

FIDEICOMMISSUM ROMANO Y *TRUST* ANGLOSAJÓN.
LA SEMEJANZA DE SU DESARROLLO
ROMAN *FIDEICOMMISSUM* AND ANGLO-SAXON *TRUST*. THE SIMI-
LARITY OF IT'S DEVELOPMENT

Oswaldo Aníbal MENDOZA POPOCA*

RESUMEN: El *Fideicommissum* romano y el *Trust* anglosajón guardan significativas semejanzas. En ambos casos surgieron como solución a las restricciones que plantearon respectivamente el régimen sucesorio romano y el régimen de transacciones inmobiliarias en el sistema inglés. Ambas instituciones se desarrollaron en sistemas legales flexibles, como lo fueron el derecho honorario y el sistema de *equity*, tanto el *Fideicommissum* como el *Trust* son encomiendas de confianza; se otorgaban a terceras personas por la cercanía con ellas habida. Finalmente debe citarse que en los dos casos se crearon instancias jurisdiccionales especializadas para resolver conflictos originados por la conducta deshonesto de los receptores de la encomienda: el *praetor fideicommissarii* y la *court of chancery*.

PALABRAS CLAVE: *fideicommissum*; *trust*; semejanzas; desarrollo; naturaleza jurídica.

ABSTRACT: Roman *Fideicommissum* and anglo-saxon *Trust* have important similarities. In both cases, they were born to avoid some rules that worked as important restrictions in order to do some legal operations (last will in the first case and land transactions at the second one) They grew with support from other different and more flexible legal systems: *ius honorarium* and *equity*. It's important to consider *Fideicommissum* and *Trust* have the same essence, because both are a commission. That commission was given to another person worth of trust, but in many cases the person who has received the commission didn't act in it's terms, and that is another resemblance. Settlor (this name applies to both cases) had to ask for help from the authorities and these ones decided to stablish new and specialized courts (*praetor fideicommissarii* and *court of chancery*) to solve the sues against dishonest people.

KEYWORDS: *Fideicommissum*; *Trust*; *Similarities*; *Development*; Legal Nature.

* Doctor en Derecho Profesor Titular por Oposición en la materia de Derecho Bancario y Bursátil de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: <oamendozap1@gmail.com>. Fecha de recepción: 26 de diciembre de 2016. Fecha de aprobación: 27 de abril de 2017.

SUMARIO: I. *Generalidades*. II. *Fideicommissum romano* A) *Concepto de fideicommissum*. B) *Ubicación del fideicommissum en el Derecho Romano*. III. *Trust Anglosajón*. A) *El origen del common law*. B) *El origen de la equity*. C) *El primer antecedente del trust: el "use"*. IV. *Comparación entre fideicommissum y trust*. V. *Tabla Comparativa*. VI. *Bibliografía*.

I. GENERALIDADES

La evolución de los pueblos sigue patrones semejantes, no obstante las diferencias habidas en términos de tiempo y espacio. Las instituciones jurídicas del *fideicommissum* romano y el *trust* anglosajón, dan un claro ejemplo de ello.

Aunque no se tiene un dato cierto las opiniones prevalecientes anotan los últimos años de la República como los de la introducción del *fideicommissum* en el Derecho Romano; se habla del año 27 a.C. aproximadamente.

En lo referente al *trust*, la época de su más remoto antecedente se ubica en el siglo XIII de nuestra era según lo citan los estudiosos de la materia, sin embargo la creación del *trust* propiamente dicho, aconteció en el siglo XVI, después de la promulgación de la Ley de Usos de Enrique VIII, Rey de Inglaterra.

Entre las fechas aproximadas de sus respectivos nacimientos, median de trece a dieciséis siglos de diferencia y, por supuesto, una enorme distancia tomando como referencia las dos ciudades más representativas de la evolución del pueblo romano y el pueblo inglés.

Entre Roma y Londres hubo una escasa comunicación pues el imperio romano, si bien llegó al territorio inglés, nunca ejerció notable influencia en el lugar. Julio César inició la invasión en el año 54 a.C.; fue continuada por Claudio en el siglo I de esta era, y por Adriano y Severo cien años después; concluyó con el retiro de los ejércitos de Roma en el año 407.

Durante su estancia en el territorio inglés, los romanos fueron tolerantes; respetaron la vigencia de las costumbres locales, nunca ejercieron de manera vigorosa su poder y permitieron la presencia amenazadora de diversos pueblos como los celtas, anglos y sajones. Tal vez todo ello ocurrió como consecuencia de la distancia con los centros políticos del imperio y, quizás, las diferentes condiciones climatológicas con relación al Mediterráneo.

A pesar de cierta difusión de sus principios de manera indirecta y por supuesto muy limitada por vía de la cristianización iniciada en el año 596, no hubo recepción del Derecho Romano en Inglaterra, y por tanto no es posible afirmar la existencia de una notoria influencia condicionante de semejanzas como las sostenidas en renglones posteriores de este trabajo.

El *fideicommissum* romano y el *trust* anglosajón se desarrollaron por separado, cada uno en función de sus propias circunstancias, de manera independiente y sin influencia de uno a otro; no obstante, mantienen un interesante desenvolvimiento paralelo según se habrá de evidenciar más adelante.

II. FIDEICOMMISSUM ROMANO

A) CONCEPTO DE FIDEICOMMISSUM

Fideicommissum significa “encargo de confianza” o, también, “encargo de fe”. Fue una operación consistente en una súplica que una primera persona hacía a otra para realizar ciertos actos en beneficio de una tercera persona, y, claro es, como su nombre lo indica, el destinatario de la súplica era de la confianza del suplicante y depositaria de su fe.

El hacedor de la súplica esperaba que el receptor de la misma actuara en los términos de lo solicitado, evidenciando con su comportamiento hacer honor a la petición pues entre ambas personas había una relación estrecha denotativa de 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 *fideicommissum* obligaba al gravado a la fidelidad, es decir, a mantener la palabra¹. 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.²

B) UBICACIÓN DEL FIDEICOMMISSUM EN EL DERECHO ROMANO.

El fideicommissum tiene aplicación en el contexto del rígido derecho sucesorio, pues 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.³

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 per-

1

...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*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 103.

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

³ Cfr. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, reimpresión a la 10ª ed. italiana, trad. de José M. Caramés Ferro, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 647; D’Ors Álvaro, *Derecho privado romano*, 8ª ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991, p. 323; MARGADANT S., Guillermo F., *El Derecho privado romano*, 26ª ed., México, Esfinge, 2008, p. 504.

mite 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*);

- a) 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);
- b) los *dediticios* (sujetos originarios de poblaciones que resistieron la conquista de los romanos);
- c) 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);
- d) personas inciertas (hijos póstumos, personas que designaran terceros, o cuya designación proviniese de un acto casual establecido en el testamento);
- e) personas jurídicas;
- f) 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);
- g) personas castigadas por herejía o apostasía;
- h) los que en el momento de la apertura del testamento ya no vivían.

El *fideicommissum* se utilizó para beneficiar con la transmisión de bienes a las personas mencionadas eludiendo dictar testamento, pero es posible que otra razón que hubiese alentado su

uso fuera 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”⁴ 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.”⁵

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 seguir el camino de la sucesión testamentaria y evitar el uso del fideicomiso. Esto tiene explicación en razón de algunas particularidades de necesaria mención en seguida.

Primeramente se requiere tener presente la situación en la que se encontraba el heredero. En palabras de Álvaro D’Ors, “*La colo-*

⁴ SOHM, Rodolfo, *Instituciones de derecho privado romano*, trad. de Wenceslao Roces, México, Ediciones Coyoacán, 2006, p. 339.

⁵ BONFANTE, Pietro, *Instituciones de derecho romano*, s.f., México, Tribunal Superior de Justicia, 2007, p. 633.

cación de un heredero en la posición jurídica del difunto se llama sucesio. El heredero sucede al difunto porque continúa su personalidad en todas aquellas situaciones y relaciones que son transmisibles. Ese conjunto patrimonial transmisible es la herencia (hereditas)”.⁶

A esta situación le llama Rodolfo Sohm “*la subrogación en la personalidad patrimonial del difunto*”,⁷ 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...*”.⁸

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*”.⁹

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, repartiéndole 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*

⁶ D'ORS, *op. cit.*, nota 3, p. 239.

⁷ SOHMN, *op. cit.*, nota 4, p. 311.

⁸ ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, nota 3, p. 576.

⁹ BONFANTE, Pietro, *op. cit.*, nota 5, p. 630.

trascendente...[lo que] permite explicar una curiosa pugna entre el heredero, por una parte, y el testador y el legatario, por otra...".¹⁰

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 lo siguiente: 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 recibidas por los legatarios: Ocurría así a consecuencia de una cuestión cultural típicamente romana, pues los hacedores de la herencia por la indicada vía, consideraban al heredero en condición de recibir honrosamente la herencia, lo que se veía 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 los llevó hacia 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 cuando 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 y eso impide a los legatarios designados testamentariamente recibir sus legados, y, por el contrario, a los herederos les permite recibir los bienes del *de cuius*.¹¹

Las condiciones relatadas fueron materia de regulación para evitar, como se dijo, la renuncia 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*

¹⁰ MARGADANT S., Guillermo F., *op. cit.*, nota 3, p. 456 y 465.

¹¹ Cfr. MARGADANT, *op. cit.*, nota 3, p. 494.

para recuperar el cuádruplo de lo que el legatario hubiese cobrado de más...”¹²

Con semejante propósito 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. en cuyos términos “... 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...”¹³

Con estas medidas se suponía que el testador tendría inclinación de beneficiar materialmente al heredero, lo que a su vez llevaría a éste a aceptar la herencia y consecuentemente a la recepción de los legados por parte de los legatarios. 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 pequeña 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 (fideicommitere), 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, ecomiendo a la fe...Sin embargo, no sereque-rían palabras ni formas especiales. Se podía hacer el encargo en el

¹² D'ORS, Alvaro, *op. cit.*, nota 3, p. 314.

¹³ *Idem*.

testamento o en cualquier codicilo y el gravado debía recibir algo del testador o fideicomitente.¹⁴

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 *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 ciu-dades 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 lo cual, se consideró, bajo Augusto (gobernó del 27a.C. al 14 d.C.), 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 mismo)¹⁵ el exigir su cumplimiento.

¹⁴ GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho privado romano. Casos acciones instituciones*, 13ª ed., Madrid, Ediciones Académicas, 2004, p. 628.

¹⁵ SOHM, Rodolfo, *op. cit.*, nota 4, p.407.

Este acontecimiento es relevante en tanto 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”.

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

Así, 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.

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 138 d.C.) los peregrinos y las *personae incertae* fueron declaradas incapaces de recibir fideicomisos.¹⁶

Este estado de cosas permaneció prácticamente sin cambio hasta Justiniano (527-565 d.C.), 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 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”.¹⁷

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 que Justiniano actuó con propósitos codificadores, pero también como una consecuencia natural de las cosas, ya que 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.¹⁸

¹⁶ Cfr. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *op. cit.*, nota 3, pp. 647 a 652; Bonfante Pietro, *op. cit.*, nota 5, pp. 633 a 635, y 653 a 656; D'ORS, Álvaro, *op. cit.*, nota 3, pp. 329 y 330; GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *op. cit.*, nota 14, pp. 628 y 629; SAMPER POLO, Francisco, *Derecho romano*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, pp. 250 a 253; Margadant S. Guillermo Floris, *op cit*, nota 3, pp. 494 a 507.

¹⁷ BONFANTE, Pietro, *op. cit.*, nota 5, p. 635.

¹⁸ Bonfante llama al legado “*fideicomiso singular*” *op. cit.*, nota 5, p. 636.

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 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.

III. TRUST ANGLOSAJÓN

A) EL ORIGEN DEL COMMON LAW

Enrique II rey de Inglaterra del 1154 al 1189, fue quien dio inicio al *common law* de acuerdo con el Dr. Margadant.¹⁹ Este sistema normativo es producto de una interesante evolución que se explica de la manera que en seguida se anota.

Del norte de Francia llegaron los normandos a Inglaterra en el año de 1066. Dirigidos por Guillermo I también llamado el Conquistador, ocuparon el territorio inglés en el año mencionado a su muerte, Inglaterra fue gobernada por sus descendientes Guillermo II, Enrique I y Esteban I. Años de inestabilidad marcaron la etapa de éste último, porque Matilda, hija de su predecesor le disputó el trono y se inició una guerra civil que incluso duraría aún después de que ésta regresara a Francia con su esposo Godofredo V de Anjou. La guerra concluyó cuando Esteban decide pactar con Godofredo para que el hijo de éste y de Matilda, fuera designado rey de Inglaterra a su muerte.

¹⁹ MARGADANT, Guillermo F., *Panorama de la historia universal del derecho*, 5ª reimp. de la 7ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 190.

Así fue como Enrique II accedió al trono inglés, pero tuvo que hacer especiales esfuerzos para regresar al orden que se había perdido.

Las medidas que tomó Enrique II desalentaron el empleo de las armas e hicieron que los individuos se preocupasen más del cuidado de sus propiedades y de los asuntos propios de sus comunidades, participando activamente en las “*courts*” (cortes o tribunales) de éstas. El renovado impulso en la vida de las cortes, tanto en los condados como en los “*hundreds*” (circunscripción territorial que comprendía cien casas rurales), así como el autogobierno en las villas, tuvo una especial trascendencia en el establecimiento del *common law*.

La impartición de justicia era una función tradicionalmente encomendada a la “*King’s Court*”.²⁰ Se trataba de un órgano que presumiblemente estableció Enrique I, dando continuidad a una institución existente en la época previa a la llegada de los normandos a Inglaterra, que era el *Witam* o Consejo de Sabios. La “*King’s Court*” estaba compuesta por unos pocos sujetos reconocidos por su capacidad y conocimiento, y se encargaba de funcionar como suprema corte de justicia y asesor real.

Los años de decadencia durante el período de Esteban, llevaron a la “*King’s Court*” a una situación de gran ineficacia, tanta que la gran mayoría de la población prefería buscar solución a sus problemas en las “*courts*” de los condados y de los “*hundreds*”, o bien en otros órganos que poco a poco habían ido surgiendo en las villas.

Como es lógico, las reglas que se aplicaban en las “*courts*” tenían un claro origen local; las prácticas del lugar eran la fuente de solución de los conflictos.

Si esta situación hubiese continuado de manera indefinida, el efecto hubiera sido el desarrollo de normas particulares, tantas como condados hubiere, sin posibilidad de que el rey pudiese contar con el soporte de una legislación general, por lo que Enrique II determinó que la *King’s Court* estuviese al alcance de cual-

²⁰ También se le conoce como *King’s Council* o *Curia Regis*.

quiera que estuviera en peligro, o bien hubiese sido desposeído de su tierra en forma injusta. En esos casos podría recurrir a la *King's Court* para pedir y obtener protección. Al efecto otorgó a la masa de habitantes de los feudos, acciones posesoria y reivindicatoria, así como derechos en contra de los señores feudales.

Para que esa determinación tuviera aplicación práctica y no quedara en un mero enunciado hueco por la dificultad de acercarse físicamente a la *King's Court*, Enrique II decidió llevar ésta hacia el pueblo. Lo hizo dividiendo el reino en distritos, a los cuales enviaría, de tiempo en tiempo, a tres de los jueces de la *King's Court* mismos que estaban facultados para representar al monarca a fin de hacer justicia en cualquier lugar en donde a él se apelara.

El sistema tuvo tres importantes logros: pudo llevar la asistencia del rey para lograr justicia hacia la mayor parte de la población; los jueces actuaban con mayor independencia de la que pudieron haber tenido los órganos de carácter local; finalmente, y como punto clave, las decisiones de dichos jueces fueron formando un único cuerpo legal, si bien no escrito, pero sí uniforme y general, el *common law*.

Los avances que naturalmente tuvo este sistema, constituyeron un estímulo para el desarrollo de la *Chancery* (Cancillería), que era una instancia de apoyo a las labores administrativas del rey, que estaba a cargo de un *Chancellor* (Canciller) y que en Inglaterra equivalía a un primer ministro²¹. Ésta llevaba un registro contable muy cuidadoso con base en los informes de los alguaciles y era la instancia de soporte administrativo al funcionamiento de la *King's Court*. El rey controlaba la justicia, establecía los impuestos, promulgaba leyes, y, aunque pedía consejo a su corte o a los

²¹ Dice Rabasa que la intervención del canciller se explica en función de que era el custodio del Gran Sello del Estado que debía estamparse en los documentos oficiales. Por tanto, los *writs* necesariamente pasaban por sus manos. Cfr. RABASA, Oscar, *El derecho angloamericano*, México, FCE, 1944, p. 83. Esta idea la confirma ALASTAIR HUDSON, *Equity and Trusts*, 6ª ed., London, Routledge-Cavendish, 2010, p. 15.

barones reunidos en un Parlamento,²² era, en suma, la máxima autoridad.²³

El *common law* se desarrolló por las decisiones de los jueces; es un derecho básicamente judicial. Las resoluciones de los jueces van declarando lo que es derecho en cada caso, con base en los alegatos que ante ellos se formulaban. Es un derecho predominantemente procesal y las nociones sustantivas se van formando en razón de lo que los jueces decidieron en casos anteriores.

Es interesante observar que el *common law* va creciendo en función de problemas ligados a la tierra, lo cual resulta congruente con el ámbito feudal en el cual se instaura. Muchos de los asuntos que se llevaban a los tribunales estaban relacionados con este importante aspecto del sistema feudal. “*Es de la land law de la que los tribunales de common law son particularmente celosos, considerándola como su coto exclusivo*”.²⁴

Los beneficios que el sistema propició al acercar al grueso de la población los mecanismos de impartición de justicia, pronto se convirtieron en sus propios inconvenientes, dada la gran demanda que de sus servicios se tenía. Esta situación orilló a la creación de nuevos tribunales, primero el denominado “*Court of common pleas*” y después el “*Court of King’s Bench*”. Este fenómeno fue la

²² La denominación *Parliamentum*, fue usada por primera vez, de manera oficial, años más tarde, durante el reinado de Enrique III, y no llevaba consigo la idea de elección o representación, ni implicaba una asamblea legislativa; se trataba tan sólo de un conjunto de individuos que se reunían para platicar o discutir sobre algún asunto; Macaulay Trevelyan *George Historia política de Inglaterra*, 2ª ed., en español, FCE, México, 1984, p. 141.

²³ Cfr. MASON WEST, Willis, *The modern world, from Charlemagne to the present time*, revised edition, Mass, Boston, 1924, pp 156 a 164; CARLTON, J., HAYES, H., THOMAS MOON, Parker, WAYLAND, John W., *World History*, New York, 1946, p. 341.; BETTEN, Francis S., and KAUFMANN, Alfred, *The Modern World*, Boston, Mass/Allyn and Bacon, 1919, pp. 184 a 191; MACAULAY TREVELYAN, George, *op. cit.*, *ibidem*, pp. 114 a 130.; STRAYER R., Joseph, *op. cit.*, nota 23, pp. 52 a 68; RABASA, Oscar, *op. cit.*, nota 25, pp.72 a 89.

²⁴ MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *Derecho angloamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la “common law”*, Madrid, Civitas, 1991, p. 35.

simiente del otro sistema jurídico inglés, la equity, según se verá en seguida.

B) *EL ORIGEN DE LA EQUITY.*

No hay una clara definición de competencias entre los tribunales mencionados arriba; en forma genérica se puede decir que el primero de ellos conocía de todos los juicios que pudieran surgir entre cualquier persona; el segundo trataba de los asuntos en los cuales la corona tuviese un interés directo, tanto civiles como penales.

En realidad esos tribunales se crearon para tratar de atender el mayor número posible de casos en función del deseo de la población de obtener la directa intervención del rey en la solución de los conflictos. Los tribunales creados aliviaban las presiones hacia el rey y eran el vínculo que lo unía en esta importante función con el pueblo.²⁵

El rey era la máxima autoridad; el pueblo buscara su autoridad, más la de orden moral que la formal, para tratar de encontrar la satisfacción a sus intereses, especialmente cuando las resoluciones de los tribunales constituidos resolvían de manera diferente a lo que eran sus pretensiones. Es de tener en cuenta que el King's Bench, no era una instancia adecuada para atender este tipo de situaciones, porque el propósito de su creación era otro, con la competencia que quedó anotada.

Los tribunales emitían sus fallos conforme a las reglas del common law. Esas reglas provenientes de costumbres y usos, eran aplicadas de manera rigurosa y no necesariamente encontraban opiniones contestes.²⁶

²⁵ Cfr. PLUCKNETT THEODORE, F.T., *A concise history of the common law*, 5ª ed., New Jersey, The lawbook Exchange, 2001, pp. 146 a 150.

²⁶ Citando a SLAPPER GARY and KELLY DAVID, la distinguida jurista mexicana Consuelo Sirvent dice: “*Por lo tanto el common law era común para todos en su aplicación, pero por supuesto no común de todos*”, SIRVENT GUTI-

Los procedimientos se manejaban con gran rigidez; se iniciaban con los llamados *writs* (fórmulas escritas indispensables para iniciar los procedimientos ante los tribunales de cuya elaboración se encargaba la Cancillería) y su aplicación se circunscribía a los asuntos relacionados con las cosas, específicamente la tierra. El *common law* poco contemplaba en lo que toca a las personas, de manera tal que no daba soluciones adecuadas cuando se pretendía fincar responsabilidades a los sujetos, por ejemplo cuando el contenido de las obligaciones consistía en una conducta del obligado (hacer o no hacer).²⁷

De ahí que los interesados acudieran en búsqueda de la justicia del rey (*prerogative of mercy*), quien fue encomendando estos asuntos al Canciller, en razón de la experiencia que había ganado a través de la preparación de los *writs*. La encomienda se hacía por medio de la *King's Court*, en ejercicio de funciones no jurisdiccionales, sino de asesoría o consejo que brindaba al rey.²⁸

Todos estos factores llevaron a que el Canciller resolviera las peticiones que al rey se habían formulado, pero no lo hacía siguiendo las reglas del *common law* (hubiera carecido de sentido hacerlo de esa manera), sino que siguió otros patrones de comportamiento y sus decisiones fueron “*de acuerdo con la conciencia*”.

El canciller recurrió a esa referencia para tomar sus decisiones, en función de ciertos elementos que lo explican con facilidad: el primero de ellos es que en ejercicio de sus funciones de apoyo administrativo para el rey, estaba considerado como “*custodio de la conciencia del rey*”; el segundo, porque se acostumbraba que la posición de canciller fuese desempeñada por un miembro de la comunidad eclesiástica. “*Puesto que los primeros cancilleres eran eclesiásticos, normaban su criterio sobre justicia abstracta conforme a los principios del derecho canónico, basando sus ideas de equidad*

ÉRREZ, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 10ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 71.

²⁷ Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *op. cit.*, nota 28, p. 69.

²⁸ Cfr. PLUCKNETT THEODORE, F.T., *op. cit.*, nota 29, p. 180.

*en la consideración de que los litigantes debían obrar conforme a los dictados de la razón y la conciencia...*²⁹

Lo que siguió, cayó por su propio peso. El incremento rápido y voluminoso de las peticiones hacia el rey que fueron turnadas al canciller, llevó a que la Cancillería se tornase en un auténtico tribunal que trabajaba con base en principios diferentes a los del *common law*. Esos principios provenientes del derecho canónico, estrechamente vinculados a la pretensión de lograr justicia, no eran otra cosa que la eterna idea de equidad de la que incluso se hablaba en la antigua Grecia. Habían surgido así dos instituciones de fundamental importancia en el desarrollo del derecho angloamericano: la *Court of Chancery* y la *equity*.

Para comprender lo que la *equity* es en el marco del derecho inglés, es necesario dejar sentados algunos principios: (i) la *equity* no equivale a equidad como quiera que ésta pueda ser entendida en un sentido ético, aunque tampoco puede perderse de vista que son conceptos íntimamente relacionados; (ii) la *equity* es una rama de derecho, que se formó de manera complementaria ante la imposibilidad de dar solución a un gran número de supuestos conforme a los usos y las costumbres que estaban reconocidas jurídicamente mediante el *common law*, el cual funcionaba, básica y sustancialmente, a través de las resoluciones de los tribunales que actuaban conforme a las concepciones originales de esos usos y costumbres y sin incorporar los nuevos fenómenos que la evolución misma de la vida genera;³⁰ (iii) como rama de derecho que es, la *equity* fue construyendo al paso del tiempo sus conceptos, formas y procedimientos, que tienen la característica común de ser más flexibles y adaptables a las circunstancias que los del *common law*.

En el contexto de la gran amplitud que pueda darse a un concepto de equidad, éticamente hablando, es de utilidad traer aquí

²⁹ RABASA, Oscar, *op. cit.*, nota 25, p. 139.

³⁰ La *equity* es, necesariamente, complementaria. Citando a Maitland, Javier Martínez-Torrón anota: "Sin la *common law*, la *equity* sería un castillo en el aire, una quimera". MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit.*, nota 28, p. 74.

las palabras de Alastair Hudson, profesor de Equidad y Derecho en la Queen Mary University of London, quien anota: “*At its root, equity is concerned to prevent a defendant from acting unconscionably (literally, contrary to conscience) in circumstances where the common law would otherwise allow the defendant to do so*” (En su esencia, es propio de la equidad evitar que el demandado actúe inconscientemente en circunstancias conforme a las cuales el common law se lo hubiera permitido).³¹ Nótese como según esta idea el sistema de equity busca evitar una conducta inadecuada, lo cual es, según se confirmará más adelante, justamente el propósito central de este sistema.

C) EL PRIMER ANTECEDENTE DEL TRUST: EL “USE”

El “uso” es una institución que se aplicó entre los ingleses desde tiempos que no se han podido precisar, aunque algunos autores consideran que pudo haber nacido en el siglo XIII. Así lo afirma , por ejemplo, Batiza.³²

Rabasa coincide con esa primera referencia. Uno y otro autores estiman que así pudo haber ocurrido, en virtud de que en el año de 1217 se promulgó la Ley de Manos Muertas, en cuyos términos quedó prohibido que las corporaciones religiosas adquirieran y poseyeran tierras, a fin de evitar que quedaran fuera del comercio e improductivas. Para salvar la prohibición se recurrió a hacer transmisiones ficticias, en cuya virtud se enajenaban a terceras personas y éstas permitían a dichas corporaciones que usaran las tierras y las aprovecharan como lo haría cualquier dueño. Por supuesto esas terceras personas aparecían, para cualquier efecto legal, como las auténticas propietarias de los bienes y por tanto no había violación a las disposiciones legales mencionadas.³³

³¹ ALASTAIR HUDSON, *op. cit.*, nota 22, p. 21.

³² BATIZA, Rodolfo y LUJÁN, Marcial, *El fideicomiso, teoría y práctica*, 9ª ed., México, Porrúa/Universidad Panamericana, 2009, p. 6.

³³ Cfr. RABASA, Oscar, *op cit*, nota 25, p. 275.

El “uso” era una relación de confianza en la que una persona transmitía a otra un bien inmueble. El receptor, que recibía la denominación de *feoffee to use*, devenía en el propietario legal del bien, pero al mismo tiempo recibía una encomienda consistente en permitir que otra persona llamada *cestui que use*, la aprovechara como si fuera el propietario de ese mismo bien. Esta relación era de estricta confianza pues el *feoffee to use* recibía una encomienda que lo llevaba a actuar para beneficio de una tercera persona, que en ocasiones podía ser la misma de quien recibió dicha encomienda.

El “use” hizo aparecer una modalidad en lo que a la propiedad se refiere, porque la transmisión en favor del *feoffee to use* convertía a éste en dueño legal de la tierra, pero al mismo tiempo surgía otro dueño, el *cestui que use*, que lo era en tanto que se trataba de quien gozaba de los beneficios y prerrogativas de ser dueño.

Esta dualidad es explicable sólo en el derecho inglés (después se extendió a otros países y en el presente habría que decirlo más genéricamente refiriendo al derecho angloamericano), a consecuencia de los dos diferentes tipos de régimen que en el mismo se formaron: *el common law y la equity*. La propiedad formal corresponde al primero de ellos; la propiedad de beneficios corresponde al segundo.

Es necesario considerar que el “use” nació como subterfugio para eludir la aplicación de algunas disposiciones que en ciertos y determinados momentos afectaron los intereses económicos de diversas personas. El mencionado caso de las corporaciones religiosas así lo indica, pero podrían agregarse otros varios, por ejemplo, el de los caballeros que acudieron a las cruzadas (1095-1291) que en el “use” encontraron un medio de protección de sus propiedades al quedar en manos de otras personas en quien ellos confiaban; también es de citar las muchas ocasiones en que el “use” fue útil para eludir muchas reglas relativas al régimen feudal que favorecían a los señores feudales imponiendo onerosas cargas a los enfeudatarios, o el caso suscitado en la época de la Guerra de las Rosas (1455-1485), cuando los vencedores en alguna de las

múltiples batallas confiscaban los bienes de los aliados de los perdedores. En todos estos casos, al establecer el “use”, el potencial perjudicado dejaba de ser dueño legal de la tierra y hacía nugatoria la imposición de la medida que le hubiese afectado; el “use” le permitía continuar disfrutando de su “propiedad”, ahora en un sentido más bien económico y por supuesto de *equity*.

El “use” sirvió a los propósitos para los que estaba establecido, en tanto el *feoffee to use* actuase en concordancia con la encomienda que había recibido, pero en muchos casos no fue así y los tribunales del *common law* no podían proteger al original propietario, porque para los efectos del mismo régimen, el *feoffee to use* era el dueño. En otras palabras, el “use” no estaba reconocido por el *common law* y en consecuencia se trataba sólo de un caso de transmisión legal de la propiedad. Los tribunales del *common law* no hicieron algo para beneficio del *cestui que use*, porque el caso no estaba considerado dentro de las costumbres consideradas en resoluciones previas.

El “use” se convirtió en institución de la *equity*, a partir de que el Canciller le dio reconocimiento y protegió al *cestui que use*, lo cual ocurrió desde mediados del siglo XV, según afirma Batiza, quien invoca a Scott en los siguientes términos: “Si los jueces del *common law*, en lugar de los cancilleres, reflexiona Scott, hubieran ejercido la jurisdicción sobre los usos, quizá los habrían asimilado a pactos o condiciones declarando inválidos, como contrarios al espíritu de la ley, muchos de sus propósitos; pero durante esa crítica etapa del desarrollo, por fortuna, los usos fueron de la exclusiva competencia de la equidad y vistos con actitud liberal”.³⁴

Con el reconocimiento que la *Court of Chancery* dio al “use”, se produjeron varios efectos, por ejemplo, quedó plenamente establecida la noción de *dominio beneficioso o equitativo* para identificar al derecho de equidad de que gozaba el *cestui que use*; se permitía la transmisión de ese derecho incluso por sucesión hereditaria; el “use” prevalecía en caso de transmisión, frente a cualquiera otro que pudiese alegar tener derecho sobre el bien materia

³⁴ BATIZA, Rodolfo y MARCIAL, Luján, *op. cit.*, nota 38, p. 9.

del mismo, y como todavía no se establecía el principio de que la equidad sigue a la ley,³⁵ en muchos casos el “use” fue francamente utilizado para hacer transacciones fuera del marco del *common law*, generando aplicaciones abusivas de la figura en perjuicio de acreedores, de herederos, o incluso de la misma corona que dejaba de percibir los ingresos que en otras condiciones hubiera recaudado.

Para modificar este estado de cosas, Enrique VIII promulgó la Ley de Usos (Statute of Uses) en el año de 1533. El régimen que con esta ley se estableció, modificó sustancialmente el funcionamiento del “use”, confiriendo al *cestui que use*, el dominio absoluto del bien. La figura del *feoffee to use* quedaba así eliminada. Se decía que en estas condiciones el “use” quedaba ejecutado. En lo sucesivo, si se operaba una transmisión de propiedad hacia una persona para uso de otra, produciría el efecto de que el beneficiario del uso sería considerado como el propietario legal.

Esta ley, en apariencia vino a eliminar el “use”, sin embargo ocurrió algo que lo impidió y que sucintamente consistió en lo siguiente: La Ley de Usos no comprendía todos los supuestos en los cuales el “use” se aplicaba, como era el caso del “use” que imponía un deber activo, es decir, cuando al *feoffee* se le imponían algunas obligaciones de hacer. Tampoco comprendía un arrendamiento a través de un “use”, y finalmente, en el caso más significativo, un “use” que derivaba de otro “use”. En este tercer supuesto, los tribunales del *common law* consideraron que a través del “use” no cabía la posibilidad de conferir “uses” para un segundo, tercero o cuarto casos, porque el “use” se ejecutaba en el primer caso deviniendo en propietario el primer *cestui que use*. Así era para los tribunales del *common law* según la Ley de Usos, pero no para la *Court of Chancery* que manejaba sus propios criterios y reglas con base en la equidad, y para la cual era plenamente admisible que hubiese un dueño en equidad, o varios de ellos que intervendrían de manera sucesiva, con ese carácter y en relación al dueño legal

³⁵ Principio de aplicación obligatoria para los jueces de esta rama. ALASTAIR HUDSON, *op. cit.*, nota 22, p. 21.

que lo era el primer *cestui que use*. Además, en complemento de ese criterio, y a fin de colocar el caso fuera del marco de aplicación de la ley mencionada, a estas operaciones se les llamó *Trust*, refiriendo la naturaleza de la relación entre el original propietario y el *feoffee*.³⁶

IV. COMPARACIÓN ENTRE *FIDEICOMMISSUM* Y *TRUST*

Resulta del mayor interés, tener en cuenta que el *fideicommissum* del Derecho Romano y el *trust* del derecho anglosajón, nacieron y se desarrollaron en condiciones muy parecidas, según se anota en seguida y en la tabla posterior, no obstante las evidentes diferencias de tiempo y lugar.

A fin de identificar con precisión tales semejanzas, se les anota en la relación de los siguientes renglones y se les compendia en la tabla inserta al final de este apartado.

1.- Restricciones a la libre disposición de bienes: Ambas instituciones surgen por motivos equivalentes, como una alternativa para superar limitaciones que la legislación imponía a ciertos sujetos, concretamente el régimen sucesorio en el Derecho Romano y la Ley de Manos Muertas en el sistema inglés.

2.- Medida práctica para superar la limitación: Los impedimentos planteados por los respectivos regímenes legales fueron superados por los interesados a través del uso de ciertas figuras

³⁶ Este acontecimiento que es muy significativo porque dio lugar al establecimiento del *trust* como tal, viene a culminar un aspecto de la mayor importancia en la evolución de estas figuras jurídicas, pues habrá que recordar que los tribunales de equidad intervienen básicamente para asuntos *in personam* y, en consecuencia, su actuación tanto para el “*use*”, como ahora para el *trust*, tiene sentido en razón de constreñir al *feoffee* a actuar de acuerdo a lo que hubiese establecido el dueño original del bien. Para mayor y mejor conocimiento de lo expuesto en los párrafos a que esta nota se refiere y superiores, véase: Batiza Rodolfo, *op. cit.*, nota 38, pp. 4 a 12; RABASA, Oscar, *op. cit.*, nota 25, pp. 270 a 285.

jurídicas. En los dos casos, su aplicación está orientada a evitar la rigidez de las disposiciones legales correspondientes, y por tanto- *fideicommissum* y *use* (el *trust al pasodel tiempo*) funcionan fuera del marco legal establecido, como manifestación de usos específicos que adoptan las personas que sufrían los límites mencionados.

3.- Referencia a un régimen alternativo de mayor flexibilidad: *Fideicommissum* y *trust* surgen en razón de la aplicación de criterios de flexibilidad con respecto al régimen legal preponderante; en el caso del *fideicommissum*, el *ius honorarium* que supera los inconvenientes del *ius civile*; en el caso del *trust*, la *equity* que flexibiliza la rigidez del *common law*.

4.- *Fideicommissum* y *Trust* son encomiendas de confianza: Las dos instituciones se manifiestan como encomienda, y en tanto que tal, con especial énfasis en una relación de confianza, lo que se evidencia con los vocablos que, respectivamente, les dan nombre.

5.- Pretensión de regulación para evitar su aplicación: Tanto en el régimen romano como en el inglés las autoridades hicieron intentos legislativos para evitar la aplicación de ambas instituciones, sin resultados positivos. En el Derecho Romano los intentos fallidos fueron el *Senado consulto Trebeliano* y el *Senado consulto Pegasiano*, y en el caso inglés, el *Statue of Uses*.

6.- Violación a la encomienda de confianza: Al paso del tiempo se presentan, para los dos casos, circunstancias semejantes por fenómenos de traición a la confianza depositada en quienes recibían la encomienda, lo que impulsa a los defraudados a buscar la ayuda de las autoridades para constreñir a los deshonestos al cumplimiento de los deberes asumidos.

7.- Designación de autoridades para resolver disputas: En ambos casos intervinieron ciertos funcionarios para atender la situación generada por falta de cumplimiento a las encomiendas. El *Praetor Fideicommissarii* para el *fideicommissum* y la *Court of Chancery*, tratándose del *trust*.

Por último, conviene tener presente, a manera de semejanza, que ambos sistemas funcionaron en su origen dando preponderancia a la parte procesal, al derecho activo en los tribunales, a la

acción, situación que permitió resaltar que *fideicommissum* y *trust* crecieron en razón de la protección que buscaron las personas que habían sido defraudadas por fiduciarios incumplidos.

En síntesis, *fideicommissum* y *trust* son instituciones reveladoras de que la regulación jurídica tiene como fuente al comportamiento humano en un contexto de generalidad, y los datos aportados dan indicios de que, funcionalmente, *fideicommissum* y *trust* fueron, de origen, instrumentos al servicio de los mismos propósitos.

V. TABLA COMPARATIVA

| SUPUESTO | FIDEICOMMISSUM | TRUST |
|---|--|--|
| Restricciones a la libre disposición de bienes | <i>Sí, en el régimen sucesorio. Lex Voconia (169 AC) y Lex Falcidia (40 AC)</i> | <i>Sí, con la Ley de manos muertas (1217)</i> |
| Medida práctica para superar la limitación | <i>Fideicommissum 27 AC</i> | <i>Use S XIII</i> |
| ¿Existe un régimen alternativo más flexible? | <i>Sí: el ius honorarium</i> | <i>Sí: la equity</i> |
| ¿La medida práctica consiste en una encomienda de confianza? | Sí | Sí |
| ¿Se dictaron disposiciones para limitar la medida práctica? | <i>Sí: Senado consulto Trebeliano y senado consulto Pegasiano, años 56 y 75 DC, respectivamente.</i> | <i>Sí: Statute of uses y Trust 1533 (S. XVI). Enrique VIII</i> |
| ¿Fideicommissum y Use funcionaban sin contratiempos? | No | No |
| ¿El inconveniente era la conducta deshonesto del receptor de la encomienda? | Sí | Sí |
| ¿Hubo instancias especiales de autoridad que conocían estos asuntos? | <i>Sí: praetores fideicommissarii (entre los años 41 al 54 AC)</i> | <i>Sí: Court of Chancery S. XV W</i> |
| ¿Las autoridades intervinieron en favor de hacer respetar la voluntad de los otorgantes de la encomienda? | Sí | Sí |

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALASTAIR HUDSON, *Equity and Trusts*, 6ª ed., London, Routledge-Cavendish, 2010.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, reimpresión de la 10ª ed. italiana, trad. de José M. Caramés Ferro, Buenos Aires, Depalma, 1986.
- BATIZA, Rodolfo y LUJÁN, Marcial, *El fideicomiso, teoría y práctica*, 9ª ed., México, Porrúa/Universidad Panamericana, 2009.
- BETTEN FRANCIS, S., and Kaufmann Alfred, *The Modern World*, Boston, Mass/Allyn and Bacon, 1919.
- BONFANTE, Pietro, *Instituciones de derecho romano*, s.f., México, Tribunal Superior de Justicia, 2007.
- CARLTON, J., HAYES, H., THOMAS MOON, Parker, MAYLAND, John W., *World History*, New York, 1946.
- D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 8ª ed. revisada, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho privado romano. Casos acciones instituciones*, 13ª ed., Madrid, Ediciones Académicas, 2004.
- MARGADANT S., Guillermo F., *El Derecho privado romano*, 26ª ed., México, Esfinge, 2008.
- MACAULAY TREVILLIAN, George, *Historia política de Inglaterra*, 2ª ed. en español, México, FCE, 1984.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *Derecho angloamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la "common law"*, Madrid, Civitas, 1991.
- PETIT, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de José Fernández González, México, Editora Nacional, 1952.
- PLUCKNETT THEODORE, F.T., *A concise history of the common law*, 5ª ed., New Jersey, The lawbook Exchange, 2001.
- RABASA, Oscar, *El derecho angloamericano*, México, FCE, 1944.
- SAMPER, Polo Francisco, *Derecho romano*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003.

SCHULZ, Fritz, *Principios del derecho romano*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2000.

SOHM, Rodolfo, *Instituciones de derecho privado romano*, trad. de Wenceslao Roces, México, Ediciones Coyoacán, 2006.

STRAYER, Joseph R., *Sobre los orígenes medievales del estado moderno*, Barcelona, Ariel, 1981.

WILLIS MASON, West, *The modern world, from Charlemagne to the present time*, revised edition, Boston, Mass, 1924.

