



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y SANCIÓN JURÍDICA DE LOS FIDEICOMISOS

Rosario de la Fuente-Hontañón

Madrid, julio del 2011

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho, Área de Fundamentos



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución-
NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y SANCIÓN JURÍDICA DE LOS FIDEICOMISOS

Sumario: I.- Las noticias de I.2.23 y 2.25 pr como punto de partida para la investigación.- II.- Los fideicomisos antes de la intervención de Augusto, en la República (*primis temporibus*).-2.1.- El fideicomiso y la *mancipatio familiae*.-2.2.-Supuestos documentados en las fuentes: *peregrini* (Gayo), *Leges Furia y Voconia* (Cicerón), *proscriptiones* (Cicerón).-III.-Sentido e importancia de la intervención de Augusto: auge de los fideicomisos y creación de los pretores fideicomisarios.-3.1.-Las *leges caducariae* como posible fuente de nuevos supuestos de aplicación de los fideicomisos.-3.1.1.- La *capacitas* y las *Leges Iulia et Papia Poppaea*.-3.1.2.-Otras medidas legislativas en relación a las *leges caducariae*: efectos de la *incapacitas* y régimen de los *caduca*.- 3.1.3.- La figura de la *indignitas* y las *Leges et Papia Poppaea*.-3.2.-Los *postumi alieni* y *personae incertae*: el deseo de favorecerlos mediante fideicomisos.-3.3.-Otras noticias sobre la evolución de los fideicomisos: Senadoconsulto de Adriano en relación con los *peregrini*.-IV.- Paulatina aproximación y equiparación de los legados y los fideicomisos

Con mucho gusto me uno a la feliz iniciativa del Grupo de la Revista IUSTEL de promover un homenaje al profesor Joan Miquel González dedicándole el presente número de la Revista General de Derecho Romano, de la que fue destacado miembro de su Comité científico. Con este trabajo quiero rendirle mi homenaje por haber sido una figura insigne de los estudios romanísticos en España, en toda Europa y en América Latina, y porque que a través de su magna y fecunda obra ha contribuído a resaltar el valor del Derecho romano como modelo vivo del razonar jurídico.

I. LAS NOTICIAS DE I. 2.23.1 Y 2.25 pr. COMO PUNTO DE PARTIDA PARA LA INVESTIGACIÓN

Como punto de partida para nuestra reconstrucción de la historia de los fideicomisos parece oportuno adoptar dos pasajes significativos de las Instituciones de Justiniano: I. 2.23.1 y 2.25 pr., que además de proporcionarnos un esquema histórico de desarrollo condensan un cúmulo de noticias importantes.



I. 2.23.1:

Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.

A partir de este testimonio podemos sintetizar los elementos esenciales del fideicomiso en su origen:

- a) antes de Augusto, el texto dice que *primis temporibus* todos los fideicomisos eran *infirma*, no eran válidos, carecían de tutela jurídica, por lo que al no existir ningún vínculo obligacional, resultaban sin valor¹. A nadie se le podía exigir que cumpliera lo que únicamente se le había rogado que hiciera. En estos inicios, el fideicomiso no tiene aún la categoría de instituto reconocido por el Derecho y la ejecución de la voluntad del difunto va a depender de la *fides*² del gravado con el fideicomiso. El

¹ P. LEMERCIERE, “Quelques remarques sur les origines du fidéicommis et sur le fidéicommis d’heredité à l’époque classique”, en *RHDFE* 14 (1935) pp. 444 y ss., defiende la tesis de que ya en el último siglo de la República los fideicomisos estaban protegidos por la intervención del censor, que sancionaba con la nota de infamia a los que no eran leales a la palabra dada como fiduciarios, traicionando así la voluntad del difunto; cfr. S. CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, Madrid 1996, pp. 71 y ss., que examina la tesis anterior y reconoce junto a otros autores que propone una hipótesis factible pero de difícil prueba; J. ARIAS RAMOS, “Fideicomisos y leyes caducarias”, en *RDP* 24 (1940) p. 154, para quien la hipótesis es muy sugestiva, pero sin suficiente fuerza probatoria para echar por tierra la exactitud de la noticia suministrada por Justiniano; vid. A. MURILLO VILLAR, *El Fideicomiso de residuo en Derecho romano*, Valladolid 1989, p. 33, que le parece perfecta y bien estudiada la hipótesis de LEMERCIERE, pero no va más allá porque los textos en los que se apoya el jurista francés carecen de precisión jurídica, lo que pone en entredicho la validez y eficacia probatoria de los mismos.

² La *fides* surge en el ámbito religioso, político y jurídico de los romanos. Como acertadamente señala A. D’ORS, *Derecho privado romano*¹⁰, Pamplona 2004, § 32, nt. 2 bis: “la *fides* llega donde no alcanza la fuerza vinculante de la forma y es el fundamento de todas las obligaciones no formales (...) distinta es la *bona fides* del poseedor y la que se refiere a la lealtad recíproca de las dos partes de un contrato”; cfr. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos”, en *Anuario Justicia Alternativa, Derecho arbitral*, 10 (2010) p. 161, donde destaca que “la lealtad a la palabra dada no sería exigible jurídicamente como un deber jurídico basado en la ley, ni en el edicto, sino en la *fides*”.

- hecho de que el fideicomiso estuviera fuera de la ley, servía con frecuencia para ir contra ella, principalmente en materia de incapacidad para recibir o de disponer;
- b) nacieron los fideicomisos para favorecer a quienes *non potebant hereditatem vel legata relinquere*. Las disposiciones fideicomisarias, testamentarias o no, iban a beneficiar a personas sin *testamentifactio* pasiva: *peregrini, incertae personae*, incluso a ciudades enteras, etc. De igual manera, aparecieron los fideicomisos para eludir el cumplimiento de determinadas leyes, como la *Lex Oppia sumptuaria*³ (215 a.C); la *Lex Cincia de donis et muneribus*⁴ (204 a.C); la *Lex Voconia* (169 a.C) y la *Lex Furia testamentaria*⁵ (s.II a.C);
 - c) se encargaban a quienes sí podían *capere ex testamento* para que hicieran llegar determinados bienes a los incapacitados por el *ius civile* o por las *leges* para adquirir herencias o legados y su cumplimiento quedaba solamente amparado por la *fides* del fiduciario, de donde viene el nombre de *fideicommissa*. Basado en la confianza, la persona gravada por el disponente cumplirá o no con el encargo recibido, y al no haber un vínculo jurídico quedará en la esfera de lo que podríamos llamar deber moral, fuera del alcance del Derecho, como un fenómeno social;
 - d) Augusto, en un momento posterior, fue el primero en ordenar la intervención de los cónsules para que las disposiciones fideicomisarias fueran cumplidas, atendiendo a las siguientes razones: a) la amistad hacia ciertas personas; b) la circunstancia de haberse pedido a alguno, por la salud del príncipe, que cumpliera el fideicomiso; y 3) la reacción ante la señalada perfidia de ciertos individuos, como el supuesto de la deshonestidad de los herederos fiduciarios⁶. Es posible que Augusto facultara a los cónsules, para que dieran fuerza jurídica a los singulares fideicomisos, es decir, para que juzgaran aquellos casos concretos que se les iban presentando⁷. Pero quizás no fueran solamente estas razones altruistas las que movieron a Augusto a reconocer los fideicomisos, sino que también pretendió ejercer sobre ellos una función de control y restricción⁸.

Desde este momento, los fideicomisos se convierten en una disposición jurídica obligatoria, y si bien el fideicomisario no dispone de una *actio* en el sentido clásico, puede mediante la *cognitio extra ordinem* obligarse al fiduciario a que cumpla con lo dispuesto

³ Cfr. D'ORS, *Derecho privado...*, o.c., § 334, 1: esta ley, prontamente derogada por la ley Valeria Fundania, prohibía el lujo utilizado en el atuendo de las mujeres libres, sin que afectara a las peregrinas.

⁴ Cfr. D'ORS, *Derecho privado...*, o.c. § 334, 1: esta ley prohibía las donaciones que superaran una cuantía que no conocemos, con excepción de las donaciones a familiares cercanos o personas allegadas. Asimismo, prohibió a los abogados aceptar donaciones remuneratorias de sus clientes.

⁵ En relación a estas dos leyes, cfr. *infra*, 2.2.

⁶ Cfr. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il Fedecommissio universale nel Diritto romano classico*, Warsava 1997, p. 57.

⁷ Cfr. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il Fedecommissio universale...*, o.c., p. 82.

⁸ Cfr. TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo 1975, p. 11.



por el causante. A partir del reconocimiento jurídico -y *quia iustum videbatur et populare erat*⁹- la materia fideicomisaria se fue convirtiendo paulatinamente en objeto de una *assidua iurisdictio*, hasta llegar a la creación del pretor fideicomisario.

I. 2. 25 pr:

Ante Augusti tempora constat codicillorum ius in usu non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid; et cum divus Augustus voluntatem eius implexset, deinceps reliqui auctoritatem secuti fideicommissa praestabant, et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, solvit. Dicitur autem Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse, an possit hoc recipi nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret, utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat quin codicilli iure optimo admitterentur.

Veamos ahora la información que transmite este otro testimonio:

- a) antes de Augusto no estuvo en uso la figura de los codicilos¹⁰;
- b) fue Lucio Léntulo el que por primera vez los introdujo: estando próximo a la muerte (*nam cum decederet*) en Africa, escribe codicilos confirmados por testamento;
- c) en ellos pide a Augusto por fideicomiso que hiciera alguna cosa (*ut faceret aliquid*);

⁹ Cfr. C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi second il Diritto Romano con riguardo alla attuale giurisprudenza*, reimp. Roma 1976, p. 34; D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford 1988, p. 279, para el autor “just, no doubt, because of *fides*. As for popularity, it is easy understand why the actionability of trusts should have excited popular approval”.

¹⁰ TORRENT, *Fideicommissum familiae...*, o.c., p. 10, reconoce que ambas figuras, el fideicomiso y el codicilo, tienen un origen común; en cambio, para Guarino, “Pauli de iure codicilorum liber singularis”, en ZSS 62 (1942) p. 211, este texto no sería genuino; en contra, JOHNSTON, *The Roman Law...*, o.c., pp. 26 y ss., aunque el texto presenta problemas, esto no es razón “to believe that the passage is entirely unhistorical; and it is worth considering the role the trust plays it”. Últimamente, LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissio universale...*, o.c., pp. 40 y ss., además de señalar la postura de Guarino y la de Johnston, plantea la tesis de Champlin de que el texto es: “completamente sterile como fonte della storia del diritto” y examina también las posturas de Genzmer y de Giodice Sabbatelli.

- d) Augusto cumple el fideicomiso y después los demás también los ejecutaban siguiendo su buen ejemplo (*eius auctoritatem secuti*);
- e) el jurista Trebacio aconseja a Augusto que apruebe el uso de los codicilos (*cuius tunc auctoritas maxima erat*)

Los dos textos de las Instituciones de Justiniano, I. 2.23.1 e I. 2.25 pr., tienen un origen común¹¹ y confirman cómo los fideicomisos reciben reconocimiento jurídico bajo el mandato de Augusto, porque hasta este momento el fideicomisario quedaba desprotegido frente al fiduciario. Junto al reconocimiento de los fideicomisos, los codicilos reciben también una eficacia jurídica, por lo que la figura se entrelaza con la del fideicomiso, entrando ambas al mundo del Derecho. Con Augusto se encarga a los cónsules, en *cognitio extra ordinem*, el cumplimiento y exigencia de aquellos fideicomisos en los que fuera evidente el fraude del fiduciario, y con Claudio se crean dos pretores fideicomisarios¹². A raíz de su reconocimiento jurídico, el fideicomiso alcanza un gran desarrollo y difusión, como queda demostrado en la amplia jurisprudencia clásica recogida en las fuentes.

Las páginas que siguen van a concentrarse en el análisis descriptivo de las noticias transmitidas por Justiniano en I. 2.23.1 y en I. 2.25 pr., limitándonos a explicar, en primer lugar, la situación de los fideicomisos antes de la intervención de Augusto y su relación con la *mancipatio familiae*, junto a los supuestos documentados en las fuentes en relación con los *peregrini*, las *leges Furia y Voconia* y las *proscriptiones*. En segundo lugar, con la intervención de Augusto y el auge de los fideicomisos, es obligado el examen de las *leges caducariae* como posible fuente de nuevos supuestos de aplicación de los mismos, así como el análisis de la evolución de la *testamentifactio* pasiva en los *postumi alieni* y las *personae incertae*. En tercer lugar, el estudio de las medidas legislativas dadas en cuanto a la *incapacitas* y el régimen de los *bona caduca*; la figura de la *indignitas* y las *leges Iulia et Pappia Popaea*, junto a la reflexión de los juristas sobre el deseo de favorecer mediante fideicomisos a los *postumi alieni* y a *personae incertae*. Para dar paso, por último, al análisis de la paulatina aproximación y equiparación de los legados y fideicomisos.

I. LOS FIDEICOMISOS ANTES DE LA INTERVENCIÓN DE AUGUSTO, EN LA REPÚBLICA (*PRIMIS TEMPORIBUS*)

¹¹ Cfr. MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo...*, o.c., p. 34.

¹² Cfr. B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*², Barcelona 1960, p. 297.



Tanto en las Instituciones de Gayo como en las de Justiniano¹³, los legados preceden a los fideicomisos. Si bien ambas figuras pertenecen al género de las liberalidades, los legados, instituciones pertenecientes al *ius civile*, quedan vinculados a una serie de factores, como puedan ser el de la confección del testamento o la adquisición de la herencia, que hacen rígida e inflexible la figura. Como contrapartida surgirá una nueva figura, la de los fideicomisos, como aquellos encargos de confianza, rogados sin una forma especial, dentro o fuera del testamento. De ahí que cobren tanta importancia y se desarrollen con gran fuerza supliendo las deficiencias y el estricto régimen de los legados y de la sucesión hereditaria¹⁴.

En un comienzo, *primis temporibus*, no tuvieron tutela ni sanción jurídica, por lo que el cumplimiento del encargo dependía de la *fides* de la persona de confianza. Cabe pensar que el fiduciario¹⁵, quien solía ser uno de los hijos, la esposa, uno de los hermanos o amigos, incluso un liberto del disponente, o en definitiva una persona influyente, en un principio respetaría la voluntad de éste. Parece apropiada a la mentalidad de los romanos clásicos la conjunción de ambas figuras: la lealtad o *fides* y el respeto a la *voluntas* del *de cuius*¹⁶.

La afirmación de Justiniano calificando a los fideicomisos de *infirmas*, sin ninguna sanción jurídica y sin que nadie quedara obligado a cumplir lo que se le había pedido, lleva a pensar que ya desde tiempos antiguos fueron muy frecuentes, sirviendo para alcanzar lo que pretendía el disponente: hacer llegar a una tercera persona, sin *testamenti factio*, el total de la herencia o una parte de ella o bien cosas singulares. A través de las fuentes literarias¹⁷ veremos que no siempre esa *voluntas* era cumplida por parte del fiduciario, por lo que aquellas disposiciones resultaban ineficaces.

¹³ Gai. 2.191-245; I. 2.20-22; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², *Parte speciale, Successione ab intestato, successione testamentaria*, Milano 1963, p. 231, sobre la analogía del fideicomiso con el legado.

¹⁴ Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., p. 295; VOCI, *Diritto ereditario...*, II², o.c., p. 233; FERRINI, *Teoria generale...*, o.c., p. 33; A. GUZMÁN BRITO, *Derecho Privado romano*, II, Santiago de Chile 1996, pp. 650 y 733; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, pp. 477 y ss.

¹⁵ El fiduciario, quien recibe la *rogatio*, puede ser el heredero testamentario o *ab intestato*, un legatario, un fideicomisario (Gai.2.271), el fisco (D.30.114.2 Marcian. 8 *inst.*), un donatario *mortis causa* (D.31.77.1 Pap. 8 *resp.*), el *pater familias* que adquiere el peculio del hijo militar que muere intestado, y en definitiva, cualquiera que sobreviviendo al fideicomitente reciba algo de él (D.32.1.6 Ulp. 1 *de fideic.*)

¹⁶ F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, “Il rispetto per la volontà del *de cuius* sull'esempio dei fedecommessi romani”, en *RIDA* 45 (1998) p. 483.

¹⁷ Cfr. *infra*, 2.2, donde examinaremos algunos textos de Cicerón *de fin.* 2.17.55 y 58; *in Verr.* II, I.47.123-124, Valerio Máximo 4.2.7; *pro Cluent.* 7; Polibio, *Hist.* 31.28.8 y Terencio, *Andria* 296, 810.

2.1. El fideicomiso y la *mancipatio familiae*

¿Cuál fue en su origen el papel de la *mancipatio familiae* y cuál es el sentido y la función de esta figura? Es ya una opinión común en la doctrina señalar que el antecedente del fideicomiso se encuentra en la *mancipatio familiae*¹⁸.

Gayo, al tratar en sus Instituciones sobre las herencias¹⁹, dice que pueden ser de dos clases, las dejadas por testamento y las dejadas sin él o *ab intestato*. Interesa ahora ver en primer lugar las dos formas testamentarias que se originaron en época arcaica²⁰, para examinar después también una tercera forma, el *testamentum per aes et libram*, que si bien tuvo su origen en la misma época arcaica se mantuvo vigente durante toda la época clásica.

El *testamentum calatis comitiis* era el que se presentaba ante los comicios, reunidos para este fin cada dos años, y que “en realidad era un acto similar al de la antigua *adrogatio* de un *pater familias*, o quizás el mismo acto”²¹, con la finalidad de proporcionar un *suus*

¹⁸ Cfr. FERRINI, *Teoria generale...*, o.c., p. 33; BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., p. 295; F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis. Esegisi e sistema nella formaciones del testamento fiduciario. I. Le premesse romane e l'età del diritto commune*, Napoli 2002, pp. 44 y 49; GUZMÁN BRITO, *Derecho privado Romano*, II, Santiago de Chile 1996, p. 742; TORRENT, *Fideicommissum familiae...*, o.c., p. 9; MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo...*, o.c., p. 23; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia...*, o.c., pp. 57 y 68; G. COPPOLA, “Brevi riflessioni sulla funzione della *mancipatio familiae*”, en *IURA* 50 (1999), p. 170, si bien no afirma ni niega la conexión entre la *mancipatio familiae* y las disposiciones *mortis causa* a título particular, bien sean legados o fideicomisos, recoge la doctrina a favor y en contra, concluyendo que, fuera o no el antecedente del fideicomiso, ello no explica “il duplice passaggio dal disponente all'acquirente fiduciario e da questo al o ai beneficiari, passaggio che a mio avviso si chiarisce solo per il fatto che quest'ultimo o questi ultimi erano sottoposti alla *potestas* del disponente”; cfr. M. PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el derecho romano*, Madrid 2001, pp. 30 y ss., que analiza la *mancipatio familiae* y los orígenes de la sucesión testamentaria.

¹⁹ Gai. 2.99.

²⁰ Gai. 2.101: *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.*

²¹ Cfr. D'ORS, *Derecho privado...*, o.c., § 217 y 272, que anota que aunque se exigía que el arrogado fuera púber, en época imperial se va a admitir “la arrogación de libertos, impúberes y aún mujeres”; GUZMÁN BRITO, *Derecho privado...*, o.c., p. 413, considera también que “debió de ser una *adrogatio* por causa de muerte”; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis...*, o.c., p. 24, indica: “da cui la congettura che nella società romana arcaica il testamento abbia preso origine nelle forme



heres a quien careciera de él, y una continuidad a la *familia*. El testamento *in procinctu* que se presentaba ante el ejército formado en orden de batalla, cuando el *pater familias* declaraba ante los soldados más próximos su última voluntad sin ninguna formalidad, pero que una vez licenciado el testador perdía su validez. La primera figura dejará de tener importancia al desaparecer los comicios curiados, mientras que la segunda opción, menos usual, quedará supeditada a la eventualidad de una guerra o batalla.

La tercera forma testamentaria, el *testamentum per aes et libram*²², va a surgir para superar las dificultades y deficiencias de las anteriores, Gai. 2.102-103:

102. *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari uellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.* 103. *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet; nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.*

Los romanos tomaron la antigua figura de la *mancipatio*, que se utilizaba para la transmisión de las *res mancipi* en una enajenación entre vivos, también para fines testamentarios²³. A través de ella, el *pater familias* disponía de lo suyo, principalmente bienes singulares, en forma de *legata*²⁴. Gayo describe que quien no había hecho testamento y *si subita morte urgebatur*, por medio de la *mancipatio nummo uno* transfería

dell'adozione *mortis causa*: ad esso ricorreva chi, non avendo figli maschi, voleva mettere nella posizione di figlio un straneo". A BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., p. 39, le parece "desproporcionada e injustificada la intervención del *populus* para una simple adopción o pacto sucesorio, y más aún para disponer de un legado, que no podía tener como objeto más que cosas de poca importancia, ya que el complejo hereditario correspondía a los *sui heredes*". Nos parece un tanto exagerada esta afirmación, puesto que no se trata de una "simple adopción o pacto sucesorio" sino de dar la posibilidad al *pater familias* de tener a alguien bajo su potestad como *alieni iuris* y a la vez velar por la continuidad familiar.

²² Aunque Gayo (Gai. 2.102) se adelanta a decir "*tertium genus testamenti*", vemos que en realidad hace referencia a la *mancipatio familiae*.

²³ Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., p. 40.

²⁴ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia...*, o.c., p. 54, donde destaca tanto la doctrina de quienes consideran que únicamente se podían disponer fideicomisos, por no ser aún testamento (Ferrini, Serafini), como la de los que creen que sólo cabía disponer legados a través de ella (Shom, D'Ors).

la totalidad del patrimonio (*familia*) al *familiae emptor*²⁵, quien solía ser un amigo de confianza, en presencia de cinco testigos, púberes y ciudadanos romanos, más el *libripens*. A través de la *nuncupatio*, el testador indicaba al *familiae emptor* el destino que debía dar a los bienes para después de su muerte, *eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet*. No se puede hablar aún de un verdadero testamento porque no contiene la institución de heredero, sino de una enajenación fiduciaria entre vivos, pero a causa de muerte. Por lo que, desde ese momento, el *familiae emptor* recibía el patrimonio objeto de la *mancipatio*, convirtiéndose en propietario fiduciario de los bienes que le fueron enajenados, y a la muerte del *mancipio dans* debía cumplir lo indicado en la *nuncupatio*. Las personas beneficiadas con los bienes del disponente los adquirirían entre vivos del *familiae emptor*, que sin ser heredero ocupaba su lugar, *heredis loco*.

Desde una perspectiva fideicomisaria causa dudas la posición *heredis loco* del *familiae emptor*: si él no es heredero, ¿quién lo es en la *mancipatio familiae*? Cuando los beneficiarios reciben *inter vivos* los bienes de manos del *familiae emptor*, ¿son legatarios, herederos, fideicomisarios? En realidad, con la *mancipatio familiae*, una figura arcaica anterior a la ley de las XII Tablas, no se puede hablar aún de una verdadera *successio*, al ser un acto *inter vivos*, sino más bien de una adquisición patrimonial por un *familiae emptor* que deberá entregar los bienes a las personas dispuestas por el mancipante. La verdadera *successio* se da solamente en la herencia, donde el heredero, una vez subrogado en la posición jurídica del causante, asume las cargas, paga las deudas y adquiere derechos como el *ius sepulchri* o el *ius patronatus*.

La función de la *mancipatio familiae* fue la de un acto de enajenación fiduciaria cuyos bienes adquiriría el *familiae emptor*. No es tan clara la afirmación de la doctrina²⁶ de que el antecedente del fideicomiso se encuentre en la *mancipatio familiae*: a) la *mancipatio* era un modo de adquisición *iure civile*, mientras que el fideicomiso nunca fue acogido por él, sino que su sanción vino siempre por la vía *extra ordinem*; b) la *mancipatio* era el acto formal por excelencia de transmisión de la propiedad, y el fideicomiso una disposición sin exigencias de forma, sin sujeción a ninguna formalidad; c) en la *nuncupatio* de la *mancipatio* no encontramos ninguna de las fórmulas deprecativas típicas de la figura fideicomisaria, ni referencia alguna a la *fides*, esencial en el fideicomiso; d) la *mancipatio familiae* se presenta como una enajenación *inter vivos* en la que el *familiae emptor* no

²⁵ MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo...*, o.c., p. 24, afirma que “el fiduciario para transmitir los bienes se encontraba con los mismos problemas que el vendedor de la herencia (...)”, por lo que “Torrent considera la venta de herencia como el primer instrumento que se utilizó para lograr los efectos fideicomisarios (...)”, y un poco más adelante, en la nt. 29, se adhiere a la postura de Torrent, *Venditio hereditatis...*, o.c., p. 76, que “señala que la *mancipatio familiae* fue el primer precedente de lo que sería la venta de herencia”; Gai. 2.252.

²⁶ Cfr. *supra*, nt. 18



adquiere nada para sí, y el fideicomiso como una liberalidad *mortis causa*, donde el fiduciario adquiere algo a la muerte del causante; e) Gayo, no habla de la *mancipatio* como antecedente del fideicomiso, sino que ha sido más bien la doctrina moderna la que ha encontrado una analogía en la estructura y en el funcionamiento de ambas figuras²⁷, en cuanto intervienen tres personas, el *mancipio dans*, que encarga al *familiae emptor*, una especie de fiduciario, la entrega de la *familia* con destino a terceras personas o fideicomisarios; f) según Gayo, cuando alguno no había hecho testamento y, próximo a la muerte, quería disponer de sus bienes, hacía la *mancipatio* de la *familia* a un amigo, con el ruego de que ejecutara su voluntad, disposición que no podía ser revocada; por el contrario el fideicomiso podía revocarse en cualquier momento.

Un testamento de legados lo encontramos ya en la Ley de las XII Tablas 5.3: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* (Ep. Ulp. 11.14). El término *legare* empleado en esta disposición tiene el significado de una potestad de instituir heredero. A decir de Guzmán Brito, “*legare* significa “decir o declarar una ley privada”, con lo cual se trataba, en realidad, de reconocer efecto jurídico a las prescripciones emitidas por alguien con respecto a una cosa, siempre que fuera el dueño de ella (*suae rei*), de modo de negar validez a las declaraciones *a non domino*. La Jurisprudencia interpretó (...) que tal precepto atribuía una *latissima potestas*: instituir herederos, dar legados, conferir la libertad a los esclavos y nombrar tutor (D. 50.16.120)”²⁸.

Ahora bien, siguiendo con los problemas del texto gayano (G. 2.103: *nunc vero alius heres testamento instituitur*) ¿a partir de cuándo se introduce la institución de heredero? Solazzi²⁹, a través de un análisis de la *Lex Baebia agraria*³⁰, sitúa esa introducción en un momento posterior al 111 a.C. En dicha ley se lee:

(...) *quoive ab eo heredive eius in ager locus testamento hereditati deditivive obvenit obvenerit[e, queive ab eo emit e] meritve, queive ab emptore eius emit emeritve, is ager privatus esto.*

La expresión *testamento hereditati* sirve para contraponer la adquisición por *hereditas* a la adquisición mediante *testamentum per aes et libram*, puesto que al no contener todavía éste la institución de heredero, no producía los efectos de la adquisición a título hereditario. El hecho de que entre esta ley agraria de la que habla Solazzi y la *Lex*

²⁷ Cfr. MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo...*, o.c., p. 23.

²⁸ Cfr. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado...*, o.c., p. 415.

²⁹ Cfr. S. SOLAZZI, “Una data per la storia del testamento romano?” en *IURA* 4 (1953) pp. 149-157; D’ORS, *Derecho privado...*, o.c., § 272, nt. 3, recoge la conjetura de Solazzi aunque no le parece probable.

³⁰ La *Lex Baebia agraria* del 111 a.C, eliminó el *vectigal* que debían pagar los *possessores* del *ager publicus*.

Falcidia hayan pasado setenta y un años, marca un intervalo donde se ha madurado la llegada de la *heredis institutio* en el *testamentum per aes et libram*³¹.

Sea cual fuere el momento de la introducción de la institución de heredero, de la modificación de la fórmula vuelve a informar Gayo³²: se mantiene la forma de la *mancipatio* y el *familiae emptor*, que ya no es fiduciario sino otro testigo más, declara que tiene el patrimonio bajo custodia y por mandato del testador a fin de que pueda hacer testamento. A esta declaración sigue la *nuncupatio*³³ del testador debiendo consignar la inclusión de uno o varios herederos (D. 28.5.1 pr.), al disponer de lo suyo para después de su muerte. Lo declarado por el testador se reenviaba a las tablas de cera que podían contener, además de la institución de heredero, legados, fideicomisos, manumisiones, etc.; es decir, otras disposiciones *mortis causa*. La forma del *testamentum per aes et libram* pervivirá en la época clásica y será abolida en la época constantiniana, aunque se mantuvo el testamento escrito firmado por cinco testigos, considerado ya como el testamento civil. Una ley de Constancio,

(C. 6.23.15 pr. [(a. 339)]) que suprime la fórmula de la institución de heredero, ya presupone la eliminación de la formalidad civil en todo el testamento³⁴.

En suma:

³¹ SOLAZZI, “Una data...”, o.c., p. 151, examina la opinión de Wieacker de que la institución de heredero en el *testamentum per aes et libram* aparece en la segunda mitad del s. IV a.C.: “ma, sebbene illustri riccamente le fasi per cui i Romani sarebbero giunti al testamento con istituzione d'erede, il Wieacker spende poche parole circa la data”.

³² Gai. 2.104: *Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus ciuibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his uerbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECVNIAQVE TVAM ENDO MANDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA ESSE AIO, EAQVE, QVO TV IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGEM PVBLICAM, HOC AERE, et, ut quidam adiciunt, AENEAQVE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori uelut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: HAEC ITA VT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQVE VOS, QVIRITES, TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.*

³³ Cfr. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis...*, o.c., p. 50, para quien la *nuncupatio* “finirá coll'identificarsi con l'essenza stessa del testamento, imperniata sulla *voluntas* del testatore e scissa dal documento, fino a divenire in seguito vera e propria forma autonoma di testamento”.

³⁴ Cfr. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado...*, o.c., p. 417.



- a) en la figura de la *mancipatio familiae* no encontramos el antecedente del fideicomiso, aunque se haga llegar a terceras personas la herencia entera, parte de ella o bienes singulares³⁵;
- b) la referencia al mandato en el texto gayano (Gai. 2.103: *ei mandabat testator*) explica el valor de la *amicitia* y de la *fides*³⁶;
- c) en un primer momento, la naturaleza jurídica de la *mancipatio familiae* fue la de un negocio *inter vivos* a causa de muerte, y podemos relacionarla con la *fiducia cum amico* sobre la base del texto de Gai. 2.60³⁷;
- d) en un momento posterior, la *mancipatio* degeneró en una mera formalidad³⁸ que se realizaba *dicis gratia* (Gai. 2.104). Con este cambio en su significado, el testador mancipa su patrimonio al *familiae emptor*, que se convierte ahora en un simple testigo y que nada adquiere para sí, ni durante la *mancipatio* ni a la muerte del *dans*, al haberse designado un *heres* que entrará en la *sucessio* del difunto.

2.2 Supuestos documentados en las fuentes: *peregrini* (Gayo), *Leges Furia y Voconia* (Cicerón), *proscriptiones* (Cicerón)

Debemos preguntarnos ahora por los factores que influyeron en el nacimiento de este tipo de disposiciones, pues parece ser que la razón por la que nacieron los fideicomisos fue el deseo de favorecer a personas a las que no era posible dejar la herencia o los

³⁵ Cfr. COPPOLA, “Brevi riflessioni...”, o.c., p. 169, donde concluye y señala su audaz postura, a saber, que “questa forma di alienazione tra vivi sia stata escogitata per lasciare il patrimonio ereditario ad uno solo dei *sui* (...) como sembra far supporre la frase *quid cuique dari vellet*”.

³⁶ TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis...*, o.c., p. 45, destaca la bilateralidad y la irrevocabilidad del acto, lo que le lleva a afirmar que “la *mancipatio familiae* può ben configurarsi como prima forma di patto sucesorio adquisitivo”; cfr. G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, I, Milano 1941, pp. 68 y ss. cfr. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes

³⁷ Gai. 2.60: *fiducia contrahitur (...) cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent*; cfr. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis...*, o.c., p. 47; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia...*, o.c., pp. 58 y ss., señala que no se trata de una *fiducia* en sentido técnico, sino que lo importante es la *nuncupatio*; resalta asimismo las diferencias en cuanto al proceso, pues mientras la *fiducia* da lugar a una *actio bonae fidei*, la *nuncupatio* genera *actiones stricti iuris*.

³⁸ Así, GUZMÁN BRITO, *Derecho privado...*, o.c., p. 416, advierte que habida cuenta de “la relevancia dada a la *nuncupatio* unilateral del *dans*, el testador, relegó completamente a un segundo lugar al *emptor* (...); ello impidió que en el derecho romano esta figura se desarrollase hasta llegar a transformarse en lo que en otros derechos constituye el “ejecutor testamentario” o albacea”.

legados³⁹, como fue el caso de los *peregrini*, los *postumi alieni*, las *personae incertae* e incluso las ciudades en cuanto tales⁴⁰.

Por otro lado, Gayo (2.285) afirma que los fideicomisos se utilizaban mucho para favorecer a los *peregrini*, hasta que Adriano prohibió que los pudieran adquirir y dispuso su confiscación por el fisco.

Veamos el texto que interesa, Gai. 2.285:

*Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere, et fere haec fuit origo fideicommissorum. Sed postea id prohibitum est, et nunc ex oratione divi Hadriani senatusconsultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur*⁴¹.

No aparecen en el texto ni se indican las razones que motivaron la prohibición de Adriano de que los *peregrini* pudieran adquirir fideicomisos. ¿Qué razón tendría el emperador para dar esta *oratio*? Podríamos aventurar dos ideas, la primera de ellas, el intento de restablecer el rigor de la *testamentifactio pasiva*. Conviene anotar -y las fuentes lo confirman, por ejemplo, con la creación por Claudio de los pretores fideicomisarios- que después del reconocimiento jurídico por Augusto, los fideicomisos tuvieron una gran aceptación y alcance en todo el Imperio Romano. Adriano, quizás para llevar un control del fenómeno ocasionado por esta figura, abole la reglamentación dada por Augusto y da una serie de senadoconsultos confiscando los fideicomisos, privando de ellos de nuevo, además de a los *peregrini*⁴², a *personae incertae*, entre otros. Cabría decir que con el control introducido por Adriano se buscaría evitar fraudes y ordenar la práctica tan frecuente de los fideicomisos. La segunda razón, es la de encontrar en esta abolición una aproximación de los fideicomisos a los legados, si tenemos en cuenta que el fideicomiso siguió las mismas

³⁹ I. 2.23.1: en el texto de Justiniano no observamos referencia alguna a las personas de los extranjeros como destinatarios originales de los fideicomisos, aunque se les consideraría incluidos dentro de la expresión *quibus enim non poterant hereditatem vel legata relinquere*.

⁴⁰ A través del senadoconsulto Aproniano, de la época de Adriano, se permite que sean válidos los fideicomisos de herencia a favor de los municipios, de cualquier ciudad que esté bajo el imperio del pueblo romano: vid. D. 36.1.27(26) (*Paul. lib. sing. de senatuscons.*), D. 36.4.12 (*Maec.12 fideic.*).

⁴¹ En el análisis del texto vid. sobre todo BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., p. 295; FERRINI, *Teoria generale...*, o.c., p. 34; A. WATSON, *The Law of Succession in the latter Roman Republic*, Oxford 1971, pp. 35 y ss.; JOHNSTON, *The Roman Law...*, o.c., pp. 21, 31, 35-37, 38 y 40; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissio universale...*, o.c., pp. 44, 47, 172; L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria. Per un corso di esegesi delle fonti del diritto romano*, Torino 1999, pp. 25 y ss.; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis...*, o.c., pp. 38 y 55.

⁴² Gai. 2.275: No quedaban incluidos bajo esta sanción los *Latini Iuniani*, quienes podían recibir fideicomisos. La *Lex Iunia Norbana*, del 19 d.C., les atribuirá una cierta capacidad patrimonial (Gai. 1.22-24).



reglas que el legado *per damnationem* en cuanto a su validez y adquisición, al poseer una estructura externa similar.

Con anterioridad hemos destacado también que el fideicomiso sirvió de igual manera para eludir las limitaciones impuestas a los legados por la *Lex Furia testamentaria* y la *Lex Voconia*⁴³. La primera de ellas, en realidad un plebiscito del tribuno C. Furius, entre los años 204 y 169 a.C, prohibió recibir a título de legado o *mortis causa* más de mil ases⁴⁴, de tal manera que si uno de los legatarios adquiría más de lo permitido el heredero podía ejercitar la *manus iniectio* por el cuádruplo del exceso obtenido. Quedaban excluidos de la prohibición los cognados hasta el sexto grado y el hijo del primo segundo. Si bien esta ley suele enmarcarse en el género de las llamadas “suntuarias”, para reprimir el lujo, el dispendio, hubiera podido tener también otra finalidad. Gayo la critica diciendo que no se logró el objetivo de proteger al heredero, por la cuantía excesiva de los legados, puesto que un testador con un patrimonio de cinco mil ases, podía perjudicar al heredero, disponiendo cinco legados de mil ases. En el texto de Gayo (*plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est*) la expresión *mortis causa capere* no alude a las herencias, ni tampoco a los fideicomisos, quizás haga referencia a las donaciones *mortis causa*⁴⁵.

La segunda ley, la *Lex Voconia*⁴⁶, que fue un plebiscito del 169 a.C, limitó en primer lugar la capacidad de las mujeres para recibir por testamento. La mujer no podía ser nombrada heredera de una herencia que superara una cuantía determinada; fue ésta una norma que no se aplicaba a la sucesión *ab intestato*, a los legados ni a los testamentos de las vestales y del *flamen Dialis*. Por último, ninguna persona podía recibir a título de legado más que el heredero o los herederos, una norma aplicable a grandes herencias y que posteriormente fue derogada por la *Lex Falcidia*. Las personas incapacitadas por esta ley podrían ser beneficiadas por el testador por medio de un fideicomiso, y por lo tanto recibirían los bienes a través del fiduciario. Así, con el simple ruego del testador, libre de formalidad, se lograba que por la lealtad o *fides* a su persona se traspasasen los bienes que legalmente eran suyos hacia quienes él dispusiera.

Nos adentramos ahora en el análisis de diversas fuentes literarias en las que se hacen presentes algunos ejemplos de fideicomisos, de verdaderos fideicomisos y no

⁴³ Cfr. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado...*, o.c., pp. 727 y ss. Sobre la *Lex Voconia*, vid. ahora A. WEISHAUPT, *Die Lex Voconia*, Köln-Weimar-Wien 1999, con un panorama de las fuentes, pp. 3 y ss., y la literatura pp. 35 y ss.

⁴⁴ Gai. 2.225, 4.23, Vat. Fr. 301, Ep. Ulp. 1.2.

⁴⁵ D. 30.96.4 (Iul. 39 dig.); cfr. D'ORS, *Derecho privado...*, o.c., § 336, que señala cómo las “leyes Furia y Voconia eran aplicables a cualquier tipo de “*mortis causa capere*”, pero un senadoconsulto entre Vespasiano y Adriano (D. 39.6.35 pr.) extendió la legislación caducaria a las donaciones *mortis causa*, y el emperador Severo (C. 6.50.5 a. 223), la ley Falcidia”.

⁴⁶ Gai. 226, 274, Ep. Ulp. 22.17, Paul. Sent. 4.8.19, I. 2.22 pr.

siempre dejados en testamentos, dados en la época anterior y subsiguiente a la *Lex Voconia* (169 a.C.) y a las *proscriptiones* de Sila (82-79 a.C.).

De un lado, observaremos a través de ellos algunos supuestos de la utilización originaria de los fideicomisos, y de otro, advertiremos que la *fides* hacia el difunto no siempre culminaba en un eficaz cumplimiento, sino que por el contrario, ante la expectativa de adquirir una buena fortuna no reclamable judicialmente, la conducta desaprensiva de algunos fiduciarios llegó a ser considerada inaceptable por los ciudadanos romanos.

Como base argumental para reafirmar lo que hemos mencionado, se han utilizado tradicionalmente un grupo de textos⁴⁷ de tiempos de la República, s. II y I a.C., de autores latinos y griegos⁴⁸.

Comenzaremos con Cic. *de fin.* 2.17.55 y 58:

55. *Memini me adesse P. Sextilio Rufo cum is rem ad amicos ita deferret se esse heredem Q. Fadio Gallo, cuius in testamento scriptum esset se ab eo rogatum ut omnis hereditas ad filiam perveniret. id Sextilius factum negabat. poterat autem inpune; quis enim redargueret? nemo nostrum credebat, eratque veri similis hunc mentiri, cuius interesset, quam illum, qui id se rogasse scripsisset, quod debuisset rogare. Addebat etiam se in legem Voconiam iuratum contra eam facere non audere, nisi aliter amicis videretur. aderamus nos quidem adolescentes, sed multi amplissimi viri, quorum nemo censuit plus Fadiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire. tenuit permagnam Sextilius hereditatem, unde, si secutus esset eorum sententiam, qui honesta et recta emolumentis omnibus et commodis anteponebant, nummum nullum attigisset. num igitur eum postea censes anxio animo aut sollicito fuisse? Nihil minus, contraque illa hereditate dives ob eamque rem laetus. magni enim aestimabat pecuniam non modo non contra leges, sed etiam legibus partam. quae quidem vel cum periculo est quaerenda vobis; est enim effectrix multarum et magnarum voluptatum.*

58. *Si te amicus tuus moriens rogaverit, ut hereditatem reddas suae filiae, nec usquam id scripserit, ut scripsit Fadius, nec cuiquam dixerit, quid facies? tu quidem reddes; ipse Epicurus fortasse redderet, ut Sextus Peducaeus, Sex. F., is qui*

⁴⁷ Para la interpretación de los textos, vid. por todos WATSON, *The Law of succession...*, o.c., pp. 36 y ss.; JOHNSTON, *The Roman Law...*, o.c., pp. 24 y ss.; M. DE BRUIN, "Papiria bona sua fidei commisit. Das Fideikommiß im zweiten Jahrhundert vor Christus" en *RIDA* 42 (1995) pp. 168 y 170; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso universale...*, o.c., pp. 24-26, 36, 50; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis...*, o.c., pp. 32 y ss.

⁴⁸ Cicerón, *de Finibus bonorum et malorum* 2.17.55 y 58, *pro Cluentio* 7, in *Verrem* II. I. 47.123-124; Valerius Maximus, *Facta et dicta memorabilia* 4.2.7; Polybius, *Historia* 31.28.8; Terentius, *Andria* 296, 810.



hunc nostrum reliquit effigiem et humanitatis et probitatis suae filium, cum doctus, tum omnium vir optimus et iustissimus, cum sciret nemo eum rogatum a Caio Plotio, equite Romano splendido, Nursino, ultro ad mulierem venit eique nihil opinanti viri mandatum euit hereditatemque reddidit. sed ego ex te quaero, quoniam idem tu certe fecisses, nonne intellegas eo maiorem vim esse naturae, quod ipsi vos, qui omnia ad vestrum commodum et, ut ipsi dicitis, ad voluptatem referatis, tamen ea faciatis, e quibus appareat non voluptatem vos, sed officium sequi, plusque rectam naturam quam rationem pravam valere.

Cicerón refiere en el párrafo 55 que Quinto Fadio Gallo nombró heredero en su testamento a Publio Sextilio Rufo, y en vida el testador le hizo una *rogatio* para que después de la *aditio hereditatis* restituyera toda la herencia (*omnis hereditas*) a su hija Fadia, quien no podía ser nombrada heredera a causa de la *Lex Voconia*. El padre, en un esfuerzo *contra legem*, siente la obligación moral de que su hija le herede. Ante los amigos, Sextilio Rufo niega que haya asumido un compromiso con el testador, y como magistrado que es se excusa de no poder cumplir con el encargo de Fadio, al haber jurado observar la *Lex Voconia*.

En realidad, nadie podía culparle de no haber tenido en cuenta la palabra del testador o de haber violado el *vinculum fidei*; por ello, ninguno de los amigos salió en defensa de Fadia, y más bien todos estuvieron a favor de que no se le podría dar nada más que lo que le correspondería según la *Lex Voconia*⁴⁹, y parece ser que esa es la respuesta que espera oír Sextilio de los amigos⁵⁰.

En el párrafo 58, Sexto Peduceo, que había recibido la última voluntad de Gayo Plotio, sin que nadie lo supiera, comunica a la viuda el mandato que había recibido del marido, entregándole la herencia entera: *virum mandatum euit hereditatemque reddidit*. En este segundo supuesto, si bien debió aplicarse la *Lex Voconia*, nadie supo de la *rogatio* del testador al heredero, y Cicerón ve en este comportamiento un modelo de mantenimiento de la *fides*, al destacar en la persona de Sexto Peduceo un modelo de virtudes tales como la sabiduría, la bondad y la honradez: *cum doctus, tum omnium vir optimus et iustissimus*.

Cic. in Verrem II. I.47.123-124:

123. *Superbia vero quae fuerit, quis ignorat? quem ad modum iste tenuissimum quemque contempserit, despexerit, liberum esse numquam duxerit? P. Trebonius viros bonos et honestos compluris fecit heredes; in iis fecit suum libertum. Is A. Trebonium fratrem habuerat proscriptum. Ei cum cautum vellet,*

⁴⁹ Si la herencia de Fadio sobrepasaba los cien mil sestercios, Fadia hubiera podido adquirir la mitad.

⁵⁰ Para WATSON, *The Law of succession...*, o.c., p. 37: “the implication of his behaviour is plain. Sextilius does not expect to suffer too much moral obliquity for failure to perform a trust imposed by the will. But he is concerned to point out he is not breaking his word to Fadius”. Si bien parece acertada la apreciación de Watson, Cicerón es claro en preguntarse acerca de Sextilio: *quid est enim aliud esse versutum?*, con rechazo hacia la actitud tomada por el magistrado.

scripsit ut heredes iurarent se curaturos ut ex sua cuiusque parte ne minus dimidium ad A. Trebonium illum proscriptum perveniret. Libertus iurat; ceteri heredes adeunt ad Verrem, docent non oportere se id iurare facturos esse quod contra legem Corneliam esset, quae proscriptum iuvare vetaret; impetrant ut ne iurent; dat his possessionem. Id ego non reprehendo; etenim erat iniquum homini proscripto egenti de fraternis bonis quicquam dari. Libertus, nisi ex testamento patroni iurasset, scelus se facturum arbitrabatur;

124. *Itaque ei Verres possessionem hereditatis negat se daturum, ne posset patronum suum proscriptum iuvare, simul ut esset poena quod alterius patroni testamento obtemperasset. Das possessionem ei qui non iuravit; concedo; praetorium est. Adimis tu ei qui iuravit; quo exemplo? Proscriptum iuvat; lex est, poena est. Quid ad eum qui ius dicit? utrum reprehendis quod patronum iuvabat eum qui tum in miseris erat, an quod alterius patroni mortui voluntatem conservabat, a quo summum beneficium acceperat? Utrum horum reprehendis? Et hoc tum de sella vir optimus dixit: "Equiti Romano tam locupletis libertinus homo sit heres?" O modestum ordinem, quod illinc vivus surrexerit!*

De nuevo Cicerón informa que Publio Trebonio deseaba nombrar heredero a su hermano Aulo Trebonio, pero, puesto que éste había sido afectado por la *Lex Cornelia de proscriptione* del año 82 a.C.⁵¹, instituyó varios herederos rogándoles que cada uno jurara devolver a Aulo no menos de la mitad de la propia cuota. Únicamente uno de los herederos, que era liberto del testador, prestó el juramento, mientras los otros herederos, que aspiraban a la *bonorum possessio secundum tabulas*, no hubieran podido recibirla sin el *iuramentum* solicitado por el testador. Por ello acuden al pretor indicando que no pueden jurar porque supondría ir contra la *Lex Cornelia*. De esta manera, son admitidos a la *bonorum possessio contra tabulas*, mientras que Verres le deniega la *bonorum possessio secundum tabulas* al liberto fiel por haber prestado el juramento.

En definitiva, al no existir aún una definición adecuada ni una concreta protección legal para el fideicomiso, el testador, que en un comienzo se basó esencialmente en la *fides* de los herederos, añadirá además la obligación de prestar juramento, pero, como se ve, en vano⁵².

⁵¹ Es conocido por todos cómo el régimen de Sila se basó en el terror y, en concreto, en la política represiva de las *proscriptiones*; mediante esta *lex de proscriptione* se privaba a los inscritos en la lista de proscritos de la *testamentifactio pasiva* y se ordenaba la venta y distribución de los bienes de los desterrados, así como la pérdida para sus hijos del *ius honorum* y de los derechos en la sucesión paterna.

⁵² WATSON, *The Law of succession...*, o.c., p. 38, reafirma su postura en cuanto el testador tomará otras precauciones además de la confianza depositada en el amigo: "In this case, too, the testator did not attempt to achieve his aim by a simple, legally unenforceable *fideicommissum*. He sought to

Estamos de acuerdo con Treggiari⁵³ en que si Verres hubiese dado al liberto, como opina Cicerón, *la bonorum possessio secundum tabulas*, habría respetado la voluntad de Publio Trebonio, y el liberto hubiera podido dar ejecución a la promesa transfiriendo los bienes a Aulo Trebonio, que era la persona indicada en el testamento; y también en que, por medio de la aplicación de la *Lex Cornelia de proscriptione*, hubiera desaparecido el objetivo ilícito de la *interpositio* mediante la confiscación de los bienes del proscrito, pero mientras tanto quedaba a salvo la *fides* del heredero.

Cic. *pro Cluent.* 7:

Is (Cn. Magius) heredem fecit illum adulescentem Oppianicum sororis suae filium, eumque partiri cum Dinaea matre iussit.

Aquí Cicerón presenta el caso del heredero *Oppianicus* a quien el testador le impuso *partiri* (la herencia, se entiende) *cum Dinaea matre*. Parece acertada la apreciación de Longchamps de Bériér⁵⁴, en cuanto a que la palabra *iussit* es difícil entenderla como un ruego o petición no vinculante, que es lo propio de la naturaleza jurídica del fideicomiso. Por ello, la mayoría de los autores⁵⁵ están de acuerdo en que más adecuado que ver en este texto un fideicomiso, es sostener que se trata de un *legatum partitionis*.

El siguiente texto procede de los *Facta et dicta memorabilia* de Valerio Máximo:

4.2.7. *Caeli vero Rufi ut vita inquinata, ita misericordia, quam Q. Pompeio praestitit, probanda. cui a se publica quaestione prostrato, cum mater Cornelia fidei commissa praedia non redderet, atque iste auxilium suum litteris inplorasset, pertinacissime absentem adfuit: recitavit etiam eius epistolam <in> iudicio ultimae necessitatis indicem, qua impiam Corneliae avaritiam subuertit. factum propter eximiam humanitatem ne sub Caelio quidem auctore repudiandum.*

impose a *iusiurandum* upon the *heredes scripti*"; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissario universale...*, o.c., p. 31; A. CASTRESANA, "Notas sobre la sanción jurídica del fideicomiso en el período republicano", en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, VI, Madrid 1988, pp. 47-61, que plantea la posibilidad de que en el período republicano se utilizara como garantía la *cautio fideicommissorum servandorum causa*, dotando de esta manera al fideicomiso de cierta exigibilidad jurídica, y en caso de que el fiduciario se negase a prestar la *cautio*, el pretor podría atribuir al fideicomisario la *missio in possessionem fideicommissorum servandorum causa*.

⁵³ Cfr. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis...*, o.c., p. 41.

⁵⁴ Cfr. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissario universale...*, o.c., p. 34.

⁵⁵ Cfr. LEMERCIER, "Quelques remarques...", o.c., p. 445; ARIAS RAMOS, "Fideicomisos...", o.c., p. 154; cfr. E. GENZMER, "La genèse du fidéicommis comme institution juridique", en *RHDFE* 40 (1962) p. 335 n.1; WATSON, *The Law of succession...*, o.c., p. 129, concluye diciendo que en la República a la mujer se le puede dejar un *legatum partitionis*, con apoyo para esta afirmación en otro supuesto planteado por Labeón, D. 32.29.1 (2 *post. a Iav. epit.*).

El texto se refiere al caso de Quinto Pompeyo, quien obligado a dejar Roma, se retira a Bauli, donde su madre Cornelia poseía bienes. Ella rehúsa devolver al hijo ciertos *fideicommissa praedia*, ante lo cual Pompeyo solicita ayuda a su reciente adversario Celio Rufo, quien actuará como procurador y sale vencedor en el juicio.

El pasaje de Valerio Máximo ha sido discutido por la doctrina dando lugar a varias interpretaciones⁵⁶. Watson piensa que la situación que describe Valerio Máximo no muestra un fideicomiso sino el supuesto de una fiducia⁵⁷. Últimamente, Longchamps de Bériet⁵⁸ reúne las posturas de varios autores⁵⁹ y llega a igual solución que Watson, diciendo que el texto presentado no manifiesta la existencia de la tutela jurídica para el fideicomiso en la época de la República, al tratarse más bien de un caso de fiducia.

Por último, hay más noticias a través de autores anteriores a Cicerón y a Valerio Máximo, que llevarán a interesantes conclusiones. Destacaremos los textos de Polibio, *Hist.* 31. 28.8 y Terencio, *Andr.* 296, 810⁶⁰.

Pol. Hist. 31.28. 8:

ὁ δὲ τοσοῦτον ἀπέσχε τοῦ κομίσασθαί τι ὧν
 πρότερον ἐδώρησατο, περί ὧν ἀρτίως εἶπον, ὥστε
 καί ταῦτα καί τήν λοιπήν οὐσίαν τήν τῆς

⁵⁶ Cfr. ARIAS RAMOS, “Fideicomisos...”, o.c., p. 154, que con apoyo en Lemercier destaca la conveniencia de “no perder de vista la índole de la obra y las circunstancias del autor al valorar, con un criterio de técnica jurídica, las frases de que se sirve. Y queda además en pie la dificultad, no eliminándola a nuestro juicio, con las observaciones del autor, de la inaplicabilidad de la infamia censoria -no la pretoriana- a una mujer que es la que aparece como heredera fiduciaria en el pasaje de Val. Max”.

⁵⁷ Cfr. WATSON, *The Law of succession...*, o.c., p. 36, concuerda también con el pensamiento de GENZMER, “La genése du fideicommiss...”, o.c., pp. 332 y ss.

⁵⁸ Cfr. LONGCHAMPS DE BÉRIET, *Il fedecommisso universale...*, o.c., pp. 32 y ss.

⁵⁹ Entre otros Bruckner, Genzmer y Johnston. El argumento se basa en la formalización de la transmisión de los bienes a través de la *mancipatio fiduciaria* a una persona de confianza, en este caso según parece, Cornelia, por lo que se realiza un acto fiduciario entre ella y el hijo. Ante la negativa a la devolución de los bienes, éste se dirigirá contra ella por medio de la *actio fiduciae* (el término *iudicium* se refiere al proceso *in iure*). Se trata, en definitiva, de un procedimiento propio del *ius civile*, que como veremos más adelante, no era posible para el fideicomiso, pues esta figura fue acogida por el cauce del *ius novum* o *extraordinarium*.

⁶⁰ El texto de Polibio ha sido estudiado por G. BOYER, “Le droit sucesoral romain dans les oeuvres de Polybe” en *RIDA* 4 (1950) pp. 169-178; SOLAZZI, “Una data per la storia...”, o.c., p. 157; y ambos textos, últimamente por DE BRUIN, “Papiria bona sua...”, o.c., pp. 174 y ss.

μητρόζ ἀπασαν ἀπέδωκε ταίς ἀδελφίς, ἤς οὐδέν

αὐταίς προσήκε κατά τούς νόμους.

(Al cabo de poco falleció la madre, Papiria, y Escipión distó tanto de intentar recuperar lo que antes había cedido, que lo entregó a sus hermanas y no sólo esto, sino también el remanente de la hacienda de su madre, que legalmente no les correspondía en nada)⁶¹.

De Bruin reconstruye la hipótesis de Pol. *Hist.* 31.28.8 de esta forma:

Papiria hace testamento e instituye como heredero a su hijo, Publio Cornelio Escipión Emiliano y, al propio tiempo le pide que restituya las cosas de la herencia a sus hijas, las *Aemilias*. Se destaca el dato de que la herencia de Papiria no podía corresponder legalmente a las hermanas *Aemilias* del heredero, ya que la intención de la madre fue la de imponer un verdadero fideicomiso a su hijo, en cuanto le pide les restituya las cosas de la herencia.

Este análisis del pasaje de Polibio, concuerda con la idea generalmente admitida entre los autores de que el cumplimiento de los fideicomisos en la República es todavía un deber puramente moral. Las palabras de Polibio, ἤς οὐδέν αὐταίς προσήκε κατά τούς νόμους (que legalmente no les correspondía en nada) no parecen referirse a ninguna ley concreta, sino que sencillamente recuerdan la circunstancia de que en la República todavía no existen sólidos fundamentos legales para el fideicomiso. De Bruin no está de acuerdo con la interpretación que da Boyer, en cuanto que Papiria no podía instituir como herederas a sus hijas (*Aemiliae*) a causa de la *Lex Voconia*. Sin embargo, cabe concluir que Papiria, aunque la prohibición de la *Lex Voconia* no la afectaba, no quiso instituir como herederas a sus hijas (las *Aemiliae*)⁶².

⁶¹ Un poco antes Polibio, *Hist.* 31.27.1-4, advierte: Μετά δέ ταῦτα ταίς Σκιπίωνος μὲν τού μέγανον θνγατράσιν, ἀδελφαίς δέ τού κατά θέσιν πατρός, ... λαβόντος, αὐτόν ἔδει τήν ἡμίσειαν ἀποδοῦναι της Φερνής. ὁ γάρ πατήρ συνέθετο μὲν ἑκατέρα τῶν θνγατέρων πεντήκοντα τάλαντα δώσειν, τούτων δέ τό μὲν ἡμισυ παραχρήμα τοίς ἀνδράσιν ἐδωκεν ἢ μήτηρ, τό δ' ἡμισυ κατέλειπεν ἀποθνήσκουσα προσοφειλόμενον, οθεν ἔδει τού Σκιπίωνα διαλύειν τού<το> τό χρέος ταίς τού πατρός ἀδελφαίς. (En otra ocasión [se refiere a Escipión Emiliano] debía abonar la mitad de la dote a las hijas de Escipión el Mayor, hermanas de su padre adoptivo, pues quiso cumplir los deberes de un padre. Y el padre había dispuesto entregar a cada una de sus dos hijas la cantidad de cincuenta talentos. La madre pagó al contado a los yernos la mitad de lo adeudado legalmente y dejó el resto para después de su muerte (163 ó 162 a.C), por lo que Escipión debía liquidar este saldo a las hijas de su padre). La pregunta que hacemos es ¿por qué era deudor?, ¿quién le había dado ese encargo? BOYER, “Le droit successoral romain...”, o.c., p. 172, señala que tiene ese encargo al recibir la herencia de su padre y madre adoptivos.

⁶² Cfr. DE BRUIN, “Papiria bona sua...”, o.c., p. 183; vid. la interpretación de BOYER, “Le droit successoral...”, o.c., p. 180: “Polybe nous signale que les filles (sc. *Aemiliae*) de la défunte (sc. *Papiria*) ne pouvaient, d’après la loi, succéder á leur mère, probablement á cause de la prohibition de la loi *Voconia*. Scipión Émilien, toujours généreux, abandonna á ses soeurs toute la succession

El texto de Terentius, *Andr.* 296, dice así:

Bona nostra haec tibi permitto et tuae mando fide[i].

Antes del comentario haremos una advertencia previa porque, el hecho de que Terencio pudiera referirse en su comedia a un fideicomiso, certifica que el público romano ya estaba familiarizado con esa figura en el s. II a.C.⁶³. En el texto, una mujer, *Chrisys*, impuso un fideicomiso a Pánfilo, así lo indican las palabras *tuae mando fidei* y la alusión al objeto, *bona nostra haec*. Aunque las palabras *tuae mando fidei* no son completadas con la petición expresa de restitución (*uti... reddas*), por el desarrollo posterior de la comedia sabemos que hubo restitución de los objetos hereditarios, y así lo prueba el verso 810, en donde se indica que *Chrisys* tuvo el deseo de que su herencia fuera restituida a su amiga *Glycerium*, y donde posteriormente leemos que ésta ya la posee: *quae illius fuerunt, possidet*. Se destaca, por lo demás, que lo relatado por Terencio no es del todo correcto porque, jurídicamente hablando, *Chrisys* era una peregrina⁶⁴ que resultaba ser incapaz para poder recibir la herencia. En todo caso, se puede decir que es un texto literario y que no se le puede pedir absoluta corrección jurídica.

En definitiva, y después del examen de los textos literarios expuestos, parecen derivarse algunas conclusiones:

a) que en el derecho preclásico no había medio legal para obligar al heredero a realizar la voluntad del testador, por lo que se puede considerar el fideicomiso como un fenómeno social, antes de que llegue a convertirse en institución jurídica. Así, la *rogatio* y el *vinculum fidei* se presentan, en este sentido, como dos elementos relevantes;

b) que como ya hemos apuntado con anterioridad, los fideicomisos surgen, nacen o se crean, para beneficiar a determinadas personas como los *peregrini* o para eludir determinadas disposiciones legales;

c) por último, como una nueva tesis y de acuerdo con De Bruin, con apoyo en los textos de Polibio y Terencio, contradecimos la idea de que los fideicomisos nacieran exclusiva o precisamente para burlar la *Lex Voconia*⁶⁵.

maternelle, y compris les biens pris sur la succession d'Aemilia Tertia [tía paterna] qu'il avait donnés à sa mère, quelques années auparavant”.

⁶³ Cfr. DE BRUIN, “Papiria bona sua...”, o.c., pp. 186, 192.

⁶⁴ Cfr. Ep. Ulp. 25.4.

⁶⁵ Cfr. WATSON, *The Law of succession...*, o.c., p. 35: “Not only was the right of peregrines to take under a will restricted, so also was that, for instance, of a woman by the *Lex Voconia* where the testator was in the first class of the census, or that of an outlaw. The *fideicommissum* was therefore an attempt to circumvent or evade the law”; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecomesso*



Asimismo, esta ley no cambió las costumbres que ya existían respecto de la utilización del fideicomiso en el campo hereditario. No es creíble que el fideicomiso fuera introducido por vez primera a raíz de la *Lex Voconia*, porque un plazo de tres años, desde el año 169 a.C. de la *Lex Voconia* al 166 a.C. del texto de Terencio, es demasiado corto para que se origine la afirmación en los usos sociales de tal *rogatio* basada en la *fides*.

II. SENTIDO E IMPORTANCIA DE LA INTERVENCIÓN DE AUGUSTO. AUGE DE LOS FIDEICOMISOS Y CREACIÓN DE LOS PRETORES FIDEICOMISARIOS

Como ha quedado señalado, Justiniano⁶⁶ describe la intervención de Augusto para dar cauce legal a los fideicomisos⁶⁷. ¿Cuáles fueron las circunstancias que motivaron su reconocimiento jurídico? Quedan descritas concretamente tres⁶⁸: a) *gratia personarum motus*; b) *vel quia per ipsius salutem rogatus quis disceretur*; y c) *aut ob insignem quorundam perfidiam*.

Augusto en varias ocasiones (*semel iterumque*) ordena a los cónsules interponer su autoridad para obtener el cumplimiento de los fideicomisos⁶⁹: de un lado, movido por la

universale..., o.c., p. 36, que al referirse al trabajo de De Bruin destaca: “secondo la quale i fideicommissa apparvero poco dopo l’approvazione della *Lex Voconia*”. Llama la atención esta apreciación que no concuerda con el planteamiento hecho por De Bruin, puesto que llega a afirmar lo contrario.

⁶⁶ I. 2.23.1.

⁶⁷ Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., p. 296; FERRINI, *Teoria generale...*, o.c., pp. 34 y ss.; WATSON, *The Law of succession...*, o.c., pp. 38 y ss.; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissato universale...*, o.c., pp. 46 y ss.; JOHNSTON, *The Roman Law...*, o.c., pp. 25 y ss.; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis...*, o.c., pp. 78 y 79.

⁶⁸ Cfr. TORRENT, *Fideicommissum familiae...*, o.c., p. 11, que trae a colación el pensamiento de D. DAUBE en, *Roman Law: linguistic, social and philosophical aspects*, Edinburg 1969, p. 98: “Augusto no sólo reconoció el fideicomiso por estos motivos altruistas, sino también para controlar y restringir los fideicomisos (...) Augusto dejó en libertad al heredero (fiduciario) para no ejecutar el *fideicommissum* por el simple hecho de no aceptar la herencia, abriendo la sucesión *ab intestato*”.

⁶⁹ Se ha discutido por la doctrina si la *auctoritas* es referida a la de los cónsules o a la del Príncipe; cfr. por todos BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., p. 296, para quien los cónsules interpondrán su autoridad por vía administrativa, con apoyo en sus poderes coercitivos; TORRENT, *Fideicommissum familiae...*, o.c., p. 11, y MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo...*, o.c., p. 35, se hacen eco de la doctrina de E. GENZMER, “La genèse du fidéicommiss comme institution juridique”, en *RHDFE* 40 (1962) p. 345, que prefiere ver en la frase *auctoritatem suam inteponere* la *auctoritas* de Augusto análogamente *al ius respondendi ex auctoritate principis*, e indican la postura tomada por R. ORESTANO, “Augusto e la cognitio extra ordinem”, en *Studi economici-giuridici della R. Università di Cagliari*, Milano 26 (1938), pp.131-141, que prefiere referirse a la propia *auctoritas* de los cónsules; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissato universale...*, o.c.,

consideración hacia las personas⁷⁰, quizás por la amistad hacia algunos fideicomisarios y hacia aquellos que, habiendo sido gravados por un fideicomiso, juraban por la vida del emperador que lo devolverían apoyados en su prestigio, y de otro, por la voluntad de reprimir la infracción de la *fides* que había depositado el disponente en el amigo (*ob insignem perfidiam*); una transgresión enorme de un principio fuertemente anclado en la sociedad romana. Lo que conviene resaltar es el interés en proteger la *voluntas defuncti* frente a la *perfidia* o *mala fides* del heredero fiduciario. Esto confirma lo apreciado en el análisis de algunas fuentes literarias⁷¹, la frecuencia de los casos en los que se dio un debilitamiento de la *fides*, considerados como verdaderas situaciones de deslealtad y ajenos al sentir del pueblo romano.

En definitiva, según la información de I. 2.23.1, los cónsules⁷² en vía *extra ordinem*⁷³, serán quienes conozcan de las reclamaciones fideicomisarias⁷⁴, y a partir de este

pp. 40 y ss.; V. GIODICE SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, Bari 1993, pp. 63, 99 y ss.; ID, *Fideicommissorum persecutio: contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari 2001, pp. 42 y ss., resalta que “una *interpositio auctoritatis* dei consoli, pur sollicitata dal principe, potrebbe forse meglio definirsi come puro e semplice esercizio del potere coercizionale di cui questi magistrati erano forniti, potere connesso all’*imperium* in senso stretto, per dir così; e non necessariamente collegarsi a ben definiti compiti giudiziari”; JHONSTON, *The Roman Law...*, o.c., pp. 26 y 30, que se inclina a afirmar que se trata de la *auctoritas* de Augusto: “Whose *auctoritas*? The Latin is ambiguous but is surely likely that it was Augustus”; D’ORS, *Derecho privado...*, o.c., § 42 observa que en la expresión “*Augustus...iussit consulibus auctoritatem suam interponere* (sin modelo en Gayo 2.246 ss.) hay que ver una expresión justiniana”. Nuestra opinión es que esa autoridad se refiere más bien a la del emperador y que los cónsules, investidos de *imperium*, obligarían a los fiduciarios al cumplimiento de los fideicomisos.

⁷⁰ Cfr. FERRINI, *Teoria generale...*, o.c., p. 34.

⁷¹ Cfr. Cicerón, *de fin.* 2.17.55, in *Verr.* II. I.47.123-124.

⁷² Cfr. D’ORS, *Derecho privado...*, o.c., § 123. No deja de llamar la atención el hecho de que en un tiempo posterior, ya desde Antonino Pío, continúe encargándose a los cónsules cierto tipo de reclamaciones como en el caso de las planteadas por las deudas de alimentos entre parientes o incluso, en el Bajo Imperio, en las *pollicitationes* que se hacían a las ciudades, y no a los *praetores* como titulares de la jurisdicción.

⁷³ Es doctrina común y general el señalar que al no ser una institución del derecho civil ni del pretorio, los fideicomisos constituyen un ejemplo de *ius extraordinarium*. La doctrina se plantea si el origen de la *cognitio extra ordinem* está relacionada con el origen de la tutela jurídica de los fideicomisos por Augusto, cfr. MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo...*, o.c., p. 35, nt. 73, que cita abundante bibliografía, y entre los autores que apuestan por un origen más antiguo, A. TORRENT, “L’eredità di Eraclio di Siracusa e le origine della *cognitio extra ordinem*”, en *Atti del II Seminario romanístico Gardesano*, Milano 1980, basándose en la acusación de Cicerón a Verres a propósito de la herencia de Heraclio de Siracusa; D’ORS, *Derecho privado...*, o.c., § 123 n. 4, dice que dentro de Italia la *cognitio extra ordinem* se aplicó desde Augusto y sucesivos emperadores a



reconocimiento jurídico, esas reclamaciones, se convirtieron paulatinamente en jurisdicción permanente (*assiduam iurisdictionem*); es decir, no se trata de que los fideicomisos se hagan más frecuentes, sino de que la intervención ordenada por Augusto, que tuvo un carácter puntual y limitado a algún o algunos casos, tendió a dar lugar a una institucionalización de la jurisdicción sobre fideicomisos. Del mismo modo, Augusto desencadenó un proceso de reconocimiento *extra ordinem* de los fideicomisos que culminará en la creación de los pretores fideicomisarios en la época de Claudio⁷⁵, dos en un inicio⁷⁶ y uno solo desde la época de Tito⁷⁷, mientras que en las provincias las reclamaciones se harán ante el gobernador⁷⁸.

las causas no previstas en la jurisdicción del pretor, entre ellas, las reclamaciones de fideicomisos. Sin embargo, es de interés la anotación que hace, con apoyo en R. RÖHLE, “Praetor fideicommissarius” en *RIDA* 15 (1968) p. 399, de que la evidencia epigráfica no es anterior a Adriano.

⁷⁴ Según D’ORS, *Derecho privado...*, o.c., § 324, se entablará una acción semejante al modelo de las acciones de buena fe, y no al de la *actio ex testamento*, por ser ésta de derecho estricto; esto tiene como consecuencia la posibilidad de reclamar los intereses moratorios, Gai. 2.280: *Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit, qui fideicommissum debet*, y D. 32.36 (Paul. 2 ad Ner.): *Is qui fideicommissum debet post moram non tantum fructus, sed etiam omne damnum, quo adfectus est fideicommissarius, praestare cogitur.*

⁷⁵ D.1.2.2.32 (Pomp. lib.sing. enchir.). Una apreciación interesante hace D’ORS, *Derecho privado...*, o.c., § 324, al señalar que “en la última época clásica esta jurisdicción corresponde al prefecto del pretorio”.

⁷⁶ En varios pasajes del Digesto vemos consignada la figura: D. 32.78.6 (Paul. 2 ad Vitell.), D. 35.1.92 (Ulp. 5 fideic.), D. 36.4.5.29 (Ulp. 52 ad ed.), D. 36.4.1.1 (Ulp. 52 ad ed.), D. 40.13.4 (Paul. 12 quaest.). Ya hemos considerado la información dada por Gayo (2.285) acerca de que los extranjeros podían adquirir fideicomisos, y ahora, con los nuevos *praetores*, es de suponer que los primeros beneficiados con su protección fueran ellos.

⁷⁷ Cfr. MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo...*, o.c., p. 31; no parece acertada la interpretación que realiza este autor en cuanto afirma que la reducción a un pretor se debe a “que los fideicomisos fueron perdiendo uso entre los ciudadanos romanos y así los casos fueron cada vez menos”. Del mismo parecer es M. ABELLÁN, *Los fideicomisos a través de la literatura específica de los juristas romanos*, Madrid 1982, p. 53, cuando dice que “presumiblemente el descenso de casos planteados aconsejó a Tito efectuar esta reducción”. Nuestra opinión es distinta, a juzgar por la mucha atención que les prestan los juristas en sus escritos.

⁷⁸ Gai. 2.278 da esta información: *Praeterea legata per formulam petimus; fideicommissa vero Romae quidem apud consulem vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, persequimur, in provinciis vero apud praesidem provinciae.* Y lo confirma también, Suet. *Claud.* 23: *Rerum actum diuisum antea in hibernos aestiuosque menses coniunxit. Iuris dictionem de fidei commissis quotannis et tantum in urbe delegari magistratibus solitam in perpetuum atque etiam per provincias potestatibus demandavit (...).*

Volviendo de nuevo a lo transmitido por Justiniano en I. 2.25 pr.⁷⁹, la protección jurídica a través de la actividad de los cónsules y los pretores quedará reforzada por el cumplimiento de parte de Augusto de los fideicomisos que le encargó Lucio Léntulo en un codicilo, al igual que a su hija, quien fue nombrada también heredera. El silencio de las fuentes y el problema surgido en la doctrina en cuanto a la veracidad del texto⁸⁰, no facilita el conocer con exactitud quién fue este personaje y cuáles fueron las fechas en que esto acaeció. Pero prestemos atención a la figura de Lucio Léntulo⁸¹ para poder inferir algunas conclusiones.

Por medio de otras fuentes⁸² sabemos que Lucio Léntulo desempeñó el consulado en el año 3 a.C. junto a Marco Mesala, con la probabilidad de que muriera ejerciendo el proconsulado en Africa hacia el año 4 d.C., y que fuera en ese mismo año cuando redactó el testamento donde nombraba herederos a su hija y a Augusto, con el encargo de la entrega de los fideicomisos.

Un sector de la doctrina coincide en situar la posible fecha del codicilo entre los años 3 y 5 d.C.⁸³. Sin embargo, otro sector traza una segunda hipótesis a la que se adhieren autores⁸⁴ como Champlin, Spagnuolo Vigorita, Jhonston y Giodice Sabbatelli. Si tenemos en cuenta lo que dice Champlin de que el autor del codicilo fuera otra persona distinta de

⁷⁹ Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., pp. 627 y ss.; WATSON, *The Law of succession...*, o.c., p. 39; JHONSTON, *The Roman Law...*, o.c., pp. 25 y 29.

⁸⁰ Cfr. *supra*, nt. 10

⁸¹ Cfr. JHONSTON, *The Roman Law...*, o.c., pp. 27 y ss.; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommeso universale...*, o.c., pp. 42 y ss.; ID., “Allargamento della circolazione dei beni *mortis causae*: le origine del fedecommeso”, en *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges a la memorie de H. Kupiszewski*, Warszawa 1996, pp. 205-214.

⁸² En las *Res Gestae* 16, Augusto deja constancia de la existencia efectiva de Lucio Léntulo, cónsul en el año 3 a.C., al narrar que concedió recompensas en metálico a sus soldados: *Et postea Ti. Nerone et Cn. Pisone consulibus (7 a.C.), itemque C. Antistio et D. Laelio cos. (6 a.C.), et C. Calvisio et L. Pasiene consulibus, (4 a.C.); et L. Lentulo et M. Messalla consulibus (3 a.C.), et L. Caninio et Q. Fabricio cos. (2 a.C.), militibus, quos emeritis stipendis in sua municipia deduxi, praemia numerato persolvi, quam in rem sestertium quater milliens circiter impendi*. Del mismo modo, en Sextus Iulius Frontinus, *De aquaeductu urbis Romae*, Lib. I, n. 7, se menciona el consulado de Lucio Léntulo: *Eo tempore decemviri, dum aliis ex causis libros Sibyllinos inspiciunt, invenisse dicuntur, non esse fas aquam Marciam seu potius Anionem -de hoc enim constantius traditur- in Capitolium perducere, deque ea re in senatu M. Lepido pro collegio verba faciente actum Appio Claudio Q. Caecilio consulibus, eandemque post annum tertium a Lucio Léntulo retractatam C. Laelio Q. Servilio consulibus, sed utroque tempore vicisse gratiam Marci Regis: atque ita in Capitolium esse aquam perductam*.

⁸³ Cfr. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommeso universale...*, p. 42 nt. 60: Kaser se inclina a favor del año 3 d.C., Bartosek, Watson y Baumann por el año 4 d.C., y Lemerciere por el año 5 d.C.

⁸⁴ Según lo recoge LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommeso universale...*, o.c., p. 43, nt. 68.



Lucio Léntulo, incluso que fuera su padre, Lucio Cornelio Léntulo, cónsul en el año 49 a.C.⁸⁵, el codicilo del que habla ese fragmento se escribió con anterioridad. Longchamps de Bériér indica que estos autores colocan la posible fecha del codicilo en el año 15 a.C., sobre la base de cifrar en ese momento el cese de la actividad jurídica reformadora de Augusto, puesto que toda la legislación matrimonial ya se había dado en el año 18 a.C: la *Lex Iulia de adulteris* y la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*⁸⁶. Y en este sentido, se puede concluir que desde este instante se inicia todo un proceso que llevará a que el fideicomiso tenga validez jurídica.

A modo de conclusión, podemos decir que si Augusto encargó a los cónsules que examinaran las reclamaciones de los fideicomisos, es probable que Lucio Léntulo, cónsul en el 3 a.C., hubiera protegido o atendido legalmente varias demandas presentadas por los fiduciarios y fideicomisarios, contribuyendo de esta manera a la incipiente creación de un *ius novum*. Pudiéramos pensar que conocía muy bien esta figura tal como surgió en sus orígenes, es decir, como un encargo dirigido a un amigo de confianza en beneficio de una tercera persona, y al mismo tiempo desprotegida frente al *ius civile*, sin sanción jurídica, por lo que se atrevió a confiar su propio fideicomiso nada menos que a Augusto, con la certeza de que prestaría su asentimiento ante su invitación. Si bien es desconocido el contenido de los fideicomisos -las fuentes solamente dicen *ut faceret aliquid*-, podemos suponer que consistirían en alguna disposición muy semejante al *legatum per damnationem*, dada la naturaleza del mismo. Sobre la base de I. 2.25 pr., reafirmamos la idea de que los fideicomisos no nacieron exclusivamente para soslayar las leyes de Augusto o para beneficiar a personas que carecían de *testamentifactio pasiva*. El hecho de que el mismo Augusto los cumpliera revela que era una figura ágil que servía para dar cumplimiento a la *voluntas* del disponente, apartándose del rigorismo del *ius civile*.

Puede decirse, en definitiva, que el logro de esta medida fue el de desencadenar un proceso de reconocimiento *extra ordinem* de los fideicomisos que culminó en la creación de los pretores. Si damos por hecho que la *cognitio extraordinem* comienza con Augusto, nos atrevemos a decir que, entre los años 41 y 54 d.C., fechas del acceso al trono y muerte de Claudio, hubo un mayor crecimiento y auge de este procedimiento cognitorio aplicado a las causas fideicomisarias. En atención a lo que dice Justiniano (*iustum videbatur et populare erat*) desde esos momentos y en lo sucesivo los pretores asumirán en exclusividad las causas fideicomisarias desligando a los cónsules de esa responsabilidad⁸⁷. Si consideramos, además, que el texto de Justiniano trae una información digna de ser creída

⁸⁵ Cfr. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommeso universale...*, p. 43, nt. 63, quien se apoya en F. MÜNZER, s.v. *Cornelius* nr. 197, RE IV, Stuttgart 1901, col.1372, para decir “che ricopri la pretura nel 44° anno a.C.”; se trata lógicamente de una referencia a la pretura urbana.

⁸⁶ En contra de esta hipótesis, podemos decir que aún no estaba completa la legislación matrimonial de Augusto, pues no había dado la *Lex Papia Poppea*, del año 8-9 d.C., y que fue elaborada para perfeccionar la *Lex Julia de maritandis ordinibus*; cfr. JHONSTON, *The Roman Law...*, o.c., p. 277, que mantiene la idea de situar en el año 15 a.C. el testamento de Léntulo, en vez del 3 d.C.

⁸⁷ Cfr. MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo...*, o.c., p. 36, que plantea, pero sin base alguna, que existen dos magistraturas para resolver los conflictos relativos a los fideicomisos y que las competencias atribuidas a cada uno dependían de la cuantía del asunto.

y no “ahistórica”, como dice Guarino⁸⁸, y que generalmente los testamentos y codicilos se escribían en previsión de la muerte, es decir, no con muchos años de antelación, parece más acertada como fecha de redacción del codicilo confirmado en el testamento por Lucio Léntulo la del 3 d.C., pues como dice Justiniano, ya estaba próximo a la muerte en Africa, hecho que ocurrió efectivamente el 4 d.C. En este testamento, realizado bajo la forma del *testamentum per aes et libram*, debió constar como elemento esencial la institución de herederos, en este caso, Augusto y la hija de Léntulo.

Otro dato de interés en el texto de Justiniano es la mención del jurista Trebacio Testa⁸⁹: *Treatium (...) cuius tunc auctoritas maxima erat*. Sabemos que este jurista fue contemporáneo de Cicerón, y si consideramos que en esta época alcanzara los veinticinco años, en el año 3 d.C. podría tener setenta y uno, lo cual nos permite valorar efectivamente la noticia del papel que jugó en el reconocimiento jurídico de los fideicomisos.

3.1 Las *leges caducariae* como posible fuente de nuevos supuestos de aplicación de los fideicomisos

Hemos hecho referencia ya a las *leges caducariae* de Augusto⁹⁰, que fueron dadas con el propósito moralizador de fortalecer a una sociedad romana en decadencia, mediante el fomento del matrimonio y la procreación dentro de la familia legítima, saneando las costumbres mediante el castigo del adulterio⁹¹. Si los fideicomisos surgieron al margen del *ius civile*, con el fin de sustraerse a las rigideces de éste que podían dificultar la eficacia de la *voluntas defuncti*, nuestro interés aquí es analizar si el hecho de la aplicación de estas *leges*, que tan severamente limitaron la capacidad de adquirir herencias y legados, supuso una relevante oportunidad para nuevos casos de aplicación de los fideicomisos⁹². De todos

⁸⁸ Cfr. *supra*, nt. 10

⁸⁹ Cfr. JHONSTON, *The Roman Law...*, o.c., p. 28, que recuerda el texto de Labeón, D. 35.1.40.5, donde se cita a Trebacio Testa en el famoso caso de Thermo Minor y donde se menciona a Lucio Léntulo; cfr. A. CASTRO SÁENZ, *El tiempo de Trebacio. Ensayo de historia jurídica*, Sevilla 2002, pp. 41, 49 y 296.

⁹⁰ *Leges Iuliae de adulteris y de maritandis ordinibus*, del 18 a.C., y *Lex Pappia Poppaea*, del 9 d.C.

⁹¹ Sin embargo, podemos decir que con la reforma de Augusto no se logró el incremento de la natalidad ni la reforma de las costumbres a favor del matrimonio; en realidad, con aquellas porciones de la herencia que los *caelibes* y *orbi* no pudieron adquirir (*bona caduca*) se hizo frente a los enormes gastos del vasto Imperio romano, y además, el incipiente objetivo demográfico acabó convirtiéndose en un objetivo fiscal.

⁹² Cfr. al respecto BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., pp. 138 y ss.; FERRINI, *Teoria generale...*, o.c., pp. 449-451 y 687-689; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², *Introduzione. Parte generale*, Milano 1967, pp. 476 y ss.; R. ASTOLFI, *La Lex Iulia et Papia*³, Padova 1995, pp. 299-301; J. ARIAS RAMOS, “Fideicomisos y leyes caducarias”, en *RDP* 24 (1940), pp. 153 y ss.; LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso universale...*, o.c., pp. 54 y ss.; JHONSTON, *The Roman*



modos, no deja de llamar la atención el hecho de que Augusto, por un lado, dictase estas leyes, mientras que por otro, diera entrada en el mundo jurídico a la figura del fideicomiso.

3.1.1 La *capacitas* y las *Leges Iulia et Papia Poppaea*

Hemos barajado hasta ahora el concepto de *testamentifactio*, tanto en sentido activo como pasivo. Distinta de esta idoneidad para hacer o recibir por testamento, o instituir o ser instituido heredero, es la capacidad especial o *ius capiendi*, requerida por la legislación matrimonial de Augusto, como límite a las adquisiciones *mortis causa*. Estas leyes no quitaron la *testamentifactio* sino que prohibieron *capere mortis causa* a aquellas personas que no cumplieran con las medidas establecidas; por ello, Augusto coherente con su propósito demográfico, que más adelante se convertirá además en un propósito fiscal, va a negar en todo o en parte la *capacitas* a las siguientes personas: a) los *caelibes*⁹³, quienes no podrán adquirir nada de la herencia; b) los *orbi*⁹⁴, es decir, los que no tienen hijos, que sólomente recibirán la mitad, siempre que no disfruten de los privilegios del *ius antiquum* o de la *solidi capacitas*, por lo que se privilegia de esa manera a los casados con hijos; c) los *patres solitarii*⁹⁵.

Los cónyuges que no tenían hijos comunes, pero que gozaban de plena *capacitas*⁹⁶, verán limitadas las liberalidades y prohibidas las donaciones entre sí, y no podrán adquirir más de una décima parte de la herencia, lo que dio lugar a que en la época post-clásica se

Law..., o.c., pp. 31, 275 y ss.; D'ORS, *Derecho privado...*, o.c., § 277-279; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia...*, o.c., pp. 73 y ss.

⁹³ Gai. 2.111, Gai. 2.286. Bajo este concepto se incluirá a las personas en edad matrimonial, los varones de 25 a 60 años y las mujeres de los 20 a los 50 años, que no estén casados en el momento de la muerte del testador o no hayan podido hacerlo en los 100 días siguientes.

⁹⁴ Gai. 2.111, 2.286^a. La ley mencionaba una serie de *exceptae personae* que quedaban al margen de las prohibiciones: Ep. Ulp.14.1 y 18.1, Vat. Fr. 216-219; cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., p. 144.

⁹⁵ En Gayo no encontramos el concepto de *pater solitarius*. El único texto donde se encuentra el nombre es Ep. Ulp. 13: *De caelibe, orbo et solitario patre*; BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., p.142, considera que ese concepto hace referencia al viudo sin hijos, pero no deja de ser una conjetura. Otro análisis en VOCI, *Diritto ereditario...*, I², o.c., pp. 443 y ss.; y en el mismo sentido, ASTOLFI, *La Lex Iulia...*, o.c., pp. 31 y 72, para quien, en definitiva, se trataría de una particular figura de *caelebs*, por lo que puede considerarse al *pater solitarius* como el hombre desde los 25 a los 60 años y a la *mater solitaria* como la mujer de los 20 a los 50. Gozaban del *ius liberorum* el hombre cuando tenía tres hijos, la mujer *ingenua* con tres y la *liberta* con cuatro, y por consiguiente recobraban la plena capacidad, quedando exentos de las prohibiciones de las *leges caducariae*. El *ius liberorum* se concedía, como privilegio, a personas sin hijos, como fue el caso de Livia, la mujer de Augusto.

⁹⁶ No tendrán esa *capacitas* cuando el matrimonio se celebra en vistas a a contravenir las prohibiciones de las leyes de Augusto; así en Ep. Ulp. 16. 2, se habla de un matrimonio legalmente prohibido: *Aliquando nihil inter se capiunt: id est, si contra legem Iuliam Papiamque Poppaeam contraxerint matrimonium, verbi gratia si famosam quis uxorem duxerit, aut libertinam senator.*

conociera esta norma con el nombre de *Lex decimaria*⁹⁷; y el usufructo de la tercera, más otros suplementos por hijos comunes premuertos o por los que tuvieran de otro matrimonio. Más adelante, con Domiciano, se privará del *ius capiendi* a las *feminae probrosae*⁹⁸.

Los bienes dejados a estos incapaces, al no poder ser adquiridos por ellos, se ofrecerán como *caduca*⁹⁹ a otros herederos o legatarios que hayan sido instituidos en el testamento sin ninguna restricción. Estas leyes caducarias, por lo tanto, van a modificar el régimen del derecho de acrecer, puesto que el derecho a reclamar las porciones vacantes, el *ius caduca vindicandi*, recaería en primer lugar en los casados y con hijos, en segundo lugar en los *legatarii patres* y en tercer lugar, si no apareciera nadie, es decir, a falta de un heredero o de un poseedor de los bienes, quedarían confiscados por el erario público¹⁰⁰.

Un caso singular se presenta con una ley posterior a Augusto, la *Lex Junia Norbana* del 19 d.C., que instituye la figura de los *Latini Iuniani* y les concede el estatuto de los *Latini coloniarii*, atribuyéndoles una capacidad patrimonial limitada, al no poder otorgar testamento ni adquirir de otra persona, conforme al derecho civil, por lo que los bienes dispuestos a su favor pasaban a ser de la misma forma *caduca*¹⁰¹.

⁹⁷ Ep. Ulp. 15.1: *Vir et uxor inter se matrimonii nomine decimam capere possunt...*; D'ORS, *Derecho privado...*, o.c., § 335, considera más antigua la prohibición de las donaciones entre cónyuges, por lo que conjetura la probabilidad de que ésta no proceda de la legislación matrimonial de Augusto, con apoyo en D. 24.1.1 (Ulp. 32 *ad Sab.*): *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate*; y D. 24.1.3 pr. (Ulp. 32 *ad Sab.*): *Haec ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est: nam ita ait: maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari viderentur neve melior in paupertatem incidere, deterior ditior fieret*. Incluso vá más allá al plantear su posible origen en una regla de la jurisprudencia pontifical para imponerle los límites que tenía el matrimonio *cum manu* al que se contrae *sine manu*.

⁹⁸ Entre otros textos, cfr. D. 23.2.43 pr., 6 (Ulp 1 *ad leg. Iul. et Pap.*), D. 23.2.47 (Paul 2 *ad leg. Iul. et Pap.*), D. 37.12.3 pr. (Paul. 8 *ad Plaut.*); cfr. ASTOLFI, *La Lex Iulia ...*, o.c., pp. 49-61; es probable que Domiciano tomara esta decisión con apoyo en una interpretación de la *Lex Voconia*, aunque ya en desuso, en su función de censor perpetuo, cfr. D'ORS, *Derecho privado...*, o.c., § 278 y 279.

⁹⁹ Cfr. D'ORS, *Derecho privado...*, o.c., § 279. Las leyes caducarias distinguían tres tipos de *caduca* (C. 6.51.1.2), interesándonos los *caduca* que se invalidan después de la muerte del testador. La incapacidad impedirá por lo tanto la delación.

¹⁰⁰ Gai. 2.150: *lege bona caduca fiunt et ad populum deferri iubentur*; D. 30.96.1 (Iul. 39 *dig.*): *quotiens lege Iulia bona vacantia ad fiscum pertinent*. Con Caracalla estos bienes caducos se atribuyen al fisco y se reclaman (*vindicatio caducorum*) mediante la *cognitio extraordinem*. Justiniano (C. 6.51, a. 534) abolirá la figura de la caducidad.

¹⁰¹ Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., p. 138; Gai. 1.22-24; Ep. Ulp. 17.1: *Quod quis sibi testamento relictum, ita ut iure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum*



Por la información que ha dejado Gayo,¹⁰² todas estas personas incapaces de recibir herencias y legados por el derecho civil no encontraban ningún obstáculo para poder beneficiarse por medio de los fideicomisos.

3.1.2 Otras medidas legislativas en relación a las *leges caducariae*: efectos de la *incapacitas* y régimen de los *caduca*

No puede sorprendernos que esta posibilidad llamara la atención de los emperadores posteriores a Augusto, dado que permitía evadir todas las restricciones de la estricta legislación caducaria. En efecto, después de un largo período de casi un siglo, se aprecia el vigor y la frecuencia que alcanzaron tanto la figura de los fideicomisos como la de los codicilos, principalmente después de su reconocimiento jurídico. Prueba de ello son los numerosos fragmentos que tratan sobre estos problemas en el Digesto, en los libros dedicados a los legados y fideicomisos¹⁰³. Sin embargo, esa amplia libertad de adquirirlos de parte de los *coelibes*, *orbi* y *patres solitarii* quedará mermada por una abundante legislación, aparecida desde la época del emperador Vespasiano (69-79 d.C.), hasta Justiniano¹⁰⁴.

Así pues, para comprender realmente cómo se aplicaron estas leyes a los fideicomisos a lo largo de este amplio período, es interesante considerar la concreta jurisprudencia, los casos reales que los juristas debieron resolver. Por las fuentes consta que les dedicaron numerosos comentarios, aunque no han llegado completos, y quedan recogidos en un amplio abanico que abarca desde el jurista Juliano, en la época de Adriano, hasta Modestino en la de los Severos.

A través del senadoconsulto Pegasiano¹⁰⁵ del año 75 d.C. se extenderá la *quarta Falcidia* y las *leges caducariae* a los fideicomisos, como ya ocurría para la herencia y los legados. El fiduciario tendrá derecho a una cuarta parte de la herencia frente a cualquier fideicomisario. Ahora bien, ante esta norma, emanada no ya de los comicios sino directamente del Senado, cabe preguntarse acerca de la reacción de la sociedad romana frente a la nueva situación creada por ella, al abrirse otra vía de utilización de los fideicomisos con la finalidad de poder evadir la mencionada disposición. El testador, para poder seguir beneficiando a los incapaces por las *leges caducariae*, hallará una vía de escape, cuando designe como heredero a una persona capaz, rogándole en secreto que los bienes recibidos, una herencia o unos legados, se transmitan en parte o en su totalidad a las personas que él quiera beneficiar.

appellatur, veluti ceciderit ab eo: verbi gratia si caelibis vel Latino iuniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel caelebs legi paruerit, vel Latinus ius Quiritium consecutus sit: aut si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit vel pereger factus sit.

¹⁰² Gai. 2.286 y 2.286^a.

¹⁰³ Cfr. D. 30-32, entre otros.

¹⁰⁴ En la época de Justiniano, al estar equiparadas las figuras de los legados y los fideicomisos, la incapacidad de recibir por fideicomiso se identifica con la incapacidad para suceder.

¹⁰⁵ Gai. 2.254 y ss.

Esta nueva vía o recurso se conocerá en las fuentes y en la doctrina con el nombre de fideicomiso tácito¹⁰⁶. En este sentido las personas incapaces que durante largo tiempo se habían amparado en el fideicomiso al no estar prohibido, van a intentar seguir beneficiándose, en el sentido de que el disponente acudirá al referido expediente tácito, no manifiesto públicamente, en una especie de ruego reservado. Así, el heredero recibirá tácitamente el encargo de hacer llegar lo que obtenga a manos de un incapaz.

Antes de seguir avanzando convendrá hacer una precisión lingüística referida a los conceptos de tácito y secreto. Si observamos la definición, en primer lugar, de la palabra tácito, que procede del verbo *tacere*¹⁰⁷, vemos que indica lo que es silencioso, lo que no se entiende, percibe, oye o dice formalmente, sino que se supone e infiere; de aquí podríamos deducir como sinónimo el concepto de implícito, pero creemos que esta identificación conduciría a una confusión¹⁰⁸. Queda claro que los fideicomisos implícitos fueron muy

¹⁰⁶ Destacaremos solamente algunas obras de la abundante literatura que hay sobre el origen, significado y evolución de los fideicomisos tácitos y secretos, revisadas para nuestro trabajo: J. DECLAREUIL, “Quelques notes sur certains types de fidéicommiss” en *Mélanges Gérardin*, París 1907; E. NARDI, *I casi di indegnità nel Diritto successorio romano*, Milano 1937, pp. 123-131; ARIAS RAMOS, “Fideicomisos...”, o.c., pp.153-164; R. BESNIER, “L’application des lois caducaires d’Auguste d’après le Gnomon de l’Idiologue”, en *RIDA* 2 (1949) pp. 93-118; H. J. LÉGIER, “*Tacita condicio*”, en *RHDFE* 44 (1966) pp. 5-28; G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana en nella sua evoluzione posteriore*, reimp. Roma 1971, pp. 74-83; G. PROVERA, *La vindictio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano*, Torino 1964, pp. 85-91; JOHNSTON, *The Roman Law...*, o.c., pp. 43-75; ABELLÁN, *Los fideicomisos...*, o.c., pp. 84-95 y pp. 689-692; O. E. TELLEGEN-COUPERUS, “Diocletien et les biens vacants” en *TR* 14 (1986) pp. 85-95; S. PULIATTI, *Il De iure Fisci di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, Milano 1992, pp. 242-332; ASTOLFI, *La Lex Iulia...*, o.c., pp. 299-301; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia...*, o.c., pp. 78 y ss.; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis...*, o.c., pp. 55-78.

¹⁰⁷ Cfr. voces *taceo* y *cerno* (como compuesto, *se-cerno*), en A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine. Histoire des mots*⁴, París 2001, pp. 115 y 673; C.T. LEWIS- C. SHORT, *A Latin Dictionary*, Oxford 1879¹ (reimpr. 1980), pp. 1652 y 1833.

¹⁰⁸ En este sentido se expresa CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia...*, o.c., pp. 79, 84 y ss., cuando explica una doble acepción del *tacitum fideicommissum* y distingue entre *tacitum* como “secreto” y como “implícito” adhiriéndose a la postura de Iglesias, quien afirma que fideicomiso tácito es tanto como decir fideicomiso secreto y que implícito es aquel que se deduce de las disposiciones dadas por el testador. En nuestra opinión, las explicaciones de Cámara son un tanto confusas y no dejan claro qué pueda ser el fideicomiso tácito, si lo equipara al secreto y si considera que es siempre fraudulento. Vid. por ej. p. 77: “a nuestros días han llegado fragmentos de dos monografías sobre el fideicomiso secreto o *tacitum fideicommissum*. Se trata de sendos *libri singularem de tacitis fideicommissis*, escritos por Gayo, en el siglo II y por Paulo en la centuria siguiente”, cuando en realidad los pasajes correspondientes de estos juristas, D. 34.9.23 y D. 49.14.49, versan sobre los fideicomisos tácitos y no secretos; asimismo los apartados 2.3.2: “Concepto del *tacitum fideicommissum* o fideicomiso secreto. No es necesariamente fraudulento”, y 2.3.3: “Sanciones legales contra los fideicomisos secretos fraudulentos”.



frecuentes en Roma por los numerosos textos encontrados en el Digesto¹⁰⁹, y en todo caso, a la vista de esos ejemplos, lo que se aprecia es la vitalidad de la figura y el predominio de la voluntad del disponente frente a cualquier formalidad establecida. Así, por ejemplo, Antonino Pío admitió el fideicomiso implícito en un mandato al mismo fideicomisario¹¹⁰. No hay por lo tanto indicios de que con tales fideicomisos implícitos se quisiera, al menos de ordinario, soslayar o burlar ley alguna. En efecto, rechazada la identificación de tácito con implícito, y afirmado el carácter no fraudulento de los fideicomisos implícitos, queda por analizar todavía la idea de fideicomiso tácito y su posible carácter fraudulento. Podemos decir que en el fideicomiso tácito, para que sea fraudulento, debe darse una actitud de complicidad y colaboración con intención de burlar las leyes caducarias, tanto en la persona del fideicomitente como en la del fiduciario, en cuanto se quiere beneficiar a personas incapaces. Si bien se admite la ordenación tácita de los fideicomisos, los juristas no aceptan la determinación tácita del fiduciario o del fideicomisario. Para descubrir y sancionar los fideicomisos tácitos se tomarán severas medidas legislativas, como el senadoconsulto Planciano y el beneficio de Trajano.

En segundo lugar analizamos la definición de secreto, que deriva de *secernere*, segregar, como aquello que cuidadosamente se tiene reservado, oculto, ignorado, escondido y separado de la vista y del conocimiento de los demás. En este sentido, nos parece que el fideicomiso secreto guarda una estrecha relación con la figura de la *fides*, y por ello podríamos definirlo como aquel encargo que solamente conocerán el fideicomitente y el fiduciario, ocultando el nombre del tercero beneficiado, pero con capacidad para recibir los bienes, en el momento de hacerse la disposición.

Esta figura puede ser válida¹¹¹ al no tener por qué esconder un deseo fraudulento o ánimo de burlar alguna ley, sino que su finalidad pudiera ser la de beneficiar a una determinada persona, por ejemplo a un hijo ilegítimo, sin que se conozca al benefactor, obligándose el fiduciario a cumplir el encargo. Por lo tanto una figura, en principio, válida en el Derecho romano¹¹².

¹⁰⁹ Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., p. 498. Algunos de esos ejemplos de fideicomiso implícito, en los que existe un verdadero fideicomiso, son los siguientes: D. 32.11.4 (Ulp. 2 *fideic.*): *Si quis ita scripserit: 'sufficiunt tibi vineae vel fundus', fideicommissum est, quoniam et illud fideicommissum esse arbitramur: 'contentus esto illa re'*; D. 32.37.4 (Scaev. 18 *dig.*): *constante matrimonio uno ex filiis mortuo uxor per epistulam petit a superstite filio, uti quandoque partem dimidiam dumtaxat dotis exigeret et ea contentus erit, alteram autem partem*; D. 31.69 (Pap. 19 *quaest.*): *'peto, Luci Titi, contentus sis centum aureis'. fideicommissum valere placuit idque rescriptum est. quid ergo si, cum heredem ex parte instituisset, ita locutus est: 'peto pro parte tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis?'*

¹¹⁰ Cfr. D. 30.77 (Ulp. 5 *disput.*) y D. 34.3.3.1 (Ulp. 23 *Sab.*).

¹¹¹ Según comunicación manuscrita a la autora, así lo entiende D. Álvaro D'ORS cuando hace la advertencia de que: "En Derecho romano, conviene distinguir el fideicomiso "tácito", que es siempre fraudulento, del fideicomiso "secreto", que no lo es".

¹¹² Cfr. ARIAS RAMOS, "Fideicomisos...", o.c., p. 160, para quien la extensa libertad en materia de fideicomisos produciría dificultades en la aplicación del senadoconsulto Pegasiano, "cuando el causante hubiese designado el fideicomisario secretamente y sólo al fiduciario. Modalidad de otorgamiento de un fideicomiso perfectamente válida, en cuanto tal, en el Derecho romano, y

Una vez hecha la apreciación que distingue a los fideicomisos tácitos de los secretos, interesa observar ahora la específica regulación dada con posterioridad al senadoconsulto Pegasiano. El recurso a los fideicomisos tácitos¹¹³ debió de ser muy frecuente y pervivió como válido en un largo período de tiempo. Sin embargo, ante la probable proliferación de fideicomisos tácitos a favor de incapaces, y dada la conciencia creciente del carácter fraudulento de tales disposiciones, llegó un momento en que se produjo la reacción imperial, que revistió la forma del llamado beneficio de Trajano¹¹⁴. ¿En que consiste y con qué finalidad se dio este beneficio? Paulo explica con detalle esta nueva disposición, una técnica para poder descubrir los numerosos fideicomisos tácitos fraudulentos.

El emperador Trajano va a ofrecer una recompensa en caso de autodenuncia o autodelación espontánea de la persona incapaz de recibir por vía testamentaria¹¹⁵. La medida es dada con la doble finalidad de beneficiar, de una parte, al fisco, y de otra, a la persona incapaz que se vería perjudicada en su adquisición.

De este modo, el incapaz debe pagar al fisco una mitad reteniendo él la otra. No se impuso ningún límite a la denuncia, es más, se considera que podían practicar la *delatio* tanto los varones como las mujeres al igual que los pupilos¹¹⁶.

solamente perseguida en cuanto, combinada con la *incapacitas* del fideicomisario, se hace de ella medio para burlar las disposiciones caducarias”.

¹¹³ Si bien las fuentes muestran ejemplos de fideicomisos tácitos, nos parece que no se abre ante nosotros una nueva clasificación jurídica, es decir, una nueva figura o modalidad de fideicomiso; en este sentido, ABELLÁN, *Los fideicomisos...*, o.c., p.84, que les da un tratamiento de figura singular junto a los fideicomisos de herencia, de residuo y de libertad. También JHONSTON, *The Roman Law...*, o.c., p. 42, cuando dice: “In the time of Trajan the first faint hints of a new legal institution are found: the tacit *fideicommissum* or secret trust”.

¹¹⁴ No todos los textos relativos al beneficio de Trajano aparecen agrupados bajo el título *De iure fisci*: D. 34.9.5.20, D. 49.14.13 pr.-2 y 4-10, D. 49.14.15.3 y 4, D. 49.14.16; D. 49.14.38, D. 49.14.42; cfr. ARIAS RAMOS, “Fideicomisos...”, o.c., p.164; JOHNSTON, *The Roman Law...*, o.c., pp. 55-58.; ASTOLFI, *La Lex Iulia...*, o.c., pp. 285 y ss.; ABELLÁN, *Los fideicomisos...*, o.c., pp. 87 y ss.

¹¹⁵ D. 49.14.13.8 (Paul. 7 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Ad eos Beneficium Traiani pertinet, qui ex defuncti voluntate relictum sibi capere non possunt. ergo nec illud, quod servo meo relictum est, deferre potero.*

¹¹⁶ D. 49.14.16 (Ulp. 18 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Ait divus Traianus: ‘quicumque professus fuerit’. ‘quicumque’ accipere debemus tam masculum quam feminam: nam feminis quoque, quamvis delationibus prohibentur, tamen ex beneficio Traiani deferre se permissum est. nec non illud aequae non intererit, cuius aetatis sit is qui se defert, utrum iustae an pupillaris: nam pupillis etiam permittitur deferre se, ex quibus non capiunt.*



3.1.3 La figura de la *indignitas* y las *Leges Iulia et Papia Poppaea*

Otro paso más en la legislación es el dado por un senadoconsulto Planciano, de fecha desconocida¹¹⁷, que dispone la nulidad de los fideicomisos tácitos fraudulentos y la privación de la *quarta Pegasiana* y del derecho a los legados caducos al heredero que cumpla con ellos, así como la imposibilidad de ejercitar la *vindicatio caducorum* en el caso de que tuviera hijos¹¹⁸. Por lo tanto, estamos ante una nueva medida legislativa con la finalidad de que el fisco pueda beneficiarse con aquellos bienes caducos.

En el Digesto encontramos varios textos que hacen referencia a este senadoconsulto: D. 34.9.11, D. 34.9.23, D. 35.2.59.1, D. 35.2.13, D. 34.9.10.2. De estos fragmentos se desprende que lo verdaderamente importante para fijar si existe fraude o no, y por lo tanto sanción, es la actuación del fiduciario. Las fuentes señalan los requisitos para que pueda aplicarse el senadoconsulto: 1) que el fideicomisario sea designado de forma oculta o tácita; 2) que a la vez sea un incapaz; y 3) que se cuente con la cooperación fraudulenta del fiduciario.

Un rescripto de Antonino Pío¹¹⁹ modificó el senadoconsulto Planciano, atribuyendo al fisco la *quarta Pegasiana* que se sustrae al fiduciario. Así podemos decir que, desde este momento, es cuando surge un nuevo supuesto de *indignitas*¹²⁰ con un régimen distinto al de la *incapacitas* que es precisamente el que tuvo interés para las *leges caducariae*. La conducta del fiduciario se sanciona como una falta grave por su connivencia con el testador, y por ello se dice que es *indignus*. Sin embargo, no queda imposibilitado para ser heredero, ni se impide la delación; pero lo que adquiere no lo puede conservar sino que irá al fisco, de ahí que con la expresión *bona ereptoria* se haga referencia a estos bienes confiscados a los indignos. La *quarta Pegasiana* no la adquiere de forma automática el

¹¹⁷ Si relacionamos las escasas fuentes con que contamos (Gai. 2.285 y Gai. 254 sobre el senadoconsulto Pegasiano; D. 49.14.13,15 y 16 sobre el beneficio de Trajano), podríamos plantear dos hipótesis: 1) La primera, que este senadoconsulto fuera dado en la época de los Flavios, y en concreto bajo Domiciano (69-96 d.C.), quien desempeñó una tarea legislativa en estas materias, como por ejemplo, la extensión de la sanción de *incapacitas* a las *feminae probrosae*; además, del hecho de que mediante el senadoconsulto se prive al heredero que cumpla los fideicomisos de la *quarta Pegasiana* es fácil concluir que fue dado en un momento posterior al senadoconsulto Pegasiano, pero no en un tiempo muy lejano. 2) La segunda, considerar que se diera bajo el imperio de Trajano (98-117 d.C.). En definitiva, en las fuentes encontramos tres senadoconsultos Plancianos, siendo de interés para nosotros el que acabamos de mencionar, aunque no conozcamos de manera expresa su contenido, cfr. R. DOMINGO (Dir.), *Textos de Derecho Romano*, Pamplona 2002, p. 390; D'ORS, *Derecho privado...*, o.c., § 323.

¹¹⁸ Ep. Ulp. 25.17: *Si quis in fraudem tacitam fidem accommodaverit, non ut capienti fideicommissum restituat, nec quadrantem eum deducere senatus censuit, nec caducum vindicare ex eo testamento, si liberos habeat.*

¹¹⁹ D. 49.14.49 (Paul. *lib. sing. de tac. fid.*), D. 40.5.12.2 (Mod. *lib. sing. de manu.*), D. 35.2.59.1 (Mod. *9 pand.*), C. 6.50.3 (a. 222).

¹²⁰ Cfr. NARDI, *I casi di indignità...*, o.c., pp. 123 y ss.; BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., pp. 168 y ss., que explica cómo la “*quarta* era todo lo que podía adquirir el heredero, de manera que el caso se configura según el aspecto de la indignidad. Y como con esto quiere irse contra el fraude de la ley, no tiene lugar la indignidad cuando el fideicomiso tácito no tiene fin fraudulento”; VOICI, *Diritto ereditario...*, I², o.c., pp. 465 y 476; ASTOLFI, *La Lex Iulia...*, o.c., pp. 295, 299 y ss.

fisco, sino que tiene que solicitarla mediante un proceso administrativo fiscal, un procedimiento *extra ordinem* que concluye con una *adiudicatio*.

Con el senadoconsulto Planciano y su posterior modificación, los juristas romanos tuvieron que examinar los casos concretos que se les presentaban, para determinar o fijar al fiduciario o heredero *indignus* y aplicarle la sanción correspondiente¹²¹, derivada del acto fraudulento cometido. La jurisprudencia romana se interesa por cada caso concreto y no se refiere a la cuestión general de la manifestación tácita¹²². Así, en el caso del hijo y del esclavo que aceptaron la carga de un fideicomiso tácito, tanto Papiniano en D. 35.2.13 como Gayo en D. 34.9.10.2 coinciden en que ambos tienen derecho a detraer la *quarta Falcidia*, porque estaban en el deber de acatar la orden del *pater* o del *dominus* respectivamente; de esta manera, al tratarse de impedir un perjuicio al hijo o al esclavo, el fideicomiso resulta ineficaz pero la indignidad no procede.

3.2 Los *postumi alieni* y las *personae incertae*: La evolución de la *testamentifacio pasiva* y el deseo de favorecerlos mediante fideicomisos

Carecen de *testamenti factio pasiva* las *personae incertae*, es decir, aquellas que el testador no conoce ni podrá conocer por su indeterminación al quedar su designación al arbitrio de un tercero. La definición viene a través de Gayo que entiende por *persona incerta*¹²³ aquella de la que el testador no se pudo formar una idea precisa, como por ejemplo, “a todo el que concurra a mi funeral”, o “al que case su hija con mi hijo”, o “los primeros designados cónsules después de mi testamento”. En este sentido, igualmente los *postumi alieni* serán considerados como *personae incertae*¹²⁴.

Pero hay una excepción, sigue diciendo Gayo, y por lo tanto será válido el legado cuando se haga con una designación clara (*sub certa vero demonstratione*); así, por

¹²¹ D. 34.9, C. 6.35; cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., pp. 159 y ss.; VOICI, *Diritto ereditario...*, I², o.c., p. 465; GUZMÁN BRITO, *Derecho privado...*, o.c., pp. 520 y ss.

¹²² Cfr. BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., p. 169.

¹²³ Gai. 2.238: *incerta autem videtur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subicit*; vid. además I. 2.20.25, donde se deja constancia de la ampliación que hizo Adriano al referirse al testamento militar: *nam nec miles quidem incertae personae poterat relinquere, ut Divus Hadrianus rescripsit*.

¹²⁴ Según D. 34.5.7 pr. (Gai. 1 *de fid.*), el *nasciturus* tendrá derecho a la herencia pero siempre supeditado a su efectivo nacimiento. Si la persona no existe en el momento de la atribución de un legado, este se considera como no escrito: D. 34.8.4 pr. (Ulp. 13 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Si eo tempore, quo alicui legatum adscribebatur, in rebus humanis non erat, pro non scripto hoc habebitur*. Gayo (2.242) considera a los *postumi alieni* como *personae incertae*: *Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus: est enim incerta persona*. En sentido contrario, cfr. VOICI, *Diritto ereditario...*, I², o.c., p. 415, nt. 61. Una clara interpolación en D. 34.5.5(6).1, (Gai. 1 *de fid.*) *in fine*: *Si tibi et postumo suo vel alieno hereditatem restituere quis rogaverit*.



ejemplo, si se dice “que mi heredero dé diez mil a aquel de mis parientes actuales que concurra el primero a mi funeral”. El testador, al referirse a los parientes *qui nunc sunt*, deja claro que se pueden identificar perfectamente y por lo tanto podrán beneficiarse con sus bienes¹²⁵.

Igualmente de Gayo¹²⁶ llega la información de que antiguamente las *personae incertae* y los *postumi alieni*, al no ser posible dejarles nada por testamento y quedar así excluidos de la herencia como herederos o legatarios, lograban alcanzar los bienes por medio del fideicomiso. Pero en tiempos de Adriano, un senadoconsulto determinó la equiparación de los fideicomisos al régimen de la herencia y de los legados, dando paso a una nueva restricción y por lo tanto prohibiendo estas liberalidades¹²⁷.

Algunos de los fragmentos jurisprudenciales tratados en el apartado anterior pueden referirse también a estos supuestos; así por ejemplo, en el texto de D. 49.14.40 pr. (Paul. 21 resp.), cuando el testador no menciona a la persona del fideicomisario, es factible suponer que también quisiera beneficiar de ese modo a *postumi alieni* o a *personae incertae*.

Volviendo de nuevo a la excepción que refiere Gayo (*sub certa vero demonstratione*) para beneficiar a aquellos *qui nunc sunt*, conviene señalar que es común en la doctrina¹²⁸ la advertencia de la relación existente entre el fideicomiso de familia y la prohibición de beneficiar a las *incertae personae*. En el derecho clásico, por la prohibición de Adriano, solamente podrán ser beneficiarias las personas que pertenezcan al ámbito familiar y existan a la muerte del testador. En el derecho postclásico, con Justiniano llegará una relajación de esta prohibición, como queda recogido en D. 31.32.6 (Mod. 9 reg.), y se podrá extender el fideicomiso a varias generaciones¹²⁹:

¹²⁵ Cfr. también Ep. Ulp. 24.18: *Sub certa tamen demonstratione incertae personae legari potest, velut ‘ex cognatis meis, qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit, ei heres meus illud dato’*.

¹²⁶ Gai. 2.287: *Item olim incertae personae uel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamuis neque heres institui neque legari ei posset. sed senatus consulto, quod auctore diuo Hadriano factum est, idem in fideicommissis, quod in legatis hereditatibusque constitutum est; más información en Ep. Ulp. 24.18: *Incertae personae legari non potest*; Ep. Ulp. 25.13: *Poenae causa vel incertae personae ne quidem fideicommissa dari possunt*.*

¹²⁷ Para VOICI, *Diritto ereditario...*, I², o.c., p. 421 nt. 85, la razón por la que esos fideicomisos fueron válidos estriba en la errada aplicación de la norma sobre las *personae incertae*; llegando a decir que el senadoconsulto que se menciona en Gai. 2.287 bien pudiera ser el Aproniano, pues supone también que fuera esa misma norma la que regulara la materia de los legados y los fideicomisos, también los universales.

¹²⁸ Cfr. por todos, VOICI, *Diritto ereditario...*, I², o.c., pp. 413 y ss.; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*², Torino 1962, pp. 191 y ss.; FERRINI, *Teoria generale...*, o.c., pp. 155-160; JOHNSTON, *The Roman Law...*, o.c., pp. 77 y ss.; TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis...*, o.c., pp. 99 y ss.; L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommissi da restituirsì dopo la morte dell’onerato*, Milano 2003, pp. 224 y ss.

¹²⁹ Justiniano pondrá el límite en la cuarta generación en la Novela 159, 2.

In fideicommisso quod familiae relinquitur hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit.

Modestino habla de aquellos a quienes se admite a la *petitio fideicommissi*, y de esta manera todas estas personas podrán solicitar para sí el fideicomiso, obligándose a restituirlo a otros miembros de la misma familia y así sucesivamente. En el texto, las palabras finales *nisi... extenderit*, con la ampliación a más grados atendiendo a la voluntad del testador, son evidentemente interpoladas, al ser coherentes con el derecho justinianeo¹³⁰.

Otros dos textos claves para apreciar el cambio introducido por Justiniano en esta materia son la conocida ley de C. 6.48.1 *de incertis personis* (a. 528) y el pasaje de I. 2.20.27¹³¹. Como bien sabemos la constitución ha llegado a nosotros en griego e incompleta¹³².

Justiniano¹³³ liberará de la prohibición anterior a las corporaciones o colegios, a los senadores, a la curia, a los abogados, médicos y profesores, permitiendo en definitiva la validez de todo lo que se deje a persona incierta. Del mismo modo, será válida la voluntad del testador cuando se dejen bienes a las iglesias, a hospitales de peregrinos, a casas venerables, al clero común o para la redención de cautivos. Al lado del amplio elenco de personas y entidades consideradas ya como no inciertas, que pudieron recibir bienes del testador, la figura del *postumus alienus* es liberada del mismo modo¹³⁴.

Si bien es cierto que en la época clásica los *postumi alieni* no podían ser instituidos herederos por derecho civil¹³⁵, sí lograron ser admitidos a la *bonorum possessio secundum*

¹³⁰ Cfr. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso universale...*, o.c., p. 219; DESANTI, *Restitutionis...*, o.c., pp. 299 y ss.; cfr. JOHNSTON, *The Roman Law...*, o.c., pp. 80, 111 y ss.

¹³¹ I. 2.20.27: *Sed nec huiusmodi species penitus est sine iusta emendatione derelicta, cum in nostro codice constitutio posita est, per quam et huic parti medevimus non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis et fideicommissis: quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo iudicio debet quis pro tutela suae posteritati cavere*, con clara referencia a la inserción en el código de una constitución anterior al a. 529.

¹³² Cfr. DESANTI, *Restitutionis...*, o.c., p. 307 y ss. Se ha podido reconstruir por noticias encontradas en otras fuentes como el Tipucito o fragmentos del Nomocanon de Focio, que recoge algunos pasajes del índice de Taleleo.

¹³³ C. 6.48.1; cfr. DESANTI, *Restitutionis...*, o.c., p. 321.

¹³⁴ C. 6.48.1.1: *Recte quemlibet postumum qui vult heredem scribit: neque non et legatum et fideicommissum ei relinquit, nisi scilicet heres fieri prohibitus erat vel si in rerum natura erat; 2: Heredes incertos scribi constitutio vetat, nisi in utero est in hoc enim nomen eius quod desideratur supplet venter qui eum gestat et pater.*

¹³⁵ Gai. 1.147, Gai. 2.242, Gai. 2.287.



*tabulas*¹³⁶, y en la época postclásica pudieron ser instituidos herederos *quasi et iure civili non incognitus*¹³⁷. En la constitución justiniana permanece, sin embargo la nulidad de la *datio tutoris incerti*¹³⁸ y todo lo referente a la *heredis institutio*¹³⁹.

3.3 Otras noticias sobre la evolución de los fideicomisos: Senadoconsulto de Adriano en relación con los *peregrini*

Finalmente, disponemos de otra noticia relativa a un senadoconsulto de Adriano, de fecha desconocida¹⁴⁰, promulgado con la finalidad de que los *peregrini* no adquieran los fideicomisos y se los apropie el fisco. Así lo recoge Gayo:

¹³⁶ Cfr. D. 37.9 *De in ventre in possessionem mittendo et curatore eius*; en especial, D. 37.9.6 (Ulp. 41 *ad ed.*), D. 37.9.10 (Paul. 7 *quaest.*), D. 37.11.3 (Paul. 41 *ad ed.*).

¹³⁷ En relación al caso expuesto en D. 30.127 (Paul. *lib. sing. de iur. codic.*), que contiene una mención de los *postumi alieni*: *A fratris postumo fideicommissum dari potest: sola enim voluntas servatur in fideicommissis, et optinuit Galli sententia alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri*; cfr. DESANTI, *Restitutionis...*, o.c., p. 429, nt. 174; WATSON, *The Law of succession...*, o.c., pp. 178 y ss., que menciona la posible interpolación en el texto de los *postumi alieni*, pues como hemos visto, en derecho clásico no podían ser herederos. Parece que el pensamiento de Aquilio Galo iría en la línea siguiente: al morir el *de cuius* y también su hermano, el hijo de éste, *filius postumus*, pasaría a ser considerado como *agnatus proximus* y por lo tanto heredero legítimo; JOHNSTON, *The Roman Law...*, o.c., pp. 188 ss., que señala que en atención a la voluntad del fideicomitente, estos póstumos ajenos serían admitidos a la herencia legítima, es decir como herederos sin testamento.

¹³⁸ C. 6.48.1.28: *Et non posse tutorem incertis dari*; I. 2.20.27.

¹³⁹ C. 6.48.1.27: *Et si quis dixerit heredem sibi eum fore, qui primus post mortem suam consul factus fuerit vel ad sepulchrum suum venerit vel qui filiam suam ipsius filio in matrimonium collocaverit vel ipsi gener factus fuerit vel aliud quid his simile, quomodo talis institutio ex omni parte nullius momenti sit ideo, quia proprium heredis nomen nos habeat: verum ne legatum quidem eiusmodi personis relictum valet.*

¹⁴⁰ Vid. ABELLÁN, *Los fideicomisos...*, o.c., p. 95, que plantea con seguridad que pueda ser posterior al senadoconsulto Planciano. Es difícil conjeturar una fecha, pero si la adjudicación se concibe en beneficio del fisco, pudiera haberse dado en una fecha cercana, puesto que el objetivo era el mismo; incluso pudo darse en fechas próximas al senadoconsulto Juvenciano del 129 d.C. Nos parece interesante hacer otra observación: no es necesario referir esta confiscación de manera exclusiva a los fideicomisos tácitos, como dice Abellán, aunque no descartamos que a los *peregrini* se les beneficiara con ellos; de un lado, si bien los *peregrini* no gozaban de *testamenti factio*, no entraban en la categoría de los carentes del *ius capiendi* de la legislación matrimonial de Augusto; bajo esta *incapacitas* se acogió un *numerus clausus* de personas que no contemplaba al *peregrinus*; de otro, si bien pudieron hacerse fideicomisos tácitos a su favor, no queda del todo claro, por la escasez de las fuentes, cuál sea el senadoconsulto que deba aplicarse al heredero fiduciario como sanción: si el creado específicamente para ellos, según Gai. 2.285, o el referido senadoconsulto Planciano que, recordamos, prohíbe los fideicomisos tácitos impidiendo al heredero fiduciario

Gai. 2.285, *in fine*:

*Sed postea id prohibitum est, et nunc ex oratione divi Hadriani senatus consultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur*¹⁴¹.

El jurista ha plasmado en el texto dos momentos importantes: a) el referido a la prohibición de *capere fideicommissum*¹⁴², y b) el de la reclamación de los fideicomisos por el fisco. Está claro que éste necesitaba recursos y de nuevo el emperador encontrará una veta hacia donde dirigir su *potestas*, adueñándose de estos nuevos bienes que no puedan alcanzar las manos de los *peregrini*.

No se conoce tampoco el contenido del senadoconsulto ni las medidas concretas tomadas por Adriano; el hecho es que todos aquellos fideicomisos con destino a los *peregrini* van a ser muy beneficiosos para el emperador.

La doctrina más reciente¹⁴³ pone en relación lo dicho por Gayo con otros datos que llegan desde Egipto en el *Gnomon* del *Idios Logos*¹⁴⁴. Del texto parece deducirse que en Egipto la confiscación de los fideicomisos a favor de los *peregrini* llega con Vespasiano, con negación del derecho preferencial de los *patres qui in eo testamento liberos habent*¹⁴⁵. Si bien esta norma va dirigida hacia una provincia muy concreta, Egipto, el hecho cierto es que fue con Adriano cuando se dieron las mayores medidas en beneficio del fisco¹⁴⁶, incluso la figura del *advocatus fisci* surgió en esta época.

retener la *quarta Pegasiana* y adquirir los legados caducos (con Antonino Pío, la *quarta Pegasiana* se atribuirá al fisco). Nos inclinamos a admitir que se les aplicaría el senadoconsulto de Adriano: en este caso quizás el heredero fiduciario pudiera retener la *quarta*; no ocurriría de esta manera si se hubiera sancionado con el senadoconsulto Planciano y el rescripto de Antonino Pío. En cuanto a la repercusión en la persona del fideicomisario, nos es indiferente ya que en ninguno de los dos casos recibirá la manda que se le haya dejado, que será confiscada.

¹⁴¹ Cfr. *supra*, nt. 41.

¹⁴² Cfr. *supra*, nts. 42 y 43

¹⁴³ Cfr. ASTOLFI, *La Lex Iulia...*, o.c., pp. 261 y ss.; JOHNSTON, *The Roman Law...*, o.c., pp. 35 y ss.

¹⁴⁴ *Gnomon* § 18 en *FIRA*, I, n. 99: La traducción latina es: *Hereditates fideicommissarias sive a Graecis relinquuntur Romanis sive Graecis a Romanis, divus Vespasianus abstulit. Qui vero fidem susceptam professi erant, dimidiam partem acceperunt.*

¹⁴⁵ Gai. 2.286^a.

¹⁴⁶ Cfr. VOICI, *Diritto ereditario...*, I², o.c., pp. 449 y ss. Un interesante estudio de esta cuestión es el de TELLEGEN-COUPERUS, “Dioclétien et les biens...”, o.c., pp. 90 y ss., que de una parte, después de analizar una inscripción relativa a la ciudad de *Volubilis* (en *FIRA* I, p. 417) y la carta que Trajano dirige a Plinio el Joven (X 84), concluye que desde la *Lex Iulia* los bienes vacantes o caducos que se encuentren tanto en una provincia imperial como en una senatorial o en Italia, serán adquiridos por el fisco. De otra, apoyándose en la literatura jurídica, entre otros textos D. 49.14.13 pr., Gai. 2.285, Gai. 2.286^a, Gai. 3.62, llega a la conclusión de que la *Lex Iulia* estableció que los



IV. PAULATINA APROXIMACIÓN Y EQUIPARACIÓN FINAL DE LOS LEGADOS Y LOS FIDEICOMISOS

La integración de ambas figuras no se logra de un momento a otro, sino que pasan varios siglos hasta completarse. Durante el período clásico tardío y en toda la época postclásica se fueron aproximando, hasta que Justiniano decidió su absoluta y total equiparación¹⁴⁷, sin nada que las diferencie, salvo que los legados exigen la forma testamentaria y los fideicomisos no, por su misma naturaleza informal. El régimen de los legados se completa con normas propias de los fideicomisos y a la inversa.

D'Ors hace notar que a esta equiparación se debe que el “término ‘fideicomiso’ se haya perdido en el sentido de liberalidad particular similar a la del legado, y se conserve tan sólo para designar la sustitución fideicomisaria”¹⁴⁸. Este tipo de sustitución fideicomisaria, que en realidad es una sucesión fideicomisaria, dio origen en la Edad Media y Moderna al fideicomiso de familia, quedando vinculados los bienes de la familia entre sus componentes, de generación en generación¹⁴⁹. Al desaparecer el sistema bipartito del *ordo iudiciorum privatorum*, la vía procesal se unifica para los legados y fideicomisos en el procedimiento cognitorio.

Desde la época clásica se va a ir produciendo una equiparación de los fideicomisos al régimen de la herencia y de los legados, ocasionada por las prohibiciones legales en relación al *ius capiendi*. Se ha podido ver en el análisis de las fuentes realizado, cuando se dieron las restricciones a través de los senadoconsultos Pegasiano y Planciano, entre otras normas. También destacamos que el testador podía beneficiar a determinadas personas con

bienes caducos, que comprenden los vacantes, revierten al fisco, puesto que por medio de ella se creó una nueva fuente de rentas para un tesoro nuevo instituido por el emperador. Como se admite generalmente por todos, Caracalla modifica la legislación de Augusto y este tipo de bienes deberán pasar al fisco y ya no más al erario, y la autora interpreta el texto de la constitución de Caracalla recogido en Ep. Ulp. 17.2: *hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur: sed servato iure antiquo liberis et parentibus*, poniendo énfasis en la palabra *omnia* y no en el término *fiscus*, porque si se han abolido las excepciones sobre la *incapacitas*, se acuerda que todos los *caduca* vayan al fisco.

¹⁴⁷ C. 6.43.1 (a. 529), C. 6.43.2 (a. 531), I. 2.20.2-3.

¹⁴⁸ Cfr. D'ORS, *Derecho privado...*, o.c., § 324.

¹⁴⁹ Desde finales de la Edad Media y en la Edad Moderna se desarrolla y afianza la figura del *fideicommissum familiae relictum*, cuando queda la herencia o parte de ella dentro de una misma familia en sucesivas generaciones, sin posibilidad de enajenar los bienes a un extraño, por lo que el patrimonio hereditario permanece vinculado a ella.

bienes singulares¹⁵⁰, en forma de *legata*. Si bien durante toda la época clásica las dos figuras se mantienen separadas, el fideicomiso guarda con el legado cierta afinidad; especialmente con el *legatum per damnationem*, donde el heredero se obligaba a cumplir el legado, mientras que el legatario adquiriría un derecho personal a recibir de él lo dejado por el causante¹⁵¹. En todo caso, mediante los fideicomisos se obtuvieron efectos que no podían lograrse con los legados¹⁵². Así, mientras que en el *legatum per damnationem* quedaba gravado el heredero testamentario, en el fideicomiso podía quedar también gravado el heredero legítimo, el legatario, el fideicomisario, incluso el donatario *mortis causa*¹⁵³. En la herencia testamentaria, para que fueran eficaces los legados y los fideicomisos que hubiera dispuesto el testador, era necesario que se diera por parte del heredero la *aditio hereditatis*¹⁵⁴. Mientras tanto, podían surgir algunas dificultades tales como que la persona gravada por la liberalidad muriese, o que la aceptación no se hiciera de una manera inmediata. Pues bien, para evitar que las disposiciones resultaran ineficaces, la jurisprudencia aplicó la doctrina del *dies cedit* y el *dies venit*¹⁵⁵, primero a los legados y después a los fideicomisos¹⁵⁶.

Por Gayo conocemos las diferencias que se dieron entre ambas figuras y los rasgos comunes que las asemejaron¹⁵⁷, pero es con Justiniano cuando se llega a la fusión de ambos

¹⁵⁰ El fideicomiso puede circunscribirse a la adquisición a título particular de determinados bienes que pueden estar presentes o no existir todavía, ser propios o ajenos (Gai. 2.260-262). En este supuesto, el fideicomiso puede llegar a tener un contenido que exceda al que es posible en un *legado per damnationem*.

¹⁵¹ Para asegurar el derecho del legatario el pretor impondrá una *cautio legatorum servandorum gratia*, con la coacción de una *missio in possessionem* y una *missio in bona* (*missio Antoniniana*): D. 36.3: *Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur*, y D. 36.4: *Ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat*.

¹⁵² Cfr. D'ORS, *Derecho privado...*, o.c., § 300.

¹⁵³ Cfr. DESANTI, *La sostituzione...*, o.c., pp. 8 y ss.

¹⁵⁴ Conviene recordar que no siempre el fiduciario es el heredero y que un fideicomiso se puede disponer en codicilo *ab intestato*, incluso el fisco cuando adquiere los bienes sin heredero tiene la obligación de cumplir los eventuales fideicomisos.

¹⁵⁵ D. 36.2: *Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat*; C. 6.53 (a. 208).

¹⁵⁶ Desde el día de la delación de la herencia, el legatario y el fideicomisario alcanzan una expectativa de derecho transmisibile a sus herederos, *dies legati cedit* y *dies fideicommissi cedit*, y hay que esperar a la adición para que venga y se adquiera efectivamente por el legatario y el fideicomisario, *dies legati venit* y *dies fideicommissi venit*; cfr. D. 36.2.1 (Paul. 2 *ad Sab.*), D. 36.2.7.1 (Ulp. 20 *ad Sab.*), D. 36.2.7.3 (Ulp. 20 *ad Sab.*), donde se resaltan las consecuencias positivas de esta medida jurisprudencial.

¹⁵⁷ Gai. 2.268-283, Gai. 2.286, 2.286^a.



institutos¹⁵⁸, y desde entonces la figura del legado, perteneciente al *ius civile* y de carácter más rígido y formalista, se equipara a la de los fideicomisos, institución del *ius extraordinarium*, con más libertad en todos sus aspectos. Así pues, desde la época clásica ya se va dando una aplicación paulatina a los fideicomisos de las normas nacidas para los legados, como por ejemplo, el senadoconsulto Pegasiano o las normas relativas a la *capacitas*, y en la época postclásica, la naturaleza más flexible y puramente obligacional de los fideicomisos es la que se extiende a los legados.

En orden cronológico, analizaremos los dos textos en los que Justiniano explica los motivos de tal equiparación, el primero de octubre del 529 y el segundo de marzo del 532: C. 6. 43.1 y C. 6.43.2.

C. 6.43.1:

Cum ii, qui legatis vel fideicommissis honorati sunt, personalem plerumque actionem habere noscuntur, quis vel vindicationis vel sinendi modo aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittet, quam posteritas optimis rationibus usa nec facile suscepit nec inextricabiles circuitus laudavit? quis in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus? 1.- Rectius igitur esse censemus in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res, vel per quodcumque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem servianam (id est hypothecariam) super his quae fuerint derelicta in res mortui praestare. 2.- Cum enim hoc iam iure nostro increbuit licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare, et iterum novellae constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas induxerunt, non ab re est etiam nos in praesenti casu hypothecariam donare, quae et nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci. 3.- Si enim testator ideo legata vel fideicommissa dereliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet ex eius voluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati eius satisfiat, et praecipue cum talia sint legata vel fideicommissa, quae piis actibus sunt deputata. 4.- Et haec disponimus, non tantum si ab herede fuerit legatum derelictum vel fideicommissum, sed et si a legatario vel fideicommissario vel alia persona, quam gravare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur. cum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri offerat ei a quo derelictum est, nihil est grave etiam

¹⁵⁸ Cfr. FERRINI, *Teoria generale...*, o.c., pp. 42 y ss.; BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., pp. 308 y ss.; VOICI, *Diritto ereditario...*, II², o.c., pp. 235 y ss.; JHONSTON, *The Roman Law...*, o.c., pp. 251-256, 271 y 286; MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo...*, o.c., p. 45; DESANTI, *La sostituzione...*, o.c., pp. 29 y ss.

adversus eum non tantum personalem, sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. 5.- In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit, et hypothecam esse non ipsius heredis vel alterius personae quae gravata est fideicommisso rerum, sed tantummodo earum, quae a testatore ad eum pervenerint.

En esta ley Justiniano elimina la *missio in rem*, prevé un régimen común de tutela procesal¹⁵⁹, sustituyendo el embargo por una acción real contra el gravado, para que pueda reivindicar las mismas cosas y unifica los tipos de legados, disponiendo que toda norma de los legados que falte a los fideicomisos se extienda a éstos.

C. 6.43.2:

Omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis utile atque validum est, sive directis verbis, quale est ‘iubeo’ forte, sive precariis utetur testator, quale est ‘rogo’ ‘volo’ ‘mando’ ‘fideicommitto’, sive iuramentum posuerit, cum et hoc nobis audientibus ventilatum est, testatore quidem dicente ἐνορκῶ, partibus autem huiusmodi verbum huc atque illuc lacerantibus. 1.- Sit igitur secundum quod diximus ex omni parte verborum non inefficax voluntas secundum verba legantis vel fideicommittentis et omnia, quae naturaliter insunt legatis, ea et fideicommissis inhaerere intellegantur et e contrario, quidquid fideicommittitur, hoc intellegatur esse legatum, et si quid tale est, quod non habet natura legatorum, hoc ei ex fideicommissis accommodetur, et sit omnibus perfectus eventus, ex omnibus nascantur in rem actiones, ex omnibus hypothecariae, ex omnibus personales. 2.- Ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniat, hoc fideicommisso quasi humaniori adgregetur et secundum eius dirimatur naturam. 3.- Et nemo moriens putet suam legitimam voluntatem reprobari, sed nostro semper utetur adiutorio, et quemadmodum viventibus providimus, ita et morientibus prospiciatur: et si specialiter legati tantummodo faciat testator mentionem, hoc et legatum et fideicommissum intellegatur, et si

¹⁵⁹ En este sentido, D’ORS, *Derecho privado...*, o.c., § 302, advierte que si bien se concedió a los legatarios *per damnationem* la *missio Antoniniana*, cuando se ejercitaba la *actio ex testamento* y no se conseguía el legado en el plazo de 6 meses, podía el legatario *missus* percibir los frutos. Justiniano, de manera más drástica, establece una hipoteca legal sobre los bienes heredados por el heredero gravado con un legado, declarando inalienables, impignoraes e inusucapibles los bienes legados.



fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum esse videatur nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus.

En esta ley Justiniano dispone: a) que sean útiles y válidos tanto los legados como los fideicomisos, basado en el principio de libertad de forma a través de palabras directas o bien suplicatorias o de un juramento; b) que como consecuencia de la total asimilación de ambas figuras, en caso de conflicto entre ellas se diera la prevalencia al fideicomiso por ser más humano: *ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniat, hoc fideicommisso quasi humaniori adgregetur et secundum eius dirimatur naturam*; c) la importancia de la *voluntas testatoris*, porque si el emperador ha sido celoso en el cuidado de sus ciudadanos en vida, con más razón velará a la hora de su muerte, ya que en definitiva lo que interesa es facilitar que se cumpla la voluntad del testador.

Dos pasajes de las Instituciones completan la información relativa a las reformas que acabamos de ver en las constituciones anteriores:

I. 2.20.2-3:

Sed olim quidem erant legatorum genera quattuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo per praeceptionem: et certa quaedam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quae singula genera legatorum significabantur sed ex constitutionibus divorum principum sollemnitatis huiusmodi verborum penitus sublata est nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, et non verbis sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus legatis una sit natura et, quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam: cuius constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore pe factissime accipere possibile est. 3.- Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem, necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis per hoc crescat fideicommissi natura. Sed ne in primis legum cunabulis permixte de his exponendo studiosis adolescentibus quandam introducamus difficultatem, operae pretium esse duximus, interim separatim prius de legatis et postea de fideicommissis tractare, ut natura utriusque iuris cognita, facile possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.

En I. 2.20.2 se vuelve a mencionar lo dispuesto en C. 6.43.1, porque se reafirma que todos los legados son iguales, al poder ser reclamados por los legatarios bien con las acciones personales bien con la acción real o la acción hipotecaria. En I. 2.20.3 se advierte que la equiparación supone que no haya diferencias, y que en todo caso habrá que completar el régimen de los legados con normas propias de los fideicomisos. Si bien esto es así, para facilitar el estudio de los jóvenes juristas, Justiniano acuerda exponer por separado cada figura; por ello los legados se exponen en I. 2.20, *De Legatis*, y los fideicomisos en I. 2.23.1, *De Fideicommissariis hereditatibus*.

La figura del fideicomiso universal mantiene su autonomía al no verse afectada por la unificación justiniana¹⁶⁰, conserva su propio régimen e incluso queda en cierto modo reforzada. Una verdadera asimilación al legado procedería sólo en el fideicomiso de cosas singulares, y no en aquél otro al mantener una cierta semejanza con la institución de heredero.

Por último, encontramos otro texto donde se muestra la total supresión de las diferencias entre legados y fideicomisos en el comienzo del primer libro del Digesto dedicado a estas figuras:

D. 30.1 (Ulp. 67 ed.):

Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis.

Este fragmento se considera interpolado por los intérpretes más antiguos¹⁶¹. Si admitimos como doctrina común que la equiparación de los legados y fideicomisos culminó

¹⁶⁰ Cfr. DESANTI, *La sostituzione...*, o.c., pp. 32 y ss.; BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., p. 312; VOCI, *Diritto ereditario...*, II² o.c., p. 237.

¹⁶¹ Cfr. FERRINI, *Teoria generale...*, o.c., pp. 42 y ss., que le parece que la expresión correcta hubiera sido la de *fideicommissa legatis*; este autor no encuentra una explicación fácil para la autoría de Ulpiano, por lo que concluye que “si dovrà dunque esercitare in pace la difficile *ars ignorandi*”; BIONDI, *Sucesión testamentaria...*, o.c., p. 311; para VOCI, *Diritto ereditario...*, II², o.c., p. 237, nt. 58, como el fragmento se encuentra en la Palingenesia dentro de una discusión referida al *interdictum quod legatorum*, “il giurista può avere accennato a una estensione di regime e i compilatori hanno generalizzato il suo discorso”; GUARINO, *Diritto privato...*, o.c., p. 479, señala que el fideicomiso se volvió “un istituto molto diffuso” y que en la época postclásica mostró una clara tendencia a absorber en sí a los legados, por lo que Justiniano concluye este proceso evolutivo equiparando los efectos de las dos figuras: *per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*.



en la época de Justiniano, en el siglo VI, es imposible que de boca de Ulpiano, jurista del siglo III, pudiera venir semejante afirmación¹⁶².

BIBLIOGRAFÍA

1. M. ABELLÁN VELASCO, *Los Fideicomisos a través de la literatura específica de los juristas romanos*, Madrid 1982.
2. J. ARIAS RAMOS, “Fideicomisos y leyes caducarias”, en *RDP* 24 (1940).
3. R. ASTOLFI, *La Lex Iulia et Papia*³, Padova 1995.
4. R. BESNIER, “L’application des lois caducaires d’Auguste d’après le Gnomon de l’idiologue”, en *RIDA* 2 (1949).
5. B. BIONDI, *Sucesión Testamentaria y donación*², Barcelona 1960.
6. G. BOYER, “Le droit sucesoral romain dans les oeuvres de Polybe” en *RIDA* 4 (1950).
7. E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune. II. Contratti, sucesioni, diritti di famiglia*, Padova 1939.
8. S. CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, Madrid 1996.
 - A. CASTRESANA, “Notas sobre la sanción jurídica del fideicomiso en el período republicano”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, VI, Madrid 1988.
 - B. CASTRO SÁENZ, *El tiempo de Trebacio. Ensayo de historia jurídica*, Sevilla 2002.
9. G. COPPOLA, “Brevi riflessioni sulla funzione della *mancipatio familiae*”, en *IURA* 50 (1999).
10. D. DAUBE, *Roman Law: linguistic, social and philosophical aspects*, Edinburg 1969.
11. M. DE BRUIN, “*Papiria bona sua fidei commisit*. Das Fideikommiß im zweiten Jahrhundert vor Christus”, en *RIDA* 42 (1995).
12. J. DECLAREUIL, “Quelques notes sur certains types de fidéicommiss”, en *Mélanges Gérardin*, París 1907.
13. H. DERNBURG, *Pandekten*⁷, III, Berlin 1907.
14. L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria. Per un corso di esegesi delle fonti del diritto romano*, Torino 1999.
15. L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommissi da restituirsì dopo la morte dell’onerato*, Milano 2003.

¹⁶² Para un intento de explicación, entre los autores más recientes, cfr. ABELLÁN, *Los fideicomisos...*, o.c., pp. 57 y ss.; también JHONSTON, *The roman Law...*, o.c., pp. 256 y ss.

16. R. DOMINGO (Dir.), *Textos de Derecho Romano*, Pamplona 2002.
 - A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*¹⁰, Pamplona 2004.
17. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine. Histoire des mots*⁴, París 2001.
18. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, "El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos", en *Anuario Justicia Alternativa, Derecho arbitral*, 10 (2010)
19. FERRINI, *Teoría generale dei legati e dei fedecommissi secondo il Diritto Romano con riguardo alla attuale giurisprudenza*, reimp. Roma 1976.
20. E. GENZMER, "La genése du fidéicommiss comme institution juridique", en *RHDFE* 40 (1962).
21. GIODICE SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, Bari 1993.
22. GIODICE SABBATELLI, *Fideicommissorum persecutio: contributo allo studio delle cognizione straordinarie*, Bari 2001.
23. G. GROSSO, *I legati nel Diritto romano*², Torino 1962.
 - A. GUARINO, "Pauli de iure codicilorum liber singularis", en *ZSS* 62 (1942)
 - B. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001.
24. GUZMÁN BRITO, *Derecho Privado Romano*, II, Santiago de Chile 1996.
25. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford 1988.
26. H. J. LÉGIER, "Tacita condicio", en *RHDFE* 44 (1966).
27. P. LEMERCIERE, "Quelques remarques sur les origines du fidéicommiss", en *RHDFE* 14 (1935).
28. T. LEWIS-C.SHORT, *A Latin Dictionary*, Oxford 1879, (reimpr. 1980).
29. LONGCHAMPS DE BÉRIER, "Allargamento della circolazione dei beni *mortis causae*: le origini del fedecommisso", en *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges à la memorie de H. Kupiszewski*, Warsawa 1996.
30. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommisso universale nel Diritto romano classico*, Warsawa 1997.
31. LONGCHAMPS DE BÉRIER, "Il rispetto per la volontà del de cuius sull'eseempio dei fedecommissi romani", en *RIDA* 45 (1998).
32. F. MÜNZER, s.v. *Cornelius* nr. 197, RE IV, Stuttgart 1901.
 - A. MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo en Derecho romano*, Valladolid 1989.
33. E. NARDI, *I casi di indegnità nel Diritto successorio romano*, Milano 1937.
34. R. ORESTANO, "Augusto e la cognitio extra ordinem", en *Studi economici-giuridici della R.Università di Cagliari*, Milano 26 (1938).
35. M. PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el*



- derecho romano*, Madrid 2001.
36. PERIÑÁN, “El principio *semel heres semper heres* y la confusión de las obligaciones en el Derecho Romano”, en *REHJ* 27 (2005).
 37. PROVERA, *La vindicatio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano*, Torino 1964.
 38. S. PULIATTI, *Il De iure Fisci di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, Milano 1992.
 39. R. RÖHLE, “*Praetor fideicommissarius*”, en *RIDA* 15 (1968).
 40. G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, reimp. Roma 1971.
 41. S. SOLAZZI, “Una data per la storia del testamento romano?”, en *IURA* 4 (1953).
 42. O. E. TELLEGEN-COUPERUS, “Dioclétien et les biens vacants”, en *TR* 14 (1986).
 43. A. TORRENT, *Venditio hereditatis. La venta de herencia en Derecho Romano*, Salamanca 1966.
 - A. TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo 1975
 44. TORRENT, “L’eredità di Eraclio di Siracusa e le origine della *cognitio extra ordinem*”, en *Atti del II Seminario romanístico Gardesano*, Milano 1980.
 45. F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario. I. Le premesse romane e l’età del diritto commune*, Napoli 2002.
 46. G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, I, Milano 1941.
 47. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², *Introduzione. Parte generale*, Milano 1967.
 48. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², *Parte speciale, Successione ab intestato, successione testamentaria*, Milano 1963.
 - A. WATSON, *The Law of Succession in the later Roman Republic*, Oxford 1971.
 49. WEISHAAPT, *Die Lex Voconia*, Köln-Weimar-Wien 1999.
 50. F. WIEACKER, *História do Direito privado moderno*², trad. de A. M. BOTELHO HESPANHA, Lisboa 1993.