

LA PAULATINA APROXIMACIÓN DEL FIDEICOMISO DE LIBERTAD A LA MANUMISIÓN TESTAMENTARIA DIRECTA

Dora de Lapuerta Montoya
Universidad de Vigo

Sumario. I. Introducción. II. La obligatoriedad jurídica del fideicomiso de libertad. III. Eficacia *erga omnes* del fideicomiso de libertad. IV. Supuestos de liberación legal.

1. INTRODUCCIÓN

La manumisión fue siempre un rasgo distintivo de la esclavitud romana, remontándose su origen hasta la época decenviral. El *dominus* romano fue relativamente liberal en lo que se refiere a conceder la libertad a sus esclavos e innumerables ex-esclavos a lo largo del mundo romano demostraron, por su mera existencia, que la esclavitud no era necesariamente un estado permanente sino que la salida del mismo era posible. Los hombres y mujeres libres de la sociedad romana constituyeron un ejemplo a seguir y emular para aquellos que continuaban en la esclavitud (1).

La *manumissio*, la salida de la *manus*, de la potestad del *dominus*, se articuló de diversas formas a lo largo de la historia del Derecho Romano. Así, junto a los tres modos de manumisión reconocidos por el antiguo *ius civile* -*manumissio vindicta*, *manumissio censu* y *manumissio testamento*-, caracterizadas por su solemnidad y por la atribución de la ciudadanía, el pretor fue introduciendo nuevas formas -*manumissio inter amicos*, *manumissio per*

(1) BRADLEY, *Slaves and Masters in the Roman Empire. A study in social control* (Bruselas 1984) p.81.

epistolam, manumissio per mensam- calificadas por la doctrina de manumisiones menores ya que, aunque el pretor protegía la libertad de los manumitidos, no atribuían el estado de ciudadanía. En el Bajo Imperio se introducen nuevas figuras inspiradas en el *favor libertatis -manumissio in ecclesia* y el ingreso en órdenes religiosas sin que haya posterior reclamación del dueño-. Por fin, en el Derecho Justiniano, toda declaración de voluntad por parte del dueño de liberar al esclavo, hecha en presencia de testigos, implicaba ya la adquisición de la libertad y de la ciudadanía (2)

De los posibles tipos de manumisión que conoció el Derecho Romano, centraremos nuestro trabajo en una de las formas de manumisión *mortis causa*, concretamente en la *fideicommissaria libertas* (3) o *manumissio fideicommissaria*.

La manumisión *mortis causa* podía disponerse de forma directa o de forma indirecta. En el primer supuesto, nos encontramos ante la manumisión testamentaria directa o *manumissio directis verbis data*. La manumisión testamentaria fue probablemente la forma más común de manumisión y consistía en una declaración de voluntad hecha por el dominus en el testamento. Se realizaba mediante una cláusula testamentaria que expresaba -en forma imperativa y directa- la voluntad del testador de que un siervo de su propiedad deviniese libre (4). Si el testamento es válido y la herencia es aceptada por el heredero, el esclavo no se hace liberto de éste, sino del difunto, lo que la jurisprudencia denomina *libertus orcinus* (5).

Se trata de un negocio remoto que tuvo constante aplicación a lo largo del Derecho Romano y que, en su origen, requería ser realizado, so pena de

(2) Vid. WATSON, *The Law of Persons in the later Roman Republic* (Oxford 1967) pp.185 ss.

(3) Etimológicamente, ruego o encargo remitido a la fides. Cfr. ERNOU, A y MEILLET, A, *Dictionnaire étymologique de la langue latine: histoire des mots*, 4ª ed. (París 1967) p.223, *fidei-commissum* es, por tanto, el encargo cuya ejecución encomendamos a la conciencia, a la lealtad de otra persona.

(4) ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo 1979) p.45.

(5) Porque el manumisor ya está en el Orcus, en el reino de los muertos; lo que equivale a decir liberto sin patrón. Cfr. Ulpiano *Tit. ex corp.*2,8; D.40,5,49; I.2,24,2. DUFF, *Freedmen in the Early Roman Empire* (Cambridge 1958) p.25; ROBLEDA OLIS, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma* (Roma 1976) p.123; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Observaciones sobre el fideicomiso de libertad*, en *Libro-homenaje a Ramón Roca Sastre I* (Madrid 1976) p.193.

nulidad, con fórmulas imperativas preestablecidas: «*servus meus liber esto*», «*servum meum liberum esse iubeo*» (6). Formalmente, la disposición debía situarse tras la institución del heredero, y no preceder a ésta. La manumisión testamentaria podía venir acompañada de la institución de heredero del siervo manumitido, convirtiéndose el siervo en *heres necesarius*, cuya renuncia a la herencia implicaría consecuencias infamantes.

Para que se diera la manumisión testamentaria era indispensable que el testador tuviera el *dominium ex iure quiritium* sobre el esclavo, tanto en el momento de hacer el testamento como en el momento de su muerte. En la época clásica es preciso también que no se dé en otra persona la propiedad bonitaria. En este sentido, la jurisprudencia clásica llegó a negar todo poder al nudo propietario civil, considerando posición prevalente la del propietario bonitario. Tampoco debe corresponder a otra persona el usufructo sobre el esclavo.

Para remediar este estrecho campo de aplicación de la manumisión testamentaria directa, la jurisprudencia admitió la condicionabilidad del legado y de la *heredis institutio* a la manumisión de un esclavo del legatario o del heredero (7) y, en el ámbito honorario, el pretor tuteló el *modus* de manumitir, añadido al legado, imponiendo una *cautio* al legatario. Sin embargo, estas hipótesis indirectas presentan las desventajas de operar fuera de la intervención del propio esclavo (8), objetivo que se alcanzará con el reconocimiento de la obligatoriedad jurídica del fideicomiso de libertad.

El fideicomiso fue, en general, una disposición de voluntad confiada a la buena fe de una persona (fiduciario), por la que se hace un encargo o

(6) *stichus liber esto, liber sit; stichum liberum esse iubeo*; cfr. Gayo 2,267.

(7) Cfr. Labeón D.28,7,20,1.

(8) Cfr. IMPALLOMENI, *Le Manomissioni mortis causa* (Padua 1963) p.58 y 60. Su tutela se remitía a la iniciativa de un tercero, interesado en la oposición de eventuales excepciones; éste si estaba gravado con un legado o con un fideicomiso modal, podía en general rechazar la prestación si el legatario o el fideicomisario, gravados a su vez con el *modus*, no lo hubiesen obedecido o prestado garantía de obedecerlo. Vid. VOCI, *Diritto ereditario romano II* (Milán 1963) pp. 626 ss. En la etapa postclásica el concepto de fideicomiso sufrirá una extensión comprensiva del *modus*: Septimio Severo admite que la disposición modal *mortis causa* que tiene por objeto la liberación del esclavo puede hacerse valer por este último con la *petitio fideicommissi*; la regla es sucesivamente extendida por Gordiano a favor de los beneficiarios del *modus* patrimonial cfr. C.6,45,2.

petición a favor de otra persona (fideicomisario) para que aquél los cumpla (9). El encargo podía tener por objeto una sola cosa (fideicomiso de cosa singular); una cuota de la herencia o su totalidad (fideicomiso universal) o la liberación de un esclavo (fideicomiso de libertad) (10).

La manumisión fideicomisaria, manumisión *mortis causa* indirecta *strictu sensu* (11), al igual que el fideicomiso de contenido patrimonial, careció, hasta Augusto, de tutela jurídica. Implicaba una simple ruego del testador (12) a cualquier beneficiario de la herencia (heredero, legatario, fideicomisario) de conceder la libertad a un esclavo determinado (que podía pertenecer al testador, a la persona obligada a manumitir o a un extraño). Su ejecución estaba confiada al sentido moral, a la *fides* del fiduciario (13) y, por ello, hacía nacer un deber de lealtad con efectos jurídicos no sancionables. A diferencia de lo que ocurría con la manumisión testamentaria, si el fiduciario cumplía con su obligación moral, realizaría una manumisión *intervivos* (14) y el esclavo se convertiría en su propio liberto, no en liberto del disponente.

Según lo expuesto, este es, en síntesis, el panorama general de la manumisión *mortis causa* hasta el advenimiento del principado. De un lado, manumisión testamentaria directa, que produce efectos *ipso iure* desde el momento en que el heredero acepta la herencia, convirtiéndose el esclavo en liberto del testador, y formas indirectas de manumisión, entre las que destaca la manumisión fideicomisaria, que únicamente produce efectos si el fiduciario, exclusivamente vinculado por un deber moral, manumite al esclavo, adquiriendo él mismo el *ius patronatus* sobre el ahora liberto.

(9) Vid. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², (Milán 1955) pp.475 ss.; IMPALLOMENI, *Prospettive in tema di fedecomesso*, en *Conferenze Romanistiche*, II (Milán 1967) pp.277 ss.

(10) En cuanto al contenido del fideicomiso, vid. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecomessi* (Milán 1889, reed. Roma 1976) pp.38 ss; BIONDI, *Successione* cit. pp.288 ss, para quien el fideicomiso en sus orígenes es un instituto amorfo, fluido, adaptable a las finalidades más diversas.

(11) ORTEGA, *Observaciones sobre el fideicomiso de libertad* cit. p.190.

(12) Nos encontramos en un momento en que el fideicomiso no tiene la dignidad de instituto reconocido por el Derecho cfr. TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum* (Oviedo 1975) p.9.

(13) Cfr. Gayo 2,285; 2,288; I.2,23,1.

(14) Cfr. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* (Cambridge 1908) p.513.

2. OBLIGATORIEDAD JURÍDICA DEL FIDEICOMISO DE LIBERTAD

Pertenece a la *communis opinio* que el reconocimiento jurídico de los fideicomisos data de tiempos de Augusto (15). Hasta ese momento, el fideicomisario carecía de cualquier tipo de acción frente al fiduciario; si éste incumplía el encargo, lo más que sufriría sería una descalificación moral por no haber realizado un ruego encomendado a la *fides*, a lo que tan afectos eran los romanos (16). Según expone detalladamente Justiniano en I.2,23,1, en tiempos de Augusto, los fideicomisos fueron objeto de una *extraordinaria cognitio*, adquiriendo así fuerza legal (17).

Es también mayoritaria la doctrina que opina que el fideicomiso de libertad recibió sanción jurídica ya entrado el s.I y, por tanto, de forma sucesiva al fideicomiso patrimonial, si bien hay un texto de Pomponio, recogido en D.40.4.40.1, del que podría deducirse, con muchas dudas, que el fideicomiso de libertad ya era jurídicamente obligatorio en tiempos de Ofilio y, por tanto, en el s.I a.C (18). En cualquier caso, pronto la tutela jurisdiccional

(15) Gayo 2,285-288; I.2,23,1.

(16) Cfr. ABELLAN, *Los fideicomisos a través de la literatura específica de los juristas romanos* (Madrid 1982) p.41.

(17) I.2,23,1: *Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appallabant.* En Roma la jurisdicción para los fideicomisos patrimoniales corresponde en un primer tiempo a los cónsules, coadyuvados por dos pretores fideicomisarios, reducidos a uno en tiempos de Tito, cfr. D.1,2,2,32; Gayo 2,278. El reparto de competencias entre cónsules y pretor fideicomisario se hacía atendiendo a la cuantía del asunto pero la doctrina no es concorde en determinar en qué medida, vid. al respecto MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo en derecho romano* (Valladolid, 1989) pp.33 ss. En las provincias únicamente era competente el gobernador, cfr. Gayo 2,278. Sobre las varias dudas que plantea la competencia jurisdiccional, vid. IMPALLOMENE, *Prospettive* cit. p.278 n.7.

(18) Pomponio D.40,4,40,1 (5 ex Plaut.): *Sed et quum sub conditione servo libertas per fideicommissum detur, et ipse praesenti die daretur, non aliter tradere eum cogetur, quam ut caveatur, existente conditione libertati eum restitutum iri; nam in omnibus fere causis fideicommissas libertates pro directo datis habendas. Sed Ofilius aiebat, si adimendi legati causa fideicommissam libertatem testator dedisset, ea vera esse, si vero onerari heredem a testatore legatarius ostenderit, aestimationem nihilo minus legatario praestandam.* Aulo Ofilio es discípulo de Servio Sulpicio Rufo, muerto en el año 43 a.C; es contemporáneo de Trebacio y de Aulo Cascelio, que vivían todavía en tiempos de Augusto (D. 1,2,45), por lo que no es imposible que también Ofilio ejerciera su actividad bajo Augusto, cuando los fideicomisos

se hará regular y alcanzará también al fideicomiso de libertad: la originaria obligación moral del fiduciario se transforma en una obligación jurídica. Así, aunque en principio los esclavos no estaban legitimados para actuar en juicio, en la práctica y en sede de *extraordinaria cognitio*, se reconoce al esclavo capacidad procesal (19), se le faculta para reclamar la libertad que le ha sido dejada por fideicomiso. El esclavo, por tanto es el actor (20), y el demandado será el fiduciario (que puede ser el propio dueño) (21) o quien haya adquirido del fiduciario.

fueron tutelados jurídicamente. En este sentido BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit. p.518, no duda que Ofilio se está refiriendo al fideicomiso de libertad. La ignorancia por parte de Ofilio del fideicomiso de libertad fue defendida por BESELER, *Textkritische Studien*, en ZSS 52, 1932 p.47, para quien el texto está totalmente interpolado; en el mismo sentido, VOICI, *Diritto ereditario* II cit. p.579 n.51: *Deve trattarsi di un errore di trascrizione, compiuto quando il testo fu abbreviato dai compilatori: l'originale doveva dire più ampiamente della teoria de la revoca, e accennava meno imperfettamente alla tutela assicurata alle manumissioni fedecommissarie*; TALAMANCA, *Sul concorso fra legato e manomissione*, en *Studi Biondi* 2 (Milán 1965) p.379; IMPALLOMENI, *Manomissioni mortis causa* cit. pp.62-63, para quien Ofilio únicamente se está refiriendo a la manumisión directa y son los compiladores los que le atribuyen erróneamente la referencia a la manumisión fideicomisaria. Para este autor el reconocimiento de los fideicomisos debe ser posterior a las leyes *Fufia Caninia* y *Aelia Sentia* (respectivamente del 2 a.C y del 4 p.C), que sólo toman en consideración la manumisión testamentaria directa. Rechaza los argumentos anteriores GIODICE-SABATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano* (Bari 1993) p.134 n.116, defendiendo que la exclusión del fideicomiso de libertad de las mencionadas leyes no obedece a razones cronológicas, sino a un propósito consciente del legislador. Para WATSON, *The Law of Persons* cit. p.196, no hay nada en el texto que nos haga presumir que la situación se refiera a los fideicomisos ya tutelados jurídicamente; la razón para exigir la *cautio* se explica, en cualquier caso, porque el esclavo manumitido por fideicomiso no obtiene automáticamente su libertad.

(19) Vid. BUCKLAND, *The Roman Law of slavery* cit. p.612 ss. Siguiendo a VOICI, *Diritto ereditario* II cit. p.410, para evitar que el deber de prestar la *libertas fideicommissa* se transforme en una mera obligación natural, los romanos sintieron la necesidad de alterar la regla tradicional, admitiendo que el esclavo pueda actuar contra el patrón, facilitando tal circunstancia el hecho de que la *cognitio* en materia de fideicomisos es *extra ordinem*. Añade (p.412) que el esclavo beneficiado con el fideicomiso está *in possessione servitutis* y, por ello, está legitimado para intervenir como actor, a semejanza de lo que ocurre con las *vindicationes in libertatem*.

(20) Poco sabemos en relación al desarrollo del proceso. Aplicando analógicamente el régimen previsto para los fideicomisos patrimoniales, es de suponer que el esclavo ejercitaría una *petitio libertatis ex fideicommissis* y, acogida ésta, el Pretor procedería a la *evocatio* del demandado (arg. D.40,5,26,9), trámite necesario para el eventual pronunciamiento de contumacia u ocultamiento. El proceso finalizaría con la decisión judicial emanada en forma de decreto cfr. D.40,5,22,1; D.40,5,30pr.

(21) Cfr. AMAYA CALERO, *La compraventa de los esclavos manumitidos en un fideicomiso de libertad*, en BIDR 29 (Milán 1987) p.198. El principio general de que el esclavo puede litigar contra su dueño, se encuentra en un breve texto de Pomponio D.40,5,44 (*ad Sab.*), donde afirma : *de libertate fideicommissaria praestanda servus cum domino recte contendit*.

No hay unanimidad en la doctrina en cuanto al órgano competente para decidir en materia de manumisión fideicomisaria. En las provincias, la jurisdicción corresponde al gobernador (22), sin embargo, la situación en Roma es más incierta. Un sector doctrinal (23) excluye la competencia de los cónsules y se la atribuye, bien a un pretor especial (24), bien al pretor fideicomisario (25). Comparta o no su jurisdicción con los cónsules (26), nos inclinamos por entender, con Impallomeni, que el pretor fideicomisario, competente para dirimir los conflictos en materia de fideicomisos patrimoniales, lo fue también en el campo de las libertades fideicomisarias. Todos los textos que, en general, contemplan la competencia jurisdiccional en materia fideicomisaria coinciden en atribuirla, tras Tito (27), a los cónsules y a un pretor fideicomisario. Ello indica que cuando se habla de pretor, los juristas se refieren al pretor fideicomisario, lo que puede entenderse como válido también en el tema de la libertad. Por otra parte, Paulo, en D.40,13,4, alude expresamente al pretor fideicomisario y no hay por qué dudar de la genuinidad de dicho fragmento en cuanto a dicha alusión se refiere (28).

En cuanto el foro competente para conocer las controversias relativas al fideicomiso de libertad, en un primer momento rigió la regla general según la cual el actor sigue el foro del demandado, por lo que el esclavo reclamaría ante la autoridad judicial donde el obligado al fideicomiso tuviera su residencia. Las evidentes dificultades que esta regla supone para el esclavo son superadas, según nos informa Marciano (29), tras el SC Articuleyano, de

(22) Cfr. Scévola D.40,5,19pr. (24 Dig).

(23) JÖRS (cit. por IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa* cit. pp.65-66); NICOLAU, *Causa liberalis. Etude historique et comparative du procès dans les législations anciennes* (Paris 1933) pp.64 ss; KRÜGER,H, *Das Versäumnisverfahren und die libertas fideicommissa*. en ZSS 48, 1928, p.171.

(24) KRÜGER,H, *ibid.* p.171.

(25) NICOLAU, *Causa liberalis* cit. p.71 ss; VOICI, *Diritto ereditario* II, cit. p.411.

(26) Se inclina por la solución afirmativa, al menos eventualmente, IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa* cit. p.66, argumentando que los cónsules tienen competencia concurrente con el pretor urbano en las causas de libertad y que, igualmente, el concurso podría subsistir entre la jurisdicción de los cónsules y la del pretor fideicomisario. En este sentido, Ulpiano (D.40,2,20pr), examina un supuesto de libertad fideicomisaria dispuesta a cargo de un menor de veinticinco años, seguido ante el cónsul.

(27) Cfr. nota. 17.

(28) Cfr. IMPALLOMENI, *ibid.* p.66 y pp. 72 ss.

(29) Marciano D.40,5,51,7 (9 Inst): *Sed Articuleiano Senatusconsulto cavetur, ut in provinciis Praesides provinciae cognoscant, licet heres non sit eius provinciae.*

tiempos de Adriano (30), que trasladará la competencia al foro del esclavo. Este cambio, claramente favorecedor para el esclavo, tendrá, como ya veremos, importantes consecuencias en orden a calificar como justa o injusta la incomparecencia del demandado (31).

La posibilidad de perseguir *extra ordinem* las manumisiones fideicomisarias convierte la antigua obligación moral del fiduciario en una obligación jurídica y, consecuentemente, el reconocimiento paralelo de dos especies de manumisión *mortis causa* jurídicamente obligatorias y parcialmente contradictorias: la manumisión testamentaria directa y el fideicomiso de libertad.

Frente a la solemnidad y rigidez de las formas establecidas para la manumisión testamentaria (32), el fideicomiso se caracteriza por la amplísima libertad de forma permitida al causante (33). Fundándose en la *fides*, el fideicomiso podía disponerse de forma oral y por gestos (34), así como venir dispuesto en un codicilo incluso no confirmado o *ab intestato* (35). El fideicomitente puede servirse tanto de la lengua latina, como de la griega o de cualquier otra existente en los territorios dominados por Roma (36). Aunque las fórmulas utilizadas son normalmente precativas, este tipo de formas tampoco son estrictamente indispensables (37); tan solo debe evitarse utilizar los *verba* que el derecho civil requiere en la manumisión testamentaria directa.

(30) La doctrina coincide en señalar el año 123 como fecha del SC Articuleyano. Vid., entre otros, KRÜGER, en ZSS 48 cit. p.127; IMPALLOMENE, *Le manomissioni mortis causa* cit. p.236; ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit. p.55; AMAYA CALERO, *La compraventa de los esclavos manumitidos en un fideicomiso de libertad* cit. p.199.

(31) Cfr. Ulpiano D.40,5,28,5 (5 *fideic.*): es competente el foro del esclavo y, en la hipótesis de que el fiduciario tenga un domicilio distinto, se entiende que la ausencia es siempre justificada, por lo que, en este caso, su *evocatio* resultará superflua. Cfr. *infra* n.89.

(32) *legis modo, id est imperativo*. Cfr. *supra* nota 6.

(33) En lo relativo a la libertad de forma de los fideicomisos en general, vid. con detalle, MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo* cit. pp.26 ss.

(34) D.32,21pr; D.32,39,1.

(35) Cfr. *v.gr.* D.40,4,43; Gayo 2,270.

(36) Cfr. D.32,22pr; Gayo 2,281.

(37) Gayo 2,249(*peto, rogo, volo, fidei committo*); PS 4,1,6 (*rogo, peto, volo, mando, deprecor, cupio, iniungo, desidero*). *Epit. Ulp.* 24,1; 25,1.

Pero las diferencias no son sólo formales, sino que, lo que es más importante, el fideicomiso de libertad no se ve afectado por las limitaciones civiles vigentes en la manumisión testamentaria directa. En primer lugar, permite alcanzar finalidades imposibles de conseguir con la manumisión directa. Así, no es necesario que el difunto tenga el *dominium ex iure quiritium* sobre el esclavo; beneficiario del fideicomiso de libertad puede serlo el esclavo *in bonis*, el esclavo del fiduciario e, incluso, el esclavo de un tercero (38). En cuanto a la persona del fiduciario, el fideicomiso puede hacerse por medio de cualquier beneficiario de la herencia, es decir, no sólo por medio del heredero, sino también por medio del legatario y del fideicomisario. En segundo lugar, las leyes restrictivas augusteas (39), en materia de manumisión directa, no se aplican, en un principio, a la manumisión fideicomisaria, lo que convierte al fideicomiso de libertad en un medio apto para actuar en fraude de ley (40), para eludir los deberes y limitaciones impuestas por las mencionadas leyes.

En resumen, la sanción jurídica otorgada a la manumisión fideicomisaria permite disponer una liberación obligatoria que subsana lo restringido del ámbito de aplicación de la manumisión testamentaria directa y supera su

-
- (38) Cfr. *v.gr.* D.40,5,24; I.2,3,4; D.40,5,39 (se comprende que la disposición del testador no alcanza al extraño sino únicamente a la persona a quien se ruega manumita, y en ella está en procurar la adquisición del esclavo en cuestión, para seguidamente declarar su libertad). Sobre supuestos especiales de beneficiarios del fideicomiso de libertad vid. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit. p.526.
- (39) Muy someramente, en la materia que nos ocupa, hay que tener presente dos leyes : en primer lugar, la *lex Fufia Caninia* (2 a.C) que ordenó que las manumisiones se hiciesen *nommatum* (mencionando nominalmente al esclavo) y limitó el número de manumisiones en proporción al número de esclavos que tenía el dueño: el dueño de tres esclavos sólo podía manumitir dos; el de tres a diez, la mitad; el de once a treinta, el tercio; el de treinta y uno a cien, el cuarto; el de ciento uno a quinientos, el quinto. En todo caso, nadie podía manumitir más de cien esclavos. Esta ley fue derogada por Justiniano. En segundo lugar, la *lex Aelia Sentia* (4 p.C), que estableció: a. el manumisor tenía que tener cumplidos los veinte años y que el esclavo no podía ser menor de treinta, a no ser que mediara una justa causa reconocida en *consilium* integrado por cinco senadores y por cinco équitos en Roma, y por veinte *recuperatores* en las provincias, debiendo realizarse entonces en forma de *vindicta*. b. se consideraban nulas las manumisiones hechas en fraude de acreedores. Justiniano, que derogó esta ley, mantuvo sin embargo esta prohibición. c. también privaba de la ciudadanía a los manumitidos que hubieran sido castigados con penas infamantes y los equiparaba a los peregrinos *edititios*. Esta medida desapareció con Justiniano.
- (40) Burlar las prohibiciones y limitaciones establecidas por las leyes, fue la finalidad principal de los fideicomisos en general. Vid. al respecto, TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, cit. p.8.

estricta rigurosidad formal, sin embargo, al mismo tiempo, el fideicomiso de libertad se ofrece como un instituto útil para burlar las restricciones impuestas a la manumisión directa por la legislación augustea.

La diversidad de régimen entre estas dos formas de manumisión *mortis causa* se irá suavizando a través de un proceso de acercamiento y equiparación que comienza ya en la época clásica y que culmina en el régimen justiniano (41). Desde el punto de vista formal, el acercamiento entre ambos institutos (42) se produce en la época postclásica, de un lado, limitando la originaria libertad de forma del fideicomiso, de otro, con una mayor permisión respecto al formalismo y solemnidad de la manumisión directa. Así, la presencia de testigos se exige para toda forma de disposición *mortis causa* (43), a la vez que se suprime la necesidad del empleo de palabras solemnes (44) en las manumisiones directas y se permite la utilización de la lengua griega (45). En cualquier caso, la manumisión directa testamentaria sigue requiriendo la utilización de expresiones imperativas, requisito atenuado con Justiniano al permitir la conversión de la manumisión directa en manumisión fideicomisaria (46).

Para evitar la utilización del fideicomiso en fraude de ley, a lo largo del siglo II, se dictan una serie de normas tendentes a suprimir las divergencias existentes en este campo entre manumisión testamentaria directa y manumisión fideicomisaria, extendiendo a la segunda las restricciones de las

(41) Vid. para el fideicomiso en general, IMPALLOMENE, *Prospettive* cit. pp.278ss. Para el fideicomiso de libertad, IMPALLOMENE, *Le manomissioni mortis causa* cit. pp. 124 ss y 232 ss.

(42) Para el acercamiento entre fideicomisos patrimoniales y legados vid. MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo* cit. pp.45 ss.

(43) Cfr. C.Th. 4,4,1. En base a esta constitución de Constantino del año 326, el codicilo *ab intestato*, el testamento y cualquier acto de última voluntad debía realizarse en presencia de cinco o siete testigos. La constitución parece aplicable, tanto a las disposiciones verbales con las que se ordena un fideicomiso, como a los codicilos testamentarios, confirmados y no confirmados, así como a los codicilos *ab intestato*. El número de testigos, siete o cinco, debe haberse fijado en relación a las dos tradiciones, pretoria y civilística. En el periodo sucesivo, el número de testigos oscila entre siete y cinco. Sobre esto vid. BIONDI, *Successione testamentaria* cit. pp. 50 ss; VOCI, *Diritto ereditario* II cit. pp. 75ss y 95 ss.

(44) Cfr. C.6,23,15.

(45) Cfr. Nov.Th. 16,8: una constituc de Teodosio II y Valentiniiano III, del año 439, admite definitivamente el uso de la lengua griega en los institutos testamentarios civiles.

(46) Cfr. C.7,3,1, del año 548.

leyes augusteas. Así, el fideicomiso fue sometido a una disciplina análoga a la ya introducida para la manumisión directa por la *lex Fufia Caninia* y por la *lex Aelia Sentia* (47), tanto en lo referente al número máximo de esclavos consentido, como a la necesidad de manumitir *nominatum* (48), como, quizá, a las prohibiciones en relación a la edad de manumisor y manumitido (49) y otras disposiciones particulares (50).

Lo expuesto hasta ahora nos muestra cómo se irá produciendo una aproximación entre la forma directa y la forma indirecta de manumisión *mortis causa*, sin embargo, el fideicomiso de libertad mantiene una clara posición de desventaja respecto a la manumisión testamentaria directa, debida, precisamente, a su carácter indirecto. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con la *manumissio directis verbis data*, ordenada en el testamento, el esclavo beneficiario del fideicomiso no consigue la libertad *ipso iure*, adquiere únicamente un derecho a ser manumitido. Con la manumisión fideicomisaria

(47) Cfr. *supra* nota 39.

(48) La extensión de la *lex Fufia Caninia* a la manumisión fideicomisaria se argumenta en C.7.3.1, por lo que se refiere al número máximo consentido. En relación a la necesidad de ordenarlo *nominatum* cfr. P.S. 4.14.1, donde se refiere también la posibilidad de identificar al esclavo mediante sus cualidades específicas, posibilidad introducida por el SC Orficiano.

(49) Cfr. Gayo 2,276, aunque en virtud de la *lex Aelia Sentia* no está permitido conceder la libertad e instituir heredero a un esclavo propio menor de treinta años, se admite generalmente que podamos ordenar su libertad al cumplir los treinta años y que entonces le sea restituida la herencia. Es dudosa la prohibición de disponer manumisiones fideicomisarias al menor de veinte años, Pomponio, en D.40,5,34,1, recoge la opinión de Campano, que excluye la aplicación de la *lex Aelia Sentia* al fideicomiso de libertad. Sin embargo Ulpiano D.40,5,4,18 enseña cómo las manumisiones fideicomisarias dispuestas por el menor de veinte años son válidas *si modo potuit causam probare minor viginti annis, si vivus manumitteret*, de otra forma serían nulas. Sobre este fragmento de Ulpiano, vid. IMPALLOMENI, *Le manomissione mortis causa* cit. pp.141 ss.

(50) Según una regla de la *lex Aelia Sentia*, aunque el patrimonio hereditario sea pasivo, permanece válida la manumisión directa del esclavo instituido heredero. Esta regla es extendida a la manumisión del esclavo beneficiario de un fideicomiso universal por un senadoconsulto de la época de Adriano recogido por Scévola en D.28,5,83.1. Se prevé además la hipótesis de un fideicomiso universal, a favor de uno o varios esclavos manumitidos *in fraudem creditoris*, no importa si de forma directa o por fideicomiso. En rigor, las manumisiones debían considerarse nulas y, por tanto, nulo el fideicomiso universal. Sin embargo, el senadoconsulto introduce un nuevo régimen, paralelo al dispuesto en la *lex Aelia Sentia* para los manumitidos instituidos herederos. Si el heredero no quiere adir la herencia, en ausencia de otros fideicomisarios universales que pidan la *compulsio* (se entiende *ex Pegasiano*), esta puede ahora ser invocada por el esclavo manumitido y nombrado fideicomisario universal. Por tanto, con carácter excepcional, la adición comporta la validez de la manumisión que, si es fideicomisaria, deberá llevarse a efecto.

se dispone una liberación en vía obligatoria (51), donde el esclavo ostenta la posición de acreedor y el fiduciario la de deudor, en el sentido de que éste último contrae una *obligatio* cuyo contenido consiste en liberar al esclavo, es decir, en realizar un acto de manumisión *inter vivos* (52) que tenga plenos efectos civiles.

Esta absolutamente necesaria intermediación del fiduciario hace que, aunque el fideicomiso de libertad esté tutelado jurídicamente, dicha tutela no sea completa, ya que aparecen numerosos casos en los que el esclavo no puede hacer efectivo su derecho a la manumisión. Tal ocurre en el supuesto de que el fiduciario no comparezca ante el pretor, de que sea incapaz o en el supuesto de que el fiduciario enajene a un tercero el esclavo beneficiario del fideicomiso.

Tales obstáculos se superarán al iniciarse el principado de Trajano cuando, a través de distintas disposiciones, se complete específicamente la tutela de la manumisión fideicomisaria, de un lado, estableciendo la regla de que la obligación de manumitir se transmite al adquirente del esclavo fideicomisario y, de otro, admitiendo la liberación legal en los casos en que no es posible una manumisión por acto privado.

El examen de ambos fenómenos constituye el propósito de estas líneas. Si bien aparecen entrelazados, intentaremos estudiarlos de forma separada, analizando los textos que nos han llegado y destacando cómo se observa una evolución paralela entre la legislación imperial (ya sea directa o indirecta, a través de senadoconsultos) y la jurisprudencia clásica (53).

3. EFICACIA ERGA OMNES DEL FIDEICOMISO DE LIBERTAD (54)

El punto de partida nos lo ofrece Modestino en D.40.5.15 (3 *Pandect*): *Is, qui ex causa fideicommissi manumissurus est, nullo modo deteriore eius servi conditionem facere potest; ideoque nec vendere eum interdum alii potest,*

(51) Cfr. ORTEGA, *Observaciones sobre el fideicomiso de libertad* cit. p.196.

(52) BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit. p.513 y 524.

(53) Vid. AMAYA CALERO, *La compraventa de los esclavos manumitidos en un fideicomiso de libertad* cit. p.219.

(54) Para la constatación de un fenómeno similar en el fideicomiso patrimonial vid. VOCI, *Diritto ereditario II*, cit. p.233.

ut ab eo, cui traditus est, manumittatur... Queda, por tanto, expresamente prohibido que el fiduciario enajene al esclavo que debe manumitir; el fiduciario no puede de ninguna manera empeorar la posición del esclavo (55), no puede realizar ningún acto en detrimento del fideicomiso de libertad (56), por ello si, a pesar de la expresa prohibición, el esclavo es enajenado a un tercero o usucapido por éste, afirma Ulpiano en D.40,5,24,21 (5 *Fideic*) (57), que la obligación de manumitir no se extingue, sino que se transmite al tercero adquirente: *Quoties autem fideicommissaria libertas relinquitur efficaciter, in ea causa est, ut neque alienatione, neque usucapione extingui possit; ad quemcunque enim pervenerit is servus, cui fideicommissa libertas relicta est, cogi eum manumittere; et ita est saepissime constitutum* (58).

De esta forma, el derecho del esclavo a su manumisión se transforma en un derecho absoluto, oponible a cualquier tercero (59); la posición deudora frente al esclavo ya no es exclusiva del fiduciario, de la persona a quien se efectuó el ruego, sino que la obligación de manumitir se transmite con la transmisión del esclavo (60). La oponibilidad *erga omnes* del derecho a la manumisión nos viene confirmada en D.40,5,29 por Paulo (61) y en

(55) Cfr. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit. p.524.

(56) Como nos transmite Ulpiano en D.40,5,30,16, de acuerdo con un rescripto de Marco Aurelio, las libertades fideicomisarias deben cumplirse salvando cualquier condición que pueda dejarlas sin efecto: *Divus etiam Marcus rescripsit, fideicommissas libertates neque aetate, neque conditione, neque mora non praestantium tardiusve reddentium corrumpi, aut in deteriorem statum perduci.*

(57) BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit. p.615 n.3, sospecha de su genuinidad.

(58) El mismo principio rige respecto al adquirente *mortis causa*; si el heredero muere sin liberar al esclavo, su heredero debe hacerlo cfr. D.40,5,12,1; D.40,4,20; P.S. 4,13,2; igualmente los herederos del legatario obligado cfr. D.40,5,12,1. Hay que añadir que, bajo el principado de Antonino Pio, las reglas de la mora fueron aplicadas a este caso, entendiéndose que el esclavo fue liberado a su debido tiempo cfr. D.40,5,26pr. De alguna forma, el esclavo beneficiario del fideicomiso de libertad es mejor tratado que el *statuliber*, v.gr. en relación a la aplicación del S.C. *Siliano* cfr. D.29,5,1,5.

(59) Cfr. IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa* cit. p.70: *il diritto dello schiavo alla libertà si trasforma in diritto erga omnes.*

(60) Un rescripto de Antonino Pio y Pertinax extiende este principio para el supuesto de que el adquirente sea el Fisco cfr. D.40,5,12,2.

(61) *Si quis, posteaquam in ea causa esse coeperit, ut ex fideicommisso manumitti deberet, alienatus sit, is quidem, cuius interim servus erit, manumittere cogetur; sed hic non distinguitur, iusta, an non iusta causa absit, omnimodo enim libertas ei servatur.* Vid. KRÜGER, en ZSS 48 cit. p.187, para quien este texto indica que tanto el comprador como el propietario estarían obligados a la manumisión.

D.40,5,51,10 por Marciano . El primero afirma que si se enajena un esclavo al que se debía la libertad por fideicomiso, deberá manumitirlo quien *cuius interim servus erit*, es decir, el comprador; y el segundo insiste en que *emptor quoque ut manumittat*.

Al transferirse la obligación de liberar junto con el esclavo, la situación de éste es, en definitiva, muy semejante a la del *statuliber*, a la del esclavo manumitido bajo condición en testamento (62). Al igual que este último, el esclavo se enajena con su propia condición, *transit cum sua causa* y su libertad resuelve los derechos adquiridos por terceras personas (63). Además, si el fideicomiso estaba sometido a condición, y durante la pendencia de la condición el esclavo fuera enajenado, *conditionem secum trahebat* y, por tanto, la manumisión debía realizarse inmediatamente después de verificarse la condición (64).

En consecuencia, el esclavo puede reclamar *extra ordinem* al adquirente el cumplimiento del fideicomiso de libertad. Si este último le manumite, adquirirá el *ius patronatus* sobre el liberto. Ya veremos que si, por el contrario, el adquirente no comparece o se niega a manumitirlo, por disposición legal, el esclavo adquirirá igualmente la libertad, sin embargo el adquirente sólo conservará el *ius patronatus* si el esclavo no era hereditario, ya que, en el

(62) Sobre el concepto y reglamentación de la manumisión testamentaria sometida a condición vid. en general DONATUTI, *Lo statulibero* (Milán 1940). Sobre este punto señala expresamente en la pág.17, *tuttavia, non ostante queste somiglianze, il concetto classico di statuliber non comprendeva l'ipotesi dello schiavo, cui fosse stata lasciata la libertà fedecommissaria sub conditione; tanto è vero che costui non era statuliber, ma soltanto quasi statuliber. Ciò conferma che il concetto, formatosi in epoca molto anteriore al riconoscimento dei fedecommissi, conservò i suoi antichi limiti per tutta l'epoca classica*. En la práctica, la diferencia entre las dos hipótesis está en que, una vez verificada la condición, el *statuliber* se convierte siempre en liberto del disponente.

(63) Cfr. VOCI, *Diritto ereditario* II cit. pp.409 y 424; Ulpiano D.40,7,2pr (4 *ad Sab.*): el que adquiere la condición de *statuliber*, se halla en el caso de que, si es entregado, sea enajenado quedando a salvo la esperanza de libertad; si es usucapido, sea usucapido con su propia condición, y si es manumitido, no pierda la esperanza de ser liberto orcino.

(64) Ulpiano D.40,5,24,21: *latius enim acceptum est, ut et si sub conditione fuit ei libertas relicta, et pendente conditione alienatus sit, attamen cum sua causa alienetur*; Marciano D.40,5,51,3: *Cui per fideicommissum libertas debetur, liberi quodammodo loco est, et statuliberi locum obtinet*.

supuesto contrario, el esclavo se convertirá en liberto oricino, en liberto del disponente (65).

Durante algún tiempo, en el supuesto de adquisición del esclavo por parte de un tercero, faltan los medios técnicos necesarios para poder salvar la expectativa del esclavo de convertirse en liberto del fiduciario. Buscando la adherencia a la voluntad real del testador, Adriano y Antonino Pío, en dos rescriptos mencionados por Ulpiano en el fragmento D.40,5,24,21 que venimos comentando, permitirán al esclavo elegir si prefiere ser manumitido por el fiduciario. Así, un primer rescripto de Adriano y Antonino Pío autoriza al esclavo que va a ser manumitido a elegir entre el adquirente y el fiduciario (66), con la consecuente adquisición del *ius patronatus* por parte de uno u otro. En el supuesto de que opte por el fiduciario, nos dice Modestino en D.40,5,15, este último estará obligado a rescatarlo y manumitirlo (67).

En un ulterior rescripto (68), Antonino Pío avanza un paso más en atención al *favor testamenti* en relación al *favor libertatis*: aún después de realizada la manumisión por el adquirente, el esclavo podía pedir convertirse en liberto del fiduciario, regla de alcance general que se aplica tanto si la enajenación del esclavo se hizo de forma voluntaria como si fue forzada por la necesidad (69).

(65) Si el esclavo no es hereditario, opera el SC Junciano: el esclavo obtiene la libertad y mantiene el *ius patronatus* el obligado a la manumisión, esto es, el adquirente cfr. D.40,5,28,4 en relación a D.40,5,29 y D.40,5,51,10. Si el siervo es hereditario, opera el SC Rubriano y, en el supuesto de que el adquirente se ocultara, el esclavo se convierte en liberto oricino. No puede ser declarado liberto del fiduciario aún en el caso de que este último compareciera en juicio. Esto según la tesis de Marcelo (D.40,5,10,1) y Ulpiano (D.40,5,28pr). Que el SC Rubriano, probablemente del año 103, presuponga ya la regla de la eficacia *erga omnes* del fideicomiso de libertad, nos hace pensar que la misma puede ser incluso anterior a Trajano.

(66) D.40,5,24,21: *Quodsi nolit ab eo manumitti, sed potius ab eo velit ad libertatem perducí, qui erat rogatus eum manumittere, audire eum oportere, Divus Hadrianus et Divus Pius rescripserunt.*

(67) D.40,5,15: *Is, qui ex causa fideicommissi manumissurus est, nullo modo deteriorem eius servi conditionem facere potest; ideoque nec vendere eum interdum alii potest, ut ab eo, cui traditus est, manumittatur, et, si tradiderit, redimere illum cogitur et manumittere: interest enim nonnumquam a sene potius manumitti quam a iuvene.* Consecuentemente, de acuerdo con la solución de Modestino, el tercero adquirente debía, a su vez, realizar una *remancipatio* cfr. ORTEGA, *Observaciones sobre el fideicomiso de libertad* cit. p.200.

(68) D.40,5,24,21: *...quin imo et si iam manumissus est, velit tamen potius eius libertus fieri, qui erat rogatus eum manumittere, audiendum eum Divus Pius rescripsit...*

(69) Cfr. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit. p.525; D.40,5,24,21 en relación D.40,5,26pr.

Ambos rescriptos buscan, en definitiva, cumplir la voluntad real del disponente, por lo que, como establece Ulpiano en el último párrafo del fragmento que comentamos (70), la regla no se aplicará si del testamento se desprende que la voluntad del testador era que el esclavo fuera manumitido por cualquier persona (71).

Por tanto, en síntesis, si el esclavo es adquirido por un tercero, éste estará obligado a liberarlo, sin embargo, el esclavo (72) podrá escoger si quiere ser liberado por el fiduciario y, en este caso, el fiduciario estará obligado a volver a comprarlo y manumitirlo.

La obligación de manumitir del tercero adquirente plantea, como lógica consecuencia, la problemática de su resarcimiento; la eventual responsabilidad por parte del fiduciario si, al enajenar al esclavo beneficiario del fideicomiso, hubiese prestado garantía por evicción.

No parece ofrecer problemas el supuesto de que el esclavo haga valer su derecho de libertad frente al adquirente. En este supuesto, los juristas opinan unánimemente que quien compra un esclavo ignorando que era beneficiario de un fideicomiso de libertad y, posteriormente, se ve obligado a manumitirlo, puede actuar por evicción contra el vendedor (73); el fiduciario, que conoce que el esclavo es objeto de fideicomiso de libertad «no está exento de dolo» y, por ello, su responsabilidad es clara (74).

(70) D.40,5,24,21 *in fine*: *Plane si ea sit defuncti voluntas, ut vel a quocunque manumitti voluerit, dicendum est, Constitutiones supra scriptas cessare*. Tampoco opera el derecho de elección si el esclavo ha sido manumitido *ex Rubriano*; se convierte en liberto orfino y no se admite que pueda pedir convertirse en liberto del fiduciario. cfr. *supra* nota 65.

(71) El derecho de elección opera también cuando el heredero haya muerto sin manumitir y su heredero transmita la herencia *ex Trebelliano*; el esclavo podrá escoger si quiere ser manumitido por el heredero o por el fideicomisario, cfr. D.40,5,23,1.

(72) Las fuentes no aclaran suficientemente si el derecho de elección correspondía a cualquier esclavo o únicamente al esclavo hereditario (D.40,5,24,21) y al esclavo perteneciente al fiduciario (D.40,5,26pr). Vid. al respecto IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa* cit. p.74. y n.56.

(73) Paulo D.21,2,26 (5 *ad Sab.*): *Sed hoc nomine, quod libertum quis non habeat, ex vendito actionem habet, si scieri venditor, alienum se vendere. Sed et si ex causa fideicommissi emptor coactus fuerit eum manumittere, ex empto actionem habebit*; cfr. D.19,1,43.

(74) arg. Ulpiano D.19,1,11,15; cfr. AMAYA CALERO, *La compraventa de los esclavos manumitidos en un fideicomiso de libertad* cit. p.197.

El problema se plantea cuando el adquirente ha manumitido al esclavo y, posteriormente, en virtud del mencionado rescripto de Antonino Pío, dicho esclavo hace valer su derecho de elección escogiendo como patrono al fiduciario. El adquirente pierde, por tanto, su *ius patronatus* y los juristas se plantean si puede reclamar responsabilidad por evicción al fiduciario vendedor. Al respecto, las opiniones de Ulpiano y de Paulo son totalmente opuestas entre sí. Según nos transmite Paulo, en D.19,1,43 (5 *quaest.*), Ulpiano opinaba, en uno de sus responsas, que el comprador no podía reclamar nada una vez realizada la manumisión (*emptorem nihil posse post manumissionem a venditore consequi*). Paulo rechaza la opinión ulpiana y hace suya una sentencia de Juliano, según la cual, la acción de compra perdura aunque ya haya tenido lugar la manumisión (*ego cum meminissem et Iulianum in ea sententia esse, ut existimaret post manumissionem quoque empti actionem durare*) (75). Mediante la *actio empti* podrá exigir responsabilidad por evicción, como consecuencia de la pérdida de un liberto.

Progresando en esta línea de protección al tercero adquirente de buena fe, se entiende que, por motivos de equidad, se niegue al esclavo la facultad de elegir patrono si el fiduciario ha muerto sin sucesores. Como señala Paulo en D.40,5,25 (3 *fideic.*), siguiendo la opinión de Aburnio Valente, jurista contemporáneo de Juliano, el comprador debe conservar el *ius patronatus* porque, no habiendo a quien reclamar, perdería el precio y el liberto (76).

(75) D.21,2,26 en relación D.19,1,43. Este último fragmento recoge el supuesto de que el adquirente haya manumitido al esclavo voluntariamente, desconociendo la existencia del fideicomiso de libertad, por ello, cfr. D.19,1,45,2 *in fine*: si Arescusa no elige el patronato del vendedor, el comprador no tiene la acción de compra, porque nada le importa teniéndola como liberta.

(76) D.40,5,25: *Si heres, qui vendidit servum, sine successore decesserit, emptor autem extet, et velit servus defuncti libertus esse, non emptoris, non esse eum audiendum Valens scripsit, ne emptor et pretium, et libertum perdat*. Para IMPALLOMENEI, *Le manomissioni mortis causa* cit. pp.76 ss, el fragmento está interpolado porque negarle al esclavo la posibilidad de ser liberto orcinio simplemente porque el fiduciario difunto no tiene herederos, no parece razonable: contra el difunto siempre es ejercitable la *missio in bona*, que podría llevar a satisfacer plenamente a los acreedores; y entre éstos está incluido el garantizado por evicción. Por ello, cabe pensar que Valente y Paulo, para negar la aplicabilidad de la Constitución, requieran que el fiduciario, además de haber muerto sin herederos, estuviera en estado de insolvencia. A menos que Paulo no considerase justo eximir al adquirente de los fastidios e incertidumbre de un procedimiento concursal.

Por último, los juristas plantean específicamente el supuesto de la tutela del tercero adquirente de buena fe cuando la enajenación se realiza con el consentimiento culpable del esclavo, supuesto en cierto modo similar al del hombre libre que se deja vender *pretii participandi causa*. De un lado, Marcelo, en D.40,5,10,2 (15 Dig.), contempla el supuesto de que ya se haya hecho valer *extra ordinem* el fideicomiso de libertad contra el adquirente y el esclavo sea ya libre. Una vez realizada la manumisión, la tutela se traslada automáticamente al ámbito honorario y el comprador podría reclamar el esclavo con la *actio adversus venditos*, aplicable también al *statuliber* que consiente ser vendido ocultando su condición (77).

De otro lado, Paulo, en D.40,13,4 (12 *quaest.*), se remonta al momento en que todavía no ha tenido lugar la manumisión, entendiéndose que, *extra ordinem*, debe denegarse al esclavo la *petitio libertatis ex fideicommissio*. Sin embargo, contrariamente a la opinión de Marcelo, opina que si ya se realizó la manumisión, no cabe reclamar el esclavo mediante la *actio adversus venditos* porque, a diferencia de lo que ocurre con el hombre libre, el esclavo beneficiario de un fideicomiso de libertad (y también el *statuliber*) podían ser vendidos contra su voluntad. Es decir, para Paulo, la exclusión del procedimiento pretorio viene determinada por la mera posibilidad de que un individuo pueda ser vendido *invitus* (78).

4. SUPUESTOS DE LIBERACION LEGAL

A partir del principado de Trajano y, sobre todo, bajo el principado de Adriano, se dictan varios senadoconsultos (completados posteriormente por constituciones de los Antoninos y de los Severos) que prevén una muy amplia gama de hipótesis en las que el esclavo, a pesar de intentar la *petitio fideicommissi*, no consigue obtener la manumisión civil por parte del obligado

(77) Acción identificable con la acción *in factum* que, según demostró LENEL (E.P³ p.387) concede el Pretor contra el hombre libre que consiente ser vendido. Cfr. IMPALLOMENEI, *Le manomissioni mortis causa* cit. p.71.

(78) Ambos textos son comentados detalladamente por IMPALLOMENEI, *ibid.* pp.71 ss. Vid. también KRÜGER, en ZSS 48 cit. para quien (pág. 171) el texto de Paulo no es genuino. En relación con la venta con el consentimiento culpable del *statuliber*, vid. DONATUTI, *Lo statulibero* cit. pp.197ss.

ya sea por su ausencia (dolosa o justificada), ya por su incapacidad, ya por su muerte. Para todos estos supuestos, las mencionadas disposiciones harán innecesaria la originariamente esencial intervención del fiduciario, estableciendo el principio de la liberación legal. De esta forma, la regla de que el fideicomiso se actúa mediante un acto de manumisión *inter vivos* (79) queda muy debilitada. Sin embargo, si bien de forma más limitada, este principio continúa vigente, lo que explica la actitud reacia de la jurisprudencia a interpretar analógicamente las disposiciones singulares que lo derogan y que, cuando la extensión de las mismas resulte indispensable, se provea a menudo con nuevas disposiciones legislativas (80).

La liberación legal prevista en los mencionados senadoconsultos tendrá lugar ante la ausencia o imposibilidad de manumitir de cualquier obligado por el fideicomiso, esto es, de cualquier fiduciario (heredero, legatario o fideicomisario), de sus descendientes y de los terceros adquirentes (81) y, para que tal liberación se produzca, será necesario que así lo decida el Pretor, *causa cognita*, es decir, analizando si la libertad es debida, si el siervo es o no hereditario, si la ausencia del obligado está o no justificada, etc. Todos estos aspectos deberán constar en el decreto del pretor que decide, *extra ordinem*, sobre la libertad del esclavo (82), decisión que, por otra parte, no es definitiva en lo que se refiere a la validez del fideicomiso. En efecto, según un rescripto de Severo y Caracalla, recogido por Ulpiano en D.40,5,26,8 (5 *fideic.*) (83), con el pronunciamiento del pretor sólo se obtiene la posesión del estado de liberto ya que, si se engañó al pretor y la libertad no era realmente debida, siempre es esperable una victoriosa *vindicatio ex libertate in servitutem* contra el esclavo declarado libre.

La liberación legal opera tanto si el siervo es hereditario, es decir, si pertenece al fideicomitente en el momento de su muerte, como si pertenece

(79) Regla todavía afirmada por Diocleciano, cfr. C.7,4,11.

(80) Cfr. IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa* cit. p.78.

(81) Cfr. D.40,5,10,1; D.40,5,26,10; D.40,5,36pr; D.40,5,51,4; D.40,5,28,4; D.40,5,29.

(82) Cfr., entre otros, D.40,5,22,2; D.40,5,26,7.

(83) D.40,5,26,8: *Proinde si libertas non deberetur, obreptum tamen Praetori est de libertate, pronuntiatumque, ex hoc Senatusconsulto libertas non competit; et ita Imperator noster cum patre suo rescipit.* Ulpiano relaciona expresamente el rescripto con el SC Rubriano, pero no hay razón para negar el carácter general de la constitución.

al fiduciario o es posteriormente adquirido por él. En el primer caso, se aplican los senadoconsultos Rubriano y Dasumiano; en el supuesto del siervo no hereditario, el SC Junciano.

Examinemos, en primer lugar, el supuesto de que el siervo sea hereditario. Si el siervo era propiedad del causante al tiempo de su muerte, las consecuencias respecto al *ius patronatus* son diversas, dependiendo si la ausencia del obligado a manumitir está o no justificada. Si el obligado a manumitir no responde a la citación del pretor (*adesse nollet*), sin que medie *iusta causa*, opera el SC Rubriano (84). El pretor, *causa cognita* concede la libertad y el esclavo se convierte en liberto del disponente, en liberto orcino, perdiendo, por tanto, el *ius patronatus* el obligado ausente (85). Si, por el contrario, la ausencia está justificada, entra en juego el SC Dasumiano (86), según el cual, el esclavo se considera manumitido *ex causa fideicommissi*, es decir, el ausente justificado mantiene el *ius patronatus* (87).

(84) Ulpiano D.40.5.26.7 (5 *fideic.*): *Si hi, a quibus libertatem praestari oportet, evocati a Praetore adessee noluisse, si causa cognita Praetor pronuntiasset, libertatem his deberi, eodem iure statum servari, ac si directo manumissi essent.* El SC Rubriano es de tiempos de Trajano; de forma prácticamente unánime, la doctrina lo sitúa en el año 103.

(85) Aunque en virtud del SC Rubriano el esclavo se tiene por manumitido directo, parece que los efectos de la liberación legal no se retrotraen al momento en que nace la obligación de manumitir. Ello explica que los hijos de la esclava únicamente se consideren ingenuos en el momento en que el obligado a manumitir haya incurrido en mora, esto es, tras la *petitio libertatis* de la esclava. En efecto, en virtud de una constitución imperial de Antonino Pio [la autoría se deriva de Ulpiano D. 40.5.26.2 (5 *fideic.*)], con anterioridad a la *evocatio* del obligado, los hijos de la esclava nacen esclavos y si, posteriormente, la madre es manumitida en cumplimiento del fideicomiso, el hijo será entregado a la ahora liberta quien queda obligada a liberarlo: *Quod igitur defendimus, ita determinandum est, ut ingenui quidem exinde nascantur, ex quo mora libertati facta est; manumitti autem partum dici debeat, ex quo peti libertas potuit, quamvis non sit petita.* Cfr. D.40.5.26.1.

(86) Es de la época de Adriano, sin embargo, su fecha exacta es incierta. KRÜGER, ZSS 48 cit. p.178, lo sitúa entre los años 117 y 123 (fecha, esta última, del SC Articuleyano).

(87) Marciano D.40.5.51.4 (9 *Inst.*): *Senatusconsulto Dasumiano cautum est, ut, si ex iusta causa absit, qui fideicommissam libertatem debet, et hoc pronuntiatum fuerit, perinde libertas competat, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset.* Y añade en el párrafo 6: *Et quia de heredibus tantum cautum erat, adiectum est eodem Senatusconsulto, ut, quicumque fideicommissam libertatem debet, ex quacunque causa pronuntiatum fuerit, eum eosve abesse, perinde habeatur, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset.* El SC se referiría originariamente sólo al heredero fiduciario, posteriormente su alcance fue ampliado a todos los obligados a la manumisión. KRÜGER, ZSS 48 cit. p.178, defiende que el SC Dasumiano habría tenido dos rúbricas, una relativa a los herederos y otra al resto de los obligados. VOCI, *Diritto ereditario II* cit. p.415 n.48, corrige *eodem* por *eidem*, entendiendo que la extensión a todos los obligados se realizó por una norma legislativa posterior.

Es, por tanto fundamental, a los efectos de pérdida o conservación del *ius patronatus*, determinar cuándo la ausencia es *iusta* o *iniusta causa*. Se entiende que la ausencia es injustificada cuando el obligado por el fideicomiso se oculta; cuando, hallándose en la ciudad no se presenta ante el Pretor (88) y, tras un rescripto de Antonino Pío recogido por Marciano en D.40,5,51,9, cuando, presentándose ante el Pretor, se niega a manumitir. Por el contrario, siempre hay justa causa, nos dice Ulpiano en una definición negativa bastante larga, cuando la ausencia no es fraudulenta, sin que sea necesaria una justificación positiva tal que la *absentia rei publicae*. Al respecto, hay que señalar que, tras el ya mencionado SC Articuleyano que traslada la competencia al foro del esclavo, la simple diversidad de domicilio entre obligado y esclavo es suficiente para justificar la ausencia (89).

A la ausencia justificada, con la consiguiente conservación del *ius patronatus*, se equiparará más tarde la imposibilidad de llevar a efecto el fideicomiso por incapacidad del obligado. Tras una serie de disposiciones específicas e intervenciones jurisprudenciales (que comentaremos a continuación), se llega al principio general, enunciado por Meciano en D.40,5,36pr (90),

(88) Cfr. D.40,5,26,7 en relación, D.40,5,28,1.

(89) D.40,5,28,5: *Ex iusta causa abesse eos demum dicendum est, qui non habent iniustam causam absentiae, quum sufficiat, quod non in fraudem libertatis absint, quo magis videantur es iusta causa abesse; ceterum non est necesse, ut Reipublicae causa absint. Proinde si alibi domicilium quis habeat, alibi petatur fideicommissaria libertas, dicendum est, non esse necesse evocari eum, qui fideicommissam libertatem debere dicitur, quia etiam absente eo, si constitit, libertatem deberi, pronuntiarum potest, iusta de causa eum abesse, nec libertum perdit; namque eos, qui apud sedes suas et domicilium suum sunt, nemo dubitabit, ex iusta causa abesse*. Señala Ulpiano que, en el supuesto de diversidad de domicilio, la *evocatio* del obligado se considera superflua: el procedimiento *extra ordinem* podrá desenvolverse sin demandado ya que, al aplicarse el Dasumiano, su derecho al patronato va a permanecer intacto. En relación con el fragmento, KRÜGER, ZSS 48 cit. p.182, defiende la existencia de un procedimiento contumacial.

(90) D.40,5,36pr: *Neque infantes, neque furiosi, neque ab hostibus capti, neque hi, quos religio, aut honestior causa, vel calamitas aliqua, vel maior res familiaris, aut capitis famaeve periculum, aut similis causa moretur, Rubriano Senatusconsulto continentur; ac ne pupilli quidem, qui tutores non habent, aut eos habeant, quos earum quae causa detinet. Sed nec si hi data opera sui potestatem non faciunt, puto pupillis libertos eripi, quia et iniquum est, facto tutoris, qui forsitan solvendo non sit, puillum damno affici; et Senatusconsulto non continentur alius quis, quam qui ex causa fideicommissi debet praestare libertatem. Qui ergo est? Dasumiano Senatusconsulto subvenitur his, quo cautum est de his, qui iusta ex causa abessent, ut nec libertas impediatur, nec libertus eripiatur his, qui fraude careant*. Para IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa* cit. p.91, el texto, en la última parte podría estar interpolado. La expresión *fraude careant* aparece también en D.42,8,10,3, de seguro

de que, en el supuesto de que el obligado fuera infante, furioso, prisionero de guerra, pupilo sin tutor o con tutor que no quiera prestar su *auctoritas*, el esclavo será auxiliado por el SC Dasumiano, es decir, será liberado *ex lege*, conservando el *ius patronatus* el obligado incapaz.

El primer paso en esta evolución lo ofrece un senadoconsulto que, para un sector doctrinal, podría identificarse con el propio Dasumiano, en el sentido de que la nueva regla viniera ya recogida en una rúbrica añadida al mismo (91). Dicho supuestamente nuevo senadoconsulto, mencionado por Ulpiano en D.40,5,30,1 (5 *fideic*) (92), prevé la liberación legal del esclavo en el supuesto de que uno de los coherederos cofiduciarios fuera incapaz por edad, es decir, fuera infante o pupilo *infantia maior* desprovisto de tutor. La jurisprudencia extenderá esta regla a la incapacidad por edad de cualquier obligado al fideicomiso, no sólo del coheredero (93). Posteriormente, Antonino Pío (94) equiparará el furioso al infante y, con anterioridad, Marco Aurelio y Lucio Vero (95), extienden la regla al supuesto del pupilo provisto de tutor que se niega a prestar su *auctoritas*. Finalmente, la jurisprudencia la ampliará en relación al obligado mudo y sordo (96). En todos estos supuestos, repetimos, entra en juego el principio general contenido en el SC Dasumiano:

origen compilatorio. No obstante la posible reelaboración, el pensamiento de Meciano no parece falseado.

- (91) En este sentido, KRÜGER, ZSS 48 cit. p.179; VOICI, *Diritto ereditario II* cit. p.415; IMPALLOMENEI, *ibid.* pp.90-91.
- (92) D.40,5,30,1: *Si infans sit inter eos, qui manumittere debent, Senatus censuit, quum unius aetas impederit, ut liberi liberaesque sint hi, quibus libertates ex causa fideicommissi praestari oportet.* La intervención legislativa se muestra necesaria porque la manumisión es un acto personalísimo (cfr. C.7,1,3). El infante no puede llevar a efecto la manumisión, ni siquiera en cumplimiento de un fideicomiso; el tutor no puede sustituir al pupilo (cfr. C.7,11,6), aunque el pupilo *infantia maior* podrá manumitir válidamente con la *auctoritas* del tutor (cfr. D.40,5,11).
- (93) Cfr. D.40,5,30,4, en relación con D.40,5,30,2: *Quicumque igitur casus inciderit, quo is, qui fari non potest, fideicommissae libertati subiectus est, accommodabimus mentem Senatusconsulti, quae etiam ad heredem infantem rogati trahenda est.*
- (94) Cfr. D.40,5,30,7 en relación al SC Vitrasiano, pero extensible a la libertad fideicomisaria en general.
- (95) D.40,5,30,3: *Si vero pupillus tutorem habet, isque nolit ad libertatem praestandam auctor esse, adeo non debet impedimento esse neque pupillo, ut liberos non habeat, neque libertati, ut Divi fratres rescipserint, ex causa fideicommissi libertatem praestari debere servo, perinde atque si ab ipso pupillo tutore auctore manumissus esset.*
- (96) D.40,5,30,8: *Ad exemplum infantis ergo et in mudo, et in surdo subvenietur.*

el pretor declara la libertad del esclavo hereditario, convirtiéndose éste en liberto del obligado.

En el supuesto de que concurren varios obligados y unos no comparezcan dolosamente, mientras otros sean incapaces o estén ausentes *ex iusta causa*, la regla general es que los primeros perderán el *ius patronatus ex Rubriano* y lo adquirirán los segundos. Hay que señalar, sin embargo, que el esclavo no se convierte a la vez en liberto de los cumplidores (por su cuota) y en liberto orcino del disponente (por la cuota de los que no cumplen), sino que los cumplidores adquirirán el patronato completo; el esclavo no será liberto orcino del disponente, ni siquiera en parte. Tal principio viene recogido en un senadoconsulto mencionado por Papiniano en D.40,5,22,2 (19 *quaest.*) (97) y reiterado por Ulpiano en el primer fragmento del Digesto dedicado a las libertades dadas por fideicomiso (98), así como en D.40,5,30,5 (5 *fideic.*), donde, evocando una constitución de Antonino Pío, hace especial mención al coobligado infante (99).

Podría, por último, producirse el concurso entre fiduciarios cumplidores y fiduciario que haya muerto sin herederos y sin realizar la manumisión (100). La previa muerte del fiduciario viene regulada en un senadoconsulto, recogido por Paulo en D.40,5,5 (47 *ad ed.*) y por Ulpiano en D.40,5,30,9 (101), que

(97) D. 40,5,22,2: *Quum is, qui fideicommissam libertatem praestare debet, iusta ex causa abest, aut latitat, aut quidam praesentes sunt, alii ex iusta causa absunt, nonnulli frustrandi gratia fideicommissi copiam sui non faciunt, aut ei, qui libertatem debuit, heres non extitit, aut suus heres hereditate se abstinuit, Praetor pronuntiare debet, ex testamento Lucio Titii fideicommissam libertatem competere; idque Senatusconsulto demonstratum est; quo Senatusconsulto comprehensum est, ne dubium et obscurum esset, cuius libertus fieret, Praetorem pronuntiare debere, qui ex iusta causa, et qui detractandae libertatis gratia absit.* VOCl, *Diritto ereditario* II cit. p. 416, la mención de un senadoconsulto le hace deducir que quizá el concurso entre cofiadores viniera regulado en una rúbrica del SC Dasumiano. IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa* cit. p.97, defiende que el concurso no se reguló en una disposición legislativa autónoma ya que, aunque el término senadoconsulto se recoja en singular, debe entenderse en sentido colectivo, es decir, referido a lo dispuesto por los SSCC Rubriano y Dasumiano.

(98) Cfr. Ulp. D.40,5,1 (14 *ad ed.*)

(99) D.40,5,30,5: *Adeundus est autem etiam ex hac causa Praetor, praesertim quum Rescripto Divi Pii effectum est, ut, si quidam ex rogatis praesentis sint, alii latitent, alii ex causa absint, intercedente infantis persona, non omnium libertus efficiatur, sed tantum infantis et eorum, qui ex iusta causa absunt, vel etiam praesentium.*

(100) Vid. ORTEGA, *Observaciones sobre el fideicomiso de libertad* cit. p.196 n.14.

(101) D.40,5,5: *In fideicommissariis libertatibus si absente herede Praetor pronuntiasset, libertatem deberi, est et liber, et defuncti libertus, si et servus eius fuit, aut heredis, si servus*

dispone la liberación legal del esclavo convirtiéndose en liberto orcino (102). Aplicando este principio a las reglas del concurso que acabamos de señalar, resultaría que, también en este caso, los coobligados cumplidores adquirirían por entero el *ius patronatus*. Para evitar tal efecto, un ulterior rescripto de Marco Aurelio y Lucio Vero, recogido por Ulpiano en D.40,5,30,13 (103), establece la regla de que, en el supuesto de concurso, el esclavo se convierte en liberto de los cumplidores y en liberto orcino del fiduciario muerto sin herederos, con el consiguiente mantenimiento del *ius patronatus* por parte de los eventuales *sui* del fiduciario muerto que se hubieran abstenido (104).

Para finalizar el espacio dedicado al siervo hereditario, debemos analizar el supuesto de que el fideicomiso de libertad no grave a todos los coherederos, sino solamente a alguno. Esta situación supone la existencia de dos fideicomisos, uno expreso, con la carga de manumitir al esclavo común, y otro tácito, con la carga de transferir a los gravados por el primero la cuota del esclavo. Por tanto, ya no es suficiente que se disponga la liberación legal del esclavo, sino que se requieren dos nuevas condiciones: de un lado, que se establezca el transferimiento legal de la cuota del esclavo en el supuesto de que el coheredero cedente no pueda hacerlo y, de otro, reconocer el interés del esclavo a solicitar dicho transferimiento, sin el cual su manumisión

heredis sit; imo et si sine successore heres decesserit, conservandam esse libertatem, Senatus Hadriani temporibus censuit; D.40,5,30,9: Sed et si quis sine heredi, vel alio successore decesserit, qui fideicommissam libertatem praestare debebat, adito Praetore libertatem praestandam esse, censuit Senatus. Ambos pasajes han sido «recortados», según IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa* cit. p.93 n.125. El senadoconsulto mencionado en estos fragmentos Paulo podría identificarse con una rúbrica especial del propio SC Dasumiano vid. KRÜGER, ZSS 48 cit. pp. 179 ss. y VOICI, *Diritto ereditario II* cit. p.416. En contra, BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit. p.613, que defiende la existencia de un senadoconsulto específico para regular el supuesto del fiduciario muerto sin herederos, ya que Paulo refiere el Senadoconsulto tanto a esclavos hereditarios como no hereditarios y Ulpiano no diferencia entre unos y otros.

- (102) Que el esclavo hereditario se convierte en liberto del disponente difunto se establece en una constitución, no mencionada por Paulo en D.40,5,5, pero recogida expresamente por Ulpiano cfr. D.40,5,30,12.
- (103) D.40,5,30,13: *Si alter sine successore decesserit, alter ex iusta causa absit, extat Rescriptum Divorum Marci et Veri, perinde dicentium, eum ad libertatem perventurum, ac si ab eo, qui sine successore decessit, et ab eo, qui ex iusta causa abesset, ad libertatem, ut oportuit, perductus esset.*
- (104) Ya que la jurisprudencia había equiparado la ausencia de herederos a la existencia de herederos *sui* que se hubiesen abstenido cfr. D.40,5,30,10.

resultaría imposible. Tal situación viene regulada por el SC Vitrasiano (105) mencionado por Ulpiano en D.40,5,30,6, que contempla la presencia de coherederos infantes (106) no fiduciarios (por tanto, incapaces de enajenar su cuota), junto a coherederos gravados por el fideicomiso de libertad. Dicho senadocunsulto dispone el traspaso legal, justo precio, de la cuota de los coherederos infantes no fiduciarios, completándose tal norma con un rescripto de Antonino Pio, recogido en el mismo fragmento, según el cual, el juzgador, al aplicar el Vitrasiano, deberá declarar también el precio del esclavo, constituyendo dicha declaración título ejecutivo para el cedente en relación con el cesionario (*Hi autem, qui eos manumisserunt, pretii nomine perinde fratribus et coheredibus suis obligati erunt, atque si ob eam rem ex iudicati causa cum his agi possit.*). Africano, en D.40,5,49 (9 quaest.) (107), nos presenta al esclavo actuando en contumacia del obligado a adquirirlo y a manumitirlo, por lo que, al legitimar al esclavo a invocar el Vitrasiano, de alguna forma se le reconoce el derecho al cumplimiento del fideicomiso que tiene por objeto su transferencia *manumissionis causa*. Las reglas del Vitrasiano serán extendidas por Antonino Pio al impúber y al loco (108) y, por obra de la jurisprudencia, al mudo, al sordo y, posiblemente, al ausente (109).

Por último, queda por analizar cómo opera la liberación *ex lege* del esclavo no hereditario, es decir, del esclavo perteneciente al heredero,

(105) De fecha incierta pero probablemente anterior al Junciano (del año 127), ya que sigue contemplando exclusivamente el supuesto del siervo hereditario.

(106) No obstante, KRÜGER, ZSS 48 cit. p.189, entiende que el SC Vitrasiano no se refiere en particular al coheredero infante, sino al coheredero en general.

(107) D.40,5,49: *Si is, cui servus legatus est, rogatus manumittere latitet, orcinum fieri libertum, respondit, idem fore, et si non legatarii, sed heredis fidei commissum esset; sed et si non omnium, sed quorundam heredum fidei commissum sit, aequè dicendum, orcinum fieri; in eos autem, qui latitaverint, coheredibus, a quibus redimendae partes essent, utilem actionem eo nomine dari debere, vel etiam familiae eriscundae iudicio recte eos acturos.* La última parte del fragmento parece ignorar el rescripto de Antonino Pio recogido por Ulpiano, respecto al justo precio declarado por el pretor; ello induce a BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, cit. p.616. a pensar que el Vitrasiano y la regla de Antonino Pio operan exclusivamente frente al infante, no frente al que se oculta.

(108) Cfr. D.40,5,51,11; D.40,5,30,7.

(109) Cfr. D.40,5,30,8. La extensión al ausente puede deducirse de D.40,5,51,11: *Et praesens coheres perinde manumittat, atque si traditum a coherede accepisset.* Vid. al respecto, VOCI, *Diritto ereditario II* cit. pp.419 ss; IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa* cit. p.105.

legatario, fideicomisario o a un tercero (110). En caso de ausencia (111) de cualquier obligado a manumitir un siervo no perteneciente al patrimonio hereditario, ya sea ésta justificada o injustificada (112), se declarará la libertad del esclavo, convirtiéndose éste en liberto del obligado ausente. Esta regla general viene prevista en el SC Junciano (113), cuyo texto recoge Ulpiano en D.40,5,28,4 (5 *fideic.*) (114).

El esclavo no hereditario pasa a ser en todo caso liberto del obligado, ya que, difícilmente puede declararse liberto orcinio del diponente a un esclavo que no le pertenece en el momento de su muerte. Sin embargo, que la ausencia del obligado sea justificada o sea *sine iusta causa* no va a resultar indiferente en relación a la conservación del *ius patronatus*. Así, por aplicación de un rescripto de Antonino Pío a Aurelio Basso, recogido por Ulpiano en D.26,4,1,3 (*ad Sab.*) (115), quien se oculte para impedir el cumplimiento de un fideicomiso de libertad pierde el derecho a la *legítima hereditas* en lo que concierne al futuro liberto. El obligado, como patrono (116), mantiene la tutela

-
- (110) Cfr. AMAYA CALERO, *La compraventa de los esclavos manumitidos en un fideicomiso de libertad*, cit. p.199.
- (111) En relación al Junciano, nada dicen las fuentes sobre la equiparación de los supuestos de incapacidad de los obligados a la ausencia. Cabe inclinarse por una solución afirmativa dada la amplia dicción de D.40,5,30,4, donde parece garantizada la liberación legal en todos los casos en que la infancia del obligado impidiera la manumisión, e imaginar su aplicación análoga a los otros supuestos de incapacidad.
- (112) Cfr. D.40,5,51,9.
- (113) Su nombre nos lo transmite Marciano en D.40,5,51,1. Tal como nos informa Ulpiano, se emana bajo el consulado de Emilio Junco y Julio Severo, por lo que la doctrina no duda en señalar el año 127 como fecha del SC Junciano.
- (114) D.40,5,28,4: *Si quis servum non hereditarium rogatus manumittere latitet, factum est Senatusconsultum, Aemilio Iunco et Julio Severo Consulibus, in haec verba: «Placere, si quis ex his, qui fideicommissam libertatem ex quacunque causa deberent servo, qui mortis tempore eius, qui rogavit, non fuerit, isque adesse negabitur, Praetor cognoscat; et si in ea causa esse videbitur, ut, si praesens esset, manumittere cogi deberet, id ita esse pronuntiet. Cumque ita pronuntiasset, idem iuris erit, quod esset, si ita, ut ex fideicommisso manumitti debuisset, manumissus esset.*
- (115) D.26,4,1,3: *Interdum autem etiam sine hereditate tutela defertur, interdum hereditas sine tutela, utputa in eo, qui latitavit, quum servum suum rogatus esset manumittere. Nam generaliter Divus Pius rescripsit Aurelio Basso, ius patroni eum non habere, his verbis: «Plane tergiversatio eorum, qui subvertere fideicommissam libertatem velint, eo modo puniatur, ne ius patroni acquirant in eo, quem liberum esse nolunt». Idem erit, si filiae assignatus libertus sit, tutela quidem apud fratres remanebit, ut Marcellus notat, legitima autem hereditas ad sororem pertinebit.*
- (116) En contra KRÜGER, ZSS 48 cit. p.186, para quien, en virtud del rescripto, el derecho de patronato se pierde por completo.

legítima (vista casi más como carga que como beneficio), pero pierde el derecho a la sucesión en los bienes del liberto (117).

El SC Junciano se extiende al fideicomiso del esclavo ajeno, del esclavo común y del esclavo en usufructo de un tercero (118), concediendo el transferimiento legal *iusto pretio* del esclavo, del tercero propietario que consiente la manumisión al fiduciario que disiente. Las concretas relaciones entre fiduciario, esclavo y tercero con derecho sobre el esclavo, vienen reguladas en los fragmentos de Paulo D.40,5,31,4 (3 *fideic.*), recogiendo un rescripto e Caracalla, y Meciano D.40,5,32 (15 *fideic.*). De la combinación de ambos, se derivan las siguientes reglas. Como punto de partida, es necesario que el tercero que tenga un derecho sobre el esclavo acceda a venderlo para que sea manumitido; nadie puede obligarle a ello (119). Si el precio que pide el tercero es objetivamente justo (120) y el obligado al fideicomiso no lo acepta, el pretor interviene declarando la libertad del esclavo, previa satisfacción económica del vendedor (121). Por tanto, se obliga al fiduciario a comprar al esclavo y manumitirlo, sin embargo, el tercero queda facultado, bien a ceder el esclavo al fiduciario para que lo manumita, bien a manumitirlo directamente él y exigir igualmente el precio. En el primer caso, el *ius patronatus* corresponde al fiduciario, en el segundo el esclavo se convierte en liberto del tercero (122). Si el obligado al fideicomiso no comparece, se aplica la regla general del SC Junciano, pero conservando el tercero la doble opción que acabamos de mencionar: puede permitir que el esclavo invoque el

(117) La misma regla operará cuando, *ex Rubriano*, el esclavo se convierta en liberto orcino; pero el obligado que no cumplió, por ser un familiar del disponente, readquiera el patronato *iure hereditario*. Cfr. Paulo D.40,5,33,1 (3 *fideic.*)

(118) D.40,5,47,1: *Si, quum alienum servum heres rogatus sit manumittere, item communem, vel eum, in quo usufructus alienus est, latitet, non inique Senatusconsulto libertatibus succurretur*. Vid. AMAYA CALERO, *La compraventa* cit. p.199.

(119) Primera parte de D.40,5,31,4: *Si is, cuius servus est, nolit eum vendere, ut manumitteretur, nullae Praetoris partes sunt. Idem est, et si pluris iusto vendere velit*.

(120) El precio era probablemente establecido por el pretor *estra ordinem* vid. IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa* cit. p.102 n.156.

(121) D.40,5,31,4: *...Sin autem certo quidem pretio, quod non prima facie videtur esse iniquum, dominus servum vendere paratus est, is vero, qui rogatus est manumittere, immodicum id esse nititur, Praetoris partes erunt interponendae, ut iusto pretio volenti domino dato libertas ab emptore praestetur*.

(122) D.40,5,31,4: *...Quodsi et dominus vendere paratus sit, et servus velit manumitti, cogendus est heres redimere et manumittere, nisi dominus velit servum manumittere, ut actio sibi pretii in heredem detur*.

senadoconsulta, adquiriendo el fiduciario el patronato y el tercero el derecho al precio, o bien, según el mencionado rescripto de Caracalla, el tercero puede manumitir directamente al esclavo, adquiriendo él el patronato y manteniendo el derecho al precio (123). Como prevención frente a una eventual insolvencia del rogado, se permite que el tercero vendedor se oponga a la enajenación o manumisión si, previamente, no le ha sido satisfecho el precio del esclavo (124); en tal caso, el esclavo (o el tercero con la autorización del esclavo) podía solicitar la ejecución preventiva contra el fiduciario.

La acción contra el fiduciario, para hacer valer el fideicomiso de libertad, corresponde sólo al esclavo, y quizá, con la autorización de éste, al tercero (125). Sin embargo, la autorización del esclavo no será necesaria si el disponente había establecido implícitamente un beneficio a favor del tercero propietario, como ocurre en el supuesto de que hubiese dispuesto que se rescatara al esclavo por un valor mayor que su justo precio (126).

Tras todas las intervenciones imperiales y senatoriales expuestas, podemos afirmar que, a finales del siglo II, la efectividad de la manumisión testamentaria directa y de la manumisión fideicomisaria estaba prácticamente igualada. De un lado, el esclavo puede oponer *erga omnes* su derecho a ser civilmente manumitido, sin que este derecho se vea afectado por las eventuales enajenaciones que puedan producirse, de otro lado, al disponerse la liberación legal del esclavo en los supuestos de ausencia, incapacidad o muerte del obligado, resulta que, en la mayoría de los casos, ya no es indispensable la colaboración del fiduciario, por lo que, al igual que ocurre con la manumisión testamentaria directa, si el fideicomiso es válido, el esclavo obtendrá de forma inmediata su libertad.

(123) D.40,31,4 *in fine*: *Idque faciendum est, etiam si heres latitet; et ita Imperator Antoninus rescripsit.*

(124) D.40,5,32pr: *Sed si alienare quidem sit paratus, non ante tamen id velit facere, quam sibi in pretium satisfiat, non erit manumittere compellendus, ne et servum manumittat, et interdum nihil, aut minus consequatur, si forte is, qui rogatus est manumittere, solvendo non sit.*

(125) D.40,5,32,1: *Invito tamen servo neque alii, neque domino eam rem persequi concedendum est, quia non tale sit hoc fideicommissum, ex quo domino quid acquiratur; alioquin ipsi datum videretur.*

(126) D.40,5,32,1 *in fine*: *Quod potest contingere, si testator pluris eum servum, quam quanti est, redimi ac manumitti voluit; nam tunc et domino erit fideicommissi persecutio, cuius interest, praeter verum pretium id, quod plus ei iussus est dare, consequi, et servi, ut ad libertatem perveniat.*