



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

[RECENSIÓN] LA HERENCIA FIDEICOMISARIA: DESDE ROMA HASTA EL DERECHO PERUANO

Santiago Castán

Octubre, 2013



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

Esta interesante y reciente monografía gira en torno a una materia tan compleja como es la herencia fideicomisaria en el Derecho romano, el *ius commune* y el Derecho peruano. Su autora, hispano-peruana con raíces cántabras, es licenciada en Derecho y en Ciencias de la Educación, Doctora en Derecho por la Universidad de Cantabria y profesora ordinaria de la Universidad de Piura (Perú) en las áreas de Derecho Romano y Derecho Civil. Pese a que este libro es el resultado de su doctorado en España, de cuya dirección se hizo cargo el Prof. Francisco Cuenca Boy, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Cantabria, quien además ejerce de prologuista, la obra presentada no incurre en ciertos tópicos característicos de multitud de tesis doctorales publicadas, errores que muchos hemos cometido, a saber: citas explicativas innecesarias, reiteración de teorías doctrinales conocidas y obsoletas, una paginación excesiva, etc. En este sentido, el trabajo es aseado y equilibrado, ajustado a unas medidas racionales que no hacen tedioso su repaso. Haciendo gala de una prosa sobria, su lectura es fácil e inteligible, y ello a pesar de que el Derecho de sucesiones romano es, con toda probabilidad, al menos en mi opinión, el sistema social y normativo más dificultoso de toda la experiencia jurídica romana, pues en suma supone la coronación de todas las relaciones que constituyen su ordenamiento. Sin duda, como decía Bonfante¹, un maravilloso ejemplo de todo un organismo de derechos cuyo origen era la constitución social.

Como tantas otras instituciones del Derecho privado contemporáneo, la historia del fideicomiso y la herencia fideicomisaria arranca de la experiencia jurídica romana y su dilatada vida se ha prolongado hasta el momento presente. Sin embargo, es significativa la desigual suerte que ha corrido el fideicomiso y, especialmente, la sustitución fideicomisaria, en los distintos ordenamientos jurídicos europeos e iberoamericanos a lo largo de ese prolongado íterin. Nada raro si se tiene en cuenta la conexión que tienen estas figuras con la interpretación de la *voluntas testatoris* y, sobre todo, con los efectos que perseguían: el traspaso de bienes a personas que no disfrutaban de la *testamentifacio*,

¹ BONFANTE P. *L'origine dell'Hereditas e dei Legata nel diritto successorio romano*, en «Scritti giuridici varii. Vol. I. Famiglie e Successione», Torino, 1916, p. 109.



eludir disposiciones que limitaban las adquisiciones por testamento, gravar al heredero para que restituyera la totalidad de la herencia o una cuota de la misma a un fideicomisario (fideicomiso universal), con la consiguiente colisión de la regla ‘*semel heres semper heres*’, y en el caso más grave, vincular los bienes hereditarios a las manos de unos pocos tenedores para que permanecieran siempre dentro de la familia, lo que conllevaba la prohibición de enajenamiento de los mismos (el fideicomiso de familia y la sustitución hereditaria). Por ello, han sido muchos los juristas que han advertido de su peculiar naturaleza: desde considerarlo una «válvula de escape» contra el excesivo formalismo jurídico, como decía Arias Ramos², pasando por entenderlo como «un elemento en cierto modo perturbador dentro del sistema hereditario civil romano», como hace Murillo Villar³, hasta encontrar las razones de su éxito en el hecho de ser «un instituto amorfo, fluido, adaptable a las finalidades más variadas», como tiene escrito Biondi⁴.

Entre las distintas formas fideicomisarias destacan, sin duda, por sus efectos, el fideicomiso universal (*fideicommissum hereditatis*) y el de familia (*fideicommissum familiae relictum*), puesto que en el seno de ambos entrará en juego la denominada «sustitución fideicomisaria». Especialmente sugerente es el segundo, puesto que el testador imponía la no enajenación del patrimonio hereditario logrando que los bienes se mantuvieran intactos durante generaciones dentro de la misma familia, dando lugar a que se produjeran sustituciones sucesivas entre los distintos beneficiarios⁵. Justiniano ya las limitó en su época, aunque de un modo relativo, puesto que permitía las sustituciones hasta la cuarta generación (Nov. 159.2 y 3); pero cuando verdaderamente alcanzó un tráfico enorme fue a finales de la Edad Media y hasta el siglo XVIII, a través de la institución del mayorazgo⁶. Escribía el civilista español Roca Sastre que «la sustitución fideicomisaria ha sido una institución vejada, vilipendiada y maltratada desde mucho antes de la Revolución

² ARIAS RAMOS J. *Fideicomisos y leyes caducarias*, en «Revista de Derecho Privado», 24, 1940, p. 153.

³ MURILLO VILLAR A. *El fideicomiso de residuo en Derecho Romano*, Universidad de Valladolid, 1989, p. 22.

⁴ BIONDI B. *Sucesión testamentaria y donación*², trad. por M. Fairén, Bosch, Barcelona, 1960, p. 297.

⁵ Vid. TORRENT A. *Fideicommissum familiae relictum*, Universidad de Oviedo, 1975, pp. 6, 17, passim.

⁶ Vid. lit. en CUENA BOY F. *El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los Códigos civiles*, Universidad de Cantabria, 2004, p. 68 n. 1.

Francesa»⁷, pero lo cierto es que se prodigó por buena parte de la Europa medieval, en el marco del régimen feudal, como forma de estabilización económica y hasta propagandística del linaje de la alta aristocracia⁸, y fue el legislador francés quien prohibiría esta figura (mayorazgo, vinculaciones, sustitución fideicomisaria) como respuesta hacia un sistema feudal que no lograría sobrevivir mucho más tiempo⁹. La influencia del *Code* francés de 1804 (art. 896) en este aspecto se hizo notar en muchos países que iniciaron a continuación su movimiento codificador. Prohibida la sustitución fideicomisaria en algunos, contemplada en otros, esta monografía tiene el interés no sólo de explicar bien esos motivos, sino de completar el trayecto del fideicomiso en general, y la herencia fideicomisaria en particular, con un criterio histórico y comparativo, a lo largo de todas las etapas históricas.

Entrando ya en materia, la estructura del libro es sencilla y equilibrada, bien singularizada en bloques temáticos autónomos, pero ligados por un mismo hilo conductor. Junto a una «Introducción» dividida en dos partes, la primera dedicada a exponer la metodología utilizada y los objetivos de la investigación (pp. 19-22), a la que acompaña una segunda que la A. titula “Aspectos generales de las disposiciones fideicomisarias” (pp. 23-35), en la que la Dra. De la Fuente explica, de una manera resumida, como si de un Manual se tratase, los principales tipos, intervinientes y elementos de las disposiciones fideicomisarias, el libro avanza hacia un primer capítulo dedicado íntegramente al Derecho romano (pp. 37-106), un segundo centrado en la literatura jurídica del *ius commune* hasta la codificación (pp. 107-172) y un tercer y último capítulo sobre el fideicomiso universal y la sustitución fideicomisaria en la codificación peruana (pp. 173-232). Completan el volumen unas breves conclusiones (pp. 233-237), un índice de fuentes tan apreciado para los investigadores que se hace poco menos que imprescindible en cualquier publicación jurídica, y finalmente la relación bibliográfica.

7 ROCA SASTRE J.M. El fideicomiso “si sine liberis decesserit” y el Código civil, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1956, p. 13. Misma crítica en DOMINGO AZNAR A. El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 13 y 14.

⁸ CLAVERO B. Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369-1836)², Madrid, 1989, p. 97.

⁹ BLOCH M. Feudal Society. II. Social Classes and Political Organization², London, 2005, p. 2.



El prólogo del Prof. Cuenca (pp. 11-17) cumple la función de presentar adecuadamente la obra y aportar una primera valoración crítica de la misma. Especialista en el campo de los fideicomisos romanos y buen conocedor del Derecho intermedio e indiano, el prologuista no rehúye aportar interesantes reflexiones sobre el origen y también el devenir de la herencia fideicomisaria, puesto que ésta ha desaparecido del Código civil peruano aunque paradójicamente se sigue contemplando en sede judicial. Hace bien Cuenca en requerir la superación del prejuicio, demasiado instalado en ciertos círculos jurídicos, de que «la Historia del Derecho es un asunto exclusivo de los especialistas, los cuales no deberían aspirar a influir desde su campo en el presente ni en el diseño del futuro» (p. 13). Nada más lejos de la realidad: aun cuando civilistas y romanistas no deben permanecer anclados en el pasado y en la tradición¹⁰, porque el Derecho es siempre una fuerza viva, estoy de acuerdo con A. Torrent¹¹ en que el Derecho romano puede ser precisamente un instrumento idóneo para la crítica del Derecho positivo, y la monografía que reseñamos es un buen exponente de esa función.

El capítulo primero recorre pormenorizadamente la historia y evolución del fideicomiso en Roma (pp. 37-95), su primerísima interrelación con la *mancipatio familiae*, la decisiva intervención de Augusto y la creación de los pretores fideicomisarios en tiempos de Claudio, la problemática y frecuencia del fideicomiso tácito, su relación y asimilación con los legados, así como su reflejo en la legislación imperial y en la compilación justiniana. Quizá haya que lamentar que la atención dedicada a la herencia fideicomisaria (fideicomiso de herencia o universal), que constituye la parte última de esta sección, y que es lo más novedoso, sea algo más parca en su contenido (pp. 95-106, a las que, no obstante, deben agregarse unos comentarios preliminares vertidos en la “Introducción”, pp. 28 y 29). Con carácter general para todo el capítulo, baste decir que el tratamiento de textos jurídicos que realiza la A. y lleva a sus páginas es amplio y correcto; lo mismo puede decirse de las fuentes literarias recabadas (vid. especialmente pp. 51-60). En lo que respecta a la

¹⁰ CAPOGROSSI COLGNESI L. *Riflessioni su “i fondamenti del diritto europeo”*: una occasione da non sprecaire, en «*JVRA*», 51, 2000, p. 5.

¹¹ TORRENT A. El Derecho romano como instrumento para la crítica del Derecho positivo, en «Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo» 1, Madrid, 1988, pp. 753 ss.

bibliografía manejada, pueden hacerse algunas observaciones. Si bien las principales obras extranjeras de referencia específicas sobre el fideicomiso, que no son muchas, están suficientemente representadas (Desanti, Treggiari, Ferrini, Genzmer, Biondi, Lambertini o, entre otros, Longchamps de Bériet), se echa en falta, sin embargo, una mayor diversidad bibliográfica en el estudio de algunos otros aspectos de los fideicomisos que la A. trata complementariamente, pero que son esenciales en el conjunto de la obra, v. gr., la *mancipatio familiae*, legados, los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano o en materia de sustituciones, porque existe una abundante literatura al respecto y de esta forma puede evitarse un excesivo uso de la manualística (fundamentalmente el ya clásico manual del ilustre A. d'Ors y el propio del gran romanista chileno A. Guzmán Brito) o de las obras anteriormente citadas. No supone esto un gran problema de fondo en el resultado de la investigación, pero el contraste de opiniones habría enriquecido determinadas aseveraciones o apuntalado alguno de los posicionamientos de la autora. Por otro lado, la doctrina romanística española, que cuenta ya con importantes estudios monográficos sobre la materia (por citar unos pocos, Torrent, Cuenca Boy, Murillo Villar o Abellán Velasco), tiene un peso importante a lo largo de todo el capítulo en las notas bibliográficas, y aquí no hay nada que objetar, pues se trata de una materia cuyo conocimiento es altamente deudor del trabajo de los romanistas españoles; desde este momento, también de la Dra. De la Fuente.

La figura del fideicomiso en Roma debe su regulación jurídica a Augusto, quien a lo largo de su dilatado “reinado” no sólo llevó a cabo una sustancial transformación jurídico-política del régimen constitucional, sino que también se caracterizó por ser un prolijo legislador e innovador en el campo del Derecho privado y procesal. No es para nada extraño que, junto a las razones que indujeron a Augusto para el reconocimiento legal de los fideicomisos, recordadas por la A. (p. 60) con apoyo en Inst. 2.23.1, las competencias en esta materia fueran asumidas por los cónsules; y no es extraño, porque el consulado, despojado de los principales poderes políticos de antaño, fue reconducido por obra suya hacia la asunción de otras funciones más útiles que Augusto encontró, entre otras, en el



campo del Derecho privado y la administración de justicia, dotando a los cónsules de una *iurisdictio inter privatos* (tutela, manumisiones...) ¹², y en el ámbito fideicomisario atribuyéndoles la prestación de su *auctoritatis interpositio* para la validez de los mismos ¹³, un aspecto que tiene mucho interés en el arranque de la *cognitio extraordinem* ¹⁴, como así vislumbra también la A. (pp. 61 y 62).

No obstante, la historia del fideicomiso comienza mucho antes, aunque sin reconocimiento legal ¹⁵, y la A. se remonta hasta la época anterior a la Ley de las XII Tablas, aludiendo brevemente a las primeras formas testamentarias públicas y buscando especialmente su relación con la *mancipatio familiae* (pp. 43-49). La autora se desliga de la opinión, más o menos común, de ver en la *mancipatio familiae* el origen de los fideicomisos, como forma, aquélla, que servía para hacer llegar la herencia, o parte del acervo, a terceras personas y en determinadas circunstancias (*tertium genus testamenti*). Tiene sentido, yo también percibo en la *mancipatio familiae* funciones de distinta naturaleza que poco tienen que ver con los fideicomisos ¹⁶, pero como mínimo hay que reconocer, con Lemerrier ¹⁷, que entre ambas

¹² DE MARTINO F. *Storia della costituzione romana*², vol. 4.1, Napoli, 1974, p. 621.

¹³ Interesa también otro fundamento, de tipo político-sociológico, que destaca ABELLÁN VELASCO M. Los fideicomisos a través de la literatura específica de los juristas romanos, Madrid, 1982, p. 43, como era poner bajo el control del princeps una figura asociada a la libertad republicana.

¹⁴ Así lo ha visto TORRENT A. *Fideicommissum familiae relictum*, cit., p. 11.

¹⁵ Confiado el encargo simplemente a la *fides*. Como pone de manifiesto ABELLÁN VELASCO M. *Los fideicomisos a través de la literatura específica de los juristas romanos*, cit., p. 41, el fiduciario, en caso de no cumplir con el ruego, tan sólo recibiría una descalificación moral, dada su no obligatoriedad. Indirectamente, es obvio que antes de la regulación por parte de Augusto no era posible que entrara en juego la sustitución fideicomisaria.

¹⁶ Como forma de testamento arcaico sobre el que se basará la construcción del *testamentum per aes et libram*. Aulo Gelio unía la *mancipatio familiae* a las dos formas más antiguas de testamentos romanos, en una suerte de *tria genera testamentorum* (Gell. 15.27.3); y Gayo (Inst. 2. 101-103) afirmaba que tras caer en desuso dichos testamentos (*in procinctu y calatis comittis*, cosa que en el caso de este último debió suceder poco después de la aprobación de la Ley de las XII Tablas; no así, el *procinctu*, que mantuvo su vigencia mucho más tiempo por su especial finalidad, como recuerda Cicerón *de orat.* 1.53.228 y *de nat. deor.* 2.3.9), la única forma testamentaria que permaneció fue la *mancipatio familiae*. Indudablemente no era propiamente un testamento, pero la jurisprudencia republicana ideó la forma del *testamentum per aes et libram* partiendo de la antigua *mancipatio familiae*, por la que el *civis* que no hubiera otorgado testamento y se encontrara en peligro de muerte podía traspasar todo su patrimonio (*familia*) por medio de una *mancipatio* a alguien de su confianza (*familiae emptor*), con el encargo de distribuirlo entre las personas designadas por el enajenante, y lo ideó valiéndose de la forma de la *mancipatio* como mera solemnidad, pues la finalidad no era la adquisición fiduciaria que tenía la *mancipatio familiae*, sino la designación de un *heres* (el *familiae emptor* quedará como un simple custodio de la voluntad testamentaria). Vid. BIONDI B. *Sucesión Testamentaria y Donación*², cit., pp. 39 ss. AMELOTTI M. *Il testamento romano classico alla luce di nuovi documenti*, en

figuras hay una analogía en su estructura. En la razón de ser del fideicomiso tiene más importancia, a juicio de la A. (pp. 49 ss.), el deseo de favorecer a personas que no podían heredar¹⁸ y menos relevancia la intención de eludir las disposiciones que limitaban las adquisiciones hereditarias de quienes sí podían suceder (p. 59: *Lex Furia testamentaria* y *Lex Voconia*; y más adelante, las leyes caducarias augústeas), distanciándose en este último caso también, pero fundamentándose en fuentes literarias, de una opinión mayoritaria. Lo que sí parece seguro es que las limitaciones impuestas por esas leyes aumentaron el número de fideicomisos; todavía más cuando Augusto impuso la obligatoriedad de estos. En todo caso, es innegable a tenor del fragmentario conocimiento del Derecho en los primeros siglos de historia romana, que es imposible precisar la fecha de aparición del fideicomiso.

Siguiendo el orden que encontramos en el capítulo, a continuación la A. se detiene en el estudio de fideicomiso tácito (pp. 70-84), del que pone de manifiesto que no se trata de una nueva categoría de fideicomiso (p. 73 n. 158) y que no siempre se utilizaba con carácter fraudulento, lo que le lleva a distinguir entre «fideicomiso tácito», «fideicomiso tácito fraudulento», «fideicomiso implícito» y «fideicomiso secreto»¹⁹. La progresiva aproximación entre los fideicomisos y los legados en el período posclásico y su ulterior equiparación por Justiniano (pp. 89-95), pone fin al examen dedicado al fideicomiso in genere. La última parte del capítulo (pp. 95-106) se centra en el estudio del fideicomiso universal o de herencia (*fideicommissum hereditatis*), la figura que da lugar, junto al fideicomiso de familia, a las sustituciones fideicomisarias, que a la sazón constituyen la línea argumental principal de los capítulos siguientes. Figura desde luego más compleja que el fideicomiso simple o particular, aunque derivada de la versatilidad de éste, en su virtud el

«Estudios de Derecho Romano en honor de A. d'Ors», 1, Universidad de Navarra, 1987, pp. 151 ss. TORRENT A. *Venditio hereditatis. La venta de herencia en Derecho romano*, Salamanca, 1966, pp. 80 ss.

¹⁷ LEMERCIER P. Quelques remarques sur les origines du fidéicommiss et sur le fidéicommiss d'hérédité à l'époque classique, en «RHD», 14, 1935, p. 448.

¹⁸ Idea ya sugerida por DECLAREUIL J. Quelques notes sur certains types de fidéicommiss, en «Mèlanges Gérardin», París, 1907, pp. 135 ss.

¹⁹ Cfr. en este sentido TAZÓN CUBILLAS A. *Aproximación al concepto de fideicomiso tácito en el Derecho Romano*, en «AFDUDC», 13, 2009, pp. 845 ss.



fideicomitente podía gravar al heredero (fiduciario) con la restitución íntegra o parcial de la herencia a un fideicomisario en caso de cumplimiento de una condición o llegada de un término. Los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano, ambos del s. I d. C., paliaron la inseguridad jurídica que comportaba el régimen establecido para este fideicomiso: a partir de entonces, se consideró al fideicomisario como heredero (*'loco heredis'*, salvando la *regulae iuris 'semel heres semper heres'*), logró eludirse la necesidad de aceptación de la herencia por parte del heredero para la validez de la disposición, y éste además conseguía retener para sí mismo un cuarto de la herencia (*quarta Pegasiana*). Aunque hemos unido los efectos de ambas providencias, por no hacer más larga la exposición, lo cierto es que en la praxis ambas estuvieron vigentes durante largo tiempo (el *SC Pegasianum* derogó sólo parcialmente el *Trebellianum*), dando lugar a una serie de situaciones conflictivas a las que no fueron ajenos los juristas romanos. Justiniano (Inst. 2.23.7) fundió ambas disposiciones otorgando mayor estabilidad y seguridad a esta forma fideicomisaria. Todas estas cuestiones y otras son analizadas por la A., pero como decía más atrás, tal vez se advierta un excesivo afán de síntesis en esta parte de la monografía que para mí es esencial, por la escasez de literatura al respecto y por el hecho de que el resto de la obra se vuelca especialmente en esta figura y en la sustitución fideicomisaria, que es tributaria tanto del fideicomiso universal como del de familia. Creo que la A. está en disposición en el futuro de profundizar más sobre esta figura.

El *ius commune* constituye el centro de atención del capítulo segundo. En una primera sección, la A. comienza su andadura en la Baja Edad Media, prestando en primer lugar atención a la Escuela de Bolonia en donde se produce el redescubrimiento del Derecho romano, dando lugar, gracias a una nueva hornada de juristas de renombre universal, a lo que se ha venido en llamar «tradición romanística» o «segunda vida del Derecho romano»²⁰. Lo que aquí encontramos es una concienzuda y exhaustiva recopilación de los principales textos que abordan la cuestión de los fideicomisos y la herencia fideicomisaria en la *scientia iuris* medieval. Partiendo de la glosa de Acursio, por el libro van desfilando las doctrinas de las principales figuras de las escuelas posteriores,

²⁰ VINOGRADOFF P. *Roman Law in Medieval Europe*², Oxford, 1929, p. 13.

desde los comentaristas (Bártolo de Sassoferrato, Baldo de Ubaldi, Paulo de Castro), los representantes de la literatura del *mos italicus* tardío (Lancelotto Politio, Antonio Fumeo, Paulo Leonio, Angelo Mattheacio, Vicente Fusario o Tomasso Mauritio Richeri, entre muchos otros), hasta el humanista Hugo Donelo (pp. 110-153). Se trata de una de las partes más valiosas de la monografía, desde el momento en que fue la literatura jurídica medieval la que dio el gran impulso al desarrollo de la sustitución fideicomisaria, desde su inclusión en la Glosa hasta el reconocimiento más claro que efectúan Fusario y Hugo Donelo (pp. 171 y 172).

La segunda sección de este capítulo conecta por primera vez el núcleo de la investigación con el Derecho iberoamericano, pues la A. se ocupa de la recepción del *ius commune* en el Perú, fundamentalmente a través de la obra de Juan de Matienzo, Alfonso de Acevedo, Pedro Murillo Velarde, Juan Sala y José María Álvarez (pp. 154-170), justo hasta el momento en que empieza el período codificador en el Perú, poco tiempo después de su independencia (1821). Como en todo el capítulo, la A. se centra exclusivamente en aquellos aspectos que guardan relación con la sustitución fideicomisaria. La principal conclusión que se extrae de estas páginas es la recepción y aceptación de la sustitución fideicomisaria en el Perú, sobre la base de las Partidas, hasta que se promulgó el Código civil (p. 172).

El último capítulo lo dedica su A. al examen del fideicomiso universal y la sustitución fideicomisaria en la legislación y jurisprudencia peruana. El discurso se inicia con unas breves consideraciones acerca del proceso codificador seguido en Iberoamérica que sirven de puente entre el capítulo anterior y la materia que va a ser abordada. No es baladí recordar en estas páginas que el fenómeno de la recepción del Derecho romano en Iberoamérica, así como la codificación del antiguamente llamado «Derecho de Indias», está siendo objeto, tanto en Europa como en América, de una gran atención doctrinal en las últimas décadas, y precisamente por una pléyade de romanistas que se han preocupado por señalar la continuidad de las instituciones jurídicas romanas en el continente americano (Catalano, Schipani, Calonge, Guzmán Brito, A. Fernández de Buján...). Desde los



seminales trabajos del gran comparativista francés André David que relegaba de las grandes familias de sistemas jurídicos a los ordenamientos iberoamericanos, se ha hecho un gran esfuerzo para distinguir una seña de identidad que permitan hablar de un «sistema jurídico iberoamericano»²¹, singularmente de raíces romano-germánicas, lo que en el fondo lo configura como un subsistema del sistema jurídico romanista, formado fundamentalmente a través de la recepción del Derecho de Partidas castellano²² durante el largo período de colonización y más adelante por una fuerte influencia del *Code* civil francés de 1804²³; influjo que la A. reconoce en materia de sucesiones y lo pone de manifiesto a lo largo de estas páginas.

Son tres, fundamentalmente, las áreas abordadas en este último capítulo: la primera contempla el *iter* histórico de los códigos civiles peruanos (y sus respectivos proyectos) en lo que a la regulación de la herencia fideicomisaria, sustituciones y fideicomisos se refiere: el Código de 1852 (pp. 177-182), de 1936 (pp. 183-192) y el vigente de 1984 (pp. 192-198). La segunda de las cuestiones encaradas es la regulación del fideicomiso bancario en la legislación peruana (pp. 199-210), una figura que ya tiene cierto saber clásico en algunos

²¹ Puede verse un buen resumen de las posiciones mantenidas en la primera mitad del s. XX en CASTÁN VÁZQUEZ J.M. *El sistema jurídico iberoamericano*, Revista de Estudios Políticos, 157, 1968, pp. 209 ss. (misma cuestión abordada en CASTÁN TOBEÑAS J./CASTÁN VÁZQUEZ J.M./LÓPEZ CABANA R.M. *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 143 ss.), y ROSTI M. *Sobre la existencia de un sistema jurídico iberoamericano. La reconstrucción de un debate y prospectivas de investigación*, en «El Derecho en red: estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano», Dykinson, Madrid, 2006, pp. 417 ss.; sobre el estado de la cuestión en las últimas décadas reenvío al mismo trabajo de la Prof.^a ROSTI (pp. 429 ss.), con abundante literatura. Es una buena ocasión para hacer referencia también a la constitución en 1994 de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, que entre sus fines destaca precisamente «el estudio y difusión del Derecho Romano tanto en su sentido estricto como en el ámbito de la tradición jurídica romanística y su proyección en la legislación europea e Ibero-Americana» (art. 3^a de sus Estatutos).

²² La influencia del Código de las Siete Partidas en la formación del Derecho iberoamericano es un hecho bien contrastado que ha dado lugar a que se hable de un «trasplante» de la «ciencia jurídica castellana» y de una «transfusión del Derecho Romano» a las Indias. Véase CASTÁN VÁZQUEZ J.M. *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1984, pp. 35 ss. CALONGE A. *La recepción del Derecho Romano en materia de obligaciones y contratos*, en «Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano», Universidad de Murcia, 1998, pp. 11 y 12. SCHIPANI S. *Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del Diritto*, en «Roma e America. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America Latina», 24, 2007, p. 7.

²³ Vid. GUZMÁN BRITO A *Crítica al derecho como presupuesto de la codificación en Chile en torno al primer tercio del siglo XIX*, en «Index», 14, 1986, pp. 129 ss.; del mismo autor: *La historia del Derecho europeo y americano como historia del Derecho romano*, en «Revista del magister en Derecho civil», 1, 1997, p. 31.

ordenamientos jurídicos y también en Latinoamérica²⁴, pero que asimismo es deudora del Derecho Romano (fiducia, fideicomiso) y del Derecho anglosajón, a través del *trust*²⁵. La A. analiza los preceptos de la Ley N° 26702 de 1996 que regulan este «negocio jurídico nuevo» (p. 206) o «contrato bancario» (p. 231), y especialmente aquellas disposiciones que entran en conflicto con el articulado del Código Civil de 1984. La tercera parte se nutre de una serie de sentencias, minuciosamente comentadas, que trazan una panorámica reveladora acerca de la admisión de la sustitución fideicomisaria en la praxis testamentaria y jurisprudencial peruana, lo cual tiene carácter paradójico si tenemos en cuenta el silencio legislativo (¿una prohibición?) que impera en el Código civil peruano (pp. 211-232). Pero la A. ha advertido, hilvanando aquellos motivos ideológicos por los que la sustitución fideicomisaria quedó fuera del proceso codificador, que la realidad judicial peruana (jueces y fiscales) es otra y ha terminado por reconocer implícitamente la vigencia de esta figura disfrazándola de sustituciones vulgares (p. 230). Cuestión muy interesante: una problemática legislativa y jurisprudencial actual que se traduce en una chocante divergencia entre el derecho positivo y el derecho vivo²⁶ que es salvada en la herencia testamentaria, según reflexión de la A., sobre la base de la autonomía privada (p. 236). Una conclusión importante que merece ser explorada en el futuro con vistas a una posible incorporación legal.

Concluimos. Estamos ante un notable trabajo de claro sabor romanístico, pero que no se agota ni mucho menos en el Derecho Romano. De hecho, y en mi opinión, la parte

²⁴ Con amplio eco en el ámbito doctrinal, incidiendo especialmente en la vertiente contractual y financiera de los fideicomisos, así como en sus aspectos tributarios. Vid. v. gr. últimamente la obra colectiva *El fideicomiso en Latinoamérica. Interpretación jurídico-financiera* (dir. A. Urquiza Cavallé; coord. E.M. Rivas Nieto), Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2010.

²⁵ Pese al carácter de originalidad (anglosajona) con el que tradicionalmente ha sido presentado el *trust*, la relación entre éste y el fideicomiso y la *fiducia* romana ya fue puesta de manifiesto por BUCKLAND W.W./McNAIR A.D. *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline*², Cambridge University Press, 2008, pp. 176 ss. Con carácter general AAVV. (dir. E. ARROYO i AMAYUELAS) *El trust en el Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 31 ss. y *passim*, que si bien no trata de forma directa el *trust* en Iberoamérica, sí recoge sin embargo la experiencia jurídica del *trust* en los países de Derecho civil («Civil Law») en los que esta figura ha sido trasplantada desde el sistema de «Common Law».

²⁶ Léanse, asimismo, en este sentido las reflexiones de F. CUENA en el Prólogo (p. 12) y téngase presente la impresión de A. TORRENT del “fracaso” o “agotamiento” de los Códigos en el momento presente (en *Fundamentos del Derecho europeo (Derecho romano-Ciencia del Derecho-Derecho europeo)*, en «AFDUDC», 11, 2007, pp. 948 ss. y 956-957).



más novedosa y valiosa de la monografía la encontrará el lector en los capítulos segundo y tercero, en los que la A. se desenvuelve con una gran solvencia. Quizá por esto, el mayor atractivo de esta monografía reside en haber sabido traer hasta el momento presente una institución milenaria romana, sin omitir ninguna época histórica, y situarla en el vértice de la actualidad legislativa y judicial peruana, que como ha quedado dicho, parece necesitada de una revisión en este campo.