

HUMBERTO BRISEÑO SIERRA\*

LA HIPOTECA Y EL ARBITRAJE.  
ESTUDIO EN HONOR AL LIC. JOSÉ MA. CAJICA JR.

1. Como es frecuente las concepciones que se adquieren de una manera corriente en el campo del derecho se ven desvirtuadas por la doctrina, por la legislación y lamentablemente por la jurisprudencia. Es así como en lo atinente a la hipoteca resulta que cabe hablar de una declaración unilateral de voluntad y no solamente de un contrato accesorio, que en lo relativo a esta figura existen disposiciones que hablan de su formación coactiva, de su exigencia en el campo de los particulares y también en el ámbito judicial y hasta en el plano institucional de ciertas organizaciones. La hipoteca ha tenido regulaciones que la han llevado al círculo de la privacidad y luego al más amplio de la publicidad. Se le conoce surgiendo de un convenio, de un testamento y de la ley.

Ante todo es menester recapacitar sobre la opinión doctrinaria (y su manifiesta influencia o íntima relación con la normatividad objetiva) que enarbóló la tesis de la declaración unilateral de voluntad, precisamente para establecer la posibilidad teórico-práctica de la aparición de los títulos a la orden y al portador.

Es del conocimiento general que los artículos 1873 al 1881 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal regulan las figuras de los documentos civiles pagaderos a la orden y al portador. Estos preceptos se encuentran en el capítulo II (de la declaración unilateral de voluntad), del título I (fuentes de las obligaciones) de la primera parte (de las obligaciones en general) del libro cuarto (de las obligaciones).

En consecuencia se está ante un aspecto o una parte del derecho (entendido como la galaxia normativa, esto es, como la objetivación de los

---

\* Presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

ordenamientos vigentes) que se ha calificado mayoritariamente como el sector objetivo (derecho objetivo) del fenómeno en general.

Bien considerado el fenómeno, se debería llevar a la teoría general o al campo (normatividad positiva) de lo universal del derecho. Pero por razones históricas, «vale decir», que porque así se ocurrió clasificar este aspecto de la objetividad jurídica, la problemática de las obligaciones se encendió a los legisladores de la codificación civil. Inclusive, cuando se comentan recopilaciones como el Digesto justiniano, las partidas alfonsinas o cualquiera otra publicación similar, se les moteja por una cierta dispersión o confusión de temas y se dice (aun desde que aparecieron) que no hubo orden ni concierto porque se entreveraron materias como lo penal, lo administrativo, lo procesal y lo civil. Se diría que desde entonces se ha querido crear compartimentos estancos para separar materias que se supone son heterogéneas.

Ahora bien, si se hace un esfuerzo para meditar sobre estas cuestiones sin el peso de la tradición, se advertirá que ni faltan criterios legislativos que han separado el capítulo de las obligaciones para formar una ley especial (como la ley suiza de las obligaciones), ni es verdad que ellas formen parte de un código específico como vendría a ser el Código Civil, puesto que el artículo 1859 establece: «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».

Esta fue una manera tímida de encarar el problema de la teoría general, porque además de crearse lagunas y contradicciones, se dio lugar a que por la ubicación del precepto se pensara que era una norma propia del Código Civil y que por lo tanto sólo se aplicaría supletoriamente cuando otros ordenamientos remitieran a ella de una manera expresa o implícita.

El rubro de las obligaciones recorre todo el extenso ámbito del derecho, por lo que sería una cicatería reducirlo al aspecto civil del derecho positivo. Sobre todo en el renglón que ahora se atiende, las cuestiones sobre la declaración unilateral de voluntad y de los títulos a la orden y al portador, son más propias del ramo mercantil y hasta de las páginas administrativas que de las leyes civiles.

Los comentaristas que se han ocupado de esta problemática en México han sido principalmente Manuel Borja Soriano (*Teoría general de las obligaciones*, México 1953, T. I, pág. 366 y ss.) y Rafael Rojina Villegas, (*Derecho civil mexicano*, México 1951, Tomo V, Vol. II, págs. 9 y ss.) sin que falten otros autores como los comentaristas al Código Civil (México 1993, Tomo IV, págs. 46 y ss.).

De las observaciones doctrinarias se infiere que tanto la doctrina como el legislador se enfrentaron al problema de determinar «si realmente puede un sujeto, por su propia voluntad, autoobligarse» (Rojina Villegas, ob. cit. pág. 9), la pregunta es si no se requiere la voluntad del sujeto acreedor y la respuesta, prácticamente tomada de la corriente francesa (Planiol, Baudry-Lacantinerie, etc.) es en el sentido de que ello sí es factible. Inclusive se ha estimado como progreso jurídico afirmar que la voluntad por sí sola es capaz de crear obligaciones, por más que la corriente opuesta ha objetado en el sentido de que el vínculo obligatorio no puede quedar constituido, ni producir efectos, mientras no se adhiera a la voluntad del deudor, la aceptación o conformidad del acreedor.

Desde luego, Planiol y Ripert (*Tratado práctico de derecho civil francés*, Habana, Tomo VI, 1946, págs. 15 y 16) consideraron que cabía que el legislador atribuyera un poder de esta índole al que se reconoce al consentimiento o concurso de voluntades, lo que sin embargo no estaba admitido por el Código Napoleón. Rojina Villegas trató de explicar el fundamento jurídico del nacimiento de un derecho en el acreedor sin que éste expresa su conformidad. Ello radicaría en diferenciar el nacimiento del derecho de su ejercicio, «la regla de que nadie es acreedor contra su voluntad, sólo significa, en verdad, —dijo— que nadie está obligado a ejercitar sus derechos, excepto cuando por razones de interés público se impone ese ejercicio. El nacimiento del derecho es una consecuencia que regula el sistema jurídico con o sin la voluntad del acreedor, porque no depende en rigor de esta última sino, de su causa genética. Evidentemente que si la causa de origen es un contrato, el derecho no puede nacer sin que haya el previo acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor; pero si la fuente no es contractual, el derecho puede originarse sin que intervenga la voluntad del acreedor» (ob. cit. Tomo V, Vol. II, pág. 15).

Para confirmarlo Rojina Villegas aduce el argumento de que la ley establece que quien causa un daño debe repararlo, originándose su obligación aun antes de que la víctima tenga conocimiento del principio aplicado. Por razones de equidad el enriquecimiento sin causa crea obligaciones; en la gestión de negocios, el dueño debe reembolsar al gestor los gastos hechos, cuando la gestión es útil para evitar asimismo un enriquecimiento ilegítimo. «En la declaración unilateral de voluntad, la propia técnica jurídica que acepta el principio de autonomía en los contratos, debe admitirlo respecto a aquella fuente» (ob. cit. pág. 16).

Nacido el derecho, el acreedor será libre para ejercerlo o no. El ejercicio es un hecho que impone el derecho ya constituido, por lo que la voluntad del acreedor sólo ataña al ejercicio, no al nacimiento del derecho. «Por

esta razón, la relación jurídica se puede constituir, a pesar de ser una relación entre dos sujetos, sin que intervenga el acreedor» (ob. cit. pág. 16).

Es cierto que no todas las legislaciones han aceptado la declaración de voluntad como fuente de obligaciones, y ya queda establecido que el Código Napoleón no lo hizo, por lo que la jurisprudencia francesa se negó a aceptar dicha «fuente»; pero Rojina Villegas indica que el Código mexicano de manera expresa la señala dedicándole todo el capítulo II, del título I del libro cuarto, que es el relativo a las obligaciones, si bien sólo se tratan cuatro formas específicas que son: la oferta pública de venta, la promesa de recompensa, la estipulación en favor de tercero y la expedición de documentos civiles a la orden y al portador (arts. 1860 a 1881 del Código Civil). Pero para Rojina Villegas esta no es una enumeración limitativa, por lo que es posible que existan formas innominadas de declaración unilateral, además de que hay otros códigos civiles que las regulan, como el alemán que se refiere a la promesa de deuda, las obligaciones al portador y la promesa de recompensa, tanto ordinaria, cuanto en concurso; el código suizo de las obligaciones, que a su vez trata de la oferta con plazo para aceptar, a la cual da fuerza vinculante como simple declaración unilateral de voluntad en el artículo 30. durante el tiempo señalado, así como de la oferta entre ausentes sin fijación de plazo, que también obliga a su autor conforme al artículo 50., hasta el momento en que pueda esperarse la respuesta, y la promesa pública a que alude el artículo 80., que obliga a pagar el precio a cambio de una prestación determinada. Entre los iberoamericanos cabe citar al del Brasil y al del Perú que tratan de la promesa de recompensa y de la oferta con plazo determinado para aceptar el primero de estos ordenamientos, y respecto al segundo regula tanto la promesa de recompensa, como las obligaciones que nacen de los títulos al portador. Destaca entre todas estas leyes el Código de Morelos porque es el único que ha regulado las siguientes formas: el acto dispositivo unilateral a título gratuito, la oferta a persona indeterminada, la promesa abstracta de deuda, la oferta a persona determinada, la oferta de venta, la promesa de recompensa, la estipulación en favor de tercero y la expedición de documentos civiles a la orden y al portador (arts. 1925 a 1972). El artículo 1922 consagra la siguiente regla: «La declaración unilateral de voluntad se reconoce por este código como fuente autónoma de obligaciones, fuera de los casos expresamente exceptuados en el presente capítulo. En consecuencia, toda persona capaz puede obligarse por su simple declaración unilateral de voluntad, siempre y cuando se trate de una obligación lícita y posible».

Para Rojina Villegas en el Código Civil del Distrito caben las formas innominadas de declaración unilateral de voluntad de una manera implícita y aunque no exista reglamentación alguna al respecto. De la oferta de ven-

ta, de la promesa de recompensa y de los documentos civiles a la orden y al portador, caben por analogía y con apoyo en el artículo 1899 las formas innominadas que en el Código de Morelos aparecen ya como especies no-nomadas.

Este autor observa más adelante que en materia de actos jurídicos unilaterales, no se ha reconocido ni en la doctrina, ni en la legislación, ni en la jurisprudencia, que la declaración unilateral de voluntad lícita y con interés jurídico, sea por sí sola una fuente general de obligaciones. En la esfera del contrato se reconoce el consentimiento o acuerdo de voluntades como potestad absoluta, lícita para crear y transferir derechos y obligaciones, y lo propio se dice del convenio, para modificarlos o extinguirlos, pero tratándose de la declaración unilateral de voluntad, hay un régimen distinto que niega libertad y autonomía a la voluntad unilateral para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, excepto en aquellos casos especial y expresamente determinados en la ley.

Sin embargo, León Duguit, autor que más combatiera el sistema individualista y el principio de la autonomía de la voluntad, reconoció que la misma legislación romana y el sistema individualista de la Revolución Francesa consideraron: «a) Todo sujeto de derecho debe ser un sujeto de voluntad; b) Todo acto de voluntad de un sujeto de derecho está jurídicamente protegido como tal, a condición de que tenga un objeto lícito y c) Toda situación jurídica es una relación entre dos sujetos de derecho, de los cuales uno es el activo y el otro el pasivo» (Rojina Villegas, ob. cit. p. 22).

Esta doctrina general del acto jurídico sufre una reglamentación distinta al llegar a la fuente especial de obligaciones que se denomina declaración unilateral de voluntad, por lo que en ella se invierte el principio y se cumple la obligación de Kelsen. «Las consecuencias jurídicas no son tales por ser queridas por la voluntad, sino que son queridas en tanto que son consecuencias reconocidas por el derecho» (Rojina Villegas, ob. cit. pág. 22). Esto significa tanto como establecer que los efectos jurídicos no son tales por ser queridos, sino que son queridos por ser efectos de derecho. La voluntad no es la causa eficiente de los efectos de derecho, sino la ley, para Bonnecase el acto jurídico sólo pone en movimiento la ley para transformar la situación jurídica abstracta en concreta. La voluntad, dice Rojina Villegas, sólo es el supuesto jurídico, condicionante de la concretización de la ley, para que se produzcan las consecuencias potencialmente contenidas en la misma, de tal manera que se actualizan, en la medida y términos en que hipotéticamente están reconocidas por la norma. El consentimiento o acuerdo de voluntades sólo es capaz de crear las consecuencias de derecho que expresa o implícitamente reconozca la norma (ob. cit. pág. 23).

Singularmente, la limitación inicial de la declaración unilateral como fuente de obligaciones, va adquiriendo paulatinamente un radio de acción cada vez mayor, y la doctrina tiene necesidad de explicar formas nuevas. La legislación va ampliando esta superficie y en los regímenes apartados de la influencia romana, como el inglés o el norteamericano, se encuentra un desarrollo cada vez mayor de la promesa unilateral, cuya eficacia sólo depende de una solemnidad: «el documento bajo sello».

Así pues, en tanto que el contrato pierde su potestad absoluta, la autonomía de la voluntad, en la declaración unilateral se desenvuelve alcanzando una esfera jurídica cada vez mayor, sin igualar y ni siquiera alcanzar en parte la eficacia del contrato (ob. cit. pág. 24).

Al distinguirse entre el origen y la causa de las consecuencias de derecho, asignando a la declaratoria de voluntad el papel de condicionar y poner en movimiento esas consecuencias, potencialmente contenidas en la norma, se pone en evidencia que el camino debe ser idéntico en el acto jurídico unilateral y en el plurilateral.

Ya en el artículo 1858 se da al contrato un campo de influencia igual al que deseé la voluntad lícita y posible de las partes, diciendo: «Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento». El artículo 1832 agrega: «en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse...».

El principio se consagró para reconocer el consensualismo y su interpretación se refirió al hecho de que la ley no requiera formalidades determinadas para la validez del contrato sino en los casos expresamente designados, y también tiene el alcance de precisar que el contenido y substancia de las obligaciones están en relación directa con la forma y términos en que aparezca que las partes quisieron obligarse; por ello el 1839 dispuso: «Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes. Pero las que se refieren a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley».

Esto tal vez no se llegue a reconocer para la declaración unilateral de voluntad que sólo puede proporcionar aquello que la norma reconozca o sancione, pero se delega en los contratos la facultad que sólo incumbe al legislador a efecto de que puedan crearse libremente consecuencias de derecho, y por ello la voluntad se convierte en legisladora, y el contrato en norma jurídica individualizada, siendo ley para las partes. Si una norma no

autoriza a los contratantes para crear libremente sus relaciones jurídicas, sus obligaciones y derechos, el contrato no sería el acto de mayor alcance y la voluntad no se podría proponer consecuencias que en esa hipótesis reconociera taxativamente la ley. Y lo propio cabría decir para la declaración unilateral, pues frente a una norma que obligara a toda manifestación con un objeto lícito y posible, esta voluntad tendría el mismo alcance que el contrato.

Pero para Rojina Villegas no existe ese principio general y la ley sólo reglamenta formas determinadas para obligarse por declaraciones unilaterales, aunque hay un precepto que fuerza a la meditación y constituye una de las bases para que en el futuro se elabore un régimen de declaración unilateral que alcance una superficie superior al campo limitado de la actualidad. El artículo 1859 del Código Civil dice: «Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se oponga a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos» (ob. cit. pág. 26).

2. Es el propio Rojina Villegas quien levanta la mira para observar el problema desde una perspectiva filosófica inquiriendo si la voluntad individual puede tener el mismo alcance que el consentimiento en la creación de obligaciones y derechos; y luego de intentar desprenderse de la galaxia normativa que se conforma con el conjunto de disposiciones del derecho vigente, se pregunta si existe la misma razón para que la ley que autoriza que los contratos creen obligaciones, haga lo mismo con la voluntad unilateral. «Si jurídicamente sería lógico que el sujeto capaz pudiera obligarse, por su exclusiva y libérrima voluntad, y si el derecho puede proteger jurídicamente, por considerar digna de protección, esa manifestación de voluntad que quiere obligarse, o bien, si desde el punto de vista filosófico en general, lógico y jurídico, no debe ser relevante y eficaz toda manifestación unilateral de voluntad, de tal manera que a pesar de ésta, el sujeto no debe quedar obligado, ni sería capaz, ni autónomo, para gravar su esfera jurídica imponiéndose obligaciones» (ob. cit. pág. 27).

Después de estas reflexiones el autor que invoca a Jorge Jellinek para referirse a la soberanía como facultad jurídica del Estado, estima que la autonomía es la misma facultad de autodeterminación de los individuos, y que el derecho civil la ha reconocido para modificar la esfera jurídica individual imponiéndose obligaciones siempre y cuando la voluntad del sujeto coincida con la de otro, y también ha reconocido autonomía plena para disponer de los bienes y de ciertos derechos y obligaciones para después de su muerte, mediante el acto unilateral del testamento (ob. cit. pág. 28).

Observada la tesis con ánimo de análisis de sus proposiciones resulta que en el intento de buscar la justificación lógica (si bien se alude a la filosofía en general, pero es manifiesto que se trata del capítulo de la lógica), se penetra en la explicación positivista, puesto que se invoca lo dispuesto por las leyes, de tal manera que más adelante se sigue aludiendo a la llamada fuerza creadora de la voluntad unilateral desde el ángulo de los regímenes positivos, y por eso se explica que tratándose del testamento se efectúa una evolución inversa a la declaración unilateral de voluntad y se parte del principio de que la voluntad sólo es eficaz durante la vida del titular y se recurre primero al pacto sucesorio irrevocable, después al revocable y finalmente se admite la declaración para después de la muerte. Reconocida la eficacia testamentaria se habla de una evolución que llega hasta la libre testamentificación.

Otros regímenes dan autonomía al sujeto capaz para modificar la esfera individual adquiriendo o repudiando derechos y se dice que nadie puede ser heredero contra su voluntad, y sólo tratándose de establecimientos públicos o de repudiación en perjuicio de acreedores, se restringe la libertad por motivos de interés público o de protección a los acreedores.

El artículo 2209 del Código Civil expresa que: «cualquiera puede renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe». Según Rojina Villegas esto es otro acto unilateral que se compara con la oferta o policiación de que habla el artículo 1804 cuando expresa: «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». Y también invoca este autor al derecho administrativo refiriéndose a ciertos servicios públicos, caso en el que se reconoce a la declaración unilateral como fuente de obligaciones, para obligar a las empresas de transportes, de energía eléctrica, de teléfonos y demás, a sostener las ofertas en la reglamentación de las condiciones previamente establecidas. Y en cuanto al derecho mercantil es palpable el auge a que ha llegado la declaración de voluntad unilateral en los títulos de crédito. No obstante lo anterior, el derecho civil sigue fundado en los principios clásicos del contrato; pero para Rojina Villegas en México la declaración de voluntad sólo debe ser fuente para los casos especialmente reglamentados en el Código Civil, no obstante lo cual expresa que hay formas nominadas y otras innombradas que tienen que constituirse por medio de la analogía. En su concepto el acto unilateral está reconocido como fuente del usufructo, de las servidumbres y de la hipoteca; y Rojina Villegas agrega que también cabe crear el derecho de uso o el de habitación porque hay la misma razón y por precepto expreso (artículo 1859). En cambio, ni la prenda, ni la anticresis y la enfiteusis

pueden crearse por acto unilateral, porque la ley las regula como contratos. Este autor advierte que en el testamento la cuestión se plantea de diferente manera, porque el testador ejerce su voluntad para imponer gravámenes a los bienes que pasan a los herederos o legatarios, de tal manera que cabe el legado de usufructo, de uso, de habitación, de servidumbres o de hipoteca. Desde luego, cabe que el titular del gravamen lo repudie, si bien para Rojina Villegas el repudio es demostración de la existencia del gravamen que se transmite por ministerio de ley. Conforme al criterio que se expone, la ley reconoce el efecto antes de su aceptación, pero tampoco puede imponerse el ejercicio del derecho contra la voluntad del titular. De aquí la posibilidad de que ya constituido, se acepte o se repudie. Esta explicación tiene el carácter de filosófica para el autor pues implica la interferencia en la esfera del sujeto, porque le beneficia y dado que la ley se coloca dentro de las condiciones normales de la vida humana si alguien se beneficia «en la herencia o en la constitución de derechos o en la liberación de obligaciones, se presume, lógicamente, que aceptará y por esto el efecto se anticipa a la aceptación. Lo que dependerá de la voluntad, será el ejercitarse o no el derecho y, por lo tanto, la posibilidad de renunciarlo» (ob. cit. pág. 38).

3. Al parecer el criterio de Rojina Villegas es compartido ampliamente por la doctrina mexicana. Para Ernesto Gutiérrez y González (*Derecho de las obligaciones*, México, 1995, pág. 484 y ss.) «se entiende por declaración unilateral de voluntad la exteriorización de voluntad sancionada por la ley: a) Que implica para su autor la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir, voluntariamente, una prestación de carácter patrimonial, pecuniario o moral, en favor de una persona que eventualmente puede llegar a existir, o si ya existe, aceptar la prestación ofrecida, o b) Con la cual hace nacer a favor de una persona determinada, un derecho, sin necesidad de que ésta acepte, o finalmente, c) Con la cual extingue para sí un derecho ya creado a su favor».

También Gutiérrez y González se apoya en la legislación positiva, y de manera resumida hace referencia al derecho romano, canónico, al alemán moderno y al derecho mexicano anterior y actual, porque en el último se consagra esta nueva fuente creadora de obligaciones que, en su concepto, quiebra la idea clásica, lo que propició que diferenciara la obligación del derecho de crédito o personal por ser dos especies y que afirmara que se puede ser obligado sin ser deudor; y sin entrar al análisis de la cuestión atinente a si la declaración unilateral es fuente general o especial de obligaciones, afirma que en el derecho mexicano es una fuente ilimitada con-

forme a los artículos 1860 en relación con el 1805 y el 1806, repitiendo lo aseverado por Rojina Villegas, de quien, sin embargo, discrepa al afirmar que los documentos civiles pagaderos a la orden o al portador son materia derogada (ob. cit. pág. 488), sostiene que debiera hacerse referencia en el Código Civil actual a otros casos que también admite como el poder (que define en la pág. 410 diciendo que es una declaración unilateral de voluntad en virtud de la cual, una persona a la que se designa ente «poderdante», manifiesta que confiere su representación a otra persona que puede o no saber que se le quiere constituir en «representante», y a la cual la ley le designa como «apoderado»), el testamento que el código regula a partir del artículo 1295 y la renuncia de derechos, por la que se entiende el acto unilateral de dimisión o dejación voluntaria de un derecho de índole patrimonial (pág. 1106); pero debe advertirse que la referencia a los derechos procesales va más allá de lo patrimonial, como puede observarse cuando se alude a juicios como el divorcio, la pérdida de la patria potestad y ello sin mencionar lo relativo a otros juicios como los penales, los electorales, etc.

Es menester considerar que cuando se habla de fuente del derecho, de su creación o de su constitución, se está haciendo referencia a algo fеномénico, a la circunstancia de que una relación o una normatividad aparezcan en el mundo social, y en este supuesto la denominación es menos importante que el hecho de que la proposición o la norma tengan un determinado origen.

Expresa Fritz Schreier en su obra *Conceptos y formas fundamentales del derecho* (trad. Eduardo García Maynez, Bs. As. 1942): «Tanto en la filosofía general como en la jurídica, la nueva etapa a que nos referimos se inició con el renacimiento de los estudios kantianos. El imponente sistema de Stammler se presenta a sí mismo como una aplicación de la filosofía de Kant, si bien en un sentido completamente diverso del de principios del siglo. Pero los trabajos que señalaron rumbos verdaderamente nuevos fueron los de Kelsen, cuyas obras se encuentran precedidas por investigaciones metodológicas» (ob. cit. pág. 20). En este reconocimiento a la «Teoría pura del derecho» va también la calificación de su importancia para la lógica jurídica que difiere de la empirista porque el mundo de los conceptos, al cual pertenecen los valores y los números, se distingue radicalmente del de los hechos. Si bien las investigaciones de Schreier son de un alto grado de abstracción, no pueden considerarse irrelevantes para la ciencia del derecho y son inmediatamente aplicables a problemas como el que ahora se analiza de la declaración unilateral de voluntad, porque tratan primeramente de la estructura de la normatividad que es la esencia del derecho, para lo cual no pueden admitirse ni la determinación del derecho

en función de la naturaleza del hombre que es una visión antropológica y por lo mismo resulta una explicación causal sobre la base de una legalidad psicológica, como tampoco es admisible la inducción considerando el mayor número posible de los fenómenos jurídicos, porque ello lleva a un círculo vicioso que da por conocido lo que se busca conocer, ya que sólo prejuzgando puede seleccionarse el material de la inducción. Sólo formulando axiomas de los que pueda inferirse la totalidad de los conocimientos de cada territorio científico es factible realizar operaciones de lógica formal, por ello Schreier entiende que deba emplearse la deducción trascendental de las categorías, que son conceptos supremos y no definiciones y de ahí que Kant no dé una definición de ellas, por lo que cabe afirmar en relación con el derecho, que si es objeto de una ciencia independiente, es sistema cerrado cuya definición es metajurídica (ob. cit. pág. 29).

Según este autor el mérito de Kelsen es haber mostrado que para llegar al concepto de derecho hay que partir de una serie de proposiciones colocando en primer término el estudio del precepto jurídico. De esta manera el derecho se determina en función de los conceptos fundamentales, a los cuales se llega mediante la subordinación formal (ob. cit. pág. 31). De acuerdo con el método fenomenológico, el acto particular de conciencia, la conciencia de un determinado objeto especial, la vivencia es la que recibe el nombre de acto. Cada vivencia, cada acto, tiene su objeto. El acto se refiere a su objeto de manera específica no susceptible de posterior descripción. La nota característica de los actos es su intencionalidad, la cual aparece inconfundible en cualquier ejemplo: en la percepción, algo se persigue; en la representación simbólica, algo es representado simbólicamente; en la afirmación, algo es afirmado; en el amor, algo es amado; en el deseo, algo es deseado. Cada objeto o grupo de objetos es la meta intencional del acto y tiene una especial manera de ser; el objeto y el acto se encuentran referidos uno a otro, por ello, a la peculiaridad del objeto corresponde la del acto. A esta forma especial en que el objeto se representa en el acto correspondiente, se le da el nombre de constitución del objeto. En este punto se encuentran determinadas leyes que se apoyan en la esencia del objeto individual y tienen carácter apodíctico (leyes esenciales, ob. cit. pág. 33). Intencionalmente el sujeto sólo se refiere a los objetos del mundo circundante en que se realizan sus actos, y permanece en tal actitud cuando formula juicios científicos. Cuando se coloca en una postura fenomenológica, lo circundante pierde todo interés y se vuelve sobre los actos en que se encuentra significado ese mundo circundante. De esta manera los actos se convierten en objetos. Cuando se les percibe, pensados, relacionados, se les considera desde el punto de vista de una ley y se les

dirige como aparecen o valen en la intención de esos actos, se les analiza, describe y transforma en un pensamiento comparativo y discriminador.

Esto no es una introinspección psicológica, sino una reflexión fenomenológica en la que se observan los actos puros. Para constituir los objetos es indispensable adoptar la actitud fenomenológica y convertir los actos en objetos. Como los actos de expresión son aquellos en los cuales se mientan determinados objetos, principalmente en la forma verbal, en el acto de expresión hay cuatro elementos: 1) El aspecto físico, el signo sensible, la articulación de sonidos, el signo escrito, etc. 2) Lo expresado, por lo que se entienden cosas distintas. Entre la expresión y el objeto está el elemento intermedio: la significación. 3) La necesidad de distinguir entre significación y objeto aparece clara después de comparar diversos ejemplos en que varias expresiones pueden tener la misma significación pero objetos distintos o cuando es posible que tengan significación diferente y el mismo objeto, y también existe la posibilidad de que difieran en ambos sentidos o que en ambos coincidan, como ocurre en el caso de las expresiones tautológicas. 4) La significación y el objeto se distinguen de lo percibido en la intuición sensible, que es el mundo de los hechos. Esta oposición se designa actualmente como la oposición entre el concepto y el hecho real. Por el concepto se entiende tanto la significación como el objeto y primeramente se observó con relación al número. Después de reconocer que los números no representan ningún hecho se advirtió que su legalidad es distinta de la de las cosas reales. Pero los números son solamente uno de los grupos en que se dividen los conceptos, porque pueden referirse a lo sensible, pero los hechos correspondientes no son los conceptos, sino meramente sus representantes, sus formas materiales. Los hechos ocupan un lugar en el tiempo, pueden nacer y desaparecer, el concepto es atemporal y no tiene sentido hablar de su nacimiento o extinción.

Por acto jurídico se entiende aquel en el que el derecho se constituye, es decir «un acto referido intencionalmente a éste» (ob. cit. pág. 39). De manera que el acto jurídico resulta el creado por el legislador y eventualmente por el juez (también cabría decir el acto que es creado por los justiciables, ya que también en su conducta se concibe al derecho). El derecho es un acto dado, hacia él se dirige el sujeto intencionalmente, «es claro que en el acto creador de derecho se haya contenido siempre un acto de conocimiento. Pues la creación de derecho no es una creación originaria, sino que como veremos más tarde, se haya, en cierto sentido, determinada por lineamientos prefijados. Éstos derivan de la esencia del acto que sirve de base a la creación jurídica, y por el cual concebimos el derecho» (ob. cit. pág. 40).

Así pues como el derecho es un objeto atemporal lo que desde luego cabe aplicar es la lógica pura y limitar el acto de vivencia a lo eidético, en tanto que el acto de realización corresponde al entorno físico. Es sabido que la palabra *acto* suele aplicarse para significar la conducta material y por ello Schreier apunta: «Saber cómo un acto jurídico concreto se produce y qué condiciones reales son necesarias para ello es, pues, algo que no nos interesa. Pertenece este tema al territorio de la psicología o de la sociología del derecho, investigación, por cierto, de gran valor, pero que ignora sus límites y a menudo cree captar la esencia de lo jurídico por medio de análisis psicológicos» (ob. cit. pág. 43).

Conforme a este criterio, investigar la esencia del derecho no es proponer, por ejemplo, una investigación sobre la manera en que el juez llega al establecimiento de sus decisiones, y si en tal hipótesis juega un papel la ley o la estimación de los intereses en conflicto. La fenomenología del derecho investiga la esencia, no el devenir de la manifestación jurídica. Como no se busca indagar por las direcciones fundamentales de la conciencia, no es del caso referirse a la representación, ni al sentimiento, ni a la voluntad como las tres facultades principales de la conciencia, lo que no debe confundirse al analizar la representación que es la facultad de la conciencia a la que se atiende cuando se efectúa la investigación fenomenológica, es el objeto del conocimiento y su intuición fenomenológica.

Hay también en la exposición de Schreier una diferenciación entre las vivencias que corresponden, la primera a los actos de aprehensión y la segunda a los de toma de posición. En las primeras se expresan juicios independientes porque no hacen referencia al sujeto de la enunciación. Por ejemplo, el teorema de Pitágoras, por su esencia, y por el problema de su fundamento de validez, es totalmente independiente del sujeto que lo formula. Algo distinto sucede con una declaración que necesita ser completada con referencia al sujeto como acontece si alguien expresa que un suceso le causa alegría, pues se trata de un acto en que se toma una posición (ob. cit. pág. 50).

Por ello ha dicho Kelsen que desde el punto psicológico lo querido es el acontecimiento o situación representada. Se está ante actos fundados porque la situación representada es el acto fundante o independiente sobre el cual resulta inteligible el acto fundado del querer. Este último puede desaparecer mientras que la representación fundante subsiste por sí misma.

Como el acto jurídico pertenece a la toma de posición, es menester averiguar si requiere una complementación porque es acto fundado.

Los actos fundantes tienen que ser representaciones, aprehensiones, actos simples. En cada creación jurídica habrá una aprehensión a la que se sumará el querer que es la toma de posición. Fundante es sólo el acto jurí-

dico de aprehensión y en él se constituye el derecho, no en la toma de posición que se le une y que nada puede añadir al contenido del objeto de conocimiento. Por ello Schreier entiende que el legislador tiene que concebir los pensamientos jurídicos antes de quererlos. Selecciona u opta por diferentes preceptos de derecho antes de decidir cuál quiere. La distinción entre crear y aprender es el fundamento de la que se establece entre contenido y mandato. «La expresión "contenido de la ley" no significa, en la frase anterior, otra cosa que el objeto del acto de aprehensión, en tanto que el mandato de la ley es el de creación jurídica, o su objeto» (ob. cit. pág. 52).

Desde luego, no se trata de investigar de donde proceden los pensamientos del legislador, si de la comparación de normas, de la ciencia, de un tratado internacional, etc., lo que importa es descubrir la esencia del derecho. En el mandato legal existe la aprehensión del contenido de la ley y entonces es indiferente determinar si se pensó por vez primera o se recibió de otra fuente. No cabe dividir el acto complejo de modo tal que el fundante se realice por una persona y el fundado por otra. De ahí el error de afirmar que el Parlamento fija el contenido de la ley mientras el monarca le da fuerza obligatoria. El acto jurídico de aprehensión no puede ser desarticulado, es un acto simple que no tiene una toma de posición. El acto de aprehensión en que se constituye el derecho no puede considerarse como el quererlo porque no es un acto complejo y no tiene necesidad de complementación. Se conoce el derecho como tal sin preguntarse si es querido y por quién es querido. Las expresiones sobre objetos jurídicos, son proposiciones que no necesitan ser complementadas. Los fines sólo se constituyen en un querer y la aprehensión teórica del fin es siempre secundaria y supone la previa constitución de dicho fin.

Luego de que en virtud de la reforma legislativa se expidió la Ordenanza Procesal Civil Alemana, la doctrina inició su análisis que dio lugar al surgimiento de la corriente científica del procesalismo moderno. En el criterio de algunos pensadores se estima que la calificada polémica sobre la «actio», establecida entre Windscheid y Muther por los años de 1856 y 1857, originó este tratamiento crítico en el que destacó el análisis de un concepto nuevo llamado pretensión. Para Muther, el trabajo de Windscheid sobre la «actio» del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual, no ha sido cabalmente comprendido porque no se conjuró el peligro de introducir en el derecho romano un concepto propio de la conciencia jurídica actual. Para Muther el intento de Windscheid resaltó el ordenamiento de las pretensiones judicialmente perseguitables, y con ello, además de la acción y del derecho sustantivo, se introdujo un nuevo término, precisamente el de la pretensión (Bernhard

Windscheid y Theodor Muther, *Polémica sobre la «actio»*, Bs. As., 1974, pág. 204).

A partir de esa fecha tal palabra ha venido siendo empleada con profusión y aun se ha discutido sobre su verdadero significado, sin faltar quienes sigan sosteniendo que se trata del viejo concepto del «petitum».

En realidad la «pretensión» tiene el mismo cometido que en la filosofía jurídica se viene dando al querer, esto es, al acto de toma de posición del que habla Schreier puesto que es un acto en virtud del cual se persigue el objeto de una norma o sus consecuencias. La gran importancia que tiene esta idea es que permite advertir que en el derecho se da una relación. «La lógica aristotélica entendía por definición el establecimiento del *genus proximum* y la *differentia specifica*». Hay sin embargo, ciertos conceptos relativos (Schreier ob. cit. 90). Pero debe esclarecerse la significación de estos términos porque de ellos depende el que se pueda comprender la esencia del derecho. «Es muy fácil falsificar el vínculo existente entre la relación y los conceptos relativos. No es que la relación se superponga como punto de referencia a los conceptos relativos previamente existentes, o se una exteriormente a ellos; lo que ocurre es que la relación y los conceptos relativos aparecen concomitantemente; posee, desde el punto de vista lógico, el mismo rango y se “constituyen” en un acto que aparece ante nosotros fraccionado o es, si se permite la expresión, “polifacético”» (id).

De lo que antecede se sigue que si la norma jurídica es un concepto relativo sólo puede aprehendérsele si se perciben sus dos miembros que son el derecho y la obligación. Cuando el sujeto elige una norma entre otras varias formula un querer, lo que equivale a manifestar una pretensión.

Por tanto, el pretender no se confunde con la titularidad ni de un derecho ni de una obligación, sino que se le puede aislar analíticamente cuando se observa tan solo la toma de posición del sujeto. De esta manera, cuando alguien declara su voluntad unilateralmente, en realidad está formulando una toma de posición frente a una normatividad que «a priori» es un juicio relativo, porque no tiene la posibilidad lógica de ser concebido de manera incompleta, esto es, pensando sólo en la obligación sin el derecho o viceversa.

En la declaración unilateral de voluntad (ya sea la promesa, la oferta, el testamento, la donación, etc.) hay física o materialmente la sola expresión de la conducta de prestación que no se entiende, que no puede tener significado jurídico si le faltare el enlace con la conducta de pretensión. Lo que se observa materialmente es tan sólo la declaración del sujeto que se obliga, pero esto tiene sentido solamente si la dicha obligación se comprende como el concepto relativo, esto es, como la conducta miembro de una

ecuación en la que queda sobre-entendida la otra conducta, la de la pretensión, que se hace efectiva cuando su titular la declara.

Así, por ejemplo, si un sujeto unilateralmente declara una obligación a su cargo, pero esa declaración se mantiene secreta o reservada, como sucedería si alguien suscribe un título de crédito y lo conserva en su poder, este acto carece de consecuencias jurídicas hasta el momento en que otro sujeto, el destinatario de la promesa, de la oferta o de la liberalidad también manifieste su consentimiento y haga valer el derecho que ya se había constituido desde que se optó por la relación jurídica al autoobligarse que es lo mismo que tomar una posición en la relación jurídica de pretensión-prestación. El sujeto que promete o hace una donación, se coloca en el lugar de la titularidad de la prestación, que solamente se puede conocer como obligación cuando el otro sujeto, el titular del derecho, materialmente ejerce la pretensión.

4. La idea de la hipoteca es considerada muy particularmente como un dispositivo que asegura el cumplimiento de las obligaciones contraídas a pesar de las eventualidades a que se enfrente el deudor, pues se vincula principal y naturalmente con las cosas o bienes jurídicos que garantizan la deuda.

En consecuencia, a la hipoteca se le califica en el artículo 2893 del Código Civil como una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes en el grado de preferencia establecido por la ley.

Para la doctrina (José Antonio Márquez González, *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal*, libro cuarto, tomo V, pág. 410 y ss., México, 1988) se está ante un contrato accesorio o de garantía y se afirma que si la fianza es un contrato (artículo 2794), la prenda es un derecho y la hipoteca es una garantía real. Esta tesis continúa diciendo que en virtud del significado del término se coloca un objeto bajo otro como complemento o sostén. La especial característica es que los bienes sobre los que se constituye no se entregan al acreedor, lo que le distingue de la prenda (artículo 2858). Y esto se explica por la naturaleza de las cosas que no necesitan ser entregadas para servir de garantía. Se agrega que forzosamente recae sobre bienes determinados, lo que es una importante innovación del derecho moderno respecto del Código de 1870 en donde existía la posibilidad de la hipoteca de carácter general. Los bienes tienen que ser enajenables para prever el pago con el valor de los mismos y se invoca a Lozano Noriega (*Cuarto curso de dere-*

cho civil, *Contratos*, págs. 679 y ss., México 1962), para establecer que la palabra puede referirse al contrato, al derecho real y al objeto material sobre el cual recae.

Se habla, por tanto, de nociones que si bien son términos de cuño corriente, no dejan de tener problemas lógico-jurídicos que no han sido siquiera considerados. Fernando Alejandro Vázquez Pando («Notas sobre la evolución de la diferenciación entre la prenda y la hipoteca en el derecho mexicano, y guía para el estudio de sus antecedentes», *Libro del cincuentenario del Código Civil*, México 1978, págs. 249-313), luego de establecer la diferencia entre la prenda y la hipoteca y de advertir los fenómenos de confusión y diferenciación de ambas figuras, estableciendo que la prenda tiende a caracterizarse como una garantía real sobre bienes muebles que se entregan al acreedor o que al menos se depositan a manos de un tercero, en tanto que la hipoteca es una garantía real sobre inmuebles cuya posesión no pasa al acreedor, indica que las diferencias comienzan a perderse en la medida que se permite la prenda con entrega simbólica, la hipoteca de mueble, (específicamente los buques en materia marítima) hasta llegar al caso en que la distinción es apenas de sonido de palabras como decía el Digesto (20, 1, 5, versión castellana de D' Ors, Hernández Tejero, Fuentesca, García Garrido y Burillo, Pamplona, 1972).

Por ello se habla de una situación caótica dado que la prenda se regula como contrato civil o mercantil con características que no son del todo compatibles, si bien la última es menos rígida. De todas maneras la civil ha de registrarse (arts. 2857, 2859) y de ahí que a la doctrina le parezca difícil distinguirla de una hipoteca sobre bienes muebles, tal como lo dijera Ignacio García Tellez en la exposición de motivos (*Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil mexicano*, México 1965, pág. 116).

Pero esto último no ha sido practicado realmente, de manera que ya sea porque falte regulación, ya porque las disposiciones sobre hipoteca se refieran a inmuebles, o por falta de disposiciones que prevean y regulen el registro de hipotecas sobre muebles. De todas maneras, la hipoteca sobre muebles y la prenda sin desplazamiento hacen que la diferencia entre prenda e hipoteca se esfume.

A las confusiones anteriores, Vázquez Pando agrega la creada por figuras tales como la prenda mercantil sin desplazamiento, en los casos de créditos de habilitación o avío, o los refaccionarios, con los cuales el deslinde de figuras se vuelve imposible.

Lo que se había considerado como un adelanto, que es la supresión de las hipotecas generales, resurgió con la hipoteca industrial que por falta de regulación adecuada agrega el “discutible mérito” —como afirma el autor citado— que sólo se puede constituir a favor de instituciones de cré-

dito. Y la exageración llega al mencionarse la figura de la prenda sobre facturas, en que se olvida la naturaleza de este tipo de documentos, permitiéndose una garantía real también regulada deficientemente, y que sólo puede constituirse a favor de instituciones de crédito, desafiando la técnica jurídica.

Todavía dice Vázquez Pando, habría que agregar la nueva exigencia del registro de prendas sobre acciones y partes sociales constituidas a favor de extranjeros, la hipoteca naval que recae sobre una universalidad de hecho, y la carente de regulación que es la prenda sobre embarcaciones.

El autor concluye sosteniendo que ni con todos los elementos anteriores se tendría un panorama completo pues en diversas leyes existen disposiciones que regulan prendas o hipotecas de diversa manera, como la Ley de Vías Generales de Comunicación, que en los artículos 60. y 18 contiene regulaciones sobre la prenda y la hipoteca.

El ingreso en lo que este tratadista llama de dispersión normativa porque coexisten ordenamientos incongruentes que en diversa forma regulan las mismas figuras jurídicas, lleva a un casuismo complejo que dificulta su clara aplicación. Termina diciendo que todo parece indicar que las diversidades pueden reducirse a dos situaciones específicas: «las garantías reales con desplazamiento y las garantías reales sin desplazamiento; la diferenciación entre muebles e inmuebles históricamente ha resultado inoperante, y en la actualidad es inoperante para caracterizar a la prenda frente a la hipoteca» (ob. cit. pág. 312, en cuya nota 94 se dice: «A pesar de la falta de reglamentación, debe considerarse legalmente posible la hipoteca de muebles al amparo del Código Civil del Distrito, y conforme a regulación expresa del mismo ordenamiento (artículo 2857 y ss.), la prenda sin desplazamiento, al menos en algunos casos. En materia mercantil, se prevé claramente la prenda sin desplazamiento en el caso de créditos refaccionarios y de habilitación o avío (artículo 329 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); por su parte, la hipoteca "industrial" abarca muebles e inmuebles, la hipoteca naval recae sobre un mueble, y la "prenda sobre facturas", es una prenda sin desplazamiento, que recae sobre "bienes de consumo duradero" (artículo 111 bis de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares), concepto bajo el cual caen muebles claramente —que en la mayoría de los casos son inmuebles por destino—, pero que es de una amplitud tal, que resulta aplicable a inmuebles.»).

Cuanto comenta la doctrina y ha sido materia de los distintos cambios que se han presentado en la historia de la institución, tiene como trasfondo la naturaleza misma del derecho. Las proposiciones jurídicas que son la expresión del juicio jurídico, tienen como esencia el carácter apodíctico de

la norma la que, según lo expresara la escuela de Viena estructura un juicio sintético «*a priori*». Los conceptos que se emplean en esta judicación son de naturaleza relativos. Fritz Schreier (*Conceptos y formas fundamentales del derecho*, ob. cit. pág. 94) ha dicho: «Podemos inquirir si en el concepto de *pactum* se halla ya implícito el nexo, o lo que es lo mismo, si el citado juicio es analítico o sintético. De acuerdo con nuestras conclusiones, podemos percarnos de que se trata de un falso problema, que sólo ha podido plantearse por el carácter equívoco de la palabra *pactum*. Pues *pactum* significa, por una parte, el concepto relativo, es decir, lo obligatorio, el supuesto jurídico exigido por la norma; y, por otra, el representante de este concepto, el hecho, la declaración de voluntad, el acuerdo de voluntades. Atendiendo a la primera significación, el juicio es analítico; si se atiende a la segunda, es sintético.»

De lo anterior, deriva el que sea necesario un juicio sintético para establecer una consecuencia jurídica de un hecho concreto. Para Schreier se requiere que para un hecho existente se sume algo que no se había dado en él. Los nexos sensibles dice Husserl, (*Sexta investigación lógica*, pág. 628) son momento del objeto real pero se requiere una percepción que abstraiga para desprenderlo del mismo objeto. El nexo categorial, consecuentemente, pertenece a la síntesis del acto, es una forma que se constituye objetivamente en los actos sintéticamente construidos sobre la realidad sensible.

Para los casos de la hipoteca y la prenda las síntesis que se han construido a través de la historia y del derecho comparado, han tenido en cuenta la conveniencia o la necesidad de ofrecer una garantía real, en el sentido de garantía material, o mejor dicho garantía materializada, referida al cumplimiento de la obligación contraída.

Lo que los tratadistas han encontrado son variaciones respecto al régimen, o para decirlo de otra manera, en cuanto a las conexiones que intelectivamente se han venido formando entre la obligación contraída y la garantía consecuentemente establecida.

El que esta garantía haya sido concretada en muebles o inmuebles, en valores o en títulos es por completo indiferente a la lógica de las conexiones. En virtud de que algunos nexos no surtieron los efectos que se buscaban, o bien que no se alcanzaron los resultados apetecidos, y ello por múltiples razones, ha sido la explicación de los diversos ensayos que ofrecen los cuerpos legislativos.

Si en un momento determinado los inmuebles fueron la cosa ofrecida en garantía, pero ello trajo complicaciones, limitaciones y restricciones que impidieron el desarrollo del comercio y de la economía social, esto obligó a buscar otras conexiones como han resultado ser las hipotecas industriales

a) Si son títulos de crédito, han de contener todas las menciones y requisitos que exige la ley de la materia para una letra de cambio, un cheque, un bono de prenda, etc.

b) Si son documentos mercantiles a la orden o al portador, pero no contienen las menciones o requisitos que exige la ley para los títulos de crédito, aunque procedan de una operación de comercio, en este caso se dirá que se trata de un documento mercantil por su origen, pero que no es un título de crédito porque no reúne las menciones y requisitos que forzosamente requiere la ley.

c) Los documentos civiles a la orden o al portador, no contienen las menciones que la ley exige para los títulos de crédito y además provienen de operaciones civiles. En este caso, Rojina Villegas considera que son documentos civiles a la orden o al portador de acuerdo con el artículo 1873 del Código Civil y el artículo 14 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito que indica que cuando los documentos no contengan los requisitos que exige para que valgan como títulos de crédito, se deberá atender al acto jurídico que les haya dado origen, sin que se afecte la validez del negocio.

Como explica este autor, la forma de transmitir los documentos a la orden o al portador, no constituye una regla privativa de la legislación mercantil y cabe reconocerla en el derecho civil, debiendo irse siempre al origen de la relación jurídica que dio nacimiento al derecho.

6. Los documentos que clasifica la doctrina, principalmente para distinguirlos entre sí, alcanzan otra calidad cuando se les contempla desde el ángulo judicial. Conforme a la Constitución (arts. 14, 16 y 17) es esta autoridad la única competente para ejercer actos de fuerza en los que se realice el mandamiento jurídico. Es por ello que cuando la consecuencia se concreta en la ejecución, se está significando el acto de fuerza que a veces se limita a la intimidación, a la amenaza o a la simple advertencia, todo lo cual compete a la autoridad judicial; la cual, a su turno, se auxilia de la fuerza pública que se encuentra incorporada en la organización de la Administración Pública.

Los actos de fuerza, ya sean meramente potenciales o una realidad que se materializa en los embargos, secuestros y expropiaciones en sede judicial, son significativos de la actividad ejecutiva, porque implican la intervención de un tercero para hacer realidad la prestación a cargo del deudor, aunque esta intervención se haga acompañar de la fuerza pública que no pertenece directamente a la judicatura. Además, aunque se trata de actos judiciales porque emanan del juzgador, no son ni la sentencia misma

ni conductas directamente emanadas del juez, sino que se emiten por éste como órdenes que primeramente van hacia uno de sus auxiliares, llámese ejecutor, actuario, alguacil o cualquier otro nombre que aluda a un subordinado a quien se encomienda el procedimiento que ha de realizarse con la intervención del acreedor y ante el deudor.

La ejecución la dicta el juzgador con apoyo en el título correspondiente, pero consiste en un primer momento en el que se concreta la orden que se da al auxiliar, un segundo momento en el que éste se presenta ante el deudor para requerir el pago, y, en seguida los actos complementarios en que con apoyo en la policía regular o preventiva se llevan a cabo los actos de fuerza cuando sea necesario emplearla para cumplir con el pago o su garantía.

Como expresa la doctrina concretada en la obra de Fritz Schreier (ob. cit., pág. 168 y ss.) entre el hecho fundante y el hecho fundado existe un vínculo que se ha denominado la relación jurídica.

Schreier se preocupa por establecer que la consecuencia de derecho se escinde en tres partes, porque la consecuencia jurídica que es el hecho fundado, puede referirse a una o varias consecuencias.

Pero lo determinante es observar que la relación no se da entre las cosas, entre los objetos o entre los hechos de la evidencia, es decir, del mundo percibido con los sentidos del individuo, sino que la relación se encuentra en el pensamiento, es de naturaleza conceptual y por lo mismo se ha de hablar de la relación de los conceptos, de los juicios o de los silogismos, frente a la conexión de los hechos, de los fenómenos, de los objetos materiales y demás existencias que se pueden percibir en las vivencias individuales.

En términos generales se dice que existen relaciones entre las substancias y las cualidades. Por ejemplo, se habla de las cosas y sus colores, sus dimensiones como el volumen, la pesantez, etc. En este caso hay que distinguir entre lo conceptual de la relación y lo material de la conexión, de manera que si mentalmente el color y el cuerpo están relacionados es porque materialmente no se concibe que haya cuerpos sin color o un color sin un cuerpo que le sirva de apoyo. Pero este fenómeno es una relación cuando se le contempla reflexivamente, porque en la realidad material entre el cuerpo y el color existe una conexión. Por eso cabe decir que conceptualmente el color es una entidad absoluta, pero materialmente es una entidad relativa. De otra manera expresado, conceptualmente cabe hablar del color como de algo que es por sí y en sí; pero físicamente no se le encuentra sino a través de algo corporal.

Algo diferente o enteramente contrario, es lo que sucede en los conceptos relativos como los del derecho. En efecto, aquí lo que no tiene consis-

tencia objetivamente absoluta es el concepto, pero el juicio que sobre el mismo se haga puede ser absoluto o completo. Así cabe entender los conceptos de padre e hijo, los cuales lógicamente no tienen una substancia que les dé autonomía, de manera que no puede hablarse del concepto hijo si no se presupone o se deja supuesto el concepto de padre. Por ello las nociones jurídicas son relativas y hay una bilateralidad que no se alcanza en las relaciones de los objetos materiales, porque si éstos tienen substancialmente la calidad de relativos o absolutos, siendo ejemplo de los primeros los colores que no se dan por sí sino en virtud de algún cuerpo; cuando se pasa a lo jurídico, sucede que el individuo llamado hijo materialmente tiene una existencia absoluta y es sólo en su tratamiento jurídico donde aparece su calidad relativa.

Esta calidad relativa puede derivar de la bilateralidad conceptual, tal como ha sucedido con los casos antes ejemplificados, esto es las nociones padre, hijo, esposa y demás por el estilo.

Pero también es factible que la relación se establezca eventual o transitoriamente, como puede suceder cuando una prestación se vincula a una pretensión que pudieron no haber existido de no haberse manifestado la voluntad de los sujetos. Por ejemplo, la causación de intereses en un contrato de mutuo o préstamo, sólo tiene carácter relativo porque las partes lo pactan, pero puede haber contrato de préstamo sin intereses, de donde resulta que la relatividad de estos últimos está artificialmente establecida por el querer de los individuos que intervienen en la figura principal.

7. Para la Escuela de Viena cuyo principal expositor es Hans Kelsen la estructura de la norma jurídica es fundamentalmente de una fórmula en que la coordinación está en un primer juicio categórico hipotético y un segundo juicio de carácter sancionatorio.

En realidad el argumento se apoya en la coercibilidad de la norma. Para esta escuela, de no cumplirse con el precepto inicial, forzosamente aparecerá una consecuencia. Este aspecto ha sido también tratado como el fenómeno de la transformación jurídica (Fritz Schreier, ob. cit. pág. 162 y ss.): «una transformación jurídica se produce cuando un nuevo hecho jurídico se superpone a otro. Sólo en este caso puede modificarse la consecuencia de derecho de acuerdo con la ley de causalidad jurídica, ya que toda modificación jurídica es siempre una modificación de las obligaciones».

Sin penetrar en el ámbito de esta última concepción y sin seguir por todos sus pasos el análisis que pasa a estudiar el concepto del sujeto de derecho para acceder al problema de la prestación y la sanción, cabe esta-

blecer que en esta corriente doctrinaria el carácter hipotético de la norma, proviene de que si la prestación acordada no se cumpliera, siempre habrá una conducta posterior sancionatoria. Aun más, para Kelsen lo importante es la consecuencia y por ello explica que la norma secundaria pasa a ser la norma primaria porque la atención del jurista se concentra en la actividad sancionatoria.

El tema que debe abordarse desde luego, es el del sujeto encargado de la sanción. Histórica y ontológicamente, la sanción corre a cargo de la autoridad. Esto es así porque de otra manera se daría el fenómeno de la autodefensa. La creación normativa, ya sea por obra del legislador o del justiciable, se inserta en la opción aprehendida, es decir, en la elección de una norma válida a priori. Por ello, la eficacia de la toma de posición, del querer mismo, ya se ubica en el ámbito empírico, en la realidad evidencial de lo sensorial.

Si la consecuencia querida por las partes o por el legislador no se alcanza de una manera espontánea, se tendrá que dar la transformación puesta en manos del sancionador, que si en un primer momento resulta una de las partes relacionadas, en un segundo momento se desvincula del interés inicial y viene a ser un tercero imparcial, esto es, la autoridad misma, cuya legitimación está en garantizar el interés genérico de que el derecho se cumpla.

Pero esta tesis tiene el defecto de concebir al derecho como la reunión de las dos normas, aquella en la cual se toma posición por una prestación, y aquella otra en la que la transformación debida al incumplimiento lleva a la aplicación obligada de una sanción. Ahora bien, en el gran porcentaje de los casos, la vida del derecho se realiza dentro de la primera norma, dentro de aquella en la que se eligió la toma de posición, en la que se manifestó el querer de los sujetos de derecho. En el comercio normal no es necesaria la intervención de la autoridad, de manera que los contratos, por ejemplo, o los mandatos de la autoridad administrativa, se cumplen pacíficamente y sólo hay discusiones secundarias en cuanto aspectos parciales del cumplimiento, que pueden solventarse por la vía de la conciliación o de la transacción.

Cuando lo anterior no sucede, es menester acudir a la solución imparcial de un tercero ajeno a los intereses en conflicto. Ese tercero puede ser el juzgador o un árbitro. La diferencia está en el carácter de autoridad del primero que falta al segundo, el cual sin embargo tiene potestad jurídica para dictar un acto autoritario que se denomina laudo y que se homologa a la sentencia, la cual es el acto de autoridad encaminado a resolver el conflicto suscitado entre los justiciables.

El arbitraje puede ser considerado sustantivamente como un contrato de compromiso celebrado entre las partes en conflicto y un tercero imparcial, o puede ser estimado procesalmente como el desarrollo de un juicio seguido ante un particular.

Según sea la perspectiva que se tome, el arbitraje es o una figura del derecho privado o una categoría procesal. En cuanto a lo primero su régimen se lleva al derecho civil, se busca la relación entre las partes como un convenio o un pacto en virtud del cual se somete a un tercero la solución del conflicto y cuando éste acepta intervenir, la forma tripartita lleva a un convenio trilateral que suele explicarse como un doble mandato, lo cual tiene el inconveniente de impedir una explicación sobre la imparcialidad del tercero. Pero además omite considerar las implicaciones que tiene el desarrollo de los actos relacionados de una manera dinámica, tendientes a alcanzar la solución final.

El arbitraje tiene muy probablemente la misma antigüedad que el proceso por autonomásia, esto es, el desarrollo de las instancias de los particulares con la intervención de una autoridad pública; pero su aplicación ha sido cuantitativamente muy inferior, porque el arbitraje tiene el inconveniente irremediable hasta el presente, de la necesidad de regresar al seno de la judicatura para alcanzar la ejecución judicial.

En abstracto, tanto el arbitraje como el proceso son figuras dinámicas porque utilizan el instar de las partes interesadas y el jurisdecir del tercero imparcial; pero mientras el proceso surge directamente de la ley, el arbitraje precisa del convenio o de la cláusula compromisoria, en virtud de los cuales adquiere valor jurídico.

Históricamente la autoridad ha reservado para sí misma la potestad que aplica al jurisdecir. En otros términos, el acto jurisdiccional ha venido siendo entendido como una función pública, capaz de someter a las partes al proceso, inclusive en contra de su voluntad. Aunque se ha llegado a decir que la parte demandada no tiene una verdadera obligación para acudir al proceso, sino que tiene únicamente un interés, entendiendo por tal la conveniencia de su propia situación; no tiene una sanción en caso de abstenerse de contestar, y en general de colaborar al desarrollo procesal.

Esto que ya viera Fritz Schreier cuando cita las opiniones de Adolf Wach (*Manual de derecho procesal civil*, Bs. As., 1977) y de Oskar Von Bülow (*Tratado de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*, Bs. As., 1956), quienes tratan de demostrar el carácter obligatorio de los actos procesales de acuerdo con la coacción, conduce a afirmar que quien no cumple con su obligación de contestar o de comparecer tiene como castigo o sufre la consecuencia de ser declarado contumaz.

Se advierte que esta doctrina que culminara con la tesis de James Goldschmidt (*Derecho procesal civil*, Bs. As., 1958) sobre la carga procesal, en virtud de la cual las partes en el proceso no tienen verdaderas obligaciones, sino cargas en el sentido de oportunidades para actuar en provecho propio; esta doctrina ha sido el origen de una confusión en cuanto conduce a suponer que puede concebirse al derecho como un fenómeno psicológico, porque la palabra interés, entendida en el sentido que le da Goldschmidt se traduce en un mandato hacia el interior del sujeto y proveniente de su propia reflexión, esto es, una orden a sí mismo, lo que impediría que el derecho fuera una relación bilateral y que la situación del reo dentro del proceso sería la del sujeto que puede valorar la conveniencia o la inconveniencia de su actitud, llegando a decidir por sí y ante sí el resultado de la demanda o de la acusación.

Todo ello es insostenible en el campo del deber ser, porque no se trata de conductas unilaterales que tienen su finalidad propia, sino de conductas enlazadas en un sentido dinámico, buscando todas ellas el momento final de la secuencia, mismo que es el de la resolución o sentencia definitiva.

La instancia como un actuar por simple conveniencia o por el interés en efectuar una descarga procesal, resulta insuficiente para establecer la realidad procesal, la cual es el desarrollo de una serie de conductas que se siguen por el sentido de proyección que tiene la primera de ellas que es el demandar o el acusar con la pretensión de alcanzar una sentencia, la que no siempre es de sentido condenatorio y que puede ser meramente declarativa o ampliamente constitutiva.

En realidad hablar del arbitraje es hacer referencia a un enjuiciamiento que se lleva a cabo en el ámbito privado. Es más importante en todo momento el estudio de las diferentes cuestiones, de los distintos problemas que se van suscitando y que provienen realmente de un contraste con el enjuiciamiento público (civil, penal, administrativo, etc.).

Así, lo que primero distingue al arbitraje del enjuiciamiento común (civil y mercantil), es que tiene una razón de ser en un «acuerdo» de voluntades. El proceso en general encuentra su justificación lógico-jurídica en la circunstancia de que en el tráfico diario dentro de la sociedad se presentan conflictos. Para algunos autores, por ejemplo para Francisco Carnelutti (*Sistema de derecho procesal civil*), el conflicto se caracteriza por ser un choque de intereses, pero entiende por interés la posición favorable de los individuos para satisfacer una necesidad; y resulta que no siempre se trata de este fenómeno, porque en cuanto el Ministerio Público ejerce la acusación, parte de un conflicto que se ha originado en la vida cotidiana, pero este conflicto ha sido por la presencia de una conducta discriminable, una conducta que cuando por sus efectos afecta a la paz social, a la tranquilidad

dad en general de la población, o a la seguridad que se persigue en la vida de asociación, se convierte en crimen y, naturalmente, nadie puede decir y menos Carnelutti, que en este conflicto haya un choque de intereses, porque el victimario, el ofensor o transgresor, no puede ser entendido como un sujeto que busca la posición favorable para satisfacer una necesidad.

De ahí que el profesor italiano haya cambiado la concepción inicial y se haya visto forzado a hablar de un conflicto en el sentido de controversia; pero también este nuevo criterio que trajo a cuenta cuando estudió el proceso penal, tampoco se puede sostener, porque la controversia como conflicto de opiniones es demasiado exagerada, es en extremo insostenible en el ámbito de la teoría general del proceso.

En el arbitraje privado, al igual que en el proceso administrativo, lo que antecede a la demanda ante el árbitro, es un conflicto, pero entre éste y la propia demanda hay un acuerdo. Las partes han celebrado un compromiso, cuyo contenido es someter a un árbitro la diferencia que les separa en el orden civil o mercantil y en ningún otro, porque el arbitraje no cabe en todos los campos; desde luego no cabe en lo penal, tampoco en lo administrativo estrictamente hablando, no cabe en lo constitucional, y no es aconsejable en lo disciplinario, lo castrense o lo canónico.

Si la nota característica del arbitraje es el convenio o acuerdo de las partes que tienen un conflicto civil o mercantil, entonces resulta que el otro extremo distingüible es el de la resolución, que en materia arbitral toma el nombre de laudo, mientras que en el campo de lo judicial se le llama sentencia.

El resto es el desarrollo procesal y aquí, como sucede en los juicios ordinarios, se pueden presentar incidentes y accidentes. Los primeros que tienen íntima conexión con el accionar de las partes, son objeto de decisión de los árbitros. En cambio los accidentes, por requerir la intervención de una autoridad, ya que se trata de emplear o amenazar con el empleo de medidas coactivas, tienen que ir a los tribunales.

Ya queda advertido que como proceso, el arbitraje tiene todas las características de este fenómeno cuando se tramita por la vía judicial, de manera que también se puede hablar de medios de impugnación y de complicaciones a la manera de la multiplicación de los sujetos, su sustitución, su coadyuvancia, la presencia de terceros y terceristas, la necesidad de la cooperación internacional y demás.

Peculiaridades propias del arbitraje, aparte de las que se han mencionado, son las materias que pueden someterse a su estudio y decisión. Estas últimas son objeto de regulación ya sea en los códigos sustantivos o en los procesales. Los primeros, como el Código Civil mexicano, hablan indirectamente porque hacen referencia ante todo a la transacción, y de ahí que se

diga que las cuestiones que no son transigibles legalmente no pueden llevarse al arbitraje, lo que no es del todo cierto y preciso, porque en materia laboral los trabajadores en lo individual no pueden ir al arbitraje aunque puedan transigir de hecho, y en cambio desde el punto de vista de los conflictos colectivos, cabe someter al arbitraje los problemas de la huelga.

El arbitraje puede ser «ad hoc» cuando se forma espontáneamente por las mismas partes, o institucional si los interesados se acogen a las reglas de organismos estructurados específicamente para conocer de la administración o de la logística de esta figura.

El arbitraje institucional se ha favorecido con la suscripción de convenios internacionales, ya sean bilaterales o multilaterales. Además han surgido organismos nacionales o locales que se han encargado de promover, reglamentar y auxiliar la sustanciación del arbitraje, formando listas de árbitros, impartiendo cursos, conferencias de actualización. Toda la materia de la publicidad y de la propaganda de este tipo de organizaciones, ha dado un gran impulso en los últimos tiempos a la figura del arbitraje y hoy cabe decir que, a diferencia de la vida jurídica interna, en el campo internacional el arbitraje privado es casi indispensable, o por lo menos se puede hablar de un instrumento idóneo e inmejorable que también se destina a la composición de los conflictos por la vía de la conciliación y de la mediación.

La mediación se da cuando el tercero imparcial se limita a poner en contacto a las partes y trasmitirles las recíprocas pretensiones, para que ellas autónomamente resuelvan las diferencias. En cambio la conciliación tiene la característica de que el árbitro es quien propone una fórmula que de ser aceptada termina el problema.

Hay otros muchos temas relacionados con el arbitraje, pero cabe concluir que actualmente ha crecido de manera acelerada en todos aquellos campos de importancia económica ya sea nacional o internacional.