

## ORIGENES Y CUADRO HISTORICO DEL FIDEICOMISO

*Juan David Terrazas Ponce*  
Licenciado en Derecho  
Pontificia Universidad Católica de Chile

### INTRODUCCIÓN

*Al momento de comenzar a desarrollar el trabajo de investigación que arrojó como resultado esta memoria, lo hice con el firme propósito de reivindicar, aunque fuera modestamente, al tan vapuleado Derecho Romano.*

*A lo largo de los ya casi diez años que lo he estudiado, me he dado cuenta, cada vez con mayor certeza, cómo los principios que lo informan son plenamente aplicables hoy. Razón tenía Savigny cuando señaló que en nuestra ciencia del derecho toda verdad arranca de cierto número de principios fundamentales y estos son los que constituyen la grandeza de los juristas romanos.*

*La idea central de la memoria fue analizar uno de estos principios, pero no en abstracto sino concretizado en una institución; así se eligió, primero, el principio, la fides; y luego, la institución, el fideicomiso.*

*Valga hacer notar que con el concepto "principios de Derecho Romano" nos referimos a las ideas fundamentales, en materia de derecho y justicia, que profesaban los iurisprudentes romanos.*

*Estos principios no están expuestos en forma sistemática y sólo se pueden reconocer luego de un profundo análisis del trabajo de los juristas, quienes, lo más seguro, ni siquiera tuvieron conciencia de su existencia.*

*Como decíamos anteriormente, la fides (lealtad a la palabra dada) es uno de los principios vitales en que se funda el Derecho Romano y este toma características muy especiales debido a la aplicación de este principio. Entre otras:*

- 1. El reconocimiento del negocio jurídico no solemne, con los contratos consensuales como muestra más patente.*
- 2. El rígido vínculo que nace de un contrato válido.*
- 3. En lo referente a las fuentes del derecho, el hecho de que el magistrado se encuentre vinculado por su propio edicto y la irretroactividad de las normas.*
- 4. Las relaciones de fidelidad que se dan en Roma, como el vínculo existente entre liberto y patrono.*

*Así dividimos el trabajo en cinco capítulos, cada uno dedicado a las materias más importantes vinculadas con el fideicomiso. A saber:*

- 1. Capítulo I: Orígenes y cuadro histórico del fideicomiso.*
- 2. Capítulo II: La forma y los sujetos del fideicomiso.*
- 3. Capítulo III: Contenidos u objetos del fideicomiso.*
- 4. Capítulo IV: Modus y fideicomiso.*
- 5. Capítulo V: Fusión de legado y fideicomiso.*

*Además se encuentra un acápite aparte de conclusiones e índice de fuentes.*

*Dado que respecto del asunto relacionado con el nacimiento jurídico del fideicomiso se han elaborado varias teorías, todas del todo insatisfactorias, hemos decidido presentar para su publicación en esta Revista, el Capítulo I de la memoria y que se refiere, como antes anotábamos, a los orígenes de la figura fideicomisaria.*

*Sólo desde que Augusto da vida a la persecutio fideicommissaria, es posible considerar al fideicomiso como una liberalidad encuadrada en el ámbito del derecho, pero sigue siendo un problema insoluto la determinación de sus antecedentes prejurídicos y de las razones que llevan al establecimiento de una acción extraordinem.*

*Fundamentado en la fides, no puede dejar de pensarse en cierta relación con los peregrinos y con el *Ius Gentium*, mas resulta del todo insuficiente el argumento de que la persecutio surge como consecuencia de haberse perdido el sustento eficaz para la fides, ya que muy diverso camino recorrieron los contratos consensuales donde la fides recíproca o bona fides queda sancionada con acciones extraordinarias y, ni siquiera honorarias, sino con las conocidas acciones bonae fidei.*

*Aprovecho esta magnífica oportunidad para agradecer a mi maestro, Dr. Francisco Samper Polo, quien, además de dirigir mi memoria, ha dedicado mucho tiempo y esfuerzo a la formación de este que se considera su discípulo.*

#### 1. SECCIÓN PRIMERA: IDEAS GENERALES

El Derecho Romano desconoce originariamente la institución del fideicomiso, no existiendo sino ciertas figuras que se encuadran dentro del concepto fiduciario.

La cuestión, por tanto, ha de plantearse de la misma forma que el origen del usufructo, servidumbre o de cualquier otra institución que no sea primigenia: no se trata, como lo veremos más adelante, de determinar el origen preciso del fideicomiso, tarea que por lo demás es imposible, sino de estudiar qué figuras a título particular, encuadradas en el asunto, son originarias y a través de qué caminos y sobre qué bases fue reconocido y, posteriormente, derivó la institución objeto de la presente investigación.

Al no ser el fideicomiso una figura fundamental del Derecho Romano, como el *dominium* o la *patria potestas* que se pueden considerar contemporáneas a la aparición del ordenamiento jurídico, el problema dice relación con determinar las bases jurídicas que le sirven de sustento.

Esta cuestión, si bien es fácil de plantear no lo es tanto de resolver. Aquí entramos en el dominio de las hipótesis o teorías, que serán más dignas de crédito en la medida que tratemos de liberarnos de nuestra mentalidad y de razonar con la misma lógica que los antiguos *iusprudentes*.

Pero además del anterior problema, topamos con otro que puede ser tanto o más difícil

de conllevar que el primero: si bien estamos tratando aquí de una figura jurídica, lo que debemos analizar, primeramente, es su aspecto sociológico.

En efecto, cuando se comienza a profundizar en el estudio de fideicomiso se entiende que, para una mejor comprensión de todo el contexto que esto implica, es necesario hacer una pequeña relación sobre un tema al cual está íntimamente ligado: la libertad de testar.

Por cierto, sobre este último punto hay diversas posiciones que tratan de explicar, a su modo, el porqué del carácter inviolable y sacrosanto de la *voluntas defuncti* romana. Hay quienes buscan una explicación mística para justificar tal situación; así Leibniz dice encontrar el fundamento en la "inmortalidad del alma"<sup>1</sup>. Por su parte Cicerón, en el mismo sentido, consideraba al hecho de testar como una prueba de la vida después de la muerte<sup>2</sup>. Ferdinand Lasalle dice que el testamento es la inmortalidad romana: los romanos siempre lo miran como un elemento inmortal de su ser. De aquí habría surgido tanto la importancia de los testamentos como el principio de que la

<sup>1</sup> "*Testamenta uero mero iure nullius essent momenti, nisi anima esse immortalis*".

<sup>2</sup> "*Maximum uero argumentum est naturam ipsam de immortalitate animorum tacitam iudicare quod omnibus curae sunt, et maxime quidem, quae post mortem futurae sint... quid ipsa monumenta elogia significant nisi nisi futura etiam cogitare*".

*heredis institutio* constituía el “*caput et fundamentum testamenti*”<sup>3</sup>.

Otros, por el contrario, en vez de resaltar el elemento místico, destacan fundamentos filosóficos: al final de la época medieval se trata de explicar todo el régimen sucesorio como un ente netamente positivo ajeno del todo al Derecho Natural, ya que este hacía comunes a los hombres las cosas y con la muerte del titular la propiedad privada volvía a hacerse común. Pero Bartolo de Sasoferrato (1314-1357) considera al testamento como una institución del *Ius Gentium* y como este a su vez, se decía, aplicación de *Ius Naturale*, la libertad de testar como lógica consecuencia debía ser una institución de Derecho Natural<sup>4</sup>.

Como sea, la verdad es que estas discusiones de gran importancia en política jurídica no interesan mucho al momento de analizar la libertad de testar y el régimen de los legados y fideicomisos romanos.

Lo cierto es que, para los romanos, es una costumbre inviolable hacer testamento. De hecho, Catón el Anciano<sup>5</sup> contaba entre las cosas de las cuales se arrepentía en su vida, el hecho de haber pasado un día entero sin testamento válido.

La base de la eficacia jurídica del testamento es la voluntad unilateral y autoritaria del disponente. La jurisprudencia republicana coloca en primer lugar la *voluntas defuncti*: las palabras sólo son medios de expresión de esta voluntad. Celso, efectivamente, opina de esta forma y declara al respecto que nadie puede decir lo que no piensa más, aun cuando utiliza la palabra con que regularmente se designa una cosa; porque nos servimos de la voz y, por

lo mismo, nadie puede creer que se dice lo que no se piensa<sup>6</sup>.

Es la voluntad la que genera los efectos jurídicos; las palabras sólo son los medios de expresión indispensables. De hecho, las definiciones de testamento se refieren a la *voluntas o mens* del disponente considerada como algo sagrado<sup>7</sup>.

El elemento de la voluntad, como contenido de la *testatio*, es colocado en primer plano. En el testamento, los efectos jurídicos se ligan a la voluntad manifestada solemnemente ante testigos.

Este concepto general se entiende si nos acercamos a la genuina mentalidad romana, sin la “contaminación” de las categorías modernas: los actos del *Ius Civile* no fueron imaginados por ningún legislador sino que estaban unidos a la realidad de las cosas y a la mentalidad que producían efectos naturalmente, sin necesidad de ninguna imposición o reconocimiento formal.

La *voluntas defuncti* es autoritaria, pero no anárquica. Se pone bajo la órbita del derecho, el cual le impone límites y restricciones, sin necesidad imposición o reconocimiento formal.

## 2. SECCIÓN SEGUNDA:

### LOS ORÍGENES DE LA FIGURA FIDEICOMISARIA

Al parecer el primer antecedente de una figura fideicomisaria la encontramos en el *mancipatio familiae*<sup>8</sup>. En efecto, la práctica, guiada sabiamente por la jurisprudencia, establece esta transformación: se toma a la *mancipatio* desde el ámbito netamente patrimonial y se le da una finalidad testamentaria<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Sobre este tema, en particular, ver “System der erworbenen Rechte”. Vol. II, pág. 71-72. Segunda edición. 1880.

<sup>4</sup> El *Ius Gentium* es un derecho de creación romana, pero aplicado a los extranjeros, no opuesto al *Ius Civile* sino que integrante de él. Cicerón, con una clara influencia griega, llama *Ius Gentium* al derecho constituido por las instituciones jurídicas usadas por todos los pueblos. Este concepto ejerce influencia sobre Gayo (I,1), quien distingue entre “derecho propio de la ciudad” (civil) y el “que por la razón natural se establece entre los todos los hombres” (de gentes). Por último, en la época posclásica se diferencia entre instituciones cuyo fundamento está en la naturaleza humana (*Ius Naturale*) y el que practican todos los pueblos (*Ius Gentium*).

<sup>5</sup> Catón Maior 9, 6.

<sup>6</sup> D. 33,10,7,2.

<sup>7</sup> UE. 20,1: *Testamentum est mentis nostrae iusta testatio in id sollemniter facta ut post mortem nostram ualeat.*

<sup>8</sup> D. 28,1,1: *Testamentum est uoluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri uelit.* (Modestino).

<sup>9</sup> En Roma no existe un concepto que comprenda, unitariamente, lo que hoy entendemos por “dominio”. Los romanos utilizan una serie de términos que designan, más bien, poderes personales: uno de estos es *familiae* que dice relación con el conjunto de bienes individualizables y estables que conforman el patrimonio de una persona, es decir, aquellos sobre los que se ejerce el *mancipium*.

Por esta razón podemos decir, con toda propiedad, que la *mancipatio familiae* no es un testamento, sino un acto entre vivos por el cual se logran las finalidades prácticas del testamento. Confirma esta posición el hecho de que no exista en ella una *heredis institutio* y se sabe con extrema claridad que esta es el fundamento de todo testamento romano<sup>10</sup>.

A las formas antiguas de testar<sup>11</sup> sobreviene la *mancipatio familiae*<sup>12</sup>, surgida, casi seguramente, como una forma de imprimir al testamento un contenido absolutamente patrimonial y borrar así el carácter público y religioso de él. La transformación de la *mancipatio familiae* en una figura testamentaria se debe a la interpretación jurisprudencial que, apoyada en el texto decenviral, otorga plena eficacia a las declaraciones formuladas en la *mancipatio* "*mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto*"<sup>13</sup>.

Desde el punto de vista formal, el acto no deja de ser una *mancipatio*, pero la parte esencial del mismo es ahora la *nuncupatio* que ella misma contiene: en principio, como toda *mancipatio*, se trata de una transferencia de patrimonio<sup>14</sup>, pero diferida al momento de la muerte del *mancipio dans*.

Cuando alguien se sentía próximo a la muerte y quería disponer de sus bienes, hacía una *mancipatio familiae* con un amigo, al que rogaba ejecutara su última voluntad en cuanto a la distribución del patrimonio. Como vemos no se trata de una forma testamentaria nacida *ex novo*, sino que se adapta la *mancipatio* para el fin perseguido, ya que es el negocio que mejor se adecua para ello.

Se trata entonces de una enajenación entre vivos y no de un testamento, del que no posee ni la estructura ni los elementos. Pese a no ser

testamento, la *mancipatio familiae* fue un expediente muy práctico y extremadamente usado en Roma, que permitió la superación de los conceptos arcaicos y el traslado del antiguo testamento desde la esfera del interés público hacia el privado, pasando a tener un contenido netamente patrimonial: el interés público ya no regula la voluntad privada sino que le da plena actuación.

Entonces, el *familiae emptor* no es un heredero, sino un adquirente del patrimonio del disponente, quien lo instruye a través de *rogationes* respecto de la suerte y distribución de este. Sin embargo, la voluntad del disponente quedaba confiada a la *fides* del *emptor* y así las personas beneficiadas, más que sucesores del causante, eran adquirentes de este.

La única información directa de la *mancipatio familiae* la tenemos a través de Gayo 2, 102-103:

2, 102. *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui 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.*

2, 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 dicitur gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur*<sup>15</sup>.

Varios son los puntos a destacar después de esta transcripción, todos ellos que refuerzan las ideas expresadas anteriormente. Así tenemos:

<sup>15</sup> BIONDI, Biondo. "Sucesión testamentaria y donación". Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1960; pág. 40.

<sup>10</sup> En este mismo sentido JORS, P.-KUNKEL. W. "Derecho Privado Romano".

<sup>11</sup> D. 28.4,3 pr.; Inst. 2,20,34; UE. 24,15; G. 2,229: *Heredis institutio est caput fundamentum totius testamenti*.

<sup>12</sup> Testamento *in procinctu* y *collatis comitiis*.

<sup>13</sup> Sobre el origen de la *mancipatio familiae*: MOMMSEN, "Staatsrecht". Leipzig, 1887; KAMPS, "La fiducie dans le droit de Grande-Grece et l'origine de la *mancipatio familiae*", en R.H., 1936, pág. 142 y ss.

<sup>14</sup> XII T. 6,1. Esta norma debe entenderse en el sentido de un reconocimiento general de la *mancipatio familiae* y de los *uerba* contenidos en ella.

1º En lo relativo a la forma externa del acto: esta es la de la *mancipatio*. Este negocio se presta para diferentes finalidades dada su gran ductibilidad, sobre todo lo que dice relación con quienes pueden actuar en ella como adquirentes: ciudadanos, latinos, peregrinos con *commercium*, los hijos y esclavos en representación de sus padres o dueños, respectivamente<sup>16</sup>.

Se requieren, entonces, cinco testigos y un *libripens*: quien dispone del patrimonio se llama *mancipio dans* y quien lo recibe (*mancipio accipiens*) *familiae emptor*. La *emptio*, de la que necesariamente consta la *mancipatio*, es ficticia y por esto debe ser *nummo uno*.

Formalmente primero habla el *familiae emptor*: "*Familiam pecuniamque tuam endo mandetela tua custodelaque mea esse aio, eaque, quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicum, hoc aere aeneaque libre esto mihi empta*"<sup>17</sup>.

Posteriormente habla el *mancipio dans*, quien pronuncia la *nuncupatio*: "*Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor, itaque uos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*"<sup>18</sup>.

2º En lo relativo al objeto sobre el que recae el negocio: este es designado con las palabras "*familiam pecuniaque*", que es el nombre que comúnmente se le da a todo el patrimonio de una persona. El origen del término puede deberse al tipo de definición descriptiva romana, surgida a su vez del temor de que el término empleado no sea lo suficientemente omnicomprensivo<sup>19</sup>.

3º En lo relativo a la función fiduciaria de la *mancipatio familiae*: el *familiae emptor* recibe el patrimonio no para quedárselo, sino para disponer de él según se haya prescrito en la *nuncupatio*. El *familiae emptor* recibe el patrimonio bajo custodia y esta comprende, lógicamente,

la facultad de disponer de él en el sentido que lo haya establecido el disponente.

Gayo comenta al respecto que: "*olim familiae emptor... heredis locum optinebat, et ob id mandabat testor, quid cuique post mortem suam dari uellet*"<sup>20</sup>.

El fiduciario (*familiae emptor*) es el titular y supremo distribuidor del patrimonio después de la muerte del disponente: no es un heredero, lo que sucede es que Gayo, en otras de sus tantas confusiones, lo considera como *heredis loco*, porque compara su situación con la del heredero clásico.

4º En lo relativo al momento de la adquisición de los bienes que comprenden el patrimonio por parte del *familiae emptor*: se discute si el *familiae emptor* se hace titular del patrimonio en el momento mismo de la *mancipatio* o con posterioridad. La última opinión parece ser la acertada: la *mancipatio* es un acto *legitimi* y no tolera que sus efectos se supediten a una *conditio* o a un *dies*; sin embargo y sólo excepcionalmente, se tolera que la *mancipatio familiae* se supedite a la muerte, pero no como un *dies*, sino con una dependencia de causa (*mortis causa*). Esta posición parece reforzarse en la propias palabras del *familiae emptor*, quien no declara "*familiam meam esse aio*", sino que se refiere a su custodia ("*custodela*") sobre el patrimonio.

En todo caso debemos concebir el concepto de "causa" como "eficiente" y no "final", ya que es este el sentido que le dan los romanos. Para estos "causa" es, entonces, todo antecedente que determina la eficacia de un acto subsiguiente (*iusta causa*), o la ineficacia (*iniusta causa*). Desde el punto de vista de la relevancia de la causa, los actos pueden ser:

1. *Primarios*: aquellos actos que carecen de causa jurídica (Ej. aceptación de una herencia) y cuya eficacia puede depender de unos presupuestos pero no de un acto justificante anterior.
2. *Causales*: aquellos actos cuya causa debe ser probada para que produzca efectos (Ej. testamento respecto de la muerte del testador: *mortis causa*).
3. *Abstractos*: aquellos actos formales cuya causa se presume, sea como presunción *iuris tantum*, sea presunción *iuris et de iure* (Ej. *stipulatio, mancipatio*).

<sup>16</sup> G. 3, 167.

<sup>17</sup> VOCI, Pasquale. "Diritto Ereditario Romano". Milán, E. Giuffré Editore, 1968. Vol. I, pág. 88; supone las palabras "*quo tu...publicam*", no pertenecen al texto original y serían un agregado posterior.

<sup>18</sup> Ambos pasajes citados se encuentran muy corrompidos en el texto que ha llegado hasta nosotros. lo que hace muy difícil su reconstrucción y, por ende, su traducción.

<sup>19</sup> Sobre la utilización de los términos *familia, pecunia, familia pecuniaque* en las fuentes, ver VOCI, op. cit. Vol I pág. 25-32.

<sup>20</sup> "El comprador...quedaba como heredero, y el testador, por esto, le encargaba...".

En todo caso, por la propia lógica de la *mancipatio familiae* esto no puede ser de otra manera, ya que de lo que se trata es lograr a través de su realización modificada los efectos de un acto testamentario y este requiere, para que sea plenamente aplicable, como condición *sine qua non*, la muerte de una persona<sup>21</sup>.

### 3. SECCIÓN TERCERA: TEORÍAS SOBRE EL ORIGEN DEL FIDEICOMISO

Frente a este punto se han seguido, al decir de Declareuil<sup>22</sup>, dos teorías principales a las cuales Torrent<sup>23</sup> agrega una tercera. Sin embargo, lo cierto es que podemos identificar al menos cuatro teorías sobre el punto que nos interesa, las cuales pasamos a detallar.

1. *Primera teoría*: Hacer llegar una libertad a una persona incapaz de recibirla.

Según el Epítome Ulpiano sólo pueden ser instituidos como herederos aquellos "*qui testamenti factionem cum testatore habent*"<sup>24</sup>.

Los romanos no tienen un concepto general que comprenda lo que hoy entendemos por "capacidad", sino que para ellos cada acto tiene su propio régimen: *testamentifacio*<sup>25</sup> es la capacidad de hacer testamento, indicando la capacidad de disponer<sup>26</sup> o de ser contemplado en el testamento como heredero, legatario o tutor, así como la de ser llamado como testigo<sup>27</sup>. Los adjetivos "activa" y "pasiva" son

<sup>21</sup> En Roma, la situación de la "sucesión", es decir, que una persona ocupe, jurídicamente, la posición de otra tanto en sus relaciones obligacionales activas como pasivas, sólo puede darse cuando hay un muerto. Por esta razón, es redundante referirse a ella como "sucesión por causa de muerte".

<sup>22</sup> DECLAREUIL. "Quelques notes sur certains types de fideicommissis". París, Melanges Gerardin, 1907. Pág. 8.

<sup>23</sup> TORRENT, Armando. "Fideicommissum familiae relictum". Oviedo. Servicios de Publicaciones de la Universidad de Oviedo. 1975. Pág. 8.

<sup>24</sup> UE. 22,1.

<sup>25</sup> En el lenguaje técnico clásico, se habla de *testamentifacio cum aliquo; cum herede* (D. 33,3); *cum testatore* (UE. 22,1); *cum testatoribus* (D. 26,2); *cum contestibus* (Inst. 2,10,6).

<sup>26</sup> G. 2,114.

<sup>27</sup> Inst. 2,10,6.

adicionados posteriormente, pero no constituyen, de por sí, categorías romanas.

En fin, sólo pueden ser instituidos como herederos o legatarios aquellos que posean la *testamentifacio* pasiva y esta para el asunto que nos preocupa se concreta en la exigencia de que el instituido sea una *certa personae*, es decir, un ser humano perfectamente individualizable y de quien el testador tenga un conocimiento preciso.

Frente a esta situación es interesante analizar dos casos:

1. Los peregrinos: como el testamento es un acto de derecho estricto no se puede disponer ni recibir por él sin no se es *ciuis*<sup>28</sup>. Los peregrinos son, entonces, incapaces de recibir de un *ciuis*<sup>29</sup> y los *dediticios* son absolutamente incapaces, ya que no pertenecen a *ciuitas alguna*<sup>30</sup>.
2. La incapacidad natural: no supone, esta situación, incapacidad de recibir por testamento, excepto cuando se concretaba a través de la *mancipatio familiae* a la cual se concurría en calidad de *emptor*, ya que en este caso se requiere su efectiva participación.

Entonces, el fideicomiso habría nacido para evitar los problemas de carencia de *testamentifacio* pasiva en el beneficiario, ya que siendo una institución ajena al *Ius Ciuile*, no está sujeta a sus limitaciones y exigencias.

2. *Segunda teoría*: Eludir las formalidades que acompañan a los negocios jurídicos de *Ius Ciuile*.

Las instituciones del *Ius Ciuile* son tremendamente formales y solemnes, así tenemos el caso, por ejemplo, de la *mancipatio*, la *stipulatio* y, el que más nos interesa, el testamento.

La *mancipatio familiae* se transforma en un momento indeterminado en el *testamentum per aes et libram*<sup>31</sup>. Este testamento clásico ci-

<sup>28</sup> Los *non ciues* pueden testar y adquirir según su propio derecho.

<sup>29</sup> G. 2,110; 2,285.

<sup>30</sup> UE. 22,2; G. 1,25; 2,110; 2,218.

<sup>31</sup> Seguramente, cuando la jurisprudencia pontifical comenzó a exigir la designación de un heredero en la *nuncupatio*.

vil es esencialmente oral y solemne: la base jurídica de su reconocimiento está en la oralidad y en el cumplimiento de las formalidades que él implica. Es por esta razón que los efectos jurídicos que le atribuye el derecho pueden darse si el disponente declara su voluntad ante cinco testigos, el *libripens* y el *emptor*.

La esencia del acto es la *nuncupatio* y no las *tabulae*, que bien podrían faltar o tener sólo un valor probatorio<sup>32</sup>.

La estructura del testamento es mancipatoria: requiere la presencia del testador, el *familiae emptor*, el *libripens* y de cinco testigos. Externamente es un acto bilateral en que toman parte testador y *familiae emptor*, pero esta bilateralidad es sólo aparente, ya que la función del *familiae emptor* es, mas bien, ficticia: lo sustancial es la disposición unilateral del testador.

Los requisitos formales de este testamento son:

1º. El *familiae emptor* debe decir las palabras solemnes que correspondan

El primero en hablar es el *familiae emptor*: "*Familiam pecuniaque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio, eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libro esto mihi emptia*"<sup>33</sup>.

Habla luego el testador: "*Haec ita ut in his tabullis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi per hibetote*".

La declaración del testador se denomina *nuncupatio*. Las fuentes hablan de *nuncupare* y de *nuncupatio* cuando describen la exposición enteramente oral del testamento: uno, *nuncupare*, es más estricto y alude a lo dicho formalmente<sup>34</sup>; el otro, *nuncupatio*, es más genérico y alude a las varias disposiciones del testamento<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Sobre el valor probatorio de las *tabulae*, en contra ARANGIO-RUIZ, "In torno a lla forma scritta nel testamentum per aes et libram", pág. 81 y ss.: admite un carácter dispositivo al documento al decir que "... las disposiciones testamentarias tienen existencia jurídica en cuanto están escritas."

<sup>33</sup> G. 2,104.

<sup>34</sup> G. 2,104; 109; 2,115; 2,119; UE. 20,9; 28,6.

<sup>35</sup> D. 28, 1,21 pr.; D. 28,3,1,1.

2º. Presencia del *libripens* y de los testigos

Respecto a los testigos y su capacidad rige un régimen bastante complicado, que se aplica también al *libripens* y al *familiae emptor*.

Son incapaces:

1. El mudo, el sordo, el demente, el pródigo, el impúber, la mujer, el esclavo y el no ciudadano<sup>36</sup>.
2. El que está bajo potestad del testador o del *familiae emptor*<sup>37</sup>.
3. El *pater familiae* del *emptor*<sup>38</sup>.
4. El *frater* del *familiae emptor*<sup>39</sup>.
5. Los *improbis* y los *intestabiles*<sup>40</sup>.

La capacidad del testigo debe exigir al momento de realizar el testamento<sup>41</sup>. Los testigos deben ser, además *rogati*, es decir, convocados especialmente para el acto que van a cumplir.

3º. *Unidad del acto*

Esto significa que la formalidad de la *familiae emptio*, de la *nuncupatio* de la *rogatio*, en fin, de los testigos debe ser sin interrupciones<sup>42</sup>.

Fuera de estos requisitos de forma hay que agregar una requisito sustancial: la existencia de una *heredis institutio* válida y eficaz. Gayo<sup>43</sup> dice que esta debe hacerse *solemni modo*, de lo contrario es nula.

La solemnidad propia de la *heredis institutio* requiere que esta sea hecha mediante una fórmula jurídicamente reconocida: palabras precisas y casi sacrales a las que se les atribuía el efecto jurídico, más que a la voluntad que ellas contenían.

Por último la institución de heredero debe estar al principio y, como todo el testamento, expresarse en latín.

Como se ve, la existencia de todas estas formalidades hace difícil en muchos casos que se pueda testar según el *Ius Civile*; por lo demás estos requisitos se hacen extensibles al

<sup>36</sup> UE. 20,7; Inst. 2,10,6.

<sup>37</sup> D. 22,5,6; G. 2,105; UE. 20,3.

<sup>38</sup> D. 28,1,20,2; G. 2,106; UE. 20,4.

<sup>39</sup> G. 2,106; UE. 20,5.

<sup>40</sup> D. 22,5,14; 28,1,18,1; Inst. 2,10,6.

<sup>41</sup> D. 28,1,21,3.

<sup>42</sup> D. 28,1,21,3.

<sup>43</sup> G. 2,116-117.

legado que forma parte integrante del testamento y cuya sobrevivencia depende de la de este.

El fideicomiso habría surgido como una reacción a la rigidez formal del *Ius Civile*: aparece como una institución paralela, desligada completamente de las formalidades.

3. *Tercera teoría*: Evitar las limitaciones a los legados establecidas por las leyes y, fundamentalmente, lo relacionado a la *lex Voconia*

En el derecho de las XII Tablas es perfectamente lícito que se pueda disponer en todo el as hereditario a través de legados. Esta es, por lo menos, la interpretación que le dan la mayoría de los tratadistas, en el sentido de que el testador no tendría ninguna limitación para poder disponer a través de legados de sus bienes. Sin embargo, la posición antes descrita es bastante discutible y siguiendo a Voci<sup>44</sup> creemos que la facultad de legar sólo puede ejercerse sin restricciones sobre objetos muy personales del causante. En todo caso el precepto decenviral a que se hace alusión (5,3) ha tenido bastante formulaciones:

1. "*Uti legassit suae rei, ita ius esto*". En G. 2,224 y D. 50, 16, 120.
2. "*Pater familias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto*". En Cic., De inv. II 50, 148.
3. "*Uti legassit super pecunia tutelava suae rei ita ius esto*". En UE. 11,14 y D. 50, 16, 53 pr.

La práctica de los legados trae consigo varios problemas, pero los más importantes son dos:

1°. Cuando la herencia era muy gravosa por la cantidad de legados, los herederos se abstenían de aceptarla y el testamento caía por *desertum*, de tal forma que se abría la sucesión intestada libre de todas las cargas y la *voluntas testatoris* era violada.

La importancia social del testamento se manifiesta claramente en el principio del *favor testamenti* que fue respetado casi con veneración por la jurisprudencia romana. Este principio supone la tendencia continua y permanente

de los juristas de hacer lo posible por salvar el testamento con el esfuerzo lógico que esto ameritara e incluso con la utilización de ficciones, todo con el fin de dar actuación al *voluntas mortis* causa del disponente y sobre todo para evitar la apertura de la sucesión legítima.

Se trata, entonces, de salvar el testamento no por el fin banal de conservar la validez de un acto jurídico, sino porque aquel contiene la última voluntad del difunto, voluntad que representa lo más sagrado. Por esto es que la *fides* tiene tanta importancia en esta materia e incluso en épocas avanzadas la observancia de la *voluntas testantis* es, fundamentalmente, una obligación de carácter moral que es acogida después en la órbita del derecho.

2°. Como el legatario no participa de las deudas del causante, ya que no es su "sucesor", y siendo este, en principio, sólo un beneficio, se prefería favorecer con este tipo de disposiciones a los más cercanos y para salvar la validez del testamento se desheredaba a estos mismos (generalmente los hijos) y se instituía heredero a un esclavo, quien recibía sólo deudas, pero teniendo como compensación su libertad.

Esta situación era tan injusta para este esclavo-heredero como para los acreedores del causante, quienes se veían impedidos de cobrar sus créditos, ya que este particular heredero no tenía patrimonio donde ejecutar las acciones correspondientes.

Por estas y otras razones de menor importancia, algunas leyes vinieron a afectar la eficacia del legado en orden a limitar su cuantía, aun cuando no afectaban su validez civil. Estas leyes fueron:

1. *Lex Furia Testamentaria* (siglo II a.C.): limita a mil ases la cuantía máxima de los legados. Sin embargo, esta limitación resultó ser poco eficaz, dado que la disposición era fácilmente obvia a través del expediente de dejar muchos legados por una cantidad igual o no superior a mil ases.
2. *Lex Voconia* (169 a.C.): establece que en las herencias cuantiosas, las cantidades legadas no pueden exceder, en conjunto, de las cuotas hereditarias<sup>45</sup>.
3. *Lex Falcidia de Legatis* (40 a.C.): propuesta por el tribuno *P. Falcidius*, supuso una

<sup>44</sup> VOCI, *op. cit.*, Vol. I, pá.g. 5 y ss.

<sup>45</sup> G. 2,226.

limitación tan eficaz de los legados que las anteriores leyes cayeron en desuso. Esta ley establecía que el testador no podía dejar legados por más de las tres cuartas partes del as hereditario, de tal forma que el cuarto restante se reservara al heredero<sup>46</sup>.

Esta legislación para el común de los romanistas tiene la finalidad de defender al heredero frente a los legatarios; sin embargo nuestra posición es distinta: la finalidad de estas leyes es motivar al heredero a aceptar, de tal modo que aceptando la herencia tuvieran validez los legados y la *voluntas defuncti* no se viera así violada.

Siguiendo todos los anteriores supuestos, el fideicomiso habría nacido como una forma de burlar estas leyes y así, pese a todas las prohibiciones establecidas, disponer del as hereditario completamente.

#### 4. Cuarta teoría: Evitar los efectos de las leyes caducarias<sup>47</sup>

Distinta de la idoneidad para recibir por testamento relacionada con la problemática de la *testamentifacio* pasiva, es la *capacitas* especial para recibir algo *mortis causa*<sup>48</sup>.

Podemos afirmar que los requisitos para adquirir *mortis causa* son la *testamentifacio* pasiva y la *capacitas*: una hace posible la llamada, y la otra, efectiva la adquisición.

<sup>46</sup> G. 2,227. JORS-KUNKEL, *op. cit.* señalan que "los legados que sobrepasan este límite, eran nulos de pleno derecho por el exceso, lo que quiere decir que se rebajaban en proporción a su importe". No podemos estar de acuerdo con este pasaje, ya que de todos es sabido que las prohibiciones establecidas por la ley, durante la época clásica, nunca sancionan un acto con la nulidad absoluta, sino que sólo otorgan una excepción a quien favorece. En el caso citado, entonces, los legados no se hacen nulos de pleno derecho, sino que el legatario sigue teniendo la acción correspondiente para reclamarlo, pero esta será enervada por una excepción que en virtud de la ley Falcidia el pretor concederá al heredero.

<sup>47</sup> Sobre este punto, ver SAMPER, Francisco. "Sobre el destino del *Ius Liberorum* en el tardo Derecho Romano occidental". Monografías de la Universidad de Santiago de Compostela, 1972. Pág. 7-18.

<sup>48</sup> *Capacitas* es un término que, originariamente, utiliza Cicerón para designar la capacidad intelectual.

La *capacitas*, al igual que el fideicomiso, tiene un ciclo jurídicamente corto: desde Augusto hasta Justiniano. Su regulación no es orgánica ni unitaria, ya que difiere de una a otra ley; por esta razón lo más acertado es dar una definición negativa de ella al decir que "quien no tenga la *capacitas* no puede adquirir *mortis causa*". De tal modo es así que los juristas hablan de los "capaces" para recibir algo, pero no de *capacitas*, *incapax* o *incapacitas*<sup>49</sup>.

Para lograr fortalecer la decadente sociedad romana, Augusto intentó dar un impulso a la familia a través del incentivo del matrimonio y de la natalidad. Este sistema se implementó por medio de dos leyes: la *lex Iulia de maritandis ordinibus* (del 18 a.C.) y la *lex Papia Poppea* (del 9 d.C.). Ambas leyes no privan de la *testamentifacio* sino que prohíben el *capere* a determinadas personas que ellas mismas señalan.

Estas personas son:

1. *Caelibes* (solteros): la ley prohíbe *hereditates*, es decir, se les impide enteramente la adquisición de herencias y legados<sup>50</sup>. La jurisprudencia extendió la disposición a la *bonorum possessio*<sup>51</sup>, a los fideicomisos y a las donaciones *mortis causa*<sup>52</sup>.

Pese a esta, la disposición no es tan amplia como parece, ya que sólo se aplica a los mayores de 25 años y menores de 60 en el caso de los varones y a las mayores de 20 y menores de 50 años en el caso de las mujeres<sup>53</sup>.

Los que no hubieran contraído matrimonio dentro de esas edades, según el senadoconsulto *Persiciano* eran incapaces, ya que la finalidad seguida era la procreación.

Los *caelibes* dejan de ser tales cuando contraen matrimonio dentro de los cien días siguientes a la muerte del testador. Cuando se producía la disolución del matrimonio, la ley concedía una *vacatio*, es decir, un tiempo durante el cual no se aplicaban las prohibiciones: la *lex Iulia* concedía a las mujeres un año en caso de muerte

<sup>49</sup> Con excepción de Gayo en D. 31,55,1; pero, claro está, este personaje no es un jurista.

<sup>50</sup> Se discute si el matrimonio contraído contra las disposiciones de la *lex Iulia* es nulo o insuficiente para la *capacitas*.

<sup>51</sup> D. 50,16,118.

<sup>52</sup> D. 32,87.

<sup>53</sup> UE. 16,1.

del marido y seis meses para el caso del divorcio; la *lex Papia*, por su parte, concedía dos años en caso de muerte y dieciocho meses para el divorcio<sup>54</sup>; en el caso de los hombres, establecía la misma ley, no hay vacatio.

2. *Orbi*: son los casados sin hijos. Se les hace incapaces de recibir por encima de la mitad de la disposición<sup>55</sup>, exceptuados los parientes que podían heredar *ab intestato* y también, por extensión, a las personas de modesta fortuna<sup>56</sup>.
3. *Los cónyuges*: se limitó en el sentido de que sólo podían adquirir la décima parte de la herencia<sup>57</sup> y el usufructo de la tercera parte, más algunos suplementos que se otorgaban por hijos de otro matrimonio o por hijos comunes premuertos (un décimo por cada hijo más un tercio por los premuertos).
4. *Pater solitarius*: sólo se sabe de su existencia por una rúbrica del Epítome de Ulpiano 13<sup>58</sup>. Sería una atenuación a la incapacidad de los *caelibes*, ya que acepta a los varones o mujeres que se hallen en dicha condición, por viudez o divorcio, pero además han procreado al menos un hijo.

Las porciones de la herencia que por distintas causas no son adquiridas, así como las porciones que los *caelibes* y *orbi* no pueden adquirir, se ofrecen por derecho de acrecer, como caduca, a las otras personas que, siendo herederos o legatarios por el mismo testamento, reúnen las condiciones legales, y en último término las confisca el erario.

El fideicomiso, para los sustentadores de esta teoría, habría surgido como una manera de evitar las múltiples prohibiciones que esta legislación creó para adquirir por causa de muerte.

#### 4. SECCIÓN CUARTA:

##### CRÍTICA A LAS ANTERIORES TEORÍAS

La mayoría de los romanistas adhieren a la primera teoría, es decir, justifican el origen del

fideicomiso ligándolo a la falta de *testamentifacio* pasiva del beneficiario. Por cierto que para llegar a esta conclusión se basan en razones de texto; a saber G. 2, 285 e Inst. 2, 23, 1 que claramente señalan las razones del nacimiento del fideicomiso:

1. G. 2, 285: "*Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere; et fere haec fuit origo fideicommissum*".
2. Ins. 2, 23, 1: "*Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo inuitus cogebatur praestare id de quorogatus erat: quibus enim non poterant hereditatem uel legata relinquere, si relinquebat, fidei committentibus forum, qui capere ex testamento poterant: et idea fideicommissa appellata sunt, quia nullia uinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rigabantur continebantur.*"

Los textos parecen ser bastantes claros como para admitir una discusión, sin embargo debemos recordar que ambos datan de épocas demasiado recientes y hasta tardías para que nos den a conocer a ciencia cierta el origen de una institución cuyo germen, por lo demás, es tan remoto. Tal vez tanto Gayo como los compiladores justinianos, al esforzarse por bucar una explicación al fenómeno, diriman por lo que les parece más lógico; pero esto no quiere decir que dicha explicación sea la única y agote por entero la discusión.

No se trata de desacreditar a esta teoría; basta decir sobre este punto que nosotros no poseemos textos en las fuentes para afirmar que está equivocada. Pero es nuestra obligación dejar claramente establecido que, pese a lo anterior, el tema del origen del fideicomiso no es un punto pacífico y como lo exponemos en la sección siguiente, permite la amplitud de criterio como para dejar abierto el camino a otras explicaciones igualmente valederas.

Las otras teorías, en su mayoría, presentan un problema de carácter temporal: tanto la legislación limitativa de los legados como la caducaria es o simultánea o muy cercana a los tiempos de Augusto. Toca que es este mismo emperador el que da un reconocimiento jurídico al fideicomiso<sup>59</sup> y parece, entonces, del

<sup>54</sup> UE. 14.

<sup>55</sup> G. 2,286.

<sup>56</sup> Las limitaciones sólo afectaban a los hombres con mas de cien mil sestercios y a las mujeres con mas de cincuenta mil.

<sup>57</sup> Por eso se llama "ley decimaria".

<sup>58</sup> "*De caelibes et orbo et solitario patre*".

<sup>59</sup> Inst. 2,23,1; 2,25 pr.

todo lógico y coherente concluir que si la data de la incorporación del fideicomiso al derecho coincide con los tiempos de Augusto, la institución como tal y en los hechos existía desde antes.

##### 5. SECCIÓN QUINTA: LA POSICIÓN PROPIA

Como lo decíamos anteriormente, si bien las fuentes parecen ser claras respecto del origen del fideicomiso, debemos dejar establecido que por su data son los suficientemente posteriores como para admitir un error y, por ende, se puede pensar en otras explicaciones igualmente válidas.

Para nosotros, el curso que debe seguirse en cuanto al razonamiento sobre este punto es el siguiente:

Cicerón<sup>60</sup> distingue entre disposiciones testamentarias y las *commendationes morientum*. Estas últimas se caracterizan por el hecho de que no implican obligación jurídica alguna, quedando confiadas a la *fides*<sup>61</sup>, que no puede ser invocada en vano.

Lo cierto es que para que una persona vea compelida a ejecutar lo que se le encarga, se le debe, en la práctica, dejar algún beneficio, de manera tal que este cumplimiento sea en respuesta a esta liberalidad, unido a vínculos de amistad o de sangre.

Al comienzo, los fideicomisos no eran más que un subgrupo de estas *commendationes*<sup>62</sup>. En la segunda acción contra Verres, Cicerón cuenta el caso de un tal P. Trebonio, que pidió a sus herederos que prestasen el juramento de que harían todos los esfuerzos posibles para que la mitad de los bienes hereditarios llegasen a poder de un hermano de aquel, impedido de sucederlo según el *Ius Ciuile*, juramento que sólo fue prestado por un liberto. Otro texto del mismo autor<sup>63</sup> nos transmite la noticia de que Publio Sextilio Rufo instituyó heredero a Q.

Fadio Galo y le pidió en forma de *rogatio* que hiciese llegar toda la herencia a manos de su hija.

En ambos pasajes, Cicerón nos da a conocer lo que parece ser la tendencia a la sanción social de los fideicomisos, antes de que estos entraran en la vida jurídica: se considera muy indigno a quien no cumple los encargos dejados por una persona ya muerta y de hecho es bastante probable que los censores hicieran caer la nota de infamia sobre aquellos que traicionaran la palabra dada por el difunto.

El fideicomiso, entonces, tiene un origen jurídico reciente, datando en los tiempos de Augusto, independiente del legado y muy anterior a esta época en la práctica.

Desde los tiempos más remotos se daba que cuando alguno no pudiendo o no queriendo hacer testamento, pidiera (*rogabat*) a un amigo que ejecutara su última voluntad en relación a la distribución de su patrimonio una vez que hubiese muerto.

En la antigua *mancipatio familiae*, de la que derivó el *testamentum per aes et libram*, el que enajenaba al adquirente (*eumque*) *rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet*<sup>64</sup>. Por cierto que la *mancipatio familiae*, convertida en testamento, dio pleno efecto jurídico a la *rogatio* en ella incluida<sup>65</sup>, pero cualquier *rogatio* hecha fuera de ella suponía para el *rogatus*, como lo era en un principio, sólo un deber de carácter moral en el sentido de realizar la voluntad del disponente, es decir, se dejaba nuevamente este encargo sujeto a la *fides* del *rogatus*.

De esta *rogationes* deriva una institución nueva, el fideicomiso, con el que, como indica las misma palabra, el disponente encomienda a al *fides* (*fidei committere*) de un tercero la ejecución de su última voluntad<sup>66</sup>.

Esta es, para nosotros, la primera etapa. lo que provoca la génesis del fideicomiso. Pero una vez que la práctica de estas *rogationes* se ha hecho corriente en Roma, los juristas se percatan de una característica que implicará la

<sup>60</sup> De fin. III, 20, 65.

<sup>61</sup> No debe pensarse que este es un vínculo de menor rango que el jurídico, ya que puede ser tan eficaz como este último.

<sup>62</sup> Sería falso considerar que se genera una obligación natural, pero este es, lamentablemente, el sentido que la mayoría de los tratadistas le dan.

<sup>63</sup> De finib. II, 55.

<sup>64</sup> G. 2, 102.

<sup>65</sup> Se trata, en principio de una simple *rogatio* cuyo cumplimiento se deja a la *fides* del *emptor*. Luego este ruego adquiere eficacia jurídica y la *rogatio* se convierte en obligación, transformándose la propia *nuncupatio* en productora de efectos jurídicos.

<sup>66</sup> Inst. 2, 23, 1.

extensión del fideicomiso con una práctica constante: es una institución ajena al *Ius Ciuile* y, por tanto, no sujeta a sus formalidades y limitaciones.

Estando el fideicomiso, entonces, fuera del ámbito del derecho, servía a menudo para ir contra él, sobre todo en lo referido a la capacidad para recibir (*testamentifactio* pasiva). Encontramos aquí, por cierto, la explicación a G. 2, 285 que afirma que, en un principio, los peregrinos sólo podían recibir por fideicomiso y así dice que "...*fere haec fuit origo fideicommissorum...*"<sup>67</sup>; en general, lo que no podía obtenerse por testamento se obtenía por fideicomiso, el que, sin embargo, se encontraba sujeto a la *fides* del fiduciario.

Pero al mismo tiempo se puede utilizar el fideicomiso para lograr otro objetivo: proveer las deficiencias del legado y eludir alguna de sus disposiciones, es decir, para evitar las formalidades de los actos del *Ius Ciuile*. Como estas eran muy difíciles de cumplir en las provincias, es tal vez por esta razón que Inst. 2,23,1 hace referencia a dos puntos:

- 1°. Da un origen provincial a la institución.
- 2°. Vincula su origen a otra figura que está fuera del *Ius Ciuile*: el codicilo<sup>68</sup>.

En un principio las disposiciones contenidas en un codicilo<sup>69</sup> no tienen igual eficacia que las disposiciones testamentarias, sino que son consideradas como fideicomisos, exigibles *extra ordinem*.

Creemos que no es coincidencia que fuera Augusto quien reconociera, jurídicamente, al fideicomiso<sup>70</sup>.

Posteriormente, el fideicomiso habrá de desvincularse del codicilo, ya que siempre ha podido disponerse dentro o fuera del testamento y en este último caso, como veremos más adelante, no requiere de forma alguna.

La institución, por sus grandes ventajas sobre el legado, tiene pronto amplia difusión en la práctica, como lo demuestran las numerosas disposiciones fideicomisarias y la importancia que su estudio alcanza para la jurisprudencia clásica.

<sup>67</sup> "y tal fue el origen de los fideicomisos..."

<sup>68</sup> Inst. 2,25.

<sup>69</sup> D. 29,7; Inst. 2,25; C. 6,36; C. Th. 4,4.

<sup>70</sup> La referencia en las Instituciones de que Labeón admitió el codicilo, es importante en el sentido de que él fue uno de los más grandes y decididos oponentes a Augusto.

## 6. SECCIÓN SEXTA: PROCESO DE RECONOCIMIENTO JURÍDICO DEL FIDEICOMISO

Durante toda una primera etapa de gestación y concreción de la nueva figura jurídica, esta no tiene sanción jurídica alguna, en el sentido de poder compeler, judicialmente, al fiduciario para que cumpla su encargo. Esta situación se presenta tanto en el *Ius Ciuile* como en el *Ius Honorarium*.

Los primitivos fideicomisos no estaban apoyados en ningún vínculo de carácter jurídico, sino tan sólo en la obligación moral que tenían aquellos a quienes se les habían hecho las *rogationes* para que las cumplieran.

La situación antes descrita nos la presenta Inst. 2, 23,1 pr.: *Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo inuitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat.*

La sanción jurídica sólo llega en los tiempos de Augusto y vía derecho Pretorio u Honorario. Así nos los muestran Inst. 2,23,1 y 2,23, pr.

1. *Inst. 2,23,1:... Quibus enim non poterant hereditatem uel legata relinquere, si relinquebat, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa apellata sunt, quia nulli uinculo iuris sed tantum pudore eorum qui rigabantur, continebantur. Postea diuus Augustus semel iterumque, gratia personarum motus, uel quia per ipsius salutem rogatus qui diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam: iussit consiliibus auctoritatem suam interonere quod, quia iustum uidebatur et populare erat, paulatinam conuersum est in assiduam iurisdictionem; tantusque eorum fauor factus est, ut paulatim etiam praetor propius craerut, qui de fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.*
2. *Inst. 2,25, pr.: Ante Augusti tempora constant codicilliorum ius in usu nono fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicilos testamento confirmatos, quibus ae Augusto petit per fideicommissum, ut faceret aliquid. Et cum diuus Augustus uoluntatem eius implesset, deinceps relinqui fuis auct-*

*toritatem secuti fideicommissa praestebant; et filia Lentuli legata quae iure non debebat soluit.*

Ambos textos nos presentan diversos puntos de interés:

1º. El detalle con que Justiniano expone respecto del reconocimiento jurídico del fideicomiso.

2º. La vinculación que en Inst. 2, 25, pr. se produce en el tratamiento de fideicomisos y codicilos; confusión que no sólo se da en las Instituciones de Justiniano, sino también en Gayo y Marciano y que tendría su fuente en el supuesto origen común que el texto les atribuye.

3º. El hecho de que al fideicomiso se le da un origen provincial, situación que surge de la circunstancia de que en las provincias las instituciones jurídicas se dan más relajadas y pueden ser superadas por la práctica: esto, al parecer, se considera impropio de Roma por los juristas posclásicos.

4º. El origen de Inst. 2,23,1 es, seguramente, clásico pero creemos en este punto y siguiendo a Genzmer<sup>71</sup>, que los compiladores justinianos tomaron uno de dos caminos igualmente equivocados:

1. Manipularon una fuente clásica.
2. Tomaron en cuenta una versión posclásica.

Este punto de vista es confirmado en el mismo texto en cuestión<sup>72</sup>, que señala en la parte pertinente: "...iussit consolibus auctoritatem suam interponere...". Esta misma frase induce a error a Torrent, en el sentido de que Augusto reconoce el fideicomiso a través de la *auctoritas consular*. La opinión de Torrent es, por lo menos, una lamentable equivocación de conceptos, explicable en todo caso por la actual confusión que existe entre los conceptos de autoridad y poder.

Para los romanos *auctoritas* y *potestas* son dos términos que significan cosas absolutamente opuestas: uno se refiere al poder socialmente reconocido de los magistrados; el otro, al saber socialmente reconocido del senado.

De esta forma, *potestas* y *auctoritas* son elementos diversos ejercido por órganos diferentes. Esta dualidad se mantiene por toda la época preclásica y parte de la clásica, hasta que Augusto, cuando establece el Principado como forma de organización política para Roma, confunde en su persona y no para otras, títulos que le confieren, por una parte *auctoritas* y por otra *potestas*.

Por todo esto, resulta absolutamente impropio hablar de *auctoritas consular* (autoridad de los cónsules), ya que los cónsules no tienen autoridad sino poder.

5º. Pese a la anterior crítica textual, Inst. 2, 23, 1, tiene un núcleo de autenticidad, en cuanto a que primero se hacen competentes los pretores para el conocimiento de las causas relacionadas con los fideicomisos; competencia que, posteriormente, pasa a una jurisdicción especializada.

Lógicamente que en los antiguos fideicomisos las *rogationes* no se hacían en términos imperativos, ya que no constituían una orden. Esto sólo se encargaba a la *fides* y para ligar más esta *fides*: muchas veces se hacía prestar a la persona encargada del cumplimiento del fideicomiso un juramento por Júpiter, por los dioses lares, por algún dios doméstico o público o por la propia salud. Posteriormente, cuando llegó la época de la adulación imperial, por la salud del príncipe<sup>73</sup>. Ya sea que se trate de un asunto moral o que se refiera a un vínculo sacral, las obligaciones emanadas del fideicomiso son absolutamente ajenas al derecho.

Pero ya en tiempos de Cicerón el uso de los fideicomisos obtiene la aprobación de la práctica común: en los consejos de amigos, cuya costumbre era frecuente en Roma, no se desaprobaban sino los fideicomisos contrarios al derecho<sup>74</sup>. Los hombres de probidad, en todo caso, eran de la opinión que aun estos debían cumplirse<sup>75</sup>; e incluso los mismos pretores repudiaban a aquellos que, para sustraerse de su cumplimiento, se aprovechaban del rigor del derecho<sup>76</sup>.

Por lo tanto, Augusto, al dar un reconocimiento jurídico al fideicomiso, no hizo más que ceder a la opinión general; aunque Inst.

<sup>71</sup> R.H., 1962. Pág. 345.

<sup>72</sup> *Op. cit.* Pág. 11: "Augusto reconoce los fideicomisos y les abre un cauce procesal a través de la *auctoritas consular*..."

<sup>73</sup> D. 31.2.77.

<sup>74</sup> Cic. In Verr. II 1,47.

<sup>75</sup> Cic. De finib. bonor. II 17,18.

<sup>76</sup> Cic. In Verr. II 1,47.

2,23,1 nos muestra razones altruistas para tomar esta decisión, no podemos pensar que sólo estas lo motivaron y resulta mucho más lógico concluir que lo hizo para controlar de mejor forma los impuestos que gravaban la herencia.

Por último es preciso no creer que los fideicomisos se establecieron por una *senado-consulta* o una constitución, ya que el texto mismo al que nos estamos refiriendo fue una conformación de autoridad, una intervención especial, para tal o cual caso, ordenando el príncipe a los pretores que interpusiesen su *potestas*, excepcionalmente, para hacer valer los fideicomisos.

De los fideicomisos, por tanto, no surge ninguna acción civil que debiese ser juzgada según el *agere per formulas*, sino sólo la facultad para dirigirse primero a los pretores, luego

al pretor fideicomisario, para reclamar *extraordinem* el cumplimiento del encargo en que consistía<sup>77</sup>.

Para Inst. 2,23,1 existen tres tipos de sanciones para el fideicomiso:

1. *Per ipsius salutem rogatus*: es el juramento con que se reforzaba el primitivo fideicomiso y al que ya hemos aludido.
2. *Ob insignem quorundam perfidiam*: por ejemplo, si el manumitido se niega a restituir a su patrono un fideicomiso, a pesar del juramento que ha prestado al difunto<sup>78</sup>.
3. *In assiduam iurisdictionem*: la intervención del magistrado, en un principio especial para tal o cual negocio y establecida después como jurisdicción ad hoc.

<sup>77</sup> G. 2,278; UE. 25,12.

<sup>78</sup> G. 2,278; 279; UE. 25,142.