

TESTAMENTI FACTIO: INCERTUM CONSILIUM, INCERTA PERSONA

P O R

JOSÉ MARÍA RIBAS ALBA
Universidad de Sevilla

Dada la peculiaridad de los actos *mortis causa*, los cuales por su propia naturaleza han de desplegar sus efectos sólo tras la muerte del sujeto que los lleva a cabo, parece razonable la exigencia establecida en el ordenamiento romano en virtud de la cual la institución de heredero en un testamento, así como la atribución patrimonial a favor de un legatario —sea en testamento o en un codicilo confirmado— deben recaer sobre una persona suficientemente identificada en el momento mismo de la designación. En el caso de la *donatio mortis causa* los riesgos de la indeterminación del beneficiario se hallaban —al menos en la teoría de la figura— neutralizados, habida cuenta de la necesidad del consenso entre donante y donatario, un consenso que se manifestaba *inter vivos*¹. Por el contrario, en el caso de los fideicomisos un texto de las *Instituciones* de Gayo afirma que *olim incertae personae vel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat* (Gai. 2, 287); el mismo pasaje continúa afirmando que un senadoconsulto de Adriano equiparó en esta materia el régimen de los fideicomisos al ya mencionado de los herederos y legatarios. La noticia gayana sobre la admisión de una *incerta persona* como posible beneficiaria de un fideicomiso no debe interpretarse al modo de un requisito explícitamente establecido, sino más bien como una consecuencia del régimen inicial de aquéllos, en el que primaba por encima de cualquier otra consideración una flexibilidad muy amplia sobre sus formas y objetos.

El requisito de la *persona certa* puede contemplarse tanto desde la perspectiva del disponente como desde el punto de vista de las cualidades del beneficiario. Cada uno de estos aspectos admite un análisis separado, pero desde el primer momento debe quedar claro que, en última instancia, la materia que estamos considerando posee

¹ La jurisprudencia irá equiparando progresivamente los efectos de la *donatio mortis causa* a los del legado, equiparación cumplida en época de Justiniano: CJ. 8,56,4 (año 530); F. SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford, 1951), 332.

una realidad unitaria y se comporta en la práctica como tal. Es muy posible que la anterior consideración sea uno de los motivos por los que los juristas sólo hablaban de *testamenti factio*, sin añadir los adjetivos *activa* o *passiva*, que son un añadido de los modernos. Aquí, como en muchos otros casos, una aparente deficiencia sistemática debe valorarse mejor como una muestra de sabiduría jurídica.

Desde el punto de vista del disponente, el requisito de la *persona certa* ha de situarse dentro del ámbito de la formación de su voluntad. Conforme a lo que escribimos más arriba, se entiende claramente que en los negocios *mortis causa* las cautelas en este punto deban intensificarse respecto a las exigencias de los actos *inter vivos*. Obviamente, quien establece una institución de heredero o un legado (también posteriormente quien acude a la figura del fideicomiso) debe tener capacidad jurídica y de obrar (en el caso de las mujeres *sui iuris* complementada por la *auctoritas* del tutor), pero además es preciso que actúe con entera libertad de coacción y sin haber incurrido —de manera espontánea o inducida— en error impropio o propio. Se puede sostener que el requisito de la *certa persona* se sitúa en un terreno conceptual muy próximo al que cubre el llamado error propio, es decir, el error que se produce en la gestación del acto de voluntad². En ambos casos —el del error propio y el del requisito de la *certa persona*— lo que está en juego es el protagonismo de la *voluntas* como motor del acto jurídico. Decimos que el error vicia la voluntad, pero el fenómeno podría también describirse afirmando que el error impide la formación completa del acto de voluntad, por eso las fuentes sostienen que *errantis nulla voluntas*: no hay voluntad en quien está en el error³.

Resulta interesante destacar, además, el protagonismo central que el Derecho romano otorga a la identidad de la persona beneficiada en los actos realizados *causa donandi* y *mortis causa*. De esta forma ocurre que siempre que la identidad de la persona quede suficientemente clara, el error *in nomine* se hace irrelevante⁴. Lo decisivo es la falta de dudas sobre la identidad de la persona *pensada* por

² Una síntesis sobre las diferencias entre las figuras del error impropio (u obstativo) y el error propio en U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *El negocio jurídico en Derecho Romano* (Madrid, 1954), 47-67.

³ D. 39,3,20 (Pomponio, 34 *ad Sabinum*); CJ. 1,18,8 (año 302).

⁴ D. 35,1,33 pr. (Marciano, 6 *inst.*): *Falsa demonstratio neque legatario neque fidei commissario nocet neque heredi instituto, veluti si fratrem dixerit vel sororem vel nepotem vel quodlibet aliud: et hoc iuris civilis ratione et constitutionibus divorum Severi et Antonini cautum est*. Sobre los orígenes de la máxima *falsa demons-*

el difunto⁵: D. 35,1,34 pr. (Florentino, 11 *inst.*): *Nominatim alicui legatur ita Lucio Titio an per demonstrationem corporis vel artificii vel officii vel necessitudine vel adfinitatis, nihil interest: nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur. Nec interest falsa an vera sit, si certum sit, quem testator demonstraverit.* La identidad se impone incluso a los motivos: aunque éstos sean erróneos no se invalida el acto⁶.

Junto a la ausencia de error propio el Derecho exige que la voluntad del disponente se haya proyectado de manera inequívoca sobre las personas de los beneficiados: la indeterminación de este objeto del acto de voluntad invalida la disposición. El esquema mental del error propio y del principio de la *certa persona* es básicamente el mismo: la exigencia de que el acto de voluntad sea idóneo y completo, es decir, haya sido realizado de manera consciente y libre; y que, desde el punto de vista de su formación, haya concluido con la perfecta determinación de la identidad del beneficiario, es decir, haya llegado a su término. Si el disponente no identificó plenamente al sujeto sobre el que recae el acto, la conclusión que extrae el ordenamiento (y el jurista en su interpretación del caso) es que el acto de voluntad no llegó a completarse adecuadamente. Ésta es la explicación de la exigencia de *certa persona*. Es un requisito que debe estimarse primero como una cualidad del acto de voluntad y sólo en un momento conceptual posterior como un requisito que afecta a las cualidades del heredero, legatario, etc. En la realidad, conforme a lo que arriba quedó apuntado, lo subjetivo y lo objetivo se entrelazan de modo unitario: sólo el análisis teórico permite la distinción de ambos componentes.

Sin embargo, es el aspecto subjetivo —contenido del acto de voluntad— el que reclama la prioritaria atención del jurista. Lee- mos en Gai. 2,238: *Incertae personae legatum inutiliter relinquitur. Incerta autem persona, quam per incertam opinionem⁷ animo suo testator subicit, velut cum ita legatum sit: qui primus ad funus meum*

tratio non nocet. B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, 2.^a ed., trad. de M. FAIRÉN (Barcelona, 1960), 534-535.

⁵ D. 35,1,33,1: *Sed si controversia sit de nomine inter plures: qui probaverit sensisse de se defunctum, ille admittetur.*

⁶ D. 35,1,17,2 (Gayo, 2 de *legatis ad edictum praetoris*): *Quod autem iuris est in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa, veluti ita Titio fundum do, quia negotia mea curavit, item fundum Titius meus praecipito, quia frater eius ipse ex arca tot aureos sumpsit: licet enim frater huius pecuniam ex arca non sumpsit, utile legatum est.* U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *op. cit.*, 67, n. 139.

⁷ IJ. 2,20,25: *...incerta opinione animo suo testator...*

venerit ei heres meus x <milia> dato. El rasgo de la incertidumbre es en primer lugar una cualidad negativa del acto de voluntad: lo que constituye a la *incerta persona* nace de la *incerta opinio*, la imprecisa representación⁸ formada en la mente del testador. Estamos frente a la función esencial que se asigna a la conciencia de identidad; se entiende que el acto de voluntad que no haya determinado con suficiencia la identidad del beneficiario no ha llegado a formarse por completo y por ello es inválido. Igualmente en los *Tituli ex corpore Ulpiani* 22,4: *Incerta persona heres instituti non potest, velut hoc modo: quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto, quoniam certum consilium debet esse testantis*. Lo que en el pasaje anterior se expresaba con los términos *incerta opinio* queda ahora descrito —en forma contraria— como *certum consilium*. Un texto de Papiniano, desde una perspectiva general, ayuda a reafirmar esta insistencia romana en la necesidad de que el acto de voluntad, para que produzca efectos, sea verdaderamente determinado: D. 50,17,76 (Papiniano, 24 *quaest.*): *In totum omnia, qua animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt*⁹.

Así pues, el concepto de *incerta persona* no califica primariamente a la persona en sí misma, es decir, por sus cualidades intrínsecas, ni tiene por qué dar lugar a algo parecido a una especie de catálogo de sujetos excluidos, sino que se sitúa primariamente como elemento constitutivo del objeto de la representación volitiva del disponente. En este plano sucesorio, cualquier persona puede ser calificada de cierta o incierta en función del grado de determinación que haya producido en el acto representativo fraguado en la mente del *de cuius*. Queremos decir, por tanto, que el punto de partida es muy claro y queda señalado por el tipo de ejemplos que aparecen en los pasajes antes reseñados, con el esquema *aquel que llegase primero a mi funeral o a los primeros que sean designados cónsules después de mi testamento*.

Sin embargo, una vez introducida esta exigencia jurisprudencial de la necesidad de la determinación identitaria del beneficiario, se hacía inevitable que la reflexión de los juristas se trasladara también hacia la valoración *objetiva* de algunos tipos o clases de personas, las

⁸ Subraya este aspecto de la necesidad de una concreta representación B. BIONDI, *op. cit.*, 113.

⁹ Vid. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. VI: *Le successioni. Parte generale* (1930) (Milano, 1974), 243, n. 5. El requisito de la *persona certa* afecta también a los beneficiarios de las manumisiones y al nombramiento de tutor: Gai. 2,239-240.

cuales presentaban ya antes de su eventual representación mental problemas más o menos graves de determinación.

Las fuentes disponibles permiten detectar que el camino que llevó a los juristas hacia la objetivación de las *incertae personae* partió del aspecto subjetivo, es decir, del momento en el que se determina el acto de voluntad en lo que concierne a su destinatario. En este sentido el pasaje antes citado de Gai. 2, 238 (*vid. IJ. 2, 20, 25*) termina diciendo: *Sub certa vero demonstratione incertae personae recte legatur, velut: ex cognatis meis qui nunc sunt qui primus ad funus meum venerit, ei x milia heres meus dato*. El texto deja claro que la cualidad de persona cierta o incierta no es una propiedad inmutable situada en el plano extramental, sino que procede del acto de voluntad. La adición de una *demonstratio* posee la virtualidad de convertir una declaración de voluntad en *certa*¹⁰.

El primer apartado en el que se materializa la objetivación de la incertidumbre es el que se refiere al póstumo, es decir, el que nace después de la muerte del testador¹¹. Según el *ius civile* el testador no puede instituir ni legar a un *postumus alienus*, es decir, a una persona concebida pero no nacida en el momento de la muerte del testador; *alienus* (contrapuesto a *suus*) expresa aquí que si el *de cuius* no hubiera premuerto antes del nacimiento del póstumo, éste al nacer no estaría sujeto a su patria potestad. La razón que se da es que el *postumus* es *incerta persona*: Gai. 2, 242: *Ac ne heres quidem postest institui postumus alienus; est enim incerta persona*. Sin embargo, antes de un senadoconsulto de la época de Adriano, podía dejarse

¹⁰ El argumento vale también para el supuesto estudiado por A. Varo en el que el heredero viene gravado con la carga de hacer construir un *monumentum*: incluso cuando el testador haya cometido una equivocación al indicar como modelo uno que realmente no existe; sin embargo, sí puede identificarse el modelo realmente querido por el testador por medio de una interpretación correctiva de la *demonstratio*, entonces se actúa admitiendo la *voluntas* en este punto (*demonstrare animo sensisset*); si no puede llegarse a conocer con exactitud a qué se refiere la *voluntas* del testador (*voluntas eius ignoraretur*), aunque el jurista estima que debe hacerse un monumento de acuerdo con la dignidad y patrimonio del difunto, sin embargo no puede exigirse la multa establecida contra el heredero para el caso de incumplimiento: D. 35,1,27 (A. Varo, 5 *digestorum*). Este pasaje confirma la proximidad que existe entre la doctrina del error (en este caso impropio) y el requisito de la certidumbre en el acto de voluntad.

¹¹ Pese a que el tratamiento del régimen de los póstumos suele concentrarse en la relación entre el padre de familia, sus hijos y descendientes, es preciso señalar que una mujer podría también instituir o establecer un legado a favor de un *postumus alienus*.

un fideicomiso a favor de un *postumus alienus*: Gai. 2, 287. Como muy certeramente indica B. Biondi¹², en el caso del fideicomiso de familia se admite no sólo al póstumo sino también al no concebido; D. 31,32,6 (Modestino, 9 *regularum*): *In fideicommisso quod familiae relinquitur hi ad petitionem eius admitti possum qui nominatim sunt, aut post omnes eos extinctos qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntates suam extenderit*. Por otra parte, es muy significativo que, pese a la consideración del *postumus alienus* como *persona incerta*, el Derecho pretorio le conceda la *bonorum possessio secundum tabulas*, en un edicto que no distingue entre *postumus alienus* o *suus*: *omnem postumum qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse*: D. 37,11,3 (Paulo, 41 *ad edictum*). Finalmente, CJ. 6,48,1,1-2 (años 528-529)¹³ admite la institución de un *postumus alienus*.

El propio *ius civile* había aceptado desde la época arcaica al *postumus suus* en la sucesión intestada y testada del *paterfamilias*, dado que se hallaban incluidos en la categoría de los *sui heredes* (Gai. 3,4; *Tituli ex corpore Ulpiani* 32,15). En este caso, la prevalente identidad familiar parece comunicarse directamente al póstumo; esta «comunicación de identidad» desde la familia al póstumo corresponde al mismo mecanismo que hemos visto más arriba respecto al muy posterior históricamente fideicomiso de familia. Recordemos a estos efectos que el caso que propone Gayo en sus *Institutiones* 2,238, manifiesta en su ámbito esta misma prevalencia de la identidad familiar: el añadido de una *demonstratio* del tipo *ex cognatis meis qui nunc sunt* tiene el alcance de convertir al beneficiario en *persona certa* cuando de otro modo no lo sería.

El haber puesto el centro de atención respecto al concepto de *persona incerta* en el aspecto objetivo, olvidando que el citado concepto se elaboró prioritariamente como un requisito de la *voluntas* del disponente, es decir, situado predominantemente en el ámbito de lo que llamamos *testamenti factio activa* y sólo secundariamente en la *tf. passiva*, ha ocasionado graves confusiones en el tratamiento doctrinal de la personalidad jurídica de los entes distintos del ser humano individual. En nuestra opinión —la cual tendría que ser explicada con más sosiego en otro momento— los juristas romanos no plantean la cuestión de la personalidad jurídica de las entidades

¹² B. BIONDI, *op. cit.*, 326, 511.

¹³ *Vid.* IJ. 1,20,28; 2,9 pr.

cuando discuten el carácter de éstas como personas o *corpora* inciertos. La vinculación entre ambos problemas es más bien resultado de la reflexión doctrinal moderna. El problema de la *persona incerta* es otro: se trata de discutir si se admite o no el efecto jurídico de una declaración de voluntad *mortis causa* que tenga como beneficiarios a unos sujetos identificados por su pertenencia a una entidad supraindividual. Debemos admitir que la noción romana de entidad jurídica supraindividual propiciaba y estimulaba la controversia, porque el Derecho romano, aun reconociendo la personalidad de los *corpora* o *universitates*, no aplicaba un criterio de separación absoluta respecto a sus componentes al modo en que lo hacen los ordenamientos modernos, fundados en la idea abstracta de persona jurídica, sino que construyeron la idea de personalidad jurídica colectiva sin romper del todo los vínculos de ésta con los sujetos particulares que a ella pertenecían: en los entes colectivos el Derecho romano reconoce no sólo la unidad sino simultáneamente la pluralidad de los integrantes¹⁴.

En el ámbito de las disposiciones *mortis causa* resulta evidente que la mentalidad romana privilegió en cierta medida el aspecto de la pluralidad cuando aquéllas se referían a las entidades supraindividuales. Estamos ante un asunto de mentalidad social recogida por la norma. Todavía en época de Justiniano, cuando la importante constitución contenida en CJ. 6,48,1, promulgada entre los años 528 y 529 d. C. regula la materia *De incertis personis*, en un momento en el que ya es claro el reconocimiento de la personalidad de *civitates* y *collegia*, el legislador sigue aferrado al aspecto plural de las entidades. En el párrafo 10 trata el caso de un testador que dispone a favor de una corporación: queda establecido que cada uno de sus integrantes, a título individual, obtenga la parte correspondiente. Es decir, que la preocupación de la norma transita por una vía diversa a la del reconocimiento de la personalidad jurídica y se halla anclada en el plano de la suma o conjunto de los beneficiarios entendidos como individuos pertenecientes a la corporación más que a la corporación como tal. Recuérdese, por otra parte, que en opinión de F. de Robertis¹⁵ CJ. 6,48,1,10, no tiene nada que ver con las asociaciones, dado que la citada constitución se refiere a las

¹⁴ En este punto tengo presentes las reflexiones de P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites* (Torino, 1974), 104-116.

¹⁵ F. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo in mondo romano*, II (Bari, 1971), 253-259: el autor rechaza la versión latina de KRÜGER.

personas inciertas y, por tanto, no de las asociaciones profesionales, conceptualizadas como personas ciertas, según demuestra la lectura de D. 3,4,1 (Gayo, 3 *ad edictum provinciale*). Sólo en el caso de un legado atribuido a un colegio ilícito los beneficiarios pueden ser los integrantes del colegio, entendiéndose que el testador ha mencionado el colegio sólo como medio de identificación del conjunto de sus miembros: D. 34,5,20(21) (Paulo, 12 *ad Plaut.*): *Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod, si corpori cui licet coire legatum sit, debeatur; cui autem non licet si legetur, non valebit, nisi singulis legetur: hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum.*

La opción romana, al menos en un primer periodo, al destacar como factor decisivo el aspecto plural de las entidades cuando éstas son objeto de una atribución *mortis causa* ayuda a entender su consideración como *incertae personae*. El punto de vista romano queda fielmente reflejado en *Tituli ex corpore Ulpiani* 22,5, en relación con el caso específico de los municipios: *Nec municipia nec municipes heredes instituti possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant.* El planteamiento del jurista no parte de la idea de que el *municipium* carezca de personalidad jurídica, concluyendo que por esta causa no es *persona (certa)* y, consecuentemente no puede ser instituido. Dejemos aparte el asunto de la terminología: para el caso de las que llamamos personas jurídicas el Derecho romano utilizaba preferentemente los términos de *corpus* y de *universitas*. Lo que ocurre es que, desde el punto de vista de la *voluntas* del testador, se considera, dada la ausencia de una noción plenamente abstracta de la «persona jurídica», que aquél no pudo identificar mentalmente el conjunto preciso de los beneficiarios y, por ello, el acto de voluntad no puede considerarse idóneo. Para el testador se trataba de un *corpus incertum*. El argumento deriva después hacia el plano objetivo. Dado que en la mente del testador tendrían que haber estado presentes todos los miembros del municipio no sólo en el momento del testamento sino también en el de su muerte, se precisaría además que todos y cada uno aceptaran la herencia (la herencia no puede ser aceptada por medio de representante), cosa que parece imposible. En este planteamiento domina la idea «prejurídica» de causa final: estamos ante una atribución patrimonial diseñada para terminar *materialmente* en las manos de los beneficiarios más que en el arca común administrada por los órganos políticos de la entidad. Dicho de otra forma: se estima que la decla-

ración de voluntad que contiene la institución de heredero a favor de un municipio implica en la mente del testador que los beneficiarios realmente queridos son los integrantes de aquél y no el municipio como tal. El asunto resulta irremediablemente confuso; sin embargo, no hay más remedio que acudir a este tipo de argumento, porque es cosa sabida que el ente supraindividual de Derecho público o privado es capaz de formar su propia voluntad por medio de una decisión tomada en la asamblea mediante la aplicación del principio de mayoría¹⁶.

Por otra parte, conviene no olvidar que la alegación del obstáculo de la *incerta persona* no posee una naturaleza estrictamente normativa. Se trata más bien de una fundamentación elaborada por la jurisprudencia para explicar la prohibición que el *ius civile* establecía respecto a cierto tipo de disposiciones *mortis causa*. Como comentamos anteriormente, la *incerta persona* se perfila prioritariamente como la consecuencia de un *incertum consilium* y no al contrario. En el plano normativo la prohibición fue restringiéndose progresivamente de forma que, cumplida la evolución, se terminó por llegar a la solución contraria¹⁷. El impacto de la doctrina cristiana en el ordenamiento provocó una nueva ampliación de las primitivas limitaciones y, consecuentemente, provocó la génesis de un nuevo tipo de fundamentación que explicara la admisión de este tipo de disposiciones *mortis causa*.

Las anteriores reflexiones me han sido suscitadas por la lectura del libro de Chiara Corbo, *Incertaine personae e capacità successoria. Profili di una società e del suo diritto*, publicado en 2012 por M. d'Auria Editore (Napoli). El libro se halla bellamente editado, por lo que —con permiso de la autora— creemos de justicia iniciar nuestro comentario preliminarmente con esta apreciación a favor de la empresa editorial. Por su parte, la profesora Corbo nos ofrece un libro muy bien estructurado, escrito con elegancia, dando muestras

¹⁶ Las fuentes pueden consultarse en P. W. DUFF, *Personality in Roman Private Law* (Cambridge, 1938), 74, 132; J. M. RIBAS ALBA, *Democracia en Roma. Introducción al Derecho electoral romano*, 2.ª ed. (Granada, 2009), 76-82.

¹⁷ Así para el caso de las ciudades: *Tituli ex corpore Ulpiani* 24,28; CJ. 6,24,12 (año 472). La fundamentación jurisprudencial se subordinaba a los avatares de las decisiones normativas; un ejemplo de ello lo ofrece *Tituli ex corpore Ulpiani* 22,6, cuando señala que *deos heredes instituere non possumus*, en una sede que da a entender claramente que el fundamento se ponía en el *incertum consilium*; pero enseguida se establecen unas excepciones derivadas de algunos senadoconsultos y constituciones imperiales.

continuas de respeto y cuidado hacia el lector, al que se le facilita enormemente la lectura, no sólo por el plan de la exposición, sino por su cuidada sistemática y las continuas referencias bibliográficas actualizadas. Por si fuera poco, la materia del libro enlaza con la que fue quizá la mejor aportación de nuestro maestro José Luis Murga, *Donaciones y testamentos «in bonum animae» en el Derecho romano tardío*, publicado en Pamplona en 1968. De forma que ha sido para mí una experiencia muy positiva enriquecerme con la lectura de esta obra de materia sucesoria, pero en la que, como la propia autora apunta en el título, se plantean problemas que afectan a la historia social y a las relaciones entre la mentalidad dominante en una comunidad y las consiguientes soluciones jurídicas, en este caso las derivadas de la influencia del cristianismo.

Tras una Introducción (11-17), la primera parte de la obra, «*Testamenti factio e incertae personae; dati, letteratura, problemi*» (19-106), estudia la materia de las *incertae personae* en la época anterior al período constantiniano. Comienza con un análisis de la naturaleza jurídica de la *testamenti factio* a través del examen de este concepto en las fuentes, subrayando su vinculación con el *ius publicum* y el papel crecientemente activo del *princeps* en materia sucesoria. A partir de la 55 afronta directamente el concepto de *incerta persona*. Realiza una exégesis de los pasajes fundamentales: Gai. 2,238; 287; *Tituli ex corpore Ulpiani* 22,4; IJ. 2,20,25. La autora no presta demasiada atención a los casos de *incertae personae* de los individuos singulares, tal vez porque su concepción de las personas inciertas privilegia excesivamente el aspecto objetivo en detrimento del subjetivo, este último centrado en el análisis del acto de voluntad del disponente, en los términos de la reflexión que expusimos más arriba y que, en mi modesta opinión, son los casos originarios que generaron la actividad jurisprudencial sobre estos problemas.

Pasa a estudiar los casos de organismos colectivos, en los que la *incertitudo* representa un elemento «peculiar e intrínseco» (60, n. 64, muy reveladora de la posición de la autora). Dado este planteamiento, se hace inevitable el examen de la teoría de la personalidad jurídica en Roma: la autora, con la que puede ser considerada la doctrina dominante, niega la existencia de una tal teoría en época romana, por lo que se hace preciso un estudio del problema caso por caso. Comienza con el estudio de la capacidad *mortis causa* del *populus Romanus* (64-77). A pesar del silencio de las fuentes jurídicas, el examen de otras fuentes disponibles permite llegar a la conclusión de la evidente capacidad del *populus* como receptor

de disposiciones testamentarias. En cuanto a los centros administrativos locales, la solución que fue ofreciendo el Derecho romano consistió en una progresiva admisión de estas disposiciones: *Tituli ex corpore Ulpiani* 22,5; 24,28; Gai. 2,195, entre otras; pero siempre partiendo de una inicial prohibición: Plinio, *epistula* 5,7,1. Menores problemas ofrecía la *testamenti factio* de los dioses, templos y colegios (93-104). La autora concluye que, dado el panorama que presentan las fuentes analizadas, la materia no puede sintetizarse afirmando la existencia de casos excepcionales opuestos a una hipotética regla general: más bien cabe afirmar que la capacidad sucesoria de estas «personas inciertas» de tipo supraindividual se impone ella misma como una situación habitual.

La segunda parte de la obra lleva por título «La novitas degli interventi normativi da Costantino in avanti» (107-153). «*Nel corso del IV secolo, a partire da Costantino, i nuovi rapporti instauratisi tra stato e chiesa finirono con il coinvolgere anche lo specifico ambito del diritto successorio, che venne trasformato in molti suoi istituti, tra quali la capacità successoria delle incertae personae, in considerazione degli scopi di beneficenza cui erano devoluti, sempre più spesso, i notevoli lasciti destinati alla chiesa e agli enti assistenziali*» (109).

El punto de partida es la importante constitución del 321 recogida en CTh. 16,2,4 (CJ. 1,2,1,1), que concede a la Iglesia la capacidad para suceder por testamento; implícitamente reconoce la personalidad jurídica eclesial aunque, siguiendo a J. L. Murga, nos parece que se trata no de la Iglesia universal sino de cada una de las comunidades cristianas presididas por un obispo¹⁸. Por otra parte, si se admite la personalidad jurídica de la Iglesia local y su *testamenti factio passiva* sin mención ni siquiera genérica de sus miembros, la conclusión —al menos en el plano puramente técnico— no puede ser otra que la de la exclusión del obstáculo de la *incerta persona*: en este caso el reconocimiento directo y sin ningún tipo de condicionamientos de la personalidad jurídica convierte a la Iglesia en *persona certa*.

A continuación la autora realiza la exégesis de una relevante novela de Marciano dada en Constantinopla el 22 de abril del 455 (115-125). El emperador admite el testamento de Hipatia, en el que se instituye heredero al presbítero Anatolio para que, como *dispensator (ut non solum heredis, sed paene etiam dispensatoris fungatur*

¹⁸ J. L. MURGA, *op. cit.*, 133, 341, n. 91: la constitución se refiere a la Iglesia como *concilium sanctissimum catholicum venerabile*.

officio) ejecute¹⁹ la voluntad de la testadora para el reparto de sus bienes entre diversas categorías de necesitados. Los beneficiarios de esta voluntad sí podrían ser calificados de *incertae personae* y es precisamente esta duda²⁰ la que ha motivado la impugnación del testamento y la intervención imperial. El tipo de argumentación que utiliza la cancellería radica en la finalidad de la testadora, la cual debe venir protegida en su loable propósito de ejercer la caridad cristiana. Hipatia ha actuado *iuste ac pie* (*Nov. Marc.* 5,1) y este fin superior basta para remover el posible obstáculo derivado de la indeterminación del círculo de los beneficiarios²¹. La flexibilización de los requisitos afecta también a la forma del acto *mortis causa: testamento vel codicillo suo, quod tamen alia omni iuris ratione munitum sit, [...] sive hoc institutione sive substitutione, seu legato aut fideicommisso per universitatem seu specialibus, sive scripta sive non scripta voluntate* (*Nov. Marc.* 5,2). La decisión de Marciano se confirma en la versión abreviada contenida en CJ. 1,2,13 (126-128).

Otras decisiones imperiales abundan en este punto de la remoción de los efectos de la incertidumbre de los beneficiarios, cuando se trata de disposiciones *mortis causa* realizadas con una finalidad caritativa, *pium defunctorum propositum*: CJ. 1,3,28 pr. (año 468) (134-138); el papel del obispo queda muy fortalecido como alto supervisor del cumplimiento de la última voluntad. Al reconocimiento de las donaciones «piadosas» se refiere CJ. 1,2,15 (entre el 474 y el 476: 140, n. 41), la cual reconoce al obispo o al écomo la legitimación activa en una acción dirigida a exigir al donante su cumplimiento (139-143). Es muy significativo que el tipo de donación que se tiene en cuenta es la dirigida explícitamente a favor de mártires, apóstoles, profetas o ángeles, «*tutti esseri non materialmente presen-*

¹⁹ Sobre los orígenes del executor testamentario situados en la figura del *mandatum post mortem*, presente en la época clásica del Derecho romano: J. M. RIBAS ALBA, «*Mandatum post mortem*», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 14 (2002), 57-100.

²⁰ Que el problema venía planteado en torno a la cualidad de *incertae personae* de los beneficiarios se demuestra por el tenor de otra constitución casi contemporánea de Marciano, la contenida en CJ. 1,3,24, del 24 de abril del 455: [...] *non ut incertis personis [...]* (129-133).

²¹ Como señala J. L. MURGA, *op. cit.*, 312, «en la mentalidad jurídica de estos tiempos nuevos, lo incierto ha ido trasladándose más bien al campo de la ejecución testamentaria. Sería incierta aquella institución o legado que no pudiera ser cumplida por verdadera ambigüedad e indeterminación de contenido, bien por falta de datos, por oscuridad en las palabras del testador o por la imposibilidad de concretar una designación demasiado genérica».

ti» (142)²²; pero este aspecto puramente espiritual se concreta en la construcción de un oratorio, hospicio o iniciativa equivalente, de modo que la finalidad caritativa termina «encarnándose» en un edificio. La segunda parte se cierra con un apartado titulado *Incertae personae e successione intestada: alcune riflessioni* (143-153). Se estudia específicamente CTh. 5,3,1 (año 434) (recogida en CJ. 1,3,20, aunque con algunas variantes: 145, n. 48), en la que se establece —como regla general— que si un obispo, presbítero, diácono, subdiácono, clérigo de cualquier otro orden, monje o monja mueren intestados y sin herederos legítimos tanto por línea masculina como femenina, sus bienes se atribuyen a la iglesia o monasterio en los que estaban destinados. Una materia parcialmente semejante trata la Novela 131 del 545 d. C.

La tercera parte de la obra se titula «L'assetto giustiniano» (155-234). La pieza clave de la materia tratada se halla constituida por la única constitución —años 528-529— recogida en el título 48 del libro VI del *Codex Iustinianus*: el texto de la constitución no nos es conocido directamente por la tradición manuscrita del Código, pero ha sido reconstruido por medio de otras fuentes bizantinas (157). La autora realiza un detallado comentario de los veintinueve párrafos de la constitución (159-169).

En los supuestos tratados por la norma se confirma que el punto de partida sigue siendo el mismo que en la época clásica²³, según puede observarse sobre todo por el análisis del párrafo 10: tanto si el disponente menciona explícitamente un *corpus* como si no, se considera que la finalidad última es la de que la atribución patrimonial llegue efectivamente a los beneficiarios individuales. De esta forma, aunque aparezca mencionado un *collegium* (que si se halla reconocido por el Derecho es *corpus certum*), el obstáculo de la *incerta persona* se mantiene y es superado por la decisión normativa, dado que este tipo de disposiciones testamentarias se interpretan siempre sobre el presupuesto de que el testador tiene en mente el grupo de los integrantes y no el *collegium* como tal. En el párrafo 27 —*vid.* IJ. 2,20,25— incluso se llega a repetir el principio general de que una *incerta persona* no puede recibir nada por testamento (178). Sin embargo, en el último párrafo, el 29, se afirma categóricamente que lo dejado a los pobres no puede ser tenido por incierto (169), confirmando una vez más que esta finalidad piadosa excluye

²² Cfr. *ibid.*, 351-356.

²³ En el párrafo 27 el planteamiento es semejante a Gai. 2,238.

la aplicación del régimen de la incierta persona (como en CJ. 1,3,24, año 455, 181).

A continuación la autora se detiene en CJ. 1,3,48(49), del año 531 (181-189), en la que se vuelve sobre el punto de la admisibilidad de la institución a favor de los *pauperes* u otras categorías de desfavorecidos, incluso sin determinación cierta del hospicio o iglesia a los que se encomiende la ejecución de la voluntad del testador, atribuyendo a la autoridad eclesiástica una competencia dirigida a hacer valer la finalidad piadosa del testador²⁴. Un estudio específico merece también CJ. 1,3,41(42), del 528 (193-200) en la que, una vez más, el legislador se ocupa de los límites de la competencia del obispo y otras autoridades eclesiásticas en esta materia. Otra constitución, CJ. 1,2,19, del 528 (200-204), se ocupa de las donaciones, en concreto las *donationes super piis causis factae*, excluidas de los requisitos formales siempre que no superen el valor de 500 sólidos. En la constitución aparece la expresión *piae causae*, que debe entenderse en el sentido de «fin o motivo pío» (202). La *pietas* integra un tipo específico de finalidad: cada vez que se manifiesta en un acto jurídico la *pietas*, podría hablarse de una *pia causa* (203) colocada junto a otras *iustae causae*. En Derecho justiniano aparece por vez primera esta expresión: su sentido es complejo porque indica también —mediante un desarrollo de objetivación— la institución benéfica y, de esta forma se llega a las puertas del concepto de fundación²⁵. CJ. 1,3,45(46),6, establece una acción popular *ex lege* para exigir el cumplimiento de la disposición inspirada en una *causa pietatis* (212, 214, 233).

La siguiente constitución que merece la atención de la autora es la contenida en CJ. 1,2,23, del 530 (217-223), la cual viene puesta en relación con la práctica de instituir herederos a Dios, a Jesucristo, a un santo, a un mártir o a un ángel: en CJ. 1,2,25(26), año 530 (224-227) se establecen criterios prácticos para determinar el destino patrimonial de tales disposiciones. Criterios similares se regulan en la

²⁴ No tiene un interés menor la vigencia y presencia en estos casos de la *lex Falcidia*: 96, 182, 190; hasta la Novela 131,12, del 545: 189. La función de vigilancia del cumplimiento de las disposiciones piadosas encomendada a la autoridad eclesiástica se destaca también en CJ. 1,3,45(46), del 530 d. C. (206-217).

²⁵ *Piae causae* aparece en CJ. 1,2,19; 1,3,45(46); 8,53,34; y en dos Novelas: 65 y 131: 203, n. 79, siguiendo la aportación de S. CUGIA. Como es sabido, la *pia causa* constituye el antecedente de la figura de la fundación: *vid.* J. L. MURGA, *op. cit.*, 375-421; J. M. BLANCH NOUGUÉS, *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho romano* (Madrid, 2007), 205-259.

Novela 131,9, del 545 d. C. (227-228). Esta tercera parte termina con unas conclusiones (228-234), en las que se subraya el aspecto cualitativamente distintivo que tienen las disposiciones *mortis causa* por razón de piedad a partir de Constantino respecto a los actos de liberalidad que se realizaban en época precristiana: el evergetismo pagano tenía como motor motivaciones exclusivamente sociales. Existiría una diferencia sustancial entre el *amor civicus* «pagano» y el *amor pauperum* fundado en la *pietas* cristiana (231, n. 114).