático sigue un propósito anti contractualista y anti culpa por el que la responsabilidad civil se desprendería solamente del incumplimiento de la Ley.

**(ii). Del hecho ilícito contractual. -**

En virtud de la desiderata Duguitiana y Callista- Revolucionaria, es claro que la segregación de la otrora responsabilidad civil en dos secciones separadas tiene por propósito privilegiar a la Ley, y por ende a monopolio legislativo del estado, sobre la vilipendiada tradición romano-civilista de la autonomía de la voluntad y la culpa. El centro de imputación de las consecuencias obligatorias e indemnizatorias es la Ley y la consistencia del discurso en el hecho ilícito contractual y el extracontractual es menos relevante.

El efecto pernicioso es claramente visible pues el régimen de ambas instituciones es más débil en su separación. En lo particular, específicamente en lo tocante a la responsabilidad contractual, las disposiciones - *segregadas del régimen extracontractual* - aparentan una mayor fragilidad y una clara afectación en virtud de la reclasificación y segregación sus mencionada.

De manera particular, el régimen general de la responsabilidad contractual, reclasificada dentro de los efectos de las obligaciones - *relacionados con el incumplimiento* - sigue claramente un patrón dogmático y academicista según se ha referido. Sin embargo, el articulado resultante es lacónico y poco especifico.

De entrada, como se mencionaba en las secciones anteriores, las consecuencias del incumplimiento[1092] parecen poco contundentes, si se les compara con el articulado de 1884 y 1870 en sus artículos respectivos 1459 y 1575[1093]. La regulación más específica ni siquiera se ubica adecuadamente - *de acuerdo y como consecuencia con el esfuerzo dogmatizante* - en una sección de incumplimiento sino en las modalidades - *como consecuencia de la pobreza conceptual heredada del romanismo* - , en probable consecuencia con las confusiones del pacto

[1092] Artículo 2107 del Código de 1928 previamente citado.
[1093] Código de 1884, artículo 1459 y CC70 de identica redacción en su artículo 1575 ; *"El contratante que falte al cumplimiento del contrato, sea en la substancia, sea en el modo, será responsable de los daños y perjuicios que cause al otro contratante, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito, a los que aquél de ninguna manera haya contribuido."*

comisorio tácito con la condición resolutoria - *como es patente en la lectura del artículo 1949 que contempla dicho pacto comisorio tácito en las modalidades de las obligaciones, confundiendo su esencia y retrocediendo versus un texto prima facie más específico y efectivo en el siglo XIX mexicano*-.

Cabe en todo caso mencionar que el artículo respectivo es clara y notoriamente menos confuso en el ámbito conceptual que el primitivo 1349 del Código de 1884 y su original 1465 del Código de 1870, copias ambos del 1184 del Code - independientemente de la mayor claridad de este último en lo relativo a su *modus operandi* para distinguirlo de la condición resolutoria *per se*. Sin embargo, es claro que la operatividad del pacto comisorio tácito y sus potenciales pactos accidentales no es adecuadamente tratada en el Código de 1928, mismo que es al respecto poco específico para un tema de tal relevancia[1094], acusando las consideraciones anteriores.

### 3.3 Consecuencias prácticas y dogmáticas del incumplimiento contractual y del hecho ilícito extracontractual. -

No obstante lo anterior, las consecuencias de ambos supuestos, aún después de la reclasificación del código de 1928, son idénticas y solo segregables en atención a una clasificación de naturaleza dogmática - *en nuestra opinión exacerbada aquí por la desiderata Duguitiana*- y por un ánimo dogmaticista, organicista y conceptualista, que en su esfuerzo tuvo aquí - *en opinión del suscrito* - una evidente falla, muy seguramente involuntaria.

Efectivamente, es patente que las consecuencias en la perspectiva conceptualista y dogmática - *incluso propia de la jurisprudencia de conceptos pese a la reclasificación del legislador de 1928*- son iguales. Esto es, ante la comisión de un ilícito, ya sea este de naturaleza contractual o extracontractual, el responsable debe (i) restablecer la situación anterior cuando esto sea posible e (ii) indemnizar al afectado - *contraparte contractual o tercero sin conexión prima facie*- respecto de los daños y perjuicios que le cause en virtud de su conducta.

[1094] El pacto comisorio tácito es *prima facie* tratado y regulada en el artículado correspondiente a las modalidades - *dentro del artículado correspondiente a la condición resolutoria* - con claras confusiones de origen detalle y consecuencia. Si bien los errores en la calificación legal decimonónica a su respecto es menos grave, la terminología sigue presentando inconsistencias - hablar de resolución - que solo son salvables mediante interpretación técnica que deriva más del ámbito doctrinal. Sin embargo, su tratamiento se segrega de la regulación correspondiente al incumplimiento de forma general, por la desiderata del legislador antes apuntada. Así, amén de las correcciones dogmáticas, este acercamiento segrega el remedio de la problemática relacionada con el incumplimiento con evidentes carencias y complejidades tanto conceptuales como prácticas. Si adicionamos esto al hecho de la segregación de las responsabilidades contractual y extracontractual como fuente de obligaciones y forma de responsabilidad según apuntado anteriormente, el régimen presenta importanteas areas de oportunidad que quedan sin embargo fuera de las hipotesis de esta investigación.

Esto es patente en tratándose de ambos "ilícitos"- *tanto el contractual como el extracontractual lo prevén expresamente* -. Así el artículo 1915 prevé en su primera sección - la relevante para efectos de nuestra hipótesis que "... *la reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él y cuando ello sea imposible, en el pago de los daños y perjuicios…*"[1095]

El resto del artículo de referencia[1096] es muy específico en lo relativo al pago de los daños y perjuicios[1097] en tratándose de daños físicos causados al afectado, muy encaminado a la responsabilidad de índole laboral como lo explicitan muchos términos dentro del mismo contexto. Esto claramente deriva de la perspectiva Duguitiana en materia de la responsabilidad objetiva versus la subjetiva, como consecuencia de la socialización del derecho en los albores del siglo XX y como consecuencia de la revolución industrial. Lo anterior marca un claro viraje de las sociedades de perspectiva económica primaria - *como la romana y el comercio medieval y postmedieval consecuente* - versus las economías de producción masiva propias de la revolución industrial, en las que la referencia a una responsabilidad basada en la culpa se ve rápidamente rebasada.

Regresando al tema materia de nuestro estudio, es fundamental referir que la separación del régimen de las responsabilidad contractuales y extracontractuales, no logra romper la identidad conceptual de las consecuencias. Ciertamente, analizando a la responsabilidad contractual ahora, el articulado de referencia, es ciertamente igual a lo previsto en el extra-contractual, según se ha anotado. Así, el articulo 2107[1098] establece que: " ... *la responsabilidad de que se trata en este título, además de importar la devolución de la cosa o su precio o la de entrambos, en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios…*"

---

[1095] Artículo 1915 del Código Civil de 1928.

[1096] Ibidem.

1097 Artículo 1915.- "*La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios. Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima. Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes. Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este Código.*"

[1098] Código Civil de 1928

Es claro al respecto que ambos regímenes establecen una priorización, tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual, respecto del restablecimiento de la situación anterior[1099] y [1100] para dar lugar como segunda instancia a la reparación correspondiente. Al respecto cabe referir igualmente como este tratamiento queda explícito en la nueva redacción del pacto comisorio tácito del 1949[1101]. Refiramos que ciertamente la redacción del 1949 no es lo técnica - *considerando aún confusiones entre resolución y rescisión, por ejemplo* - que ameritaría un código con la pretensión dogmática que presenta el de 1928, sin embargo, es patente la mejora conceptual a su respecto, versus la redacción de los códigos de 1884 y 1870.

Sin embargo, pese a implicar las mismas consecuencias, al menos desde una perspectiva conceptual, la segregación dogmática de las consecuencias del incumplimiento, en virtud de la reclasificación de 1928, parecen mucho menos evidentes y dejan en entredicho la estructura de las consecuencias del incumplimiento. Durante los códigos respectivos de 1884, 1870 así como del Code, las mismas eran explicitas y en este esfuerzo quedan distribuidas en tres secciones. - *i.e. hecho ilícito extracontractual[1102], incumplimiento de las obligaciones[1103] y pacto comisorio tácito en el capítulo de la condición resolutoria[1104]* - no obstante implicar en esencia conceptual las tres, el mismo supuesto y la mismas consecuencias genéricas, si bien distribuidas y clasificadas en tres especies con diferencias específicas, en lo particular en dos y un mecanismo aplicable a una de ellas.

---

[1099] *Artículo 1915.- "La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios...".*

[1100] Artículo 2107.- *"La responsabilidad de que se trata en este Título, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entrambos, en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios*."

[1101] Artículo 1949.- *"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible."*

[1102] Artículo 1458 del Código de 1884.- *"Son causas de responsabilidad civil: I La falta de cumplimiento de un contrato; II. Los actos u omisiones que están sujetos expresamente a ella por la Ley".*

[1103] Artículo 1421 del Código de 1884.- *" Si el obligado en un contrato dejare de cumplir su obligación, podrá el otro interesado exigir judicialmente el cumplimiento de lo convenido o la rescisión del contrato, y en uno y otro caso el pago de daños y perjuicios.*"

[1104] Artículo 1349 del Código de 1884.- *"La condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso que uno de los contrayentes no cumpliere su obligación"*. Artículo 1350 del mismo Código de 1884.- *"El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato con el resarcimiento de daños y abono de intereses, pudiendo adoptar este segundo medio, aún en el caso de que habiendo elegido el primero, no fuere posible el cumplimiento de la obligación".*

Sin duda la segregación de secciones contractuales y extracontractuales, antes centralizadas en el capítulo IV de la responsabilidad civil dentro del título II de la ejecución de los contratos en el Código de 1884 y del Código de 1870 al cual copió literalmente, restó gran vitalidad y fuerza a sus preceptos y al régimen de la responsabilidad civil en cuestión. Esto es patente cuando se analiza el texto de los artículos 2108 y 2109 [1105] del actual código de 1928 para los cuales, ambos conceptos claramente implican la pérdida o menoscabo en el patrimonio, así como la perdida de una ganancia lícita derivada del incumplimiento de una obligación. En teoría los mismos serían aplicables textual e interpretativamente para el caso de la responsabilidad extracontractual[1106], aunque en este caso, es evidente - *en la perspectiva decimonónica y por lo menos en la expresa del código de 1928 y de la doctrina civilista correspondiente* - que el hecho ilícito extracontractual no implicaría el incumplimiento de una obligación - *al menos como si se podría claramente intuir en el contexto de los códigos decimonónicos para los cuales todo era materia de una misma sección e inclusive de un mismo artículo según lo antes citado*- .

Claramente, la perspectiva conceptualista alemana si permitiría considerar que ambas figuras, contractual y extracontractual tuviesen un régimen similar, considerando en ambas que las mismas implican una violación a una obligación pre-existente. Sin embargo, esto conllevaría a considerar que dicha obligación no es *per se* una relación jurídica exigible como se deduce en contrario de las consideraciones romano francesas derivadas de los primeros ejercicios conceptualizadores propios de la muy incipiente y anticipada generalización justinianea y de la primitiva conceptualización napoleónica.

Esta sería evidentemente una posición muy vanguardista propia de la jurisprudencia de conceptos y la escuela histórica, que claramente no reúne la *desiderata* de la codificación napoleónica ni de la jurisprudencia francesa previa, ni posterior a ella y a la que el legislador de 1928 claramente no se atrevió a llegar, pese a todos los demás pasos tomados en esa dirección.

En esta tesitura, el Código de 1928, en su afán conceptualizador y clasificador parece haber priorizado en sus causahabientes el parámetro duguitiano y revolucionario, al segregar

[1105] *Artículo 2108.- "Se entiende por daño la perdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación".*
*Artículo 2109.- "Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación".*
[1106] *Artículo 1915.- "La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios."*

ambas responsabilidades. Lo anterior a fin de establecer un capítulo de fuentes en el que la responsabilidad extracontractual pudiese separarse del capítulo de los contratos, de la autonomía de la voluntad y más especialmente de la responsabilidad por culpa. Es sin embargo claro que en los fundamentos de ambas instituciones, subyace - *por evidente influencia pandectística* - un concepto de obligación mucho más dogmático y cientificista de acuerdo con todo lo anterior. Al respecto, esta modificación no puede considerarse como un fenómeno aislado, debiendo al efecto interpretarse con otras instituciones que en materia estricta de la teoría general de las obligaciones se modifican en 1928 y a las que hemos previamente hecho referencia.

Así, la modificación estructural del código en materia de contratos y obligaciones, la consecuente inclusión de una teoría general de las obligaciones, la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento sin causa, el hecho ilícito extracontractual- *per se* -, las consideraciones sobre la pecuniariedad del objeto de la obligación, las reconsideraciones y reclasificaciones consecuentes del objeto del contrato y de la obligación, la reorganización de las modalidades del objeto y los sujetos así como la nueva y más explícita regulación respecto de la condición suspensiva, la reclasificación del pago como un efecto de las obligaciones antes referidas todas ellas, son muy ilustrativos ejemplos de ello.

De la misma manera las instituciones auxiliares introducidas en 1928 no pueden ser interpretadas como fenómenos ajenos. Enunciemos brevemente al respecto las novedades en materia de la representación directa, la teoría organicista de las nulidades, la teoría del acto jurídico, como temas que todos ellos en conjunto corresponden claramente a un patrón y más específicamente a un programa dogmático del legislador de 1928 - *ausente en sus antecedentes* - en el que se evidencia su voluntario y expreso cambio de paradigma respecto del rol social que el legislador debe jugar.

Como consecuencia a dicho cambio paradigmático de rol social del legislador es evidente e innegable que la nueva perspectiva dogmática de lo que puede entenderse por obligación, en claro seguimiento a la *Beggrifjurisprudenz*, no puede disasociarse ni soslayarse. Esto sin duda reafirma la perspectiva y premisas de nuestra primera hipótesis central respecto del cambio de paradigma del legislador y su función social.

Así, la obligación reemplaza al contrato por virtud de una reclasificación legal. La voluntad y la culpa dejan de ser el centro de imputación de derechos y obligaciones. Las obligaciones pueden ser consecuentemente creadas unilateralmente. El hecho ilícito responde

más a una imputación legal[1107] que a una culpa subjetiva y surge adicionalmente la responsabilidad objetiva[1108]. Así, la obligación no tiene un objeto que se defina por su exigibilidad y consecuentemente no requiere conllevar una característica pecuniaria. La transferencia patrimonial injustificada no es dejada al decir jurisdiccional, sino que es legalmente sancionada. Los objetos de la obligación y el contrato se segregan tanto como los requisitos y consecuencia de carencia de los mismos - *según esto ha quedado expuesto anteriormente*-. Las modalidades no son más del contrato sino de la obligación. La condición suspende la exigibilidad que no la existencia. La pluralidad de objetos se regula en toda su extensión y la indivisibilidad se establece dogmáticamente en oposición aristotélica a la conjuntividad, la alternatividad y las modalidades de los sujetos - *solidaridad*-. En el mismo movimiento, la solidaridad se reclasifica como una especie de una mancomunidad *lato sensu* y se distingue consecuentemente en ese ánimo dogmático de la mancomunidad *stricto sensu*. Con todo esto, en el nuevo hallazgo que sigue el mismo patrón, la responsabilidad civil se separa y segrega, reclasificándose según su origen, en contractual y extracontractual. - Vale mencionar que en opinión del suscrito, en este último tópico, el esfuerzo parece *prima facie* ser contraproducente para los fines conceptuales que todos los cambios anteriores parecen buscar, ya no en la labor del legislador, sino en lo que por obligación este reconoce y el pueblo regulado debe considerar, tal y como mencionaremos a continuación.

De todo lo anterior es claramente colegible que el concepto de obligación que tradicional e incipiente se había ido decantando, de acuerdo con los parámetros romanos casuísticos y a una muy incipiente y secular conceptualización, no puede mantenerse más en el contexto del Código de 1928. Es obvio y además digno de mención que el legislador de 1928 no adopta concepto alguno. Sin embargo, de la interpretación conjunta y armónica de los cambios anteriores, parece muy difícil sostener y considerar que la obligación pueda seguir siendo doctrinalmente deducida como una relación jurídica que necesariamente provee y se define por su exigibilidad. Las características que se deducen de todos los cambios anteriores apuntan claramente en otra

[1107] Artículo 1910.- *"El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima"*. (énfasis añadido)

[1108] Artículo 1913.- *"Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.* (énfasis añadido)

dirección, para los cuales, el tema de la responsabilidad civil como género y sus especies resultantes parece un punto fundamental en esta saga conceptualizadora y paradigmática del legislador de 1928.

Ciertamente específicamente en el tema de la responsabilidad y su tratamiento contractual y extracontractual, lo anterior intuye y manifiesta en opinión del suscrito - *pero más importante en la perspectiva de la jurisprudencia de conceptos seguida por el Código de 1928* - que si bien ambos fenómenos pueden clasificarse separadamente, los mismos no dejan de ser especies del mismo género y que por lo mismos el tratamiento de los mismos requeriría, *per se,* pese a ser segregado y clasificado como lo pretendió y efectuó el legislador en comento - *1928* - mantener un articulado en ambas secciones con contenido y consideraciones similares y sobre todo que fuese igualmente exhaustivo.

Claramente esto no fue el caso, reduciendo en consecuencia de manera gradual, el impacto conceptualista, que no obstante se evidencia en todos los cambios anteriores hacia una resultante redefinición del concepto de obligación. Esta facultad de redefinir la naturaleza de las instituciones no corresponde dogmáticamente al estado-legislador tradicional. Es claro y no puede soslayarse desde la perspectiva de la ciencia jurídica, que dentro de las consideraciones generales que la dogmática debe considerar para adoptar o reconocer conceptos jurídicos, el contenido de la Ley es un factor que si bien no es determinante, no puede ignorarse y en el que la desiderata del legislador de 1928 ni puede ignorarse de pleno.

En todo caso lo que es evidente en el tratamiento del legislador de la responsabilidad contractual y extracontractual representa un hito más en la reclasificación del legislador de 1928 y que en sus implicaciones- *adecuadamente interpretadas*-, la obligación difícilmente puede mantenerse conceptuada como lo hacían todos sus antecedentes.

Haremos a continuación una breve pero indispensable reflexión respecto de las implicaciones naturales a la reclasificación del hecho ilícito contractual y extracontractual, en una perspectiva lógico-conceptualista que nos parece la apropiada pese a su involuntaria y desafortunada segregación en el restructura del Código de 1928.

### 3.4 Potenciales implicaciones dogmáticas de la reclasificación del hecho ilícito contractual y extracontractual.

En esta reclasificación y reorganización del Código de 1928, afecta directamente al concepto resultante de la obligación resultante. Es en este tenor que el mismo debiera ser, en opinión del suscrito, radicalmente replanteado junto con la naturaleza de estas dos instituciones en virtud de la misma perspectiva conceptualista y pandectística que el legislador de 1928 adopta según se ha venido exponiendo en las distintas instituciones respectivamente modificadas e introducidas en 1928 y respecto de la cuales se concluirán las últimas aportaciones en los siguientes apartados.

En efecto, si tanto el hecho ilícito contractual como el extracontractual son fuente de "efectos jurídicos" parecería necesario, que para que hubiese consistencia - *conceptual y pandectística* - en su tratamiento, ambos implicasen efectos similares - *no obstante, su reorganización y reclasificación sus mencionada*-. Para ello, ambos surgirían de un mismo supuesto. Así, ambos implicarían responsabilidades al amparo de obligaciones preexistentes pues ciertamente sería imposible e ilógico partir en sentido contrario y asumir que en ninguno de los casos existe un fenómeno jurídico preexistente. Esto conllevaría a considerar que la obligación no es conceptuable *per se* cómo una relación jurídica, exigible y que como consecuencia la misma no presenta *ex definitione* un carácter pecuniario. [1109]

De ser esto lógica y conceptualmente correcto, la declaración unilateral de voluntad podría ser válidamente fuente de obligaciones y la responsabilidad solo se generaría ante el incumplimiento de la relación contractual que le resultase en el caso de la aceptación por algún policitado. Así, el hecho ilícito extracontractual sería igualmente fuente de responsabilidades al ser inherente una previa obligación consistente en la no afectación de las esferas jurídicas de otros. La diferencia entre ambos es que, en un primer supuesto, (i) la obligación existiría independientemente de la existencia de una relación previa y, en otro, (ii) la obligación previa calificaría en un supuesto a una relación pre existente de naturaleza contractual sin confundirse por ello con esa y que en el otro supuesto. En ambos sin embargo existiría una obligación pese a no ser presente en ambos la existencia previa de una relación. Esto conllevaría lógica y conceptualmente, de acuerdo con la jurisprudencia conceptual y la lógica que le rige a considerar que la obligación no puede definirse como una relación jurídica, sino solo como el calificativo de

[1109] Bien puede considerarse que para el legislador, en la medida que ambos derivan más de la Ley que de la presencia de culpa - *de acuerdo con los parametros decimonónicos tan criticados por Duguit y vilipendiados por la revolución mexicana* - no es necesario que ambos supuestos - *contractual y extracontractual* - partieran de supuestos y tuviesen consecuencias similares. Sin embargo en consistencia con los patrones de la jurisprudencia de conceptos y la clara influencia germanista en sus asertos, esto no podría ni debería de negarse. Consecuntemente los parametros del código en la regulación, - *más allá de sus diferencias específicas antes apuntadas* - debiera de tener cierta consistencia y unidad en cuanto a supuestos, requisitos y por supuesto en sus consecuencias.

relaciones previas o de situaciones carentes de relación, pero en las que la juridicidad está implícita por la expectativa de conducta jurídicamente tutelable, aún en ausencia de relación. La obligación se acercaría más a una necesidad jurídica de mantenerse en aptitud de cumplir con una conducta respecto de la cual se ha generado dicha expectativa legítima de una conducta en lo particular.

En el contexto franco romanista, no conceptualista, la falta de consistencia en estos conceptos y las contradicciones conceptuales y terminológicas son evidentes y resultan claramente de una visión distinta de la función del código, del derecho y de la obligación como tal. Ciertamente la perspectiva del legislador napoleónico no tiene pretensiones científicas. El Code es un instrumento revolucionario que busca - *y logra muy efectivamente* - consolidar la *desiderata* revolucionaria y racionalista según se ha expuesto. La obligación es definible por su exigibilidad y su consecuente dualidad y pecuniariedad. El derecho debe ser igual para todos y en ese mismo esfuerzo, el Code se erige en un ejemplo de simplicidad en la redacción que pretende hacer asequible el derecho a toda la ciudadanía, con resultados que trascienden la literatura jurídica para erigirse en modelo de simplicidad y claridad literaria. Son múltiples los objetivos perseguidos por el legislador napoleónico, pero todos confluyen en el derecho como una expresión y medio de vida política racional, ilustrada y burguesa. En ese esfuerzo, respecto del cual ahondamos en los primeros dos capítulos, valga decir que la exactitud de pretensiones científicas no es una preocupación. Esto sin ocultar adicionalmente que es el primer esfuerzo del racionalismo que logra asentarse legislativamente y de forma estable y duradera con un éxito secular y geográfico que evidencia su relevancia y trascendencia. La conceptualización no es un tema de preocupación. Así, los vacíos lógico-conceptuales en el tema que nos atiende son ocupados por categorías intermedias que evidentemente contradicen la lógica conceptual aristotélica más elemental como es el principio de tercero excluido que se deduce de la aceptación del principio de identidad y del de no contradicción.

Así se ubican por ejemplo en la dogmática decimonónica de origen franco romanista, (i) el deber jurídico que corresponde a una situación intermedia que sería aplicable a la conducta esperada en el sujeto pasivo indeterminado en el derecho real para oponerle artificialmente al derecho personal - *al resultar poco convincente en el concepto francés hablar de una obligación si esta abarca una relación jurídica* - , (ii) el deber jurídico que corresponde a todo sujeto que vive en sociedad para no afectar a terceros- *como tercero excluido por creíble y sostenible que*

*pudiere ser* - mediante "hechos ilícitos", (iii) el deber jurídico de mantener una oferta al público que no será exigible y por ende no presentará una obligación mientras no se identifique un sujeto que pretenda hacerla valer -*ya con un tinte y contexto contractualista*- , (iv) el deber jurídico correspondiente a la obligación natural consistente en pagar cuando no sea exigible y que no merece el apelativo de obligación por no ser exigible pero si el de deber jurídico de pagar, o (v) el deber jurídico en la obligación sujeta a condición en el que el "cuasi-deudor" tiene no obstante el deber de entregar aunque no le sea exigible, por sólo mencionar a algunos de los hasta ahora referenciados en las instituciones que hemos analizado.

En todos ellos es claro que se repite el patrón presente e incipiente en el hecho ilícito contractual como extracontractual, para los cuales clara y respectivamente antes de la conducta ilícito o del vencimiento existe - *un deber* - *que no una obligación* - en la perspectiva francesa que con afanes que claramente se presentan como regulatorios y más políticos que conceptualistas y científicos, no ve ni quiere ver un fenómeno jurídico en ausencia del conflicto, que por definición no puede plantearse *in abstracto* cuando no se ha presentado el hecho ilícito[1110].

La categoría del deber jurídico parece sin embargo en la perspectiva del autor una categoría artificial creada más como un paliativo para encontrar explicación y sobre todo expresión de situaciones limítrofe no perceptibles en la contextualización pre conceptual propia del derecho romano y exacerbada por la legislación napoleónica, que pese a sus esfuerzos de racionalidad no puede sustraerse del fenómeno político social que la empuja y que consecuentemente se deja guiar por sus derroteros, alejándose del camino de una conceptualización científica que llegará cien años después en atención a un movimiento social de origines y perspectivas radicalmente diferentes y como consecuencia, hablando del mismo fenómeno y regulando una realidad muy similar, llegará, por cuestión de método a conclusiones abismalmente distintas, al menos en la perspectiva conceptual.

[1110] Es al respecto muy ilustrativo que esta posición francesa radicalizada en el Code y la doctrina exegética posterior, se refleja la perspectiva romanista según su transmisión justinianea para la cual, en la medida que no hay conflicto, no hay juridicidad que merezca o pueda ser reflejada conceptualmente. Así en el hecho ilícito de naturaleza extracontractual resultará practicamente imposible considerar que el sujeto pasivo indeterminado esta ***técnicamente obligado a abstenerse*** (enfásis añadido) de realizar la conducta que afecte los intereses del sujeto activo, de manera muy similar a lo observable en el caso de la distinción de los derechos reales y personales que derivan en su perspectiva clásica dualista en la concepción del "poder jurídico" para definir al derecho real, al resultar la posición de una obligación con un sujeto pasivo universal lógicamente insostenible. Ambas sin embargo al igual que todas las propias a la exégesis en esta materia derivarán en el mismo tipo de inconsistencias desde una perspectiva tecnico dogmáticay sobre todo conceptual.

Si conceptual y lógicamente ubicásemos que en todos los casos sus mencionados existe obligación y no deber jurídico - *como lo parece intuir la inclusión de instituciones como la declaración unilateral de la voluntad, la despecuniariación del objeto, las obligaciones naturales, el tratamiento de la condición suspensiva, el tratamiento dogmático del pago, solo por mencionar algunas de las más relevantes* - , el tratamiento sería mucho más homogéneo, sistemático y armónico, pero la obligación difícilmente sería conceptuable como lo es hoy en la perspectiva franco romanista de corte antiguo - *al menos en la perspectiva mayoritaria* - , puesto que abarcaría un sinnúmero de supuestos en los que la tradición romanista-francesa, adversa a la generalización *ab origine*, no podrían ubicarla por carecer los mismos de las características sus mencionadas como la dualidad subjetiva, la exigibilidad y el contenido primariamente pecuniario. Son esas características las que la hacen visible y conceptuable en esa tradición.

El efecto dogmático *in extremis* parece ciertamente retador, puesto que la obligación se definiría ya en consecuencia, como una necesidad jurídica de mantenerse en aptitud de cumplir con una determinada prestación[1111] y no como una relación jurídica de necesaria exigibilidad -[1112] . Sus características seculares, según estas fueron acotadas en la primer parte de esta investigación quedarían en entredicho puesto que la obligación al no ser más una relación, no requeriría por definición de dos sujetos[1113], no sería consecuentemente exigible por definición, ni tendría en consecuencia un carácter netamente pecuniario - *tal y como ¨casualmente se ajusta el texto, también en 1928 eliminando la pecuniariedad dela obligación como elemento definitorio* -[1114].

Cabe al efecto referir que, si bien en ambos casos nos referimos al mismo fenómeno social, la perspectiva y sus circunstancias son las que difieren. Esta conclusión conceptual, derivada de todas esas inclusiones llevadas al extremo del sistema matemático leibnitziano[1115] congruente y armónico corresponde al esfuerzo de la pandectística - *que desemboca en la publicación del BGB, pero por motivos y derroteros distintos*-. Este esfuerzo difiere conceptual y estructuralmente de aquel que llevó a la publicación del Code, puesto que los juristas alemanes que empujan hacia la codificación - *evidenciado por la referida polémica entre Thibaut y*

[1111] Gutierrez y Gonzalez, Ernesto; Derecho de las Obligaciones; Editorial Cagica; Puebla; México 1984, 946 pp; p 45-47
[1112] Gutierrez y Gonzalez Ernesto Opus Cit; p 84
[1113] Ibidem; p 87
[1114] Ibidem; p 91
[1115] Cfr. Berkowitz; Opus Cit.

*Savigny* - no tienen, sin duda alguna, elemento alguno de similitud con la avalancha revolucionario-burguesa que empuja a Napoleón como catalizador política de ese esfuerzo, a la publicación del Code.

Savigny y sus corifeos no pretendían ciertamente apuntalar un movimiento revolucionario social e igualar a los sujetos ante la Ley. Nada más ajeno a su *desiderata,* que como hemos mencionado, es más de corte académico y claramente de origen y vocación aristocráticos. Lo relevante del dato jurídico legislativo radica para ellos en la expresión de un concepto lógica y científicamente sustentable - *evidenciable en la pléyade de instituciones que cambian al efecto entre el Code y le BGB y que son retomadas por el legislador de 1928*.

Para la escuela histórica como lo será después para la jurisprudencia de conceptos, el derecho tendrá ante todo que obedecer y seguir un rigor técnico. La Ley será el mecanismo lógico conceptual creado por técnicos-peritos en la materia y servirá para reflejar la realidad histórica - *causa de la realidad social* - de forma conceptual y rigurosa. Expresiones que carecieran de estos atributos no merecerían llegar a esa expresión ni ser mantenidos en la misma.

Más allá de corresponder a la desiderata legislativa, hipótesis primaria de esta investigación, planteada de forma inductiva - *como lo plantea la jurisprudencia de conceptos y una perspectiva científica del conocimiento jurídico, sea esta aceptable o no* - y no deductiva, es que en sus conclusiones, parecen plantear una congruencia sistémica que claramente no corresponde a las pretensiones decimonónicas de origen francés y a su método deductivo de vertiente pragmático y forense.

Así, esta perspectiva conceptualista de la obligación y que nos atreveríamos a considerar pandectística conciliaría problemas conceptuales como la distinción entre derechos reales y personales[1116], - *respecto de los cuales se repetiría el mismo patrón aquí enunciado* - la declaración unilateral de voluntad y la consecuente generación de obligaciones, la pecuniariedad

[1116] Cfr. Morinau Oscar, Opus cit, p 278 "*...el derecho subjetivo encontrado en este complejo es exclusivamente un derecho, la autorización de conducta hecha por la norma al sujeto y nada tiene de deber…*"; ibidem p 288 *in fine* "*... entonces es derecho el facultamiento a la propia conducta correlativo de la obligación de abstenerse...*."; ibidem p 289 "*.... no sólo se prohibe a los obligados - en el derecho real a la propia conducta - a interferir en la persona o conducta de un sujeto, sino que se faculta a este a ejercitar su propia conducta ya que no es lo mismo prohibor a todo el mundo que interfiera en la conducta de un sujeto y facultar a éste a ejercitar su propia conducta protegida frente a los demás. ¿Para que le sirve a una persona que todo el mundo este obligado a abstenerse si el mismo no está facultado a actuar? Por lo demás no tiene fundamento la doctrina que enseña que* ***lo que tiene un sujeto derecho a actuar u omitir es solamente lo que tiene otro de deber de abstenerse****, pues con el mismo fundamento podríamos afirmar que lo que tiene una persona de deber de abstenerse es lo que tiene otra facultad de actuar pues se trata de una fusión reciproca....*" (enfasis y añadido es nuestro)

y exigibilidad[1117] de la obligación los efectos de la condición[1118], las clasificaciones y las distinciones respecto de las modalidades de objeto y sujetos, la naturaleza jurídica del pago y sus consecuencias dogmáticas y conceptuales, que darán pie a los siguientes cambios relevantes a ser expuestos a continuación, por sólo enunciar los que hasta ahora han sido más visibles.

Lo anterior es más relevante aún, en atención a dos capítulos adicionales del Código, innovadores y revolucionarios al respecto - *la transmisión y la extinción de las obligaciones* -, respecto de los cuales nos ocuparemos a continuación en virtud de su gran relevancia para la teoría general de las obligaciones, pero en lo particular para la demostración científica y lógico conceptual de las hipótesis de la presente investigación.

Con base en esta nueva perspectiva, la obligación no se definirá más por su exigibilidad ni por su contenido pecuniario. En consecuencia, la misma podrá generarse de manera unilateral y existirán varias fuentes cuya simple concepción sería imposible partiendo de una perspectiva distinta. Así, la obligación resultará conceptuable sin ser exigible. Así será susceptible de diferirse su exigibilidad sin que su existencia quede comprometida. Así es factible considerar que las modalidades de su objeto y sus sujetos sean materia de una exposición de origen doctrinal pero cuyos efectos prácticos son innegables aunque solo posibles partiendo de esta nueva premisa conceptual. Así por último - *hasta ahora* - será factible pensar en el pago como un acto jurídico cuyos efectos no vayan directa necesaria y únicamente referidos a su extinción - *como dogmáticamente lo planteara el código de 1928 siguiendo la visión matemática de las premisas anteriores* - sino también a la multiplicidad de consecuencias que todo acto jurídico puede concebir - *a saber no solo la extinción sino también la transmisión, y la creación*- , cuestión inconcebible desde la perspectiva decimonónica francesa, para la cual, la obligación es una

[1117] Morineau Oscar; Opus cit; p 289 "*.... la investigación anterior - cfr pp 979 - nos autoriza a rechazar la doctrina de que el derecho es solamente la imposición de deberes correlativa de la facultad de exigirlos...." Ibidem; p 290 " .... para contrastar el derecho absoluto arriba investigado, analicemos ahora cualquier derecho de crédito. El acreedor tiene derecho a los servicios (conducta) ajenos y a exigirlos. No es suficiente con decir que tiene derecho a exigir la conducta ajena pues el apoderado también tiene ese derecho y sin embargo no se identifica con el acreedor. Evidentemente el acreedor tiene derecho a la conducta ajena - a que otro haga u omita para él y por ello tiene derecho de exigir la misma cosa de otro, pero no tiene derecho el mismo a lo que exige, pues exige para otro (el representado). El obligado tiene derecho a hacer lo exigido y sin embargo no tiene derecho a exigir su propia conducta - especificamente con lo cual tendríamos alguna objeción como se manifiesta en la sección relativa al pago vista su naturaleza bilateral -. Quiza Rojina se refiera a este dato cuando sostiene que en la (sic) facultamiento de la propia conducta el obligado es a la vez el facultad, en el sentido de que siendo la propia conducta el objeto del derecho, el mismo facultado estaría obligado a exigirsela. Lo cual nos lleva a la conclusión de que el derecho no solo consiste en la facultas exigendi, sino también - y más especialmente - en el derecho a la propia conducta o a la ajena.... "*

[1118] Vid Borja Martinez Opus Cit.

relación jurídica, el pago su forma de extinción y la transmisión de obligaciones un sin sentido que carecía de sustento legal, explicación doctrinal y aplicación práctica. Será así igualmente que las formas de extinción de las obligaciones experimenten un cambio radical en la exposición legal, como consecuencia al mismo parámetro dogmático pero que solo puede resultar de la misma visión integral que lleva al legislador revolucionario a enmendar todo lo anterior, por el que la visión tradicional de la extinción enfocada a la perdida de la exigibilidad del vínculo - *hasta entonces concebido como obligación* -, según será expuesto en los siguientes apartados del presente capitulo.

Es así, en atención a las premisas anteriores, que la obligación será conceptualmente susceptible de transmisión - *rompiendo una serie de barreras inconcebibles hasta 1928* - y que a su amparo las formas de extinción de la obligación - *efecto complejo de la redefinición del pago y la irrelevancia del elementos subjetivo así como de la posibilidad de transmisión, entre otros* - experimenten un replanteamiento, ignoto en México hasta 1928 y al cual dedicaremos las últimas dos secciones siguientes de este capítulo.

### g) De la transmisión de las obligaciones.

#### 1. Consideraciones generales.

Respecto de todas las modificaciones que hemos referido en los apartados anteriores, pocas tienen y representan la relevancia que implica la transmisión de las obligaciones.

Ciertamente y por las consideraciones expuestas hasta esta sección, en razón de la nueva estructura del Código de 1928 *versus* sus predecesores decimonónicos, la inclusión de la declaración unilateral de la voluntad como fuente de las obligaciones representa el hito de la mayor novedad - *complementada por las interpretaciones concomitantes a la condición suspensiva y su interpretación* -. Sin embargo hasta la inclusión de la transmisión de las obligaciones dicha declaración unilateral de voluntad podría haber quedado como un tema de menor repercusión.

De la misma forma, toda la restructura respecto de las demás fuentes de las obligaciones novedosamente incluidas en tanto tales, es un tema novedoso, aunque puede quedar en el anecdotario político social y recibir una explicación razonable en el contexto de política legislativa - *de inspiración Duguitiana* - sino se le relacionara con la transmisibilidad de las obligaciones igualmente incluida conceptualmente en 1928. La transmisión no tenía legalmente,

antes de 1928 sino una presencia discutible marginal y accidentada -*en concordancia con la perspectiva decimonónica al respecto*-.

Ciertamente salvo por lo relativo a la declaración unilateral de la voluntad, todas las demás fuentes resultan de instituciones que directa o indirectamente ya eran tratadas en la legislación decimonónica mexicana y reconocidas en su defecto por la praxis jurisprudencial que le dio origen en el fenómeno romanista y francés. *Verbigratia*, el caso del enriquecimiento sin causa podría ser considerado igualmente un elemento de novel inclusión en la legislación, sin embargo, había ya sido tratado de forma jurisprudencial tal y como ya se expuso anteriormente[1119] desde el Code.

Así, como ya fue mencionado en los apartados correspondientes, las modificaciones en materia de modalidades, tanto de objeto como de sujetos no son menores. Igualmente, las innovaciones en materia de instituciones auxiliares - *como las nulidades y su novedoso tratamiento Bonnecassiano al que ya hemos hecho referencia y la representación directa y su académico recogimiento basado en la dogmática pandectística*-, representan claramente un punto de quiebre respecto de la perspectiva decimonónica que les precedió. Ambas sin embargo atienden a consideraciones satélite y accesorias que no afectarían *prima facie* la perspectiva dogmática de la obligación que claramente está inmersa en la agenda legislativa de 1928. Qué decir del pago y su novedosas dogmatización según esta ha sido expuesta. Claramente implica un cambio de perspectiva, pero no puede decirse que el pago haya sido introducido en 1928, claramente fue redimensionado, reclasificado y dogmatizado. Esto no es menor sin duda, pero no deja de ser una reclasificación más no una inclusión. Reclasificación sin embargo que apuntala la visión sistémica y las hipotesis de un nuevo paradigma legislativo y conceptual, alrededor del cual gira la regulación desde 1928.

Ninguno de estos cambios tiene así, en opinión del suscrito, y especialmente en la coyuntura de la presente investigación, las implicaciones que abarcará la inclusión del título respectivo a la transmisión de las obligaciones en el Código de 1928. Esto es sin referir que dicha inclusión de la transmisión de las obligaciones solo podría haber sido concebida conceptualmente y operar efectivamente merced a la conjunción de todos los cambios sus mencionados, especialmente merced y en combinación con la declaración unilateral de voluntad y la recalificación del pago. Todo ello como consecuencia e implementación del nuevo

[1119] Bonnecasse Julien; Tratado elemental de derecho civil; Editorial Harla; México D.F. 1993; 1048 pp; p 813

paradigma de legislador tanto en relación con su función como en relación con el resultante concepto de obligación -. Parece evidente la coincidencia e interacción de todas esas modificaciones e inclusiones. La novedad de la transmisión como inclusión conceptual, amén sus marginales y discutibles precedentes - *sin duda es, en opinión del suscrito la más relevante en la regulación de 1928* - no podría haber sido concebida ni operar sin la conjunción armónica de todos los cambios antes referidos.

De la interpretación armónica de todos ellos es que la materia de las obligaciones puede vislumbrarse en el siglo XX mexicano, sujeta a un nuevo paradigma conceptual materializando así nuestra segunda hipótesis central de investigación, como actualización consecuente de nuestra primera hipótesis respecto del nuevo rol asumido por el legislador.

Cabe así respecto de lo anterior apuntar, que por un lado este capítulo- *como la declaración unilateral de voluntad* -, no tiene ningún antecedente efectivo y claro en la tradición legislativa romano-francesa y que por el otro- *a diferencia de la representación y las nulidades* - su contenido no regula instituciones accesorias o auxiliares, sino que atiende a la estructura genómica de la obligación misma, afectando en grado substancial su contenido y el concepto resultante. La perspectiva decimonónica y romanista primaria de la obligación, quedará en muy mala situación y corta, como resultado a la inclusión de este capítulo por el legislador de 1928. La voluntad del *solvens*, del *accipiens* o de ambos parece insoslayable para aceptar los efectos traslativos en el fenómeno obligatorio. Hay traslación, hay acto jurídico, no hay bilateralidad y coerción necesaria, el pago no es extintivo. Las implicaciones conceptuales son mayúsculas para la obligación y todas se han estructurado sistemáticamente en la visión organicista de la obligación.

En este tenor, la inclusión de un nuevo Título Tercero - *De la transmisión de las Obligaciones* - en el texto del Código de 1928, representa un cambio estructural y fundamental inclusive de naturaleza cultural, en virtud del cual, el derecho privado y la concepción de las obligaciones civiles no podrá ser el mismo que en sus antecedentes. Ciertamente, en atención a la transmisibilidad, el concepto tradicional a que hemos hecho referencia con anterioridad dejará por completo de tener sustento lógico. El novel tratamiento de la transmisión de las obligaciones, más allá de sus incipientes antecedentes tanto en el Code como en los Códigos decimonónicos mexicanos - *cuyos intrincados esquemas eran explicables prima facie por la aversión conceptualizadora y dogmática de la antigüedad y que sustentan el cambio de paradigma del*

*legislador de 1928*- implicará necesariamente un replanteamiento conceptual, propio de la dogmatización del legislador de 1928. De la misma manera, la posibilidad de substituir a los elementos subjetivos sin extinguir la obligacion implicará hasta 1928 un obstaculo insalvable.

La inclusión del nuevo Título Tercero respecto de la transmisibilidad de la obligación- *sin paralelo o antecedente sólido en los texto con validez positiva en el siglo XIX franco-mexicano* - y más allá de su necesaria interpretación armónica a la que hicimos referencia anteriormente, no parece concebible ni posible sin los cambios previamente anunciados y expuestos, especialmente los relacionados con la dogmatización del pago en cuanto acto jurídico y las implicaciones de la voluntad - *claramente determinables por el sujeto que lo efectúa* - en su concepción de tal.

Efectivamente para efectos de la presente investigación, de los cambios efectuados en 1928 - *ya sea relacionados con alteraciones o modificaciones al régimen decimonónico heredado de la tradición francesa romanista sobre instituciones preexistentes o bien derivados de inclusiones no previstas en esa tradición e importadas de la perspectiva pandectística y en lo particular de la jurisprudencia de conceptos del siglo XIX alemán*- , la restructura del Código para crear un título dedicado a la inclusión dogmática y practica respecto del potencial traslativo del vínculo obligatorio, presenta, el de mayor trascendencia y relevancia no solo pragmática sino especialmente, conceptual y dogmática. Este nuevo título, en combinación con varios de los cambios estructurales y conceptuales referidos en secciones anteriores darán un marco dogmático y conceptual a la obligación que romperá la perspectiva mantenida en occidente hasta entonces. Este golpe de timón corroborará definitivamente las dos hipótesis centrales de esta investigación al no permitir - *en el contexto del código de 1928* - integralmente conceptuar a la obligación como hasta ahora y por otro lado al evidenciar de manera contundente el nuevo y paradigmático rol que el legislador se arroga en esta materia.

Ciertamente, la obligación no podrá ser ubicada más en la "camisa de fuerza" decimonónica de la relación jurídica. Al aceptar abierta dogmática y estructuralmente la susceptibilidad traslativa por la que el binomio deudor-acreedor definido de origen no es más aceptable como elemento definitorio - *al ser legalmente y voluntariamente alterable en tanto binomio* - el concepto de obligación no puede ser más definido como una relación jurídica. Claramente el tópico más cercano a sus implicaciones dogmáticas y también de origen alemán como ya se ha expuesto es la declaración unilateral de voluntad - *igualmente inconcebible en la perspectiva decimonónica franco romanista primaria como lo prueba su ausencia en los*

*ordenamientos decimonónicos franco mexicanos propios y sintomáticos del paradigma pseudo conceptual anterior-*.

Ambos cambios podrán también ubicarse en el seno de la restructura conceptual del legislador revolucionario para el que como ya se ha expuesto, la lucha *versus* las fuentes tradicionales - *contrato, autonomía de la voluntad y culpa en el delito civil* - eran las premisas contra las cuales la acción del legislador se legitimaba. Por un lado, la declaración unilateral de la voluntad para ser dogmática y conceptualmente aceptada se rige ciertamente por el mismo patrón de origen pandectístico impulsado por la fobia anticontractualista Duguitiana[1120]. La transmisión de las obligaciones por su lado podría pretender buscar un mayor purismo técnico con efectos políticos no tan evidentes pero que se terminarán relacionando con la misma *desiderata* revolucionaria social del legislador. Sin duda, su vinculación con la aceleración del intercambio comercial y la circulación de la riqueza - *que detalla García Téllez* [1121]- le acercarían en esa perspectiva. La interrelación con la *desiderata* revolucionaria parece menos clara, aunque quedará demostrada más adelante.

La transmisión no entra *prima facie* en este discurso *anti contractus* tan abiertamente. Esto no le resta, sin embargo, ni espíritu ni contenido revolucionario social como tampoco permite segregarlo de la posición Duguitiana de albores del siglo XX cuyo contenido y meta ilumina gran parte de los trabajos del legislador revolucionario de 1928 como ya se ha expuesto.

La inclusión de la transmisión de las obligaciones, por las razones que expone García Téllez con objeto de la publicación del Código de 1928, coinciden con un *momentum* ya no solo social sino especialmente político, económico y por ende jurídico del "México post-revolucionario." Ciertamente, por un lado, la inclusión de la transmisión de las obligaciones busca en palabras de García Téllez, auspiciar y regular una más expedita, ágil y segura transmisión de la riqueza[1122]. Es innegable en este contexto que la inclusión dentro de la declaración unilateral de la voluntad, de los títulos civiles - *a que ya hemos hecho referencia* -

---

[1120] Garcia Tellez Ignacio; Opus Cit; p 12; " *... al lado del contrato fuente primordial de las obligaciones se reglamentan obligaciones nacidas sin necesidad de comvenio entre los titulares de la relación jurídica como son las obligaciones originadas por promesas al público, las estipulaciones a favor de tercero, los títulos al portador y a la orden, las obligaciones nacidas de los actos ilícitos, el riesgo profesinoal,la gestión de negocios, el pago de lo indebido....*"

[1121] Ibidem; p 12 : " *.... con el propósito de facilitar la circulación de la riqueza, se introducen formas de transmisión de los derechos y obligaciones que hagan más sencilla, económicas y rápidas las adquisiciones de los bienes....*"

[1122] Ibidem; p 40 " *...con objeto de facilitar las relaciones jurídicas entre particulare, asegurar el fiel cumplimiento de sus compromisos y estimular la circulación de la riqueza por medios más rápidos y sencillos, se adoptaron las formas comerciales del endoso y de la transmisión de los títulos a la orden y al portador...*"

corresponde al mismo esfuerzo, lo que permitirá elaborar una hipótesis de conjunto respecto de la perspectiva armónica e integral - *de corte pandectístico* - del esfuerzo legislativo de 1928.

Ciertamente, si bien hemos concluido anteriormente los pírricos y vanos efectos de la inclusión los títulos civiles y su nula aplicación, es evidente en su regulación que la pretensión de su inclusión es identificable con los principios que de los títulos de crédito son conocidos en virtud de sus efectos - *aunque por las deficiencias en la regulación dichos títulos civiles no hayan adquirido vigencia efectiva* - como ya se expuso. Ya menciona Joaquín Garrigues y Garrigues que la emisión de títulos de crédito tiene por fines fundamentales agilizar la negociación - *vía el endoso y la traditio permisibles en razón de los principios que les son aplicables* - y agilizar el cobro vía la potencial acción ejecutiva que le es atribuible[1123]. Ninguno de esos efectos se logra en los títulos civiles que quedan reducidos por el defecto regulatorio a una experiencia de probanza, tal y como se refirió en su oportunidad.

Vale mencionar al efecto para soporte de las aseveraciones respectivas ahora en materia de la transmisibilidad de las obligaciones, que la Ley de títulos y operaciones de crédito publicada en 1932 coyunturalmente entra en vigor prácticamente al mismo tiempo - *mismo año* [1124]- que el Código Civil que aunque publicado en 1928 su entrada en vigor fue retrasada por cuatro años. Este retraso es por supuesto materia de muchos argumentos y vasta polémica en sus causas y efectos[1125]. Sin embargo vale referir que la coincidencia - *de efectos al menos* - en materia de la transmisión de las obligaciones - *regulada en materia supletoria de la legislación especial cambiaria* - puede claramente intuirse nuevamente, como parte de esa perspectiva de regulación integral y armónica - *nuevamente de corte pandectístico* - en la cual sería inconcebible pensar la incorporación de derechos en aras de la agilidad del tráfico cambiario vía endoso - *merced a la nueva Ley de títulos y operaciones de crédito sus mencionada* - , sin que la legislación común - *que a la postre derivara de la misma inspiración en el código de 1928* - no permitiese abiertamente dicho efecto jurídico traslativo como sucedía con la legislación

[1123] Cfr. Garrigues y Garrigues Joaquin; Opus Cit.
[1124] Borja Soriano Manuel; Opus Cit; p 318 "*.... la Ley general de títulos y operaciones de crédito de 26 de agosto de 1932 ...{....} el Código Civil de 1928 en su artículo 1o transitorio dispuso que el mismo Código entraría en vigor en la fecha que fijara el Ejecutivo. Este fijó como fecha el 1o de octubre de 1932....*"
[1125] Vid. Garcia Tellez Opus cit; para el cual "*..... tres años va a cumplir el Código de estar sufriendo la espera de su vigencia. No fué suficiente su triunfo conquistado en buena lid intelectua, ni la eliminación de importantes reformas que no lograron salvarse; aún es muy poderosa la corriente conservadora que se opone a su vigencia y gran parte de la dificultosa gestación del nuevo código de procedicmientos civiles a ello obedece, ya que bien comprenden quemientras este no se concluya áquel no podrá ponerse en vigor....*"

decimonónica en la materia - *cuestión que solo hace con la inclusión del título que nos ocupa en el Código de 1928* -[1126] .

Lo anterior es, obviamente hipotético. Sin embargo, parece muy difícil poder argumentar y sustentar - *dogmática y lógicamente* - la agilidad en la negociación propia de la materia cambiaria - *pese al argumento de ser una situación excepcional por ser materia del principio de incorporación* - sin considerar que el vínculo obligatorio pudiere ser susceptible *per se* de transmisión voluntaria o legal, sin soportar y fundamentar abierta y plenamente la transmisibilidad del mismo.

Así, sin pretender reproducir aquí lo ya expuesto en el capítulo de la declaración unilateral de voluntad, haremos solamente somera referencia para exponer que la búsqueda de los fines implícitos en los títulos de crédito - *verbigratia en los títulos civiles* - se cristaliza más eficientemente cuando la estructura básica - *la teoría general en el contexto pandectístico y conceptualista* - admite abiertamente que la factibilidad del fenómeno traslativo obligacional.

Valga lo anterior simplemente para subrayar que en el *momentum* legislativo de 1928, el efecto traslativo se veía inminente tanto en el ámbito civil como en el mercantil, en tanto manifestaciones paralelas del mismo principio, de la misma meta y del mismo cambio paradigmático. Así, la inclusión contemporánea de los títulos civiles en el código civil [1127]- *pese a su mencionada ineficacia* -, en paralelo con la publicación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y a la modificación del Código Civil para incluir el título correspondiente a la Transmisión de las obligaciones, no parece una mera coincidencia. Al respecto la modificación del Código Civil - *al pretender este ser un código marco, con preceptos generales aplicables en ausencia o para aclarar la disposición concreta de la Ley especial según el parámetro pandectístico originado en el BGB según se ha expuesto* -, parece presentar tintes de gran relevancia para el reconocimiento y aplicación de estos efectos. Esto es especialmente cierto en esta materia, puesto que esta modificación del Código Civil, incluyendo especialmente a estos efectos la potencia traslativa, amén consistir en el punto de solución de preguntas y controversias sobre lo que contradigan o callen las Leyes especiales, tiene por un lado, tal y como ya se ha mencionado, un antecedente inspirador de naturaleza esencialmente dogmática y conceptual que provee estructura conceptual con base en la desiderata pandectística.

[1126] Cfr, en apoyo a estas consideraciones el texto de Fromont et al sobre la perspectiva sistémica del legislador pandectístico que claramente inspira al legislador de 1928 en este tema también.
[1127] Artículos 1873 a 1881 del Código Civil de 1928 sus mencionados en la sección de declaación unilateral de la voluntad.

## 2. Antecedentes.

### 2.1 Ideas generales y derecho romano.

Si las obligaciones no eran tratadas o reguladas expresamente en el contexto del siglo XIX franco mexicano, menos aún lo era la transmisión dogmática y esquemática de las mismas, especialmente cuando este pudiera ser asociado con el cumplimiento de la misma obligación por cualquier tercero que extinguiría a la misma según expuesto.

En el contexto anterior, - *siglo XIX franco mexicano* - la influencia directa romana y de la perspectiva casuística de enfoque deductivo impera. En este contexto, prima consecuentemente, la pseudo-conceptualización heredada de la perspectiva romana vía el Digesto y la glosa posterior, dentro del contexto por el cual, si bien el código no regula a las obligaciones, estas son doctrinariamente concebidas - *en herencia de la perspectiva romanista vía Digesto* - como relaciones jurídicas entre dos sujetos en las que uno de ellos llamado acreedor está facultado para exigir del otro, llamado deudor, una determinada prestación de dar, hacer o no hacer que el segundo esta constreñido a cumplir para con el primero.

Consideramos así, que la ausencia de conceptualización y abstracción del fenómeno obligación incide de manera fundamental en la imposibilidad conceptual de percibir que el vínculo obligatorio fuese materia de transmisión, sin que esto implicase - *ex definitione*- una *contradictio in terminis*. Alterando el elemento subjetivo de la obligación, la misma no podría por definición consistir en una relación entre dos sujetos definidos previamente y subsistir. Lo anterior puede vincularse a partir de la influencia pandectística de 1928 con una tendencia moderna del concepto de la obligación para la cual el aspecto subjetivo - *en torno del cual gira la caracterización como una relación jurídica* - se desvanece en atención a sus carencias epistemológicas anticipadas en las páginas precedentes. Ese "nuevo" concepto se distinguirá de la versión antigua enraizada en el precedente casuístico y que enfatiza su dualidad subjetiva. De este fenómeno evolutivo se desprenderán las consideraciones anteriores de esta investigación dando pie a las conclusiones que demuestran nuestra segunda hipótesis. Habla José Castán Tobeñas[1128]: "*.... El derecho romano, exagerando el punto de vista subjetivo, vio en la obligación un vínculo entre dos personas, un determinado acreedor y un determinado deudor. De aquí que no se admitiera: primero, ninguna representación para contraer obligaciones;*

[1128] Castán Tobeñas Jose; Derecho Civil Español, Común y foral; Reus Madrid; 1992; tomo 3 Volumen?; 859 pp p 53

*segundo ningún contrato en pro de otro; tercero,* ***ningún cambio de acreedor o deudor a no ser con disolución del vínculo primitivo (novación);*** *cuarto, ninguna indeterminación en dichos sujetos. El derecho germano y el moderno, por el contrario, tienden a realzar el contenido objetivo del crédito o deuda…*", permitiendo en consecuencia, para efectos del presente apartado, la transmisibilidad de la obligación, tema inconcebible en la premisa romana, francesa clásica y para efectos nacionales propia de los códigos decimonónicos mexicanos. (énfasis añadido)

En el contexto romanista esto queda evidente en el fenómeno casuístico ya que si los sujetos cambiasen, la obligación sería técnicamente otra, pues otro sería el que comparecería ante el pretor o el juez a pedir justicia y el primer acreedor o deudor reemplazados carecerían de toda relevancia y visibilidad procesal y por lo mismo, no serían siquiera perceptibles al momento de elaborar una definición o concepto que solo sería visible al momento del incumplimiento, como ya se ha mencionado en el contexto casuístico y forense - *pre conceptual* - de origen romano. Sin duda, esto incidirá en las perspectivas legales decimonónicas mexicanas que si admitirán conceptualmente *prima facie - inspiradas en el mismo fenómeno-*, como es, la transmisión de acciones - una vez iniciado el procedimiento judicial - ya que a partir de ese momento, fijada la litis y "*sancionada la relación jurídica*" en virtud de la participación judicial, la interacción judicial parecería primar sobre los elementos constitutivos para efectos de todo intento conceptualizador.

Así la doctrina romanista es prácticamente unánime en el rechazo respecto de una transmisibilidad obligacional[1129]. Claramente esto no es explicable sin la ponderación y efectos relativos a otras instituciones incluidas y modificadas igualmente en 1928, respecto de la transmisión. La referencia es forzoza respecto de la reclasificación y a la dogmatización del pago así como de la aceptación de la doctrina del acto jurídico por virtud de lo cual, como ya se ha referido, el pago de entrada no extingue la obligación necesariamente. Esto al haberse admitido dogmáticamente que el pago en tanto acto jurídico es una manifestación de voluntad tendiente a la (i) creación, (ii) transmisión, (iii) modificación o (iv) extinción de derechos y obligaciones.

[1129] Ibidem. Cfr Iglesias Juan; Opus Cit; p 460 para los cuales es claro que "*.... si una persona quiere hacer a otra acreedora de lo que a ella es debido, no puede conseguirlo por ninguno de los modos según los cuales se transmiten las cosas corporales, sino que precisa recurrir a una novación con cambio de acreedor - delegación activa según Gayo - . Sobre todo que aquí no hay una propia y verdadera transmisión del crédito - una cesión en sentido jurídico -, debe advertirse que el resultado práctico apetecido solo puede lograrse con el consentimiento del deudor, que ha de prometer al nuevo acreedor el idem debitum....*"

Como complemento, su calificación de acto jurídico en la que el objeto motivo o fin de la voluntad[1130] - *también de novel inclusión en 1928* - del *solvens* es fundamental para dogmatizar sobre la naturaleza de los efectos del pago respectivo (i.e. simplemente extintivo, extintivo y creador o por último traslativo ) da un efecto contundente para la admisión de la transmisibilidad. De otra forma el pago extinguiría la obligación- *de acuerdo con el parámetro decimonónico presente tanto en el Code como en los Códigos de 1870 y 1884* - y por consecuencia no podría conceptualmente aceptarse su transmisión. Ahí es donde el efecto armónico antes mencionado, propio de una nueva vocación academicista de origen pandectístico puede apreciarse más claramente en la combinación de ambas estructuras.

La dogmatización y conceptualización del pago como acto jurídico - *igualmente novel en 1928* - será pues fundamental para poder aceptar la posibilidad conceptual y práctica de la transmisión de las obligaciones. Es evidente que dicha perspectiva es ajena al fenómeno romano que (i) por un lado rechaza los conceptos, (ii) por otro lado califica al pago solo como forma de extinción de las obligaciones o contratos y que por último (iii) desconoce la dogmatización propia del acto jurídico - *que solo se considerará legal y dogmáticamente en tierras mexicanas en el Código de 1928 por los factores sus mencionados*- , epítome de abstracción propia de doctrina mucho más tardía y cuyo origen y contexto pandectístico serán igualmente indispensable para concebir la transmisión de las obligaciones en el caso de un pago ya sea por interés jurídico o económico.

En el contexto romano clásico, la incipiente conceptualización, solo es comprensible en atención a un análisis deductivo en el que concebida la obligación como una relación jurídica- *según el concepto de la antigüedad sus mencionado* - y la relación como el factor común a dos o más elementos que se presentaban a resolver sus diferencias y en este tenor recibían una resolución que servía de base a su primitiva conceptualización. En esa perspectiva resulta evidentemente inadmisible pensar en la alteración del elemento subjetivo de la relación sin que la misma se extinga. La relación jurídica surge y se materializa en la presentación de las dos partes contendientes ante el órgano jurisdiccional. De su fallo se desprende el concepto, mismo que incipiente y recalcitrante, no puede en consecuencia en estricta lógica aceptar la alteración del elemento subjetivo y subsistir. Será un proceso de inducción el que permita conceptuar a la

[1130] Cfr. Teoría de Bonnecasse admitida en 1928 respecto del objeto motivo o fin en lugar de la causa, como requisitos de válidez del contrato.

obligación para la pandectística y hacer girar a su alrededor los conceptos accesorios que sistemáticamente función en relación con la misma. vbgr. La transmisión.

Es en el contexto anterior se puede ahora mencionar y exponer muy brevemente - *a reserva de su tratamiento más detallado en el capítulo de la extinción de las obligaciones*-, del caso de la novación y en lo particular de la novación subjetiva[1131]. Ciertamente esta forma de extinción admite desde el derecho romano en su muy incipiente conceptualización, que el cambio de sujetos conlleva *prima facie* a una extinción de la obligación, al implicar un cambio substancial y esencial [1132] por el que la relación jurídica *ab origine - que evidente y consecuentemente se define en atención a los sujetos que la conforman* - no subsiste, cuando - *entre otras causas* - uno de los elementos subjetivos es alterado, reemplazado o intercambiado[1133].

La novación romanista y decimonónica francesa es así aceptada en sus dos acepciones - *subjetiva y objetiva* -. Ciertamente, desde el derecho romano como en el Code y en el causahabiente derecho decimonónico mexicano tal y como expondremos en los siguientes apartados se considera que alterar substancialmente la obligación en aras de su extinción, puede darse respecto de su elemento objetivo como del subjetivo. Claramente la alteración del elemento subjetivo será en el derecho romano manifestación clara de la extinción de la obligación concebida como un vínculo de dos sujetos de naturaleza, explicación y origen procesal, binomio subjetivo y consecuentemente inalterable en aras de su esencia.

Así, en la antigüedad, la combinación de una perspectiva adversa al concepto y ligada a la praxis casuística, el enfoque en la exigibilidad y la pecuniariedad de la obligación, la perspectiva

---

[1131] Abiertamente admitida en el contexto decimonónico en virtud del antecedente romanista y antigüo referido lineas arriba por el que la relación no admite transmisibilidad, tal y como lo atestigua el artículado de 1884 que reza textualmente en su artículo 1607: *".... Hay también novación cuando un nuevo deudor es substituido al antiguo que queda exonerado o cuando el antiguo acreedor es substituido por otro con quien queda obligado el deudor primitivo.*"

[1132] La referencia al caracter substancial del cambio resulta de la glosa del artículo 1606 para el cual; "*Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo **alteran substancialmente** sujetandolo a distintas condiciones, substituyendo una deuda nueva a la antigua o haciendo cualquier **otra alteración que afecte a la esencia** del contrato y que demuestre la intención de cambiar por otra la obligación primitiva*."

[1133] Mas allá de la simple modificación general de la estructura, la terminología adoptada por el Código de 1928 es ilustrativa al respecto cuando manteniendo la referencia de substancialidad que definían la figura desde 1884 abarcando al efecto tanto la novación objetiva como la subjetiva elimina la posibilidad expresa de novación subjetiva sus mencionada. Al efecto, el artículo respectivo - 2213 - prevee que*: " Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran **substancialmente** substituyendo una obligación nueva a la antigua."* No hay artículo correspondiente al 1607 que ha sido eliminado al incluirse - *como se verá lineas más adelante la transmisión de obligaciones voluntaria tanto activa como pasiva*- .(énfasis añadido)

de un pago extintivo, la ausencia de abstracción conceptual del acto jurídico llevan a una perspectiva en la que la transmisión de las obligaciones implica una *contradictio in terminis* que será muy azarosamente solventada para explicar una alteración del binomio deudor - acreedor que lleva igualmente a la extinción, vía novación subjetiva. Esta amplitud de opciones que la doctrina francesa decimonónica y exegética parece sujetar meramente a la autonomía de la voluntad será sin duda el primer efecto que la nueva legislación civil de objetivos sistemátizadores, de inspiración pandectística y de efectos conceptualizadora, buscará erradicar[1134].

### 2.2 Consideraciones generales en el Code y los códigos mexicanos de 1870 y 1884.-

En réplica del modelo conceptual antes referido y de su estructura clásica ajena a las teorías generales, el Code incluye solamente en la sección de la compraventa un breve articulado respecto de la transmisión de las acciones y las obligaciones[1135]. La estructura planteada sin embargo será accidentada, poco estructurada y dejará gran parte de su aplicabilidad a la autonomía de la voluntad de las partes involucradas.

Así en el Code - *que no regula como se ha mencionado*, ni a las obligaciones - *sino a los contratos dentro del paradigma burgués de la propiedad*, prevé una incipiente reducida y confusa posibilidad de transmisión de las mismas, en razón de su herencia intelectual, a-conceptual y a-dogmática - *de origen romanista e influencia fisiocratica ilustrada* -. Al respecto cabe reiterar la *contradictio in terminis* implícita en la afectación del vínculo bilateral en uno de sus elementos definitorios y pretender su conservación.

En ello radicauna razón mas por la que el Code no prevé la declaración unilateral de la voluntad ni por ende a los títulos civiles o de crédito, cuya incorporación implicarían - *ex definitione* la necesaria transmisibilidad de los mismos tal y como se expuso anteriormente - *pese a las restricciones referidas y existentes para aceptar la existencia eficaz de los títulos civiles* -.

---

[1134] Laurent, Opus Cit; Tome 18; p 315 prevee al efecto especificamente que la voluntad de las partes puede - allende la logica conceptual partir la misma figura en distintos escenarios con consecuencias diversas y conceptualizaciones consecuentes: "....*c'est ce caractère qui distingue la novation subjective de la cession et de la subrogation. Quand il y a cessión de la créance, il ne se forme pas une obligation nouvelle: Le créancier transporte la créance au céssionaire, c'est donc l'ancienne créance qui subsiste àcharge du même débiteur: Aussi, le débiteur ne doit pas consentir a la cession, il y reste étranger; tout se passe entre le vendeur et l'acheteur, sauf que l'acheteur doit signifier la cession au débiteur pour être saisi à l'égard des tiers....*"

[1135] Articulos 1689 a 1701 del Code.

Lo anterior en obviedad del elemento subjetivo dual que tampoco permite intercambiar por el mismo origen cultural anticonceptual.

Tampoco prevé el Code al pago, sino como un medio de extinción de las obligaciones y no puede concebir la esencia de acto jurídico, dogmatización que le es extraña y no le interesa, al menos en calidad de cuerpo normativo. Los objetivos de la codificación napoleónica son claramente otros, (i.e. la igualdad ante la Ley, la simplificación regulatoria y la claridad popular/universal del derecho) no así la técnica y la dogmática academicista característica de la pandectística y de la jurisprudencia de conceptos que inspirarán la codificación alemana de 1900 así como la mexicana de 1928.

Respecto de la transmisión de las obligaciones el Code mantendrá una regulación muy incipiente y variable respecto de la cual, la dependencia de la autonomía de la voluntad parece *prima facie* el primer elemento contrario a la perspectiva codificadora de 1928. A ella deberá contrastarse la vocación academicista de origen pandectístico y la consecuente reorganización de la estructura del Código de 1928. La novel Teoría General de la Obligación, ilustra así nuevamente el cambio no solo regulatorio sino de pretensión y rol del legislador y consecuentemente el cambio dogmático aplicable al concepto obligación y a sus instituciones satélite.

Será solo así, en el contexto ulterior de estas variables - *dogmatización del acto jurídico, reclasificación y reconceptualización del pago y por último potencialidad de la transmisión de las obligaciones* - desarrolladas desde la escuela histórica y reforzadas por la jurisprudencia de conceptos y cristalizadas por el BGB, que la transmisión de las obligaciones será primigeniamente admitida, para servir ulteriormente como fuente de inspiración del legislador revolucionario mexicano de 1928, en busca de nueva identidad jurídico-civil, como consecuencia de su rechazo al liberalismo social y sus vertientes económica, política y por supuesto, jurídica.

En este tenor tampoco preverán conceptualmente los códigos de 1870 y 1884 respectivamente la posibilidad de la transmisión de las obligaciones, de la misma forma que para ambos ordenamientos, el pago no será más que la forma de extinción de las obligaciones y la perspectiva del acto jurídico será completamente ignota. Ambos ordenamientos solo incluirán una breve e incipiente referencia a efectos hoy asociados a la transmisión dentro del Título de la Extinción, fieles a su ausencia de perspectiva dogmática y a su ethos meramente regulador.

### 2.3 Redefinición y reclasificación de la subrogación. -

En la admisibilidad conceptual de la transmisión de las obligaciones y la reclasificación consecuente del Código de 1928 a que nos referiremos en las líneas siguientes, existe un tópico particularmente delicado e interesante puesto que, en tanto institución, el mismo fue admitido antes del Código de 1928, tanto por los ordenamientos mexicanos decimonónicos como por el Code y por el propio derecho romano. Su contexto naturaleza y clasificación eran sin embargo distintos. Es la introducción de la transmisión de las obligaciones la que implicó su análisis y especialmente su cambio de naturaleza y consecuente reclasificación ya no como efecto de la extinción de las obligaciones - *tratamiento que legalmente había merecido desde el Code* y *recibido en los Códigos decimonónicos mexicanos* - sino entre otras, como forma de transmisión de las obligaciones por vía y naturaleza legal[1136] .

Nos referimos por supuesto a la subrogación, anticipada en el capitulo de pago, misma que es aceptada tanto por el Código de 1884, como el Código Civil de 1870 y el Code, así como por los lineamientos casuísticos/consuetudinarios del derecho romano y por el *ius commune* que la consideran expresa y abiertamente.

Claramente la subrogación es admisible en el contexto antiguo - *pre 1928 y por ende diríamos pre pandectístico* - como "*una opción de salida razonable*" ante las implicaciones de la ausencia de un concepto traslativo de la obligación y un sustento dogmático al respecto, en atención a la perspectiva deductiva de la incipiente conceptualización romana y posteriormente exegética. Esta salida es en nuestra perspectiva claramente "una puerta falsa", un "callejón sin salida" al que se adhiere la perspectiva romanista y decimonónica francesa, como lo evidencia claramente la doctrina civilista francesa[1137] ante la no admisibilidad de la transmisión de las

[1136] Cfr artículos 2058 y siguientes del Código de 1928 versus artículos de los códigos de 1884 y 1870 - i.e. 1590 y siguientes en 1884, así como 1706 y siguientes del Código de 1870, mismos que pese a guardar en ambos ordenamientos una similitud en la redacción observan una clasificación radicalmente distinta y consecuentemente - *en opinión del suscrito* - una conceptualización igualmente distinta que confirma la tendencia del legislador hipotesis y materia de la presente investigación.

[1137] Contradicción magistralmente plasmada en la versión exegética de Laurent - *Opus Cit; Tome 18 p 8* - para el cual: "*....il est moins facile de justifier la subrogation au point de vue juridique. La doctrine et la jurisprudence sont divisées sur la question de savoir en quoi consiste la subrogation. Un tiers paye le créancier, qui consent à le subroger à ses droits. En quel sens est ce tiers subrogé? Prend il la pace du créancier de sorte que la créance qu'il exrece avec les garanties accessoires qui y sont attachées? Ou la créance est elle eteinte par le payment et le subroge n'a t-il que l'action personnelle que naît du payement, action de mandat ou gestion d'affaires, mais garantie par les priviléges, hypotheques et cautionnement qui etaient les accessoires de la créance que le tiers a payée, accessoires que la loi permet de lui trasporte et que parfois elle transporte elle même? Nous croyons que la créance elle même avec tous ses accessoires passe du créancier au subrogé, c'est l'opinion qui tend à l'emporte dans la*

obligaciones[1138]. Así, si bien se acepta con base en lo expuesto en las secciones precedentes, que la transmisibilidad de las obligaciones es un contrasentido - *considerando el concepto de una relación que se define como un elemento en común entre dos elementos subjetivos* - en el contexto del derecho consuetudinario y casuístico romano, el Code y la legislación decimonónica mexicana. Las incipientes doctrinas que les siguen aceptarán los casos e implicaciones de la subrogación "*como si se tratase de una transmisión*" pese a que los mismos - *casos e implicaciones* - son claramente inadmisible *ex-conceptu*, dada la naturaleza de la subrogación y la muy incipiente aceptación legal decimonónica de la transmisión de la obligación[1139].

Claramente la transmisión parece inadmisible para una concepción de la obligación estructurada alrededor de la identidad y factor común de los dos elementos subjetivos, pero la necesidad de reconocer el mantenimiento de las consideraciones primigenias de la obligación cuando el pago se realiza por un tercero - *con interés jurídico* - parece irrebatible. De ello se colige la aceptación decimonónica de este fenómeno conceptual como el de un tercero que sería en estricta lógica aristotélica "un tercero excluido". Lo anterior se dara sin aceptar que este fenómeno pudiera tener efectos traslativos sino siempre en todo caso como un remedio del solvens con interés jurídico ante la extinción de la obligación . Recordemos al efecto que ni el

---

*doctrine et la jurisprudence [....] or la doctine de Pothier n'est pas douteuses. Il definit la subrogation ' une fiction de droit par laquelle le créancier est censé céder ses droits actions privilèges et hypotheques à celui de qui il recoit son dû'. Pourquoi Pothier ne dit - il pas plus simplement que le subrogeant est censé cèder sa créance?* ***C'est que d'après la subtiilité du droit, la créance ne peut pas se céder, car ell consiste essentiellement dans un lien personnel que l'obligation crée entre le débiteur et le créancier et ce lien ne se transorte pas d'une personne à une autre....[ une cession fictive ]...."***

[1138] En el mismo sentido Gaudemet Eugene, Teoría general de las obligaciones, Editorial Porrúa México, 1974, p31; p 477-480

[1139] Resulta igualmente muy ilustrativa al respecto la narrativa de Planiol, Opus Cit; Tome 2, P 558-559, en que explica la cesión - traslación voluntaria única existente en su caso en el Code - a través de la *procuration in rem suam* - con naturaleza de un mandato - manifestando expresamente que sólo se trata de un cambio de nombre pero que es lo mismo, confirmando así la confusión pre pandectística propia de la antigüedad y el rechazo a la concepción traslativa de la obligacion por razón del "pseudo-concepto" mismo: "*... notre transport de créance moderne n'est pas autre chose qu'une ancienne institution romaine: la procuratio in rem suam. Les romains étaient partis de cette idée que les créances étaient incéssibles, mais après l'établissement de la procédure formulaire ils admiret qu'on pouvait faire exercer l'action en justice par un "procurator". En dispensant ce mandataire de rendre compte, on lui permettait de garder pour lui ce qui'il obtenait du debiteur; on faisait presque de lui un céssionaire de la créance. L'opération était encore fragile et imparfaite de deux facons 1o. le mandat prenait fin par la mort du mandant, 2o jusqu'a la litis contestatio, la créance était réputée appartenir au mandant, qui pouvait en disposer et l'eteindre. On consolida d'abord le droit du céssionaire en décidant qu'il pouvait encore agir par voie d'action utile après la mort du cédant . Plus tard une constitution impériale attribuée a Gordien donna au céssionnaire un moyen de se rendre maître de la créance cédée, avant tout exrecise de l'action, par une signification adressess au débiteur ou par une reconnaissance de la part de celui ci, acceptant le cessionnaire comme créancier. Ce sont ces solution romaines que notre pratique et nos anciens auteurs ont adoptées; nous n'avons rien fait de plus que d'abandonner le mot de procuration pour lui substituer celui de céssion.....*"

rigor lógico regulatorio ni la sistemática conceptual serán factores determinantes en la *desiderata* legislativa napoleónica ni en la positivista liberal del siglo XIX mexicano.

Lo anterior abrirá igualmente en el contexto decimonónico una opción para la incipiente subrogación convencional - *prevista al efecto en el universo decimonónico por lo último* [1140]-. Esta suplirá los supuestos en los que el pago por el *solvens - tercero sin interés jurídico* -, pese a extinguir la obligación solventada y pese a la inexistencia de un interés jurídico del *accipiens - como una graciosa concesión del acreedor cuando el solvens no tuviese dicho interés-*, puede admitir que ese *solvens* ***mantenga previo acuerdo del accipiens los derechos originarios de este, pese a la extinción inminente y evidente de la obligación***.(enfasis añadido) Es importante resaltar a referencia doctrinal del efecto, "*como si se hubiese transmitido*"- *aunque nuevamente sin aceptar ni intuir un efecto traslativo. Toda traslación estaba conceptualmente excluida de acuerdo con lo antes expuesto. Su régimen legal era incipiente y altamente dependiente de la voluntad de las partes, cuestión que analizaremos más adelante-.*

Así en el contexto decimonónico relevante para nuestra hipótesis, a saber, Code[1141], Código Civil de 1870 [1142] y CC84 [1143]- *todos tallados sobre el mismo molde como se ha referido* - se admitirá la subrogación en una doble versión convencional y legal - *siendo consistentes todos ellos en la ausencia de un elemento traslativo en la figura* -. Lo anterior se entenderá sin implicar ni aceptarse- *al ser claramente clasificada y definida doctrinalmente en el capítulo de la extinción de las obligaciones* - un efecto traslativo de la obligación. Solamente se considerará en ese contexto, que el *solvens* tendrá el derecho de recuperar del deudor original cuya deuda solventó, aquello que esto le implicase, ***como si se tratase de la misma*** deuda que hubiese sido transmitida pese a lo inaceptable de esto en la perspectiva antigua[1144], lo cual se confirma con la extinción de dicha obligación como efecto único del pago.(enfasis añadido) Así, en ello, el *solvens* quedará facultado para mantener garantías y privilegios de la deuda primigenia y

[1140] Artículo 1592 del Código de 1884 para el cual, *" La subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedo recibe el pago de un tercero y le subroga en sus derechos privilegios, acciones o hipotecas contra el deudor. Esta subrogación debe ser expresay hacerse al mismo tiempo que el pago."*

[1141] Articles 1249 - 1252

[1142] Articulos 1705 - 1713

[1143] Articulos 1590 - 1598

[1144] La perspectiva antigüa jurídca se permitirá así al respecto una"licencia lógica" en virtud de la cual, si bien el pago es una forma de extinción de las obligaciones y si bien la trasmisión no es expresamente admitida por las consideraciones previamente vertidas en el contexto romanista forense ( Vid Castán Tobeñas y el reflejo de esta perspectiva en la legislación decimónica) , en el caso de la subrogación se considerará la subrogación con un efecto traslativo excepcional. Habla Laurent - Opus Cit Tome 18; p 11 - " *....si celui qui paye se fait subroger, il n'y a plus payment mais trassport de la créance. C'est identifier d'une manière trop absolue la subrogation et la cession mais c'est aussi marquer énérgiquement l'effet de la subrogation: la créance même est trasportée au subrogé...*"

extinguida como si esta se hubiese mantenido en vigor y pese a su extinción - *como si se hubiese transmitido*-[1145] cuestión que solo se regularizará legal y dogmáticamente a partir de su re-clasificación en 1928.

El fenómeno económico parece ser explícito, contundente y necesario, pese a la deficiencia conceptual que no admitía *ex definitione* el efecto traslativo. Ciertamente, en el contexto jurídico decimonónico y romanista original - *recalcitrante a la conceptualización y dogmatización de y por la Ley* - ante la ausencia (i) de una perspectiva dogmática como la que llegará en 1928, (ii) de un capítulo específico de fuentes de las obligaciones - *inexistente en la tradición decimonónica fiel al lineamiento gayano tan vilipendiado por Dugit y García Téllez* - , (iii) de un capítulo de la transmisión pero más aun específicamente (iv) de la posibilidad conceptual de percibir a la obligación como susceptible de transmisión, en razón de su naturaleza dual y vinculante de dos sujetos de derechos, todo lo anterior resultará en un paliativo aceptable. Contradictorio, ilógico, insustentable lógicamente, pero como se ha mencionado, este no es el objetivo del Code ni de la exégesis.

No puede al efecto olvidarse que las premisas del legislador decimonónico son otras; simplificar el derecho, hacerlo accesible mediante códigos racionales y evidentes, así como brindar igualdad legal a todos los sujetos regidos por el mismo. Esas premisas permiten en consecuencia lo que hoy en retrospectiva se percibiría como una pifia conceptual y científica que claramente pertenece a un paradigma distinto propio de la pandectística y sus derivaciones. En ello el cambio de paradigma del rol del legislador es evidente, confirmando nuevamente nuestra primera hipótesis. No será menos evidente la consecuente conceptualización de la obligación como algo distinto de un vínculo intangible, mismo que al devenir conceptual y abiertamente transmisible, no podría en rigor ser más conceptuado como antes lo fue.

Para efectos de la transmisión como se ha mencionado, la transmisibilidad de la obligación proveerá adicionalmente y sin dogmatizar científicamente al respecto, un mecanismo para agilizar la transmisión de la riqueza y el intercambio comercial, tema prioritario para el

[1145] La *contradictio in terminis* violatoria elemental de todo principio lógico conceptual ( empezando por el de no contradicción ) es así tutelada en la subrogación, incluso doctrinalmente por Planiol ( Opus Cit, Tome 2, p 171 ) con lo cual confirma los derroteros y objetivos de la codificación napoleónica, de la exégesis y las carencias conceptualizadoras de ese movimiento que solo se corregirán con la pandectística alemana y su perspectiva de sistematización: "*.... le paiment avec subrogation est un paiment non liberatoire pour le débiteur, parce qu'il n'est pas fait par lui, et la subrogation qui l'accompagne est une institution juridique en vertu de laquelle la créance payée par le tiers subsiste à son profit et lui est transmise avec tous ses accesoires, bien qu'elle soit considerée comme éteinte par rapport au créancier*...."

régimen revolucionario en conjunción con el proceso de decantamiento del contrato. Los efectos económicos ya existían, pero su preliminar sustento legal y la problemática conceptual eran ciertamente percibidos como una debilidad decimonónica de estabilidad de clase social liberal y burguesa, cuya existencia y consecuencias sociales buscaría eliminar el régimen revolucionario.

Es en contexto de lo anterior, combinado con la inclusión de la potencial legalidad y sustento técnico de la transmisión de las obligaciones que la subrogación es redefinida, reclasificada y re orientada a un régimen de transmisión de las obligaciones por primera vez, por el legislador de 1928.

En consecuencia, la subrogación será reclasificada y simplificada en 1928 para admitirse expresamente en consistencia con las adiciones que detallaremos a continuación como la forma de transmisión legal en paralelo de la transmisión convencional - *cesión de derechos y cesión de obligaciones* -[1146]. En consecuencia se eliminará la referencia a la posible subrogación convencional - *eliminada en el Código de 1928* - que había subsistido decimonónicamente como un paliativo para una situación económica evidente. En este rubro es particularmente visible la crisis lógico-conceptual heredada del método antiguo, consuetudinario casuístico y adverso al concepto en el que secularmente termina cayendo.

Ciertamente, para el derecho romano, como para la incipiente doctrina, la codificación ilustrada y racional napoleónica y la doctrina positivista consecuente, la generación de conceptos no es prioritaria. En el mismo fenómeno, para los herederos primarios de esa tradición, - *los codificadores y doctrinarios decimonónicos mexicanos* - la conceptualización será igualmente poco asertiva y en su caso se limitará a ser deductiva de la realidad legal, aunque derivada de esa *praxis* casuística romana y franco mexicana. Su carencia de sistematización y rigor cientifico conceptual queda en evidente, tiene un distinto objetivo. En ese fenómeno y contexto, la subrogación será mantenida como un mecanismo que paliaba una realidad y necesidad transaccional - *en sus dos vertientes legal y convencional*- en aras de permitir el pago por terceros que aunque extinguiese las obligaciones relativas permitía que el *solvens* mantuviese los derechos derivados de la transacción primigenia en evidente *contradictio in terminis*[1147]. La subrogación será así mantenida durante el siglo XIX como un remedio ante la evidente necesidad de documentar y proteger la eventual intervención de terceros para el pago de las obligaciones.

[1146] Título Tercero del Libro IV - De las Obligaciones - correspondiente a - De la transmisión de las obligaciones con sus respectivos tres capitulos correspondientes (i) a la Cesión de Derechos; (ii) La cesión de deudas y (iii) la Subrogación.
[1147] Cfr. Planiol Opus Cit, Tome 2, p 171

El interés jurídico por un lado será evidentemente el primer argumento para su operatividad en el contexto de la subrogación legal [1148] cuyas particularidades generales serán mantenidas en el CC28 aunque reclasificadas en un capitulo *ad hoc* correspondiente a la transmisión de las obligaciones que le es más natural y sobre todo conceptualmente más lógico, como sería de esperarse en el contexto de la jurisprudencia de conceptos y en la nueva función - traslativa - pretendida por el legislador- *vid clasificación sus mencionada* - y acompañados de la transmisión voluntaria para dar tratamiento integral a la materia y eliminar las contradicciones apuntadas. La subrogación convencional erá antes de 1928 un complemento natural para los casos en los que careciéndose de interés jurídico, el interés económico de especulación llevaría a un tercero a pagar, previo acuerdo con el *accipiens* para que le mantenga en sus derecho privilegios e hipotecas - *como si se tratase de la misma obligación, como si la hubiese transmitido* [1149]- aunque esto no sea el caso aceptado por el código y la doctrina para ese supuesto. Así la subrogación convencional será mantenida como un paliativo razonable ante la necesidad económica social y jurídica, aunque sin un soporte jurídico de proporción lógica conceptual pues su explicación caerá ciertamente en un "tercero excluido" aristotélico. Su regimen potencial se ve restructurado y potenciado sistemáticamente en las transmisiones voluntarias.

Lo anterior claramente es explicable igualmente en el contexto del Code y de los Códigos de 1870 y 1884 que no preveían un capitulo relacionado con el enriquecimiento sin causa - *que como ya se ha expuesto se introduce solamente en 1928, hipotéticamente como consecuencia de la inclusión de la materia abstracta de los títulos valor tanto civiles como mercantiles y respondiendo a la contextualización social y jurisprudencial que Bonnecasse anticipa en su obra*[1150]-. En ausencia de esta institución - *de última instancia* -, es plausible pensar que en la perspectiva no dogmática de la regulación decimonónica mexicana y del propio Code, la subrogación convencional hiciese de vehículo para lograr cumplir con el principio general del derecho y lograr el equivalente - vía la subrogación voluntaria - *de la actio in rem verso* - misma que carecía de fundamento legal- *en congruencia con el antecedente francés previamente*

[1148] Artículo 2058 fracción II para el cual: "... *La Subrogación se verifca por ministerio de Ley y sin declaración alguna de los ineteresados cuando: [....] II. El que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligacion*....."
[1149] PLaniol Opus Cit; Tome 2, p 171-172
[1150] Bonnecasse Julien Opus Cit.

*expuesto* -al ser el enriquecimiento sin causa, una institución que *ex definitione* no podría haber estado regulada en Ley sino de aplicación jurisprudencial únicamente[1151].

### 2.4 Consecuencias lógico regulatorias. -

Incluida, de acuerdo con lo anterior, la transmisión de las obligaciones como un capítulo pero sobre todo como un tópico parteaguas de la perspectiva y el paradigma jurídico civil de la antigüedad, consecuencia del análisis dogmático y conceptualista de la jurisprudencia de conceptos, los cambios consecuentes serán multiples y en multipleas arenas. Estos se manifestarán específicamente en el Código de 1928. Respecto de algunos ya hemos hecho mención. Respecto de otros, sirvan estas breves líneas como introducción.

La nueva perspectiva de la organización general del Código ya no regula a los contratos, - *en lo sucesivo ya solo una fuente especifica más* -, sino a las obligaciones. Cambio que parece formal y superficial pero que revela la nueva perspectiva integral que a la materia pretende darse de inspiración pandectística. En este contexto, la novel referencia a una teoría del acto jurídico de evidente perspectiva dogmatista y origen igualmente germánico marca la nueva perspectiva de índole sistemático e integral que pretende darse a la disciplina. Así, la introducción y organización de un capítulo de fuentes en las que todos los hitos reconocidos como creadores de obligaciones - *independientemente de lo que, de esas fuentes y otras instituciones, pueda concluirse a posteriori como concepto resultante de la obligación*. Respecto de las modalidades de las obligaciones, la nueva visión dogmática resulta evidente reagrupando modalidades que nunca habían estado reunidas en un cuerpo legal, dandoles un cariz técnico alrededor de la obligación - concepto al cual modulan - . Asimismo, cómo cambio paradigmático, la reclasificación y dogmatización del pago, ya como acto jurídico del que pueden desprenderse consecuencias jurídicas de distinta suerte y no solo la extinción que le había sido siempre atribuida como consecuencia natural y única.

A estos efectos la nueva teoría en materia de nulidades e ineficacias - *propia de Bonnecasse* - así como las modificaciones en materia de representación que si bien son de la mayor relevancia y novedad - *representando fielmente la nueva perspectiva cientificista del legislador* - no atañen directamente a aquello que por obligación pueda deducirse o conceptuarse, especialmente en vinculación con la novel transmisión de las obligaciones que ahora nos

1151 Ibidem

ocupa[1152]. Como hemos referido, sin embargo, la reclasificación y redefinición de la naturaleza jurídica de la subrogación combinan con los tópicos anteriores para permitir un viraje profundo en la perspectiva respecto de lo que la obligación puede ser y lo que la labor del legislador representa.

Ciertamente, puede deducirse de todo lo anterior que para el CC28 la obligación puede generarse unilateralmente, que la misma no tiene ya por definición en consecuencia una naturaleza exigible y pecuniaria y no se extingue por prescripción. Se complementa lo anterior con interpretaciones que autorizan a interpretar que su existencia no queda condicionada por la condición sino en consecuencia a lo anterior, solo su exigibilidad. En el mismo sentido puede conceptuarse que la satisfacción de la pretensión del acreedor - *pago* - puede válidamente efectuarse no solo por el deudor sino también y con la misma validez por terceros. En el pago de estos terceros, dogmatizando la esencia de su naturaleza como acto jurídico, queda claro que la voluntad del *solvens* - *cualquiera que este sea* - es de la mayor relevancia para determinar el tipo de efectos que al acto pago en comento, pueden asociarse. Esto resultará en una restructura expresa en el CC28 de consideraciones doctrinales al respecto de pagos simplemente extintivos así como de pagos extintivos y creadores y por último de pagos traslativos. Este último hito tendrá como consecuencia ineluctable un corroboración de las premisas de la obligación ya no como una relacion bilateral intangible y tendrá un impacto en el capítulo de la extinción de las obligaciones. En este y en lo relativo a la subrogación - *hasta 1928 efecto de la extinción por pago de un tercero con facetas legales o voluntarias* - la figura adquiere desde entonces carácter traslativo como parte del libro respectivo. En ese cambio se advierte, como anticipábamos líneas arriba, la perspectiva lógica armónica, uniforme y conceptual del legislador de influencia pandectística y pretensión dogmática. La nueva subrogación devendrá en el tratamiento organicista del Código de 1928 una forma de transmisión de naturaleza legal y por ende total de las obligaciones. En paralelo a la misma se desarrollan dos formas de transmisión voluntarias de la "relación jurídica" (sic) en que se compone una obligación. La cesión de derechos y la cesión de obligaciones, especies del mismo género que por ende tendrán efectos *ex definitione* totales o parciales.

En resumen, la consecuencia lógico regulatoria con índole conductor conceptual enlaza obligaciones que pueden crearse en una nueva teoría general por las más diversas fuentes,

[1152] Vid Castán Tobeñas Opus Cit.

algunas de ellas ignoradas anteriormente. En ese mismo contexto las obligaciones creadas *ex definitione* no podrán ser conceptuadas como necesariamente exigibles y por ende no necesariamente de contenido pecuniario. La inclusión del acto jurídico aunado con todo lo anterior deducirá que el pago no sea definido ni esperado necesariamente como una forma de extinguir las obligaciones, sino como un efecto relacionado con el cumplimiento y que modulado por la voluntad interviente podrá tener distintos derroteros.

De ahí la posibilidad de conceptuar pagos por terceros con fines distintos y la consecuente y potencial transmibilidad de la obligación - *que ya no será tan claramente vislumbrable como una relación jurídica exigible evidenciando el paradigmático cambio conceptual al respecto.* Se cristalizará así el que la anterior subrogación decimonónica merezca una reclasificación y redefinición ahora como forma de transmisión de las obligaciones y ya no sólo como una consecuencia de la extinción del pago cuando este se realiza por un tercero con interés jurídico o por un tercero con consentimiento del deudor, debiendo al efecto hacerse referencia en este apartado a nuestras consideraciones en materia del pago.

## 3. Tratamiento especifico de las formas de transmisión.-

### 3.1 Las Formas legales de transmisión de las obligaciones

#### (i). La subrogación: antecedentes.

Por todo lo anteriormente mencionado, es claro que la subrogación debe ser nuestra primera estación en este capítulo. Ciertamente la subrogación merece esta primicia expositiva, puesto que sus particularidades ya estaban presentes en la visión decimonónica, aunque bajo una perspectiva distinta - *cuyo cambio evidencia la novedosa pretensión legislativa que hemos enunciado como segunda hipótesis de la presente investigación*-. De sólo ser en el siglo XIX una consecuencia de la extinción por pago - *con manifestaciones ya fuesen estas legales o volitivas*-, la subrogación se convierte en instrumento de transacción traslativo-legal, por decreto, ante la presencia de ciertos requisitos planteados por la propia Ley[1153] - aunque presentes en la tradición

[1153] "*Artículo 2058.- La subrogación se verifica por* ***ministerio de la Ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados****: I. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente; II. Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación; III. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia; IV. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición."* y
*"Artículo 2059.- Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado* ***por ministerio de la Ley*** *en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en*

de la subrogación legal clásica. En ello radica novedosa, no la aplicación de efectos traslativos por virtud de disposición legal - *que de manera subrepticia y accidentada existía en el siglo XIX* - sino la eliminación de la subrogación voluntaria que en los ordenamientos decimonónico - *a saber, Code, Código Civil de 1870 y CC84* - fue aceptada e implementada como un mero paliativo ante la deficiencia dogmática inherente en el siglo XIX.

Como se ha expuesto, la subrogación era admitida en los ordenamientos decimonónicos, casi de manera uniforme, dentro del capítulo de la extinción de las obligaciones y explicada muy forzadamente - *distinta sin embargo a una transmisión* - como una consecuencia del pago por terceros no obligados al pago, que podían actuar *prima facie* en atención a un interés jurídico - *similar a lo previsto en 1928* - o bien sin él, y obteniendo una concesión graciosa - *subrogación voluntaria* - del acreedor para poder cobrar con la antigüedad, privilegios y garantías de aquel. Así, tanto el Code como los códigos de 1870 y 1884 preveían respectivamente en sus numerales (i) 1251 para el Code, (ii) 1705 y 1706 del Código de 1870 y (iii) 1590 y 1591 para el Código de 1884 que:

> *".....La subrogation a lieu de plein droit:*
> *1o. Au profit de celui qui étant lui même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypotheques;*
> *2o. Au profit de l'acquereur d'un immeuble, qui emploie le pri de son acquisition au payment des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué;*
> *3o. Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payment de la dette avait intérêt de l'acquitter;*
> *4o. Au profit de l'héritier béneficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession...."*[1154]

En el mismo sentido en el Código de 1870, trasladando prácticamente el mismo contenido a la traducción en lengua española, la subrogación legal opera:

> *"I. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente;*
> *II. Cuando el que paga tiene interés en el cumplimiento de la obligación;*
> *III. Cuando se hace el pago con el consentimiento expreso o tácito del deudor;*
> *IV. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia;*

---

*título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato. "*

[1154] Artículo 1251 del Code

*V. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre la finca un crédito hipotecario anterior a la adquisición…"*[1155]

En el mismo sentido en el Código de 1884 [1156]el texto es idéntico al del Código de 1870 a excepción del último párrafo en el que añade el *modus operandi* de la figura especificando que la subrogación legal opera *ipso iure* y *ex lege* tal y como esto será trasladado al texto del Código de 1928 en la ya únicamente conservada subrogación legal:

*" La subrogación es legal:*

*I. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente;*

*II. Cuando el que paga tiene interés en el cumplimiento de la obligación;*

*III. Cuando se hace el pago con el consentimiento expreso o tácito del deudor;*

*IV. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia;*

*V. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre la finca un crédito hipotecario anterior a la adquisición.*

***En estos casos la subrogación se verifica por ministerio de Ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados...***" ( énfasis añadido)

Siendo en parámetros decimonónicos el pago, una forma de extinción de las obligaciones, por definición, toda consecuencia que le siguiera podría todo, menos asumir la existencia y mantenimiento de las características de la obligación primigenia - *extinta por el pago mismo*- y consecuentemente quedaba excluida cualquier pretensión traslativa, con notorias injusticias para el *solvens*.

Claramente se intuye doctrinalmente que criterio común era admitir, a ese pago por parte de un tercero con interés jurídico, la implicación respecto del beneficio de las particularidades de que se revestía la obligación primigenia que el *solvens* pudiese buscar o tener, aunque no se aceptase que se tratase de la misma obligación que se hubiese transmitido[1157].

Lo anterior parecía una solución razonable y justa puesto que, pese a la inadmisibilidad de la transmisión, ese interés jurídico - *o en su defecto el acuerdo con el accipiens* - no quedaría de otra forma verdaderamente y efectivamente protegido. Es adicionalmente entendible esta perspectiva cuando el tratamiento de las fuentes de obligaciones no es tampoco, en el siglo XIX

[1155] Articulo 1706 del CC70
[1156] Arículo 1590 del CC84
[1157] Laurent Opus Cit; Tome 18 p 11

uniforme y orgánico. Así, *verbigratia*, la gestión de negocios es tratada como una modalidad del contrato de mandato - *tal y como ya se expuso*-, ante la conjunta (a) no dogmatización del pago y la (b) ausencia de regulación de la representación directa e indirecta y la ausencia de toda potencialidad - *al menos dogmáticamente y acorde a la tradición romanista de referencia* - de transmisión. Por todo lo anterior, parece normal que si el pago extinguiese la obligación, podría quedar el *solvens* en indefensión y consecuentemente desprotegido el interés jurídico en virtud del cual pagase, al no concebirse la transmisión de la obligación. La subrogación quedaba como una opción - *poco lógica en el ámbito conceptual en tanto tercero "incluido" - fuera de la lógica conceptual aristotélica* - pero vigente al fin[1158]. En su virtud, sin transmitirse la obligación y los derechos correspondientes, el *solvens* quedaba en posición para reclamar del deudor beneficiado, aquello que hubiese pagado respecto de su deuda, (a) sin requerir el consentimiento de aquel, (b) "*como si de una transmisión de derechos se hubiese tratado*" y (c) gozando al mismo tiempo de la antigüedad y de todos los accesorios aplicables. Todo lo anterior era aceptable en justicia desde el derecho romano, aunque no sustentable técnicamente como si se tratase de la misma obligación.

Ciertamente el *solvens* paga - *en la subrogación legal* - , en atención al interés jurídico subyacente, teniendo derecho de mantener no solo la posibilidad de recibir y exigir el cumplimiento de la obligación, sino que también y especialmente a estos efectos, todos los accesorios que seguirían al principal así como la antigüedad de este. Cuestión la anterior que implica la perspectiva de la misma obligación transmitida desde un punto de vista social y económico, - *inclusive jurídico, aunque a estos últimos efectos dicha transmisión no era dogmáticamente aceptada ni aceptable en el contexto franco romano decimonónico* -.

Ante la no dogmatización del pago y la no admisión de la transmisión de las obligaciones, esta subrogación legal pareciera una simple excepción, en la que el *solvens* "milagrosamente" mantuviese los derechos privilegios y acciones propios del acreedor primitivo e inclusive, la antigüedad de este - *cuyo derecho se extinguía* - versus el deudor.

Así la subrogación en el derecho romano, en el Code y en los Códigos decimonónicos mexicanos es una mera consecuencia de la extinción de las obligaciones en virtud de la cual cuando se presentan los requisitos de la misma, si bien la obligación se extingue, el *solvens* goza de los mismos derechos que tendría el acreedor original como si la obligación original no su

[1158] Cfr.Planiol Opus Cit. Tome 2 p 171

hubiese extinguido y se hubiese transmitido por virtud de un pago que no sería más una forma de extinción.

**(ii). Contexto y eliminación de la subrogación convencional.**

El derecho decimonónico extendería a supuestos adicionales, esta perspectiva a la potencialidad especulativa - *no obstante negarle efectos traslativos* - mediante la subrogación convencional. Esta extensión que abre la posibilidad de subrogar convencionalmente- *no entendido como transmisión sino como remedio único ante circunstancias excepcionales aún en ausencia de interés jurídico* - permite mantener el *statu quo* del deudor ante al vencimiento, el pago y ante la ausencia conceptual de la transmisión a que ya hemos referido.

Así, tanto el Code como los Códigos de 1870 y 1884 preverán en consecuencia que la subrogación puede operar legal o convencionalmente - *sin implicar en ninguno de ambos casos, una transmisión de la obligación sino solamente un mecanismo (sic) para mantener el derecho al pago en las condiciones y con las garantías antigüedad y accesorios originales pese a la extinción de la misma,* de acuerdo con el articulado siguiente para el Code:

> *"La subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paye, est ou conventionnelle ou légale."*[1159]
>
> *"Cette subrogation est conventionnelle:*
>
> *1o. Lorsque le créancier recevant son payment d'un tierce personne la subroge dans ses droits actions, privilèges ou hypothèuqes contre le debieteur: Cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiment;*
>
> *2o. Lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires, que dans l'acte d'emprunt il soit declaré que la somme a été empruntée pour faire le payment , et que dans la quittance il soit déclaré que le payment a été fait des deniers fournies à cet éffet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier."*[1160]

En causahabiencia directa con el texto del Code, el Código de 1870 establecerá que:

> *"La subrogación es convencional o legal."*[1161]

[1159] Artículo 1249 del Code
[1160] Arículo 1250 del Code
[1161] Artículo 1705 del Codigo Civil de 1870

> *"La subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y le subroga en sus derechos, privilegios acciones o hipotecas contra el deudor. Esta subrogación debe ser expresa y hacerse al mismo tiempo que el pago"*[1162]

Igualmente, en relación con el Código de 1884 valga replicar el contenido y comentario respecto de los artículos 1590 y 1592[1163] cuyo contenido es textualmente idéntico a sus predecesores en el Código Civil de 1870 arriba citados.

Lo anterior resulta más interesante cuando dicho fenómeno se contrasta con otros cambios del Código de 1928 en retrospectiva *versus* sus antecedentes nacionales para los cuales, la subrogación convencional resultaba adicionalmente en un remedio ante la inexistencia de cláusulas o principios sólidos consagrados en la Ley - *que puedan en consecuencia aplicarse en su desarrollo en virtud del exacerbamiento ius positivista propio del siglo XX y aún más de su albores*-. Nos referimos por supuesto a temas como el del enriquecimiento sin causa, mismo que solo es adoptado legalmente a partir de 1928 - *ergo inexistente legalmente en el contexto decimonónico*- ya que los Códigos decimonónicos mexicanos mantienen al respecto la tradición napoleónica por la que este principio se aplicará solamente de forma jurisprudencial. En este contexto la subrogación convencional adquiere en consecuencia una mucho mayor importancia como paliativo a parte de esos efectos.

La no inclusión de este principio de forma expresa como fuente, en los Códigos Decimonónicos auspició la interpretación doctrinal de figuras como el enriquecimiento sin causa tanto en Francia como en México. Será así sin duda, como parte del mismo fenómeno, utilizada la subrogación convencional, como paliativo para buscar, interpretar, integrar y lograr el mismo efecto que la subrogación legal permitiría - *y sin aceptar en forma alguna efectos y pretensiones traslativa que solo se le atribuirán en el Código de 1928* -. Lo anterior adquirirá adicional relevancia cuando los requisitos para la misma no se reúnan, mediante el acuerdo al efecto ente *solvens* y *accipiens* para que el primero se subrogue en los derechos del segundo, en ausencia previa de los elementos de la subrogación legal.

Será así en el siglo XIX, esta subrogación convencional una simple adecuación "legal" por la que el *solvens* podría, previo acuerdo con el *accipiens*, pedir los beneficios que a este

[1162] Artículo 1707 del CC70
[1163] Artículos 1590 y 1592 del CC84.

correspondiesen, como condición para efectuar el pago, sin estar legitimado ni interesado jurídicamente para lograr los beneficios "*como si se le hubiese transmitido*".

Esa doble no-inclusión del enriquecimiento sin causa por un lado y de los efectos traslativos de las obligaciones en la subrogación convencional por el otro debe de entenderse, (a) por un lado, al no corresponder al modelo liberal reconocer fuentes fuera del binomio culpa-voluntad tan vilipendiado por Duguit, según hemos expuesto anteriormente- *específicamente en caso del enriquecimiento sin causa* - y (b) por el otro como parte del fenómeno jurídico y codificador de la tradición romanista que rechaza la transmisibilidad del "*vínculo obligatorio*" por una premisa anti-conceptual como consecuencia aquel, del fenómeno casuista del derecho franco romano del siglo XIX y sus predecesores romanistas.

Las fuentes en el Código de 1928 y la transmisión de las obligaciones que este aceptará e implementará no corresponderán (i) a ese binomio *culpa - voluntad* tan propio del *ius commune* y el derecho romano ni (ii) a la conceptualización bilateral de la obligación como una relación jurídica heredada de la misma tradición. La Ley resultará en esta nueva tesitura, el nuevo factor de atribución de consecuencias jurídicas - *derechos y obligaciones*- mismos que no pueden depender del clásico binomio romanista que se considera fuera de *momentum*, siendo liberal, positivista y burgués. Por el otro lado, la Ley permitirá, al reclasificar de acuerdo con sus nuevas pretensiones dogmáticas a la subrogación y concebir la transmisibilidad de la obligación. Lo anterior reitera sin embargo la duda conceptual anticipada respecto de lo que podrá en consecuencia concebirse como obligación en lo sucesivo. Una obligación que es transmisible entre los sujetos que la conforman, por vía legal o convencional no podrá más ser conceptualizada como una relación jurídica entre los sujetos que la conforman de origen y respecto de los cuales se presenta un factor común de unidad conceptual entre ambos.

Es considerando todo lo anterior, que el legislador del Código de 1928, en adición (i) a la desiderata anti-contractualista de Duguit y el legislador revolucionario mexicano y (ii) a la influencia de la pandectística, la jurisprudencia de conceptos y el BGB: (a) modifica la clasificación del Código Civil correspondiente, (b) inserta un nuevo Título Tercero respecto de la transmisión de las obligaciones, (c) reclasifica y redogmatiza a la subrogación - *no ya como una consecuencia de la extinción de las obligaciones* - sino como una forma de la transmisión de las obligaciones y (d) elimina en consecuencia una de las especies reguladas de la subrogación - *la convencional* - cuyos parámetros no dogmáticos y pre-conceptualistas - *según se ha expuesto* -

son reemplazados en el nuevo Título Tercero como las formas de transmisión de las obligaciones de origen y naturaleza convencional - *cesión de derechos y cesión de deudas* -, en las que, como analizaremos líneas más adelante, el interés no es más de naturaleza jurídica sino esencialmente especulativo y comercial.

Es fundamental en todo lo anterior no perder de vista que en el ámbito transaccional, las operaciones que quedan dogmáticamente sustentadas a partir de la entrada en vigor del Código de 1928 ya se presentaban seguramente con frecuencia como fenómenos no sistemáticos pero necesarios de la realidad transaccional. Sin embargo, las mismas adolecían del sustento conceptual y doctrinal que el legislador de 1928 les proveerá, correspondiendo a la combinación de su novedoso ethos vital inspiracional de corte conceptualista - *accidentalmente pandectístico* - así como en consecuencia a la desiderata legislativa del Callismo y la revolución mexicana.

En este sentido la subrogación, reclasificada ahora como forma de transmisión de las obligaciones en su vertiente legal, en virtud de la presencia de un interés jurídico en mantener las circunstancias que rodeaban al binomio acreedor- *deudor original*-, se distinguirá de la transmisión voluntaria, básicamente en atención y apego a las siguientes consideraciones:

(i) Por un lado la subrogación - *y por ende la transmisión de la obligación* - operará por ministerio y disposición de Ley[1164]. La transmisión subrogatoria es una transmisión que opera *ex-lege*, por la sola actualización de los supuestos previstos al efecto en el Código.

(ii) En segundo lugar, la subrogación a partir del Código de 1928 - *y por ende solamente en su vertiente legal* - se verifica en ausencia y sin necesidad de manifestación de voluntad o intención al respecto por parte de los involucrados en la operación de pago. Es una transmisión que operará *ipso iure*, sin necesidad de declaración alguna de las partes involucradas e interesadas.

No es necesario para los efectos traslativos buscados por la Ley en esta institución - *y en distinción de la transmisión de naturaleza y origen voluntaria a que nos referiremos en los apartados siguientes* - que se manifieste la intención traslativa de las partes. Esta se deduce, se presume, o se considera implícita cuando el pago se realiza por un tercero que actúa en atención al interés jurídico subyacente.

Se destaca en consecuencia que, en el caso de subrogación, la voluntad del acreedor para subrogar - léase a partir de 1928 transmitir - *los derechos en favor del solvens que paga en virtud de su interés jurídico en efectuar el pago* - resulta. Si bien el articulado -*artículos 2072 - 2062 y*

[1164] Artículo 2058 del Código de 1928.

*2058 del CC28-* no es muy feliz en su redacción y claramente incide en una referencia equivocada al ámbito volitivo de la subrogación voluntaria del siglo XIX, es sin embargo claro , respecto de la producción de los efectos traslativos subrogatorios una vez consolidado el pago, que los mismos se producen por disposición legal y con independencia de la voluntad del solvens y/o accipiens para esos fines - *dicha voluntad se presume en presencia del interés jurídico por el cual actúa el solvens como se verá más adelante*- .

No debe considerarse por lo anterior que la voluntad de *solvens* y *accipiens* son irrelevantes *per se*. Ciertamente, la voluntad del ambos es necesaria - *como se indicó en el capítulo respectivo al pago para que este se verifique en calidad de pago como acto jurídico bilateral* - de acuerdo con la dogmatización tanto del pago como del acto jurídico introducidas en el marco legal civil mexicano de 1928. Lo anterior, en razón de la premisa *sine qua non* de un pago, para que la subrogación se verifique y de la también evidente voluntad implícita del pago, en su nueva calidad como acto jurídico - *también connatural a la reclasificación efectuada por el mismo legislador evidentemente con los mismos afanes sus mencionados.* -

La voluntad de ambos no es sin embargo necesaria para que el efecto económico traslativo se verifique, ni para que la transmisión sea efectiva aún en rebeldía del propio acreedor - *merced al procedimiento supletorio que el ofrecimiento de pago y consignación brindan al respecto y que verificados cumplirían la misma función para la transmisión de la obligación por vía legal si se reuniesen los requisitos previstos al efecto*-. En resumen, la voluntad de las partes en la subrogación es necesaria en la regulación de 1928, respecto de la conclusión del acto jurídico pago, que le es implícito, no así respecto del efecto traslativo que es imputado como consecuencia directa por disposición de la Ley, aún en ausencia de pago como acto bilateral. Es así necesario referir que la presunción de la voluntad de las partes en transmitir que atribuye la Ley, parece desprenderse de lo que el legislador califica en forma genérica y enunciativamente como el "*interés jurídico*" en el pago.

Ese interés jurídico - *debiéndose entender este en oposición al interés especulativo propio de la transmisión voluntaria que será auspiciado por el régimen revolucionario según García Téllez mediante las nuevas formas de transmisión de las obligaciones* -.

El tema del interés jurídico ha ciertamente sido, materia de largas especulaciones y estudios en el ámbito dogmático y jurisprudencial. Respecto de las consideraciones jurisprudenciales.

Sin entrar a exponer dichas consideraciones dogmáticas respecto a la naturaleza del interés jurídico[1165] que nos desviarían de nuestras hipótesis de análisis dedicaremos, como parte de esta investigación, los siguientes apartados a glosar el texto del articulado respectivo en el Código de 1928 a fin de intentar deducir cuales son los planteamientos básicos en la mente del legislador a este respecto.

El Código de 1928, copiando de hecho en esta materia la tradición de los Códigos de filiación romanista - *de la que nuevamente se deduce la esencia de la institución* - enumera ciertos supuestos para la subrogación - *legal aún por oposición a convencional en 1884, 1870 y Code* - y que hoy permanecen como los supuestos en que la transmisión legal se verifica de acuerdo con lo antes referido- *por ministerio de Ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados* -.

Es importante mencionar *prima facie* que de la redacción de los mismos puede deducirse que los supuestos de subrogación se infieren en la redacción como *numerus apertus.* Así de su lectura podrían inferirse otros casos donde - *ubi aedem ratio aedem ius* - la subrogación sería aplicable por la presencia de ese factor común - *el interés jurídico* -, permitiéndonos así inferir lo que la tradición ha concebido por tal, siempre que esto operase dentro del marco de la transmisión legal con las características y dentro del proceso sus mencionado y sin necesidad de declaración expresa de las partes.

Respecto de los elementos mencionados hasta ahora - *aplicabilidad legal, ausencia de declaración de voluntad y presencia del interés jurídico como causa fundante del efecto traslativo de aplicación numerus apertus* - respecto de la subrogación en el código de 1928, la redacción del artículo 2058, es en este rubro particularmente clara:

> *"La subrogación se verifica **por ministerio de Ley y sin necesidad alguna** de los interesados:*
> *I. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente;*
> *II. Cuando el que paga tiene **interés jurídico** en el cumplimiento de la obligación;*
> *III. Cuando un heredero para con sus bienes propios, alguna deuda de la herencia;*
> *IV. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la fecha de adquisición*."
> *(énfasis añadido)*

Debe igualmente mencionarse al efecto el texto del artículo 2059 para el cual:

[1165] Borja Soriano Manuel, Opus cit, p 590 cfr y Rojina Villegas Rafael Opus Cit; 591-593

> *"Cuando la deuda fuera pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la Ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de dicha circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato.*"[1166]

Por la composición del articulado de referencia y en abundamiento a lo argumentado por la doctrina parece al suscrito que por interés jurídico puede colegirse la posibilidad de que el pago - *no extintivo* - de una obligación - *en presencia de interés jurídico* - permita al ser traslativo enderezar, auspiciar, proteger la posibilidad de cumplimiento de más de una obligación y sin que sea necesaria ninguna declaración al respecto. Así cuando el *solvens* paga la obligación que su deudor tiene con un acreedor preferente, solventa el derecho de este, pero en virtud de la transmisión legal, mantiene la antigüedad, garantías y prelaciones que este tendría de haberse mantenido, con lo cual, facilita y auspicia el cumplimiento del derecho que tiene. La misma razón jurídica radica en el pago efectuado por el adquirente de un inmueble que paga el crédito hipotecario que afecta la propiedad que adquirió. Ciertamente a este acreedor le sería factible rescindir eventualmente por evicción parcial[1167] en los términos del articulado respectivo. Sin embargo, su pago subrogatorio, - *sin necesidad de declararlo como tal según se ha expuesto* -, le permite al solventar la obligación respecto del acreedor hipotecario, liberar su propiedad, y mantener frente a su enajenante los derechos y antigüedad de la deuda que salda. Asimismo, en el caso que aún tuviese deudas a su cargo y en favor de su enajenante, la subrogación legal operada con su pago frente al acreedor anterior de su enajenante le permitiría igualmente compensar ambas obligaciones hasta por el monto de la menor. Mismo racional se desprende del supuesto del heredero que paga - *antes de la adjudicación y consecuente confusión patrimonial* - deudas del *de cujus*, con lo cual simplemente consolida lo que le correspondería en calidad de

[1166] Cabe referir que el texto de este artículo 2059 corresponde en el contexto decimonónico francés del Code a una de las manifestaciones de subrogación convencional prevista por dicho ordenamiento. Más alla de la desiderata anti contractualista del legislador de 1928 ilustrada por Duguit y a que ya hemos hecho referencia, nos parece que la reclasificación de la misma dentro del contexto legal pareciera en todo caso adecuada, considerando las premisas lógicas de clasificación y la distinción de esta operación con una cesión de derechos o asunción de deuda que presentarán caracteristicas distintas a la que ya nos referiremos.

[1167] "*Artículo 2119. Habrá evicción cuando el que adquirió alguna cosa fuere privado del todo* ***o parte de ella*** *por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición" y "Artículo 2138. Si la finca que se enajenó se halla gravada, sin haberse hecho mención de ello en la escritura, con alguna carga o servidumbre voluntaria no aparente, el que adquirió puede pedir la indemnización correspondiente al gravamen, o la rescisión del contrato*."

heredero con lo que al acreedor del *de cujus* hubiera correspondido, manteniendo respecto de este - en virtud de la traslación subrogatoria - la antigüedad de los derechos de aquel. Misma racionalidad presenta igualmente el supuesto del mutuo subrogatorio materia del numeral 2059 sus mencionado para el cual el mutuante al facilitar al mutuario el pago de la deuda pre existente de este, mantiene por ficción jurídica traslaticia de Ley que le imputa ese interés jurídico para convertirse - *ex traslatio ipso iure y ex lege*- en el nuevo acreedor por la deuda original del mutuario[1168].

En todos los supuestos anteriormente glosados se deduce la presencia de esa posibilidad de lograr que con el primer pago subrogatorio, la segunda o ulterior olbilgaciones sean saldadas o bien - *que no su extinguidas*-. En ello puede deducirse el interés jurídico que permanece consecuentemente en la fracción II del artículo 2058 como un comodín que tiene aplicación en cualquier otro supuesto que resultare aplicable por analogía y respecto del cual el solvens alegase con el juez la antigüedad y garantías de la primera obligación saldada y transmitida por disposición legal.

(iii) Como consecuencia de la transmisión *ipso iure* y *ex lege* en virtud del interés jurídico antes expuesto, la subrogación se verifica siempre de manera total y no puede ser en forma alguna parcial. No sería factible que la misma fuese parcial puesto que entonces no operaría la transmisión de forma *ipso iure* y *ex lege* para mantener a ese *solvens* en la situación que guardaba el *accipien*s frente al deudor original. Al respecto cabe mencionar que el propio código prevé un fundamento de esta totalidad en la transmisión subrogatoria que es particularmente elocuente pese a ciertos antecedentes que pudieran prestarse a confusión.

Así el artículo 2060[1169] prevé al efecto que: "*No habrá subrogación parcial en deudas de solución indivisible*"

Recordando las premisas propias de la subrogación a que hemos hecho referencia anteriormente, así como la manera que tendría de operar esta institución, esta referencia parece solamente subrayar lo evidente. Efectivamente cabe recordar en primer lugar que las deudas de solución indivisible, por referencia obligada a la clasificación de Dumoulin[1170] que expusimos al respecto en la sección de la indivisibilidad, son todas las obligaciones. El supuesto claramente se refiere a la indivisibilidad por pago - *solutio ergo solución* - misma que en aplicación del artículo

[1168] Esto sin hacer mención de las consideraciones decimonónicas del mutuo subrogatorio.
[1169] Código Civil de 1928
[1170] Borja Soriano Manuel Opus Cit; p 681

2078[1171] pero sobre todo a la lógica de la figura y el concepto -*pago* - no puede ser en forma alguna parcial - *so pena de perder su característica vital* -.

Claramente y haciendo igualmente referencia a nuestras observaciones en el capítulo del pago - *dogmatizado como lo es a partir de 1928* - el pago para ser efectivamente un efecto de las obligaciones y no sólo su forma de extinción el pago es un acto jurídico que consiste en la entrega de cosa o cantidad debida o en la realización del servicio prometido[1172].

En consecuencia y observación de lo anterior, el pago debe ser efectuado conforme al principio de naturaleza [1173], pero también al de oportunidad[1174] y al de indivisibilidad[1175]. En conjunción de las características y principios del pago como de la doctrina de la indivisibilidad de Dumoulin y su aplicabilidad del pago, se deduce la característica principal de la subrogación que le puede ser consecuencia cuando quien paga, amén lo anterior, goza de interés jurídico en su conclusión.

Consecuentemente en deudas indivisibles por pago no es admisible la subrogación legal de carácter parcial. Dicho sea de otra forma, no es aceptable la subrogación que opera *ipso iure* y *ex lege* de forma parcial en supuesto alguno, puesto que el requisito *sine qua non* para la subrogación es el pago, mismo que por principio debe ser igualmente indivisible.

Lo anterior se refuerza puesto que si a partir de 1928 la aplicabilidad de la subrogación resulta de disposición legal y no es necesaria manifestación alguna de las partes, sería absurdo e inaplicable que el ordenamiento legal pudiese distinguir, discriminar y aplicar subrogaciones parciales respecto de una deuda saldada con efectos traslativos parciales igualmente.

Al no ser este un régimen ni materia prohibitiva sino conceptual, cabe sin embargo preguntarse para muchos, si la subrogación puede - *ex conventione* - ser aplicable en supuestos distintos de los previstos en los artículos 2058 y 2059, operando por pacto de las partes y de forma parcial. No consideramos que esto pueda corresponder al diseño conceptual y sistemático del código. La transmisión voluntaria y parcial es ciertamente posible, pero en la jurisprudencia

---

[1171] Código Civil de 1928

[1172] "*Artículo 2062. Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido*."

[1173] Ibidem notando especialmente "*cosa o cantidad debida" y/o "servicio prometido*".

[1174] "*Artículo 2079. El pago se hará en el tiempo designado en el contrato, exceptuando aquellos casos en que la Ley permita o prevenga expresamente otra cosa.*"

[1175] "*Artículo 2078.-El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado; y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de Ley….*"

de conceptos y en la perspectiva aritmético jurídica de Leibnitz, su lugar y aplicabilidad compete a la cesión de derechos y a la cesión de deudas de cuyo contenido nos ocuparemos más adelante.

Ciertamente algunos resabios de los Códigos de 1884 y 1870 permiten dudar al respecto. El artículo 2072[1176] cuya referencia hicimos en el capítulo de pago plantea la primera fundamentación de la duda consecuente a la subsistencia de la subrogación convencional cuando reza que: "*El acreedor está obligado a recibir el pago hecho por cualquier tercero, pero no a subrogarle en sus derechos salvo por los casos previstos en los artículos 2058 y 2059*."

En el mismo tenor en materia de solidaridad el pago efectuado por el codeudor solidario parece abrir la pauta para una subrogación parcial cuando establece el artículo 1999 [1177] in fine que:

"*.... en la medida que un deudor solidario paga, se subroga en los derechos del acreedor…*"

De la misma manera la duda respecto de la erradicación de una posible subrogación parcial y/o voluntaria se refuerza con la referencia al artículo 1596 del Código de 1884 de idéntica redacción al 1711 del Código de 1870, mismos que rezaban igual que el 2060 actual por el que: "*No habrá subrogación parcial en deudas de solución indivisible*"

Respecto de la posibilidad de pagos por terceros nos permitimos simplemente hacer referencia a nuestras observaciones vertidas al efecto en la sección del pago. Respecto de la posibilidad de subrogarle convencionalmente en sus derechos, nos parece que la misma deriva y constituye un resabio de la perspectiva decimonónica de la subrogación convencional que no sería lógicamente aceptable a partir de 1928 sobre todo considerando: (i) la dogmatización del acto jurídico, (ii) la consecuente nueva naturaleza jurídica del pago, (iii) la reclasificación natural y consecuente de la subrogación - *ya no como consecuencia del pago extintivo* - en ausencia en el siglo XIX de la incorporación del enriquecimiento sin causa, (iv) la inclusión de un capítulo sobre la transmisión de las obligaciones, (v) la consecuente aceptación de la subrogación como una forma legal de transmitir las mismas en presencia del interés jurídico antes mencionado y (v) la consecuente y paralela inclusión de la cesión de derechos y cesión de deudas como formas de transmisión voluntaria de las obligaciones que - *por ende y en diferenciación con la subrogación* - pueden ser parciales y son netamente voluntarias.

[1176] Código civil de 1928
[1177] Código civil de 1928

Así, si bien ante la dogmatización del pago como acto jurídico efecto natural de las obligaciones que puede tener distintas manifestaciones y efectos - extintivo, creador o traslativo - queda claro que el pago puede ser forzado por cualquier tercero - *salvo en el caso de obligaciones intu in tu personae* - como consecuencia de las reformas en esa materia a las que ya hemos hecho referencia. Al respecto en la perspectiva conceptual integral el acreedor puede ser forzado a cumplir con su obligación de recibir el pago cuando la entrega o servicio cumple con los principios que le son aplicables mediante el proceso de ofrecimiento de pago y consignación[1178]. No puede ser obligado a transferirle sus derechos y antigüedad si no opera la subrogación legal por carecer el *solvens* de interés jurídico para efectuar el pago[1179] De otra forma si la transmisión fuese de naturaleza convencional (i.e. cesión de derechos y/o de deudas) el consentimiento del acreedor es siempre necesario con lo que se cierran las opciones de una transmisión sin su consentimiento en ausencia de interés jurídico en el pago.

Parece que el Código pretende así prever todos los supuestos ya que el pago realizado en presencia de ajenos a la obligación, podrá ser simplemente extintivo y creador - de acuerdo con lo vertido en su oportunidad y con la pléyade de supuestos previstos en las fuentes de las obligaciones y aplicables por referencia (i.e. gestión de negocios, mandato, enriquecimiento sin causa - en caso de representación directa -) o bien ser traslativo vía convencional - *si se reúnen los requisitos y estructura de la especulación que subyace en esa figura tal y como veremos adelante*-. En ningún caso, puede forzarse el efecto traslativo, si no se está en presencia de un supuesto de interés jurídico o media el acuerdo de naturaleza especulativa (i.e. cesión de derechos o de deuda). En todos los demás casos, el efecto para salvaguardar los intereses del solvens se darán por disposición legal, pero no implicarán una subrogación que por ende no puede ser - conceptualmente - *voluntaria y graciosa*- como lo era en el siglo XIX en ausencia de los cambios antes referidos.

Lo mismo operará respecto del potencial pago realizado por un codeudor solidario, mismo que pese a la errónea referencia de la 1999 *in fine*[1180] *"En la medida que un deudor solidario satisface la deuda, se subroga en los derechos del acreedor"*, no puede ser considerado un *solvens* subrogado. Más allá de la perspectiva y premisa de totalidad sus mencionada, propia de la subrogación en el siglo XX materia de este apartado, esa subrogación no podría ser total

[1178] Artículos 2097 y siguientes del Código civil de 1928
[1179] Artículo 2058 del Código civil de 1928
[1180] Código Civil de 1928

considerando entre otras cuestiones: (i) por un lado como ya se ha referido, que la solidaridad es una modalidad de los sujetos, y por la otra (ii) que el pago debe ser total e indivisible - cuantimás en el contexto de la solidaridad en el Código de 1884 para el que la distinción entre esta y la indivisibilidad no era absoluta restringiendo aún más la posibilidad de un pago parcial en caso de solidaridad.

En virtud de las implicaciones de la solidaridad como modalidad de sujetos y de los principios del pago, haciendo referencia al pago de uno de los codeudores, en términos del propio código, si se efectuase el pago en términos del primer párrafo del 1999, este debería de ser total. Así, si se subrogase, la transmisión sería por la totalidad y consecuentemente cada deudor solidario que fuese sucesivamente exigido con el pago y pagase, tendría derecho de subrogarse por la totalidad, con lo cual, la institución perdería toda lógica. Esto ya sin mencionar el efecto extintivo que dicho pago traería conceptualmente como consecuencia.

Ciertamente no hay tampoco lógica para asumir la posibilidad de una subrogación parcial por parte de un codeudor solidario ya que esto implicaría que ese deudor solidario pagase solo parte proporcional del adeudo con lo cual el pacto de solidaridad perdería relevancia, utilidad práctica y razón de ser dogmática.

Claramente el pago por el deudor y la potencial subrogación parcial de que habla el 1999 *in fine* resulta de una deficiente adecuación y resabio de la perspectiva decimonónica. En ella la subrogación, consecuencia de la extinción, podría ser parcial, previo acuerdo entre *accipiens* que aceptase graciosamente subrogar de manera voluntaria y parcialmente a un codeudor que pagase parte de la deuda como *solvens*- aunque esto no operaría en el contexto de obligaciones solidarias en lo pasivo mismas que por regla general eran en el siglo XIX consideradas indivisibles. En su caso esta subrogación sería sin embargo una excepción solo factible (i) en el contexto de una subrogación parcial y convencional que aún estuviese permitida expresamente por la Ley - *como en los CC70 y CC84* - , (ii) partiendo de la excepción de un pago parcial aceptado por el acreedor en materia de solidaridad - *lo cual carece de lógica en la presencia de pacto de solidaridad en 1928 y era aún menos factible en el contexto del Código de 1884 como veremos a continuación*-.

En abundamiento y soporte a lo anterior, en el contexto poco dogmático del Código de 1884 *vis a vis* las pretensiones del Código de 1928 cabe igualmente mencionar - *cuestión está muy ilustrativa y valiosa tanto para este tópico como para nuestras hipótesis centrales*- que en

el contexto del Código de 1884, la solidaridad pasiva - *como ya se ha expuesto mejor conocida como mancomunidad en el contexto más pragmático y menos dogmático correspondiente* - tampoco se distinguía expresamente de la indivisibilidad. Aún más, el Código de 1884 presumía en su artículo 1396 la mancomunidad pasiva - solidaridad -:

> " *I. Cuando la obligación es de dar alguna cosa individualmente determinada y que por su naturaleza no admita cómoda división o, aunque la admita, siempre que el conjunto de las partes prestadas separadamente tenga un valor menor que el corresponda a la especie determinada;*
> *II. Cuando dos o más personas heredan a un deudor solidario;*
> *III. Cuando la obligación se contrae para la prestación de un hecho o ejecución de una obra que no puede obtenerse sino por el concurso simultáneo de las personas obligadas*."[1181] ( énfasis añadido)

La anterior referencia adquiere mayor valor - *amén las particularidades pragmáticas y poco técnicas a que ya hemos hecho referencia* - en cuanto a la confusión o identificación entre la indivisibilidad y la solidaridad, para efectos de considerar la imposibilidad de la subrogación parcial en deudas de solución indivisible propia del ordenamiento decimonónico no obstante permitir subrogación convencional.

Parece ciertamente evidente que la regla general de la solidaridad en el contexto decimonónico para la solidaridad pasiva era la indivisibilidad por naturaleza del objeto de la obligación[1182]. En ese contexto era evidente que la obligación de objeto indivisible no admitíera pago parcial y por ende tampoco permitiría subrogación parcial. De ahí que pese a que se admitiera la subrogación convencional y por ende parcial, esta no pudiese aplicarse en materia de solidaridad y de ahí que el Código mencionara que no era factible la subrogación parcial en deudas de solución indivisible, pese a si admitir la subrogación parcial - voluntaria cuando la obligación no tuviese ese cariz. Así, por un lado, el 1407 del Código de 1884 era más certero en cuanto al pago efectuado por el codeudor solidario, respecto del cual no hablaba de subrogación parcial[1183] sino de indemnización: " *El deudor solidario que pagare por los otros, será indemnizado por cada uno de ellos en la parte respectiva, y si alguno fuera insolvente, el pago de su cuota se dividirá entre los que no lo sean, incluso aquel a quien el acreedor hubiere dispensado de la mancomunidad.*"

[1181] Artículo 1396 del CC84
[1182] Borja Soriano Manuel; Opus Cit. P 683-684
[1183] En abierta oposición a la desafortunada redacción del 1999 in fine - *sus mencioado* - que sugiere la subrogación por parte del co deudor que haya pagado por entero la deuda.

Más allá de cualquier consideración, el texto de 1884 parece por una parte más certero y preciso respecto de los efectos del pago en la obligación solidaria (mancomunada en el texto y contexto decimonónico) - *respecto de la cual solo prevé el derecho a una indemnización o reembolso como ha quedado referido* - pero sobre todo su contenido es particularmente ilustrativo de nuestra hipótesis precedente en la materia. Efectivamente parece que ante el pago del codeudor solidario, el Código de 1884 no consideraba en forma alguna la aplicación de la subrogación legal, - *imposible por no haber subrogación parcial en deudas de solución indivisible* - solo en su defecto - *como en cualquier caso ajeno a la esencia de la solidaridad* - podría haber aplicado la subrogación convencional, en su calidad de concesión graciosa del accipiens en atención al pago del solvens en aplicación del principio del enriquecimiento sin causa como se manifetsó anteriormente.

Lo anterior combinado con la presunción del artículo 1396 del Código de 1884 parece indicar con claridad que en el contexto de la subrogación legal, esta no puede operar sino en el contexto de pago total siendo como consecuencia total cuando ya solo opera legalmente en el contexto del Código de 1928 - *mediante el mantenimiento del mismo texto aunque ya sin reconocer la subrogación convencional y por ende parcial* -.

Efectivamente los supuestos de subrogación convencional - ajenos a la perspectiva *ipso iure* y *ex lege* y, por ende, ajenos a la totalidad de la subrogación legal, dependen de la voluntad y presentan consecuentemente menos limitaciones que en el contexto de 1928 suplirán -*entre otros*- las figuras de transmisión voluntaria.

A efectos específicos del artículo 1596 de 1884 y su restricción de la subrogación convencional en deudas de solución indivisible, parece evidente en retrospectiva que la restricción decimonónica obedecía a la subrogación legal no así a la convencional. Al eliminarse la subrogación convencional en 1928 parece lógico concluir que la subrogación solo puede ya ser total, especialmente cuando es el único artículo y solo la subrogación legal está regulada - reconocida. Parece igualmente explicarse este fenómeno por la aversión a la dogmatización conceptual de los fenómenos jurídico legislativos pre-1928, en virtud de la cual, la solidaridad era calificada como mancomunidad y confundida - *al menos como presunción en el texto legal* - con la indivisibilidad, según se ha expuesto y demostrado. Así, la solidaridad solo permitía el pago por parte del deudor en forma íntegra, puesto que el pacto de solidaridad pasiva se entendía propio y natural de las obligaciones indivisibles por naturaleza. En ese contexto, la subrogación

convencional, de naturaleza evidentemente excepcional, podría haber sido hipotéticamente factible en otro tipo de deuda - *no solidarias y no indivisibles* - pero en esos casos, al no haber sido calificada la obligación - *al menos dentro de la calificación legal* - como indivisible, de la misma manera la subrogación sería parcial y convencional. Importante resaltar que el Código de 1884 no regula expresamente la indivisibilidad manteniendo líneas de confusión con la solidaridad y haciendo más complejo este problema, reiterando los paradigmas de la legislción decimonónica versus al CC28.

A todo lo anterior, cabe añadir como último argumento la redacción de los artículos 1252, 1709 y 1594 respectivamente en el Code, el Código Civil de 1870 y el CC84. En los mismos, como expondremos a continuación, se verifica una vez más la premisa de indivisibilidad y totalidad del fenómeno subrogatorio legal en el siglo XIX y como la subrogación convencional que en calidad de remedio practico de equidad no podría permitirse la aplicación de los mismos principios.

Ciertamente, como se ha expuesto anteriormente, la subrogación tiene por función esencial - *primariamente en su vertiente legal* - de permitir, en presencia de interés jurídico del *solvens*, que este último mantenga los privilegios, garantías, hipotecas, preferencias y antigüedad del deudor por cuyo pago se subroga. En este tenor - *combinado con la indivisibilidad del pago consagrada en el Código de 1928 por el artículo 2078 y ausente a esos efectos en el Código de 1884* - el Código de 1884 preveía en su artículo 1594, ante el pago parcial y la consecuente pretendida subrogación parcial - *que no podría ser sino convencional* - que:

"*El acreedor que solamente hubiere sido pagado en parte, podrá ejercitar sus derechos con preferencia al subrogado, por el resto de su deuda*."

El contenido del fundamento anterior del Código de 1884 es idéntico al del numeral 1709 del Código Civil de 1870 con lo que se confirma la permanente perspectiva en el legislador decimonónico mexicano respecto de los efectos de la "*subrogación parcial y convencional*".

Ambos preceptos derivan adicionalmente del Code que mantenía la misma perspectiva en su artículo 1252 por el cual:

> *"La subrogation etablie par les articles précédents a lieu tan contre les cautions que contre les débiteurs: elle ne peut nuir au créancier lorsqu'il n'a pas été payé qu'en partie, en cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a recu qu'un payment partiel."*

Es importante subrayar en referencia con los tres artículos citados, que los mismos claramente identifican la subrogación parcial a un pago parcial. De otra forma se habría manifestado la subrogación total de origen legal o se hubiera generado el derecho para ser indemnizado por alguna otra causa - *i.e. gestión de negocios u aplicación jurisprudencial del enriquecimiento sin causa como ya se ha expuesto* -. Más allá de reiterar el ámbito de aplicación de la parcialidad de la subrogación al pago parcial, lo anterior permite analizar y profundizar en otra no menos importante conclusión respecto de la subrogación parcial. Nos referimos evidentemente a la colisión de derechos resultante entre el solvens parcial que pretendería antigüedad y beneficios de la deuda por la que se subrogaría parcialmente en atención al pago parcial y los derechos del accipiens parcial que los tres ordenamientos claramente priorizan. Los tres fundamentos mencionados propios del contexto decimonónico y reconocedores todos del fenómeno subrogatorio parcial especifican evidentemente que frente al accipiens parcial, los derechos del solvens parcial subrogados parcialmente no tienen ninguna fuerza ni prelación. Esto confirma la perspectiva del legislador decimonónico de tradición romanista. En ella (i) la subrogación convencional y parcial es un mero paliativo para proteger al solvens que graciosamente es facilitado por el acreedor accipiens, al cobro por parte del deudor original por quien paga, ante la ausencia de una perspectiva dogmática que acepte la transmisión de las obligaciones; (ii) esa subrogación decimonónica no podría haberse considerado implícito, un efecto traslativo[1184] ni total[1185] ni parcial[1186]; (iii) una vez reconocida la transmisión de las obligaciones - *legal y total o convencional y parcial* - en el siglo XX, la subrogación parcial no es aceptable tal y como es mantenido el artículo 2060 del Código de 1928 con el contenido de los artículos 1596 del Código de 1884 y 1711 del Código de 1870. Esa premisa de imposibilidad de subrogación parcial en deudas de solución indivisible se corrobora en el ámbito del siglo XX y el CC28 ante la indivisibilidad del pago consagrada en el 2078 previa y múltiples veces mencionado.

Cabe por último añadir a este respecto y con no menor importancia, que el efecto traslativo legal y la parcialidad del pago parecen situaciones incompatibles puesto que ponen en

[1184] El efecto traslativo de naturaleza legal parece indisociable de la indivisibilidad del pago.
[1185] Impensable una subrogación traslativa de naturaleza total al ser impensable la afectación del binomio deudor acreedor en beneficio de terceros como ya se ha expuesto.
[1186] Impensable también una subrogación traslativa parcial puesto que además de la resistencia conceptual sus mencionada, el conflicto frente y resuelto en favor del acreedor parcialmente saldado según se refiere en los tres artículos de mérito, hace impensable que el legislador pretendiese sino ayudar al solvens frente al deudor pero nunca en conflicto con el acreedor.

evidente conflicto al *solvens* y al *accipiens* parciales tal y como lo mencionan claramente los tres artículos decimonónicos previamente establecidos mismos que ponen al descubierto la inseguridad que de dicho esquema resultaría para el solvens parcial. En el siglo XIX ante la ausencia de la transmisión conceptual esto parece solo un remedio para apoyar al solvens y queda a graciosa discreción del accipiens que siempre mantendría el derecho para seguir cobrando, de acuerdo con el articulado decimonónico de referencia, con preferencia al solvens parcialmente subrogado.

En el contexto de la transmisión voluntaria del siglo XX - esta puede ser evidentemente parcial por que como se analizará más adelante, el interés es meramente especulativo y el *accipiens* que acepta ceder su derecho por una suma menor especula frente al solvens para tener pago más pronto, aunque no sea total y el *solvens* porque especula recibir más, aunque sea más tarde. Pero al no subyacer el fenómeno del interés jurídico, no se plantea la problemática del derecho de accipiens parcial frente al solvens parcialmente subrogado. Esto se exacerba cuando adicionalmente se constata que en el siglo XX, frente al fenómeno traslativo, la transmisión no puede ser parcial ya que entonces - *en aplicación de los principios conceptuales lógico aristotélicos vbgr. no contradicción* - no se transmitiría la misma obligación. En el caso de la cesión de derechos - *cuyo análisis nos ocupará en las siguientes líneas* - la transmisión no es parcial, lo que puede ser parcial es el pago por las razones especulativas antes expuestas.

A resumidas cuentas, (i) al adoptarse la modalidad de la indivisibilidad como un grupo conceptual y doctrinal distinto de la solidaridad , (ii) al convertirse la subrogación en una consecuencia del cumplimiento - *que no de la extinción* -, (iii) al haberse eliminado la referencia a la subrogación convencional, (iv) al haberse incluido la subrogación como una forma de transmisión legal en oposición a las formas de transmisión convencional de nueva inclusión - *cesión de derechos y de obligaciones*-, (v) al haberse incluido la cesión de derechos y de obligaciones como formas convencionales y por ende potencialmente derivadas de pagos parciales - *por razón especulativa no propia a la subrogación legal* -, la subrogación a partir de la publicación del Código de 1928 no puede ser conceptualizada ni aceptada como parcial o convencional.

En este sentido, el artículo 1596 solo pudo referirse en su contexto decimonónico a la subrogación legal. Al no haber más que subrogación legal en el Código de 1928, está solo puede desde entonces valida y lógicamente ser concebida como legal y total en todos los casos. Así, la

identidad en el texto de los dos numerales - 1596 de 1884 y 2060 de 1928 - es poco afortunada y debe de entenderse en ambos casos, solo en el contexto de la subrogación legal que es total. En otros términos, solo habría subrogación parcial en deudas de solución divisible y estas por excepción eran aquellas en las que de entrada no existía la solidaridad o la indivisibilidad en 1884. Por ende cuando el Código de 1928 - *en atención a su vocación academicista y conceptualista* - distingue solidaridad de indivisibilidad, cuando acepta la subrogación legal únicamente y elimina las referencias a la subrogación convencional por subsumirlas en el contexto de la transmisión voluntaria, la subrogación solo puede manifestarse de forma legal y total, pese a que el numeral del Código de 1928 es idéntico al de 1884, el contexto es distinto y la lectura no puede ser literal, requiere contextualizarse para ser interpretado como lo hemos descrito.

La exposición previa es sin duda uno de los temas y estaciones más complejas de la presente investigación. Como expuesto, implica una institución que es transformada de los códigos decimonónicos, no solo respecto de las especies que la caracterizaban en el fenómeno legal decimonónico sino previa y especialmente respecto a su naturaleza jurídica como mera consecuencia de la extinción a fenómeno traslativo, cuestión ignota y paradigmáticamente contraria a la perspectiva conceptual de la antigüedad - *por incipiente que fuese* - que privaba en el universo jurídico de origen latino. Su inclusión dentro del capítulo de la transmisión de las obligaciones le convierte en la exposición introductoria - *como puente de unión de dos perspectivas del concepto obligatorio* - de las otras dos especies de transmisión, estas de naturaleza voluntaria que son introducidas por primera vez de forma sistemática en el ordenamiento civil mexicano y en la perspectiva conceptual obligatoria tal y como se anunció en los prolegómenos de esta sección, a las que nos referiremos a continuación.

### 3.2 Las formas voluntarias de transmisión de las obligaciones.

#### (i). La cesión de derechos.

Abordaremos primeramente en esta materia, la transmisión de derechos - *cesión de derechos* - esto es, la transmisión voluntaria de las obligaciones por el lado activo, cesión de derechos, para abordar por último en tercer lugar la última y discutible posición del legislador respecto de la cesión de obligaciones cuando esta se efectúa por el lado pasivo - *cesión de deuda* -. Esta última

presentará el menor número de antecedentes en la legislación mexicana y el mayor grado de abstracción y reto conceptual para la dogmática jurídica.

### (ii). Antecedentes generales, premisas e introducción a la transmisión voluntaria.

Como se expuso en los primeros apartados de esta sección, la transmisión de las obligaciones no es un tópico aceptable en la tradición romanista clásica. Aún menos bajo premisas voluntarias. Por un lado, la transmisión misma de derechos o cosas es en el contexto romano que da origen a la tradición civil, un tópico complejo puesto que la carencia de conceptos abstractos, aunados a una perspectiva de conservación patrimonial en la familia, hacen poco proclive la transmisión de los bienes susceptibles de apropiación patrimonial[1187].

(i) Ciertamente por un lado la clasificación de los bienes en atención a su relevancia y permanencia y relevancia para la unidad económica familiar - *hausgemeinenschaft* - o meramente social y religiosa en bienes *mancipi y nec mancipi*, así como la correlación indispensable de esa relevancia con las acciones - *actio in rem versus actio in personam* - que protegen al sujeto responsable de velar por el patrimonio - *pater familias* -[1188], se combinan para encauzar la difícil transmisión de todo aquello que tiene esa función de trascendencia para la familia romana , sea esto considerado desde la perspectiva religiosa como desde la perspectiva economicista[1189].

Es en ese tenor que el desarrollo comercial solo se dará en "Roma", merced a una influencia extranjera y a través primariamente de un mercado de trueque a través de la *traditio* para evolucionar posteriormente hacia el universo de los contratos de buena fe[1190]. Los bienes relevantes para su tratamiento propietario de titularidad y protección mediante actio in rem son bienes que en principio no están destinados a la circulación y/o transmisión y que por el contrario

[1187] Fuenteseca Degenefee Margarita; La formación romana del concepto de propiedad; Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2004; 250 pp; p 26-27
[1188] Ibidem; p 113-133
[1189] Ibidem; p 86-110
[1190] Villey Michel; Opus Cit; p 422

deben teóricamente y se mantienen prácticamente hasta épocas tardías dentro del patrimonio familiar, por lo que la susceptibilidad de su transmisión es relativa[1191].

Las formas solemnes por las que se" transmite" la propiedad - *mancipatio e in iure cessio* son así, de origen, estructuras encaminadas a lograr un reconocimiento social de la propiedad de un sujeto que a documentar la transmisión misma, - *con lo cual se confirma la premisa de Borja Soriano en su clasificación de las formas de los actos jurídicos al hablarnos de la forma solemne como aquella destinada a hacer irremplazable el acto de cuya forma se trata, en oposición a los actos meramente formales, reales y consensuales* -[1192].

De hecho, el contrato, para adquirir potencial traslativo, tomará varios siglos al ser contrario a la perspectiva romana asociar la traslación de derechos al acuerdo de voluntades[1193]. La creación ulterior de la forma y clasificación de obligaciones de dar tiene un desarrollo *ad hoc* ya que de origen -*valiendo la pena en otro texto especifico evaluar inclusive, su vigencia actual* - los contratos solo pueden generar obligaciones de hacer y no hacer, la traslación de dominio no es materia de obligación al ser un mero efecto resultando un imposible conductual. - *ad imposibilia nemo tenetur* -

Así en Roma la transmisión de las cosas no implica en su versión original la transmisión de un derecho sobre la cosa, sino de la cosa misma, cuestión que se refuerza por su aversión y desconocimiento de la abstracción conceptual sistemática y de las ficciones jurídicas [1194]. Cuantimenos factible resulta pues para la cosmogonía jurídica romana intuir la posibilidad de transmitir derechos personales - obligaciones, puesto que además de no aceptar el efecto traslativo de derechos sobre cosas tangibles, desconocen el concepto abstracto de derecho subjetivo y de obligación que solo surgirán siglos después. El concepto traslativo de las obligaciones es un tópico absolutamente extraño a su perspectiva y formación jurídica.

(ii) Por el otro lado, pensar en transmitir la obligación implica, en ese universo poco proclive sino es que totalmente adverso y contrario a consideraciones dogmáticas academicistas, alterar la perspectiva pseudo-conceptual de claro origen pragmático, jurisprudencial y casuístico. El vínculo bilateral que impera en occidente desde la perspectiva Justinianea como concepto de obligación, compilado y accidentalmente estructurado que fue a lo largo de varios siglos de *praxis* jurisprudencial, no puede *ex definitione* ser transmitido sin implicar una *contradictio in*

[1191] Cfr. Iglesias Juan; Opus cit.
[1192] Borja Soriano Manuel; Opus Cit; p 180- 192
[1193] Cfr. Villey Michel Opus cit.
[1194] Cfr. Villey Michel ; p 429

*terminis.* Ciertamente, la obligación en tanto relación se define por los elementos subjetivos que la conforman. Transmitir a la obligación implicaría romper ese vínculo y por ende ese concepto reemplazando a uno de los sujetos por otro.

En ese orden de ideas, la obligación transmitida, no podría más ser definida como lo era *ab origine* en atención a la relación de los dos sujetos originales.

Por las dos consideraciones anteriores no es de sorprender que la transmisión de derechos y obligaciones sea un fenómeno extraño a la dogmática y doctrina romanista clásica y solo se presenten tardía y excepcionalmente excepciones a la misma, más por influencia extranjera y no propiamente romana - tal y como progresivamente fue igualmente admitida la traslación de bienes vía acuerdo de voluntades con la progresiva y paulatina influencia extranjera en la estructuración de los contratos de buena fe[1195].

Así, los códigos decimonónicos relevantes en nuestra investigación, el Code como los Códigos Civiles de 1870 y 1884, presentan solo escasas, aisladas, y poco estructuradas opciones para la potencial transmisión voluntaria de las obligaciones como lo eran igualmente respecto de la legal. Las mismas, además, poco exploradas y dejan una muy incipiente y deficiente elaboración doctrinal al respecto, puesto que la contradiction in terminis con el concepto tradicional clásico romanista no es expuesta ni mucho menos superada.

La subrogación resultará - *según se expuso en su oportunidad* - como un paliativo ante la necesidad de proteger potenciales *solvens* en situaciones similares a la del gestor de negocios o a la jurisprudencial del enriquecimiento sin causa. En ningún caso sin embargo se admite que la subrogación tenga un efecto traslativo con lo cual se confirman por un lado las dos *contradictio in terminis* sus mencionadas; (i) respecto de los efectos que experimenta el tercero íntegramente subrogado con interés jurídico - "*como si se le hubiera transmitido*" - como respecto de (ii) la deficiente subrogación parcial convencional que no puede lograr poner al solvens en la situación del acreedor que recibe un pago parcial. Por el otro lado lo anterior confirma como ante el cambio de paradigma, de estructura, de concepto y de especies de la subrogación en el Código de 1928, la subrogación no puede ser más, (i) ni convencional, (ii) ni parcial[1196].

---

[1195] Villey Michel; Opus Cit; p 422 - 427 - 451

[1196] "*Artículo 2058.-*
*La subrogación se verifica por ministerio de la Ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:*
*I. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente;*
*II.Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación;*

La regulación de la transmisión voluntaria de derechos y obligaciones en los Códigos decimonónicos mexicanos como el Code será accidentada y altamente dependiente de la autonomía de la voluntad para enfrentar el debate conceptual y lógico. Esto da una clara pauta del porqué de la modificación en la perspectiva del legislador revolucionario de 1928.

### (iii). La subrogación decimonónica y la cesión de acciones como manifestaciones primitivas de la necesidad económica y jurídica.

La carencia conceptual de una potencial transmisión de las obligaciones puede difícilmente comprenderse en un universo jurídico y económico como el que presenta el entorno actual.

Ciertamente el ánimo especulativo y la necesidad de acelerar el tránsito de mercancías exacerbado desde la revolución industrial, mediante el tráfico no solo de las mercancías físicas y tangibles per se, sino también y muy especialmente mediante el tráfico de derechos y obligaciones abstractos, parece hoy una realidad ineludible.

Evidentemente a una escala distinta pero no por ello totalmente ausente, parece obvio que el siglo XIX liberal y positivista, pese a sus carencias conceptuales y a su rechazo de abstracciones y ficciones jurídicas antes mencionadas, irá paulatinamente aceptando situaciones o estructuras paliativas que busquen la consecución de efectos parecidos.

El caso de la subrogación - *amen las contradicciones y deficiencias antes referidas* - es un primer y muy evidente caso.

La aceptación de la cesión de acciones en el siglo XIX como consecuencia a la firgura romana de la *procuratio in rem suam*[1197] es un segundo paso, de gran e ilustrativa relevancia puesto que sin aceptar la transmisión del fenómeno abstracto obligación, por las causas antes expuestas, si permite - *sujeto a la interposición judicial de las acciones* - el reemplazo de los sujetos para continuación del proceso, mediante una transacción traslativa - *sino de la titularidad del derecho subjetivo substantivo* - si de las facultades adjetivas derivadas del ejercicio del derecho de acción para el logro del cumplimiento de las expectativas que ese derecho subjetivo sustantivo les merecía. No es sin embargo sino un paleativo ante la contradictio in terminis derivada del pseudo concepto adoptado.

---

*III. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia;*
*IV. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición.*"

[1197] Cfr Planiol Opus Cit; Tome 2 p 171

La inclusión de la transmisión *per se* de las obligaciones, incipiente, accidentada y poco estructurada como se ha adelantado será el tercer escalón con el que se topará la dogmática nueva actitud del legislador de 1928, en virtud de su vocación sistematizadora y su inspiración pandectística.

### (iv). La transmisión de obligaciones en la legislación decimonónica.

#### a. Consideraciones del Code y de la doctrina exegética.

En atención a todo lo anteriormente vertido, para la legislación decimonónica relevante en nuestra investigación- Code como Códigos mexicanos de 1870 y 1884, la regulación de la transmisibilidad de las obligaciones es tratada de manera accesoria, accidentada y poco estructurada. Considerando la pléyade de contradicciones e interpretaciones es plausible incluso considerar que no es nunca plenamente aceptada, pese a algunos artículos y criterios.

Por un lado, para el Code, - *carente de una sección general de las obligaciones como ya ha quedado patente, enfocado a la regulación del contrato y el delito como ejes de la imputación de obligaciones en el ámbito civil* -, la transmisibilidad de la obligación no parece ser un tema aceptable per se. Lo anterior en adición a la evidente *contradictio in terminis* que dicha transmisibilidad plantea con la cosmogonía jurídica que le ilustra y con el concepto deductivo y casuístico de la obligación que le caracteriza.

Parece claro que es por lo anterior que, para el Code, la transmisibilidad de la obligación es tratada accesoriamente dentro de la regulación del contrato de compraventa - *transport de créance* - . En ese tratamiento, si bien la perspectiva traslativa se considera implícita y la complejidad que le es propia es tratada de forma adecuada - *similarmente al esquema moderno planteado para efectos de nuestro estudio en el Código de 1928* - la doctrina exegética correspondiente encuentra mucha dificultad para su tratamiento en una forma lógica.

El Code prevé efectivamente por una parte que: "*Dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la delivrance s'opère entre le cédant et le cessionaire par la rémise du titre.*"[1198]

Igualmente y de forma consistente con lo que incluirán los Códigos ulteriores - 1870, 1884 e incluso 1928 con todo y su inspiración pandectística - el Code prevé que:

[1198] Artículo 1689 del Code

"*Le céssionaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Neanmoins le céssionaire peut être également saisi para l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique*."[1199]

"*Si avant que le cédant ou le céssionnaire eût signifié le transport au débiteur celui ci avait payé le cédant, il sera valablement libéré.*"[1200]

Al respecto, sin embargo, el tratamiento doctrinal se antoja y confirma complejo y contradictorio por varias circunstancias:

(i) Por un lado es evidente que para que se verifique esa transacción es necesario el pago del cesionario al cedente en calidad de acreedor del deudor cuya deuda es materia de transacción;

(ii) Por el otro es igualmente evidente que el pago es catalogado en el Code - *conforme a los lineamientos derivados de la tradición romanista* - como una forma de extinción de la obligación[1201];

(iii) Adicionalmente es evidente que de acuerdo con los parámetros clásicos heredados del derecho romano y el derecho antiguo francés, la obligación es pseudo- conceptuada por la doctrina exegética - *por accidentado y deductivo que sea este concepto* - como una relación jurídica entre acreedor y deudor, que, al verse alterados en su identidad, deja difícil conceptuar lo que resulte como la misma obligación transmitida;

(iv) En el mismo orden de ideas es importante subrayar que en el contexto del Code la novación en tanto forma de extinción mantiene las dos formas derivadas de la praxis consuetudinaria y casuística romana - *tan propias a la perspectiva de la obligación como relación* - en virtud de una de las cuales la novación[1202] puede ser subjetiva extinguiendo la obligación cuando es reemplazada una de las partes que la compone.

(v) No puede por último soslayarse que en el acto traslativo por definición del Code - *que heredará la tradición civil mexicana*-, la traslación de propiedad se verifica por el mero acuerdo

[1199] Artículo 1690 del Code
[1200] Artículo 1691 del Code
[1201] Artículo 1234 del Code para el cual, "*Les obligation s'eteignent: Par le **payment**....*"
[1202] Ya haremos referencia y analizaremos en el detalle requerido para la demostración de las hipotesis de nuestra investigación a la novación y su evolución desde el Code. Valga para efectos del analisis materia de esta sección sin embargo citar el artículo correspondiente que ilustra las variantes de novación permitidas en la tradición romano francesa: Artículo 1271.- "*La novation s'opère de trois manières: 1.- Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte; 2.- **Lorsqu'un nouveu débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier; 3.- Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué a l'ancien envers lequel le débiteur se trouve déchargé***."

entre enajenante y adquirente, siendo esta una cuestión que se complica y requiere un tratamiento distinto en tratándose de la transferencia de intangibles obligatorios en atención a su naturaleza y particularidades.

En razón de las consideraciones previas, el tratamiento de la transmisibilidad de las obligaciones, pese al contenido expreso del articulado de referencia del Code, se antoja difícil sino conceptual y lógicamente imposible dando más bien a pensar - *conforme a la desiderata del legislador napoleónico* - en su visión y misión meramente regulatoria y antidogmática ya sea que cumpla está o no con parámetros conceptuales y lógicos, para enfrentar una problemática practica y los intereses economicos que le dan cauce.

(a) Ciertamente, si para ceder la obligación, el acreedor - *como parece obvio* - recibe el pago de la cantidad adeudada o al menos para auspiciar el ánimo especulativo propio de la figura, al menos de parte de dicha cantidad, un primer problema conceptual radica en la explicación y fundamentación para que dicha obligación pueda ser materia de transmisión y transacción, sino ha quedado extinta con el pago de mérito.

(b) Por el otro lado, si el reemplazo de cualquiera de las partes de la relación jurídica obligatoria - *con animus novandi* -implica la extinción de la misma por la novación que implica la creación de una nueva obligación que reemplace la precedente, la transacción traslativa de titularidad enfrenta un segundo reto conceptual de difícil solución.

(c) Asimismo, considerando las particularidades de la operación traslativa de un intangible que requiere de un segundo acto de notificación -*cuando no de aceptación del deudor como sucederá en la cesión de deuda*- y que esto conflictúa de manera importante la aseveración traslativa similar a la de cualquier contrato de esa naturaleza, la transferibilidad de la obligación por acuerdo de las partes se antoja difícil de explicar y dogmatizar para la exégesis francesa como lo será para la incipiente doctrina civilista mexicana decimonónica.

(d) Finalmente si original y conceptualmente la obligación es definida como la relación jurídica entre acreedor y deudor, la transferibilidad de la misma resulta un imposible jurídico sin implicar la extinción de la misma tal y como se deduce de las dos premisas anteriores - *el pago extintivo por un lado y la persistencia de la novación objetiva por la otra*- y de la aplicación del principio de no contradicción en una visión sistemática.

Estos son precisamente los retos que enfrentará el legislador napoleónico y más claramente el interprete exegético que vivió al amparo y forzado a interpretar la institución

obligatoria en sus términos y que salva la consideración sistemática armónica y conceptual del legislador de 1928. Esto orilla sin duda a considerar nuevamente sustentada la premisa del cambio de concepto y su viabilidad como consecuencias de una cambio de paradigma del legislador de 1928.

Es precisamente por ello que la exégesis francesa[1203] interpretará primeramente la institución de la cesión, sin imprimirle características traslativas, sino simplemente como la posibilidad de encomendar vía mandato remuneratorio - *cuya remuneración se acordaría en proporción a lo que se deduciría como margen propio de la especulación en un cesión de derechos contemporánea* - el cobro de la cantidad adeudada, a un tercero mandatario que desde una óptica económica estaría claramente especulando como su hubiese adquirido el derecho al cobro de esa obligación a descuento[1204]. Esta operación derivada de la figura original romana, dará lugar a la confusa terminología de cesión de acciones prevista en los ordenamientos decimonónicos mexicanos, cuando en realidad la cesión de acciones podría igualmente ser aceptable en el parámetro civilista exegético partiendo de la premisa de una demanda previamente entablada, cuyo seguimiento pudiera ser igualmente materia de especulación al remontar las dificultades previas por ya estar en presencia de un derecho de acción ejercitado. Cabe igualmente interpretar que este acercamiento a la perspectiva de cesión de acciones va de la mano con la primaria interpretación doctrinal respecto de la cesión como una simple intermediación de mandatario[1205] que se vuelve mucho más natural y evidente en el caso de la cesión de una acción puesto que el "cesionario" se limitaría a actuar por cuenta del "cedente" ante el tribunal y los efectos de la sentencia le aplicarían *per se*, especialmente en el contexto de una representación indirecta - que al efecto primaba en la perspectiva clásica y decimonónica como ya se ha expuesto- . Al respecto cabe mencionar que igualmente para Laurent, la "cession" ou "transport" del crédito están condicionados en esa perspectiva del Code, a ciertas reglas especiales de excepción - *reminiscencia de la personalidad de la obligación y su imposibilidad*

[1203] Laurent Opus Cit; Tomo 24 p. 452

[1204] " ....*Les jurisconsultes romains n'admettaient point qu'un créance put faire l'objet d'une vente parce qu'un créance consiste essentiellement dans un lien personnel que l'obligation crée entre le debiteur et le créancier, lien qui par as nature n'est susceptible d'être transmis. Pour concilier les besoins de la vie avec les pricipes du droit, on imagina de donner à celui qui vouliat acheter un créance un mandat de poursuivre le debiteur; ce mandat consistait dans un cession d'action. De là, une terminologie que l'usage a maintenue. Le venderu porte le nom de cédant, l'acheteur celui de cessionaire. On donne le nom de cedé au debiteur lequel ne joue qu'un rôle passif dans l'opération; il ne figure pas au contrat, son rôle consiste à changer de créancier. On se sert de la même terminologie pour la vente des droits qui ne constituent pas des créances: le Code les appelle des droits incorporels*....." Laurent Ibidem.

[1205] Ibidem, tomo 18 p 317 parrafo 294 *in fine*.

*de transmisión original romana*, tales como la notificación o la aceptación del deudor, sin las cuales Laurent afirma, no hay transmisión, [1206] en términos del artículo 1690 del Code.

Es en ese contexto, una vez superada o "ignorada" la problemática conceptual inherente a la alteración del elemento subjetivo -*de ser esto posible*- y consecuentemente una vez superada la necesidad de explicar la figura a través del mandato implícito es que la doctrina exegética se verá confrontada desde una segunda perspectiva lógica. ¿Cómo superar la contraposición entre la cesión de derechos – *planteada de acuerdo con el articulado previo* - con la potencialidad de la novación subjetiva? Es importante adelantar que bajo el amparo del Code y los Códigos decimonónicos mexicanos, la novación podía ser tanto objetiva como subjetiva, solo cambiándose expresamente este régimen en 1928 - *hipotéticamente como parte de la estructura sistemática que pretende asumir el legislador según analizaremos más adelante* -.

Ciertamente todo parece depender para esos efectos, nos dice Laurent[1207] de la voluntad de las partes según esta sea manifestada para que la transacción resulte simplemente en una cesión o en una extinción de la obligación por novación objetiva[1208].

Pese a la deficiencia lógico conceptual de origen, pareciere que para la exégesis, primaría la cesión de derechos, traslativa de titularidad del derecho subjetivo, cuando no hubiese *animus novandi* de extinguir y reemplazar la obligación antigua por una nueva y cuando la voluntad de las partes quedase clara en cuanto a la motivación especulativa misma que parecería claramente ajena a la novación[1209]. Esto se refuerza por el requerimiento legal presente desde entonces - *en el Code y en los tres códigos mexicanos* [1210]- para que la novación surta efectos de tal, sujeta al pacto expreso de dicho *animus novandi*, cuestión que es reiterada por la doctrina desde entonces.

---

[1206] "*La cession produir aussi les effets de la vente . Seulement elle est régie par quelques principes spéciaux. Ainsi quand l'objet de la vente est un créance ou un droit ou une action, la propriété n'est transferée, à l'égard des tiers que par la signification du transport ou son acceptation par le débiteur. Mais cette condition particulière n'altere pas la nature du contrat...*" Ibidem, tomo 24 p 451 (énfasis añadido)

[1207] Laurent Opus Cit; Tomo 18 p. 317 y 321. El énfasis en la voluntad de las partes para distinguir la posibilidad de optar por una cesión, subrogación o novación radicalizará - *corroborando nuestras hipótesis de investigación* - la perspectiva anti voluntarista del legislador por inspiración Duguitiana. Esto amén de una visión más dogmática en el que las figuras deben conceptualment distinguirse unas de otras en su naturaleza, de evidente inspiración pandectística.

[1208] " *.... aux termes de l'article 1242, le payment fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saissie-opposition, n'est pas valable à l'égard des créancier saisissants ou opposants. En faut il conlcure que la saisie-arrêt opère novatio, en ce sens du moins que le tiers saisi ne peut plus payer valablement qu'entre les mains des créanciers saisissants?....*" Laurent Opus Cit; Tome 18 p 324

[1209] Ibidem

[1210] Artículo 2215 en el Código de 1928 - "*La novación nunca se presume, debe constar expresamente*" ; de identica redacción al 1611 del Código de 1884 y 1726 del Código de 1870.

Esta explicación sin embargo no atiende e ignora en consecuencua el impacto de la consideración respectiva al pago y su naturaleza jurídica consistente en un medio extintivo de la obligación tal y como ya ha quedado asentado en el capítulo respectivo al pago. La mismaimplica una evidente *contradictio in terminis*.

La naturaleza casuística y poco sistemática de esta explicación deja igualmente la puerta abierta en el silo XIX para consideraciones respecto de la potencial subrogación convencional si en ausencia de interés jurídico, *solvens y accipiens* acordaran el efecto subrogatorio voluntario, mismo que excluiría de lleno el efecto traslativo - *que no goza en el Code* - y la novación que requiere manifestación expresa del *animus novandi* como veremos a continuación[1211].

La ausencia asimismo de dogmatización respecto del acto jurídico en el propio ordenamiento complicará aún más cualquier solución integral, lógico conceptual y de pretensión académica, siendo que para la exégesis y la doctrina consecuente, todo dependerá de la voluntad de las partes y no de una estructura conceptual y sistematica. Nuevamente el cambio de concepto y estructura de CC28, auspiciado por Duguit e inspirado en la pandectística romperá este paradigma.

No debiera sin embargo esto de extrañar ni desviar las perspectivas de nuestro análisis. Ciertamente no es la pretensión del legislador napoleónico proveer una solución lógica y conceptualmente sustentable. Nada más ajeno a sus metas y objetivos. Como ya se ha mencionado su misión es claramente política y reguladora, es práctica y está centrada en la seguridad jurídica que sus disposiciones deben brindar, no en la exactitud técnica de las soluciones que implementa.

Por el otro lado, el eje central de la codificación napoleónica en materia de contratos y obligaciones es sin duda la autonomía de la voluntad. Esa autonomía que será tan vilipendiada y atacada por el legislador de 1928 basándose en la tesis de León Duiguit, es la manifestación fisiocrática y racional burguesa por excelencia. Así no es de extrañar sino para confirmar porque el legislador napoleónico llega a este "*cruce de caminos*" en el que la lógica conceptual no es el criterio para determinar la salida, sino la conveniencia, seguridad jurídica y pretendida justicia que se logra dependiendo de lo que la partes han expresado como su voluntad, su posibilidad de

[1211] Laurent Opus Cit; Tome 18 p.323 para el cual en consistencia con el imperio de la autonomía de la voluntad propio del Code y rechazado por el Código de 1928, se refuerzan nuevamente nuestras conclusiones: " .... *il est libre aux parties defaire une subrogation avec novation, comme elles peuvent faire une cession avec novation; l'application ne soulève que des difficultés de fait: tout dépend de l'intention des parties interessées* ..."

demostrarlo y las consecuencias que esto desencadena para la calificación de la institución resultante.

Así, el propio Laurent menciona que los tribunales belgas han variado de forma substancial su determinación al respecto en casos de similar consideración, dependiendo del pacto de las partes, considerando ya sea la novación subjetiva ya sea la transmisión por cesión de derechos[1212]. Si a esto le sumamos la escasa proclividad a considerar el efeto traslativo siquiera - tanto por estructura en el Code, CC70 y CC84, como por el "pseudo-concepto" del que parten, y la doctrina resultante, parece evidente que no es admisible la transmisión voluntaria.

Inclusive en la elaboración exegética de Laurent, queda patente que las posiciones doctrinales francesas se encuentran secularmente en constante contradicción.

Desde las argumentaciones de Pothier hasta los asertos de Planiol, es claro que para la doctrina francesa no es absolutamente claro si la cesión tiene *per se* un efecto traslativo de la obligación materia de la misma - *que a la postre les llevo a clasificarla dentro de la compra venta pretendiendo aplicarle las reglas reales de la misma* - o si bien el efecto traslativo solo se verifica cuando la cesión es notificada al deudor o este acepta la misma.[1213] La terminología utilizada por el Code en el 1690 que refiere - *como se cito anteriormente* - que la cesión surte efectos *erga omnes* cuando se notifica al deudor o cuando este acepta.

En nuestra opinión, la interpretación más adecuada, como lo hará el Código de 1928, partiendo de la expresa clasificación y regulación así como de la premisa conceptual aceptada respecto de la transmisibilidad, debiera ser que la transacción surte efectos - *es perfecta* [1214] *inter alias*- en el acuerdo entre cedente y cesionario y que solo para afectar la esfera del deudor - *extra alias* - es necesario notificarle [1215]- *no así obtener su consentimiento* -. Sin embargo, para ello se requerirá una perspectiva más abstracta y conceptual que admita de lleno la transmisibilidad, cuestión ignota en el siglo XIX francés, y que solo se verifica hasta 1928. Por ello es que la doctrina francesa y exegética en general se debatirá al respecto de múltiples versiones de lo que

[1212] Laurent Opus Cit, Tomo 18 p 321.
[1213] Laurent Opus Cit; Tomo 24 p 451
[1214] Artículo 2029.- "*Habrá cesión de derechos cuando el acreedor transfiere a otro los que tenga contra su deudor*" y Artículo 2030.- "*El acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión esté prohibida por la Ley, se haya convenido no hacerla o no le permita la naturaleza del derecho"*.
[1215] Artículo 2036.- *"En los casos a que se refiere el artículo 2033, para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos contra el deudor, deberá hacer a éste la notificación de la cesión, ya sea judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante dos testigos o ante notario"*.

puede ocurrir entre las partes, el deudor y los terceros[1216], cuestión que pierde de foco la esencia de la figura por no aceptar de lleno - *en virtud de su origen romanista* - la transmisibilidad de la obligación. Sin embargo, esta confusión deriva esencialmente de la problemática de origen referida en esta sección y que solo se solucionaría con una *tabula rasa* como la que implementa en la materia el legislador de 1928 confirmando las premisas de esta investigación.

Todo lo anterior es sintomático de la regulación napoleónica o más generalmente de la legislación decimonónica-antigüa que careciendo de las pretensiones sisetmáticas del legislador de 1928, siguen un parámetro cuyo cambio es precisamente el paradigma que busca enarbolar el legislador revolucionario mexicano. El mismo parámetro se repetirá en la legislación decimonónica mexicana expuesta a continuación.

### b. Los Códigos decimonónicos mexicanos.

#### b.1 El Código de 1870.

En primer lugar, el Código de 1870, como prácticamente en todos los tópicos que hemos analizado precedentemente, servirá de inspiración prácticamente textual para el CC84, no incluye este tema dentro del contrato de compra venta como lo hizo el Code.

El Código de 1870 incluye la llamada Cesión de Acciones dentro del capítulo VIII del título Cuarto - *de la Extinción de las obligaciones*- con lo cual evidencia *nuevamente* la poca preocupación del legislador decimonónico respecto una organización con tintes o manifestaciones lógico-conceptuales. Si bien la clasificación del articulado del Código no da efectos vinculantes al contenido de los artículos, si incide en las perspectivas clasificadoras y doctrinales consecuentes. Dicha clasificación da además una muestra patente de las perspectivas del legislador. Es ciertamente por eso que el Code tratará este tema dentro del contrato de compraventa, según antes expuesto.

Es evidente que en estricta lógica no puede transmitirse lo que se ha extinguido y *vice versa*. En este tenor, si la obligación se paga y el pago es una forma de extinción - *como lo clasifican igualmente tanto el Code como los Códigos de 1870 y 1884* - pensar en la transmisión de la misma obligación parece un sin sentido. Cuantimás clasificar la pretendida traslación dentro del capítulo de transmisión. La premisa central del legislador radica en una perspectiva reguladora y política, bajo ningún concepto tiene metas académicas y/o lógicas.

[1216] Planiol Opus Cit; Tomo III; P 567 y sig.

Así, es la primera manifestación en este rubro - *que incluso parece ser por ello da al nombre a la sección* - la transmisión de derechos litigiosos. Esta se califica como cesión de acciones - *cuya naturaleza se explicaría igualmente en el siglo XIX bajo un patrón contractual mandatario del cesionario - procuration in rem suam - referido en apartados anteriores*-. Amén las consideraciones antes vertidas, en el Código de 1870 se especifican prohibiciones respecto de los potenciales cesionarios[1217] y se especifica con un ligero mayor detalle a lo previsto por el Code[1218], respecto de que entender por un derecho litigioso o acción que pudiera ser materia de cesión[1219].

Según anticipado respecto del Code, esta categoría del derecho litigioso o de acción parece presentar una mayor facilidad dogmática para su aceptación ante la carencia de conceptos y la premisa casuistica de la antigüedad, matizando ligeramente el impacto abstracto del concepto de obligación. Ciertamente al hablarse por derechos litigiosos "*el derecho desde la contestación de la demanda en juicio ordinario y desde la diligencia de embargo en el ejecutivo*" - *1742 del Código de 1870 previamente citado* - el Código parece sustraerse de la abstracción y de la identificación entre acreedor y deudor puesto que la definición correspondiente ya vincula tangiblemente a una documentación propia del expediente judicial dentro del cual la relación está ya definida procesalmente con el órgano jurisdiccional. Así, la problemática relacionada con la traslación abstracta respecto de un bien de carácter abstracto definido por los sujetos en el vinculados parece más fácil. No obstante, ello la *contradictio in terminis* permanece y este es un tema que nuevamente la doctrina correspondiente parece querer, obviar manteniendo ambas figuras y la clasificación de esta institución dentro del título de la extinción.

Hechas las acotaciones anteriores, el Código de 1870 establece el articulado que en materia de transmisión de las obligaciones por vía activa - *cesión de derechos* - estructuran la institución y presentan su mayor complicación para la cosmogonía privatista decimonónica y

---

[1217] Código de 1870 artículo 1737 para el cual: " *Si los derechos o crédito cedidos fueren litigiosos, no podrán ser cedidos en ninguna forma a las personas que desempeñen la judicatura ni a cualquiera otra autoridad de nombramiento del Gobierno, si de esos derechos o créditos fueren disputados dentro de los límites a que se extienda la jurisdicción de los funcionarios referidos.*"

[1218] Artículo 1700 del Code para el cual: "*La chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit*".

[1219] Código de 1870 artículo 1739, 1741 y 1742 para los cuales respectivamente: *"El deudor de cualquier obligación litigiosa cedida por título oneroso, puede librarse satisfaciendo al cesionario el valor que este hubiere dado por ella con sus intereses y demas expensas que hubiere hecho en la adquisición.*" De igual manera "*La liberación permitida en el artículo 1739, sólopodrá tener lugar cuando el litigio no haya sido resuelto en última instancia.* " Así, por último, "*Se considerará litigiosos el derecho desde la contestación de la demanda en juicio ordinario y desde la diligencia de embargo en el ejecutivo.*"

antigua. Este artículado será replicado en 1884 y especialmente en 1928 ya con una aceptación plena de la figura. Nos referimos evidentemente (i) a la necesidad de la notificación al deudor para que la cesión surta efectos[1220], (ii) a la liberación que beneficia al deudor cuando paga a su acreedor primitivo antes de que le sea notificada la cesión[1221], y (iii) a la aceptación implícita del deudor cuando estando presente a la cesión no se oponga a ella[1222].

### b.2 El Código de 1884.

Valga replicar en su totalidad las aseveraciones vertidas respecto del Código de 1870 en materia de la cesión de acciones, respecto del contenido del capitulado respectivo en el CC84.

Tal y como se ha expuesto en muchos de los apartados de la presente investigación, el Código de 1884 resulta en esta materia prácticamente en una copia textual de su predecesor, siendo las razones para la publicación del segundo efectivas y relevantes en otras materias fuera del ámbito de esta investigación o sólo como corolario filosófico al respecto. Ciertamente en muchos de los artículos el legislador de 1884 es más acucioso y detallado, cuestión que sólo hemos evidenciado cuando resulta relevante para efectos de las hipótesis de la presente investigación.

La materia de mérito se encuentra igualmente en el capítulo VIII del título Cuarto - de la Extinción de las obligaciones -. La materia se refiere igualmente y aborda en primer lugar el tratamiento de la cesión de derechos litigiosos. Las prohibiciones en la materia de ciertos cesionarios por razón de su profesión y potencial conflicto de interés se mantiene textual[1223]. En el rubro de cesión de derechos litigiosos, sin embargo, la definición es ligeramente más detallada al establecer que se considerarán derechos litigiosos; "*.... desde el secuestro en el juicio ejecutivo, desde que se fije la cédula en el hipotecario, y en los demás desde la contestación de la demanda, hasta que se pronuncie sentencie que cause ejecutoria...*"[1224] Este énfasis adicional parece explicar el contexto jurisprudencial en el que la *praxis* traslativa se podría haber desarrollado más en el ámbito de la - *cesión de acciones* -, mediante figuras de representación

[1220] Código de 1870 artículo 1745 "*Para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos contra el deudor, deberá hacer a este la notificación respectiva, ya sea judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante dos testigos.*"
[1221] Código de 1870 artículo 1748 "*Mientras no se haya hecho la notificación, el deudor solo se libra pagando al acreedor primitivo y recogiedo el título del crédito.*"
[1222] Código de 1870 artículo 1747 "*Si el deudor está presente a la cesión y no se opone a ell, o si estando ausente, la ha aceptado, y este acto se prueba en juicio plenament, se tendrá por hecha la notificación.*"
[1223] Código de 1884, artículos 1622 y 1623.
[1224] Código de 1884 Artículo 1623.

indirectas - *mandato* -. Lo anterior claramente obviaba la necesidad de entrar a la problemática traslativa en la clasificación del código ni en la dogmática jurídica[1225] y las carencias consecuentes en ausencia de la misma.

En este orden de ideas y para cerrar la exposición de los antecedentes de la cesión en el derecho positivo mexicano y poder abordar su solución conceptual, dogmática, legal y lógica en 1928 en virtud de las dos hipótesis centrales de esta investigación y su corroboración baste mencionar que en este rubro el Código de 1884 replica igualmente los principios enunciados por el Código Civil de 1870 y en su momento por el Code para proteger al deudor que queda libre de pagar a su acreedor original hasta que no le sea notificada la cesión[1226] y la consecuente obligación para el cesionario de realizar la notificación para poder ejercitar los derechos que hubiese "adquirido"[1227].

Dentro de la problemática estructural y conceptual de la cesión, el Código de 1884 plantea un paso adicional a lo establecido por el Código de 1870 al disponer la posibilidad del deudor de oponerse a la cesión, no solo en razón de la violación a las reglas de conflicto de interés del potencial cesionario como lo hacía el Código de 1870. El Código de 1884 abre la pauta y puerta para la oposición de la cesión por el deudor cuando tuviese contra el cedente un crédito anterior a la cesión por el cual pueda oponerle compensación[1228] Este tema será sucesivamente abordado en el análisis de la cesión en el Código de 1928 y en el tratamiento de la compensación. Sin embargo, su referencia es obligada pues abre la discusión respecto de la estructura de la cesión como acto traslativo y su problemática en el Código de 1928 que abordaremos a continuación.

### b.3 Problemática de fondo en los Códigos mexicanos del siglo XIX en materia de la transmisión voluntaria de derechos y obligaciones.

[1225] Laurent, Opus Cit; Tomo 18, p 317.
[1226] Código de 1884 artículo 1634
[1227] Ibidem artículo 1631
[1228] Ibidem artículo 1630 del Código de 1870 versus el artículo 1744 del Código de 1870.

Como se ha mencionado, el tratamiento de los Códigos decimonónicos mexicanos en materia de cesión es accidentada y presenta múltiples contradicciones conceptuales y lógicas, en consistencia al modelo regulatorio que sigue en el modelo napoleónico.

En primer lugar, la inclusión de la cesión de acciones en el Título correspondiente a la Extinción de las obligaciones plantea una *contradictio in terminis* que seguirá a la figura hasta la publicación del CC28. No es lógicamente sustentable la transmisión dentro de la extinción en atención al principio de no contradicción.

En segundo lugar, en concomitancia con la clasificación del pago como forma de extinción de las obligaciones, la cesión de acciones que presupone por definición un pago, no hace sino exacerbar la problemática conceptual enunciada en el párrafo precedente. Esta cuestión queda gravemente evidenciada como carencia conceptual del legislador decimonónico cuando este establece adicionalmente en este rubro que "*el deudor de cualquier obligación litigiosa cedida por título oneroso puede librarse satisfaciendo al cesionario el valor que éste hubiere dado por ella con sus intereses y demás expensas que hubiere hecho en su adquisición.*"[1229] Ciertamente, si el derecho hubiese sido cedido efectivamente el deudor no tiene forma de librarse sino satisfaciendo al cesionario, pero esta aclaración es inútil en el contexto traslativo lo que evidencia la duda que el propio legislador tiene en la materia, respecto de la potencial permanencia de los derechos del cedente - *acreedor primitivo*-.

En tercer lugar, anticipándonos a la materia de extinción de las obligaciones, la potencial novación subjetiva regulada en la codificación decimonónica mexicana como en el Code, hace impensable lógicamente y muy difícil, así como altamente dependiente de la manifestación de la voluntad[1230], la posibilidad de ceder sin que la obligación se extinga por el simple cambio de sujetos. El *animus novandi* es la solución que la doctrina francesa aporta para hacer el distingo[1231], pero la falta de sistemática parece evidente.

En cuarto lugar, la similitud a grado de confusión de la figura con la subrogación convencional - *cuando esta se presentase de forma total y mediando el pago* - hace que el ámbito de aplicación de la figura parezca mínimo y sea soslayado mediante practicas paralelas

[1229] Artículo Artículo 1739 del Código de 1870
[1230] Cuestión que exacerbará, más allá del prurito lógico y conceptualista del legislador de 1928 la desiderata Duguitiana de este último para estructurar con mayor rigor conceptual en la Ley las firguras de la teoría general de la obligación y evitar la dependencia en la manifestación de la voluntad de figuras que presentando problemas conceptuales lógicos de inicio.
[1231] Laurent Opus Cit; Tomo 18 p. 317

claramente articuladas para evitar conceptualizar la traslación tal y como lo es la práctica del mandato.

Las consideraciones anteriores son simples evidencias capilares de un problema de mayor calado, un problema conceptual que desde el origen afecta en nuestra opinión, la problemática de la figura; esto es la conceptualización de la obligación materia potencial de la transacción.

Ciertamente es la accidentada concepción de origen romanista, deductiva y procesal la que impide ver con claridad conceptual e inductiva el fenómenos obligatorio abstracto y su potencial de traslación. Todos los esquemas y justificaciones anteriores son paliativos ante la negativa a redimensionar el concepto en abstracto como lo hará el CC28.

En el análisis de la institución traslativa bajo el articulado del CC28 haremos la explicación de los puntos que consideramos más conflictivos para la clara aceptación de la traslación y como se sortean estos en la praxis y en la dogmática. Lo anterior sirve sin embargo como nueva evidencia que corrobora las dos hipótesis centrales de esta investigación. Claramente es por las influencias germanísticas y Duguitianas del legislador de 1928, que este busca auspiciar la transmisión de la riqueza, cuestión en la que la transmisión de intangibles resulta inevitable. En la adopción de la teoría general de las obligaciones y la consecuente inclusión de una estructura dogmática hallará el legislador de 1928, la manera de exponer esta problemática, con lo cual claramente evidencia el nuevo rol que quiere jugar abandonando la perspectiva decimonónica meramente regulatoria. En la inclusión de una sección de la transmisión de las obligaciones, siendo consistente con esa premisa y desiderata, el legislador reunirá en un solo título las secciones de los Códigos anteriores en las que los efectos eran o se buscaban de manera similar. Por un lado, la subrogación que quedará desde entonces como una forma de transmisión legal y que perderá la "oportunidad" de ser convencional y parcial al operar, conforme se ha expuesto, solo en atención al interés jurídico del solvens involucrado, pero con efectos traslativos. Por el otro lado, las novedosas cesión de derechos y cesión de deudas en las que la cesión se pretenderá voluntaria y por ende posible mediando un pago parcial como parte del elemento especulativo que la caracterizará en oposición a la subrogación. Es en ese mismo esfuerzo dogmático propio del legislador revolucionario de 1928, que se modifica la novación para solo reconocerla cuando tiene una naturaleza objetiva- *cuestión que abordaremos en la siguiente sección de la extinción de las obligaciones* -. Innegables son estos esfuerzos en aras de un nuevo rol de carácter dogmático que se evidencia en la sistemática organización de

todos los capitulos que rigen la vida orgánica de la obligación. Los mismos no son separables del cambio de naturaleza del pago ya como efecto de las obligaciones *-ya no solo como mecanismo de extinción-* sin el cual nada de lo anterior podría articularse de forma sistemática conforme a los patrones pandectísticos y conceptualistas que claramente abraza el legislador de 1928. Todos ellos refuerzan de forma contundente la prueba sistemática manifestada hasta ahora respecto del nuevo rol que el legislador quiere jugar. Sin embargo, analizados en su contexto y añadidos con la inclusión de nuevas fuentes - *en el caso concreto la declaración unilateral de la voluntad* - refuerzan por el otro lado la prueba contundente de la segunda hipótesis central de la presente investigación, la nueva perspectiva conceptual respecto de lo que puede y debe considerarse como una obligación.

Ciertamente si la obligación puede transmitirse sin afectar su esencia, pero al mismo tiempo puede ser creada unilateralmente, es innegable que la obligación no es definible como un vínculo o relación jurídica. La contradicción conceptual y la violación de las reglas de lógica conceptual será irremontable.

### c. El Código de 1928.

#### c.1 Los efectos traslativos en el universo de tradición francesa.

El Código de 1928, reclasifica y re-dimensiona por completo esta materia en atención a las consideraciones vertidas en los prolegómenos anteriores.

La cesión de derechos es abiertamente reconocida como tal y el texto legal adoptado[1232] hace a un lado todas las consideraciones decimonónicas respecto de la cesión de acciones que como se ha expuesto nublaban la estructura de la materia, *-tal vez de forma inconsciente-* al impedir la plena adopción de una perspectiva conceptual especto de la traslación de derechos personales y obligaciones, debido a la problemática conceptual y cultural sus-mencionada.

La sombra de una representación indirecta para solventar la problemática no es ya siquiera sugerida por la estructura de la cesión de acciones y prácticamente no es mencionada por la doctrina mexicana del siglo XX - *al menos no por los tratados principales* - como si lo era con la doctrina decimonónica francesa respecto del contexto del Code según expuesto. La

[1232] Artículo 2029.- "*Habrá cesión de derechos cuando el acreedor transfiere a otro los que tenga contra su deudor*".

coincidencia entre el ámbito de auge de la representación indirecta y la ausencia de un abierto reconocimiento y tratamiento respecto de la transmisión de las obligaciones, no puede ser una simple coincidencia como tampoco lo es el planteamiento integral del legislador de 1928.

La problemática conceptual que adelantábamos en la última sección del apartado precedente permanece así sin duda de entrada -*como lo evidencia que los libros de texto mantengan la definición clásica de la obligación*-, no obstante, las modificaciones del Código de 1928 *versus* sus antecedentes decimonónicos y las de estos *versus* el contexto romanista que le da origen. Sin embargo, a ella se añaden y permanece como la de mayor calado en el ámbito práctico y dogmático, la relativa a su explicación como una figura verdaderamente traslativa.

En opinión del suscrito, esta problemática pragmática y dogmática deriva y se expresa primariamente y de forma esencial en los mecanismos para instrumentarla que ya eran presentes en la visión de la figura en el siglo XIX tanto en Francia como en nuestro país, dando lugar a la diatriba antes comentada.

El problema principal de instrumentación se exacerba de la propia lógica codificada por Napoleón para la traslación de las cosas. Ciertamente como consecuencia a un proceso secular y obedeciendo especialmente a las influencias burguesas y fisiócratas que empujan la revolución francesa y el esfuerzo codificador napoleónico, radica y se explica la búsqueda de mayor protección a la propiedad y la regulación simplificada de las formas de su transmisión[1233]. No debe ser así sorpresa que sea el Código Napoleón el que regula por primera vez el efecto traslativo como el fin principal del contrato de compraventa, generado la inercia regulatoria en sus Códigos derivados[1234] [1235].

Esta premisa de una compraventa real - *en cuanto a sus efectos* - más allá de las múltiples áreas de oportunidad claramente explicables por lo novel y paradigmático de su aprobación en 1804 como primer fenómeno moderno de codificación relevante en occidente, es uno de sus mayores y más trascendentes logros.

---

[1233] Article 1582 del *Code*. "*Elle est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur á l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé*."

[1234] Artículos 2818 y 2822 del Código de 1884, y 2946 y 2950 del Código de 1870 de identica redacción respectiva. "*La venta es perfecta y obligatoria para las partes por el solo convenio de ellas en la cosa y en el precio, aunque la primera no haya sido entregad ni el segundo satisfecho [....]" y "Desde el momento que la venta es perfecta conforme a los artículos [....], pertenece la cosa al comprador y el precio al vendedor, teniendo cada uno de ellos derecho de exigir del otro el cumplimiento del contrato*."

[1235] Artículo 2014.- "*En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición ya sea natural, ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público*."

En ese contexto tanto el Code como los Códigos decimonónicos mexicanos y el propio Código de 1928 han abrazado este concepto, tal y como lo han hecho todos los códigos de América, Europa, Asia África y Oceanía que han replicado el modelo napoleónico[1236]. En atención al mismo es que la transmisión de propiedad en cualquier acto traslativo opera - *por regla general* - como mero efecto del contrato con independencia de tradición ya sea esta real virtual o jurídica, debiéndose tener en cuenta las disposiciones relativas al registro público. Esta premisa excede a la compraventa y a los demás contratos tipificados en el Código de 1928 en atención a la adopción de la teoría del acto jurídico a que ya hemos hecho referencia igualmente como parte de la influencia conceptualista y dogmática del legislador de 1928, extendiéndose a todo acto jurídico que pretenda tener efectos traslativos[1237].

Sin duda, partiendo de la premisa de la naturaleza traslativa abiertamente reconocida por el legislador de 1928 para la cesión de derechos y entendiendo la falta de dogma de sus antecedentes según se ha explicado, la traslación de derechos y obligaciones en virtud de una cesión debieran regirse igualmente por el mismo principio traslativo en razón de la naturaleza jurídica de contrato traslativo que a dicha cesión debiera de adjudicársele y pese a la naturaleza abstracta e intangible del bien materia de la misma, cuestiones que complicarían *prima facie* su implementación practica y aceptabilidad dogmática.

### c.2 La problemática de los efectos traslativos sobre intangibles en relación con los principios de los contratos. -

En primer lugar, cabe a este respecto acotar que el legislador de 1928 consciente de la problemática aceptación de la traslación sobre intangibles que nos ocupa, en vistas de la confusión y falta de claridad de sus predecesores decimonónicos, hace en primer lugar la aclaración de cuál es la materia de traslación en comento y el requisito *sine qua non* para esto.

---

[1236] A diferencia de lo que pasa con los códigos que emulando el esquema romano distinguen los actos obligacionales de los actos traslativos, como es el caso del BGB. Para mayor información confrontar con Fromont et al; Opus Cit; p 49., cuestión que adicionalmente refuerza la perspectiva dogmática del legislador pandectistico basado en la realidad del derecho romano como verdad histórica y que a partir de ello estructura los conceptos básicos - acto jurídico - y el sistema racional que gira alrededor de el.

[1237] Artículo 2014 y Artículo 1859.- "*Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la Ley sobre los mismos*."

Así, el legislador[1238] establece indirectamente, pero, de entrada, que para ceder sus derechos el acreedor no requiere del consentimiento del deudor a menos que: " *la cesión este prohibida por la Ley, se haya convenido no hacerla o no lo permita la naturaleza del derecho*". Esto es de la mayor relevancia puesto que los Códigos decimonónicos mexicanos, dudosos en esta materia - por su evidente carencia dogmática - y con un acercamiento muy preliminar, solo establecían requisitos en materia de la cesión de derechos litigiosos - *acciones* - tal y como se estableció anteriormente. Así, preveían el tema de conflicto de intereses como único requisito para la cesión y único supuesto de rechazo por parte del deudor[1239]sin adentrarse en la naturaleza de los derechos para restringir su cesibilidad como lo hace el Código de 1928.

En cuanto a la amplitud interpretativa que el legislador quiere dar a esta materia, añade igualmente por un lado que "*...el deudor no puede alegar contra el tercero que el derecho no podía cederles porque así se había convenido, cuando ese convenio no conste en el título constitutivo del derecho*"[1240].

Asimismo establece de forma muy ambiciosa - *que a la postre resultará riesgosa en cuanto al exceso de abstracción interpretativa que a este artículo se dará, aunque esto sea materia de otra investigación en su caso* - que "*...en la cesión de crédito se observarán las disposiciones relativas al acto jurídico que le dé origen en lo que no estuvieren modificadas en este capítulo.*"[1241] Con ello el legislador de 1928 deja en claro que respecto de la transmisibilidad potencial de las obligaciones no puede haber duda y que la esencia del acto jurídico aplicable a todo convenio permitirá la cesión de derechos en cualquier modalidad (sic) [1242]

En ese orden de ideas vale corroborar que ciertamente la cesión de derechos es un acto jurídico bilateral celebrado entre un sujeto acreedor llamado al efecto cedente y un sujeto llamado cesionario que por motivos especulativos pretende adquirir el derecho que el acreedor, llamado en consecuencia a partir de la consecución de la cesión, acreedor primitivo, pretende cederle.

---

[1238] Artículo 2030 del Código de 1928.
[1239] Artículos 1622 y 1630 del Código de 1884 y 1737 y 1744 del Código de 1870.
[1240] Artículo 2030 del Código de 1928.
[1241] Artículo 2031 del Código Civil de 1928
[1242] El extremo interpretativo que se ha dado a esta facultad otorgada en términos del 2031 no es aceptada por el suscrito que considera que la misma llega a tener ciertos límites en la esencia de las figuras que pretendiera el acreedor acordar. Sin embargo esto excede las pautas de esta interpretación por lo que no se profundizará al respecto.

El Código de 1928 - *de hecho, al igual que los decimonónicos previamente* estudiados - permite que esa cesión se verifique sin que se requiera el consentimiento del deudor de cuya deuda u obligación se trata. A fin de cuentas, en la dogmática de referencia, la cesión en su calidad de acto jurídico bilateral - *contrato o convenio* - se regiría primariamente en la tradición jurídica romanista que influye en la materia, por el principio de intangibilidad contractual - *pacta sunt servadae*[1243] mismo que afectado por el efecto traslativo sus mencionado[1244] convertiría *prima facie* al cesionario en titular del derecho materia de la transmisión y calificado desde entonces como nuevo acreedor. Todo pareciera indicar menciona la doctrina - *inclusive la exegética más recalcitrante*[1245] - que el cedente está legitimado como titular del derecho personal correlativo a la obligación para disponer de ella y cederla onerosamente a quien le plazca o convenga.

El problema radicaría sin embargo, técnica y dogmáticamente, en el derecho que tiene igualmente el deudor materia de la cesión para que su relación con su acreedor no se viera afectada por la disposición de este en razón del principio de relatividad contractual - *res interalios acta* - [1246] que es a su vez la némesis del otrora principio contractual del "*alterii stipulare nemo potest*" [1247]- *también consagrado en el Code* [1248]- por los que ambos restringían en el ámbito del derecho romano toda posibilidad de efectos *alter alias – léase, para efectos de citas previas de toda ficción de representación*- Evidentemente estas citas añaden una relevancia

[1243] Artículo 1797.- "*La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*."
[1244] Artículo 2014.- "*En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición ya sea natural, ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público*."
[1245] Cfr. Laurent Opus Cit.
[1246] Al respecto, el legislador de 1884 igual que el de 1870, eliminó la referencia especifica que respecto de este principio primaba desde el derecho romano y que había sido consagrada por el Code en el artículo 1165 que a la letra dice: " *Les conventions n'ont d'éffet qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prevu par l'article 1121*."
[1247] Como se analizó en el capitulo respectivo a la exposición histórica de esta investigación y a la representación y respectivamente, estos principios fueron paulatina y progresivamente decantados y erosionados por el paso de la influencia del comercio internacional en el ámbito del derecho romano y posteriormente de la edad media, hasta admitir numerosas excepciones - *tal y como el propio numeral napoleónico lo establece*-.
[1248] Del artículo 1120 y 1121 en consagración de los principios de relatividad contractual- que fué mencionado para efectos del capitulo de representación pero es necesario y adecuado mencionar en su integridad para efectos de esta sección. En primer lugar al 1119 por el cual quedaba claro en el espiritu " *On ne peut en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi même.*" En segundo lugar el propio artículo 1120 por el cual "*Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui ci, sauf l'indemnité contre celui qui c'est porté fort ou qui a promis de fair ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement*." Por último el contenido del 1121 que establece que " *on peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi même ou d'une donation que l'on fait à un autre . Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la revoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter*"

diferente. No es tanto en relación con la producción de efectos ficticios de representación hacia terceros que los mismos adquieren relevancia en esta sección. La relevancia que nos ocupa tiende a la potencial afectación - *prohibida y restringida en el contexto romanista* - de los efectos de un acto jurídico por la voluntad o en beneficio de terceros al mismo.

Así parecería evidente - *al menos en la perspectiva del suscrito, aunque esta parece dar la pauta explicativa más plausible* - que el principal problema pragmático y conceptual que implica la cesión de derechos en el derecho romano y sus causahabientes, amén la ruptura del concepto de obligación tradicionalmente heredado, es la posibilidad de romper el molde del derecho romano ya no solo en materia del concepto de obligación - *un tema por demás abstracto y tal vez ajeno a la praxis* - sino en sus principios contractuales.

Esa ruptura implicaría una potencial afectación del derecho del deudor para solventar la deuda con su acreedor, aun cuando no se tratare de una obligación *intu intiu personae*. La intromisión en la esfera de la relación jurídica entre acreedor y deudor que se ve vulnerada por la disposición del acreedor que pretende transmitir a un tercero afectando esa primera esfera contractual - *que de acuerdo con los principios contractuales no podía alterarse por terceros*- dan un contexto de afectación de derechos en la perspectiva tradicional o clásica contractual tutelada por dicho principio de relatividad contractual.

Es claro que ese de la relatividad principio contractual se ve en conflicto en la perspectiva moderna que el Código de 1928 quiere imprimir al pretender permitir regular y reconocer abiertamente la posibilidad de transacción sobre intangibles - *léase sobre derechos personales y similares* -. La naturaleza de estos se rige evidentemente, con el principio contractual de la intangibilidad contractual por la que el contrato - *convenio entre cedente y cesionario* - no podría verse afectado por la naturaleza del derecho materia de la cesión - *que involucra la obligación léase el derecho de un tercero* -.

El conflicto anterior se exacerba en razón de la pretensión real de los acuerdos traslativos de dominio según expuesto en la sección inmediata anterior - *manifestación por antonomasia del movimiento legislador burgués y fisiócrata de la revolución francesa y la codificación francesa napoleónica*-. Ciertamente al tener efectos traslativos el mero acuerdo entre cedente y cesionario parecería que la violación a la relatividad contractual de la cual surge el derecho del cedente que pretende ceder al cesionario es flagrante e irremediable, no obstante alegarse por los corifeos de

la exégesis, que el derecho del acreedor es cesible sin requerir - como lo plantearán los códigos desde el Code - el consentimiento, -*significación*- o notificación al deudor

En concreto, las pretensiones (i) por un lado de la relatividad contractual, (ii) por el otro de la intangibilidad contractual y por último (iii) de la traslación convencional como manifestaciones de la burguesía fisiócrata y legisladora decimonónica entran en colisión y crisis por las particularidades que a cada una caracterizan cuando se pretende permitir la transmisión de las obligaciones como ente abstracto sujeto de apreciación y especulación comercial, no obstante resultar estas de acuerdos entre otras personas que no son requeridas para consentir en el acto. Podríamos decir que esta es, amén las explicaciones culturales que hemos citado previamente, la explicación técnica respecto de la problemática del derecho romano y de legislador decimonónico para reconocer abiertamente la transmisión de las obligaciones.

Sin duda, la perspectiva contraria agravaría las pretensiones de la figura y complican su entendimiento decimonónico ya que si el acuerdo del deudor - *o incluso la notificación al mismo* - fuesen requeridas, entonces el acuerdo entre cedente y cesionario no serían traslativos de dominio per se y consecuentemente, la figura no podría encuadrarse técnicamente como una forma de transmisión de las obligaciones sino como una forma de extinción de las mismas , paralela y en algunos casos idéntica a la novación.

Es el anterior, el ritmo del discurso decimonónico que lleva a desconocer prácticamente la transmisión de las obligaciones, materia que queda en consecuencia relegada a una sección dentro del título de la extinción para dar pauta y cabida a una praxis que dogmáticamente se rehúsa a reconocer.

### c.3 Plausible explicación armónica para su reconocimiento en el Código de 1928: una hipótesis.

Los considerandos anteriores hacen patente la problemática conceptual, pragmática y legislativa del contexto decimonónico. ¿Cuáles podrían haber sido las consideraciones del legislador de 1928 para aceptar esa transmisión pese a las consideraciones antes prescritas?

En opinión del suscrito y sirviendo todo lo anterior como evidencia parece que la abierta aceptación, reconocimiento y regulación de la transmisión de las obligaciones en 1928 debió haber seguido los racionales siguientes, con los cuales la doble hipótesis materia de esta

investigación encuentran en este tópico una fundamentación más e inclusive más sólida tal y como veremos a continuación:

(i) En primer lugar cabe mencionar que, independientemente de cualquier consideración dogmática respecto del concepto de obligación, el legislador está consciente de la valía y necesidad económica de aceptar la transmisión de las obligaciones[1249].

(ii) Asimismo, e independientemente de la argumentación respecto de la legitimidad del acreedor para disponer económicamente de lo que le pertenece, el legislador está consciente -*mucho más que sus predecesores, sin duda por una premisa conceptual y no obstante que la regla sentada por la praxis será la misma-,* que esta institución pone en conflicto dos principios de los contratos a saber la relatividad y la intangibilidad contractual según esto se ha expuesto con anterioridad.

(iii) Para efectos de resolver ese antagonismo de derechos subjetivos entre el contrato que abarca cedente con cesionario y el que abarca deudor con acreedor cedente, el legislador encuentra la articulación de la notificación al deudor y las reglas que a este benefician - *antes y después de que dicha notificación se verifique* -[1250]. Cabe mencionar que estas reglas existen claramente desde el Code, pero que ante la negativa expresa del legislador en aceptar la premisa traslativa, las reglas parecen quedar en segundo lugar explicando la doctrina exegética que seguirá aplicándose en el México independiente, reglas paralelas, altamente dependientes del pacto y poco homogéneas, según esto se ha explicado anteriormente.

(iv) Así, el legislador de 1928 con un acercamiento salomónico, pero especialmente desde una perspectiva técnica, establece que la cesión es perfecta - *haciendo honor al principio de la intangibilidad contractual - pacta sunt servandae* - entre cedente y cesionario independientemente de la notificación al deudor, surtiendo plenamente efectos entre ellos, aunque no hacia terceros - *incluyendo para estos efectos al propio deudor*-.

---

[1249] Cfr. Garcia Tellez Ignacio Opus Cit.

[1250] "*Artículo 2036.- En los casos a que se refiere el artículo 2033, para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos contra el deudor, deberá hacer a éste la notificación de la cesión, ya sea judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante dos testigos o ante notario. Artículo 2038.- Si el deudor está presente a la cesión y no se opone a ella, o si estando ausente la ha aceptado, y esto se prueba, se tendrá por hecha la notificación. Artículo 2039.- Si el crédito se ha cedido a varios cesionarios, tiene preferencia el que primero ha notificado la cesión al deudor, salvo lo dispuesto para títulos que deban registrarse. Artículo 2040.- Mientras no se haya hecho notificación al deudor, éste se libra pagando al acreedor primitivo. Artículo 2041.- Hecha la notificación, no se libra el deudor sino pagando al cesionario*."

(v) El legislador honra igualmente en ese tratamiento la premisa de la traslación por efecto del contrato - *según el 2014 previamente referido*- , surtiendo esta, efectos *inter alias*, independientemente de las consideraciones para con terceros dentro de los cuales se cuenta al propio deudor que seguirá liberándose frente al acreedor primitivo cedente, al no serle oponible - *res interalios acta* - una norma contractual - *con independencia de la mayor jerarquía de derechos*- que desconoce.

(vi) En ese tratamiento serán las reglas de los contratos y en su defecto el enriquecimiento sin causa que ya es reconocido por el orden jurídico[1251], los encargados de proteger las pretensiones y derechos del cesionario vulnerados por la falta de notificación y la liberación del deudor con el acreedor primitivo - *cedente* -.

(vii) En la misma premisa se establece en pleno cumplimiento al principio de la relatividad contractual - *res interalios acta* - que ese acuerdo entre cedente y cesionario no puede afectar al deudor mientras este no sea notificado al respecto y teniendo adicionalmente y en todo caso el derecho de oponerse - *no para que la cesión no surta efectos sino para hacer valer sus derechos de compensación mismos que son claramente defendibles* -[1252] no obstante la mayor valoración que se da al derecho del acreedor para ceder. Partirá el legislador del principio general del derecho de interpretar las normas en beneficio de aquel que puede perder un derecho y no del que puede librarse de una carga u obligación, con lo cual la afectación menor quedará satisfecha y protegida en todo caso.[1253]

(viii) El legislador añade igualmente en esa perspectiva equitativa, la potencialidad de compensación de derechos que el deudor tenga contra el cedente y que pueda hacer valer contra el cesionario en el caso de que se oponga a la cesión[1254].

(ix) Cabe igualmente considerar que todo lo anterior solo es factible entendiendo, aceptando y asumiendo que el legislador revolucionario de 1928 pretendió adoptar y adoptó un

---

[1251] Artículo 1882 del Código Civil de 1928 que a la letra innova para efectos legislativos: "*El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido.*"

[1252] "*Artículo 2201.- El deudor que hubiere consentido la cesión hecha por el acreedor en favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que podría oponer al cedente. Artículo 2202.- Si el acreedor dio conocimiento de la cesión al deudor, y éste no consintió en ella, podrá oponer al cesionario la compensación de los créditos que tuviere contra el cedente y que fueren anteriores a la cesión".*

[1253] Artículo 1857.- "*Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere oneroso se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses."*

[1254] "Artículos 2201 y 2202 sus mencionados.

rol totalmente distinto al de sus predecesores, con toda conciencia. Este cambio en materia de la transmisión de las obligaciones no puede resultar en una mera casualidad o conveniencia regulatoria con fines económicos pues de ser así, se habría implementado sin abarcar todos los cambios previamente mencionados y que sirven de puente y plataforma para su desarrollo y regulación.

(ix) En último lugar es evidente que todo lo anterior da lugar a una perspectiva distinta de lo que por obligación puede y debe entenderse ya que de lo contrario ninguna de las premisas y racionales anteriores serían aceptables.

Podrá observarse que en todo lo anterior el articulado respecto de la cesión de derechos del Código de 1928 sigue el mismo tratamiento que planteaban sus predecesores, con lo cual se confirma nuevamente que lo que hace el legislador al abrazar este nuevo rol es simplemente adoptar una perspectiva dogmática más abierta, más técnica e inductiva con lo cual claramente deja en entredicho las perspectivas decimonónicas de sus predecesores.

Podría resumirse que ejerciendo las prerrogativas de la inclusión de una sección general en el código, el legislador reconoce los plenos efectos inter alias del acuerdo de cesión, aunque le añade un requisito de eficacia para que la cesión pueda surtir efectos frente al deudor. Con la notificación el legislador parece conciliar los intereses de los dos principios contractuales y desde una perspectiva teórica, dar cauce practico a una realidad transaccional a todas luces evidente. Nuevamente la novel vocación dogmática del legislador de 1928 queda en evidencia y con ello la clara puesta en duda respecto de la corrección del concepto de obligación que hasta esta fecha no permitía un abierto reconocimiento de la materia traslativa. La inclusión de una teoría general de la obligación de influencia pandectística claramente brinda los elementos para alcanzar estas conclusiones.

### c.4 Consecuencias dogmáticas y pragmáticas adicionales.

Respecto de las conclusiones de la sección inmediata anterior cabe, sin embargo, añadir que en este acercamiento de la transmisibilidad de las obligaciones, el legislador de 1928 aprovecha para incluir relevantes referencias a la transmisión de derechos incorporados en el título de acuerdo con nuestras aseveraciones de capítulos anteriores. Este articulado es de nueva inclusión

y por obvias razones no lo contenían los Códigos decimonónicos mexicanos como tampoco el Code ninguna disposición a su respecto.

Así, se prevé en el nivel sección sobre la transmisión de derechos y obligaciones, que la cesión de créditos civiles, cuando no sean a la orden o al portador:

1. Puede hacerse en escrito privado que firmarán cedente cesionario y dos testigos[1255];

2. No produce efectos contra tercero (i) sino desde que su fecha deba de tenerse por cierta dependiendo de su inscripción - cuando esto sea necesario - en el registro público; (ii) desde la fecha de su otorgamiento si se hace en escritura pública, (iii) desde la inscripción en el registro público, si se trata de un instrumento privado[1256];

3. El deudor puede oponer al cesionario las excepciones que podría haber opuesto al cedente al momento de efectuarse la cesión[1257];

4. El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, salvo pacto expreso o en el caso de insolvencia pública y anterior a la fecha de la cesión[1258];

5. Obviamos mencionar que en estos casos evidentemente es necesaria la notificación al deudor, como antes referido, para que el cesionario pueda hacer valer sus derechos en contra del deudor, como requisito de eficacia según lo antes mencionado.

En cambio, en el caso de los títulos, en virtud de la incorporación, su transmisión no requiere notificación bastando el endoso y la traditio para los nominativos y la simple traditio para los que sean al portador[1259].

Asimismo, en materia de títulos, los efectos frente a tercero se surten al momento del endoso y *traditio* puesto que la posesión del mismo vale título en razón de la incorporación del derecho al papel según prevé la regulación cambiaria en la materia.

---

[1255] Artículo 2033.- "*La cesión de créditos civiles que no sean a la orden o al portador, puede hacerse en escrito privado que firmarán cedente, cesionario y dos testigos. Sólo cuando la Ley exija que el título del crédito cedido conste en escritura pública, la cesión deberá hacerse en esta clase de documento.*"

[1256] Artículo 2034.- "*La cesión de créditos que no sean a la orden o al portador, no produce efectos contra tercero, sino desde que su fecha deba tenerse por cierta, conforme a las reglas siguientes: I. Si tiene por objeto un crédito que deba inscribirse, desde la fecha de su inscripción, en el Registro Público de la Propiedad; II. Si se hace en escritura pública, desde la fecha de su otorgamiento; III. Si se trata de un documento privado, desde el día en que se incorpore o inscriba en un Registro Público; desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaren, o desde la fecha en que se entregue a un funcionario público por razón de su oficio.*"

[1257] Artículo 2035.- "*Cuando no se trate de títulos a la orden o al portador, el deudor puede oponer al cesionario las excepciones que podría oponer al cedente en el momento en que se hace la cesión...."*

[1258] Artículo 2043.- *Con excepción de los títulos a la orden, el cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, a no ser que se haya estipulado expresamente a que la insolvencia sea pública y anterior a la cesión.*

[1259] Artículo 1874.- "*La propiedad de los documentos de carácter civil que se extiendan a la orden, se transfiere por simple endoso, que contendrá el lugar y fecha en que se hace, el concepto en que se reciba el valor del documento, el nombre de la persona a cuya orden se otorgó el endoso y la firma del endosante*."

Por otro lado, en materia de títulos, el principio de abstracción impide al deudor oponer a los ulteriores tenedores del título las excepciones personales que hubieran resultado de la relación causal.[1260].

Finalmente, en caso de títulos, todo endosante y endosatario del mismo adquiere por regla general, para con el tenedor una responsabilidad solidaria con el suscriptor del mismo respecto del pago de las cantidades que esta ampara[1261].

Vale apuntar que con este nuevo articulado, el legislador establece diferencias importantes entre la transmisión de derechos y la transmisión de derechos incorporados en títulos. Con ello, además de reconocer abiertamente la transmisibilidad de las obligaciones según se ha expresado, el legislador corrobora varias hipótesis vertidas en apartados anteriores y respecto de las cuales, es el momento de aportar conclusión:

(i) Por un lado pese a su publicación en 1928 la entrada en vigor del Código es retrasada cuatro años para entrar en vigor prácticamente de forma simultánea con la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. En ello, amén muchas otras consideraciones, el legislador busca empatar la vigencia de ambos ordenamientos puesto que parte esencial de los títulos de crédito radica la mayor agilidad para la transmisión de los derechos. Esto sería incongruente sin prever en el Código Civil, marco jurídico y legal de referencia la potencial transmisibilidad de los mismos.

(ii) Los Títulos se definen en cuanto a la aplicación de los principios que distinguen estos instrumentos en la "dogmática de la forma de los actos jurídicos"[1262], de los documentos meramente probatorios. Así, los títulos se caracterizan por su integración, incorporación, literalidad, legalidad, autonomía y abstracción[1263]. En ello radiaría su consideración como fuente de obligaciones en el capitulo respectivo a las fuentes del CC28.

(iii) Los títulos requieren para la plena aplicación de sus principios, ser requisitados en Ley de forma solemne, con el fin de asegurar que los mismos no sean reemplazados, asegurar la circulación y consecuentemente los mismos gozan de la característica "*numerus clausus*".

---

[1260] Artículo 1880.- "*El suscriptor del título al portador no puede oponer más excepciones que las que se refieren a la nulidad del mismo título, las que se deriven de su texto o las que tenga en contra del portador que lo presente*."
[1261] Artículo 1876.- "*Todos los que endosen un documento quedan obligados solidariamente para con el portador, en garantía del mismo. Sin embargo, puede hacerse el endoso sin la responsabilidad solidaria del endosante, siempre que así se haga constar expresamente al extenderse el endoso.*"
[1262] Borja Soriano Manuel, Opus Cit. P 189
[1263] Cfr. Doctrina cambiaria para mayor abundamiento.

(iv) Los títulos civiles introducidos en el Código de 1928 en la sección de la declaración unilateral de voluntad, dentro del Título de las Fuentes de las Obligaciones, carecen de la solemnidad referida en los supuestos precedentes, y consecuentemente carecen de eficacia para ser utilizados como títulos de crédito, de acuerdo con las reglas de transmisión materia de esta sección.

Dichos títulos civiles guardan consecuentemente una categoría de meros instrumentos probatorios de un acto jurídico que en su caso fuese la fuente de los derechos y las obligaciones que por los mismos pudiere instrumentarse. Como se argumentó en su oportunidad, esa es la razón por la que, una vez expuesto el régimen de la transmisión de las obligaciones, podemos concluir que los títulos civiles no tienen materialidad ni vigencia en cuanto fuente de las obligaciones sino como meros instrumentos probatorios de otras fuentes. Esto sea dicho sin reiterar su carencia de acción ejecutiva, con lo cual claramente carecen de las dos características esenciales para hablar de títulos valor según expone Garrigues[1264], reforzando así nuestra aseveración previa.

Sirvan estas acotaciones respecto de los títulos valor y su transmisibilidad como colofón de las conclusiones respecto de la transmisibilidad de las obligaciones en calidad de elemento fundamental de las mismas, en el ámbito teórico asumido por el legislador de 1928 conforme a su nueva desiderata que nos conllevará a replantear la corrección o exactitud del concepto tradicional de obligación, ambas hipótesis centrales de la presente investigación.

### (v). La Cesión de deudas.

#### a. Generalidades.

La llamada cesión de deudas presenta el mayor grado de abstracción y ambición del legislador en materia de transmisión de derechos y obligaciones. Al mismo tiempo, representa en el ámbito de pretensión traslativa de las obligaciones el punto más extremo adoptado por el legislador de 1928.

A diferencia de lo expuesto en materia de la cesión de derechos según los apartados anteriores, en materia de cesión de deudas, los antecedentes - *más doctrinales que legales* - son totalmente adversos a la posibilidad de transmisión vía pasiva de las obligaciones del deudor hacia un tercero.

[1264] Cfr Garrigues y Garrigues Joaquin; Opus Cit

Ni el Código de 1884 ni el de 1870 prevén la posibilidad de cesión, ni siquiera en la perspectiva contenciosa o litigiosa antes mencionada.

Tampoco el Code prevé la posibilidad de cesión por vía pasiva ya que siguiendo el mismo patrón esto parece verse como un sin sentido. Si, por un lado, la cesión por vía activa es dudosamente aceptada, según lo anteriormente expuesto, por vía pasiva parece imposible en atención a la evidente potencial afectación a los derechos del acreedor que hubiese analizado las características del deudor. Haciendo honor a las técnicas interpretativas, claramente el acreedor tiene mucho más que perder que el acreedor en una transacción de esta naturaleza y una mera aplicación integradora se antoja más difícil.

Sin embargo, es importante mencionar que desde la perspectiva doctrinal el tema si es abordado desde la escuela de la exégesis, en el contexto de los intentos de la doctrina - *previamente referidos, de explicar la admisibilidad de la cesión de derechos, pese al prima facie rechazo conceptual de dicha institución y la problemática inherente* - que buscan explicar el fenómeno de la transmisión de obligaciones por vía activa en oposición a la novación subjetiva[1265].

Así, Laurent explica el fenómeno de la substitución del deudor como un caso de novación subjetiva en el que la obligación se extinguiría ante la idea *prima facie* inconcebible de alterar la dualidad subjetiva, [1266] situación que se agrava en el caso de la pretendida substitución del deudor puesto que - *de acuerdo con lo antes referido*- la potencial afectación al acreedor es mayor y la necesidad de consentimiento del mismo es por consiguiente de mayor magnitud.

Esta situación agrava la posibilidad conceptual de una figura convencional en la que se dispusiera bilateralmente por el deudor del derecho del acreedor sin consentimiento de este.[1267]

En ese contexto Laurent establece - *probablemente de forma accidental* - que en el caso de cambio de deudor, por mayoría de razón de lo que potencialmente se aceptaría en el cambio de acreedor, operaría un *animus novandi*, al radicar la identidad del deudor en materia substancial de la obligación para el acreedor[1268].

Obviando por supuesto cualquier consideración traslativa de la obligación por vía pasiva, Laurent[1269] explica en consecuencia el mismo contexto anticipado líneas arriba, respecto de la

[1265] Laurent Opus Cit; Tome 18, p 317
[1266] Ibidem; p 826
[1267] Ibidem; p 825
[1268] Ibidem p 324 y 321

perspectiva clásica de la irremplazabilidad de las partes de la relación, como elemento novatorio. Lo aplica evidentemente con mayoría de razón al caso de la cesión de deuda, respecto del cual, se niega en el siglo XIX toda posibilidad de consideración traslativa de dicho acuerdo como queda patente en los Códigos decimonónicos.

### b. Antecedentes decimonónicos.

Como anticipado, ni el Code ni los Códigos de 1870 y 1884 prevén la transmisión de obligaciones vía pasiva - *léase como cesión de deudas* -

Así, los códigos decimonónicos, totalmente fieles a la tradición clásica de filiación romanista prevén dentro del capítulo de la novación, en lo tocante a la novación subjetiva, que trataremos en la siguiente sección, el aspecto novatorio consistente en el reemplazo del deudor.[1270]

Lo anterior presenta un aspecto muy similar aunque más extremo que lo planteado en relación con la cesión de derechos.

Se considera por el legislador decimonónico, como es evidente, que pese a la aversión conceptualista sus mencionada, amén la pseudo afectación conceptual de la obligación - *relación jurídica* - en el caso de la cesión de deuda existe adicionalmente la potencial afectación a los intereses de un acreedor al que no le puede resultar irrelevante aceptar a un nuevo deudor en lugar del original previamente estudiado y cuyo riesgo ha sido medido ya aceptado.

En razón de lo anterior el consentimiento del acreedor - *que no simple aviso al deudor como resultara según lo expuesto en el caso de la cesión de derechos*[1271]- es necesario para poder reconocer efectos a la operación.

Resulta así evidente que el consenso del acreedor resulta indispensable para que la operación "cesión de deuda" pueda tener lugar, lo cual, en adición a la perspectiva antigua conceptual, lleva *prima facie* al análisis de la naturaleza de la transacción entre deudor primitivo y nuevo deudor, respecto de su potencial efecto traslativo cuando la misma es totalmente contingente al consentimiento del acreedor.

A continuación, el discurso lógico lleva a una negación absoluta del potencial traslativo del deudor respecto de su obligación en favor de otro nuevo deudor y transfiere el tópico a una

[1270] Code Artículos 1271, fracción 2; 1274 y 1279; Código de 1870 artículos 1722, 1725, 1729 y 1730; Código de 1884 artículos 1607 y 1609.

[1271] "*Código de 1928.- Artículo 2051. Para que haya sustitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente*."

situación novatoria tal y como lo tratan expresamente los Códigos decimonónicos y se anticipaba en las líneas precedentes. Para efectos expositivos, mayor detalle respecto de la misma será otorgado en la sección de la extinción de las obligaciones, respecto de la cual, tanto los códigos decimonónicos como el de 1928 prevén e incluyen a la novación.

Respecto de esta última, el Código de 1928 solo establece una reclasificación consecuente con el discurso previamente expuesto derivado de lo que implica el cambio de concepto de la obligación inherente con todos los cambios expuestos hasta este momento.

La novación ya solo es considerada una forma de extinción de las obligaciones en razón de las alteraciones al elemento objetivo de las mismas. Las alteraciones a los sujetos - *activas como pasivas* - son consideradas como mecanismos de transmisión - *para bien o para mal admitida de acuerdo con la presente sección* -. Lo anterior no prejuzga sin embargo respecto de los defectos que la cesión de deuda presenta en el ámbito técnico con independencia del tratamiento legal que el legislador pretende imprimirle. Esto será sin duda prueba plena de las hipótesis de la presente investigación en las que se demostrará como independientemente de la voluntad del legislador y de las bondades técnicas de la jurisprudencia de conceptos - *que quedarán patentes también en esta sección*- , este acercamiento legislativo puede presentar excesos, fallas y sobre todo faltas de implementación que en este caso serán patentes.

### c. El Código de 1928: exposición de la regulación.

La pretendida transmisión por vía pasiva es abiertamente reconocida y regulada en el Código de 1928 contraviniendo la totalidad de sus antecedentes franco romanistas para los cuales la alteración del binomio acreedor-deudor era ya todo un tabú. Por ende la afectación vía pasiva por cesión de deudas parece un sinsentido por las acotaciones vertidas en la sección inmediata precedente. La esencia de la operación por la que el deudor fuese reemplazado es a todas luces considerada en el siglo XIX de tradición romanista y francesa como un supuesto novatorio.

Así el Código de 1928 prevé - *al menos nominalmente y dentro de la tendencia conceptualista y pandectística que el propio legislador de 1928 marca* - dentro del "*Título III., De la transmisión de las obligaciones"*- la posibilidad de transmitir obligaciones por vía pasiva mediante el intercambio de deudores, un efecto traslativo - *y sin implicar en forma nominal alguna el efecto novatorio de rasgo y origen decimonónico* -.

Al efecto el Código de 1928 [1272] prevé que:

*"Para que haya substitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente."*

Igualmente deja puesta la pauta del consentimiento tácito al mencionar que:

*" Se presume que el acreedor consiente en la sustitución del deudor cuando permite que el sustituto ejecute actos que debía ejecutar el deudor, como pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que los haga en nombre propio, y no por cuenta del deudor primitivo."* [1273]

Deja sin embargo como una primera referencia, respecto de la relatividad de la cesión del derecho, la posibilidad de transferencia de accesorios que dependan - *puedan afectar* - a terceros tales como serían garantes, de acuerdo con lo siguiente:

*"El deudor sustituto queda obligado en los términos que lo estaba el deudor primitivo; pero cuando un tercero ha constituido fianza, prenda o hipoteca para garantizar la deuda, estas garantías cesan con la sustitución del deudor, a menos que el tercero consienta en que continúen."*[1274]

Cabe referir que lo anterior denota claramente el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Sin embargo, el hecho que las garantías de la obligación asumida por el deudor primitivo, sólo puedan mantenerse respecto de un nuevo tercero deudor-asuntor, sienta un previo elemento complicado para poder dar a la cesión de deuda - *acto entre deudor primitivo y deudor asuntor* - un carácter traslativo como lo pretende nominalmente el Código.

Ciertamente considerando los principios traslativos adoptados por el legislador Napoleónico en el ámbito traslativo de dominio - *obligaciones de dar, contrato de compra venta etc*...- parece difícil dar efectos traslativos al acuerdo entre deudor primitivo y asuntor en virtud del artículo anterior cuando es necesario el consentimiento de los garantes terceros - *por mas accesorios y subsidiarios que sean* - . Lo mismo se exacerba considerando que en el propio código se considera que:

[1272] Ibidem
[1273] Código Civil de 1928 Artículo 2052
[1274] Código Civil de 1928 Artículo 2055

*"Cuando el deudor y el que pretenda sustituirlo fijen un plazo al acreedor para que manifieste su conformidad con la sustitución, pasado ese plazo sin que el acreedor haya hecho conocer su determinación, se presume que rehúsa."*[1275]

Esta negativa ficta que limita de manera importante la potencialidad del consentimiento tácito previsto en el artículo 2051 previamente citado, es un fundamento substancial para efectos de la consideración dogmático-traslativa de la figura - *pese a las pretensiones dogmáticas del legislador de 1928* -.

En extensión de la pretensión dogmática del legislador de 1928 respecto de la posibilidad dogmática inherente a su "nueva función", el Código prevé asimismo que:

"*El deudor sustituto - como si se tratase de la misma deuda - puede oponer al acreedor las excepciones que se originen de la naturaleza de la deuda y las que les sean personales, pero no puede oponer las que sean personales del deudor primitivo*". [1276]

Sin embargo, es claro que lo anterior sería conceptualmente valido, solo en el caso de aceptar que el efecto traslativo pretendido por el legislador operará plenamente y que la obligación hubiera sido técnica y válidamente transmitida.

### d. Comentarios al pretendido efecto traslativo de la cesión de deuda.

Podríamos con base en lo anterior, suponer *prima facie*, aunque sin conceder nuestras conclusiones al respecto, considerar que la cesión de deuda tiene conceptualmente efectos traslativos como lo pretendió el legislador en los artículos precedentes. Lo anterior sería nuevamente consistente con la perspectiva dogmática y conceptual-pandectística del legislador de 1928 y confirma nuevamente en este tema, de entrada, las dos hipótesis del presente trabajo.

Lo anterior parece en todo caso ser la intención de dicho legislador, corroborando los postulados de la presente investigación respecto de su pretensión dogmática en lo relativo a la transmisión de las obligaciones - *novel vis a vis la perspectiva decimonónica que (i) la negaba de entrada, por principio pseudo conceptual o (ii) la admitía aunque sólo accidentalmente y con las deficiencias y particularidades expuestas en la sección precedente y sólo respecto de la*

[1275] Código Civil de 1928 Artículo 2054
[1276] Código Civil de 1928 Artículo 2056

*cesión de derechos, no así respecto de la cesión de deudas que ahora nos ocupa*- . En esta sección, sin embargo, la complejidad es mayor. Este acercamiento ya no solo implica la triple abstracción y el conflicto entre los principios contractuales a que nos referimos en el apartado anterior .

Respecto de la transmisión de las obligaciones y partiendo de la existencia de derecho tanto del acreedor - *reiteradas en el tratamiento del pago y sustentadas en la dogmatización del acto jurídico* - como del deudor, parece entenderse que la misma implica una petición de principio consecuente a la previamente expuesta susceptibilidad traslativa de la obligación vía activa, ahora respecto de la vía pasiva para la misma. Si la transmisión de la obligación es posible por vía activa y conceptualmente de ambos lados de la ecuación existen derechos y obligaciones, parece más que evidente que debiera ser, lógico y conceptualmente igualmente aceptable, el mismo fenómeno del lado pasivo, explicando esto la inclusión de la misma en el apartado de la transmisión voluntaria en lo tocante a la cesión de deudas.

Como fue expuesto anteriormente, la admisibilidad de la transmisibilidad activa implicó muchos cambios en el contexto de otras instituciones, notoria y especialmente la novación - *respecto de la cual expondremos el detalle en la siguiente sección de este capítulo* - pero antes de ella y como requisito previo, la inclusión del acto jurídico, el pago, algunas fuentes de las obligaciones, ....

Pareciera ser así como consecuencia de todos dichos cambios, que la transmisión voluntaria vía pasiva fuese igualmente aceptable sin implicar en forma alguna un fenómeno novatorio - *implícito en efectos extintivos y creadores de lleno excluidos en el caso de la transmisión* - y que claramente era la opción más plausible para la explicación y sustento de la operación desde la perspectiva económica y practica antes de la publicación del Código de 1928.

Sin embargo, a diferencia y en agravamiento de la problemática presente en el caso de la cesión de derechos, consideramos que la perspectiva conceptual presenta ciertos problemas en las pretensiones traslativas de esta figura.

Ciertamente es insoslayable, tal y como se expuso en el contexto de la cesión de derechos, que los efectos traslativos de carácter contractual siguen en los Códigos de tradición francesa - *cuestión de hecho mantenida incluso en el Código de 1928* - la pretensión de brindar y

ser reconocidos en los acuerdos bilaterales entre enajenante y adquirente[1277] . Lo anterior - *dicho sea esto en la mayor extensión conceptual y practica posible como serían verbigratia vendedor-comprador, donante-donatario, cedente-cesionario, etc....* - en tanto constante que parece mantenerse como petición de principio social, económica, política e inclusive conceptual. Esto es entendible y explicable en razón del multirreferido objetivo fisiocrático y burgués de la revolución francesa que busca dar seguridad y celeridad a la transmisión de la riqueza y a su causahabiente legal napoleónico.

Así, por regla general, en toda transacción por la que se pretende un efecto traslativo, el simple acuerdo de voluntades rige los efectos y hace propietario o titular - *etceteris paribus* - al adquirente cesionario o accipiens en la más amplia acepción del vocablo-.

Los contratos con efectos traslativo de cualquier índole implican la transferencia de titularidad y de riesgos como cuestión de principio de esta pretendida aceleración traslativa-burguesa-comerciante que impregna las disposiciones y estructura del Code y de sus causahabientes legislativos mexicanos, según se ha expuesto. Este efecto traslativo se verifica mediante el acuerdo del *tradens* y *accipiens*, como efecto simple del propio contrato, siempre en el ámbito bilateral.

Así, en la cesión de derechos, tal y como se abordó anteriormente, por una cuestión de implementación, se prevé la necesidad de la notificación al deudor como un requisito de eficacia - *que no de existencia* - para que la cesión pueda ser invocada e impuesta u opuesta por el cesionario al deudor [1278]. Este requisito debidamente cumplimentado parece conciliar los intereses opuestos de los principios contractuales de un universo apolíneo carente de abstracciones para el cual, la abstracción-derecho, la abstracción-contrato y la abstracción-traslación de dominio o titularidad pugnaban en una cosmogonía jurídica pseudo-conceptual. La imagen de la obligación como una relación jurídica - *claramente confusa con la perspectiva contractual (de la que debe de independizarse) y con la perspectiva contencioso procesal (de la que surge pero que le sesga en toda conclusión dogmática)* - difícilmente puede permitir percibir la posibilidad de una triple abstracción en la parte activa de la obligación - *cesión de*

[1277] "*Artículo 2014.-En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición ya sea natural, ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público*".

[1278] *"Artículo 2036.En los casos a que se refiere el artículo 2033, para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos contra el deudor, deberá hacer a éste la notificación de la cesión, ya sea judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante dos testigos o ante notario".*

*derechos* -. Esto será aceptado, como expuesto en las secciones precedentes, de forma muy paulatina mediante un acto jurídico bilateral traslativo entre cedente y cesionario y una notificación que de eficacia de la misma frente al deudor.

Respecto de la cesión de deuda, sin embargo, los intereses jurídicos en presencia no parecen conciliables mediante una simple notificación como en el caso de la cesión de derechos según se mencionó líneas arriba . Ciertamente, la potencial afectación a los intereses del acreedor cuya deuda es cedida por el deudor y asumida por un tercero parecen ser de la suficiente - *y en consecuencia mayor* - gravedad como para que el requisito respecto del acreedor no sea una simple notificación, sino que requiera de un consentimiento. La pretendida correlación de derechos y obligaciones entre acreedor y deudor que da lugar a la dogmatización del pago como acto jurídico bilateral según expuesto líneas atrás, tiene evidentemente un límite en la mayor afectación que el acreedor puede experimentar en el caso de mutación de deudor, sin su consentimiento. Así, la necesidad de ese consentimiento siembra la pauta de la duda respecto de la potencial naturaleza traslativa de la obligación por vía pasiva - *siguiendo los parámetros napoleónicos y burgueses* - mediante el acuerdo de deudor primitivo cedente y nuevo deudor cesionario.

Tal y como lo expone el artículo 2051 previamente expuesto[1279], el consentimiento del acreedor no solo es necesario para que puedan oponerse los efectos de la cesión al mismo acreedor como en la cesión de deuda - *esto es distinto a una simple notificación* -, sino que deviene un requisito para que la operación "traslativa" pueda considerarse efectuada.

La pregunta subyacente sin embargo es que tanto, en el espíritu convencionalista traslativo, heredado para estos efectos de la tradición del Code, puede concebirse que el acuerdo entre el deudor primitivo y el llamado "asuntor", cesionario de la deuda, es verdaderamente traslativo, si el detonante para que estos efectos se reconozcan jurídica patrimonial y hasta contablemente, residen en el consentimiento del acreedor.

Desde antiguo se considera jurídicamente que nadie puede dar lo que no tiene, ni nadie estar obligado a lo imposible - *cuestión agravada para este tema con el sistema de contratos de compraventa reales adoptado por el Code y el régimen de ineficacias adoptado en 1928* -. Así en el espíritu impuesto desde 1804, enfocando esto a la materia patrimonial, nadie puede vender

[1279] *"Para que haya substitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente."*

sino lo que es de su propiedad[1280] y por ende la venta de cosa ajena es nula[1281] - *léase inexistente en el contexto Bonnecassiano previamente expuesto* -.[1282] Siendo consistentes con lo anterior, si la traslación de una deuda, requiere del consentimiento del acreedor, esto quiere decir por la más elemental analogía a mayoría de razón, que el deudor no puede ceder la deuda por *motu propio*, con lo cual la pretensión traslativa de la operación contractual entre deudor primitivo-cedente y el nuevo deudor -asuntor- queda en entredicho y conflictuada conceptualmente.

La participación del acreedor no parece en este caso, ser un mero requisito de eficacia como en la cesión de derechos. Respecto de esta, pese a la resistencia *pseudo-conceptual* del legislador decimonónico y las múltiples explicaciones e interpretaciones referidas en el capítulo precedente, la conclusión "*a siglo pasado*" es que la operación si tiene claros tintes traslativos.

En materia de la cesión de deudas los hallazgos son menos conclusivos respecto de la naturaleza traslativa. Así en doctrina, las posiciones más veraces parecen diverger según refiere Borja Soriano, entre un primer grupo, claramente cercano a la *desiderata* del legislador de 1928, que considera y acepta la llamada "teoría de la disposición"[1283] por la que el acuerdo entre deudor *sine qua non* cedente y deudor novel, con la sanción del acreedor, si tiene efectos traslativos, aunque sujeto a la aprobación ulterior del acreedor.

Por el otro lado se radicaliza también en cita de Borja Soriano la posición que considera que esta operación no es claramente traslativa - *según la lógica conceptual sus mencionada* - en virtud de la cual esa necesidad de la sanción del acreedor, privaría de efectos traslativos al acuerdo entre deudor primitivo cedente y nuevo deudor "cesionario", que no sería sino un asuntor de la deuda, ergo un nuevo deudor con una nueva obligación que reemplazaría la anterior. Esta segunda teoría que Borja Soriano expone como la teoría de la "*expromissio*" o expromision con claros tintes romanistas no traslativos, que su propia terminología acusa[1284].

No llama a sorpresa esta división doctrinal que de alguna manera refleja lo que se ha expuesto a lo largo de esta exposición respecto de la conclusión dogmática de la obligación, basada en las perspectivas con las que se pretende regular sus peculiaridades. Evidentemente la posición de la teoría de la disposición pareciera ser la adoptada *prima facie* por el legislador de

---

[1280] *"Artículo 2269. Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad."*

[1281] "*Artículo 2270. La venta de cosa ajena es nula, y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe; debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe."*

[1282] En combinación de los artículos 1824, 1828 y 2224 antes mencionados.

[1283] Borja Soriano Manuel, Opus Cit; p 601-602

[1284] Ibidem

1928 en aras de sus características multirreferidas y que de hecho corroboran una vez más las hipótesis centrales de esta investigación.

En este rubro sin embargo debemos decir que en consistencia con la perspectiva lógico conceptual que pretende regir este análisis - conforme a los propios patrones del legislador seguidos en las secciones anteriores - que ese pretendido efecto traslativo se antoja dificil. Sin embargo, también y muy especialmente en consistencia con las implicaciones traslativas del acuerdo entre enajenante y adquirente que rigen la perspectiva regulatoria y legislativa desde la adopción del Code, parece muy complicado que si un consentimiento ajeno es *ex definitione* necesario para que el acto surta efectos traslativos, poder atribuir y clasificar al mismo como tal.

La negativa a la presunción *iuris tantum* que el propio código de 1928 imprime en esta materia respecto del consentimiento tácito del acreedor[1285] es en opinión del suscrito altamente ilustrativa de la problemática a que se hace referencia.

Lo anterior no es óbice para aceptar el pago hecho por terceros respecto de obligaciones previamente asumidas por otros. La duda existe y persiste sin embargo respecto de la naturaleza de la operación - *en caso que existiera* - entre deudor cedente y nuevo deudor.

Ciertamente como ha quedado expuesto, en el capítulo de pago, "*...el acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero...*"[1286] , aunque "*no a subrogarle en sus derechos*" (sic). Ya expusimos en su oportunidad la falta incurrida al mantener en este rubro la terminología decimonónica que podría dar lugar a la interpretación de la factibilidad técnica de una subrogación parcial y convencional como tenía lugar en el universo de los Código del siglo XIX, por lo que no regresaremos a esta discusión. El artículo en comento es relevante sin embargo para subrayar que el pago por un tercero que surgiera del acuerdo entre deudor primitivo y asuntor es posible pero que el mismo no tiene un efecto traslativo.

No sería el supuesto de referencia relevante - al igual que en la cesión de derechos - sino en el caso de deudas de tracto sucesivo y/o deudas que no estuvieren íntegramente vencidas. Ciertamente fuera de esos casos, el pago de un tercero, derivado del supuesto acuerdo previo con el deudor o del acuerdo con el acreedor, pierden relevancia en el discurso traslativo, puesto que en todos los casos el acreedor está obligado a recibir el mismo.

---

[1285] Artículo 2054. Cuando el deudor y el que pretenda substituirlo fijen un plazo al acreedor para que manifieste su conformidad con la substitución, pasado ese plazo sin que el acreedor haya hecho conocer su determinación, se presume que rehúsa.

[1286] Código Civil de 1928 Artículo 2072

Si el pago se realiza por acuerdo previo con el deudor en una obligación que no sea de tracto sucesivo y/o que no esté vencida, - *con independencia del acuerdo entre deudor y tercero que paga* - el pago en términos del 2069[1287] se verificaría como procedente de un mandato que - *siendo a la postre oneroso en el Código de 1928*- daría lugar a efectos muy similares en lo económico y jurídico, aunque no sería traslativo y retomaría la premis decimonónica de la *procuratio in rem suam* respecto de la cesión de derechos. Si el pago se realiza por el acuerdo previo con el acreedor - o aún sin este acuerdo -pero la deuda no sea de tracto sucesivo y/o no esta vencida, de la misma forma, no habría efecto traslativo sino simplemente derecho al cobro que podría derivar de distintas fuentes como se ha expuesto (*verbigratia* gestión de negocios, representación directa o incluso en su defecto enriquecimiento sin causa. En ambos casos presentados en el presente párrafo, sin embargo, resultaría relevante la operación para efectos traslativos solo cuando la deuda no está vencida en su integridad y/o es de tracto sucesivo puesto que, en los mismos, el deudor primitivo solo quedaría liberado de la exhibición materia del pago en cuestión, pero permanecería como deudor respecto del resto de la deuda - tractos sucesivo y/o insoluta. Ciertamente en ambos casos, el acreedor está obligado a recibir el pago, pero no a liberar al deudor primitivo respecto del resto de la deuda - con lo cual se confirma la ratio iuris del 2054 y las pretensiones de la teoría de la expromissio que niegan toda validez traslativa a la potencial transacción del deudor primitivo y asuntor. Lo anterior confirma igualmente que la cesión de deudas enfrenta desde una perspectiva lógica enormes dificultades para ser aceptada como una figura traslativa - pese al esfuerzo del legislador que a la postre parece haberse enfocado en la teoría de la disposición - reforzando una vez más nuestras hipótesis centrales de investigación respecto de la pretensión dogmática del legislador y la potencial consecuencia dogmática que esto podría traer para el concepto tradicional de obligación.

En los casos de tracto sucesivo o deuda insoluta sin embargo, tanto para la cesión de derechos como para la cesión de deuda, el tracto sucesivo y/o el no vencimiento total de la obligación cuyo pago se verifica, parece central. Esto aún en la cesión de deuda y aceptando la posición de la *expromissio* o no traslación de la obligación. Ciertamente solo en esos casos la pretensión liberatoria de la transacción entre deudor primitivo y asuntor o entre cedente y

[1287] " *Artículo 2066.Puede también hacerse por un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor."* y *"Artículo 2069.-En el caso del artículo 2066, se observarán las disposiciones relativas al mandato."*

cesionario del derecho adquieren relevancia para efectos de liberar al deudor primitivo. Ciertamente si la deuda no es de tracto sucesivo y/o está totalmente vencida, es válido el pago de un tercero. Lo anterior en presencia de acuerdo traslativo o asuntivo o a falta de cualquier de los dos, y el acreedor debe de recibirlo según lo antes expuesto[1288], pero el pago no se ve afectado. En esos casos parece operar un esquema de extinción y fuente, según se ha expuesto, con lo cual la figura traslativa carecería de todo interés para el pago, así como para la potencial traslación y para la especulación económica en la que reposa. Todo lo anterior parece lógicamente sustentable.

Con lo anterior cerraríamos la sección correspondiente a la transmisión de las obligaciones en el Código de 1928, misma que como se ha expuesto, rompe todo paradigma ratificando de manera estructural las hipótesis de la presente investigación. Queda por analizarse la última sección estructural de las obligaciones en el Código de 1928, en la que - *como en el pago* - los cambios se verán como articulaciones poderosas utilizadas por el legislador en su afán dogmatizante, con base en las cuales, el cambio de paradigma de su rol y del producto de su regulación en este tema se cristalizarán.

**h) De la extinción de las obligaciones.**

**1. Consideraciones generales.**

El tema y el Titulo Quinto correspondiente a la extinción de obligaciones implica la conclusión del Libro IV que ha sido materia de exposición en las secciones precedentes dentro del CC28. Sin embargo, en el tratamiento del legislador de mérito, este tema implica mucho más. Implica ciertamente este tópico, el cierre del ciclo vital de la obligación, dentro de la perspectiva sistemática y organicista del legislador de 1928 para la cual, la teoría general de las obligaciones implantada por el legislador según se ha expuesto es la columna vertebral del derecho privado de naturaleza transaccional.

El dogmatismo del legislador es innegable también en este título, puesto que da lógica y cierre orgánico a la perspectiva cíclico-conceptual que se percibía en los primeros apartados, para los cuales, (i) la obligación surge o nace - *fuentes* -, (ii) la obligación puede presentar modalidades en sus tradicionales elementos y/o características ( a saber objeto, sujetos y relación

[1288] *"Artículo 2072.El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero; pero no está obligado a subrogarle en sus derechos, fuera de los casos previstos en los artículos 2058 y 2059"* . (El subrayado es nuestro.)

jurídica ) sin alterar su esencia - *modalidades*, (iii) la obligación tiene efectos o consecuencias relacionadas con su cumplimiento o incumplimiento - *efectos* - (que no necesariamente acarrean su extinción en el caso del pago) y (iv) la obligación puede por último transmitirse y evolucionar con cambio de alguno de sus elementos subjetivos - *transmisión*. En esa exposición vital del "vínculo obligatorio" es innegable también el dogmatismo inherente a la adopción de una nueva - *y por cierto también organicista teoría de las ineficacias y nulidades de Bonnecasse* - y el propio de una exposición y regulación respecto de los distintos tipos de representación - *representación directa*- que si bien sigue presentando inconsistencias y fallas como se ha expuesto, representa un salto mayúsculo en la perspectiva científico-conceptual de la materia.

Todo lo anterior deriva y expone una vez más la perspectiva del legislador que al corroborar así la visión de su nuevo rol social - *educación e instrucción allende la regulación* - confirma nuestras dos hipótesis de trabajo, a saber: Su visión dogmaticista y la consecuente e indispensable nueva conceptualización de la obligación.

Al efecto, el Título de la Extinción de las obligaciones, tal y como ha sido referido a lo largo de la presente exposición, no puede ser ignorado en la necesaria modificación implementada por el legislador, al implementar esos multicitados dos cambios de paradigma que le caracterizan. Las modificaciones a la extinción de las obligaciones constituyen una pieza fundamental de la evidencia respecto de la nueva desiderata legislativa de 1928 y la consecuente dogmatización conceptual que le es inherente.

La inclusión y modificación de instituciones como (i) la teoría del acto jurídico - 1859 -, (ii) las fuentes de las obligaciones - *en su nueva acepción dogmática y organicista en conjugación con el pago* -, (iii) el pago mismo, (iv) la transmisión, por citar lo más relevante en relación con las hipótesis de la presente investigación serían inconcebibles sin ciertas adecuaciones fundamentales en el Título de la Extinción de las obligaciones.

Ciertas aseveraciones y restructuras sistemático-dogmático-conceptuales que el Código de 1928 hace suyas, adquieren una nueva dimensión en el contexto de la extinción de las obligaciones.

Por el otro lado, más allá de los cambios en la regulación, implementación y conexión conceptual de ciertas formas de extinción con las instituciones su referidas, la nueva estructuración del Título de referencia y su nuevo contenido, refuerza especialmente la

perspectiva dogmática del legislador que a la postre se revelará como un inherente cambio conceptual de la obligación.

El Título de la Extinción de las obligaciones representa pues el cierre del ciclo dogmático conceptual y no solo un capítulo más con perspectivas meramente reguladoras como lo era el correspondiente en los Códigos de 1884, 1870 y en el propio Code.

Es en atención a lo anterior que en esta última sección de la presente investigación, expondremos sucesivamente (i) por un lado, la nueva estructura y los cambios macro de la misma *vis a vis* el modelo decimonónico - *Code, 1870 y 1884* - , haciendo énfasis en las figuras eliminadas en tanto formas de extinción, y por el otro (ii) el nuevo contenido de las instituciones que fueron modificadas respecto de su regulación y conceptualización *vis a vis* el contenido de las mismas igualmente, en el modelo decimonónico. No haremos sino simple y marginal mención respecto de las otras formas de extinción que mantienen su estructura decimonónica en 1928, puesto que las mismas no añaden respecto de las hipótesis de la presente investigación mayor relevancia.

De dichas perspectivas se traducirá, *per se* y en combinación con los cambios previamente expuestos respecto de los Títulos anteriores - *fuentes, nulidades, representación, modalidades, efectos y transmisión* - una necesaria novel perspectiva de lo que puede concebirse como obligación, desde una perspectiva conceptual y cientificista que claramente ilustra el derrotero del legislador de 1928. Más allá de cualquier consideración técnica- jurídica- conceptual, lo anterior evidenciará, cerrando así el circulo en ese rubro también, la nueva perspectiva del legislador respecto de su rol social y consecuentemente de la obligación.

### 2. La nueva estructura. -

El Código de 1928 cierra el ciclo vital y orgánico de la obligación, siguiendo el parámetro pandectístico, mediante una estructura radicalmente distinta a la de sus predecesores, *prima facie* en razón de las instituciones que elimina y las que modifica.

Ciertamente el código de 1928 basa la estructura - *cuestión que da mucho que pensar respecto de su perspectiva conceptual de la obligación misma* - del Título Quinto en las siguientes instituciones que reconoce como causas de extinción de las susodichas obligaciones: (i) De la compensación; (ii) De la confusión de derechos, (iii) De la remisión de deuda y (iv) de la novación.

En este primer rubro es fundamental contrastar la perspectiva del legislador a nivel estructural, versus la de sus predecesores decimonónicos. Así el Código de 1884 preveía como estructura [1289]- *igualmente gráfica y de relevante ilustración respecto de su perspectiva doctrinal* - del entonces Título IV - *De la extinción de las obligaciones* -, la siguiente.

(i) Del pago, sus varias especies y del tiempo y lugar donde debe hacerse; (ii) De las personas que pueden hacer el pago y de aquellas a quienes debe ser hecho; (iii) Del ofrecimiento de pago y consignación; (iv) De la compensación; (v) De la subrogación, (vi) De la confusión de derechos, (vii) De la novación, (viii) De la cesión de acciones; (ix) De la remisión de deuda; y (x) De la prescripción de las obligaciones.

Al respecto es importante mencionar que la estructura del Código de 1870 en este rubro es idéntica en el idéntico Título IV de misma nomenclatura, mismo que incluía las mismas instituciones con los numerales siguientes:

(i) Del pago, sus varias especies y del tiempo y lugar donde debe hacerse; (ii) De las personas que pueden hacer el pago y de aquellas a quienes debe ser hecho; (iii) Del ofrecimiento de pago y consignación; (iv) De la compensación; (v) De la subrogación, (vi) De la confusión de derechos, (vii) De la novación, (viii) De la cesión de acciones; (ix) De la remisión de deuda; y (x) De la prescripción de las obligaciones.

Al respecto la estructura del Code da cauce y curso a la de sus herederos decimonónicos mexicanos al prever igualmente en su estructura prácticamente la misma que será ulteriormente adoptada por ellos. Así, a la estructura del Capítulo V, relativo a la Extinción de las obligaciones prevé como secciones y sub-secciones las siguientes:

(i) Del pago - (a) Del pago; (b) del pago con subrogación; (c) de la imputación de pagos; (d) de la oferta de pago y consignación; (e) de la cesión de bienes; (ii) de la novación; (iii) de la remisión de deuda, (iv) de la compensación, (v) de la confusión, (vi) de la perdida de la cosa debida, y (vii) de la acción de nulidad y rescisión. [1290]

[1289] Cabe referir que esto adquiere mayor peso en el contexto de esta exposición si se considera que dicha estructura esta en el libro correspondiente a los contratos del cual, el tratamiento de las obligaciones era apéndice como ya se ha expuesto.

[1290] Es importante mencionar al respecto en aporte de nuestra hipotesis de trabajo y de lo antes expuesto, el Code no incluye en las secciones generales de los contratos - *Capitulo I del Título III* - el supuesto de la cesión de derechos. Como se anticipo en su oportunidad en el capitulo de la transmisión de derechos - *de novel inclusión en la teoría general de las obligaciones* - el Code solo prevee disposiciones de muy accidentada interpretación - *debido al concepto antigüo de obligación que le rige* - en el contrato de compraventa como una modalidad de la compravente cuando esta versa sobre intangibles. Esto no hace sino corroborar una vez más la distinción de función que

La estructura decimonónica de los libros IV para los Códigos mexicanos de 1884 y 1870 respectivamente y del Capítulo V del Code respectivamente es altamente explicativa y sirve como colofón y conclusión de secciones anteriores de la presente investigación. Lo anterior es especialmente ilustrativo respecto de nuestras hipótesis troncales considerando que claramente en el siglo XIX el pago es *prima facie* percibido como una forma de extinción, de acuerdo con el parámetro antiguo, respecto del cual - *pese a su natural modernidad*[1291] *que caracteriza a dichos ordenamientos* - , el Code y la regulación decimonónica mexicana que le deriva son su más clara expresión legislativa.

Así, la falta de dogmatización respecto del acto jurídico en todos esos ordenamientos, no dan después de acontecido el pago, perspectiva ni posibilidad alguna de ulterior trascendencia de la obligación, misma que se considera extinta para todos efectos. Como se puede evidenciar y deducir de las estructuras antes expuestas, lo anterior es aplicable y cierto para los tres ordenamientos decimonónicos de referencia previa e implicará un rompimiento consistente del legislador de 1928 para el cual, la dogmatización del acto jurídico y del pago, así como la inclusión de la transmisión de las obligaciones serán piezas fundamentales de su programática técnica en aras de su visión política educadora del rol del legislador, como consecuencia de sus afluentes pandectísticos y conceptualistas previamente referidos. La eliminación del pago como forma de extinción es conclusión inevitable en 1928 a ese respecto, siendo además como se ha expuesto el elemento fundacional para aceptar la transmisión de las mismas que el propio CC28 también incluye.

En ese tenor, el siguiente comentario relevante en cuanto a la estructura radica en la subrogación. Como se expuso en la sección de la transmisión de las obligaciones, la subrogación es percibida, regulada y clasificada en el siglo XIX y en los tres ordenamientos de referencia, dentro de la extinción de las obligaciones, pudiendo percibirse que la misma no implica la extinción misma sino que es consecuencia de dicho extinción por pago, cuando el mismo se efectúa por alguien con interés jurídico - *cuando esta es legal* - y por graciosa concesión del

---

distingue al legislador napoleónico y mexicano decimonónico del alemán y del posterior revolucionario mexicano de 1928. Por el otro lado, esta distinción de rol profundizará las dificultades dogmáticas - *incipientes ya de por si* - de los legisladores de tradición napoleónicas, respecto de la abstracción obligación y consecuentemente de su potencial traslativo sin contradecir su previamente anunciada pseudo-definición que era ya *per se* incipiente.

[1291] Entendiendo claramente como modernidad por oposición y contraste con la perspectiva antigüa propia del antigüo régimen y del mundo del ius commune previo al fenomeno de modernidad codificadora racional e ilustrada. Cfr con Capitulos precedentes en relación con la evolución de las codificaciones.

acreedor - *cuando esta es voluntaria* - para buscar un equilibro equitativo para el solvens sin interés jurídico en ausencia de mandato y "sin causa" cuando es voluntaria.

Es importante subrayar al respecto que la incapacidad manifiesta de la fenomenología decimonónica para aceptar la traslación patrimonial de la obligación - *cuestión visible en la clasificación, disposiciones específicas del articulado y dogmatización consecuente* -. Así, en el tratamiento de la extinción de las obligaciones se evidenciar esa perspectiva, al incluir el articulado más cercano en sus consecuencias, dentro de la Extinción. Esta clasificación desaparecerá en el Código de 1928 junto con la inclusión de la nueva consideración de su naturaleza jurídica en tanto forma legal de transmisión de las obligaciones en el novel capitulo respectivo, junto con la cesión de derechos y de deudas también ya referidas en su oportunidad. Vale aqui referir la previamente tratada eliminación de las facetas voluntaria y legal de la subrogación, que se sincronizan así con su inclusión en el Título de la transmisión de las obligaciones - *de previa referencia* - , razón por la cual como ya se ha expuesto, la subrogación solo sería técnicamente aceptable a partir de 1928 de forma legal y total, específicamente en su calidad de forma de transmisión de naturaleza legal en presencia de un interés jurídico paralela a la transmisión voluntaria - esta si de facetas respectivas, legal o voluntaria así como total o parcial.

A continuación, vale referir en la estructuración del Título de la Extinción de las obligaciones el cambio en el modelo de código decimonónico respecto del tratamiento de la novación. Si bien esta institución se mantendrá como herencia del modelo decimonónico en el modelo revolucionario social de 1928 en tanto forma de extinción de las obligaciones, su tratamiento y clasificación presentarán modulaciones de relevancia y congruencia con todos los cambios y novedades mencionadas en los apartados anteriores[1292] , con los cuales el cambio de paradigma implementado en 1928 quedará nuevamente evidenciado.

Ciertamente la novación existe y es tratada desde el derecho romano como una forma de extinción de las obligaciones. El tratamiento que el Código de 1928 le procura sin embargo es *prima facie* ilustrativo de la nueva perspectiva tanto de lo que el legislador pretende como su rol como de lo que por una obligación puede y debe concluirse.

[1292] *"Artículo 2213.Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente substituyendo una obligación nueva a la antigua."*

El detalle de la misma será materia del segundo apartado de esta sección en la que se analizarán con detalle las instituciones que cambiando del modelo decimonónico permitan cambiar la perspectiva del concepto resultante de obligación y evidencien en consecuencia el cambio de paradigma de la función legislativa.

Mencionado lo anterior se permite y requiere subrayar igualmente en el capítulo de la extinción de las obligaciones del modelo decimonónico, la inclusión de la cesión de acciones[1293]. Al respecto ya se hizo también el análisis exhaustivo en la sección precedente de la presente investigación.

Vale así mencionar sin embargo que la cesión, pese a constar de un articulado similar al que se incluirá en 1928 - *por un lado en el libro de Extinción de las obligaciones para los Códigos decimonónicos mexicanos y por el otro en el capítulo de la compraventa en el Code* - tiene una explicación y clasificación errática - *que como ha sido ya previamente expuesto* - difícilmente permite considerar la perspectiva traslativa de la obligación. Ese modelo incide en la clasificación que de dicha cesión, dan por un lado, la legislación y doctrina decimonónicas - *sirviendo al respecto de evidencia irrefutable tanto del criterio legislativo de la época, como de la consecuente problemática conceptual* -, como por el otro, de la novel pretensión a su respecto del legislador de 1928. Ciertamente podríamos *prima facie* decir que su clasificación por los Códigos mexicanos del siglo XIX dentro de las formas de extinción de las obligaciones presenta una clara *contradictio in terminis* de difícil explicación, especialmente cuando en el contexto moderno - *a partir de 1928* - parece evidente el ánimo traslativo de la figura y su sustentabilidad social y económica.

En todo caso parece evidente que en la óptica del legislador el efecto traslativo era por lo menos discutible - *no queriéndolo aceptar abiertamente* -, tal y como se anticipó en las secciones precedentes, sino inclusive inaceptable como lo pretendía en su momento el antecedente romanista y antiguo del cual deriva este modelo según se ha expuesto.

Esta es en todo caso, una cuestión claramente entendible en la cosmogonía adversa a la sistematización dogmatica y conceptualización propia de dichos ordenamientos en la que percibida - *cómo y por lo que se ha explicado* - como una relación jurídica, la obligación puede muy difícilmente ser considerada susceptible de traslación voluntaria o legal.

[1293] Como anticipado líneas arriba, cabe aqui hacer un distingo puesto que el Code mantiene esa institución - respecto de la cesión de derechos unicamente - dentro del capitulo de compraventa, mientras que los Códigos de 1870 y 1884 si lo incluyen en la parte general de los contratos pero en el libro de la extinción, como primer acercamiento dogmático que es como se podría anticipar técnica, conceptual y dogmáticamente muy errático.

Lo anterior ya ha sido expuesto en las secciones anteriores, estas líneas se añaden solo para efectos expositivos en el contexto del libro de la extinción de las obligaciones para cerrar la perspectiva decimonónica y el novel influjo del legislador de 1928 que se complementa en esta última perspectiva.

Ciertamente, como se expuso en los apartados anteriores, la transmisión de derechos tiene un tratamiento muy accidentado en la legislación decimonónica que parte desde su clasificación y concluye con su explicación doctrinal. Todo lo anterior parece evidente en la perspectiva decimonónica y en la propia del mundo antiguo.

En el capitulado de los códigos mexicanos del siglo XIX parece por último necesario entrar al análisis de la prescripción como forma de extinción de las obligaciones, misma que será igualmente eliminada de la sección correspondiente a la Extinción de las Obligaciones en el Código de 1928.

Ciertamente como se expuso anteriormente, el Código de 1928 no la prevé en su Capítulo de la extinción como si lo hacían sus precedesores decimonónicos, con lo que se reitera la priorización de una perspectiva sistemática de inspiración pandectística por la que la falta de acción no priva de existencia a la obligación. No debe esto separarse de la inclusión de las obligaciones naturales previamente expuestas - *en oposición al modelo decimonónico que no las incluía* - y a la eliminación de la caracteristica pecuniaria del objeto. Esas tres vertientes reiteran la perspectiva pandectística ahora desde el modulo de la extinción. La correlación con la declaración de la voluntad como fuente, el enfasis de los efectos de la condición suspensiva y los cambios en materia de pago es evidente. La obligación no puede ser concebida como esa relación exigible y de caracter pecuniario.

Con lo anterior se evidencia nuevamente de forma muy especial, el cambio de paradigma conceptual de importante relevancia, que trataremos por motivos expositivos en esta última sección. Ciertamente, esta es una institución que no es modificada y reubicada - *como lo son el pago, la subrogación, la dación en pago, la cesión de deuda o acciones y la novación*- en 1928, sino que es radicalmente eliminada dentro de las formas de extinción. Su tratamiento queda en 1928 como un apéndice en el Título de los bienes junto con la prescripción positiva, como segunda especie de la prescripción lato sensu[1294].

[1294] "*Artículo 1135. Prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la Ley*."

Así, en lo anterior y a diferencia de lo acontecido en el pago, en la subrogación y en la novación, no hay un novel tratamiento que exponer en la sección de obligaciones ni en las demás potencialmente aplicables secciones del Título IV. En el pago, el legislador de 1928, le cambia de naturaleza e imprime un sello dogmático acorde con su programa político y técnico jurídico. En la subrogación esto es igual. Ambas instituciones son respectivamente tratadas en las secciones de esta investigación correspondientes a los efectos y la transmisión de las obligaciones respectivamente. En el caso de la novación, esta se mantiene en la extinción, pero con un tratamiento substancialmente distinto, que será materia del siguiente apartado. En el caso de la prescripción, sin embargo, esta no puede tratarse más en la extinción de las obligaciones y sin duda no puede tratarse en el capítulo de la transmisión de las obligaciones, pues su naturaleza es radicalmente distinta.

La eliminación de la prescripción de las obligaciones, en concierto con otros cambios que en el Libro IV confirmarán cierta e igualmente la novel perspectiva conceptualista y dogmática y el nuevo papel asumido por el legislador - *ambos elementos de probanza de las hipótesis de esta investigación-*.

Esta situación se radicalizará con el tratamiento relativo a las obligaciones naturales[1295], mismo que por obvias razones no puede segregarse del tratamiento y análisis de la prescripción y su eliminación como forma de extinción de las obligaciones. Ciertamente, las obligaciones naturales, definidas como aquellas en las que el acreedor posee un debito, pero no una facultad coercible - *schuld a falta de haftung* - no son tratadas expresamente en la legislación decimonónica mexicana que parece ignorarlas conceptualmente[1296] , pese a existir toda una tradición *-por supuesto polémica-*, desde el derecho romano a su respecto y una regulación de casos especificos en el Code y los Códigos decimonónicos, de los que el concepto pudiera deducirse.

El análisis de dicha polémica resulta sin embargo necesario puesto que revela una importante referencia de la perspectiva cultural con el que estas se presentan y, por ende, por comparación de las obligaciones mismas.

[1295] "*Artículo 1894.- El que ha pagado para cumplir una deuda prescrita o para cumplir un deber moral, no tiene derecho de repetir.*"
[1296] Borja Soriano, Opus Cit, p 569

Ciertamente las obligaciones naturales desprovistas de acción[1297] se han manifestado como un caso de especie en el que los conceptos tradicionales del mundo antiguo por preliminares que fueren, así como sus características se ponen a prueba desde hace varios siglos.

En su origen eran así denominadas al ser estas las obligaciones asumidas o generadas por los *alieni iuris* en el universo jurídico romano - *naturales* - que no personas, en la acepción más plena de capacidades que podrían asociarse en la cosmogonía contemporánea y que estaban restringidas a todo aquel que se encontraba sujeto a la potestad jurídica del pater familias[1298].

La carencia de acción que era un calificativo propio al sujeto que las asumía o generaba fue paulatinamente adscrito a la obligación misma que careciendo de exigibilidad fue paulatinamente calificada como obligación natural.

En doctrina civilista consecuente sin embargo las obligaciones naturales, fueron así durante varios siglos materia de devaneos entre quienes enfatizando las características naturales y culturales del mundo antiguo, las obligaciones que carecían de *facultas exigendi* no podrían conceptualmente ser consideradas con un contenido jurídico. La juridicidad estando cultural y doctrinalmente vinculada con la exigibilidad, las obligaciones sin exigibilidad eran consideradas propias de un universo distinto, de naturaleza moral y social que no jurídica. Así para un número importante de autores civilistas, las obligaciones naturales no merecen el tratamiento de jurídicas[1299].

Otro grupo sin embargo parece considerar, haciendo igualmente óbice de la gestación y origen históricos del concepto de la "obligación natural", que pese a carecer de *facultas exigendi*, la *facultas retinendi* que rige el "derecho" del *accipiens*, es suficiente para considerar que la misma goza de juridicidad así sea en grado menor *vis a vis* las obligaciones civiles. Así este segundo grupo parece - *consciente e inconscientemente* - arroparse con el discurso de la jurisprudencia de conceptos para considerar que la "*obligación natural*" calificada por el *schüld* aunque carente de *häftung*, no pierde por ello su esencia jurídica[1300].

En ambos casos lo que parece evidente es que la llamada "obligación natural" está desprovista de acción ya sea por uno de dos supuestos, como a continuación se expone. Por un

---

[1297] *"Artículo 1894.El que ha pagado para cumplir una deuda prescrita o para cumplir un deber moral, no tiene derecho de repetir."*

[1298] Iglesias Juan; Opus Cit; p 350
[1299] Rojina Villegas Rafael; Opus Cit, p 73
[1300] Rojina Villegas Rafael, Opus Cit; p 82

lado, la obligación puede nunca haber sido considerada jurídicamente suficiente como para gozar de la protección jurídica jurisdiccional, siendo siempre privada de acción, como es el caso de las obligaciones derivadas de deudas de juego - deudas de honor - para las cuales el legislador considera no existe la relevancia jurídica para ser dotadas o sancionadas con el derecho de acción[1301]. Por el otro lado, la obligación puede haber sido desprovista de acción con el paso del tiempo al considerarse que por seguridad jurídica, el deudor no puede permanecer *per secula seculorum* pendiente del momento en el que el acreedor considere que puede demandarle el cumplimiento de la misma. Así, el simple transcurso del tiempo - *prescripción negativa*- brinda seguridad jurídica al deudor respecto del lapso de tiempo en que puede hacer valer jurisdiccionalmente sus derechos, so pena de perder la acción[1302].

Es en el contexto anterior que las obligaciones naturales pueden considerarse - abarcando ambos supuestos - como aquellas obligaciones en las que el acreedor queda desprovisto de acción - *ab origine* - o posteriormente debido a su inactividad.

La polémica doctrinal anticipada líneas arriba estriba en considerar o no que aún privadas de acción las mismas pueden tener algún contenido jurídico en atención a la protección brindada al accipiens que puede sin embargo retener lo entregado que no es consecuentemente consideraron como un pago de lo indebido, que produciría los efectos inversos.

Al efecto parece singularmente atractivo el tratamiento legislativo en esta materia por el legislador mexicano de 1928 en contraposición o contraste al tratamiento brindado por el legislador decimonónico. Lo anterior será particularmente relevante considerando el tratamiento - materia de este apartado - de las formas de extinción de las obligaciones del legislador de 1928 y en lo particular sus consideraciones respecto de la prescripción - evidentemente la negativa - misma que elimina como forma de extinción y reubica como expuesto.

A diferencia de sus predecesores decimonónicos mexicanos, el legislador de 1928, dentro del capitulado de las fuentes, en el caso específico, dentro de las disposiciones del enriquecimiento sin causa y específicamente del pago de lo indebido, incluye una disposición

---

[1301] Ibidem

[1302] *"Artículo 1135.- Prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la Ley.* " y "*Artículo 1136.- La adquisición de bienes en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva; la liberación de obligaciones, por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa*." y *Artículo 1159.- Fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, contado desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento*. " (enfasis añadido)

respecto de las obligaciones naturales en las que agrupa los dos posibles eventos de una obligación natural según anticipábamos líneas arriba.

Para el legislador de 1928, "*todo aquel que ha pagado para cumplir con un deber moral o con una deuda prescrita no tiene derecho de repetir.*"[1303]

Llama la atención considerar que esta es una inclusión sin antecedentes legislativos y que bien podría solo obedecer a las consideraciones dogmáticas en materia de fuentes de las obligaciones y en lo particular en materia del pago de lo indebido, donde esta institución es ubicada. Sin embargo - y de ahí su relevancia para efectos de esta exposición, esa novedad del legislador en materia de fuentes es relevantísima en materia conceptual si se le vincula - *en la perspectiva organicista y de conjunto que el legislador de 1928 marca como ya se ha hecho mención* - con la eliminación de la prescripción dentro de las formas de extinción de las obligaciones.

Ciertamente, la prescripción no es en 1928, más mantenida en el título de la extinción de las obligaciones como lo era en los Códigos de 1870 y 1884. Obviamente, se le reclasifica y encuadra - *como ya se adelantó* - en el título VII del Libro II de los Bienes, junto con la prescripción positiva o adquisitiva[1304]. Si bien esto pudiera *prima facie* parecer una simple reclasificación para efectos de simplificación regulatoria en materia de bienes, la simultánea inclusión del concepto de las obligaciones naturales pareciera darle un significado mayor - considerando la desiderata legislativa de 1928- que a la postre releva y refuerza las hipótesis de la presente investigación respecto del rol que pretende atribuirse y arrogarse el legislador y el resultante concepto de obligación.

En efecto cabe simplemente hacer la reflexión siguiente: En el siglo XIX y más extendidamente durante el reinado del concepto o perspectiva antigua de la obligación, una obligación no exigible puede difícilmente ser considerada como tal. Independientemente de la *facultas retinendi*, la ausencia o privación de *facultas exigendi* extrae de lleno toda potencial calificación de juridicidad a su respecto. Parece claro que es por ello que, en el siglo XIX mexicano, las obligaciones naturales no merecían siquiera ser consideradas en el cuerpo normativo. En ese mismo concepto, mucho más simple y sencillo, consecuentemente, la perdida

[1303] Artículo 1894

[1304] Artículo 1135.- Prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la Ley.

de la *facultas exigendi* por la inactividad jurisdiccional del acreedor llevaba a considerar la extinción de la obligación misma, tal y como dichos ordenamientos consideraban[1305].

Por el contrario, la perspectiva del siglo XX parece - *con todos los afluentes conceptuales, doctrinales, políticos y sociales que hemos referido a lo largo de esta investigación* - radicalmente distinta. No solo incluye a las obligaciones naturales - *sin abordar la polémica respecto de la juridicidad de las mismas que parece dar por sentadas más allá de sus consideraciones doctrinales y conceptuales* - sino que adicionalmente elimina del título de extinción de las obligaciones a la prescripción - *claramente negativa* -. De esto pueden deducirse múltiples consecuencias jurídico-conceptuales, de la mayor relevancia para los propósitos de esta investigación.

Nuevamente lo anterior revela en primera instancia una novel vocación dogmática del legislador y la pretensión de un nuevo rol de tinte más academicistas y conceptual que el de sus predecesores. Por el otro lado, la nueva perspectiva del legislador - en su integridad - confirma una concepción de la obligación que ya había sido anticipada en secciones precedentes - *vgr (i) fuentes como la declaración unilateral de la voluntad o el enriquecimiento sin causa; (ii) tratamiento academicista de modalidades como la condición pero también de todas las modalidades del objeto, (iii) reclasificación dogmática del pago y sus efectos, (iv) inclusión de la transmisión de las obligaciones, por sólo nombrar las estructurales...*- y para la cual, retomando los hilos de la pandectística y en lo particular de la jurisprudencia de conceptos, la exigibilidad parece no ser un elemento definitorio.

En ese tenor, es que al eliminar la prescripción como forma expresa de extinción de las obligaciones deja por lo menos sentada la duda respecto de si la obligación privada de acción por prescripción - *al igual que aquellas que derivan de una causa no sancionada por la Ley* - dejan de ser obligaciones. En sentido contrario el discurso resultante de la publicación del Código de 1928, pudiera llegar a pretender que la prescripción que priva de acción a una obligación no la extingue puesto que la misma sigue facultando al accipiens a conservar la cosa - ius retinendi - cuestión que le estaría negada si la recepción de esa prestación no exigible no encerrase un mínimo atisbo de juridicidad. De ser correcto lo anterior, la obligación no se definiría más como un vínculo ni se caracterizaría por su exigibilidad. Si el propio código incluye en paralelo por primera vez el concepto de las obligaciones naturales, el circulo parece cerrarse y parece concluir

[1305] Artículo 1655 del CC84 y 1769 del CC70 de identica redacción

dogmáticamente que no es la exigibilidad un elemento definitorio. Lo anterior vinculado con la inclusión de instituciones como la declaración unilateral de la voluntad y las modificaciones sus mencionadas en materia de modalidades, efectos y transmisión sus mencionadas parece claramente seguir un patrón que pudiera relevar algo más que una simple coincidencia.

Al respecto considerando (i) por un lado que desde una perspectiva lógica conceptual, no puede aceptarse categoría intermedia - en aplicación del principio de tercero excluido - y (ii) que por el otro, estos dos cambios no son un fenómeno aislado sino que se presentan en concierto con un sinnúmero de cambios y adecuaciones que hemos presentado hasta ahora, parece nuevamente que el concepto de obligación del universo antiguo, no es tampoco sostenible en el contexto de estos dos cambios. Así las obligaciones naturales parecerían ser tan obligaciones como las de sentido estricto, pese a revelar una carencia de haftüng, lo cual no les privaría de su esencia. Igualmente, la prescripción negativa no sería considerada más como forma de extinción de las obligaciones ya que al privar solamente del haftüng, no destruiría dicha institución prescriptiva la esencia de la obligación que subsistiría, pese a brindarse a terceros como premisa de seguridad jurídica, la extinción de los elementos coactivos que no la definen sino solo complementan.

Hemos así desarrollado en la presente sección, tanto el cambio de estructura general en las formas de extinción como la eliminación de la prescripción y la correlación de esta con la inclusión de las obligaciones naturales y las consecuentes especulaciones dogmáticas a su respecto. No parece así relevante al suscrito, para efectos de esta investigación, hacer mayor referencia a las tres formas de extinción de las obligaciones que permanecen prácticamente de forma y clasificación idéntica en el Código de 1928 respecto de lo que venían presentando en la legislación decimonónica. Nos referimos por supuesto a la remisión de deuda, la confusión y la compensación, respecto de las cuales, el Código de 1928 mantiene el contenido y estructura, así como la clasificación correspondiente, con lo cual al no ver en ellas un parámetro de cambio necesario, no implica un cambio de paradigma de su rol y el concepto consecuente que amerite mayor tratamiento en esta investigación.

En razón de lo anterior abordaremos solamente a continuación las instituciones que conservadas en el título de la extinción, presentan cambios radicales consecuentes con todo lo anterior, como última sección expositiva y analítica del texto legal de 1928 en comparación con sus antecedentes como elementos para determinar y comprobar en su caso, las hipótesis rectoras de la presente investigación.

### 3. Las instituciones de extinción mantenidas en 1928 aunque modificadas en su contenido.

Como se anticipó en secciones precedentes, del contenido del Título de la extinción de las obligaciones de los Códigos de 1870 y 1884 se segregan y reclasifican algunas secciones - *como es el caso respetivo de la cesión de deudas, la subrogación o la prescripción materia de las consideraciones inmediato precedentes* - y se mantienen prácticamente integras otras tantas - *compensación, confusión y remisión de deuda* -.

Más allá de lo anterior, en 1928 se modifica substancialmente una de las formas de extinción, como parte del plan integral del legislador que cierra así - en opinión del suscrito -su perspectiva integral y sistemática de la materia de regulación que le ocupa.

Nos referimos evidentemente a la novación, misma que si bien existe legislativamente desde el Código Napoleón[1306], pasando por los Códigos decimonónicos mexicanos, es incluso aceptada y considerada practica y doctrinalmente desde las consideraciones pragmáticas y pre-conceptuales del derecho romano[1307].

En la novación consideramos se resumen y reúnen gran parte de las aseveraciones y consideraciones que hemos vertido a lo largo del presente trabajo, cerrando el circulo del cambio conceptual materia del mismo. Ciertamente, los cambios implementados en la figura, según serán expuestos en las líneas siguientes revelan una perspectiva dogmática que es claramente correlacionable con las antes expuestas confirmando en consecuencia nuestras consideraciones e hipótesis centrales de investigación.

La novación es considerada, así en su origen como la forma de extinción de las obligaciones que consiste en el reemplazo de una obligación nueva por una antigua[1308]. En la novación la doctrina[1309], basada en la tradición jurisprudencial considera que los elementos característicos consisten en (i) una obligación antigua, (ii) una obligación nueva, (iii) un cambio sustancial, (iv) un elemento de novedad y (iv) un *animus novandi*. Todos estos elementos que pragmática y doctrinalmente han sido paulatina y tradicionalmente aceptados como elementos definitorios de la figura, han sin embargo experimentado un cambio en su análisis individual

[1306] Article 1271
[1307] Iglesias Juan; p 453
[1308] "*Artículo 2213.- Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente substituyendo una obligación nueva a la antigua*".
[1309] Rojina Villegas Rafael; Tomo III Opus Cit; p 397

tanto doctrinal como legal y pragmático. Ahí la relevancia de la institución en comento para corroborar tantas hipótesis vertidas a lo largo de esta investigación en lo particular las dos principales. Esa relevancia se manifiesta con mucho mayor acritud y acidez en el contexto de 1928 y la "reestructura" en materia de novación.

En la novación es claramente perceptible *prima facie* la modificación del legislador de 1928 respecto del elemento de novedad, materia que lleva a la doctrina al difícil discurso - *abordado desde el inicio de esta investigación* - sobre si es la Ley el indicativo de mayor relevancia que debe de atenderse para la definición de una institución y sobre los límites y derroteros que debe presentar la Ley con pretensión dogmática que pretende cambiar la realidad conceptual y social - *como corresponde a la desiderata del legislador de 1928* -.

Más allá de la definición de la novación adoptada por el código de 1928 que sigue en gran medida el cauce indicado por sus predecesores decimonónicos - vbg. la consideración de la novación con una naturaleza contractual original[1310] -, el legislador hace énfasis - *así sea de forma pasiva o negativa* - respecto de los elementos que pueden ser materia de novación, tópico con el que marca una distinción a todas luces visible respecto de sus predecesores.

Ciertamente los Códigos de 1884 y 1870 preveían al efecto un tratamiento prima facie idéntico respecto de la novación. El cambio planteado por el legislador de 1928 parece sutil, pero tiene los mayores alcances y no sólo prácticos, pero esencialmente dogmáticos y conceptualistas confirmando el nuevo sistema que el legislador quiere implementar.

Para el legislador decimonónico, la novación se verifica en el contrato (sic) "*cuando las partes* (sic) *en él interesadas lo alteran substancialmente sujetándolo a distintas condiciones, substituyendo una obligación nueva a la antigua haciendo cualquiera otra alteración que afecte a la esencia del contrato y que demuestre la intención de cambiar por otra la obligación primitiva.*"[1311]

De la misma manera considera dicho legislador que "*hay también novación cuando un nuevo deudor es substituido al antiguo, que queda exonerado; o cuando el antiguo acreedor es substituido por otro, con quien queda obligado el deudor primitivo*".[1312]

Cabe referir que la redacción de código de 1884 en esta materia es nuevamente idéntica a la proveída por el legislador de 1870, cuestión que a esta alturas - *tanto por la identidad de*

[1310] Artículo 2213 previamente citado
[1311] Artículo 1606 del CC84
[1312] Artículo 1607 del CC84

*disposiciones que se han citado a estas alturas como por la identidad en la cosmogonía jurídica de ambos institutos*- es más que evidente y no llama a sorpresa.

Lo relevante sin embargo radica en el cambio implementado por el legislador de 1928 y las consecuencias dogmáticas que del mismo pueden desprenderse. Efectivamente, el legislador de 1928 establece prácticamente una réplica del artículo 1606 para prever que: "*Hay novación de contrato (sic) cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente sustituyendo una obligación nueva a la antigua*".[1313]

El texto del artículo 1607 del CC84 respecto de la sustitución del acreedor como un posible supuesto de novación o alteración substancial es eliminado por completo[1314], con lo cual queda patente de forma implícita pero clara sin espacio para duda, que el cambio de sujetos de la obligación no es percibido como un cambio substancial dentro del capítulo de la extinción para efectos de novación. Lo anterior es particularmente evidente cuando es el propio código de 1928 el que novelmente introduce la transmisión de las obligaciones - voluntaria y legal - dentro de la segunda de las cuales al efecto introduce a la subrogación - *como forma de transmisión legal en oposición a la transmisión voluntaria materia de cesión de derechos y pretendidamente de obligaciones* -[1315] .

Parece a todas luces evidente que el cambio del legislador es sistémico y no es simple casualidad. La transmisión de las obligaciones es factible en tanto la novación subjetiva por cambio de sujetos no es más regulada ni puede en consecuencia ser técnicamente aceptable. Esto asimismo juega en concierto con la reclasificación de la subrogación como forma legal de transmisión de las obligaciones y con la consecuente eliminación de su vertiente voluntaria - *que si bien no es prohibida* - queda sin efecto ni lógica transaccional al incluirse la cesión de derechos y obligaciones.

Lo anterior es indisociable de la reclasificación del pago ahora como efecto de las obligaciones que no como forma de extinción[1316], dentro de las cuales - *en honor al mismo propósito dogmático* - no son previstas ni aceptadas la cesión de acciones, el ofrecimiento de pago y consignación ni la prescripción, según se expuso anteriormente.

---

[1313] Artículo 2213 del CC28

[1314] Artículo 1607 del CC84 para el cual: "*Hay tambien novación cuando un nuevo deudor es substituido al antigüo que queda exonerado; o cuando el antigüo acreedor es substituido por otro con quien queda obligado el deudor primitivo*."

[1315] Según expuesto en las secciones anteriores correspondientes a la transmisión de obligaciones.

[1316] Artículo 2062 y su clasificación en el Título IV. De los efectos de las obligaciones.

# CAPÍTULO IV. COMPILACIÓN JURISPRUDENCIAL PRE Y POST PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE 1928

Teniendo en mente las consideraciones sobre la elaboración conceptual estudiadas en el primer capítulo, así como la evolución de la codificación en México hasta la publicación del CC28, ha quedado de manifiesto el doble cambio de paradigma intentado por el legislador de 1928 al publicar dicho ordenamiento.

Cabe válidamente preguntarse, cuál ha sido la reacción del poder judicial respecto de los cambios y la evolución referida.

No resulta sorpresivo sin embargo constatar que la misma ha sido escasa sino nula. Se presentan muy pocos elementos doctrinales en materia de obligaciones en la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación duranta las épocas Primera a Cuarta. Ciertamente como referido en el capitulo II, los primeros años de la independencia del país ocupan el pensamiento jurídico, y la jurisprudencia del máximo tribunal no es la excepción, en materias de naturaleza pública. Escasos son los precedentes que pueden prestarse a una dogmatización jurídica en materia del concepto de obligación antes de la quinta época que comienza en 1917.

Desde 1917 desde la Quinta época y durante las épocas siguientes, incluyendo la Décima en curso, los criterios jurisprudenciales poco nos dicen de un cambio de paradigma en la conceptualización de la obligación a través de las instituciones que la regulan. Ciertamente se siguen normalmente los parámetros decimonónicos legislativos, sin marcar específicamente un cambio relevante. Esto es visible incluso en instituciones que se ven impactadas substancialmente en el CC28.

Esta inercia jurisprudencial replica las reflexiones vertidas en el tercer capítulo precedente, respecto de la pasividad de la doctrina nacional respecto de los cambios de paradigma en la función legislativa y en la concepción de la obligación.

Para efectos de ilustración al respecto, acompañamos el siguiente cuadro que desglosa precedentes recopilados en la materia respecto de la época segunda a novena, cuyas copias se adjuntan como apéndice.

| NULIDADES | | | |
|---|---|---|---|
| **Previo a 28** | | **Posterior a 28** | |
| 2° época | Nulidad de actuaciones (amparo) | 5° época | Nulidades |
| 4° época | Nulidad de actuaciones | 5° época | Efecto de las nulidades |
| | | 5° época | Concepto nulidad absoluta relativa |
| | | 5° época | Nulidad de las obligaciones |
| | | 5° época | Nulidad absoluta de una escritura |
| | | 5° época | Interpretación de nulidades |
| | | 5° época | Nulidades (Presidente de la República) |
| | | 5° época | Nulidad de pleno derecho, no están reguladas |
| | | 5° época | Nulidades de pleno derecho, no existen |
| | | 5° época | Inexistencia nulidades |
| | | 5° época | Nulidades de pleno derecho |
| | | 5° época | Inexistencia frente a las nulidades |
| | | 5° época | Nulidades de pleno derecho, no existen |
| | | 5° época | Nulidades de pleno derecho e inexistencia |
| | | 5° época | Ineficacias absolutas relativas |
| | | 5° época | Nulidades son de estricta aplicación |
| | | 6° época | Diferencias teóricas entre nulidad e inexistencia |
| | | 6° época | Nulidades e inexistencia |
| | | 8° época | Nulidad de pleno derecho no existe |

| FUENTES | | | |
|---|---|---|---|
| **Previo a 28** | | **Posterior a 28** | |
| **Representación** | | **Representación** | |
| | | 5° época | Concepto de representación indirecta |
| **Mandato** | | **Mandato** | |
| 3° época | Mandato | 5° época | Forma del mandato |
| | | 5° época | Forma del mandato |
| | | 7° época | Irrevocabilidad del mandato |
| | | 5° época | Extinción por la muerte |
| | | 5° época | Mandatario, a pesar de la muerte del mandante, debe continuar con la administración |
| | | 5° época | Mandato para actos de dominio |
| | | 5° época | Mandato para actos de administración |
| | | 5° época | Mandato conferido a una mujer casada |
| | | 5° época | Mandato, requiere capacidad de contrayentes |
| | | 6°época | Alcance del mandato con facultades poco claras |
| | | 6°época | Disposiciones que rigen el mandato judicial |
| | | 6° época | Omisión de requisitos del mandato no obliga a la autoridad a reiterar una prevención |
| | | 7° época | Inscripción en el RP de la revocación del mandato surte efectos contra terceros |
| | | 7° época | Eficacia y formalidades del mandato |
| | | 8° época | Mandato nulo relativo si no cumple formalidades |
| | | 8° época | El mandato es revocable cuando el poderdante así lo considere |
| | | 8° época | No es necesaria la inscripción del mandato en el RP |

| | | | |
|---|---|---|---|
| **Enriquecimiento sin causa** | | **Enriquecimiento sin causa** | |
| | | 5° época | Procedencia de la Acción Enriquecimiento sin causa. Puede ejercitarse determinando claramente la prestación la causa de pedir |
| | | 5° época | Enriquecimiento sin causa es un contrato, da lugar a recisión por lesión |
| | | 5° época | Enriquecimiento sin causa es un contrato que no pudo llevarse a cabo |
| | | 5° época | Análisis histórico del Enriquecimiento sin causa |
| | | 5° época | Elementos del Enriquecimiento sin causa: enriquecimiento, detrimento y sin causa |
| | | 5° época | Es improcedente el Enriquecimiento sin causa relativo al pago de rentas por concepto de frutos civiles producidos por un inmueble contra el poseedor del bien |
| | | 6°época | Enriquecimiento sin causa es una cesión |
| | | 6°época | Elementos enriquecimiento de uno, empobrecimiento de otro, relación entre éstos y ausencia de causa |
| **Pago de lo indebido** | | **Pago de lo indebido** | |
| | | 5° época | Prescripción del pago de lo indebido: desde el error o desde la fecha |
| | | 5° época | El pago es un acto voluntario que es posible deshacer si la voluntad está viciada o tiene causa ilícita |
| | | 9° época | Diferencias entre Pago de lo indebido Enriquecimiento sin causa |
| | | 9° época | Prescripción del pago de lo indebido. I año a partir de que se conoce el error causante del pago |
| **Declaración unilateral de la voluntad** | | **Declaración unilateral de la voluntad** | |
| | | 6° época | La DUV es una fuente genérica de obligaciones |

| Estipulación en favor de terceros | | Estipulación en favor de terceros | |
|---|---|---|---|
| | | 5° época | La naturaleza de una EF3° es una declaración unilateral de voluntad |
| | | 5° época | Una vez que el tercero acepta la estipulación, no se puede revocar |
| | | 9° época | Beneficiario puede ser indeterminado, pero debe de ser determinable |
| **Gestión de negocios** | | **Gestión de negocios** | |
| | | 5° época | Dos casos en los que se da la Gestión de negocios |
| | | 5° época | Ratificación de la gestión de negocios |
| | | 5° época | Diferencias con el mandato |
| | | 5° época | La Gestión debe versar sobre asuntos e intereses determinados que estén abandonados por un momento por su dueño |
| | | 7° época | Diferencias con el mandato |

| PACTO COMISORIO | | | |
|---|---|---|---|
| **Previo a 28** | | **Posterior a 28** | |
| 3° época | Incumplimiento de contratos | 6° época | Pacto comisorio tácito expreso |
| | | 7° época | Pacto comisorio tácito en contratos |
| | | 9° época | Aplicabilidad del 1949 para pacto comisorio tácito expreso |
| | | 5° época | Pacto comisorio expreso |

| MODALIDADES | | | |
|---|---|---|---|
| **Previo a 28** | | **Posterior a 28** | |
| **Condición** | | **Condición** | |
| 4° época | Obligación condicional. Es necesario que se cumpla la condición para determinar si son exigibles las obligaciones | 5° época | Obligaciones puras y condicionales |
| | | 5° época | Concepto de obligaciones condicionales |
| | | 5° época | Diferencias entre condición y obligaciones condicionales |
| | | 5° época | Existencia de obligaciones condicionales |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | | 5° época | Obligaciones sujetas a condición suspensiva |
| | | 5° época | Naturaleza de las obligaciones puras condicionales |
| | | 7° época | Concepto de obligaciones condicionales |
| **Modalidades del objeto** | | **Modalidades del objeto** | |
| | | 5° época | Obligaciones alternativas contraídas durante la circulación fiduciaria |
| | | 5° época | Cumplimiento de las obligaciones alternativas |
| | | 5° época | Concepto de obligaciones alternativas |
| | | 5° época | Concepto de obligaciones alternativas |
| | | 5° época | Concepto de obligaciones alternativas |
| | | 5° época | Concepto de obligaciones facultativas |
| | | 5° época | Cumplimiento de las obligaciones facultativas |
| | | 5° época | Situación jurídica de los acreedores y deudores en las obligaciones solidarias e indivisibles |
| | | 6° época | Concepto de obligaciones indivisibles |

| **EFECTO DE LAS OBLIGACIONES** | | | |
|---|---|---|---|
| **Previo a 28** | | **Posterior a 28** | |
| **Pago** | | **Pago** | |
| 3° época | Consignación hace las veces de pago | 5° época | Indivisibilidad del pago |
| | | 5° época | A quién debe hacerse el pago y en dónde |
| | | 5° época | Forma de extinción de las obligaciones |
| | | 5° época | Pago hecho por un tercero |
| | | 5° época | Requisitos del pago |
| | | 5° época | Pagos de dinero |
| | | 5° época | Pago a una persona distinta al acreedor |
| | | 5° época | Concepto de pago |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | | 5° época | La obligación se extingue legalmente cuando se hace el pago |
| | | 6° época | Pago liso y llano no significa la renuncia del término |
| | | 9° época | Casos en los que no se considera que queda satisfecho el pago |

| **TRANSMISION DE LAS OBLIGACIONES** | | | |
|---|---|---|---|
| **Previo a 28** | | **Posterior a 28** | |
| **Subrogación** | | **Subrogación** | |
| | | 5° época | No hay subrogación en un crédito |
| | | 5° época | Subrogación, hasta que se pague la totalidad del crédito |
| | | 5° época | Pago por intervención de vales mercantiles, da lugar a la subrogación |
| | | 5° época | Dos especies de subrogación en la legislación de Coahuila |
| | | 5° época | Subrogación convencional |
| | | 5° época | Momento en que se verifica la subrogación |
| | | 5° época | Subrogación que no ha sido pactada |
| | | 5° época | Naturaleza de la subrogación real |

| **EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES** | | | |
|---|---|---|---|
| **Previo a 28** | | **Posterior a 28** | |
| **Remisión de deuda** | | **Remisión de deuda** | |
| | | 5° época | Cuando no se considera remisión de deuda |
| | | 5° época | Requisitos remisión de deuda |
| **Novación** | | **Novación** | |
| | | 5° época | La novación no se presume |
| | | 5° época | La novación no se presume |
| | | 5° época | La novación debe constar de forma expresa |
| | | 5° época | Momento en que se verifica la novación |
| | | 5° época | Novación. Su naturaleza como cesión de deuda |
| | | 5° época | Requisitos de la novación |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | | 5° época | Inexistencia de la novación |
| | | 5° época | Supuesto de novación en un contrato |
| | | 5° época | La novación no se presume, pero no requiere de palabras sacramentales ni solemnes |
| | | 5° época | La novación debe constar de manera expresa |
| | | 5° época | Puede ser novación a pesar de que la operación sea la misma |
| | | 5° época | Hay novación cuando se cambia la especie de la moneda |
| | | 5° época | Novación objetiva. Requisitos |
| | | 8° época | Requisitos de existencia de la novación |
| | | 9° época | Cambios en las modalidades no pueden considerarse novación |
| | | 9° época | Modificación de plazos, garantías o intereses no implican novación |
| | | $9^0$ é oca | Diferencias con Dación en pago |
| | | 6° época | Novación en un contrato laboral |

# CONCLUSIONES

Este trabajo tiene como punto de referencia conceptos jurídicos. Parto de ellos para realizar mi análisis sobre el pensamiento y las concepciones que alimentaron diversos periodos de la historia de México. Las hipótesis que sigo tienen que ver con la manera en la que las instituciones jurídicas se crean y se recrean. Los motores de este proceso creativo son tanto las ideas que se reciben de las escuelas francesa y alemana como las virtudes y los defectos de los intérpretes mexicanos en su recepción. El hilo conductor que enlaza mi trabajo tiene que ver con la manera en la que se identificaron y delimitaron los alcances de una serie de nociones jurídicas a la luz de diversas teorías interpretativas y sus alcances en México. El problema central del trabajo gira en torno al concepto de obligación. Parto con la identificación del concepto a la luz de los postulados de la escuela francesa de principios del siglo XIX. De ahí, me ocupo de su transición bajo la Escuela de la Exegesis hasta su desarrollo por los codificadores mexicanos decimonónicos. A partir de este punto, la tesis problematiza el concepto de obligación recibido a través de la dogmática alemana. Aquí sigo las pistas que dejaron los legisladores post revolucionarios cuando prepararon el código civil de 1928. De esta manera, el trabajo muestra cómo la contraposición de ideologías en la construcción del código civil tuvo como resultado un documento heterodoxo y, en ocasiones no terminado, de instituciones civiles. En la parte final, me ocupo de la manera en la que doctrina y jurisprudencia explicaron las instituciones del código civil en el siglo XX."

A diferencia de la experiencia jurídica, los conceptos jurídicos no pueden derivar de una verificación meramente pragmática. No son fenómenos aislados y en conflicto, sino complementarios. La simple descripción de un fenómeno en concreto no puede conceptualizarlo. Difícilmente puede abstraerlo en su integridad y esencia. La conceptualización parte de una premisa de abstracción y racionalización general por la que se inducen características propias al fenómeno *etceteris paribus* los accidentes individuales que rodean su diario acontecer y que pueden por ende variar.

El fenómeno legislativo propio del racionalismo jurídico y la ilustración exacerbarán este fenómeno proveyendo métodos de generalización y abstracción. El

Código Napoleón, será el epítome de esta evolución, del cual se desprenderá doctrina jurídica de relevancia e impacto universal, pese a las carencias y deficiencias derivadas de la accidentada evolución referida. Esa doctrina, guiada por el fenómeno exegético mostrarán su claro origen casuístico, así como ~~consecuentes~~ las deficiencias conceptuales propias de ello. La igualdad ante la ley, la universalidad del derecho y la natural interacción del derecho y el estado serán características y consecuencias naturales de este proceso en el que la legalización del derecho se volverá un atributo derivado del racionalismo. La expresión de la "*Volonté Génerale*" como fin se manifestará a través de la ley y de ahí se irán desprendiendo conceptos de origen casuístico, pero de expresión general no necesariamente sistematizada ni con pretensión científica. La experiencia de los derechos reales y personales, la propiedad, la responsabilidad solo replican el fenómeno visible en la obligación.

En esta línea, la regulación y el tratamiento doctrinal de la obligación evolucionará accidentalmente en torno del fenómeno contractual, pese a ser su natural producto y consecuencia. Así será el Código Napoleón un punto de referencia obligada, cuya influencia universal se hará especialmente sentir en México, desarrollando doctrina en torno del contrato y de la obligación, como fenómenos cuya simbiosis se prestará a fácil confusión, así como a un tratamiento en conjunto. Esta se verá caracterizada por ese sesgo casuístico, por esa dependencia y vinculación contractual que le imprimirán un sello de identidad. La relación jurídica como base, la exigibilidad y pecuniariedad como características definitorias, su carácter personal e intransferible como consecuencias naturales. En ese tenor la obligación doctrinalmente aceptada, será generada esencialmente por el contrato o el ilícito extracontractual. La clasificación gayana de las fuentes cuasicontractuales y cuasi-delictuales quedará más en el anecdotario que en la praxis que se vinculará especialmente a la ley. Las modalidades serán esencialmente tratadas en el ámbito de las fuentes como modalidades del contrato. El pago se verá como una forma de extinción natural de las obligaciones sin abrir la posibilidad conceptual de que el mismo tenga efectos distintos. La prescripción le acompañará en esos derroteros, evidenciando que la falta de exigibilidad denota la inexistencia de la obligación como lo hace del contrato. El fenómeno jurídico se vinculará necesariamente a la exigibilidad o coercibilidad. La transmisión de las obligaciones se verá como un imposible conceptual, pese a la necesidad

económica y social de reconocer la posibilidad de su comercio. El sello fisiocrático que le impulsará con la revolución francesa se volverá inexorablemente parte de su identidad pragmática.

La codificación alemana en 1900 como causahabiente del romanticismo alemán, la escuela histórica y su heredera pandectística conceptual -*la jurisprudencia de conceptos*- refrescarán la visión del fenómeno jurídico al buscar un regreso a la perspectiva de la antigüedad epitomizada en el derecho romano, aunque bajo perspectivas diferentes. Ciertamente la visión que se pretenderá imprimir por la pandectística se caracterizará por una aspiración científica, que aunque basada en el estudio de la romanística y su natural casuismo, buscará la formación de conceptos desde una perspectiva inductiva. Se caracterizará por la abstracción y generalización de sus conceptos, así como por la búsqueda de una teoría general conceptualizadora,. Una visión matemática y científicamente válida de conceptos resultantes que pretenden ser ciertos en cualquier caso detonando la abstracción de características de identidad que son ciertas con independencia del caso concreto. Emulando los esfuerzos Leibnitzianos en la materia, la pandectística se caracterizará igualmente por un retorno natural a principios conceptualizadores de la lógica aristotélica como método y por la pretensión de un derecho científicamente válido. El sesgo legitimador de dicha voluntad general, parecerá sin embargo pretender el mismo fin, representando ahora al -*Volkgeist*- y no a -*la Volonté Générale*-. Esta representación y manifestación se verificará a través de un filtro intelectual purista y científico en la labor del jurista que no del legislador. De ahí se desprenderá una pretensión conceptualizadora distinta, con vocación de establecer una "ciencia jurídica" que desprenderá conceptos científicamente válidos y no solo legalmente sustentables.

No obstante analizar el mismo fenómeno jurídico y social, los conceptos resultantes presentarán diferencias notables, por obviedad de su desiderata, sus métodos y sus actores. Así la obligación no se caracterizará más por su dualidad exigible y pecuniaria. La misma será parte de una teoría general de la obligación, dentro de la cual se incluirá el tratamiento contractual. En su tratamiento se invierte el fenómeno romanista y napoleónico y su natural perspectiva contractualista, práctica y anti dogmática. Las fuentes se multiplican en consecuencia y sus particularidades rompen el molde romanista. Se desprende del fenómeno legal pero también del casuístico. Así, al no depender más su esencia de la

exigibilidad - *propia e inherente al racionalismo legislativo* - la obligación puede desprenderse de su pecuniariedad. Las obligaciones naturales regresan a un análisis jurídico - que había desvirtuado en el fenómeno napoleónico, su origen romano -. Las obligaciones pueden crearse por ende unilateralmente. Las obligaciones tienen modalidades, no ya así solamente los contratos. Las obligaciones se despersonalizan en consecuencia, pueden transmitirse y su régimen de extinción presenta diferencias consecuentes y fundamentales. La conceptualización científica pretende desvincularse del accidente casuístico y encontrar cauces y verdades de corte aritmético y científico. La ley no es sin embargo tampoco la piedra angular del concepto. Este merece un tratamiento científico.

Para efectos específicos del derecho mexicano, el "accidente" de la pandectística, la jurisprudencia de conceptos y el BGB podría en ese tenor quedar en el ámbito de la filosofía y la historia del derecho, si no fuera por la revolución mexicana. Muy casual y paradójicamente es la revolución mexicana, en sus propósitos de reinvención de la realidad social mexicana, la que buscará abrevar en el fenómeno pandectístico. En su rechazo al liberalismo económico decimonónico, será la revolución mexicana la que rechazará el modelo burgués epitomizado en el Código Napoleón. Buscando alternativas, auspiciado por la revolución jurídica detonada por Duguit a principios de siglo, el régimen callista buscará opciones que encontrará - *como único modelo alternativo en occidente* - en el BGB y sus características científicas. Es así como se redacta el Código de 1928 que busca romper el molde de los Códigos mexicanos de 1870 y 1884, replicas mexicanas del fenómeno Napoleónico. Por verdadera paradoja es de esta forma que un código de pretensiones elitistas y científicas es emulado por un régimen revolucionario social que pretende utilizar sus asertos y características para cambiar la realidad jurídica civil mexicana, siguiendo los postulados sociales de la constitución publicada en 1917 y los lineamientos de socialización del derecho privado anticipados por Duguit.

El proceso del Código de 1928 es una pretensión de reinventar no solo la labor del legislador sino también de la esencia y los alcances del concepto de obligación. La comprobación de ambos cambios de paradigma, es materia de esta investigación.

Si bien el legislador de 1928 no define a la obligación, sí establece una restructura íntegra del Código en la materia. Esta restructura ilustra bien su filiación pandectística. Así, mediante la inclusión de una Teoría General de la Obligación –, en el Libro IV de las

Obligaciones, reemplaza el anterior Libro III de los Contratos, de los Códigos de 1870 y 1884 El legislador segrega al contrato como una fuente más, junto con la cual inaugura un título (el Primero del libro en comento) de fuentes de las obligaciones en el que incluye figuras tradicionalmente conceptualizadas y clasificadas en el contexto contractual - *gestión de negocios, estipulación en favor de terceros* - junto con nuevas fuentes e instituciones que resultarían imposibles o inaceptables para la doctrina anterior como son la declaración unilateral de voluntad, y el enriquecimiento sin causa. Lo anterior sin obviar la inclusión en el capítulo del enriquecimiento sin causa - *a la postre calificado ahora de ilícito según la perspectiva Duguitiana*-, de nociones sobre la obligación natural, también ausentes en la legislación decimonónica. La inclusión de una confusa e inútil sección de los títulos civiles así como la muy innovadora sección de la representación directa que dogmatiza por primera vez en México los distintos tipos de representación.

Erosiona así al contrato como fuente primigenia de obligaciones y a la autonomía de la voluntad. En el proceso, se incluyen fuentes que además de tener esa inspiración conceptualista alemana y ser ajenas a la realidad jurídica romanística y napoleónica, permiten inferir nuevas características de la obligación bajo un parámetro científico. Ciertamente la declaración unilateral de voluntad, es inconcebible sobre el concepto heredado de esa tradición puesto que la obligación deja *per se* de consistir en una relación jurídica, la exigibilidad ya no le caracteriza. En ese mismo esfuerzo, el legislador elimina el aspecto pecuniario del objeto de la obligación y rompe así una tradición que derivaba desde el régimen de las *legis actionis* y el pago por equivalente pecuniario establecido en la *Lex Paeteria Papiria*. En esta dirección la perspectiva dogmática del legislador que pretende cambiar y redefinir su papel se refuerza mediante la inclusión de dos nóveles teorías de Bonnecasse. Una en materia del objeto motivo o fin reemplazando la teoría de la causa, de secular discusión desde la antigüedad romana y especialmente bajo el influjo de la visión aristotélico-tomista de las causas. La otra en materia de nulidades e ineficacias con las cuales rompe el paradigma exegético de la aplicación hermenéutica de la ley, abriendo cauce al análisis del juzgador. En esa línea la calificación del hecho ilícito para desvincularlo de la culpa y referirlo a la simple calificación de conducta ilegal subraya nuevamente la desiderata Duguitiana y revolucionaria social del discurso de la comisión redactora. Este es reiterado con la inclusión de la responsabilidad objetiva, precursora de la

tendencia socializante que seguirá la legislación laboral, también de novel inclusión. El afán por redefinir su función como legislador al cambiar no solo la regulación sino la función de la ley, del juzgador, y del propio legislador evidencia igualmente su pretensión academicista. En ella abreva en teorías mucho más profundas y conceptualistas - *organicistas* - como es la de las nulidades y en una visión mucho más profunda y pretendida moderna en el análisis de la voluntad - *teleológica* - y no meramente causalista, de acuerdo con los mayores adelantos psicológicos y filosóficos de principios del siglo XX. Esta perspectiva teleológica de los actos jurídicos se acompañará de la inclusión de su novel teoría - *acto y negocio jurídico* -, nunca antes referida expresamente en el ordenamiento. Asimismo, las reglas de interpretación de las fuentes voluntarias - específicamente de los contratos - *cuyas reglas se extienden allende los mismos gracias a la referencia del acto jurídico* - se modifican respecto de la tradición decimonónica para intentar desentrañar la verdadera intención en un parámetro dogmaticista de mucho menor pragmatismo. Lo anterior se acompaña de un novel tratamiento en materia de representación directa con el cual, se abren distintos caminos dogmático- interpretativos que la visión apolínea de origen romanista impedía, en múltiples instituciones.

Se siembran en ese primer título las inquietudes conceptuales de la obligación que se verán complementadas y radicalizadas en los títulos siguientes. La obligación en tanto relación jurídica basada en un fenómeno personalista, casuístico procesal e individualizado empieza a desdibujarse. La ley como fuente adquiere un lugar preeminente en la clasificación de las fuentes a la que se cambia la perspectiva, en la estructura integral como en la calificación de ciertas instituciones (vgr. enriquecimiento y hecho ilícitos)

En ese contexto, las modalidades son calificadas nuevamente en el Título Segundo, bajo el mismo afán dogmático y organicista como "Modalidades de las Obligaciones" y no ya sólo como diferentes tipos de obligaciones como acontecía en los Códigos de 1870 y 1884. Lo anterior sigue el mismo modelo organicista y reagrupa en el Código de 1928 muchas especies que dogmáticamente nunca se habían presentado todas juntas en el mismo ordenamiento. Agrupa así modalidades de lo que pudieran considerarse doctrinalmente los elementos de la obligación bajo el parámetro romanista, los sujetos, el objeto y la contradictoria relación jurídica que se desdibujará como elemento, ante el análisis lógico-conceptual de ser elemento y totalidad. La erosión de la relación jurídica o más

propiamente identificado, de su característica exigible o coercible, se verifica - *en conjunto con la declaración unilateral de voluntad incluida en tanto fuente* - en la regulación de la condición suspensiva. Ésta, en concierto con la inclusión de las nuevas fuentes, deja entrever que el legislador puede aceptar obligaciones unilateralmente creadas, así como obligaciones existentes pero carentes de exigibilidad. Lo anterior reitera esa posibilidad de considerar inductivamente una obligación que se definiese ya no como una relación necesariamente exigible y de contenido pecuniario sino como una necesidad de mantenerse en aptitud de cumplir con una determinada prestación de dar, hacer o no hacer. El paradigma conceptual de la antigüedad ve ahí su primer punto de quiebre estructural. La comparación de la regulación de la condición versus sus antecedentes decimonónicos y en concierto con la regulación del término y del pago de lo indebido, mantienen cada vez con mayor fuerza y sistemática la hipótesis de una nueva perspectiva de la obligación planteada por el legislador, bajo premisas y desiderata conceptualista y no solo reguladora sino instructora. La regulación a detalle de modalidades de objeto nunca antes estructuradas en conjunto como la indivisibilidad y la conjuntividad reiteran la perspectiva dogmatizante y academicista del legislador que actúa conforme avanzan las secciones del código más en concierto con una visión sistemática de perfil pandectístico y alejándose del pragmatismo legislativo napoleónico. Lo mismo acontece en el contexto de las modalidades de los sujetos donde el perfil academicista se verifica en la reclasificación de la mancomunidad en género y especie junto con la solidaridad como segunda especie. Este cambio , permite e induce a que la solidaridad se distinga a su vez, con mucha claridad, bajo una perspectiva dogmática y práctica, de la indivisibilidad en sus distintas facetas - *por naturaleza, por pacto y por pago , siguiendo el estructurado y profundo modelo de Dumoulin que había sido abandonado en el siglo XIX muy probablemente debido a su complejidad*- . En el Código de 1928, la indivisibilidad por pacto admite relevancia precisamente gracias a la dogmatización de la simple mancomunidad, en tanto primera especie de la mancomunidad *lato sensu* y que permite plantear la divisibilidad del pago que sería de otra forma una simple quimera dogmática, abriendo así el abanico conceptual de las indivisibilidades no reflejado en el modelo decimonónico pragmático. En este esfuerzo, el legislador reitera su ruptura con el paradigma de su función tradicional como bien lo anticipa García Tellez, presidente de la comisión redactoral. Espectacular paradoja que se basa sin embargo en un

modelo aristocrático tan lejano de la *desiderata* revolucionaria social de que se jacta dicha comisión redactora. En ello se confirma nuevamente la hipótesis primaria de esta investigación respecto del nuevo papel que se arroga dicho legislador.

La pretensión dogmatizante del legislador no tiene desperdicio para efectos de nuestra segunda hipótesis sobre el concepto resultante para la obligación. Más allá de la reestructura del Libro IV y de la inclusión de un capítulo de fuentes, el legislador incluye igualmente de forma novedosa la calificación del acto jurídico y su natural replanteamiento de conceptos alrededor del mismo. Al ser aplicables las disposiciones del régimen contractual a todos los actos jurídicos salvo lo que se disponga en su régimen especial, esta inclusión resulta mucho más relevante que una mera anécdota académica de teoría jurídica. Ciertamente es alrededor de dicha inclusión que se replantea, siguiendo el mismo parámetro que redefine a la obligación, la segunda parte de dicho Libro en comento y de dicha teoría general de la obligación. El pago no es más calificado y clasificado como una forma de extinción de las obligaciones según el modelo de la antigüedad. El pago en calidad de acto jurídico permite analizar en una visión sistémica y científica, la voluntad del que paga y por ende los fines que persigue, mismos que no necesariamente se agotan con la extinción de la obligación. Este cambio es fundamental para la inclusión de un nuevo Título III de la Transmisión de las Obligaciones en el que todo confluye y que confirma la ruptura del paradigma conceptual de la obligación.

Ciertamente la perspectiva del legislador imbuida de la pandectistica, concluye el proceso que era empujado por la necesidad practica de intercambiar y circular obligaciones. La despersonalización nunca abiertamente aceptada hasta entonces y solo sugerida por instituciones paralelas de origen romanista como la *procuratio in rem suam* o la cesión de acciones es finalmente incluida de modo abierto con la posibilidad de transferir conceptualmente obligaciones por vía voluntaria - *pretendida tanto activa como pasivamente* - como por vía legal - *reclasificando y dando una nueva naturaleza jurídica y características a la subrogación* -. Al ser transmisible la obligación no puede ser más un vínculo entre un deudor y un acreedor, los sujetos se vuelven soslayables e intercambiables. La esencia obligatoria radica en la prestación y en el deber - schuld-. La exigibilidad consecuente con la dualidad obligatoria deviene un complemento potencial pero no

definitorio. El cambio de paradigma ya ha cruzado un punto de no retorno iniciado en las fuentes y sustentado en las modalidades.

Así, la subrogación anteriormente aceptada solamente como consecuencia de las extinción de las obligaciones bajo sus vertientes voluntaria y legal se convierte en una forma de transmisión de las obligaciones que opera de forma legal total y sin necesidad de declaración judicial. La estructura de la transmisión no es sin embargo entendible ni aceptable sin la reclasificación del pago ya no como forma de extinción sino como efecto relacionado con el cumplimiento. Este no sería tratable de esta suerte sino se le dogmatizara y calificara como acto jurídico merced a la inclusión de esta teoría - *como lo atestiguan más de veinte siglos en los que el pago solo fue considerado una forma de extinción* - Esta ya no es más una relación puesto que no solamente puede crearse unilateralmente, sino que además puede transmitirse por vía tanto activa como pasiva, tanto voluntaria como legalmente. Bajo el Código de 1928, el acomodo de las piezas reguladoras va armando una estructura matemática que no era factible bajo las premisas reguladoras del legislador decimonónico y mucho menos bajo los parámetros meramente casuísticos del derecho romano y la antigüedad. El legislador de 1928, convierte al pago en calidad de efecto, en tanto acto jurídico, en el gosne que articulará todo lo anterior, como parte del replanteamiento conceptual de la obligación. Ciertamente es con el pago que el fenómeno obligatorio podrá simplemente extinguirse o extinguirse y crear nuevas obligaciones bajo el abanico de fuentes que son igualmente incluidas y reclasificadas de forma novedosa, ya sea a través de un tradicional mandato, o de una gestión de negocios - que no es más aceptada como un mandato oficioso. El Pago será igualmente para efectos conceptuales el mecanismo a través del cual se canalice la transmisión de las obligaciones en sus dos vertientes legal y voluntaria así como en sus dos pretendidas vertientes voluntarias la cesión de derechos y la cesión de deudas, por accidentada que resulte la segunda. En todos esos casos, la despersonalización confirma el cambio de concepto y la reclasificación del pago y de la subrogación lo sustentan e implementan.

Lo anterior no sería un circulo vital y orgánico completo si no se acompañara, en el diseño integral planteado por el legislador de 1928 en busca de sus dos nuevos paradigmas, por los cambios quirúrgicos operados en materia de extinción de las obligaciones. A este respecto, la eliminación por un lado de la prescripción negativa, dentro del capítulo de la

extinción de las obligaciones refuerza la perspectiva germánica por la que la obligación no es definible por la exigibilidad. La pérdida de la acción no puede más calificarse en el Código de 1928 como una forma de extinción de la obligación. Más allá de la reclasificación de la misma junto con la prescripción positiva en el libro de bienes y formas de adquirir la propiedad, el discurso es suficientemente explícito en adición a las inclusiones y modificaciones de los apartados precedentes, especialmente a la inclusión de las obligaciones naturales como excepción a las reglas en materia de pago de lo indebido. Por otro lado, la reclasificación y consecuente conversión de la subrogación, antes consecuencia de la extinción de las obligaciones por pago, hoy una de las formas de transmisión de las mismas, redunda en el discurso anterior de la despersonalización al cual se llega mediante la dogmatización y reclasificación del pago, igualmente de novel manufactura. Lo anterior se completa con los ajustes en materia de novación. Para el legislador de 1928, en congruencia con todo lo anterior, la novación siempre permitida y regulada bajo facetas subjetiva como objetiva no puede ser más sino objetiva. Ciertamente el elemento de novedad y el *animus novandi* no parecieran poder versar más sobre la identidad de los sujetos. Admitida expresamente la transmisión, el cambio de sujetos no puede ser considerado factor de cambio substancial para extinguir una obligación y reemplazarla por una nueva. La despersonalización de la obligación cierra su ciclo en el ámbito orgánico de la extinción de las obligaciones. En el fenómeno antiguo lejano al dogmatismo pandectistico que adopta el legislador de 1928, el cambio de sujetos, atado a la autonomía de la voluntad, podría permitirse la *procuratio in rem suam*, la cesión de acciónes, la asunción de deuda bajo esquema de *expromissio*, la promesa de porte fort y la subrogación como tercero excluido admitido en calidad de evidencia de la desiderata legislativa - muy lejana a la vision de Windscheid y la Begggrifjurisprudenz- . La novación subjetiva quedaba como un comodín de pacto en el que podía querer enfatizarse un ánimo extintivo y por consecuencia dejarse en el universo de opciones voluntaristas que proveía el esquema contractual fisiócrata y burgués, carente de vocación científica. Bajo el esquema pandectístico, la novación subjetiva no tiene razón de ser bajo la premisa aristotélica del principio de no contradicción. Imposible que se extinga, si puede ser materia de transmisión.

El ciclo se cierra así y resulta evidente el doble cambio de paradigma perseguido por el legislador. Por un lado, convertir al código en un libro de texto con perfección y rigor académico en oposición a sus antecesores, para cambiar la realidad desde la ley. Por el otro, en materia de obligaciones, el legislador cambió la conceptualización de la obligación. En su calidad de centro de la reflexión jurídica es patente que el concepto de obligación deriva e irradia todas las demás disciplinas. Cambiar el concepto de la obligación parece convertirse en un símbolo de cambio de igualdad social. El debate es apasionante puesto que la obligación, sin ser definida parece decantarse de su versión primigenia casuística acientífica y pragmática. En la perspectiva de 1928 la obligación es visualizada como un fenómeno matemáticamente perfecto, cuyas variables son analizadas desde una perspectiva organicista. Lo anterior permite por un lado verla desde su nacimiento - *en distintas fuentes antes soslayadas o contractualizadas* -, así como analizarle modalidades en sus elementos básicos - *que no alteran su esencia* -. Por otro lado la nueva perspectiva de la obligación permite que la misma sea transmitida y que el pago de la misma no sea *per se* un fenómeno extintivo. Por último y en congruencia con esta nueva perspectiva conceptual, la obligación no es más un concepto cuya alteración de los elementos subjetivos pueda considerarse le extinga. Con lo anterior se confirman las dos hipótesis de trabajo ya que por un lado se demuestra claramente el cambio de paradigma de la función que el legislador tiene de sí mismo. Por el otro, la consistencia y sistemática orgánica de los cambios operados, dejan ver con claridad, en concierto con el cambio de paradigma de función, una nueva visión de lo que por obligación debe y puede entenderse, misma que en forma alguna puede coincidir con la visión de la antigüedad, dada la variedad de métodos, fines, actores y perspectivas al respecto. Sin embargo la transformación del Código resulta parcialmente acabada, al resultar la coexistencia de instituciones de origen napoleónico con instituciones de inspiración y estructura pandectística. El híbrido resultado abre las posibilidades interpretativas, lo cual no es un problema per se. De hecho esto bien pudiera corresponder con las metas del legislador de 1928 que busca desembarazarse de los paradigmas de siglo XIX. Sin embargo la academia civil mexicana del siglo XX no fue del todo capaz de asimilarlo lo cual produjo textos e interpretaciones que mezclan acríticamente las instituciones y los cambios referidos.

La conclusión que subyace sin embargo es la validez científica del cambio operado por el legislador respecto de ambos paradigmas. Esta situación puede evaluarse desde dos perspectivas. Por un lado la experiencia forense y el resultado doctrinal después de un siglo parecen seguir - *como se verifica por la abundante doctrina nacional y por los precedentes compilados en el cuarto capítulo del fenómeno obligatorio antes y después de la publicación del Código de 1928*- . En ambos es evidente que la visión de la antigüedad no ha sido modificada prácticamente en forma alguna. Es escasa la información doctrinal que se atreve a descifrar e interpretar armónicamente los cambios como se han sugerido en estas líneas. Sigue prevaleciendo una visión romanística, caso a caso en la que la interpretación armónica es soslayada. Así los precedentes  no han dibujado el cambio de paradigma sugerido y se han mantenido fieles a la expresión decimonónica, de corte pragmático y menos elaborado. La utilización de doctrinas elitistas y científicas no parece haber surtido el efecto buscado por el legislador. Respecto del concepto de obligación, la transmisión parece ser el tópico de mayor aceptación práctica Otros temas-satélite son manipulados en lo individual como las condiciones suspensivas, la declaración unilateral de la voluntad, los títulos de crédito y civiles, y la representación directa. Sin embargo, no se busca ni logra a su respecto en la doctrina mexicana del siglo XX, un hilo conductor por el que pudiera llegarse a conclusiones dogmáticas sistemáticas más atrevidas y vanguardistas como las que se han sugerido en estas líneas. Parece sin embargo que el método científico incluido en 1928 y la reflexión respectiva dejan un sabor de boca de congruencia por el que pudiera decirse después un análisis integral que el concepto de obligación no es el mismo que en el siglo XIX. Si bien se trata del mismo fenómeno jurídico-social, analizado desde perspectivas diferentes, el resultado del Código de 1928 arroja conclusiones sistemáticas novedosas.

La obligación no puede en abstracto conceptuarse más como una relación jurídica exigible y pecuniaria. Es más bien una necesidad jurídica de mantenerse en aptitud de cumplir una determinada prestación de dar hace o no hacer. A partir de 1928 parece inevitable concluir que la obligación (i) puede crearse unilateralmente, y (ii) puede tener modalidades que evidencian que su verdadera esencia está en el objeto o prestación. De la misma forma parece conclusivo bajo el texto de 1928 que la relación jurídica no le es un elemento ni un factor de definición sino un accidente. Por último parece innegable ya que la

obligación es hoy susceptible de transmisión tanto voluntaria como legal, sin que esto afecte a su esencia. Instituciones auxiliares como las ineficacias o la visión teleológica del objeto de Bonnecasse, el análisis de la representación directa y el pago como centro de la teoría y su dogmatización a través de la teoría del acto y negocio jurídico coadyuvan a esa conclusión y la hacen sustentable.

BIBLIOGRAFIA GENERAL


1. Adonon Viveros Akuavi, *El primer código civil en México*, Código Civil de Oaxaca, 1827-1829, 124 pp
2. Arangio Ruíz Vicenzo, *Instituciones de derecho romano*, Editorial De Palma, 1952 Buenos Aires, 682 pp
3. Astudillo Ursúa Pedro, *Los Títulos de Crédito*, Editorial Porrúa, México 1983, 266 pp;
4. Aristóteles Tratados de Lógica (Organón) Categorías.Tópicos. Sobre las refutaciones sofísticas. Introducción, traducción y notas de Miguel Cndel San Martín; Editorial Gredos Madrid, 1982 2 tomos 843 pp.
5. Arnaud André Jean, *La regla del juego en la paz burguesa, ensayo estructural del código civil francés*, Traducción de Brigitte Bernard, Universidad de Zula Maracaibo Venezuela, 1978, 285 pp
6. Audit Bernard et al; *1804-2004, Le Code Civil, Un passé, un présent , un avenir*, Dalloz, 2004, Paris, 1085 pp
7. Berkowitz Roger, *The gift of Science*, Harvard University Press, Cambridge, 2005, 214 pp
8. Berman Harold, *La formación de la tradición jurídica de occidente*, FCE, México D.F. 1983, 674 pp
9. Boffi Boggero Luis María; *La declaración unilateral de la voluntad como fuente de las obligaciones*; Buenos Aires, 1942; p [ falta paginacion completa y corroborar citas de pagina 262 son de este o del tratado siguiente - Tratado de las obligaciones ]
10. Boffi Boggero Luis María; *Tratado de las obligaciones*; Buenos Aires, 1968, 508 pp
11. Brosetta Pons Manuel; Tendencias actuales del derecho mercantil a fines del siglo XX, en Revista de derecho privado; IIJ; UNAM; año 3; número 7; Enero-Abril; 1992 México.-
12. Bonnecasse Julien; *Tratado elemental de derecho civil*; Editorial Harla; México D.F. 1993; 1048 pp.
13. Bonnecasse Julien, *El estudio del derecho*, Editorial Cagica, Puebla México, 1944, p 384
14. Borja Soriano Manuel; *Teoría General de las Obligaciones*; Porrua Mexico 1985; 732 pp
15. Borja Martinez Manuel; *Naturaleza Jurídica de la condición suspensiva*; _____
16. Cannata Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, traducción de Laura Gutiérrez-Masson, Editorial Tecnos, Madrid España, 1996, 242 pp

17. Castán Tobeñas José; *Derecho Civil Español, Común y foral*; Reus Madrid; 1992; tomo 3; 859 pp
18. Castañeda Rivas María Leoba; *El derecho civil en México, dos siglos de historia*, Editorial Porrúa México, 2013, 108 pp.
19. Davalos Mejía Carlos, *Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras* Tomos I y II, Editorial Harla México 1992, 2000 pp;
20. De la Peza José Luis, *De las Obligaciones*; Editorial Porrúa, 2002 México, D.F., 184 pp
21. Diamond Jared, Guns Germs and Steel, *The Fates of Human Societies*, New York, NY., W.W. Norton & Company, Inc, 2005, pp 518
22. Diez Picazo Luis, *Fundamento de derecho civil patrimonial, Introducción, teoría del Contrato*, Tomo I, 656 pp
23. Diez Picazo Luis, *Fundamento de derecho civil patrimonial, Las relaciones obligatorias*, Tomo II, 1092 pp
24. Diez Picazo Luis et al; Sistema de Derecho Civil; Volumen I, *Introducción, Dereho de la Persona, Autonomía Privada, Persona jurídica;* Tecnos, Madrid 2002, 630 pp.
25. Domínguez Martínez, *Derecho Civil, Parte General*, Editorial Porrúa, México D.F., 1990, 701 pp
26. Duguit León, traducción de Carlos G. Posada, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código Napoleón*, Editorial Heliasta Buenos Aires, 1975, 268 pp.
27. Esquivel Obregón Toribio, *Apuntes para el estudio de la historia del derecho en México*, 1984, Editorial Porrúa, 923 pp
28. Febrero Mejicano o La librería de jóvenes abogados y escribanos por Eugenio de Tapia adicionada por el licenciado Anastasio de la Pascua, Méjico 1834, Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arévalo, Tomo III.
29. Fergusson Neil; Civilization, the West and the rest; The Penguin Press, New York; 2011; 402 pp.
30. Finkielkraut Alain; *La derrota del pensamiento,* Editorial Anagrama, Barcelona, 1987, 139 pp.
31. Fuentes López Carlos, *El racionalismo jurídico*, IIJ; UNAM, México, 2003, 274 pp.
32. Fuenteseca Degenefee Margarita; *La formación romana del concepto de propiedad*; Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2004; 250 pp

33. Fromont Michel et al, *Introduction au droit allemand*, Editions Cujas, Paris, 1977 Tomes I et III, 252 pp y 666 pp
34. García Téllez Ignacio, *Motivos, colaboración y concordancias del nuevo código civil mexicano*; 1932; 166 pp
35. Gaudement Eugene; *Teoría general de las obligaciones*; Editorial Porrúa; México D.F.; 2000; 534 pp
36. Gaudemet Jean, *Les institutions de l'antiquité*, Montchrestien, Paris, 1994, 495 pp
37. Garrigues y Garrrigues Joaquin; *Curso de derecho Mercantil*, Tomos I y II, Editorial Porrúa ;México 1998, 1900 pp
38. Gomez Gordoa José, *Títulos de Crédito*, Editorial Porrúa México 1991, 285 pp;
39. González María del Refugio, Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1981, 130 pp
40. Gousset Le Cardinal Mgr., *Le Code Civil commenté dans ses rapports avec la theologie morale, ou explication du code civil,* Librairie classique d'Eugene Belin, Paris, 1853; 864 pp
41. Gutiérrez y González Ernesto; *Derecho de las obligaciones*, Editorial Cajica, Puebla México; 1984, 946 pp
42. Guzmán Valdivia Isaac, *El conocimiento de lo social*, Editorial Jus, México 1983, 215pp
43. Grossi Paolo, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid,256 pp 1996
44. Ihering, Rudolf Von, traducción y abreviatura al español por Fernando Vela, *El Espíritu del derecho romano*, Revista de Occidente, Madrid, 466 pp 1962
45. Ihering Rodolfo Von, *Cuestiones jurídicas*, traducción de Adolfo Posada, La España Moderna, Madrid, 243 pp
46. Ihering Rudolf Von, La Dogmática Jurídica, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1946; 231 pp.
47. Kunkel Wolfgang, *Historia del derecho romano*, traducción de Juan Miquel, Ariel, Barcelona, 1975, 248 pp
48. F. Laurent; *Principes de Droit Francais*, Paris, 1878, Librairie A. Maresq, Aine, trente et trois Tomes.
49. Larenz, Karl, *Metodologia de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1966, 536 pp.

50. Lefebvre-Teillard Anne; *Les differents facteurs d'unificaction dans l'Ancien Droit*; en Audit Bernard et al; *1804-2004, Le Code Civil, Un passé, un présent , un avenir*, Dalloz, 2004, Paris, p 78-85
51. Lepointe Gabriel, *Histoire des institutions et des faits sociaux* (987-1875); Editions Montchréstien, Paris, 1956, 1004 pp
52. Lévy Jean Philippe; *La révolution francaise et le droit civil*; en Audit Bernard et al; *1804-2004, Le Code Civil, Un passé, un présent , un avenir*, Dalloz, 2004, Paris, p 87
53. Macedo Pablo, La evolución del derecho civil; en Evolución del Derecho Mexicano, Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho; Editorial Jus México 1943; tomo II 307 pp.
54. Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, 302 pp
55. Morineau Oscar, *El estudio del derecho*, Porrúa, México, 1953, 521pp
56. Motifs et discours prononcés lors de la présentation du Code Civil; Discours préliminaire du premier projet de code civil presenté en l'an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Prémeneau et Maleville, membres de la commission nommée par le gouvernement; Firmin Didot Frères, Fils et Cie. Libraires, Paris, MDCCCLVII, Deux Tomes.
57. D'Olivier; M. Essai sur l'art de la législation, Carpentras DEvillario-Quenin Imprimeur - Libraire, 1815, 291 pp.
58. Pampillo Baliño Juan Pablo, *Historia general del derecho*, Oxford, México, 2008, 459pp
59. Platas Pacheco María del Carmen, México D.F., *Filosofía del derecho, Lógica jurídica*, Prologo de Gerardo Dehesa Dávila, Editorial Porrúa, México, 2008, 125 pp
60. Planiol Marcel; *Traité élementaire de droit civil; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, Paris, 1925, Trois tomes; 3250 pp
61. Portalis Jean Etienne, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil presentado el primero de pluvioso del año IX por la comisión designada por el gobierno consular*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1959, 60 pp
62. Rabasa Emilio, *La constitución y la dictadura*; Estudio sobre la organización politica de México, Editorial Porrua México, 1956, 246 pp.Rodriguez de San Miguel Juan Nepomuceno; Pandectas Hispano-Mexicanas, Estudio Introductorio de Maria del Refugio González, UNAM, México, IIJ, 1991, 1716 pp

63. Rojina Villegas Rafael, *Tratado de derecho civil*, Tomo Quinto, Volúmenes I, II y III; Obligaciones; Antigua Librería Robredo; México 1960; 1544 pp
64. Safranski Rüdiger, Romanticismo, *Una odisea del espíritu alemán*, Tusquets, México D.F. 2011, 379 pp
65. Sánchez Medal Ramón, *De los contratos civiles*, Editorial Porrúa, México, 1991; D.F., 616 pp.
66. Savigny, Friederich Karl Von, *Tratado de la Posesión*, Editorial Colmenares, Granada, 2005, Edición y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, 322 pp
67. Savigny, Friederich Karl Von et al, *La escuela histórica del derecho*, documentos para su estudio, traducción por R.Atard, Librería general de Vitoriano Suárez, Madrid 1908, 315 pp
68. Savigny, Friderich Karl Von, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, traducción y prólogo de Adolfo Posada, Estudio preliminar por Jose Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2008, 102 pp
69. Savigny, Friderich Karl Von, *Textos Clásicos*, estudio preliminary de Agustín Squella, UNAM México, 1981, 89 pp
70. Spengler Oswald, *La decadencia de occidente*, Calpe, Madrid, 1926, Tomos I al IV.
71. Soriano Cienfuegos Carlos, *Circulación de modelos y centralidad de los códigos civiles en el derecho privado latinoamericano* en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, IIJ-UNAM, número 136, enero-abril 2013, pp.143-146.
72. Stern Jacques, *La codificación una controversia programática basada en obras de Thibaut y Savigny*, Introducción y traducción por Jacques Stern, Aguilar, Madrid, 1970, 281 pp.
73. Thibaut A.F.F., *Necesidad de un derecho civil común para Alemania*, Introducción y traducción por Jacques Stern, Aguilar, Madrid, 1970, Heidelberg, 1814, 45 pp
74. Tomás y Valiente Francisco, *Manual de Historia del derecho español*; Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pp 483
75. Tuhr Von Andreas, *Derecho de las obligaciones*, Madrid Reus; 1934; Tomos I y II; 697 pp;
76. Villey Michel, *La formation de la pensee jurídique moderne*, Presses Universitaires de France, Paris 2003, 624 pp
77. Villey Michel; Le droit Romain, Presses Universitaires de France; Paris; 1964; 124 pp
78. Wauters Bart et al, *Historia del derecho en Europa*, Colección IE Law School, Pamplona, 2013, 206 pp

79. Weckman Luis, *El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional*, Fondo de Cultura Económica México D.F., 311 pp
80. Wiaecker Franz, *A history of private Law in Europe*; foreword by Reinhardt Zimmerman, translated by Tony Wier, Clarendon Press Oxford, 2003, 488 pp
81. Windscheid Bernhard, *Tratado de derecho civil alemán (derecho de pandectas),* Tomo I, Volumen I, traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1976, 287 pp
82. Zea Leopoldo, *El positivismo en México; nacimiento apogeo y decadencia*, FCE, México 1968, 481 pp
83. Zimmermann Reinhardt, *Roman Law, Contemporary Law*, European Law, Oxford, 2001, 197 pp
84. Zimmermann Reinhardt; *The Law of Obligations*, Roman foundations of the Civilian Tradition; Clarendon Paperbacks Oxford University Press; New York; 1990; 1241 pp

1. Exposición de los cuatro libros del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California que hizo la Comisión al presentar el proyecto al Gobierno de la Unión y Código Civil del Distrito Federal y el territorio de la baja california; Imprenta dirigida por José Batiza, México, 1870; 634 pp
2. Código Civil del Distrito Federal y el territorio de la baja california y Ley de relaciones familiares por decreto del 14 de diciembre de 1883; Editorial Porrúa México, 1919; 664 pp.
3. Código Civil del Distrito Federal Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes, los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.
4. Mega Code civil., 6e éd. France, 1804, Edition Dalloz, Paris Cedex 2005.
5. Digesto de Justiniano, traducción de Bartolome Agustín de Fonseca.
6. Moliner Maria Diccionario de la lengua Española, Editorial Gredos, 2007, Madrid.