

# UNA *RELECTIO* DEL JURISTA PERUANO BAQUÍJANO Y CARRILLO SOBRE LEGADOS Y FIDEICOMISOS (D. 32.39)

Rosario de la FUENTE HORTAÑÓN

SUMARIO: I. *Presentación: La Relectio de legatis et fideicommissis.*  
II. *Cultura jurídica de la época en el Perú.* III. *José Baquíjano y Carrillo su significado social y político: relevancia como jurista. Es-  
critos principales.* IV. *Análisis de la Relectio.* V. *Índice de autores.*  
VI. *Bibliografía.*

## I. PRESENTACIÓN: LA *RELECTIO DE LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS*

El tema que sirve de marco al presente trabajo es el tratamiento de las figuras de los legados y fideicomisos a través de la Exposición y Comentario de la Ley Pamphilo<sup>1</sup> para obtener la cátedra primaria de Leyes en la Real Universidad de San Marcos de Lima, por el doctor José Baquíjano y Carrillo.<sup>2</sup> La *Relectio*, escrita en latín, fue mandada publicar, previa solicitud de la censura y las licencias, por el doctor don Luis Carrillo, Capellán Real, el señor juez director de estudios, don Manuel Mansilla Arias de Saavedra y el doctor don Joseph Irigoyen, el 30 de mayo de 1788. Se concedió la licencia para que se imprimiera la Prelección, el día 2 de junio de 1788.

<sup>1</sup> D. 32, 39.

<sup>2</sup> He realizado el presente trabajo con el texto original en latín. También he revisado la edición, publicada en el volumen 3, t. I de la *Colección Documental de la Independencia del Perú*, Lima, Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú, 1976, pp. 331-368. La investigación, recopilación y prólogo a cargo del historiador Miguel Maticorena Estrada. He revisado la traducción hecha por Eguiguren, Luis Antonio, *El derecho del Perú virreynal. Crisis del derecho y justicia*, Lima, Empresa Gráfica T. Scheuch, 1964, pp. 375-415. He cotejado ambas traducciones con el texto original. Me he basado asimismo, en las versiones en castellano del *Digesto* de Justiniano realizada por Ildefonso García del Corral (*Lex Nova*, Valladolid reimpr. 1988) y la dirigida por Álvaro D'Ors, *El Digesto* de Justiniano, Pamplona, Aranzadi, 1968-1975.

Luis Antonio Eguiguren, señala<sup>3</sup> que se se atrevió a hacer la traducción, porque en un periodo de tres siglos y medio, nadie se ocupó de averiguar que decían los libros y copias escritas en latín, por los maestros de la primera Universidad Americana. Y consideraba que era la mejor manera de celebrar el cuarto centenario de la Universidad de San Marcos. Además de la *Relectio* que nos ocupa, actualizará la obra de otros intelectuales, de los siglos XVII y XVIII, que dieron vida a la institución, entre ellos, Diego de León Pinelo, Francisco de Sosa, Feliciano de la Vega, Toribio Rodríguez de Mendoza, Pedro Peralta Barnuevo y Ángel de Luque.

Si bien más adelante ahondaremos en el por qué escogió la Ley Pánfilo de legados y fideicomisos, quiero resaltar lo que continúa diciendo Eguiguren: que si bien el tema tratado, el fideicomiso, institución jurídica y humanísima, que pertenece a la categoría de las creaciones históricas sin vigencia, puede que no interese hoy día, queda bien patente la categoría de profesor universitario de nuestro autor, por la cultura jurídica que demuestra, con dominio del derecho romano y muy bien informado de la producción europea, especialmente la española.<sup>4</sup> Ante la pregunta, ¿qué evolución sufrió el fideicomiso a través de la actividad jurídica, de los siglos desde la época romana? Responde que es un tema que pertenece a la historia de las instituciones jurídicas, y por lo tanto ajeno a la publicación que él hace. Hasta 1964, no había sido traducida, y si bien, como también veremos ha sido mencionada por diversos autores, se ha prescindido de hacer la glosa, el estudio jurídico de la misma.<sup>5</sup> Considera haber cumplido un deber de lealtad intelectual al entregarlo a los estudiosos de nuestro país, ya que como maestro supo formar el espíritu de generaciones que desaparecieron, pero que hicieron valer los conocimientos recibidos de sus maestros de San Marcos.

3 *Cfr. op.cit.* p. 11.

4 *Cfr. op. cit.* pp. VIII-X del *Prólogo*.

5 En los años 1992-1993, Antonio Dougnac Rodríguez realiza una investigación muy interesante: "El humanismo jurídico a través de dos reelecciones en la Universidad de San Marcos de Lima", una de ellas es la *Relectio* de Baquijano *cfr. Revista de Estudios-Jurídicos* (sección *Historia del derecho indiano*) núm. XV, Valparaíso, Chile. Fijándose sólo en los autores mencionados en la *Relectio*, profundiza en el pensamiento jurídico del siglo XVIII y las ideas imperantes, influencia de la Ilustración, de la escuela humanista del *mos gallicus*. *Cfr.* Asimismo, las conclusiones a las que llega, en *op. cit.* p. 215 y ss. Pero no examina la Ley Pánfilo.

## II. CULTURA JURÍDICA DE LA ÉPOCA EN EL PERÚ

Nos situamos a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX. Se suele decir que un cambio de siglo comporta grandes modificaciones, tanto en el mundo de las ideas como en la vida personal de los individuos, y de las instituciones. La capital del Perú, Lima, había ejercido una clara hegemonía sobre toda América del sur. Ello debido al sistema de monopolio comercial que se había establecido en los siglos anteriores bajo la monarquía de los Austrias. Los comerciantes limeños, formaban un grupo poderoso, pero se verán afectados por la llamada crisis del siglo XVIII, al iniciarse las reformas por los primeros reyes Borbones, principalmente bajo el reinado de Carlos III. Es en el año 1777 cuando se crea el Virreinato del Río de la Plata, desligándose del Virreinato peruano, aumentando la importancia del puerto de Buenos Aires. En 1778, al promulgarse el reglamento del libre comercio, dejará sin hegemonía al Puerto del Callao, con el consiguiente malestar de la aristocracia limeña.

Al Perú ha llegado el pensamiento de la Ilustración, aprendiendo a valorar la idea de libertad, quedando desprestigiada la de autoridad. Se introducen nuevas ideas, si bien en Inglaterra o Francia, se apartan de la concepción cristiana de la vida, en Perú se mantienen principios cristianos. Nos encontramos con una influencia del humanismo jurídico, del *mos gallicus*, también de la Segunda escolástica española,<sup>6</sup> y del *mos italicus* tardío. Fue la *anquilosis* de la escolástica universitaria la que dio paso al humanismo. Los juristas indianos estaban influenciados por la cultura jurídica romana, componente esencial del *ius commune*. Fueron los españoles quienes aportaron su derecho al que se injertará también el llamado derecho indiano. Estamos en plena época del barroco, en el arte, la literatura, y el derecho no escapan a su influencia. Se hacen alardes de erudición, la doctrina jurídica llega a ser exagerada, aceptando el predominio del *mos italicus* tardío, citando a numerosos autores italianos y españoles, cuando en Europa nos encontramos con las corrientes iusnaturalistas. En las obras jurídicas de ésta época se deduce el método científico de los juristas del *mos italicus*: practicaban una *duplex interpretatio* de los textos, partiendo de la *ratio* de las decisiones casuísticas, y sin importarles la estructura o el sistema de las distintas materias, les servía

6 Siguiendo las líneas metodológicas españolas inauguradas en la Universidad de Salamanca por Francisco de Vitoria, la Universidad Mayor de San Marcos se inspiró en la mencionada Universidad.

para apoyar reglas o principios generales aplicables al tema concreto que tenía interés para el autor.<sup>7</sup>

Como observa Ramos Núñez,<sup>8</sup> el rechazo antirromanista planteado en las reformas universitarias no tuvo como desenlace la desaparición del derecho romano. Se insistirá más en el estudio del derecho patrio, y desde 1770 la enseñanza será obligatoria. Siguiendo a Bellomo, cuando habla de la difusión del humanismo jurídico, fija tres líneas a seguir. Esa expansión llega al Perú, a través de la influencia que ejercen los juristas italianos, alemanes y españoles entre nuestros intelectuales.<sup>9</sup> La primera línea consistirá en desacreditar la compilación justiniana (Hotman, 1524-1590, autor de la obra el *Antitribonianus*), se tratará de ignorante a cualquier jurista de los siglos anteriores. En la segunda línea, los juristas van a replantear las materias y argumentos del *Corpus iuris civilis* en el plano de la racionalidad y relatividad histórica. Hay desorden en la *Compilación* y consideran necesario un nuevo orden (entre otros, Hugo Donello, 1527-1591 y Antonio Fabro, autor de los *Rationalia ad pandectas*). En la tercera línea, los juristas siguen estudiando el *Corpus iuris civilis*, desarrollando una actividad erudita sólida y ponen en marcha los estudios de filología jurídica moderna. Se acercan al derecho romano con una mirada nueva: Jacques Cujas, 1522-1590, elaborará una obra de manera constructiva; Dionisio Godofredo, 1549-1622, autor de una esmerada edición del *Corpus Iuris Civilis* justiniano y Santiago Godofredo, 1587-1652, autor de un comentario al *Codex Theodosianus*.

### III. JOSE BAQUÍJANO Y CARRILLO: SU SIGNIFICADO SOCIAL Y POLÍTICO; RELEVANCIA COMO JURISTA. ESCRITOS PRINCIPALES

Nació en Lima, el 13 de marzo de 1751, hijo de Juan Bautista Baquíjano, de la Orden de Santiago y primer conde de Vista-Florida, y de doña María Ignacia Carrillo de Córdova y Garcés de Marsilla. Muere en Se-

7 Cfr. Cuenca Boy, Francisco, "Utilización pragmática del derecho romano en dos memoriales indios del siglo XVII sobre el protector de indios", *Estudios en homenaje a Giuseppe Gandolfi y Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Chile, Universidad Católica de Valparaíso, 1998, vol XX, p. 131.

8 Cfr. Ramos Núñez, Carlos, *Historia del derecho civil peruano, siglos XIX y XX*, Fondo editorial PUCP, 2000, pp. 48 y ss.

9 Cfr. Bellomo, Manlio, *La Europa del derecho común. Il cigno Galileo Galilei*, Roma, 1996, pp. 223 y ss.

villa el 24 de enero de 1817. Ella pertenecía a la aristocracia criolla, descendiente de los primeros conquistadores y encomenderos. Fue el segundo varón, pero el cuarto de ocho hermanos. El mayor, Juan Agustín, heredó el título nobiliario y el mayorazgo a la muerte de su padre. Según lo acostumbrado en la época, debía dedicarse a las letras o seguir la carrera eclesiástica. Con una capacidad y talento extraordinarios, hombre sabio por sus conocimientos en historia, filosofía, derecho, estudió en el Colegio de San Martín, en el Seminario de Santo Toribio y en la Universidad de San Marcos, el derecho civil y el derecho canónico. Con quince años ya era doctor en cánones y leyes. En su *Alegato* de 1788 dirá:

La historia antigua y moderna, tanta sagrada como profana, el derecho de naturaleza y de gentes, así el romano como el patrio, los concilios y tradición de la Iglesia, los autores más escogidos en todo género, fueron mi más dulce entretenimiento, no en una lectura rígida y pasajera, sino estudiosa, atenta y reflexiva, extractando las más importantes doctrinas y sus más notables pensamientos... dicto lecciones extemporáneas, compongo para ellos (los jóvenes) varias piezas de elocuencia...en fin, me instruyo en la jurisprudencia.<sup>10</sup>

Viajará a España en tres oportunidades: 1773-1777; 1793-1802 y de 1814 hasta su muerte en 1817. La primera fecha, 1773, y como criollo intelectual, quiere “enriquecerse en luces”, conocer las nuevas corrientes filosóficas de las que ya tenía noticias por los libros que iban llegando al Perú, a pesar de la vigilancia de la Inquisición; otro objetivo, el de poder conseguir un puesto en la magistratura indiana, u otro importante.

En junio de 1777 estaba de regreso en Lima. Se dedicará a su trabajo de protector honorario de indios ante la Audiencia de Lima, cargo que recibió del virrey Guirior y ostentó desde el mes de abril de 1780. Como es sabido, la Corona española llevará a cabo una política dirigida a reforzar su poder en América y así lograr que España se mantuviera como una potencia mundial. Las famosas reformas borbónicas irán dirigidas a lograr este objetivo. Pero no todas las reformas fueron bien vistas en América. Ya mencionamos las relativas al libre comercio con el consiguiente malestar de los comerciantes limeños. Los gobernantes, para fo-

10 Cfr. Alegato que en la oposición a la cátedra de prima de leyes de la Real Universidad de San Marcos de Lima dijo el doctor don José de Baquíjano y Carrillo, catedrático de vísperas de la misma facultad, socio de la Sociedad Vascongada de los Amigos del País, 29 de abril de 1788, José Toribio Medina, La imprenta en Lima, t. III, 1584-1824, & 1663, p. 181.

mentar el desarrollo del mercado interno colonial acuden, desde 1756 a la figura del repartimiento: la venta obligatoria a los indígenas de distintos productos, no siempre queridos por ellos, a precios más elevados que en el mercado, y así obtener mayores ganancias. Baquijano contribuirá, desde su puesto de protector, a la abolición de esa práctica odiosa. Por sus convicciones cristianas y como defensor de los naturales, no vio con buenos ojos la represión violenta que organizó Areche, después de haber vencido al cacique de Tungasuca. En su célebre *Elogio* pronunciado el 27 de agosto de 1781, expresará con palabras duras su rechazo a los gobiernos despóticos. Como indica Riva Agüero, ya se habían producido revueltas de indios, de blancos, mestizos y mulatos, implicadas en ellas, personas de cierta significación social. Los criollos, manifestaban asimismo, sentimientos de resistencia e insubordinación, quejas contra el régimen colonial. Aprovechará esta ocasión para plantear reformas en la Universidad de San Marcos. Continuaba, en el siglo XVIII adherida al espíritu y métodos de la Edad Media. Las innovaciones españolas llegaban con mucho retraso y debilitadas al Perú. Las mejoras se reducirán a enseñar en la cátedra de vísperas de leyes, el derecho patrio, por lo que ya no se estudiará ni lo antiguo ni lo moderno. Deseaba que además de compaginar el derecho romano con el español, se estudiara a Descartes, a Newton, a Heineccio, entre otros. Los catedráticos, redujeron sus tareas a los grados, exámenes y oposiciones. A pesar de ello, se deseaban las cátedras, al dar renta y suponer poco trabajo, al igual que el cargo de rector, siempre dejaba algún provecho. En la oposición al rectorado venció José Miguel Villalta, aunque él interpuso un recurso ante el virrey. El canónigo Larrión sale ganador frente a Baquijano en la oposición a la cátedra de Prima y Leyes, en 1788.

Se reúne con sus amigos, en la tertulia literaria llamada “Academia Filarmónica”. Insignes profesionales, médicos, juristas, entre otros, Hipólito Unanue, José Rossi y Rubí, Jacinto Calero. Fruto de esas reuniones se constituirá la sociedad económica, “Amantes del País”, imitando a la del conde de Peñaflorida y otras que surgieron en España en la época de Carlos III. El principal objetivo de la sociedad fue la publicación del *Mercurio peruano*, saliendo el primer número el 2 de enero de 1791. Nuestro autor, escribirá bajo el pseudónimo griego de Cephalio, artículos interesantes reflejando el buen conocimiento que tenía de la realidad peruana y su amor al Perú.

Entre estos destacamos: *La historia de la erección y establecimiento de esta Real Audiencia*;<sup>11</sup> *Disertación histórica y política sobre el Comercio en el Perú*;<sup>12</sup> *Historia de la Fundación, progresos y actual estado de la Real Universidad de San Marcos de Lima*;<sup>13</sup> *Historia del descubrimiento del Cerro de Potosí, fundación de su Imperial Villa y actual estado*.<sup>14</sup> Su mentalidad liberal se aprecia en la disertación acerca del comercio, fijándose en los dos pilares de riqueza del país, la minería y la agricultura. Inclinandose a destacar que el futuro del Perú está en la minería, dando a la otra un papel secundario.<sup>15</sup>

En 1793, emprende el segundo viaje a España, con aspiraciones personales, como la de llegar a ser oidor de Lima y tareas encomendadas del Cabildo Limeño y de la Universidad de San Marcos, para lograr los ideales criollos; entre estas, que al menos un tercio de los magistrados de la Audiencia limeña fuesen criollos. No va a lograr con facilidad sus aspiraciones, por la situación política que atravesaba España, al ascender Godoy y retirarse Aranda, que comprendía muy bien lo que ocurría en América. A pesar de ello, en 1795, logra la jubilación en la cátedra de prima de cánones, atendiendo a que fue el primero que en el Perú enseñó el derecho español y el de Indias; y el 19 de febrero de 1797, se le nombró alcalde del Crimen en Propiedad, en la Audiencia de Lima, y al llegar al gobierno Jovellanos, en vez de Godoy, le nombra en 1798, juez de Alzadas Perpetuo del Tribunal del Consulado y del de Minería.

En 1799 quiere regresar a Perú, pero la guerra de España con Gran Bretaña hace muy difícil la navegación, y debe permanecer como residente forzoso en Cádiz. En 1800 es apresado por los ingleses en Gibraltar, perdiendo sus pertenencias personales.<sup>16</sup>

En 1802 llega al Callao y es recibido con entusiasmo. En Lima se dedicará a las tareas que le corresponden por sus recientes nombramien-

11 En el t. I, núm. 21, 1791.

12 En el t. I, núm. 23-31, 1791.

13 En el t. II, núm. 53-56, 1791.

14 En el t. VII, núm. 211-215, 1793.

15 Resalta la abundancia de metales que hay en Perú y plantea las dificultades que tiene la agricultura por la falta de agua en la costa y lo quebrado y peñascoso del terreno en la sierra. La esterilidad de la costa, escabrosidad de la sierra, carencia de capitales y de brazos, falta de caminos, desastrosos efectos de la mezcla de razas. Podríamos seguir profundizando en estas ideas pero nos apartaríamos de nuestro estudio.

16 Cfr. Pacheco Vélez, Cesar, *José Baquijano y Carrillo en Cádiz (1799-1802)* (a través de un epistolario inédito), p. 549. Nos narra el episodio de su apresamiento en una carta del 17 de abril escrita en Algeciras.

tos. Manifiesta empeño, generosidad y constancia en lograr mejoras para los pobladores de Lima, no cejando en dar muestras de su inquietud social. El virrey Abascal, en 1806 le nombrará vicepresidente de la Junta Conservadora del Fluido Vacuno y en 1807 es nombrado oidor de Lima. El año 1809, se convertirá en el tercer conde de Vistaflorida, a la muerte de su hermano Juan Agustín, en Génova, el 2 de diciembre de 1807. Este excluyó de la herencia a hermanos y parientes y, nombró fideicomisarios para que se encargaran de la administración de sus bienes. José Baquijano entabla acción judicial y logra acceder a la herencia del hermano. Aumenta su popularidad, tanto en Lima como en España; allí es muy bien visto por los liberales, y el 20 de febrero de 1812 fue nombrado Consejero de Estado.<sup>17</sup>

Con este nombramiento se dará la igualdad política establecida entre europeos y criollos. La noticia llegó a Lima el 28 de junio decretándose tres días de fiesta.<sup>18</sup>

Ante los sucesos de España, de 1808, la América española siente la solidaridad con España, se reconoce la autoridad de la Junta Central, pero se irá abriendo camino a las ideas de regionalismo y autonomía. Los criollos, y entre ellos Baquijano, ven una ocasión propicia para conseguir las reformas deseadas, sin querer separarse de España. Fue un destacado representante de la doctrina liberal, que basaba la legitimidad del poder político en la representación de la voluntad popular. Es considerado como Precursor del proceso emancipador peruano. Como apunta César Pacheco Vélez, “sin el pensamiento de Baquijano —lucha existencial entre constantes alternativas— el proceso ideológico de la independencia peruana presentaría un insalvable vacío”.<sup>19</sup>

17 Cfr. Riva Agüero, José de la, “Don José Baquijano y Carrillo”, “Estudios de historia peruana. La emancipación y la República”, *Obras completas*, Lima, Instituto Riva Agüero, 1971, vol. VII, p. 72. Resalta lo afable y compasivo que era con todos, hasta con los esclavos, eximio cortesano, agudo y brillante en la conversación, unía a la bondadosa dulzura, un decoro aristocrático y no afectado, que lo hacía respetable. Sus admiradores lo comparaban con Fenelón.

18 Cfr. Riva Agüero, *op. cit.* p. 98 y ss. Con lujo de detalles describe estos agasajos: por las noches la ciudad se iluminaba; en las semanas posteriores hubo toros, y siguió por casa de Baquijano el inacabable desfile de las corporaciones y los gremios. En otras ciudades también hubo fiesta. En Arequipa, tres noches de iluminaciones, y una misa solemne de acción de gracias.

19 Cfr. *Op. cit.* p. 560. Destaca asimismo su actitud ante los primeros brotes de los patriotas separatistas; ante el debate ideológico suscitado en Lima en los breves años de la prensa libre; ante su nombramiento como Consejero de Estado y los rumores de una conspiración en 1812; su actitud ante la beligerancia criolla en las elecciones populares de 1813; su viaje y actitud en la Península hasta el retorno de Fernando VII; el contenido de su Dictámen de 1814; sus intervenciones en los primeros meses de prensa libre en Madrid, luego de la restauración fernandina; la correspondencia

El tercer viaje, lo hace con una breve escala en La Habana, como en 1793.<sup>20</sup> El 8 de diciembre de 1813 sale de ese puerto, arribando a Cádiz el 16 de enero de 1814. Se desata la furia absolutista y Baquíjano escapa de ella al contar con dos amigos en el ministerio: el duque de San Carlos y Lardizábal. Ambos fueron destituidos y desterrados. Baquíjano será confinado en Sevilla. En Perú, ante la ausencia de Baquíjano los liberales se desorganizaron y en 1821 los que quedaron del partido liberal se unieron con San Martín formando la base del partido monárquico que proyectaba colocar en el trono del Perú a un Infante de España. Murió en Sevilla el 24 de enero de 1817.

Riva Agüero coloca a Baquíjano en la generación llamada del *Mercurio*, que representa en la historia peruana el puente entre la Colonia y la República. En 1821 llegó la Independencia, pero ya Baquíjano había comprendido y declarado que no se estaba preparado para una vida libre, el tránsito había sido muy brusco.

#### IV. ANÁLISIS DE LA *RELECTIO*

En 1788 siendo rector el conde de Portillo, pronunció Baquíjano para la oposición a la cátedra de Prima de Leyes, la lección improvisada para explicar la Ley Pánfilo, D. 39, 32, sobre Legados y Fideicomisos.<sup>21</sup> Como contraparte, ya lo hemos señalado, se presentará el canónigo chileno Domingo Larrión, y él ganó la cátedra.<sup>22</sup>

con su agente Nájera, en el largo año del destierro en Sevilla, hasta su muerte; todo prueba que sus esfuerzos intelectuales y políticos ...se dirijan a un ideal de amplias autonomías americanas que se conciliaran con su íntimo designio de mantenimieto de la unidad del imperio hispánico.

20 Riva Agüero considera que Baquíjano quería regresar al Perú. No opina de la misma manera Dournac, que asevera con firmeza: "en el mismo año, 1812, salió del Perú, sin intenciones de volver, pues donó su Biblioteca a los Colegios de Santo Toribio y de San Carlos". Me inclino a pensar como Riva Agüero.

21 He podido acceder al texto de la disertación en latín, a través de la Biblioteca Nacional que me facilitó un facsimil y una fotocopia. Podemos observar la portada donde se incluyen los datos de la *Relectio extemporánea ad explanationem Legis Pamphilo XXXIX*, seguida de la solicitud del doctor don Luis Carrillo, las censuras de Manuel Mansilla Arias de Saavedra y del doctor don Joseph de Irigoyen la licencia para que se imprima la Prelección y Alegato; el texto de 40 hojas sin numeración, y los pies de página con letras, que ascienden a 147, seguido de una página con las erratas, y al pie el colofón, Tipografía de Juan de Dios Correa, III.Kal. Maii, Lima, 1788; una página en blanco y una nota final en tres páginas.

22 *Cfr. Op. cit* de Dournac Rodríguez, Antonio, pp. 199 y ss. No sirveron de nada los argumentos que planteó Baquíjano en cuanto a que estaba prohibido que asistieran clérigos a la cátedra de prima de

El tema de la disertación consistirá en la liberalidad de los legados y fideicomisos. Considerando su pensamiento ilustrado, con ideas renovadoras, planteamientos exigentes, nos preguntamos, ¿por qué lo habría elegido? Siendo el fideicomiso, una materia donde se goza de una gran libertad, donde no era necesario hacer testamento, sino que por un encargo informal, hecho a cualquier persona que fuera a recibir algo del difunto, para favorecer el patrimonio de otra, veo que es una materia acertada ya que la considero acorde con su personalidad, con sus ideas liberales y reformadoras, siempre dispuesto a lograr la justicia, a beneficiar a las personas que tenía alrededor.

A continuación veremos en su exposición la excelente cultura jurídica que tenía, el dominio tanto del derecho romano, como del derecho patrio, de los glosadores y comentaristas. Dougnac<sup>23</sup> resaltaré que su biblioteca debió ser muy abundante y selecta por los autores que cita. Por otro lado, aunque ya lo hemos mencionado, al encontrarnos en pleno Barroco demuestra gran erudición<sup>24</sup> que en no pocos casos se traduce en pura acumulación y amaneramiento de las citas y, que en el caso de la literatura jurídica supone la exageración de uno de los rasgos del *mos italicus*, la predilección por el argumento de autoridad y en cuya misma índole excesiva se adivina un signo que anuncia cansancio y decadencia.

Nuestro autor, comienza transcribiendo el texto o Ley Pánfilo: D.32.39 (Scaevola 20 dig.)

Pamphilo liberto hoc amplius, quam codicillis reliqui, dari volo centum; scio omnia, quae tibi, Pamphile, relinquo, ad filios meos perventura, cum affectionem tuam circa eos bene perspectam habeo; quaero, an verbis superscriptis Pamphili fideicommissit, ut post mortem filiis defuncti centum restituat. Respondit secundum ea, quae proponerentur non videri quidem, quantum ad verba testatoris pertinet, fideicommissum Pamphili, ut centum restitueret: sed

leyes, basándose en la prohibición que Honorio III había dispuesto, bajo pena de excomunión mayor. José Santiago Rodríguez Zorrilla, rector de la Universidad de San Felipe, escribió a las autoridades de la de San Marcos, agradeciendo la deferencia que se había tenido con Larrión, siendo el único chileno que, desde 1688 —año en que había obtenido cátedra Diego Montero del Águila—, había conseguido tal logro.

23 Cfr. *Op. cit.*, pp. 215 y ss. Me referiré a algunas de sus conclusiones: destaca la influencia de la escuela humanista del *mos gallicus* con la primacía de autores franceses, y los españoles como Covarrubias, Agustín, con influencia del método crítico jurídico francés. Observa en la bibliografía, partidarios de Fabro y antifabrianos, de Cujas y anticujacianos. La posición antiescolástica, crítica y revisionista frente a lo medieval.

24 Cfr. Cuenca Boy, F., *Utilización pragmática...* pp. 124 y ss.

cum sententiam defuncti a liberto decipi satis inhumanum est, centum ei relictos filiis testatoris debere restitui, quia in simili specie et Imperator noster Divus Marcus hoc constituit. (1) Propositum est, non habentem liberos nec cognatos in discrimine vitae constitutum per infirmitatem, accessitis amicis Gaio Seio contubernali dixisse, quod vellet ei relinquere praedia, quae nominasset, eaque dicta in testationem Gaium Seium redegisse etiam ipso testatore interrogato, an ea dixisset, et responso eius tali malizita inserto: quaesitum est, an praedia, quae destinata essent, ex causa fideicommissi ad Gaium Seium pertinerent. Respondit super hoc nec dubitandum esse, quin fideicommissum valet. (2) Duas filias aequis ex partibus heredes fecerat: alteri fundum praelegaverat et ab ea petierat, ut sorori suae viginti daret: ab eadem filia petit, ut partem dimidiam fundi eidem sorori restitueret: quaesitum est, an viginti praestari non deberent. Respondi non esse praestanda.<sup>25</sup>

### Traducción:

<Un testador había dispuesto así> “quiero que se dé a mi liberto Pánfilo cien mil sestercios además de lo que le dejé en un codicilo. Sé bien Pánfilo, que todo lo que te dejo pasará a mis hijos, ya que tengo bien probado el afecto que tú les tienes”. Pregunto si en esos términos hay un fideicomiso a cargo de Pánfilo, para que éste restituya aquella cantidad, después de su muerte, a los hijos del <testador> difunto. Respondió que, conforme a los términos del caso propuesto, no resulta, por lo que toca a esas palabras del testador, que se encargue a Pánfilo el fideicomiso de restituir los cien mil sestercios, mas como es poco humano que el liberto defraude la opinión del difunto, debe restituir los cien mil que le dejó a los hijos del testador, porque nuestro emperador Marco <Aurelio>, de consagrada memoria, así lo dispuso en un caso similar. (1) Se presentó el caso de uno que al final de su vida no tenía descendientes ni parientes y, apremiado por la enfermedad, convocó a sus amigos y dijo a su compañero Gayo Seyo que quería dejarle los predios que mencionó, y entonces Gayo Seyo redactó un documento con lo que el otro había declarado y, después de preguntar al mismo testador si era aquello lo que había declarado, añadió al documento la respuesta, que era “sí, desde luego” (en griego: malista). Se preguntaba si esos predios así <designados> pertenecían a Gayo Seyo a causa de fideicomiso. Respondió que en este caso no había que dudar que valía el fideicomiso. (2) <Un testador> había hecho herederas a sus dos hijas por partes iguales. Prelegó un fundo a una de ellas y

<sup>25</sup> Cfr. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig, 1889, vol. II, c.245-246. Nos parece interesante la anotación que hace Otto Lenel, al texto que nos ocupa: *quidem... pertinet et sed cum ...constituit non videntur esse Scaevola, cuius digesta imperante Marco confecta sunt. Compilatores fortasse Scaevola sententiam et Tryphonini notam inter se confunderunt.*

le encomendó que diera a su hermana veinte mil sestercios; a la misma pidió también que restituyera a su hermana la mitad del fundo. Se preguntaba si no debían entregarse los veinte mil sestercios. Respondí que no, <como si se hubiese cambiado el fideicomiso de esa cantidad por el de la mitad del fundo>.<sup>26</sup>

El autor de la ley, indica Baquijano, es Quinto Cervilio Scévola<sup>27</sup> y no Quinto Mucio Scévola, en contra de la opinión de Rivaldo y de Fabro. Y los emperadores Severo y Antonino lo llaman, prudentissimum, con cuya autoridad se estableció la regla de que los legados dejados en los testamentos lo fueran con testigos y firmantes. Es llamado nuestro Scévola por Julio Paulo y Claudio Trifonino, al igual que Justiniano hablara de nuestro Gayo, porque sobre sus Instituciones compuso las suyas. Escribió 40 libros de *Digesto* y del 20 fue sacada nuestra Ley. En su inicio afirma que rectamente dejó un fideicomiso con cualquiera de las palabras enunciadas, de tal modo que con esta oración: “scio omnia, quae tibi, Pamphile, relinquo, ad filios meos perventura” y con esta otra: “volo relinquare”, se establece un fideicomiso, aunque las palabras no sean regla de los fideicomisos.<sup>28</sup> Dará comienzo a la demostración de lo dicho.

El emperador Constantino<sup>29</sup> indicó que nada hay que más corresponda a los hombres, que el que sea libre el estilo de su última voluntad, después de la cual ya no pueden tener otro querer. Quien se encuentra en trance de muerte, como nuestro testador, y dispone de sus cosas, puede que debido a la fragilidad humana,<sup>30</sup> con dificultad pueda recordar o abarcar muchas cosas, por lo que no importan tanto las palabras que quizá profiera medio muerto, como diría Constantino.<sup>31</sup>

Pero como la última voluntad debe ser confirmada por las leyes y por el derecho de la ciudad, como dijo Quintiliano,<sup>32</sup> y señalada como requisito

26 Cfr. *Digesto*, t. II, Pamplona, editorial Aranzadi, 1972.

27 Efectivamente se trata de Quinto Cervilio Scévola, quien fue *praefectus vigilium* en 175 d. C. y miembro del *consilium* de Marco Aurelio, como lo atestigua Julio Capitolino. Por el contrario, Quinto Mucio Scévola fue pretor en el 215 a. C.

28 El texto objeto de la *Relectio*, D. 32, 39, señala que “conforme a los términos del caso propuesto, no resulta, por lo que toca a esas palabras del testador que se encargue a Pánfilo el fideicomiso”. Baquijano hará su disertación, afirmando la presencia de un efectivo fideicomiso, al considerar “que es poco humano que el liberto defraude la opinión del difunto”. Deja de lado las palabras del testador para fijarse en su voluntad.

29 CJ 1. 2, 1.

30 CJ 6, 22, 8, 1.

31 CJ 6, 23, 15.

32 *Declamazione* 138.

principal por Gayo<sup>33</sup> y por Pomponio,<sup>34</sup> con estas palabras: “nadie puede disponer en su testamento que no se apliquen las leyes”. Fue costumbre entre los antiguos romanos recurrir a los jurisperitos instruidos en las fórmulas de las palabras, para que no fuera vano el fideicomiso. Pero esta antigua costumbre cayó en desuso.

De esta verdad ofrece un testimonio nuestro Scévola, cuando dice:

[Yo, Lucio Ticio, hice este mi testamento sin ayuda de jurisconsulto, siguiendo mejor la razón de mi inteligencia que la excesiva y miserable prudencia, y si hubiera hecho algo menos ajustado a la ley o al saber de los peritos en derecho, debe tenerse por derecho legítimo la voluntad de un hombre sensato].<sup>35</sup> Luego, instituyó heredero. Se preguntaba, al ser pedida la posesión de sus bienes hereditarios abintestato, si pueden reclamarse las porciones que él hizo como objetos de fideicomisos. Respondí que sí, conforme a los términos del caso propuesto.

Tenemos también una alusión de Cicerón<sup>36</sup> cuando induce a Craso a hablar a Scévola:

Y así, aquello que dije yo a Scévola en la causa curiana, no lo dije contra lo que sentía: pues si —dije— ningún testamento es hecho correctamente, Scévola, sino el que tú hayas escrito, todos los ciudadanos vendremos a ti con las tablillas, tú sólo, escribirás los testamentos de todos. ¿Y qué, por consiguiente?, ¿cuándo trabajarás en los negocios públicos? ¿cuándo en los de los amigos?, ¿cuándo en los tuyos?, ¿cuándo finalmente descansarás?<sup>37</sup>

Los estudiosos del derecho fueron llamados jurisperitos por el historiador Suetonio, cuando señala que no pasarían al fisco los testamentos inútiles, y no quedarían sin castigo los estudiosos del derechos si ellos los escribieran o redactaran.<sup>38</sup> Asimismo, bajo este nombre los cita Paulo, cuando escribe: “Antonino Pío, de consagrada memoria, dijo en un rescripto que unos juristas (*iuris studiosos*) que pedían sus salarios podían

33 D. 28, 1, 4.

34 D. 30, 55. En esta cita se equivoca Baquijano al indicar que su autor es Ulpiano, cuando el jurista correspondiente es Pomponio, en el libro IX *ad Sabinum*.

35 D. 31, 88, 17.

36 Lib. 2. de Orat. Cap. 6.

37 Este Scévola se refiere a Quinto Mucio Scévola el pontífice máximo, defensor de la Marco Coponio en la Causa Curiana.

38 *In vit. Neron. Calud.* Capítulo 32.

exigirlos”.<sup>39</sup> Como dice Paulo, “es de interés público que se cumplan las últimas voluntades”,<sup>40</sup> y lo confirma Quintiliano al decir que “acontece en los testamentos que la voluntad sea manifiesta y que nada sea escrito”.<sup>41</sup> Por ello al confeccionar los testamentos, en dejar legados y en gravar fideicomisos, como asevera Scévola en nuestra ley, los juriconsultos atendían en sus respuestas al último querer del testador, no fijándose en la forma de las palabras: “para responder como un juriconsulto —dijo Séneca— ha de mirarse la mente del que da”.<sup>42</sup>

Continúa la disertación, con la postura mantenida por los emperadores Constantino, Constancio y Constante: “no sea necesario en los legados o fideicomisos la observancia de las palabras”<sup>43</sup> y por el emperador Justiniano: “Toda palabra dada por el testador, con el significado de querer legar, o dejar en fideicomiso, es útil y válida; o bien con palabras directas, como acaso sería, manifiesto, dispongo, o palabras de súplica utilizadas por el testador como, ruego, quiero, encargo, confío, o bien que interponga juramento”.<sup>44</sup> Nada es más frecuente en nuestros libros de derecho, en relación con los fideicomisos, el que no sean necesarias unas determinadas palabras, sino que se confirman con la simple voluntad del testador. Así Paulo dice: “puede dejarse un fideicomiso con cargo al póstumo de un hermano, pues en los fideicomisos sólo se atiende a la voluntad y prevaleció la opinión de Galo de que puedan ser legalmente nuestros herederos también los póstumos ajenos”.<sup>45</sup> Y Papiniano dijo: “porque en los fideicomisos, efectivamente, cuando se trata de averiguar la voluntad de quien hace el ruego, puede admitirse la conjetura”.<sup>46</sup>

Del acopio de las fuentes que hemos citado, llega a la conclusión de que en tan poco son tenidas las palabras en los fideicomisos que es lícito trastocarlas unas veces, modificarlas otras y aún desecharlas y como dice Paulo:

“También se puede dejar un fideicomiso con un simple gesto”.<sup>47</sup> En efecto, los fideicomisos no tienen requisitos formales más que el de ex-

39 D. 50,13, 4.

40 D. 29, 3, 5.

41 Lib. 7. Inst. capítulo 6.

42 Lib.V. de Benef. Capítulo 19.

43 CJ 6, 37, 21.

44 CJ 6, 43, 2.

45 D. 30, 127.

46 D. 31, 64.

47 D. 32, 21.

presarse mediante *precativa verba*, a diferencia de otras disposiciones *mortis causa* (*heredes institutio* y legados), que son formales y deben contenerse en el testamento, o en codicilo confirmado.<sup>48</sup> Si en algunos lugares del *Digesto* aparecen las fórmulas antiguas, que fueron conservadas por Triboniano, es para que no ignoremos completamente la antigüedad, o porque para los compiladores del derecho fue imposible en tan breve espacio de tiempo realizar su trabajo. Se observa un reflejo de la postura humanista de crítica a la manipulación justiniana de los textos clásicos, y basándose en Brissonio, hace notar que “trastocaron todas las cosas, las modificaron, e incluso las acomodaron como si hubieran sido proferidas por una sola boca”.<sup>49</sup>

Pero para que aparezca clara la idea de Scévola acerca del fideicomiso dejado con cualquier tipo de palabras, pasa a demostrar que su sentencia se haya confirmada por el consenso unánime de los jurisconsultos. Conociendo, de esta manera la línea que ha seguido la jurisprudencia en todo tiempo, en la materia de nuestro asunto. Para ello seguirá un orden cronológico, desde Scévola hasta Herenio Modestino. En este análisis podemos distinguir una estructura interna con tres partes:

- A) Escasa importancia de las palabras o fórmulas de ordenación de los fideicomisos. En efecto, no tienen requisitos formales más que el de expresarse mediante *precativa verba*, a diferencia de otras disposiciones *mortis causa*, que son formales y que deben contenerse en el testamento, o en codicilo confirmado.
- B) El fideicomiso no se sujeta a las reglas estrictas del derecho, destacando la atipicidad de contenido del fideicomiso y
- C) La interpretación de los fideicomisos se observa con neta primacía de la voluntas sobre los verba. Es significativo el arco de tiempo

48 En este sentido, la definición recogida en título Ulp. XXV, 1: *Fideicommissum est, quod nos civilibus verbis, sed precativa relinquitur nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. 2. Verba fideicommissorum in usu fere haec sunt: fidei committo, peto, volo dari et similia.*

Asimismo, Gayo 2.249, señala algunos ejemplos: *peto, rogo, volo, fidei committo*; en D. 30. 118: *exigo, desidero uti des*; y en D. 30. 115: *cupio des, opto des e credo te daturum*. Según D’Ors, A., *Derecho privado romano*, 9a. ed., Pamplona, 1997, pp. 389 y ss: solían ser *fidei tuae committo, peto, rogo, volo*; no, en cambio *commendo* o *relinquo*.

49 Cfr. Dougnac Rodríguez, Antonio, *op.cit.*, pp. 218 y ss. Una de las conclusiones a las que llega en su obra es el paralelo criticismo que se observa en humanistas e ilustrados, adoptando una posición extremadamente crítica, que se revela como muy dialéctica. Estos hombres de la Ilustración todo lo pasan por el cedazo de la razón.

y los autores que escoge nuestro autor, del 172-180 d. C. con Cervidio Scévola, bajo el emperador Marco Aurelio, al año 222-235 con el último jurista Modestino, bajo el imperio de Alejandro Severo.<sup>50</sup>

Comenzaremos con el propio Scévola:

Una mujer que iba a casarse <nuevamente> mandó a sus dos hijos del anterior matrimonio que estipularan, para cualquier evento de disolución del matrimonio, los veinte mil sestercios que daba en dote <a su nuevo marido>, de modo que se devolviera la dote entera a cualquiera de aquellos hijos. Durante el matrimonio y habiendo fallecido uno de sus hijos, la mujer pidió por carta al hijo superviviente que en su día no reclamara más que la mitad de la dote y se contentara con ella, concediendo al marido retener la otra mitad. Habiendo muerto la mujer en el <nuevo> matrimonio, se preguntaba si el marido, al ser demandado por el hijo por la dote entera, puede defenderse con la excepción de dolo malo y si dispone además de la acción a causa del fideicomiso para que se cancele por aceptación su obligación en una mitad. Respondió que la excepción sería utilizable y que puede reclamar además por el fideicomiso. Pregunta el mismo si los herederos de la mujer pueden hacer uso de una acción útil de mandato contra su hijo respecto a la otra mitad de la dote. Respondió que, conforme a los términos de la cuestión propuesta, máxime después de la epístola dirigida a hijo no podían utilizar la acción de mandato. Claudio <anota>: porque en esa epístola declaró que se contentara el hijo con la mitad de la dote, con lo que resulta claro que haber dejado un fideicomiso al hijo.<sup>51</sup>

En el mismo libro del *Digesto* dice Scévola:

Una madre instituyó hereder a su hija, que permanecía bajo la postesta de su padre, le nombró a Mevio, su padre, como sustituto, y escribió así: “encargo por fideicomiso a quien quiera que sea mi heredero que no se vendan, sino que se reserven para mi hija todas mis joyas, el oro, plata y vestidos que yo usaba”. Como, al repudiar la herencia la hija, su padre se hubiera hecho heredero en virtud de la sustitución y luego hubiese muerto sin testamento y su hija se abstuviera de la herencia paterna, se preguntaba si podía pedirse el fideicomiso. Respondió que conforme a los términos del caso propuesto, parecía que el fideicomiso era eficaz a cargo del padre. Claudio <anota>: porque

50 Para D’Ors, Modestino es una figura puente entre los clásicos burocráticos y los postclásicos, *cf.* DPR & 56, p. 96.

51 D. 32, 37, 4.

con el verbo conservar, que se usó, parece referido el fideicomiso al tiempo en que se hiciera independiente el fideicomisario.<sup>52</sup>

Por lo que la palabra *servare*, conservar, obligó al fideicomiso. En el libro tercero, Scévola dice así:

<Un testador> instituyó heredera universal a su hija, le nombró como sustituto a su nieto, y dispuso así: “si, lo que no deseo, ni mi hija ni mi nieto llegan a ser mis herederos, entonces quiero que pertenezca a mis libertos mi porción de la mitad de tal fundo”. Se pregunta, pues la hija y el nieto murieron antes que el testador y los bienes pertenecieron abintestato a su bisnieto, si el fideicomiso pertenece a los libertos. Respondí que, conforme a los términos del caso propuesto, si no había más herederos instituidos o sustitutos que la hija y el nieto, se entendía que se dejaba el fideicomiso para que lo cumplieran los herederos legítimos.<sup>53</sup>

Por lo que la palabra *pertinere*, pertenecer, lleva consigo al fideicomiso, como afirma Bártolo en su Glosa. En el párrafo 10 de la misma ley, aparece muy claramente el pensamiento de Scévola, cuando dice:

*Sepa (sciat)* quien sea mi heredero que debo (*debere*) a mi tío paterno Demetrio tres denarios y que tengo en depósito otros tres denarios de mi otro tío paterno Seleuco, que dispongo se les den y paguen inmediatamente.<sup>54</sup> Se preguntaba si, en caso de no deberse aquellas cantidades, habría acción <de fideicomiso>. Respondí que, si no se debían, no había acción como deuda, sino por el fideicomiso.

Por lo que las palabras del testador, *sciat debere me*, conducen al fideicomiso.

Continúa su defensa con el jurista Neracio Prisco: Vale el fideicomiso que se dejó de este modo: “exijo”, “deseo que des”. Pero también así: “quiero que mi herencia sea de Ticio” o “sé que entregarás mi herencia a Ticio”.<sup>55</sup> Estas palabras de Neracio no necesitan explicación.

El jurista Volucio Meciano, quien fue preceptor del emperador Marco, afirma lo siguiente:

52 D. 34, 2, 16.

53 D. 31, 88, 9.

54 D. 31, 88, 10.

55 D. 30, 118.

<Un testador dispuso así>: que quien sea mi heredero quede obligado a dar, y le encargo por fideicomiso que dé, cuantas sumas (*quantas summae*) yo hubiese declarado y dado. Dice Aristón que entran también las cosas corporales, como predios, esclavos, la vestimenta y la plata, porque este término *quantas*, no se refiere tan sólo al dinero, según resulta de <la forma utilizada> para legar la dote <a la mujer> y en las estipulaciones de compra de herencia, y <también aquí> debiera entenderse la denominación de *summae*, como se prueba por los referidos argumentos <de comparación>. Por lo demás, dice que la voluntad del difunto, que tanto cuenta en los fideicomisos corrobora esa opinión, pues no iba a añadir el testador, después de tal declaración precedente, las cosas corporales, si sólo hubiera querido que se diera dinero.<sup>56</sup>

Por lo que se ha de considerar que en los fideicomisos, lo que importa no son las palabras, sino la voluntad del testador.

El siguiente jurista, Ulpio Marcelo nos refiere que:

No se debe abandonar el sentido <ordinario> de los términos más que cuando sea evidente que era otra la intención del testador. (1) Ticio dispuso así en su codicilo: “Quiero que se dé a Publio Mevio todos los esclavos jóvenes que tengo a mi servicio”. Pregunto desde qué edad hasta qué edad deben considerarse jóvenes. Responde Marcelo que el testador, con las palabras de este caso propuesto, quiso referirse a la decisión de quien hubiera de juzgar sobre ello, pues no es cosa de descender a definiciones cuando se trata de testamentos, ya que se habla generalmente sin propiedad y no siempre de usan los nombres y voces ajustados. Por lo demás puede estimarse joven el que pasó de la pubertad hasta que empiece a contar entre los mayores.<sup>57</sup>

Por lo que se concluye que no es necesario que los fideicomisos sean dejados con fórmulas propias. Emilio Papiniano dice así:

Un militar escribió a su hermana una carta, que le mandó abrir después de su muerte, en que se decía: “quiero que sepas que te dono ochocientos áureos”. Consta que se debe un fideicomiso a la hermana, y no otra cosa puede aprobarse para una disposición de última voluntad que no sea de un militar, pues se admite que hay un fideicomiso incluso cuando el disponente se dirige al favorecido por el ruego que se hace.<sup>58</sup>

56 D. 32, 95.

57 D. 32, 69, pr. y & 1.

58 D. 31, 75.

Se apoyará en la opinión, y hará suyas las palabras de Pedro Fabro y Cujacio, Juan Puga y Feijóo, Antonio Fabro y José Nero, mostrando por lo que aparece en esta ley, un verdadero fideicomiso.

El mismo Papiniano dice así:

Un hijo había instituído heredera a su madre y le había encomendado que cumpliera con la garantía de juramento los fideicomisos que dejaba en el testamento. Aunque el testamento resultase no haberse hecho conforme a derecho, respondí que la madre, heredera legítima, debía ser obligada a cumplir los fideicomisos, pues los ruegos expresados por el testador parecían referirse a todo tipo de sucesión.<sup>59</sup>

Pero es más claro el párrafo 26 de la misma ley con estas palabras:

Una madre, sin saberlo su hijo, depositó en un templo un documento de donación de unos predios, si añadir los términos de un fideicomiso y envió al encargado del templo una carta en que le decía: “quiero que después de mi muerte se entregue a mi hijo el documento de mi última voluntad”. Como hubiese muerto dejando varios herederos abintestato, respondí que se entendía haberse dejado un fideicomiso <de aquellos predios> a favor del hijo, pues no se trata de averiguar a quien se dirige la declaración de última voluntad, sino a quien la intención de la misma.

Nuestro autor ve en estos textos un apoyo en favor de la sentencia de origen (D. 32, 39) y observa que se expresa de manera clara y de modo expresivo que se debe atender, no a las palabras, sino sobre todo a la voluntad del testador, cuando se entiende que se ha dejado un fideicomiso.

También el mismo Papiniano en esta famosa obra de Cuestiones, señala: <Cuando se ha escrito> “no quiero que se reclame lo que me debe Sempronio”,<sup>60</sup> se respondió que el deudor, no sólo tiene una excepción, sino que también puede pedir que se le libere de su deuda. Por lo que la palabra *nolo* (no quiero) nos lleva al fideicomiso.

Pero es más expresivo en el mismo libro 19:

<En la disposición> “te pido, Lucio Ticio, que te contentes con cien áureos” se admitió, y también por rescriptos, que hay un fideicomiso válido. ¿Qué se dirá si el testador, después de haber instituído heredero en una parte de la

<sup>59</sup> D. 31, 77, 23 y D. 31, 77, 26.

<sup>60</sup> D. 34, 3, 22.

herencia, <le> dijera “te pido Lucio Ticio, que te contentes por tu parte con cien áureos?” Los coherederos podrán reclamar una parte de la herencia, y él podrá retener o cobrar en prelegado aquello con lo que quiso el difunto que se contentara. Sin duda es esto más probable que el que puedan quedarse con ello aquellos a los cuales no dijo nada el testador. Lo mismo diremos en el caso de que, habiendo instituído un heredero universal, <le> dijera pensando en el que había de ser el heredero legítimo: “te pido que, de la herencia que te dejé y que debe pasar por derecho legítimo a mi hermano, te contentes con cien áureos”.<sup>61</sup>

Luego según la sentencia de Papiniano con las palabras *contentus esto illa re* (estés contento con aquella cosa), se tiene justamente un fideicomiso.

Domicio Ulpiano dijo: También es fideicomiso el que se hace en estos términos: “quiero que des”, “deseo que des”, “creo que darás”.<sup>62</sup> Y coincide con Papiniano cuando dice: Si alguien hubiera escrito: “te bastan las viñas o el fundo”,<sup>63</sup> hay un fideicomiso, pues creemos que también hay fideicomiso cuando se dice “conténtate con tal cosa”. Y en el libro 25 *ad Sabinum* dice así:

A veces, aunque no se legue el peculio se tiene por legado; por ejemplo, en el siguiente caso: cuando uno había dado a su esclavo la libertad a condición de que rindiera cuentas y pagara cien mil sestercios a los herederos. Nuestro emperador <Antonino Caracala>, en unión de su padre <Septimio Severo>, ha dicho en un rescripto que no se debe dar el peculio más que cuando se ha legado, pero dice: “sin embargo, si el esclavo cumplió las condiciones prescritas, interpretamos que el testador quiso que él retuviera su peculio”; a saber, <en nuestro caso>, porque había dispuesto que diera cien mil sestercios del peculio.<sup>64</sup>

Volvemos a encontrar un caso donde se presenta la importancia de la voluntad del testador, aún en contra de las palabras prescritas. Baquíjano dirá que los opositores a su postura se apoyarán, entre otras, en las palabras del emperador Alejandro que dice así: “A mi liberto Fortunato, doy y lego, no puedes reclamar tu libertad, si eres propuesto en el testamento de un no militar”.<sup>65</sup> Y en otras de nuestro Scévola:

61 D. 31, 69 pr.

62 D. 30, 115.

63 D. 32, 11, 4.

64 D. 33, 8, 8, 7.

65 CJ 6, 21, 7.

Un testador instituyó heredero a su hija y a su nieto, hijo de aquella, y nombró sustituto para su nieto, disponiendo además: “Dejo doscientos áureos a Lucio Tucio hijo de mi hermano y yerno mío, con el cual legado sé que se contenta, ya que todo mi haber, al nombrar herederos a mi hija y a mi nieto, os lo dejé a todos en común, y os lo encomiendo recíprocamente”. La hija, después de haber adido la herencia, se divorció de su marido. Se preguntaba si Ticio, el antiguo marido, puede conseguir como fideicomiso la copropiedad de los bienes, sea a nombre propio sea al de su hijo, en vida todavía de su antigua mujer, o después de su muerte. Respondió que ningún fideicomiso resulta a favor del yerno, aparte los doscientos áureos.<sup>66</sup>

Se pregunta nuestro autor, que si esto es cierto, por qué Ulpiano, cuando dice en la sentencia anterior: “y pagara cien mil sestercios a los herederos”,<sup>67</sup> reclama y afirma para el esclavo el peculio dejado; se puede entender que el dueño, brevemente y sin fórmula fija de palabras, dejó el peculio al siervo mediante fideicomiso y después mandó que diese cien mil sestercios a los herederos. En efecto, si el peculio permanece siempre junto a los herederos, el esclavo les devolvería lo que nunca había salido de ellos.

El jurista Paulo nos dice:

Paulo respondió que por éstos términos “(en griego) Créeme Zoilo, que mi hijo Marcial te dispensará su favor a ti y a tus hijos” se implica la voluntad del difunto de favorecer a Zoilo junto con los suyos, y que si eran esclavos, nada puede hacerse mejor para ellos que manumitirlos, y que, por lo tanto, debe el gobernador de la provincia atenerse a la voluntad del difunto.<sup>68</sup>

Continúa Paulo: “El que deja un fideicomiso puede también hablar con aquél a quien lo deja, como te pido, Gayo Seyo, que estés contento con aquella cosa; o quiero que aquello te sea prestado; y podemos dejar un fideicomiso con estas palabras: ruego, pido, quiero, mando, suplico, deseo, impongo, necesito y ordeno”.<sup>69</sup>

Cierra la marcha el jurista Modestino, quien dijo:

66 D. 36, 1, 80 (78), 8.

67 D. 33, 8, 8, 7.

68 D. 40, 5, 39, 1.

69 PS IV 1, 5 y 6.

Lucio Ticio dispuso así en su testamento: (en griego) Saludo a mi hija dulcísima Octaviana Estratonice: quiero que ella se tome de la herencia el predio Gaza con todas sus pertenencias. A mi hijo dulcísimo Octaviano Alejandro: quiero que él se tome de la herencia en prelegado el conjunto de saucedales de Comiano con todas las pertenencias que hay allí. Pregunto si con esta redacción se entiende que se ha dado un predio entero a cada uno o si se refiere tan sólo a una parte hereditaria, ya que el testador dispuso inútilmente que cada uno de ellos recibiera de sí mismo la parte que ya tenía <como heredero>. Respondió Modestino que no debía interpretarse la escritura de que se trata en el sentido de que no sea eficaz el fideicomiso.<sup>70</sup>

Correctamente Modestino afirma que el fideicomiso se interpreta por el hecho de haber llamado a los hijos: dulcísimos hijo e hija; no los llama impísimos, gladiadores o ladrones, sino dulcísimos hijos. El padre que inscribe a su hijo como heredero cumple con un dulce oficio. Por ello Modestino con aquella apelación deduce que no se debe interpretar la escritura de tal manera que haga inútil el fideicomiso.

Otro texto de Modestino nos confirmará la sentencia de nuestro Scévola:

Ticia, al casarse con Gayo Seyo, le dio unos predios en dote y otras cosas; luego, al morir, dispuso así en su codicilo: (en griego) hija mía, te encomiendo a mi marido Gayo Seyo, al que quiero que se dé durante su vida en usufructo la parte del lugar de Nacolea que antes le dí en dote, con los esclavos llevados en dote, y que en absoluto se le moleste con la <reclamación de> la dote; y que después de su muerte sea tuyo y de tus hijos. Legaba además otras muchas cosas a su marido, para que las tuviera mientras viviera. Pregunto si puede competir a la hija y heredera de Ticia, después de morir Gayo Seyo y a causa del fideicomiso, una acción por lo que dejó a aquél en el codicilo al margen de la dote, así como por aquellas cosas que Gayo Seyo recibió en dote. Respondió Modestino: aunque las palabras del caso propuesto no son las propias para poder reclamar la hija de la testadora un fideicomiso a Gayo Seyo, una vez que ella le hubiese entregado lo que le había legado en el testamento, sin embargo, nada impide que, según la voluntad de la testadora se pida el fideicomiso después de morir Gayo Seyo.<sup>71</sup>

70 D. 31, 34, 1.

71 D. 31, 43, 7.

Podemos observar como Scévola en la Ley Pánfilo, manifestó su pensamiento casi con las mismas palabras de Modestino. Lo importante es no hacer inútil el fideicomiso.

Nuestro autor se refiere al enmudecimiento de los juristas posteriores a Modestino, y dará paso a una interpretación basada en los comentaristas del *ius commune*: Antonio Fabro, al igual que Gaspar Schifordegerio, piensa que es necesario emplear palabras que signifiquen disposición para que se entienda el fideicomiso; Andres Kool, y también Jerónimo Borgia, y en opinión contraria a Fabro, añade que la voluntad del testador, es suficiente al fideicomiso. Cuyacio sostiene que el mudo con sólo señales puede dejar un fideicomiso. Si bien entre ellos vemos que disienten, en algo están de acuerdo: en la Ley Pánfilo, el fideicomiso es originado por el afecto del padre para con sus hijos y del testador para con el liberto.

Baquíjano, basándose en los comentaristas, quiere seguir reforzando su postura y comprobar que el afecto del testador, dejará de lado a las palabras, siendo éstas menospreciadas o tenidas a menos.

Nuestro Scévola expresa:

<Una testadora> dio un fundo a Dama y Pánfilo, que había manumitido en el testamento, con el fideicomiso de que al morir lo restituyeran a sus hijos; en el mismo testamento pedía a sus herederos que manumitieran a Pánfila, la cual Pánfila era hija natural de Pánfilo. Este, después de ceder el día <para adquirir su> legado, instituyó herdero en su testamento a Mevio y le encargó el fideicomiso de restituir su herencia, es decir, la mitad de dicho fundo, que era lo único que tenía por el testamento de su patrona, a su hija Pánfila tan pronto se hiciera libre. Al ser manumitida Pánfila, pregunto si puedo pedir aquella parte objeto de fideicomiso, habida cuenta de la ley Falcidia, por el primer testamento de la patrona de su padre o por el testamento de su padre natural. Respondí que, conforme a los términos del caso propuesto, Pánfila tan sólo podía pedir el fideicomiso por el primer testamento.

Claudio <anota>: “porque se cree que en la denominación de hijos entran tambien los hijos naturales, es decir, los habidos en esclavitud”.<sup>72</sup>

Baquíjano señala que la respuesta que da Scévola parece ir contra las reglas expresas del derecho, pues así como únicamente se llama padre a aquel que como tal lo demuestran las justas nupcias, así nadie se llama hijo

72 D. 31, 88, 12.

sino el que es procreado en justas nupcias, como así lo declara Ulpiano.<sup>73</sup> Por el afecto del testador, el jurista respondió contras las reglas del derecho, para que los hijos naturales fueran incluidos en el término hijos. Apoyará este planteamiento con otra cita del jurista Javoleno:

El que tenía un hijo liberto y lo había instituído heredero escribió después así: “si no me quedase ningún hijo púber, sea libre el escalvo Dama”. <No tenía más hijo que> este hijo liberto impúber. Se preguntaba si Dama debía ser libre. Dice Trebacio que no, porque en el nombre de hijo también se comprende el que es liberto. Labeón se pronunciaba en contra diciendo que en este caso se ha de entender por hijo el verdadero <bajo potestad, que no tenía>. Apruebo la opinión de Trebacio siempre que se demuestre que el testador se refería a este hijo <liberto>.<sup>74</sup>

Opinión que coincide con la opinión de Papiniano cuando dice: “Quiero que se den tales predios a mis libertos; y si alguno de ellos hubiera muerto sin descendencia, quiero que su parte pertenezca a los otros: se admitió que el hijo de un liberto <nacido esclavo y> manumitido a la vez que su padre excluía la entrada de los sustitutos”.<sup>75</sup>

De nuevo, trae a nuestra consideración una cita de Scévola en contra de las reglas estrictas del derecho civil:

<Una testadora> instituyó herederos en parte iguales a los hijos habidos de Seyo y a la hija habida de otro marido, y había dejado un legado para su madre diciendo “a mi madre Elia Dorcas quiero que se dé, mientras viva, el usufructo de mis bienes, de modo que, después de su muerte, pertenezca a mis hijos o al que de ellos viva”. Los hijos habían muerto después de adir la herencia. Se preguntaba si, al morir la madre y viviendo la hija de la testadora, el usufructo pertenece a la hija sola o <sólo> por su parte de herencia. Respondió que el usufructo vuelve a los que tiene la propiedad. <Anota> Claudio <que> no cree que se dé el usufructo a los nietos en proporción a sus porciones hereditarias después de morir su abuela, con más razón aún al haber sido instituídos herederos en parte iguales.<sup>76</sup>

73 D. 1, 6, 4.

74 D. 28, 8, 11.

75 D. 31, 77, 13.

76 D. 33, 2, 32, 1. Se apoyará en el comentario de este texto que hace Francisco Martín, en oposición a Fabro y Cuyacio: el usufructo termina con la muerte del usufructuario y revierte la propiedad, siendo contrario a la voluntad presunta de la testadora.

Otro texto de Scévola nos confirmará que por especial inclinación del testador hacia los esclavos se sostiene el mandato del dueño contra la regla común del derecho:

<Un testador> había legado unos esclavos suyos para servir en la guardia de un templo, y les hizo un legado, a cargo del heredero, en éstos términos: “te pido y encargo por fideicomiso que des y entregues en memoria mía a mis esclavos de mi comitiva, que dejé para guardar el templo, determinadas vi-tuallas mensuales a cada uno, y determinado vestuario anual”. Se preguntaba, pues el templo aún no estaba construído, si los esclavos debían cobrar desde el momento de la muerte de su dueño o desde la terminación de la construcción del templo. Respondió que debe el juez compeler de oficio al heredero a que entregue a los esclavos lo que se les dejó <incluso> durante la construcción del templo.<sup>77</sup>

Deja paso a Papiniano que dice así: “Cuando entre los libertos legatarios de un predio se hubiese incluido también una liberta y el patrono pidió que el predio no saliera de la familia, pareció que el hijo de la liberta heredero de ésta podía retener la parte que recibió de su madre”.<sup>78</sup>

Realiza la interpretación del texto en el sentido de que el testador prohíbe que el predio saliera de la familia de los libertos, y que al hacer el fideicomiso en favor de la familia, prohíbe tanto la institución de heredero extraño como la sucesión *ab intestato*. Asimismo, como por el afecto del testador hacia los libertos quiso admitir entre ellos a la liberta, que como mujer no hubiera podido tener heredero de su familia, como anota Baldo al hacer el comentario de esta ley, y como creyera el jurisconsulto que el testador, quien había admitido a la madre, habría de admitir también a sus hijos en la misma parte, interpretando mejor su pensamiento que sus palabras, concluyó diciendo “pareció que el hijo de la liberta heredero de ésta podía retener la parte que recibió de su madre”.

Posteriormente, se fijará en dos textos del mismo Papiniano, en relación con la herencia de los militares. El primero de ellos señala: “Adriano, de consagrada memoria, dispuso en un rescripto que aquel militar hijo de familia al que su mujer había instituído heredero podía serlo, y que los esclavos de la herencia por él manumitidos eran suyos y se hacían sus libertos”.<sup>79</sup>

77 D. 34, 1, 17.

78 D. 31, 77, 28.

79 D. 49, 17, 13 y D. 49, 17, 16, 1.

El segundo texto: “Respondí que no se considera adquirida para el peculio castrense la herencia que un primo hermano que servía en otra provincia dejó a otro con el que nunca sirvió juntamente, pues la razón para recibir tal herencia era el parentesco y no el servicio en el ejército”. Y citará a Pedro Antonio de Chávarri y Eguía para encontrar apoyo al hecho de haber sido incluidos en el peculio castrense los bienes adquiridos sin consideración de milicia. Con apoyo en Gayo, nos dice que: “por vejez, por enfermedad o milicia, no resulta fácil perseverar en el matrimonio”.<sup>80</sup> Y esto por doble razón, de un lado la mujer instituía heredero al marido, para que perseverara en la milicia y no contrajera segundas nupcias, y de otro, para que los hijos no sufrieran las crueldades de las madastras que eran muchas e inhumanas. Lo comprobamos en el siguiente testimonio: “Lo que de ordinario hacen expresando malignamente una intención contraria a su propia sangre, corrompidos por los halagos e instigaciones de las madastras”.<sup>81</sup> Junto a este otro también irrefutable de Constantino: “Porque la ley protegió a los menores no solamente contra los tutores, sino también contra las mujeres inmoderadas e intemperantes, que la mayor parte de las veces entregan a sus nuevos maridos no solamente los bienes sino también la vida de los hijos”.<sup>82</sup> El propio Papiniano reafirma lo dicho por los autores citados, de que la condición es anulada como en el caso que presenta: “Lego a Mevia un fundo cuando ella se muera, si no se hubiera casado”.<sup>83</sup> Puede decirse que, aunque se hubiera casado, se le admite inmediatamente para que reciba su legado. No se dice lo mismo si se hubiera puesto otro término cierto o incierto.

Dá paso a Ulpiano cuando señala:

Si se deja el fideicomiso para que se restituya la herencia en caso de morir el fiduciario sin dejar descendencia, escribe Papiniano, 11 resp., que incluso el hijo natural hace que se frustre la condición; y en caso de un liberto, escribe esto mismo, si <su hijo, nacido esclavo>, fue manumitido a la vez que su padre. A mí por lo que toca a la descendencia natural, me parece que debe interpretarse la voluntad del testador respecto a cuáles descendientes quiso referirse, pero esto depende de la dignidad de la voluntad y de la condición del fideicomitente.<sup>84</sup>

80 D. 24, 1, 61.

81 D. 5, 2, 4.

82 CJ 5, 37, 22, 5.

83 D. 35, 1, 72, 5.

84 D. 36, 1, 18 (17), 4.

Llega a la conclusión de que la respuesta dada por el jurista la deduce de la presunta voluntad e inclinación del testador.

De nuevo Ulpiano:

A veces, figura en el testamento el nombre de una persona, pero la petición del fideicomiso o del legado compete a otra distinta; por ejemplo, si se encarga por fideicomiso al heredero que pague la contribución por Ticio: este fideicomiso o legado no lo pide el recaudador de la contribución, aunque se haya hecho para él, sino que podrá pedirlo <Ticio>, en cuyo favor se dejó. Creo que importa mucho saber quien es la persona prevista por el testador y en contemplación a la cual hizo <el fideicomiso>. Generalmente debe entenderse haberlo hecho a favor de persona privada, aunque resulte una atribución para el recaudador.<sup>85</sup>

Dirá que Acursio y Godofredo estiman que el recaudador de la contribución es un simple ejecutor en cosas de tributos y de impuestos y por eso no reclama en este caso, puesto que no le interesa interceder por un nuevo deudor.

No comparte esta postura y se apoya en un texto de Ulpiano que dice: Este título se refiere a los publicanos. Son <publicanos> los que viven de un <fisco> “público” —de donde toman su nombre—, sea que paguen al fisco un <tributo global o> vectigal, sea que cobren <simplemente> los tributos, y todos los arrendatarios del fisco pueden llamarse rectamente “publicanos”.<sup>86</sup>

Por lo que confirma que sí les interesa un nuevo deudor, pero esta clase de hombres fue mal vista por todos, detestados por los antiguos, quienes se mostraban crueles para con los pobres deudores, con su excesiva codicia, rapiñas y violencias. Citará a S. Juan Crisóstomo a S. Lorenzo, obispo de Milán, explicando quién es un publicano o recaudador de impuestos.<sup>87</sup> Y vuelve a un texto de Ulpiano donde se observa el rechazo a esta figura:

No hay quien ignore qué audaces y temerarias son las especulaciones de los publicanos, y por esto propuso el pretor este edicto para frenar tal audacia: (1) Daré juicio contra el dueño, sin posibilidad de que se libere mediante

<sup>85</sup> D. 32, 11, 22.

<sup>86</sup> D. 39, 4, 1, 1.

<sup>87</sup> Cfr. El aporte interesante al concepto de publicano, realizado por Mateo, Antonio: *Manceps, redemptor, publicanus*. Santander, Universidad de Cantabria, 1999.

la entrega noxal por el delito, a causa del hurto que se denuncie ha cometido la servidumbre de los publicanos, o si han causado algún daño injusto, y el esclavo en cuestión no se exhibe a quien corresponda.<sup>88</sup>

De nuevo, el jurista Julio Paulo: “Si un testador hubiese legado diciendo “doy y lego a mi mujer el ajuar, las joyas o lo que dispuse para ella”, se admite que se debe todo eso cuando se lega diciendo “doy y lego a Ticio los vinos que tenga en Roma o en el puerto”, pues la conjunción “o” se pone para ampliar el legado”.<sup>89</sup>

Este texto será interpretado por Diego de Covarrubias, Gerardo Enneto de Franckenav, Juan Lucas Cortés, Gregorio Mayans, Juan José Velarde, Gregorio Madera, Hugo Donello, Athanasio Oteiza y Olano y Cujacio. En conclusión, el término “o” , conlleva una significación de conjunción, por lo que se beneficia a los legatarios con todo lo que se inscribió, “joyas, ornamentos o aquellas cosas que preparé por su causa; los vinos que en la ciudad o en el puerto tengo...”. Por la simpatía o afecto del testador fueron dejadas a la esposa las joyas y demás ornamentos. Otro texto de Paulo, confirmará su postura, de que por el afecto del marido hacia la esposa se incluirá en el legado además de la ropa teñida con la púrpura, las mismas púrpuras compradas por el liberto: “Como se hubiera enviado un liberto suyo a Asia para comprar púrpuras, y legara a su mujer en el testamento la lana teñida con púrpura, respondió Servio <Sulpicio Rufo> que pertenecerá a la mujer la púrpura quehubiese comprado el liberto en vida del testador”.<sup>90</sup>

De nuevo vemos la primacía de la voluntad del testador frente a lo declarado por él. De modo semejante, Ulpiano dice:

Hay que distinguir también si se legó lo dispuesto para ella o lo comprado para ella, pues en lo dispuesto se comprende todo lo que se hubiese destinado para uso de la mujer, pero en lo comprado tan sólo lo que su marido compró para ella; por lo que en el legado de exclusivamente lo comprado no entra lo que el marido compró por otra causa y luego le destinó; más en ambos legados entra lo que el marido había mandado comprar o que ya había comprado pero no le había asignado especialmente, aunque lo hubiera hecho de haber vivido.<sup>91</sup>

88 D. 39, 4, 12, pr. y 1.

89 D. 34, 2, 30.

90 D. 34, 2, 4.

91 D. 32, 49, 3.

Llega a la conclusión de que por el cariño de los esposos, las mujeres son llamadas “señoras”, tomando una referencia de Egidio Menagio en un comentario de Scévola, que dice: “El que daba cierta cantidad anual a Marco, hombre docto, dispuso en su testamento como sigue: honorabilísima señora mía: yo sé que tendrás cuidado de que nada falte a mis amigos, pero <querría> que dieras a Marco ochocientos mil sestercios”.<sup>92</sup> Y en otro texto del mismo autor: “En un testamento un marido legó así a su mujer: “para mi señora Sempronia, además la plata de baño”. Se preguntaba si entraba también en el legado la plata que acostumbraba usar en el baño los días de fiesta. Respondió que parecía legada toda ella”.<sup>93</sup>

Otros autores reforzarán su disertación. Labeóna Javoleno, dice así:

Si se legó de modo que Ticia, mi mujer, tenga tanta parte en la herencia como uno de los herederos, y éstos no tienen parte iguales, creían Quinto Mucio y <Aquilio> Galo que se había legado la parte mayor, porque lo menor también entra en lo mayor; Servio <Sulpicio Rufo> y Ofilio, <en cambio> que la parte menor, porque al quedar obligado el heredero a dar <una parte>, es él quien puede elegir qué parte va a dar. Labeón aprueba esta segunda opinión que es la cierta.<sup>94</sup>

Como se observa, Quinto Mucio y Aquilio Galo defendían la mayor parte para la mujer, pero al tratarse de un legado damnatorio, el marido faculta al heredero para que sea él quien elija que parte debe dar. En un comentario al texto, de Gregorio Mayans, destaca que no había honrado el marido a la mujer, al no instituir la heredera; y Paulo ha dejado dicho que el legado testamentario es un honor: “Suelen los padres elegir como tutores de sus hijos a los más amigos y leales, y por eso suelen <estimularles> con el honor de un legado para que también asuman la carga de la tutela”.<sup>95</sup> En sentido contrario, Ulpiano juzgaba como injuria a la desheredación del hijo: “Escribe acertadamente Ulpiano, 5 *quaest.*, que el padre no puede entablar la querrela por inoficioso testamento en nombre de su hijo si éste se opone, porque el ofendido es el hijo”.<sup>96</sup> Hace un comentario

92 D. 33, 1, 19, 1.

93 D. 34, 2, 40, 1.

94 D. 32, 29, 1.

95 D. 27, 1, 36.

96 D. 5, 2, 8.

acerca de Barnabás Brisonio, cuando objeta la probidad de Antonio, porque no recibió ninguna herencia de los testamentos de sus amigos.

El jurista Salvio Juliano nos dice: “Asimismo, si un testador hubiera escrito en su testamento: si me nace un hijo o una hija, sea mi heredero, si no llega a ser mi heredero mi hijo o mi hija, sea heredero Seyo”,<sup>97</sup> no declaró su voluntad con la debida claridad, si es que quiere que no sea heredero el extraño más que si ni el hijo ni la hija llegan a ser sus herederos; antes bien debe decir: “si no llega a ser heredero ni mi hijo ni mi hija”. Pero la primera forma puede ser a veces necesaria: cuando teniendo el testador un hijo y una hija, quiere instituir herederos a los dos, y que entre el extraño como coheredero, si uno de ellos va a ser heredero, o como sustituto, si ninguno de los dos es heredero. Pero es más natural que la intención del testador sea de que <las palabras> se interpreten de manera que no se admita al extraño con tal de que le haya nacido un hijo o una hija, a no ser que el testador manifestara expresamente <lo otro>.

Dirá Baquíjano que del afecto del padre hacia los hijos, la alternativa se convierte en conjuntiva; y con Socino, concluirá que el padre no quiere preferir un extraño a sus propios descendientes.

Un texto de Javoleno nos indica: “Un dueño había legado cinco áureos a un esclavo suyo diciendo que mi heredero dé a mi esclavo Estico, cuya libertad dispuse en el testamento, los cinco áureos que le debo según el libro de cuentas”.<sup>98</sup>

Escribe Namusa que: “Servio <Sulpicio Rufo> había respondido que nada se le había legado al esclavo, porque un dueño no podía deber nada a su esclavo; pero yo pienso que debe atenderse a la deuda natural más que civil, de conformidad con la intención del testador, y es lo que seguimos en la práctica”.

Con una cita de Pomponio afirma que entre el dueño y el esclavo puede haber una obligación natural, basada en el afecto que le tiene: “Si yo hubiera prestado una cantidad a un esclavo tuyo, luego te lo hubiera comprado, y éste, después de ser manumitido, me hubiera pagado, no podrá repetirlo <como pago indebido>”.<sup>99</sup> El mismo Javoleno refiere:

Se dejó un legado a mi cargo, como heredero, y a favor de mi mujer en estos términos: “que mi heredero Seyo dé a Ticia una cantidad equivalente a todo

97 D. 34, 5, 13, 6.

98 D. 35, 1, 40, 3.

99 D. 46, 3, 83.

lo que Seyo adquirió de parte de Ticia en concepto de dote”.<sup>100</sup> Pregunto si pueden deducirse las impensas que se deducirían si se ejercitara la acción de dote. Respondió: no dudo de que cuando <el marido> lega a la mujer diciendo “te pido, heredero, que le des todo lo que hubieres adquirido <de su dote>”, se debe la dote entera sin deducir las impensas; pero cuando el testamento es de un extraño no debe valer lo mismo que para el testamento de un marido que lega a su mujer la restitución de la dote.

Las palabras “todo lo que has adquirido” deben entenderse en función de tasación, en tanto si el marido lega a su mujer la restitución de la dote, se entiende que le lega lo que la mujer podría conseguir en el juicio de dote.

Nuestro autor discrepa con las posturas tomadas ante este texto de Javoleno, de autores, como Antonio Gobeano, Antonio Fabro y Bartolo, porque considera que caen en errores, entre otros, como considerar que el legado debía interpretarse en favor de los herederos. Si bien estuvo vigente el Edicto de Alterutro<sup>101</sup> con anterioridad a Justiniano, éste decide lo siguiente:

Se ha de saber, pues, que deja de ser aplicable en la acción de lo estipulado el edicto del Pretor, que se introdujo respecto a una o a otra cosa, a fin de que la mujer reciba lo que se le dejó por el marido, y además obtenga la dote, salvo si el marido se lo dejó especialmente por la dote, pues es evidentísimo que el testador, que no hubiere añadido esto, quiso que ella obtuviera una y otra cosa.<sup>102</sup>

El testador en el texto de Javoleno, pudo manifestar con más claridad su voluntad, tal como lo hace Paulo, en el siguiente: “El que había prometido la dote a su mujer que la estipuló había legado a la misma mujer algunas cosas en el testamento, pero con la condición de que no reclamara la restitución de la dote de sus herederos”.<sup>103</sup>

Nuestro autor termina en este punto el comentario al principio de la Ley Pánfilo ; y a la que se añade el párrafo 1 donde se trata de la validez

100 D. 31, 41, 1.

101 Se trataba de una disposición del edicto pretorio imponiendo a la mujer, en el supuesto de que el marido le hubiese dejado determinados bienes, el optar entre la herencia o la restitución de la dote, no pudiendo exigir ambas cosas; había que elegir entre la *actio ex testamento* y la *actio rei uxoriae*.

102 CJ 5, 13, 1, 3.

103 D. 24, 3, 46.

del fideicomiso de unos predios, dejado a Gayo Seyo en presencia de los amigos, donde se resalta la importancia de la voluntad del testador, que será ratificada en un documento, dando la respuesta de “sí, desde luego”. Pero se le acaba el tiempo de la disertación.

Como finaliza de este modo la *Relectio* hace notar que habrá quienes desaprueben el que toda ella se haya centrado en esta primera parte de la ley, sin que nada haya dicho de las otras cuestiones planteadas por Scévola. Se excusa indicando que no dependió de él que la doctrina de la Ley Pánfilo, fuera tan fecunda, y que pensó que debía recoger las opiniones de los más relevantes juristas romanos para poder presentarla ante el auditorio. Su papel ha sido de verdadero intérprete y no se ha conformado con ser un mero escoliador, ya que si hubiera pasado velozmente y de una manera superficial, hubiera llegado a exponerla de manera completa. Le faltó tiempo para acometer el resto de la ley, del que también se había provisionado con buena doctrina para exponerla, si hubiese sido lícito traspasar el tiempo previsto.

Cierra Baquijano su *Relectio* con unas palabras de un poeta español, León Arroyal:

Más años en estudios has gastado  
 Que yo, pero de todo trascordado  
 Estás, mientras que tengo en la memoria  
 Cuanto leí de Ciencias, y de Historia.  
 Yo me acuerdo de todo, tú de nada:  
 ¿Quién sabe más al fin de la jornada?  
 Si lo que sabes echas en olvido,  
 Nada sabes, por más que hayas sabido

La conclusión a la que llega Baquijano, al analizar la Ley Pánfilo, en materia de fideicomisos, es en suma la siguiente: a través de una exégesis fiel de las fuentes romanas con indicación de sus lugares respectivos, donde mezcla elementos de las regulaciones clásica y justiniana y de los comentarios, coincidentes o divergentes, de los principales juristas del *Ius commune*, *del mos gallicus* y *del mos italicus*, remarca la preeminencia de la voluntad, frente a las palabras del testador. Es más, por su origen y enraizamiento en la fides, no necesariamente es una disposición testamentaria; puede darse en un testamento, en un codicilo, en una declaración oral, con un gesto. El fideicomiso, consistirá por lo tanto en una

manifestación de la voluntad, que se manifestará al exterior mediante palabras de ruego.

Conviene anotar, por último, que para lograr un mejor conocimiento del pensamiento del autor se ha elaborado un índice de los juristas que menciona, principalmente los romanos, y los autores del derecho intermedio.

## V. ÍNDICE DE AUTORES

### *Repertorio de juristas romanos*

*Celso*. Último gran jurista de la escuela proculeyana (s. I-II d. C.). Autor de *Digesta* en treinta y nueve libros, los primeros veintisiete dedicados al *ius honorarium* y los demás al *ius civile*. Suya es la definición del *ius*, en el sentido de *iuris prudentia*, como “la técnica de lo bueno y de lo justo”. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998. p. 358.

*Craso*. El elogio que de él hace Cicerón (*eloquentium iuris peritissimus*: Cic., Burt. 145, nos indica que era más un orador que jurista. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998, p. 352.

*Gayo*. Jurista del siglo II d. C. Escribió un tratado elemental de la que surgirá la tripartición: *personae, res actiones*. En la “Ley de Citas” Valentiniano III del 426 le reconoce valor de autoridad en los juicios. Ricardo Orestano, pp. 77, 158.

*Javoleno Prisco*. Jurista siglos I-II d. C. (Ricardo Orestano, pp. 169 y 170). Su originalidad es apreciable en los catorce libros de *Epistulae* de los que procede el famoso enunciado recogido en D. 50.17.202: “en derecho civil, toda definición es peligrosa, pues es difícil que no tenga que ser alterada”; otros escritos suyos son los quince *Libri ex Cassio* y los cinco *ex Plautio*, así como un epítome y comentario crítico sobre los *Libri* posteriores de Labeón: los *Iavoleni ex posteriorum Labeonis libri X* o *Labeonis posteriorum a Iavoleno epitomatorum libri VI*. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998. p. 357.

*Juliano, Salvio*. Jurista del siglo II d. C. (Ricardo Orestano, p. 200). Su originalidad e independencia de pensamiento se ponen de manifiesto especialmente en los noventa libros de los *Digesta* que representan una de las obras cumbre de la jurisprudencia romana; se trata de una colección de *responsa* a casos reales e imaginarios dispuesta en su primera

parte según el “orden edictal”, ocupándose en la segunda de las principales disposiciones normativas. Otras obras suyas son los cuatro *Libri ad Urseium Ferozem*, los seis *ex Minicio* y el *Liber singularis de ambiguitatibus*. Por encargo de Adriano revisó y redactó la versión definitiva del Edicto perpetuo. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998. p. 359.

*Labeón*. Jurista romano, se le considera el fundador de la escuela o “secta” de los *Proculiani*. Fue maestro sobresaliente y prolífico rescriptor: “dejó cuatrocientos volumina”; de su producción destacan los comentarios *Ad edictum* en 30 libros por lo menos y *Ad legem XII Tabularum*, los *Libri de iure pontificio* y obras de orientación casuística como las colecciones de *Epistulae* y *Responsa* y los *Pithama*; los *Libri* posteriores fueron publicados póstumamente por un editor desconocido. Alcanzó la pretura pero, siendo políticamente conservador, rechazó el consulado que le ofrecía Augusto. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998. p. 358.

*Marcelo Ulpio*. Jurista caracterizado por un gran sentido crítico. Autor de treinta libros de *Digesta* ordenados a la manera de los Salvio Juliano y de *Notae* a los *Digesta* de este jurista y a las *Regulae de Pomponio*, de *Libri VI ad legem Iuliam et Papiam*, un *Liber singularis responsorum* y al menos cinco libros *De officio consulis*. Pertenció al *consilium* de Antonio Pío y al de Marco Aurelio. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998. p. 363.

*Marciano*. A juzgar por los numerosos rescriptos que cita debió de ser alto funcionario de la cancillería imperial. Escribió unas extensas *Institutiones* en dieciséis libros que fueron muy aprovechadas por los compiladores del *Digesto*, cinco libros de *Regulae* y diversas monografías *Ad formulam hypothecariam*, *Ad senatus consultum Turpillianum*, *De delatoribus*, *De appellationibus* y *De publicis iudiciis*; autor igualmente de *Notae* a los *Libri de adulteriis* de Papiniano. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998. p. 365.

*Meciano, Volucio*. Autor de *Quaestionum de fideicommissis libri XVI* y *libri XIV de iudiciis publicis* sobre derecho penal; también de una monografía *Exlege Rhodia* (D. 14.2.9). Desarrolló una importante carrera oficial, fue miembro del *consilium* con Antonio Pío y con los *divi fratres*. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998. p. 360.

*Modestino Herinio*. Uno de los cuatro juristas citados en la “Ley de Citas” o *Contitución* de Valentiniano III, a quienes se les reconocía valor de autoridad en los juicios. Perteneciente a la época de los severos. (Ri-

cardo Orestano, pp. 77, 160). Es el último jurista clásico de importancia. Sus obras, bastante numerosas, son manuales para la práctica carentes de originalidad: *Libri XII pandectarum*, *Libri IX differentiarum*, *Libri X regularum*, *Libri XIX responsorum*, *Libri IV de poenis*, al menos cuatro *Libri de praescriptionibus*, los *Libri VI de excusationibus* escritos en griego y numerosas monografías en materia matrimonial y sucesoria. Es el quinto jurista de la Ley de Citas del 426. *Textos de derecho romano*, Arazandi, 1998, pp. 365.

*Papiniano Emilio*. Perteneciente a la época de los Severos. Célebre por su definición del *Ius praetorium*. Bernardino Bravo Lira, pp. 160, 202. Uno de los más importantes juristas romanos. Fue autor de *Libri XXXVII Quaestionum* y *Libri XIX responsorum*: ambas obras siguen el orden de los *Digesta* y reúnen casos resueltos por él mismo o por otros juristas junto con decisiones judiciales y constituciones imperiales; otras obras suyas son las *Definitiones* en dos libros y una o dos monografías *De adulteriis*. Su gran prestigio en la época posclásica queda acreditado por su inclusión, en posición privilegiada, entre los juristas de la Ley de Citas del 426. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998, pp. 363.

*Paulo Julio*. Escribió más de trescientos *libri* repartidos en unas setenta y cinco obras y es, después de Dominico Ulpiano, el jurista del que más textos se han conservado. De tan extensa producción cabe destacar un comentario *Ad edictum* en ochenta libros y un tratado de *Ius civile* en forma de *Libri XVI ad Sabinum*; comentarios a obras de juristas anteriores entre los que destacan las *Notae* a los *Pithana* de Labeón, los *Libri IV ad Vitellium* y los *Libri XVIII ad Plautium*; veinticinco libros de *Quaestiones*, veintitrés de *Responsa* y tres *Libri decretorum* con decreta de Septimio Severo y Caracalla. Figura entre los juristas de la Ley de Citas de 426. Su carrera oficial fue muy nutrida: asesor del *praefectus praetorio* Papiniano, perteneciente con el al *consilium* de Septimio Severo y luego al de Alejandro Severo, *magister memoriae* y por último *praefectus praetorio* baja ese emperador. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998, pp. 364.

*Plinio*. Jurista según su inscripción funeraria. Figura entre los juristas de la Ley de Citas de 426. Su carrera oficial fue muy nutrida: asesor del *praefectus praetorio* Papiniano, perteneciente con el al *consilium* de Septimio Severo y luego al de Alejandro Severo, *magister memoriae* y por

último *praefectus praetorio* bajo ese emperador. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998, pp. 364.

*Pomponio*. Siglo II d. C. Afirma que el *Ius civile* consiste: *in sola prudentium interpretatione consistit* (Ricardo Orestano, p. 73). Es un jurista muy utilizado por los compiladores del *Digesto*. Ajeno a las controversias de la escuela, probablemente no tuvo el *ius respondendi* y se dedicó a la enseñanza del derecho. Fue autor de una dilatada obra que recoge, sin especial originalidad, los resultados alcanzados por la jurisprudencia anterior; destacan sus tratados de *ius civile* escritos como comentarios a juristas anteriores. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998, 360 pp.

*Prisco Neracio*. Junto con Publio Juvencio Celso (hijo), es el último jefe conocido de los *Proculiani*. Escribió obras de casuística como los *Responsa*, las *Epistulae* y los siete libros de las *Menbranae*, quince libros de *Regulae* con principios jurídicos de carácter abstracto, los *Libri ex Plautio* y un *Liber singularis de nuptiis*. Fue consul *suffectus* en 86 d. C. y perteneció al *consilium* de Trajano y Adriano. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998, 358 pp.

*Quinto Cervidio Escevola*. Jurista de gran agudeza y profundidad pero de estilo lacónico y dogmático. Escribió cuarenta libros de *Digesta* según el orden de Salvio Juliano y Ulpio Marcelo, once libros de *Responsa*, veinte de *Quaestiones* y cuatro de *Regulae*. Fue *praefectus vigilium* en 175 d. C. y miembro del *consilium* de Marco Aurelio. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998, 362 pp.

*Quinto Mucio Escevola*. Citado por Pomponio. Patriarca de una famosa familia de juristas. Praetor en 215 a. C. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998, 349 pp.

*Sabino*. Fue el primer jurista del *ordo equester* que recibió el *ius respondendi*. Da nombre a la escuela de los *Sabiniani*. Su principal obra son los *Libri III iuris civilis*, manual para la enseñanza de gran influencia posterior y origen del denominado “sistema Sabiniano” de exposición del *ius civile* (muy influido por el *sistema muciano*), cuyo orden de materias es el siguiente: sucesiones, personas, obligaciones y cosas; autor, además de un breve comentario *Ad edictum praetoris urbani*, dos libros de *Responsa*, once libros de *Memorialia*, los *Libri ad Vitellium*, etcétera. Época de Tiberio. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998.

*Servio*. Jurista republicano, gran orador. Escribió ciento ochenta *libri*; títulos conocidos son: *De sacris detestandis*, *De dotibus liber singularis*, *Ad Brutum libri II*, *Reprehensa Scevolae capita o Notata Mucii*. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998, pp. 353.

*Trebacio*. Fue discípulo de Q. Cornelio Máximo y maestro del jurista clásico Marco Antistio Labeón. Su amigo Cicerón le dedicó los *Topica*, lo que constituye un testimonio de su interés por la aplicación del *ars dialectica* al derecho. Autor de numerosas obras, entre ellas nueve o diez libros *De religione* y *aliquod libri de iure civili*. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998, pp. 354.

*Triboniano*. Colaborador de Justiniano en la elaboración del *Corpus iuris civilis* (Ricardo Orestano, pp. 179, 181).

*Trifonino*. Jurista de origen oriental; discípulo de Quinto Cervidio Escévola. Escribió *Libri XXI disputationum* y *Notae* a los *Digesta* y a los *Responsa* de su maestro. Perteneció al *consilium* imperial junto con Papiniano y Mesio. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998, pp. 363.

*Tusciano*. Mencionado por Pomponio como jefe de los Sabiniani junto a Aburnio Valente y Salvio Juliano; posiblemente se trata de un error por Tossianus (=Javoleno Prisco). *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998, pp. 359.

*Ulpiano*. Uno de los cuatro juristas citados en la Ley de Citas o Constitución de Valentiniano III, a quienes se les reconocía valor de autoridad en los juicios. Perteneciente a la época de los Severos (Ricardo Orestano, pp. 77, 160). Era natural de Tiro, en Fenicia. Su obra revela un perfecto conocimiento de la literatura jurídica y la legislación imperial, que cita con verdadera abundancia; los compiladores tomaron de sus escritos aproximadamente un tercio del contenido del *Digesto*. Sus obras principales son los *Libri LXXXIII ad edictum praetoris* y *ad edictum aedilium curulium* y los *Libri LI ad Sabinum*, un tratado incompleto de *ius civile* interrumpido en la *reivindicatio*. Es muy destacada su aportación al derecho público y administrativo con estudios monográficos sobre diferentes *officia* imperiales. *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998, pp. 364.

### *Derecho común más antiguo*

*Acursio*. Glosador de la Escuela de Bolonia que hacia la mitad del siglo XIII recogió en una grandiosa obra lo mejor de los maestros boloñeses (Ricardo Orestano, p. 67).

*Baldo*. Pertenece a la Escuela de los Comentaristas (1324-1400), discípulo de Bártolo de Sassoferrato (Ricardo Orestano, p. 84).

*Bartolo de Sassoferrato*. Jurista de todos los tiempos (1324-1357), pertenece a la Escuela de los Comentaristas, tiene una concepción sustancialista de las cosas (Ricardo Orestano, pp. 84, 171).

*Brissonio, Barnabás*. Resume en algunas obras fundamentales los resultados de alrededor un siglo de historiografía del antiguo derecho romano, pero investiga también la historia de todas las codificaciones y compone el Código de Enrique III (Ricardo Orestano, p. 653).

*Haloander*. Lo menciona al hablar de la historia como problema central del humanismo jurídico. Con los estudios de Haloander, y otros, se llega al desarrollo de una verdadera y auténtica crítica filológica de las fuentes jurídicas, se investiga sobre las interpolaciones de un Agustín, de un Govea, de un Cujas, de un Faber... que cubrirán todo el *corpus iuris* hasta las fuentes prejustinianas (Ricardo Orestano, pp. 647, 659).

### *Derecho común más moderno*

*Agustín, Antonio*. Obispo de Tarragona, natural de Zaragoza, nació en 1517 y murió en 1586, introduce en España el *mos docendi gallicus* (Carlos Alfredo Vogel, p. 347).

*Alciato, Andrea*. Célebre romanista italiano de la escuela humanista o *mos gallicus*, la que fundó en Bourges junto a Budeo. Nació en 1492 y murió en 1550 (Ricardo Orestano, pp. 89, 90, 99).

*Borgia, Jerónimo*. (1633-1683) autor de *Investigationum iuris civilis, libri viginti, in quibus Antonii Fabri Icti coniecturae investigantur et repellentur, quidve circa easdem in foro receptum sit, in gratiam Pragmaticorum disquiritus I-II* (Neapoli, 1678, 1689), obra que Baquijano cita: Lib. 14 *Investigat. Iur. Civ. Cap. 2 et 3; Defensarum decades adversum decades errorum Antonii Fabri* (Neapoli, 1680); *Suspicionum iuris civilis libri duo* (Neapoli; 1683) (Dougnaç p. 203)

*Contio, Antonio.* Jurisconsulto francés, nacido en Noyón (1506) y fallecido en Bourges (1586). Profesor en Orléans y Bourges (Helmut Coing p. 452).

*Cortés, Juan.* Historiador del derecho español de fines del siglo XVII, cuya obra inédita fue publicada en Hannover en 1703 bajo el nombre de *Sacra Themidis Hispanae Arcana* por Gerardo Ernesto de Franckenau, diplomático francés, como si fuera suya (Dougnaç p. 204).

*Covarrubias, Diego.* Jurista indiano del Barroco (1527-1577), autor de *Variae resolutiones*, llamado el bartolo español (Bernardino Bravo Lira, p. 24).

*Cuyacio.* Jurisconsulto francés nacido en Toulouse en 1522, de la escuela humanista o *mos gallicus*, uno de los mayores concedores y analistas de las fuentes romanas. Abarcó en su estudio casi toda la obra justiniana (Ricardo Orestano, pp. 133, 184).

*Donelo (o Doneau), Hugo.* 1527-1591. Considera al derecho romano como derecho propio (Bernardino Bravo Lira, p. XXVII). Enseñó derecho civil en Tolouse. Tuvo discrepancias con Cujas. Considerado antecesor de Domat y Pothier.

*Fabro Antonio.* 1557-1624. Abierto a la cultura francesa e italiana. Cursó estudios de *Humanitates* en París y derecho en Turín, abogado, juez, miembro del senado de Saboya. Considerado como un maestro de la *Interpretación* (Ricardo Orestano, p. 115). Con él se inicia el estudio de las interpolaciones en el *Digesto*. (Carlos Alfredo Vogel, p. 326).

*Fabro Pedro.* Jurista francés perteneciente al *mos gallicus*. Autor de *Semestrium Liber unus, Commentarii de iustitia et iure, de origine iuris, de magistratibus romanorum* (Bernardino Bravo Lira, p. 259).

*Feijoó, Benito Jerónimo.* Benedictino, considerado el padre de la ilustración española. Tuvo mucha influencia en Baquíjano. Es muy notoria por ejemplo en el *Elogio* al virrey Jaúregui.

*Franckenau Gerardi.* Diplomático francés que publicó bajo su nombre *Sacra Themidis Hispanae Arcana* en Hannover en 1703, obra que Gregorio Mayans demostró en la edición de 1780, que pertenecía a Juan Lucas Cortés (Dougnaç p. 208).

*Godofredo Dionisio.* XVI, crítico humanista francés (Ricardo Orestano, pp. 216, 623).

*Godofredo Jacobo* (Ricardo Orestano, p. 216).

*Goveano Antonio*. Romanista portugués perteneciente al *mos gallicus*, quien se dedicó a comentar algunos títulos del *Corpus*. Es autor de *De iurisdictione libri duo. Adversus Eguinum Baronem* (Lugduni, 1622. Dougnac p. 209).

*Kool, Andreas von*. 1568-1655. Autor de *Tractatus duo quorum prior de servitutibus feudalibus... et alter de subfeudis...*(Wittembergae, 1609) (Dougnac p. 210).

*López Madera, Gregorio* (circa 1560-1640), jurista ibérico, autor de *Animadversionum Iuris liber singularis (Augusta Taurinorum, 1585, 1586; Colloniae Agrippinae, 1594)*, obra de la que Baquijano cita lib. 22 *Animadversionum*. (Dougnac p. 210).

*Martín Francisco*. De quien cita Baquijano cap. 6 *Praetermissarum Iur. Civ.: uti firmat adversus Fabrum et Cuiacium praestissimus vir Franciscus Martius* (Dougnac p. 210).

*Mayans y Siscar, Gregorio*. Vivió entre 1699 y 1781. Catedrático de Código en la Universidad de Valencia, y enseñó también en Cervera. Cultor del derecho romano del siglo XVIII (Carlos Alfredo Vogel p. 350). Habla sobre el derecho español o nacional en su carta a José Berní y Catalá de 7 de enero de 1777. Además refiere las leyes de Castilla a las leyes patrias o a las leyes propias de España (Bernardino Bravo Lira, pp. 301, 325).

*Menochio, Iacopo*. Civilista italiano del siglo XVI dirá que *spernere legis praecepta est repugnare divinae voluntati* (Bernardino Bravo Lira, pp. 140, y 640 Orestano).

*Nerio, José*. Autor italiano (Dougnac p. 210).

*Oteyza y Olano* (circa 1600-1646-1661), autor español, de quien conocemos *Paralipomenon et electorum iuris civilis selectorumque antiquitatum Tomus primus* (Dougnac p. 210).

*Puga y Feijoo*. Autor de una importante cantidad de obras jurídicas, que fueron recolectadas por el ilustre Gregorio Mayans y Siscar (Dougnac p. 210).

*Ruinoldo Bernardo* (Dougnac p. 211).

*Schifordegerius, Gaspar* (1581-1631), jurisconsulto alemán fallecido en Breslau. Abogado de los principados de Scheitnitz y Jauer. Perteneció a la Academia de Annécý (Dougnac p. 211.).

*Socino Bartolomeo*. Sienés (1436-1507), en Padua compuso consultas y comentarios al *Digesto* (Ricardo Orestano, p. 139).

*Vario Alfeno, Domenico*. Nacido en Italia en 1729, profesor de Pavía, muere en 1794. Enseñó *ius romanum* y feudalismo (Ricardo Orestano, p. 138).

*Velarde Juan*. Jurista contemporáneo de Baquíjano, que en abril de 1785 pronunció una disertación en la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica de Madrid pronunciándose por la autonomía de la *Sacra Themidis Hispanae Arcana* de Juan Lucas Cortés siguiendo en ello a Mayans (Dougnaç p. 211).

## VI. BIBLIOGRAFÍA

*Antología de la Independencia del Perú*, Lima, edición preparada por Félix Denegri Luna, Armando Nieto Vélez S. J. y Alberto Tauro con la colaboración de Luis Durand Flores, Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú, 1972.

BELLOMO, Manlio, *La Europa del derecho común. Il cigno Galileo Galilei*, 1a. ed., Roma, Americana, 1995.

BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Chile, Editorial Jurídica, 1989.

CALANCHA, Antonio de la, *Historia de la Universidad de San Marcos hasta el 15 de julio de 1647 por el padre maestro Fray*.

COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, ts. I y II.

CUENA BOY, Francisco, "Utilización pragmática del derecho romano en dos memoriales indianos del siglo XVII sobre el protector de indios", *Revista de Estudios Jurídicos*, Valparaíso, Chile, núm. XX, 1998.

DEUSTUA PIMENTEL, Carlos, *José Baquíjano y Carrillo*, Lima, Biblioteca hombres del Perú, 1964, serie VII.

DIGESTO, tomo II, libros 20-36, Pamplona, Aranzadi, 1972.

———, *Cuerpo del derecho civil romano*, Lex Nova, García del Corral.

DOLEZALEK, Gero, *Libros jurídicos anteriores a 1800*, Lima, Biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

DOMINGO, Rafael, *Auctoritas*, Barcelona, Ariel, 1999.

- D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 9a. ed., Pamplona, EUNSA, 1997.
- EGUIGUREN, Luis Antonio, *El derecho del Perú virreynal. Crisis del derecho y justicia*, Lima, Biblioteca del IV Centenario de la Universidad de San Marcos (1551-1951), 1964.
- , Luis Antonio, *Diccionario histórico cronológico de la Real y Pontificia Universidad de San Marcos y sus colegios*, Lima, Imprenta Torres-Aguirre, 1940-1949-1951.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio, “La recepción del derecho romano en Iberoamérica”, *Derecho público romano y recepción del derecho romano en Europa*, 5a. ed., Civitas, 2000.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “El derecho romano en el Perú”, *Index*, Edizioni scientifiche italiane.
- GARCÍA GALLO, Alfonso, *Anuario de historia del derecho español*, Madrid, 1974.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Juan Carlos, *Influencia del derecho español en América*, colecciones MAPFRE, 1992.
- “La causa de la emancipación del Perú”, *Testimonios de la época precursora 1780-1820*, actas del simposio organizado por el Seminario de historia del Instituto Riva Agüero, Lima, Ediciones del Instituto Riva Agüero, 1960.
- LEVAGGI, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino (castellano, indiano, nacional)*, Buenos Aires, De Palma, 1986.
- MATEO, Antonio, *Manceps, redemptor, publicanus: contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1999.
- MENDIBURU, Manuel, *Diccionario histórico-bibliográfico del Perú*, Lima, Imprenta Enrique Palacios, 1932.
- Mercurio peruano*, Lima, t. II, 791, edición facsimilar, Biblioteca Nacional del Perú, 1964.
- PESET REIG, Mariano, *Anuario de historia del derecho español*, Madrid, t. LV, 1975.
- PUENTE BRUNKE, José de la, *José Baquijano y Carrillo*, Lima, Brasa, colección Forjadores del Perú, núm. 123, 1995.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *Historia del derecho civil peruano. Siglo XIX y XX*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

- RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *La doctrina colonial de Francisco de Vittoria a el derecho de la paz y de la guerra*, 2a. ed., Salamanca, Librería Cervantes, 1998.
- SOTOMAYOR GUTIÉRREZ, Luis Alberto, *La acción emancipadora del Perú antes de la llegada de la expedición libertadora*, Lima, Publicaciones de la Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú, 1972.
- Textos de derecho romano*, Navarra, Aranzadi, 1998.
- VALCARCEL, Daniel, *San Marcos*, Lima, Universidad Decana de América, 1968.
- VOGEL, Carlos Alfredo, *Historia del derecho romano*, 3a. ed., Buenos Aires, 1957.