



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO

Fideicommissum romano.

Antecedente directo del fideicomiso mexicano

Dr. Oswaldo Aníbal Mendoza Popoca

CD. UNIVERSITARIA.

ENERO DE 2017.

RESUMEN

- El *fideicommissum* romano es un antecedente directo del fideicomiso mexicano; así es posible afirmarlo porque ambas instituciones tienen la misma naturaleza jurídica.

Para demostrarlo se revisa el régimen que en el año 40 A.C. dio origen al *fideicommissum* y su evolución hasta la época de Justiniano.

La revisión permite identificar que el *fideicommissum* era una declaración unilateral de voluntad porque implicaba una decisión libre, autónoma e independiente de una persona para disponer de su patrimonio, y esa decisión estaba reconocida por el ordenamiento jurídico.

La naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano es también la de una declaración unilateral de voluntad y aunque su fuente inmediata lo es el *trust* anglosajón, dado que comparte con el *fideicommissum* su naturaleza, resulta claro que están ligados en forma directa.

ABSTRACT

- Roman *fideicommissum* is a direct precedent of Mexican trust, because they have the same legal essence.

To show that, in this essay we can find information where it's possible to know how the roman *fideicommissum* was born in 40 A.C. and it's development until *Justiniano's* time.

When someone knows the *fideicommissum* evolution it is possible to point its characteristics and then, the person who has done that will arrive to the followed conclusion: *fideicommissum* was a free an individual expression who someone take's by himself, and it is the same that Mexican trust is, so, both, *fideicommissum* and Mexican trust are connected in a direct way.

TRADUCCIÓN AL INGLÉS DEL TÍTULO:
ROMAN FIDEICOMMISSUM:
DIRECT PRECEDENT OF MEXICAN TRUST.

PALABRAS CLAVE:

FIDEICOMMISSUM

RÉGIMEN SUCESORIO

CONFIANZA

DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

LEGADO

KEY WORDS:

FIDEICOMMISSUM

INHERITANCE LAW

TRUST

WISH EXPRESSION

LEGACY

DATOS DEL AUTOR:

NOMBRE Y GRADO ACADÉMICO: DR. OSWALDO ANÍBAL MENDOZA POPOCA.

OCUPACIÓN ACTUAL: PROFESOR TITULAR POR OPOSICIÓN EN LA MATERIA DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL, FACULTAD DE DERECHO, UNAM.

CORREO ELECTRÓNICO: oamendezap1@gmail.com

FIDEICOMMISSUM ROMANO

ANTECEDENTE DIRECTO DEL FIDEICOMISO MEXICANO.

I. INTRODUCCIÓN.

La institución jurídica romana cuyo estudio se llevará a cabo en este trabajo es el “*fideicommissum*”. Por su nombre es sin duda un antecedente directo (aunque remoto) del fideicomiso mexicano, sin embargo, no es la denominación el único factor que le proporciona ese carácter. El propósito del *fideicommissum* es semejante al de nuestro fideicomiso y comparte con éste rasgos fundamentales que permiten afirmar que tienen la misma naturaleza jurídica.

El “*fideicommissum*” era una relación en la que prevalecía la confianza entre las partes que en ella intervenían. No era la única operación que tenía esa característica; la “*fiducia cum amico*” y la “*fiducia cum creditore*” son ejemplos de otras operaciones identificables por un preponderante elemento de confianza; el mandato es un caso adicional. Ese dato permite asimilar a las operaciones mencionadas con el fideicomiso, sin embargo, siendo muy importante, no es suficiente para singularizar a éste ni al “*fideicommissum*”.

El fideicomiso mexicano es una declaración unilateral de voluntad¹, y el “*fideicommissum*” comparte esa naturaleza.

En el intento de demostrar que es como se afirma, se llevará a cabo el análisis del régimen del “*fideicommissum*” mediante el estudio de diversas épocas: una primera se ubica en el lapso que los estudiosos llaman Derecho Romano Clásico, concretamente a partir del año 40 A.C., cuando, siendo Vespasiano emperador, se promulga la “*Lex Falcidia*” cuya aplicación se elude mediante el “*fideicommissum*”, situación que se combatió con la promulgación del senadoconsulto *Pegasiano* (75 D.C.) que extendió al “*fideicommissum*” el régimen previsto en dicha ley. Esta etapa concluye en el año 79 D.C., cuando, según los historiadores, acontece la muerte del emperador Vespasiano. La segunda etapa corresponde al derecho Justiniano, es decir, a los años del 527 al 565 D.C.; en ese tiempo se hicieron modificaciones

¹ Una explicación suficiente al respecto puede encontrarla el lector en mi trabajo *Naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano*, 1ª ed., México, Porrúa, 2015

importantes al régimen que en apariencia se extendía desde el mencionado senadoconsulto Pegasiano.

Para lograr la mejor comprensión del régimen del "*fideicommissum*", es conveniente proporcionar elementos que den cuenta de las circunstancias en las que se desarrolló, sobre todo por el hecho de que su régimen sufrió variantes durante el prolongado lapso que antes se mencionó. Por tal razón se abordarán, de manera esquemática, referencias históricas, unas de carácter general, y otras específicas sobre el desenvolvimiento del derecho romano, para después hacer el análisis del "*fideicommissum*" en cada una de las dos etapas mencionadas. El trabajo concluirá con la reflexión relativa a la determinación de la naturaleza jurídica de esta institución.

II. UNA VISIÓN HISTÓRICA.

1. *La evolución de la historia de Roma.*

En mucho inspirada por leyendas, y en menor parte por elementos históricos, la fecha del inicio de la vida del pueblo romano se sitúa en el año 753 A.C.² Los romanos fueron el resultado de la reunión de tres pueblos: etruscos, sabinos y latinos. Estos tres pueblos vivían en condiciones similares que propiciaron su entrelazamiento, y su cercanía facilitó la comunicación entre ellos. Así, poco a poco conformaron un núcleo de población que fue conocido como Roma.³

Roma es una palabra de origen incierto. Se dice que es posible que provenga de *Ruma* que era el nombre de un antiguo clan etrusco, o bien de *Rumon*, denominación que los propios etruscos daban al río Tiber, aunque igualmente se apunta la posibilidad de que provenga del griego *rheúma*, que significa flujo, corriente de agua⁴.

Sea como haya sido, lo cierto es que Roma es el vocablo que universalmente identifica a una de las más grandes civilizaciones de la humanidad, cultura que trasciende hacia todo el mundo occidental, punto de unión de un gran número de

² cfr. Mundó, P. José, Curso de historia universal, 4a ed., Madrid, España, Espasa Calpe, 1947, pp 145-148.

³ cfr. Vera Tornell Ricardo, *Historia de la civilización, basada en la obra inglesa Outlines of the world's history de Edgar Sanderson*, Barcelona, España, 1966, p. 323.

⁴ cfr. Gómez de Silva Guido, Breve diccionario etimológico de la lengua española, 1ª ed, México, FCE, 1988, p. 612.

pueblos de la actualidad, cimiento de la gran tradición jurídica de la Europa continental y de Latinoamérica, y, tal vez, punto de influencia de la otra gran familia jurídica que tuvo su origen en la Gran Bretaña y de ahí pasó, entre otros países, a los Estados Unidos de América y a Canadá.

2. Las etapas del Derecho Romano.

El criterio a seguir en este trabajo para la identificación de las etapas del Derecho Romano, es aquél que parte de una referencia socio-política, para después considerar los acontecimientos estrictamente jurídicos. Bajo ese enfoque, los períodos a repasar son los siguientes:⁵

- Derecho romano arcaico (753 A.C.- 449 A.C.)
- Derecho romano preclásico (449 A.C.- 27 A.C.)
- Derecho romano clásico (27 A.C.-235 D.C.)
- Derecho romano postclásico (235 D.C.- 527 D.C.)
- Derecho romano justiniano (527 D.C.- 565 D.C.)

La primera etapa es la del derecho arcaico que toma como punto de partida la fundación de Roma y abarca hasta la promulgación de las leyes de las XII Tablas. La segunda etapa, es decir la del derecho preclásico, concluye junto con la República, porque el senado delega en Octavio todas las potestades y le confiere el título de Augusto que literalmente quiere decir "*el aumentador*", y que por extensión significa majestuoso o venerable.⁶

La tercera etapa es la del derecho clásico. Se desarrolla en una época de contrastes entre la expansión territorial, períodos de paz, orden, progreso y una organización política en la que se comparte el poder entre el emperador y el senado (diarquía o principado), con etapas de excesos por parte de los emperadores y consecuente anarquía. En esta época y durante la dinastía de los Antoninos se sucede, a decir de Gibbon (citado por Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma), la época más feliz

⁵ Esta división en cinco etapas, la plantea el ilustre ius-historiador Guillermo F. Margadant, si bien con algunas diferencias en cuanto a fechas se refiere, según se puede constatar en la obra que a continuación se indica: Margadant S. Guillermo F., *Panorama de la historia universal del derecho*, 5a reimpresión de la 7a ed, México, Miguel Ángel Porrúa, 2011, pp. 103 y 104.

⁶ Véase: Montanelli, Indro, *Historia de Roma*, s.f., Barcelona, Plaza & Janés, 1963, pp 183-188; Malet Albert, *L'antiquité, Orient, Grèce, Rome*, 9a ed revisada, Paris, Librairie Hachette, 1917, pp 378 y 379; Bonardi, Galanti, Zippel e Raulich, *Manuale di storia greca e romana*, 18a ed, Turín, G.B. Paravia, s.a., pp 240 y 241.

de la humanidad, sin embargo, antes de los emperadores de dicha dinastía, habían gobernado Calígula y Nerón, y después lo hicieron Caracalla y Heliogábalo, emperadores todos ellos que son recordados sobre todo por los desatinos en que incurrieron.

A pesar de estos contrastes, el principado brindó la magnífica oportunidad de que el culto al derecho floreciera, y se manifestara con esplendor la labor de los jurisconsultos. El fin de esta etapa de luz jurídica, llega al morir el último emperador de la dinastía de los Severos, esto es, Alejandro (235 D.C.), quien fue asesinado por militares sublevados, acto éste que fue el preludio de una etapa de inestabilidad y de amenazas para el imperio romano, tanto por parte de los persas en el lado oriental, como de parte de los bárbaros que frecuentemente atacaron el flanco nor-occidental.

La necesidad de defensa provocó que los militares tomaran el mando incluso político, y fueron ellos quienes designaron a los muchos emperadores, por demás efímeros y a veces en ejercicio simultáneo, de los casi cincuenta años siguientes, todo lo cual derivó en la época más inestable, políticamente hablando, de la historia de Roma, que concluyó cuando Diocleciano fue proclamado emperador, en el año 284 D.C.⁷

Salvada la disputa sobre la fecha de la conclusión de este período (algunos afirman que ocurre con la muerte de Alejandro Severo), la cuarta etapa, es decir, la del derecho postclásico, inicia con Diocleciano que fungió como el restaurador que necesitaba el imperio al llevar a cabo importantes reformas que devolvieron la indispensable estabilidad política.

Diocleciano fue el primer emperador absoluto, a pesar de que estableció una fórmula llamada "tetrarquía", a través de la cual aparentemente compartía el ejercicio del poder con otros tres funcionarios, sin embargo, la necesidad de permanencia en los cargos públicos generó múltiples mecanismos de facto que

⁷ Desde la muerte de Alejandro Severo, hasta la proclamación de Diocleciano como emperador, ocurren muchos hechos de desorden e inestabilidad, lo que origina que se discuta sobre el año en el que concluye la etapa del derecho romano clásico, pues algunos autores ubican su fin en el 235, y otros en el 284, ambos de nuestra era.

llevaban a la sumisión de todos los funcionarios estatales respecto de la investidura del emperador.

El período del derecho postclásico, estuvo caracterizado por diversos acontecimientos entre los cuales destacan el desenvolvimiento del cristianismo, el traslado de la sede del gobierno a Constantinopla (antes Bizancio), la división en imperio de occidente e imperio de oriente, las invasiones de los bárbaros y la caída del imperio occidental a manos de éstos. En síntesis, este período evidencia un proceso de transformación en el que se aprecia el debilitamiento de la sociedad romana en múltiples aspectos de su vida, todo lo cual hace decir a los historiadores que se trata de la época de decadencia y hundimiento de la civilización itálica.⁸

Por derecho romano justiniano se entiende al tiempo de Justiniano como emperador, época que, para efectos de este apartado, constituye la quinta y última. De los años 527 a 565, Justiniano fue Emperador en el Imperio de Oriente. Este notable personaje de la historia de Roma en general y de la historia del Derecho en particular, hizo un postrer esfuerzo por restablecer la antigua grandeza de Roma. Justiniano fue un gran reformador, a la vez que humanista e impulsor de la fe cristiana, con obras de beneficio colectivo, pero también con mensajes que invitaban a sus súbditos a seguir los principios de Jesucristo. De sus obras materiales, la más importante es, sin duda, la Hagia Sofía, o Santa Sabiduría, mejor conocida como Santa Sofía, templo de enormes proporciones que, por supuesto, estaba consagrado a la fe de la religión cristiana y que tiempo después fue convertido en mezquita cuando los turcos conquistaron Constantinopla. Justiniano pudo haberse conformado con el enorme prestigio que le brindaba la obra de sus sabios y artistas, sin embargo, no cedió a las tentaciones del poder y aunque también logró importantes triunfos militares y recuperó para el imperio romano algunas zonas del norte de África, tuvo que hacer concesiones para evitar invasiones de los bárbaros, lo que a final de cuentas empobreció al pueblo de Bizancio. Justiniano murió a la edad de ochenta y tres años y dejó un gran legado a la humanidad.⁹

⁸ Véase: Grimberg Carl y Svanström Ragnar, *Historia universal*, 1a ed, trad. de T. Riaño, México, Daimon, 1983, pp 337 a 361.

⁹ cfr. *Ibidem*, T 4 La Edad Media, pp 63 a 66.

De él, dijo Ortolan: "*En somme, Justinien a été un empereur guerroyant, architecte et législateur: de ses guerres il n'est rien resté; de son architecture, quelques monuments; mais ses lois ont régi le monde, et forment encore la base des législations européennes*"¹⁰ (En síntesis, Justiniano fue un emperador guerrero, arquitecto y legislador: de sus guerras, nada queda; de su arquitectura, algunos monumentos; pero sus leyes han regido al mundo y ahora son la base de las legislaciones europeas).

Por ahora conviene mencionar algunos factores que son significativos en su desempeño como emperador y como jurista. En primer lugar, es de recordar que Justiniano gobierna desde Constantinopla y que, por su ubicación geográfica, esta ciudad había recibido múltiples influencias provenientes de las culturas orientales, destacadamente la helénica y la persa, sin menospreciar las de otros pueblos del Asia Menor.

Constantinopla era entonces un destacado centro cultural que a su vez ejerció importante influencia para otras zonas geográficas, fundamentalmente eslavas y búlgaras. No en vano se habla de la civilización bizantina para evidenciar la importancia que el imperio tuvo desde esta región hacia otras partes del mundo (tan importante fue su presencia que, como se sabe, hubo de ser conquistada por los turcos para identificar el fin de la Edad Media en el posterior año de 1453).

Justiniano fue también un conquistador, aunque tal vez sea mejor identificarlo como un reconstructor del imperio romano, pues a través de diversas batallas logró recuperar territorios (norte de África, Italia y una parte de España). Devoto de la doctrina de Jesucristo, la defendió con pasión y disfrutaba de participar en discusiones teológicas.

A su llegada al poder, Justiniano se encontró con que el derecho era un conjunto de disposiciones numerosas y en buena medida desordenadas a consecuencia de un cierto abandono en el que los juristas de la época postclásica cayeron en lo que se refiere a la producción de nuevas obras (fenómeno al cual se le conoce como "vulgarización" del derecho), y también por la influencia que los romanos tuvieron

¹⁰ Ortolan M., *Explication historique des instituts de l'empereur Justinien*, 8a ed, Paris, Henri Plon Imprimeur-éditeur, 1870, p. 7.

que aceptar por las invasiones bárbaras y la asimilación del pensamiento helenístico, todo lo cual contribuyó a cierta degradación de las instituciones jurídicas que no pudieron conservar el rigor y pureza que las había caracterizado durante el período clásico.

Ante este panorama que sobre todo afectaba al imperio de occidente y en menor grado al imperio bizantino, Justiniano trató de revivir los mejores momentos del derecho romano impulsando los esfuerzos de la codificación (el *Código* en sus dos versiones, la primera del 529, y la segunda del 534) y la enseñanza (el *Digesto*, que recopila lo más destacado de la literatura jurídica de la época clásica, y las *Institutas*, obra basada en las *Instituciones* de Gayo, y en otras de la literatura clásica y postclásica, ambas publicadas en el año 533). Después de que Justiniano falleciera, se hizo una recopilación de diversas constituciones por él dictadas. A esta recopilación se le conoce como las *Novelas*.

Las iniciativas de Justiniano, fueron llevadas a la práctica por un grupo de notables juristas que entendieron el propósito del emperador y así lograron conjuntar una magnífica obra en la que se resumen los mejores tiempos de la jurisprudencia romana, las ideas del cristianismo y el espíritu helénico. Por eso con razón, Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma dicen que Justiniano "*...se presenta como el príncipe cristiano de más pura raíz occidental, teniendo clara conciencia de su misión universalizadora.*"¹¹

¹¹ Véase: Grimberg Carl y Svanstrom Ragnar, op cit, nota 8, pp 61 a 66; Sirvent Gutiérrez Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 10a ed, México, Porrúa, 2007, pp 19 a 21; Bernal Beatriz y Ledesma José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanos*, 13a ed, México, Porrúa, 2006, pp 252 a 256; Ourliac Paul, *Historia del derecho*, s.f., trad. de Arturo Fernández, Puebla, Mex., Editorial José M. Cajica Jr., 1952, p. 27.

No todos los autores se sienten inclinados a profesar gran admiración por Justiniano. El maestro Margadant se expresa de la siguiente manera: "*No conviene calificar como excelente algo simplemente bueno, y a pesar de los exagerados elogios que uno lee a veces respecto de la compilación justiniana, debe reconocerse que este libro de derecho, en forma de mosaico de fragmentos contemporáneos o procedentes de siglos anteriores, es una obra con muchos defectos; la sistemática es mala, las interpolaciones no siempre son congruentes entre ellas, y varias contradicciones fueron trasladadas inadvertidamente, desde la literatura clásica, o surgieron como consecuencia de interpolaciones torpes o incompletas. Por otra parte se ha alegado que en tales defectos de la obra consiste precisamente su mérito para la educación del espíritu occidental: las contradicciones, verdaderas o aparentes, y la manifestación de ideologías procedentes de varias épocas del desarrollo romano-bizantino, posiblemente han sido un reto para el jurista occidental de los siglos siguientes, y el hecho de que el Corpus Iuris, libro de autoridad, contenga puntos de partida para las opiniones más heterogéneas, habrá estimulado el ingenio de los romanistas medievales y posteriores (del efecto de la Biblia, con todas sus*

III FIDEICOMMISUMM. SU NATURALEZA JURÍDICA.

1. *Comentario preliminar.*

Los romanos, pueblo práctico por excelencia, no formularon teorías para explicar su regulación jurídica; no manejaron el concepto de instituciones legales; no hicieron análisis sobre ellas: simplemente las establecieron, las desarrollaron y, cuando fue necesario, las modificaron. Su sentido de lo inmediatamente útil (justo también), facilitó el camino para la labor que los pretores hicieron adaptando a las circunstancias las rígidas disposiciones del derecho civil; de igual forma procedieron los magistrados con sus edictos que hacían mayormente eficaz el *ius civile*, a la vez que lo completaban y actualizaban: *Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis* (Porque el derecho honorario es la voz del derecho civil: Digesto 1.1.8, Marcianus Libro 1.- Institutionum)¹².

De esta suerte, no hubo entre los romanos alguna reflexión sobre la naturaleza jurídica de sus instituciones; las definían o las mencionaban en función de alguna aplicación práctica; si acaso, quedaban insertas en clasificaciones. Con ello elaboraron principios, es decir, proposiciones que eran fundamentos para la solución de todo género de problemas, y de esta manera iban atendiendo asuntos particulares, para desarrollar la aplicación jurisprudencial del derecho que tanto prestigio les ha dado.

Este apartado, en consecuencia, presenta algunas consideraciones del autor del trabajo del que forma parte. De manera ninguna es la presentación de reflexiones ajenas. Queda hecha la anotación para los efectos de asumir las consecuencias de la crítica.

2. *Concepto de fideicommissum.*

Fideicommissum significa "encargo de confianza", o también, "encargo de fe". Fue ésta, una operación que consistía en una súplica a otra persona para que realizara ciertos actos en beneficio de una tercera persona, y, claro es, como su nombre lo

contradicciones, sobre la intelectualidad occidental podría decirse lo mismo). Margadant S. Guillermo F., op cit, nota 5, p. 120.

¹² El Digesto del emperador Justiniano, Nueva Edición, Trad. de Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, Madrid 1872, p. 32, Tribunal Superior de Justicia del D.F., Tomo I, México, 2007.

indica, el destinatario de la súplica era una persona en la que el suplicante confiaba, en la que tenía fe.

El hacedor de la súplica esperaba que el receptor de la misma actuara en los términos de lo que se pedía; que evidenciara con su comportamiento que era digno de recibir la petición; que entre ambas personas había una relación estrecha que denotaba fidelidad. Los romanos, dice Schulz, se vanaglorian de su fidelidad y ser fiel es uno de sus principios vitales. Este mismo autor anota que el fideicomiso obligaba al gravado a la fidelidad, es decir, a mantener la palabra¹³. Siendo la fidelidad algo de mayor importancia para los romanos, se explica por qué señala el propio Schulz que Cicerón considera la fidelidad como "lo más santo que hay en la vida". Este es el contexto en el cual se desenvolvía el fideicommissum y son los datos que informan sobre algunas de sus características según más adelante se anotará.¹⁴

3. Ubicación del fideicommissum en el Derecho Romano.

El fideicommissum tiene aplicación en el contexto del derecho sucesorio, pues fue el medio a través del cual los romanos pudieron dar flexibilidad a la rigidez de las disposiciones reguladoras de esa materia. No se cuenta con un dato preciso de la época en la cual se inició la aplicación del fideicommissum; la versión de Vincenzo Arangio-Ruiz lo ubica en los últimos tiempos de la República, la del maestro Margadant un poco después, en el principado, y ambos coinciden con Alvaro D'Ors en tanto que surgió para gratificar a quienes carecían de la *testamenti factio passiva* (capacidad de recibir en herencia por testamento), aunque Arangio-Ruiz y D'Ors lo refieren específicamente a los extranjeros.¹⁵

¹³ "...y bien pronto será evidente que no basta el respeto formal a la palabra empeñada, en términos de cumplimiento literal de los compromisos estrictamente convenidos, pues el responder por la fides llegará a implicar además asumir un comportamiento honesto, leal, adoptar en el cumplimiento del propio compromiso una actitud que corresponda a las costumbres de la gente de bien... en fin, exigirá un activo pensar en todo aquello que contribuye al bienestar del otro" Neme Villarreal Martha Lucía, *La buena fe en el derecho romano*, 1a ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 103.

¹⁴ Schulz Fritz, *Principios del derecho romano*, 2a ed, Civitas, Madrid, 2000, pp 243 a 245.

¹⁵ Véase: Arangio-Ruiz Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, reimpresión de la 10 ed italiana, trad. de José M. Caramés Ferro, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986, p. 647; D'Ors Álvaro, *Derecho privado romano*, 8a ed revisada, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991, p. 323; Margadant S. Guillermo F., *El Derecho privado romano*, 26 ed., México, Esfinge, 2008, p. 504.

El régimen sucesorio romano excluía a ciertas personas de la posibilidad de recibir herencia por testamento. Tales personas, según el maestro Margadant eran:

- los peregrinos sin *ius commercii*, porque algunos podían tener, a consecuencia de un privilegio especial, el citado *ius commercii* (principal privilegio de los ciudadanos romanos que permite la celebración de cualquier negocio jurídico y que, bajo ciertas condiciones, se hacía extensivo a los *latini veteres* que eran los originales integrantes de la confederación con Roma en los años previos a la primera guerra latina (493 A.C.) en la época de la República, a los libertos manumitidos de forma solemne, a los *latini coloniari* que eran los habitantes de las colonias consideradas como latinas también en la República, y a los *latini iuniani*);
- los *latini iuniani*, o latinos junianos (esclavos manumitidos según los procedimientos del *ius honorarium*, es decir, sin formalidades, lo cual les daba el carácter de libres, pero no de ciudadanos);
- los *dediticios* (sujetos originarios de poblaciones que resistieron la conquista de los romanos);
- las mujeres, si la herencia excedía de una cierta cantidad establecida en la *Lex Voconia de Legatis* (ley que se promulgó en el año 169 A.C. con la finalidad de establecer restricciones al repudio de las herencias testamentarias, consistente, la principal de ellas, en que se prohibía dejar por legado una cantidad mayor que al heredero);
- personas inciertas (hijos póstumos, personas que designaran terceros, o cuya designación proviniese de un acto casual establecido en el testamento);
- personas jurídicas;
- personas excluidas en virtud de las leyes caducarias (se trata de dos leyes expedidas por Augusto: la *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* del 18 A.C. y la *Lex Papia Poppaea* del 9 A.C. Por la primera se imponía a los hombres y mujeres la obligación de contraer matrimonio, con la finalidad de impulsar la procreación y evitar así la disminución de la población; en virtud de la segunda se otorgaban privilegios a los matrimonios fecundos y se imponen sanciones a los solteros y a los casados sin hijos);

- personas castigadas por herejía o apostasía;
- los que en el momento de la apertura del testamento ya no vivían.

Es posible que hubiese otra razón para el empleo del *fideicommissum*, en función de la simplicidad en cuanto a la forma. Rodolfo Sohm dice al respecto: "*Desde comienzos del Imperio, el testamento romano tiene un competidor en el fideicomiso mortis causa o ruego hecho por el causante a su heredero intestado o al testamentariamente instituido...Mas la forma difería esencialmente, pues estos ruegos fideicomisarios, confiados a la fidelidad del instituido, no se hallan sujetos a los requisitos testamentarios. Basta para otorgarlos, una simple carta -codicilo-dirigida al encargado de cumplirlos o a la persona favorecida. He aquí cómo al lado de los testamentos, aparecen los codicilos, disposiciones de última voluntad exoneradas de toda forma. Podían otorgarse sin necesidad de testamento -codicilli ab intestato- o a más de él -codicilli testamentarii-, pudiendo, en este segundo caso, ser confirmados testamentariamente -codicilli confirmati- o no gozar de tal confirmación -codicilli non confirmati- . El codicilo, por su naturaleza misma, sólo puede contener una única disposición de última voluntad"*¹⁶ Este punto de vista es apoyado por Bonfante que anota: "*En su origen los fideicomisos no estaban vinculados a ninguna forma y hasta se usaba hacerlos verbalmente o más a menudo, por el uso generalizado de la escritura, en un simple escrito que se llamaba codicilo"*¹⁷

De esta suerte, el *fideicommissum* ofrece algunas alternativas para flexibilizar el régimen sucesorio, sin embargo, en repetidas ocasiones se trató de constreñir a los autores de herencias a que siguieran el camino de la sucesión testamentaria y evitar que hicieran uso del fideicomiso. Esto tiene explicación en razón de algunas particularidades que es menester mencionar a continuación.

Primeramente, se requiere tener presente la situación en la que se encontraba el heredero. En palabras de Álvaro D'Ors, "*La colocación de un heredero en la posición jurídica del difunto se llama sucesio. El heredero sucede al difunto porque continua*

¹⁶ Sohm Rodolfo, *Instituciones de derecho privado romano*, 1a ed, trad. de Wenceslao Roces, México, Ediciones Coyoacán, 2006, p. 339.

¹⁷ Bonfante Pietro, *Instituciones de derecho romano*, s.f. México, Tribunal Superior de Justicia, 2007, p 633.

*su personalidad en todas aquellas situaciones y relaciones que son transmisibles. Ese conjunto patrimonial transmisible es la herencia (hereditas)."*¹⁸

A esta situación le llama Rodolfo Sohm *"la subrogación en la personalidad patrimonial del difunto"*¹⁹, y Arangio-Ruiz lo dice de la siguiente manera: *"El heredero testamentario o ab intestato, familiar o extraño, no recibe solamente las cosas corporales comprendidas en el patrimonio del difunto; por el contrario, lo reemplaza en todas las relaciones jurídicas activa o pasivamente transmisibles, y no sólo en las patrimoniales sino también en otras que nada tienen que hacer con el patrimonio..."*²⁰

Bonfante expresa la misma idea de la siguiente forma: *"...lo que hace al heredero es el título, no la asignación del patrimonio bajo una forma cualquiera."*²¹

El maestro Margadant lo dice con más claridad aún: *"Observemos aquí que, en su origen, la sucesión romana no sólo comprendía el patrimonio del difunto, sino que incluía también los ideales, las simpatías y las antipatías del difunto; el heredero continúa la personalidad entera del difunto, y no sólo su personalidad patrimonial...A consecuencia de esta función trascendente también sucedía en casi todos los derechos y deberes del difunto, pero esta sucesión patrimonial era sólo una de las consecuencias de la fundamental sucesión en toda la personalidad, y para tener más seguridad de que el heredero aceptaba desinteresadamente su sagrada función, el de cuius mostraba tendencia a privar al heredero de las ventajas materiales que podría producirle la aceptación de la herencia, repartiendo gran parte de los bienes entre los legatarios: ¡la función del heredero era la de actuar, no la de poseer!..Todo lo demás era accesorio y servía, en parte, para quitar ventajas materiales al heredero -mediante legados-, a fin de que se concentrara en su típica función trascendente...[lo que] permite explicar una curiosa pugna entre el heredero, por una parte, y el testador y el legatario, por otra..."*²²

¹⁸ D'ors, op cit, p. 239.

¹⁹ Sohm op cit, p. 311.

²⁰ Arangio-Ruiz, op cit, p 576.

²¹ Bonfante Pietro, op cit, p. 630.

²² Margadant Floris Guillermo S., op cit, p. 456 y 465.

La pugna a la que se refiere el maestro Margadant, es un segundo elemento a considerar en relación a los intentos de obligar a los herederos testamentarios a aceptar los testamentos. La pugna consistía en que los herederos por vía testamentaria con mucha frecuencia repudiaban los testamentos, puesto que para ellos prevalecía el encargo de continuar la personalidad del *de cuius*, sin las ventajas materiales que sí recibían los legatarios, a consecuencia de una cuestión cultural típicamente romana, consistente en que los hacedores de la herencia por la indicada vía, consideraban que el heredero recibiría honrosamente la herencia, lo que no tendría que verse afectado por una aspiración sobre los bienes materiales. Esta situación tuvo su origen en la época arcaica (753-509 A.C.), pero tiempo después, las guerras púnicas (264-146 A.C.) contribuyeron a modificar algunas de las ideas que habían prevalecido entre los romanos, pues el obligado contacto con otras culturas mediterráneas llevó hacia aquellos un espíritu más dispuesto al goce de las cosas mundanas, distinto del enraizado en el ámbito rural que tanto había matizado el comportamiento de los habitantes de Roma desde la época de su fundación.

Es entonces que se produce la transformación y los herederos ya no se muestran dispuestos a prescindir de los bienes materiales, sabiendo que la repudiación de la herencia transforma el proceso en una sucesión legítima que impide a los legatarios designados testamentariamente recibir sus legados, y, por el contrario, a los herederos les permite recibir los bienes del *de cuius*.²³

Las condiciones relatadas fueron materia de regulación para evitar, como se dijo, que los herederos testamentarios renunciaran a las herencias. Tal es el caso de la *Lex Furia Testamentaria* de principios del siglo II A.C., por la cual se prohibió "...adquirir legados y donaciones mortis causa que excediesen de mil ases, y concedió al heredero una *manus iniectio* para recuperar el cuádruplo de lo que el legatario hubiese cobrado de más..."²⁴

Con un propósito parecido en el año 169 A.C. se promulgó la *Lex Voconia de Legatis* (a la cual ya se ha hecho referencia) y finalmente la *Lex Falcidia* del 40 A.C. por la

²³ cfr Margadant, op cit, p. 494.

²⁴ D'Ors Alvaro, op cit, p. 314.

que "... reservó al heredero la cuota mínima de una cuarta parte de la herencia (*cuarta Falcidia*) [que] se calcula sobre el valor de la herencia en el momento de la muerte del testador, después de deducir las deudas hereditarias..."²⁵

Con estas medidas se suponía que el testador se vería en la obligación de beneficiar materialmente al heredero, lo que a su vez llevaría a éste a aceptar la herencia y consecuentemente ello provocaría que los legatarios recibiesen sus legados. La experiencia demostró que no funcionaron las cosas como se esperaba, porque los testadores burlaron el propósito de la *Lex Furia* y de la *Lex Voconia* distribuyendo su patrimonio en un gran número de legados de pequeño monto y así, sin violar la norma, seguían en el tradicional criterio de que el heredero no se sintiese atraído por cuestiones de índole patrimonial, cayendo en el mismo resultado que el legislador buscaba evitar. Para el caso de la *Lex Falcidia* el remedio fue, simplemente, *el fideicommissum*.

El fideicommissum era una disposición de última voluntad expresada bajo la forma de ruego. "Son disposiciones de última voluntad confiadas a la buena fe de una persona (*fiduciario*), por las que se hacía una petición o encargo a favor de otra persona (*fideicomisario*) para que las cumpla. Como resulta de su etimología: confiar en la fe (*fideicommittere*), se trataba de encargos de confianza para disponer de todo o parte de la herencia. Por ello se hacía en términos de petición o ruego: pido, ruego, quiero, encomiendo a la fe...Sin embargo, no se requerían palabras ni formas especiales. Se podía hacer el encargo en el testamento o en cualquier codicilo y el gravado debía recibir algo del testador o fideicomitente"²⁶

La petición o ruego se hacían, por lo regular, al heredero o incluso al legatario, con independencia de que constara en el testamento o en un codicilo, según se ha visto. Es indispensable hacer unas precisiones que contribuyan a dar una mejor idea de la importancia que el *fideicommissum* tuvo en el ámbito sucesorio. En primer término, es de recordar que las iniciales noticias que de esta figura se tienen, datan del final de la época republicana (509-27 A.C.), es decir, precisamente del tiempo en el cual se promulgó la *Lex Falcidia* (40 A.C.). En segundo lugar, es cierto que el

²⁵ Idem.

²⁶ García Garrido Manuel, op. cit, p 628.

fideicommissum también se aplicaba para beneficio de quienes no gozaban de la *testamenti factio passiva*, e incluso, como lo dice Álvaro D'Ors, "*para dejar liberalidades a ciudades y personae incertae*", sin embargo, todo parece indicar que su campo de acción fue más señaladamente para los propósitos de elusión de la ley mencionada.

Con independencia de ello, lo cierto es que el encargo que el *fideicommissum* implicaba, quedaba, originalmente, confiado a la buena fe, a la confianza que se depositaba en la persona a quién tal encargo se hacía, porque, como ya se anotó, la *fides* era un concepto fundamental en la vida de los romanos. No obstante ello, bajo Augusto (gobernó del 27A.C. al 14 D.C.) se consideró que no era suficiente la obligación moral y por tanto ese emperador decidió encargar a la jurisdicción de los cónsules, en *cognitio extra ordinem*, (literalmente, "fuera de orden", porque no sigue las dos etapas [*in iure* y *apud iudicium*] del proceso regular, ya que se trataba de un proceso que se desarrollaba en su totalidad ante el pretor y terminaba con una decisión imperativa [*imperium*] del mismo²⁷) el exigir su cumplimiento.

Este acontecimiento es relevante en tanto que evidencia una característica fundamental en la vida jurídica romana: la primacía de lo procesal. Así lo indica el maestro Margadant: "*En vez de preguntarse: ¿qué deber tiene Tito?, se preguntaba: qua actione tenetur? (¿con qué acción podemos corregir esta situación?). Su pensamiento jurídico estaba más influido por el sistema de acciones y excepciones que el de nuestro tiempo; se acercaba a cada problema jurídico preguntándose: ¿con qué instrumentos procesales podremos atacar esta situación? Dentro de tal ambiente, era natural que, con frecuencia, la creación del derecho sustantivo se hiciera mediante la instauración de nuevas figuras procesales; sobre todo, por medio de innovaciones hechas por el pretor*"²⁸

Cuando Augusto estableció el procedimiento para reclamar la conducta deshonesto de los fiduciarios que al no entregar los bienes al fideicomisario incumplían la encomienda que habían recibido, se hizo patente que el *fideicommissum* era una figura de frecuente aplicación, tanto como para que, un poco más tarde, el

²⁷ Sohm Rodolfo, op cit, p.407.

²⁸ Margadant S. Guillermo F., nota 16, p 143.

emperador Claudio (gobernó del año 41 al 54 D.C.) dispusiera la creación de magistrados especiales, *praetores fideicommissarii* que se ocuparan de los asuntos relacionados con dicha figura, misma que, por otra parte, siguió siendo motivo de regulación para tratar de hacerla compatible con el régimen sucesorio romano, el que como se recordará, veía originalmente en el heredero a un continuador de la personalidad del testador, razón por la cual a aquél se transmitían también las responsabilidades de éste, lo que no ocurría con el legatario que simplemente recibía los beneficios materiales sin las deudas que el testador hubiese tenido.

Esta característica del régimen sucesorio daba lugar a algunos inconvenientes cuando el legado comprendía una parte importante de la herencia, pues el legatario no respondía por la misma parte de deudas, situación que se resolvió a través de lo que se llamaba *stipulationes partis et pro parte*, que era un acuerdo entre legatario y heredero, por el cual se hacían recíprocas compensaciones para atenuar los inconvenientes ya descritos.

En el año 56 D.C., siendo Nerón emperador, se dictó el *senadoconsulto Trebeliano* que asimiló el *fideicommissum* de una parte o del todo de la herencia a la sucesión a título universal, de donde el fideicomisario devino a una situación equiparable a la del heredero. De esa manera quedó regulado el *fideicommissum* que se establecía sin obligación para el fideicomisario de responder de las deudas del fideicomitente. Un poco más adelante, en el año 75 D.C., cuando Vespasiano era emperador, a través del *senadoconsulto Pegasiano* se determinó que el *fideicommissum* con el cual pudiera disponerse de más del 75% de la herencia se consideraría como legado, medida que tuvo como consecuencia el haber extendido el alcance de la *Lex Falcidia* al *fideicommissum* (el heredero recibiría la *quarta falcidia*, esto es, el 25 % de la herencia), pero con la denominación de *quarta pegasiana*, en concordancia con el *senadoconsulto* del que provenía, y al mismo tiempo hacer nugatoria la aplicación del *senadoconsulto Trebeliano* en el *fideicommissum* que comprendiera más del 75 % de la herencia, pero no en los casos menores, respecto de los cuales seguía vigente. Este complejo régimen continuó en vigor hasta los tiempos de Justiniano, con la salvedad de que bajo Adriano (gobernó del 117 al

138D.C.) los peregrinos y las *personae incertae* fueron declaradas incapaces de recibir fideicomisos.²⁹

El *fideicommissum*, en el ámbito sucesorio, tuvo diferentes alcances porque se usaba para distintos propósitos. En un caso, al que se llamaba *fideicommissum hereditatis*, servía para transmitir la herencia en su totalidad o una parte de ella. El heredero fiduciario recibía el encargo del testador de que transmitiese la herencia al fideicomisario, sin ceder su calidad de heredero. Un segundo caso es el *fideicommissum* de residuo, que tiene como objeto lo que queda de la herencia (*quidquid de hereditate supererit*), porque el heredero-fiduciario quedaba facultado para disponer de los bienes de la herencia y disminuirla según la buena fe se lo indicase. Otra especie de *fideicommissum* era el que servía para encargar al fiduciario que manumitiera a un esclavo (*fideicommissaria libertas*). En otro caso, denominado *fideicommissum familiae relictum*, el testador pedía al heredero-fiduciario que conservase el patrimonio hereditario y que a la muerte de éste fuese transferido a personas pertenecientes a familia de dicho fiduciario, quienes lo recibirían con el carácter de fideicomisarios. Bajo otro supuesto, el *fideicommissum* podía quedar sujeto a sucesivas transmisiones que dependían de la muerte del fideicomisario anterior. En un principio existía una limitante porque la transmisión podía hacerse sólo para la primera generación de entre los que no hubiesen aún nacido a la muerte del fideicomitente, sin embargo, cuando Justiniano era emperador, se amplió a la cuarta generación (lo que influyó para que en la Edad Media se estableciese la institución del mayorazgo).³⁰

El estado de cosas que se ha relatado, desde los tiempos de Adriano (138 D.C) hasta Justiniano (527-565 D.C.), permaneció prácticamente sin cambio, es decir, el *fideicommissum* se aplicó en las condiciones mencionadas durante casi cuatrocientos años, sin embargo, no podía quedar fuera del espíritu unificador que caracterizó a la obra de este emperador y, dicho de manera sintética, se le modificó

²⁹ Véase: Arangio-Ruiz Vincenzo, op cit, pp 647 a 652; Bonfante Pietro, op cit., pp 633 a 635, y 653 a 656; D'Ors Álvaro, Op cit, pp 329 y 330; García Garrido Manuel Jesús, op cit, pp 628 y 629; Samper Polo Francisco, Derecho romano, 1a ed, Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, pp 250 a 253; Margadant S. Guillermo Floris, op cit, pp 494 a 507.

³⁰ Véase: D'Ors Álvaro, op cit, pp 380-382; García Garrido Manuel Jesús, op cit, pp 630-632.

para, prácticamente, hacer uno de *fideicommissum* y legado. "*Justiniano abolió toda diversidad y formó de los dos un único instituto compuesto de las normas más favorables de uno y de otro y principalmente del fideicomiso*"³¹

Esta es la modificación más significativa que se hizo en el régimen del fideicomiso en tiempos de Justiniano, y es un cambio explicable en función de varias razones: una de ellas, la ya mencionada y que consiste en que Justiniano actuó con propósitos codificadores, por lo que la unión de *fideicommissum* y legado es congruente con su intención general; por otra parte, el cambio parece ser una consecuencia natural de las cosas, aplicada o realizada tardíamente.

Esto se explica en virtud de las notorias semejanzas que siempre hubo entre legado y fideicomiso, por ejemplo: ambos son actos que implican una liberalidad; en ambos casos se trata de figuras aplicadas en el ámbito sucesorio; generan las dos una encomienda hacia el heredero; implican la concesión de un beneficio a un tercero.³²

¿Cuál fue entonces la diferencia entre ambas? Básicamente la posibilidad aceptada en el *fideicommissum* de hacer la transmisión total del patrimonio, aunque quizás no fue esta característica la causa eficiente del nacimiento de la figura, porque su lugar está ocupado por el deseo de eludir las restricciones de la legislación sucesoria a las cuales se ha referido en este apartado.

No puede dejar de mencionarse como otras diferencias entre *fideicommissum* y legado, tal vez como la más importante, al hecho de que, a través de diferentes normas que se fueron dictando al paso del tiempo, el *fideicommissum* se asimiló al régimen de la sucesión testamentaria, pero también es de mencionar que el *fideicommissum* podía otorgarse en un codicilo, podía otorgarse a cargo del heredero, legatario o de un fideicomisario, y se reclamaba a través de una *cognitio extra ordinem*; por el contrario, el legado debía constar en un testamento, sólo corría a cargo del heredero y estaba sujeto al proceso formulario.³³

El régimen justiniano, según lo destacan los estudiosos del Derecho Romano, en tratándose del *fideicommissum* y el legado, introdujo varios cambios en diferentes aspectos, a fin de hacer compatibles las dos instituciones. Tales cambios operaron

³¹ Bonfante Pietro, op cit, p. 635.

³² Bonfante llama al legado "*fideicomiso singular*" ibidem, p 636.

³³ Petit Eugene, op cit, p 579

en aspectos de forma, o en la definición de derechos y obligaciones para las tres partes que en cada caso participan, pero no fueron suficientes para alterar los principios básicos del *fideicommissum* que se delinearon en el proceso evolutivo que tuvo esta figura desde los años finales de la República hasta los de la primera mitad del período Clásico.

4. Naturaleza jurídica.

¿Qué han dicho los estudiosos acerca de lo que es el *fideicommissum*? He aquí algunas de las versiones al respecto:

"Se llama fideicommissum a la disposición de última voluntad, a título particular o universal, expresada no bajo la forma de orden (impersonal o dirigida al heredero), sino en la de ruego dirigido a alguien que por ley o testamento recoja los bienes hereditarios" (Vincenzo Arangio Ruiz).

"Fideicomiso, como lo dice el nombre (fidei commissum), es un encargo que se confía a la honradez y a la fe ajena; en sentido técnico significa aquella disposición de última voluntad en la que se confía la ejecución fuera del testamento, en la fe del heres (testamentario o legítimo) o en otra persona beneficiada" (Pietro Bonfante)

"El fideicommissum es un encargo que una persona, llamada fideicomitente, deja a otra, llamada fiduciario, que de algún modo va a adquirir algo a consecuencia de la muerte de aquél, para que entonces lo cumpla, dentro de los límites de su adquisición y en provecho de un tercero" (Álvaro D'Ors).

"Fideicomisos. Son disposiciones de última voluntad confiados a la buena fe de una persona (fiduciario) para que las cumpla." (Manuel Jesús García Garrido).

"El fideicomiso era una súplica, dirigida por un fideicomitente a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario. La forma normal que tomó en el derecho romano era el del fideicomiso mortis causa, en el cual el fideicomitente era el autor de la herencia; el fiduciario, el heredero o el legatario; y el fideicomisario, un tercero" (Guillermo F. Margadant S.)

"Un fidéicommis, dans le sens le plus général, est une disposition de biens à laquelle il manque une quelconque des conditions nécessaires selon le droit civil pour constituer une institution d'héritier ou un legs, et dont le défunt charge son héritier soit testamentaire, soit ab intestat ou toute autre personne a qui il laisse quelque

choso. *[En un sentido amplio, un fideicomiso es una disposición de bienes ante la falta de cualquiera de las condiciones necesarias conforme a la ley para hacer una herencia o un legado, por la cual el difunto grava su herencia, sea testamentaria o sea intestamentaria, hacia alguna persona a la cual deja alguna cosa]* (M. Ortolan). *"Cuando un testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía la testamenti factio, no tenía otro recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor de su voluntad para dar al incapaz, bien fuera un objeto particular, o bien la sucesión en todo o en parte. Es lo que se llama un fideicomiso, a causa de los términos empleados: rogo, fideicommitto"* (Eugene Petit).

"Consiste el fideicomiso en un encargo que hace el causante a cualquier persona que vaya a obtener un beneficio a causa de su muerte, para que ésta cumpla alguna liberalidad a favor de un tercero: el encargado dicese fiduciario y el tercero beneficiado recibe el nombre de fideicomisario" (Francisco Samper Polo).

"Legados y fideicomisos son, unos y otros, disposiciones sobre determinados bienes patrimoniales, para en caso de muerte y a costa de la herencia. Gravan sobre esta misma y se basan en un negocio jurídico unilateral, diferenciándose en esto de las donaciones mortis causa, que salen del patrimonio del donante en vida de éste y responden a un contrato" (Rodolfo Sohm).

Abundando, se anotan en seguida los conceptos de algunos distinguidos juristas mexicanos:³⁴

"El fideicommissum es el encargo que una persona denominada fideicomitente, encomienda a la fides de otra persona denominada fiduciario, para que lo cumpla en beneficio de un tercero al que se denomina fideicomisario" (Roberto Héctor Gordillo Montesinos).

"Se puede definir al fideicomiso como el ruego que hace un fideicomitente a un fiduciario para que entregue ciertos bienes a un fideicomisario" (Francisco José Huber Olea).

³⁴ Véase: Gordillo Montesinos Roberto Héctor, *Derecho privado romano*, 2a ed. México, Porrúa, 2008, p. 394; Huber Olea Francisco José, *Diccionario de derecho romano*, 2a ed, México, Porrúa, 2007, p. 220; Lemus García Raúl, op cit, p. 313; Morineau Iduarte Marta e Iglesias González Román, op cit, p. 230; Padilla Sahagún Gumesindo, op cit, p. 328

"El fideicomiso es aquella institución jurídica, en virtud de la cual una persona, el fideicomitente, por disposición de última voluntad encargaba a otra, el fiduciario, transmitir toda o una parte alícuota de su herencia o un bien determinado de su patrimonio a una tercera, el fideicomisario" (Raúl Lemus García)

"El Fideicomiso. Se puede definir como una súplica hecha por una persona -el fideicomitente- a otra -el fiduciario- para que entregara algo a una tercera -el fideicomisario." (Marta Morineau Iduarte y Román Iglesias González).

"El fideicommissum es un acto de liberalidad mortis causa mediante el cual, una persona denominada fideicomitente, hace un encargo a otra, llamada fiduciario, para que lo realice en beneficio de otra, llamada fideicomisario." (Gumesindo Padilla Sahagún).

Como habrá visto el lector, un elemento constante en estas definiciones, es la referencia a "una declaración de última voluntad". Otro elemento frecuente es el relativo al "ruego". Uno más está constituido por el "encargo", y, por supuesto, también la mención de las partes es constante.

Los dos primeros elementos (declaración de última voluntad y ruego), permiten ver con claridad, en primer lugar, que la creación o establecimiento del *fideicommissum* era un asunto estrictamente personal, una cuestión que atañe solamente al declarante, algo que le es propio y exclusivo y en donde ninguna otra persona participa; imaginar que no es así, sería muestra de torpeza grave. El ruego es un complemento de la declaración; es una manera de pedir en cierta forma subordinada, porque está sujeta a un acto de gracia por parte de quien lo recibe; implica la concesión de un don o favor. Cuando se ruega, no se hace una expresión con la intención de lograr consentimiento propiamente dicho, sino lo que se busca es obtener una concesión del rogado; al rogar, una persona no pretende sumar otra voluntad a la suya para formar un acuerdo, ya que sólo se trata de obtener una cooperación.

En el rígido régimen formalista romano, la formación del consentimiento estaba sujeta a la observancia de procedimientos varios, de fórmulas diversas; aún en el caso de los contratos consensuales (compraventa, *locatio conductio*, mandato y

sociedad) era indispensable satisfacer ciertos requisitos que, si bien no eran necesarios para el perfeccionamiento del contrato, tampoco podían obviarse.

No era esta la situación del *fideicommissum*, en donde, si acaso, por virtud del ruego, se podría decir que había un *pactum nudum*, esto es, un trato entre dos o más sujetos que generaba obligaciones naturales o deberes morales que alcanzan carácter jurídico porque el derecho los tiene en cuenta, pero que no confieren derechos correlativos, ni hay la posibilidad, jurídicamente fundada, de exigir su cumplimiento. Entonces, en el *fideicommissum* podemos identificar dos momentos: uno, el relativo a la decisión personalísima, y otro el relativo al ruego que genera un deber moral.

Con respecto al primero, ocurre que no genera derechos para otra persona respecto de quien toma esa personalísima decisión (fideicomitente); la decisión de última voluntad es autónoma en el más estricto sentido de la palabra, y una vez que está formulada, la decisión correspondiente figura como el antecedente necesario e inmediato del ruego; es la referencia obligada de éste, porque resulta indispensable informar al rogado sobre el contenido del ruego, pero sin que dicho rogado pueda hacer nada (jurídicamente hablando) por cambiarlo, adecuarlo o ajustarlo.

El ruego, como se ha visto, estaba sujeto a la confianza, a la buena fe, sobre todo en un principio, cuando ni siquiera el fideicomisario tenía acción en contra del fiduciario. En un momento posterior, como se sabe, se confirió a los fideicomisarios la posibilidad de atacar la conducta deshonestas de los fiduciarios, pero esta posibilidad, puesto que perseguía como fin constreñir a éstos al cumplimiento fiel del encargo que habían recibido, viene a reforzar la tesis de que la voluntad del fideicomitente queda incólume y no era aceptable que, por vía de hecho, se la modificase.

Todo lo expresado lleva a concluir que el *fideicommissum* tenía, por el acto que le da origen, el carácter de una declaración unilateral de voluntad. Es de aclarar que entre los romanos la declaración unilateral de voluntad, en tanto que tal, obtuvo escaso reconocimiento, pues era admitida como fuente de obligaciones, sólo en dos casos: las promesas hechas en favor de la ciudad (*policitatio*) y las promesas a la divinidad (*votum*). No obstante, el autor de este trabajo sostiene que esa era la

naturaleza del fideicommissum y que, en consecuencia, es equiparable al fideicomiso mexicano.

En efecto, nuestro fideicomiso es una declaración unilateral de voluntad. La determinación de los fines que involucra ciertos bienes es producto de una decisión individual que da origen a un fideicomiso. La decisión individual es trascendente jurídicamente, porque sin ella no hay fideicomiso, pero no forma parte de acuerdo alguno. Hay una decisión individual que se convierte en declaración unilateral de voluntad al hacerse manifiesta cuando se celebra un contrato con el fiduciario para encomendarle la realización de lo que previa y unilateralmente decidió el fideicomitente. El fideicomiso se convierte en una declaración unilateral de voluntad con motivo del otorgamiento del encargo a la fiduciaria.

El fideicomiso es la decisión que el fideicomitente toma sobre la determinación de fines y bienes. Esto es el fideicomiso, y su naturaleza jurídica consiste en una declaración unilateral de voluntad.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvear Acevedo Carlos, Curso de historia general, 8a ed, México, editorial Jus, 1968.
- Alighieri Dante, La divina comedia, 2a ed, Bruguera, Barcelona, 1970, Paraíso, Canto VI.
- Arangio-Ruiz, Vicente, *Historia del derecho romano*, 4a ed, Reus, Madrid, 1980.
- Arangio-Ruiz Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, reimpresión de la 10 ed italiana, trad. de José M. Caramés Ferro, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.
- Barrow, R.H., Los romanos, 25a reimpresión de la 2a ed. México, FCE, 2006.
- Bernal Beatriz y Ledesma José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas*, 13a ed, México, Porrúa, 2006.
- Bonardi, Galanti, Zippel e Raulich, *Manuale di storia greca e romana*, 18a ed, Turín, G.B. Paravia, s.a.
- Bonfante Pietro, Instituciones de derecho romano, s.f .México, Tribunal Superior de Justicia, 2007.
- De Lorenzo Rodolfo Jorge y De Lorenzo Jorge Eduardo, *Roma derecho e historia*, s.f., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- D'Ors Álvaro, *Derecho privado romano*, 8a ed revisada, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991.
- Fuenteseca Pablo, Estudios de derecho romano, s.f. Madrid, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, 2009.
- García Garrido Manuel Jesús, Derecho privado romano, 13a ed, Ediciones Académicas, Madrid, 2004.
- Gómez de Silva Guido, Breve diccionario etimológico de la lengua española, 1ª ed, México, FCE, 1988.
- Gordillo Montesinos Roberto Héctor, *Derecho privado romano*, 2a ed. México, Porrúa, 2008.

- Grimberg Carl y Svanström Ragnar, *Historia universal*, 1a ed, trad. de T. Riaño, México, Daimon, 1983.
- Hartmann Johannes, *Esquema de la historia. Desde la prehistoria hasta el siglo XX*, s.f. trad. de Lía e. de Reich, Buenos Aires, Argentina, Fabril Editora, 1964.
- Huber Olea Francisco José, *Diccionario de derecho romano*, 2a ed, México, Porrúa, 2007.
- Iglesias Juan, *Derecho romano, historia e instituciones*, 1a reimpresión de la 10a ed, Barcelona, Ariel, 1992.
- Justiniano, *El Digesto del emperador Justiniano*, Nueva Edición, Trad. de Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, Madrid 1872, p. 32, Tribunal Superior de Justicia del D.F., Tomo I, México, 2007.
- Krüger Pablo, *Historia, fuentes y literatura del derecho romano*, s.f. México, Editora Nacional, 1980.
- Kunkel Wolfgang, *Historia del derecho romano*, 7a impresión de la 1a ed, Barcelona, Ariel, 2008.
- Lemus García Raúl, *Sinopsis histórica del derecho romano*, s.f. México, Limusa, 1962.
- Lozano Fuentes José Manuel, *Historia de la cultura*, 5a impresión, Editorial Continental, México, 1985.
- Magallón Ibarra Jorge Mario, *La senda de la jurisprudencia romana*, 1a ed, México, IJ-UNAM, 2000.
- Malet Albert, *L'antiquité, Orient, Grèce, Rome*, 9a ed revisada, Paris, Librairie Hachette, 1917.
- Margadant S. Guillermo F., *El Derecho privado romano*, 26 ed., México, Esfinge, 2008.
- Margadant S. Guillermo F., *Panorama de la historia universal del derecho*, 5a reimpresión de la 7a ed, México, Miguel Ángel Porrúa, 2011.
- Mendoza Popoca, Oswaldo Aníbal, *Naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano*, 1ª ed., México, Porrúa, 2015.
- Montanelli, Indro, *Historia de Roma*, s.f., Barcelona, Plaza & Janés, 1963.

- Morineau Iduarte Marta e Iglesias González Román, Derecho romano, 4a ed, México, Oxford, 1998.
- Mundó, P. José, Curso de historia universal, 4a ed., Madrid, España, Espasa Calpe, 1947.
- Neme Villarreal Martha Lucía, *La buena fe en el derecho romano*, 1a ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Ortolan M., *Explication historique des instituts de l'empereur Justinien* , 8a ed, Paris, Henri Plon Imprimeur-editeur, 1870.
- Ortolan J., *Histoire de la législation romaine*, 11a ed, E. Plon et Cie., París 1880.
- Ourliac Paul, Historia del derecho, s.f., trad. de Arturo Fernández, Puebla, Mex., Editorial José M. Cajica Jr., 1952.
- Padilla Sahagún Gumesindo, Derecho romano, 4a ed, México, Mc Graw Hill, 2008.
- Panero Gutiérrez Ricardo, *Derecho romano*, 3a ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Petit, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de José Fernández González, México, Editora Nacional, 1952.
- Schulz Fritz, Principios del derecho romano, 2a ed, Civitas, Madrid, 2000.
- Sohm Rodolfo, *Instituciones de derecho privado romano*, 1a ed, trad. de Wenceslao Roces, México, Ediciones Coyoacán, 2006.
- Ribas Alba José María y Serrano-Vicente Martín, *El derecho en Roma*, sf, Granada, Editorial Comares, 2010.
- Samper Polo Francisco, Derecho romano, 1a ed, Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003.
- Sirvent Gutiérrez Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 10a ed, México, Porrúa, 2007.
- Tamayo y Salmorán Rolando, "Jurisprudencia y formulación judicial del derecho" Isonomía, México, No. 2, octubre de 2004, pp 196 y 200, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/jurisprudencia-y-formulacin-judicial-del-derecho-0/>

- Vera Tornell Ricardo, Historia de la civilización, basada en la obra inglesa Outlines of the world's history de Edgar Sanderson, Barcelona, España, 1966.