

* * *

La lectura de esta obra resulta ineludible para todo aquel que pretenda aproximarse a la cuestión de la subsidiariedad, ya sea horizontal o vertical, en la prestación de los servicios sociales. Por lo demás, y tratándose de las actas de un congreso, cabe resaltar la homogeneidad de la temática abordada, que también es, naturalmente, la del interesante congreso celebrado en Ravenna en mayo de 2006. Por último desearía resaltar las conclusiones, que en esta ocasión encontramos al principio del volumen, en la introducción (pp. 27-33) de Giovanni Cimbalò. En apenas tres páginas –las últimas de su introducción– se sintetizan brillantemente los resultados de la investigación.

DAVID GARCÍA-PARDO

FERRANTE, Mario, *L'apporto del Diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del Diritto inglese*, Giuffrè Editore, Milán, 2008, 218 pp.

Hay quien todavía niega la importancia que el Derecho canónico ha tenido en la formación de innumerables ordenamientos jurídicos; unos movidos por el laicismo que cada día adquiere un mayor protagonismo en las sociedades occidentales; otros, simplemente, por desconocimiento. Para estos últimos, el autor del libro que hoy recensamos pone de manifiesto que la relevancia del Derecho de la Iglesia no sólo se verifica en el contexto religioso si no que, en Derecho inglés, ha adquirido una gran trascendencia en la “disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie” (aunque dicha importancia se manifiesta no sólo en Derecho anglosajón porque ¿cuál es si no la procedencia, base y fundamento de la institución matrimonial en los ordenamientos occidentales actuales?; es más, ¿no es el Derecho canónico un componente clásico del Derecho común?) Tal y como establece Mario Ferrante es “(...) l’innegabile contributo fornito dal Diritto canonico alla formazione non solo di singoli istituti caratterizzanti l’odierno diritto anglosassone, ma del complessivo sistema giuridico britannico”. Esta afirmación, aunque con motivación diversa a la argumentada en esta monografía, es también mantenida por compatriotas nuestros, entre los que cabe citar al profesor Javier Martínez-Torrón (*Derecho angloamericano y Derecho canónico. Las raíces de la “common law”*, Madrid, 1991).

Antes de comenzar con la recensión de la obra que nos ocupa hemos de apuntar unos conceptos básicos sin los cuales difícil sería la comprensión de la misma.

Existe una gran diferencia entre los países occidentales que tienen una fuente romano-bizantina y, por tanto, una influencia del Derecho romano en la formación de sus sistemas jurídicos, frente a los países anglosajones, en los que este Derecho no configuró su ordenamiento, institucionalizándose en ellos el *common law* (que no es más que una forma de resolución de conflictos a través de la aplicación de principios derivados de la experiencia judicial) Los primeros tienen una base legislativa, los segundos una base jurisprudencial.

Según María José Falcón y Tella -“La *equity* angloamericana”, en *Foro, Nueva época*, I (2005)-, el Derecho inglés es un sistema de casos en el que las fuentes se dividen en:

a) Derecho de los jueces, que a su vez se compone por el Derecho consuetudinario (*customary law*), el Derecho de los casos (*case law*) y la *equity*, que será un término recurrente a lo largo de toda la recensión.

b) Ley y disposiciones de rango inferior.

Es de destacar que la influencia del Derecho canónico en el Derecho inglés se produce en un país que, desde 1534, deja de formar parte del “commonwealth” católico y, no sólo eso, sino en un territorio que, si bien pertenece al continente europeo, se encuentra de él alejado geográficamente por su configuración como una isla. Tomando

esta idea como base, muchos autores anglosajones niegan, *a priori*, la influencia de cualquier derecho confesional en su ordenamiento exceptuando, claro está, el de la Iglesia Anglicana, reconocida como Iglesia de Estado. Para demostrar la equivocación de aquéllos la obra que hoy se analiza se divide en dos secciones o partes, estando formada la primera por dos capítulos, que llevan por título “L’inserimento del Diritto canonico nel Diritto inglese” y “Trust e Diritto canonico” y, la segunda, por uno único, en el que se abordan los “Trust e fondazioni testamentarie fiduciarie di culto”.

Ha motivado a Ferrante el escaso interés de los autores eclesiasticistas por la aportación del Derecho canónico en el ordenamiento inglés en época medieval. A esto se ha sumado el dato de que si bien los estudiosos del Derecho comparado sí que se han ocupado del tema, siempre lo han hecho sobre la premisa de veracidad de las opiniones de los autores anglosajones que han querido defender, en todo momento, la originalidad de su sistema jurídico, negando cualquier contribución de la Europa occidental.

Para fundamentar la influencia anteriormente descrita el autor parte, muy acertadamente, de la referencia a la base formativa del ordenamiento jurídico inglés que se caracteriza por su composición de un doble sistema: el del *common law* y el de *equity* (aclaración que no está de más para entender el funcionamiento del Derecho anglosajón), cada uno de ellos con sus propios Tribunales de Justicia, independientes entre sí. El primero, que tiene como punto de referencia el derecho consuetudinario, se impone como Derecho común a todo el Reino de Inglaterra. En cambio, con el término *equity* se entiende el derecho que proviene directamente de la jurisprudencia y que pretende rebajar la rigidez del primero de los sistemas citados, introduciendo principios jurídicos (p. 6) Dicha *equity*, como comprobaremos posteriormente, tendrá como fundamento la *aequitas canonica* puesto que los Cancilleres ingleses fueron, principalmente, eclesiásticos, que aplicarían la equidad o conciencia a través de la del Tribunal de la *Chancery*.

Pues bien, tanto en uno como en otro sistema manifiesta su influencia el Derecho canónico a pesar de la opinión, ya apuntada, de un gran número de autores anglosajones. Dicho influjo se ha manifestado, como refleja Ferrante en las páginas 9 y siguientes, en diversos momentos históricos y a través de distintas formas, a saber:

1. Incidiendo en la etapa de origen y formación del *common law* (pp. 11-21). Se ha de tener en cuenta que en este momento aún no se puede hablar de *equity* en el sentido literal del término (en el anglosajón –sistema jurisdiccional propio derivado de la discrecionalidad de los jueces y árbitros a la hora de aplicar consideraciones generales de justicia a los problemas que se plantean-, no en el romanista –justicia al caso concreto-).

2. Influyendo directamente, mientras fue posible, en la etapa de esplendor del *common law* (pp. 21-26), lo que se manifestó a través de obra de los Cancilleres eclesiásticos (no se ha de olvidar que éstos fundaban sus decisiones en principios procedentes del Derecho canónico y del Derecho natural para mitigar la aplicación del Derecho estricto, basándose para ello en la conciencia). La figura del Canciller, como primer ministro del rey, actuará como juez, muy solicitado por los particulares, debido a los muchos obstáculos procesales que existían en el sistema del *common law* (pp. 27-68).

Hasta aquí se produce lo que el autor denomina “injerto” del Derecho canónico en el *common law*, a través de su influencia, además de en muchas otras materias, en el sistema de las obligaciones (pp. 68-89).

3. No sólo se siente el componente del Derecho canónico en el primero de los sistemas del Derecho anglosajón, en el *common law*, sino también en otro al que hemos hecho referencia en el punto segundo bajo su antigua forma de conciencia, la *equity* (pp. 89-97).

Así las cosas, no se puede negar, como osan hacer la mayoría de autores ingleses, la influencia del Derecho de la Iglesia, tanto en uno como en otro sistema. Quien tenga duda sobre ello sólo ha de leer las 100 primeras páginas de esta monografía para comprobar que estaba inmerso en una equivocación, dado que sólo se ha de constatar la relación existente entre la evolución del concepto canonístico de equidad y las modificaciones del sistema jurídico inglés, a través de los múltiples ejemplos proporcionados por Ferrante a

lo largo de todo el primer capítulo (véase, a modo de ejemplo, el resumen realizado por el autor en las páginas 97 a 102).

Anunciado y justificado, a lo largo de todo el capítulo primero, el influjo del Derecho canónico en el Derecho inglés, se deja atrás la generalidad para, posteriormente, concretizar su influencia a través de dos institutos determinados: el *trust* y las fundaciones testamentarias fiduciarias de culto.

El Capítulo II aborda el tema del *trust* que, como el propio autor indica, significa literalmente “fiducia” (confianza en su traducción española) y que se considera, en palabras de Criscuoli, la aportación más original e importante del Derecho inglés a la ciencia jurídica. A pesar de ello, aunque se reconoce la contribución de aquél a nivel mundial, no se ha de olvidar que no es más que el producto final de una cultura jurídica continental radicada en el Derecho canónico.

La importancia de las disposiciones fiduciarias en el Derecho de la Iglesia (tanto *inter vivos* como *mortis causa*) tuvieron una gran influencia en el nacimiento de los usos (*uses*) de los que deriva la figura que en este capítulo se aborda. Para justificar esta afirmación, Ferrante realiza un recorrido por las líneas esenciales que irá desde el perfil primario y sustancial, analizando los principios jurídicos elaborados por la doctrina canonística para fundamentar la obligatoriedad de las disposiciones fiduciarias, hasta el procesal, en el que evaluará las modalidades de tutela jurisdiccional que ofrece la Iglesia para la ejecución de las mismas. De este modo, el autor se centra, en primer lugar, en el Derecho canónico para, posteriormente, pasar al Derecho anglosajón, arrancando del *use* (origen histórico del *trust* en el Derecho feudal inglés) y así analizar cómo la *utilitas Ecclesiae* se configuró como presupuesto conceptual de aquél.

1.º En relación con el Derecho de la Iglesia, al abordar el plano sustancial, le otorga el mérito de la elaboración conceptual y jurídica de la “fiducia” dado que en Derecho civil romano, a diferencia de lo que ocurría en Derecho canónico, cualquier pacto fiduciario, establecido sin la forma prevista en el *ius civile*, carecía de eficacia jurídica alguna. En cambio, canónicamente, era obligatorio cumplir cualquier promesa o pacto acordado, independientemente de la forma utilizada, hasta el punto de que el incumplimiento se consideraba contrario a la ley divina y, como consecuencia, pecado; todo ello se tradujo en una máxima jurídica en la cuarta regla del *Liber Sextus*, de modo que todo lo que se posea, incluso conforme al derecho, pero en contra de la conciencia o *equità naturale* (faltando a los pactos fiduciarios) da lugar aun denominado *male ablatum* (n.p. 17, p. 108), cuya devolución es obligatoria si se desca la salvación del alma, independientemente de su conformidad con el ordenamiento puesto que se configura necesario en términos de conciencia y, por tanto, de Derecho natural. Nos remitimos a la traducción de las palabras del autor: “Peca, mortalmente quien, habiendo prometido *nudis verbis* algo a alguien, tiene a menos tal promesa, aprovechándose del rigor del derecho civil que impone el uso de una forma determinada para la validez de la promesa. En efecto, la posición del que promete de forma no sincera no encuentra a los ojos de la Iglesia una justificación en el hecho de que él, en el fondo, no hace otra cosa que valerse de cuanto está prescrito por la ley civil, en cuanto que también el justo rigor lógico del derecho debe ceder, cuando está en peligro el alma, debiendo, en tal caso, prevalecer el Derecho canónico sobre el Derecho civil porque *servare legem (civilem) es inducere peccatum*” (pp. 108-109).

Así, existe la posibilidad de perseguir en juicio *le fiducie* válidas para el Derecho canónico pero nulas para el Derecho civil (al no poseer la forma necesaria *ad validitatem*), lo que se recoge en el subepígrafe segundo de la primera pregunta del capítulo que analizamos. En él se sigue el pensamiento del ilustre canonista Uguccio da Pisa que reconoce una acción autónoma para obtener el cumplimiento de la promesa siendo posible, por la existencia de ésta, la intervención del juez eclesiástico al fundarse su competencia en la *ratio peccati*, que se extiende a todas las materias, incluidas las temporales, que pueden ser origen de un pecado y causar peligro para el alma (*periculum animae*), tal y como es el incumplimiento de promesa que va contra el octavo

mandamiento (“No levantarás falsos testimonios ni mentirás”) Todo ello se realizará a través de la *denunciatio evangelica sive iudicialis privata*, comenzando el proceso con una *imploratio del officium iudicis*, en la que se exponen el hecho ilícito (*denunciatio*) y se solicita al juez que se imponga al denunciado el desistir de su comportamiento ilícito a favor de lo requerido por el denunciante. Tomando como base este procedimiento se puede constatar que en el proceso de la *equity*, a la que ya se ha hecho referencia, muchos son los institutos tomados de la praxis de los Tribunales eclesiásticos (podemos citar, a modo de ejemplo, la *litis contestatio*, el interrogatorio de las partes bajo juramento, etc.) y que tal y como evidencia De Luca “il procedimento della *Court of Chancery* richiama senza alcun dubbio un particolare istituto processuale canonistico: la c.d. *imploratio officii iudicis per modum denunciationis* o, come anche suol indicarsi tra i canonisti, *denunciatio iudicialis privata*” (p. 117).

2.º Analizadas las disposiciones fiduciarias en el Derecho de la Iglesia que, como podremos comprobar, son el germen de todo lo que se recoge a continuación, el autor pasa a tratar el origen histórico del *trust* en el derecho feudal inglés, los *uses*. Éstos últimos, elaborados por los Cancilleres en el sistema de justicia equitativo, se configuran como el afluente del que tomó corriente el primero. En palabras de Hayton, el *trust* constituye la creación más relevante y original por parte de la *equity* respecto al Derecho inglés.

El análisis histórico de estas figuras se explica desde el momento en el que la influencia del Derecho canónico sobre el nacimiento del *trust* sólo se puede comprender mediante el estudio de las exigencias prácticas y de las motivaciones sociales que dieron vida a tal remedio equitativo (pp. 117-118). Teniendo en cuenta que el origen de la figura del *trust* está ligado al feudalismo, Ferrante analiza, *grosso modo*, esta institución, aclarando que dicho término procede de los vocablos latinos *fides* y *foedus*, con los que se designaba a la relación fiduciaria bilateral existente entre señor y vasallo, relación tan importante que el vínculo de fidelidad del segundo al primero sólo podía romperse por aquélla prestada a un señor superior (el rey, el emperador, el Papa o Dios) (p. 119). Además, señala los elementos constitutivos del feudo (sin olvidar la fidelidad apenas enunciada que se manifestaba a través del vasallaje –elemento ético social–) que eran uno económico (el beneficio) y uno político (la inmunidad). Dicho feudo, unión del beneficio y del vasallaje, no era otra cosa que el goce de una tierra (normalmente por tiempo indefinido pero limitado) en correspondencia al servicio prestado por el vasallo a su señor; a ello se le daba un carácter político a través de la inmunidad (que podía ser fiscal, militar o jurisdiccional) Los feudatarios, al no ser propietarios, no podían transmitir libremente las tierras tras su muerte (tenía, además, otras muchas limitaciones) aunque, normalmente, se admitía una especie de sucesión legítima (comúnmente el primogénito) que no era exigible *ex lege* sino sobre la base de la voluntariedad. Todo ello dio lugar al intento de evadir los rígidos mecanismos de la ley feudal de sucesión, aplicada por las cortes del *common law*, recurriendo a remedios jurídicos alternativos de naturaleza equitativa aplicados, en primer lugar, por los Tribunales eclesiásticos y, a partir del siglo XIV, por la *Court of Chancery*, acudiéndose para ello a los *uses*. Concretamente, en la obra se nombra al *use of lands*, que consistía en un expediente por el que cual el noble feudatario (*tenant*), a través de un acto válido según *common law*, transfería la titularidad del feudo a alguna persona en la que confiaba para que ésta vigilase el bien a favor de un beneficiario (que podía ser él mismo o un tercero), de modo que el noble vasallo (llamado a partir de la transferencia *feoffor*) evitaba grandes deberes fiscales feudales. Si la persona en la que se confiaba la tierra no cumplía se podía acudir al Canciller que, en su calidad de defensor de los principios de justicia natural, intervenía con *equity* para tutelar al beneficiario, aplicando los principios canónicos sobre la obligatoriedad moral.

Desde el siglo XVII el *use* pasa a denominarse *trust*. Éste se puede definir como la relación de confianza establecida entre el constituyente de aquél y el administrador, en beneficio de persona determinada (podía ser el propio administrador o un tercero) que podrá exigir en *equity* el cumplimiento de la obligación. La propiedad de los bienes

del *trust*, conforme al *common law*, se habían transmitido al administrador pero éste, en virtud de la *equity*, debía comportarse en conciencia, según la confianza en él depositada y si no lo hacía el canciller dictaba una serie de órdenes que si, a su vez, no eran cumplidas, podían dar lugar a que el administrador fuese a la cárcel hasta que cambiase de actitud.

Relacionados los términos *use* y *trust* faltaba por determinar qué conexión guardaba el Derecho canónico con ellos (si bien ya se había apuntado a lo largo de toda la monografía); para su explicación, el tercer epígrafe del segundo capítulo trata el tema de “L’*utilitas Ecclesiae* quale presupposto concettuale dello *use*”.

Partiendo de la ya citada, en líneas anteriores, obligatoriedad moral de las promesas, el autor pasa a analizar el término de *utilitas Ecclesiae*, que hace referencia a la necesidad de consolidar el patrimonio propio de la Iglesia separándolo de aquél personal de los clérigos. Los bienes de la Iglesia no son sino de Cristo, de modo que el Pontífice y el clero no son más que los administradores del mismo y son ellos los que deben gestionarlo de tal forma que sólo pueden obtener lo necesario para su mantenimiento; esto es, se trata de un auténtico *trust* sacro, entre Dios y los hombres, entre Cristo y la Iglesia, en el que el clero toma el papel de fiduciario, de *trustee ante litteram* (p. 133). Hemos de destacar que ante la legislación de manos muertas, que elimina la posibilidad de poseer bienes inmuebles a las congregaciones eclesiásticas, para eludir dicha prohibición, aquéllas idean la posibilidad de disfrutar esos bienes a través de persona interpuesta, de modo que venden sus propiedades a los terratenientes para que éstos las usen (*use*), esto es, basándose en la confianza, se encomienda a alguien la gestión de las tierras en beneficio de otra persona que no poseía derecho alguno protegible por el *common law* sino que únicamente podía acudir a la *Chancery* para solicitar la protección por el incumplimiento de esa relación de confianza.

La idea de que el instituto jurídico *Salmannus*, propio del Derecho germánico, es la raíz del *trust* inglés, queda desmentida en el apartado cuarto del capítulo II, aunque no se descarta la influencia del *waqf* islámico (donación religiosa inalienable en el Islam ofrecida por una persona a religiosos musulmanes para obras de utilidad pública o caritativa. Es una donación en usufructo a perpetuidad que se convierte en inembargable) en el nacimiento de aquél. A pesar de ello, los conceptos de *aequitas* y de *utilitas Ecclesiae* son los verdaderos antecedentes del actual *trust* que, a su vez, proviene de los *uses* ya que fueron los Cancilleres eclesiásticos los creadores y tutores del *use of lands* que no hicieron otra cosa, tal y como concluye Ferrante, que tomar las tradiciones culturales y jurídicas del Derecho canónico para adaptarlas a la realidad local británica (p. 138).

Abordadas en la Sección Primera de la obra las líneas generales que demuestran y justifican la influencia del Derecho canónico en el Derecho inglés y más concretamente, en la institución del *trust*, en la Sección Segunda, que posee un único capítulo, el autor trata el tema que inspira el título de la monografía: “Trust e Fondazioni testamentarie fiduciarie di culto”. Ahora bien, si en la primera de las secciones citadas se dedica al Derecho anglosajón, en esta segunda se centra en el Derecho italiano y en las relaciones del Estado transalpino con la Iglesia católica, utilizando la relación del *trust* con el Derecho canónico para defender la existencia de las fundaciones fiduciarias.

Ferrante, con gran acierto, comienza dando una definición de aquello que se considera “fundación testamentaria fiduciaria de culto”, en la que el testador destina un determinado patrimonio a la consecución de fines de interés general confiando dichos bienes a una persona, ya sea física ya jurídica, con la obligación de que las rentas sean imputadas al fin previsto, siendo característica de las fundaciones que en este capítulo se analizan el carácter real y no personal de la obligación del fiduciario de modo que los bienes no se confunden con los propios, son autónomos del patrimonio personal hasta tal punto que sus acreedores no podrán tomar dichos bienes para su cobro.

Este tipo de fundaciones a las que concede gran importancia el Derecho canónico (las pías voluntades aparecen recogidas, en el Código de Derecho canónico, en el Título IV del

Libro V, que lleva por título “De las pías voluntades en general y de las Fundaciones pías”, que abarca los cánones 1299 a 1310) carecen de reconocimiento, tanto en sede estatal como en sede concordataria; por ello, el autor de la obra recensionada apuesta por realizar las modificaciones necesarias para conseguir la eficacia civil de las mismas.

El concepto de fundación, en el Derecho de la Iglesia, queda establecido en el canon 115.3 en el que se determina que “La persona jurídica patrimonial o fundación autónoma consta de unos bienes o cosas, espirituales o materiales, y es dirigida, según la norma del derecho y de los estatutos, por una o varias personas físicas, o por un colegio”, a su vez, las fundaciones se pueden dividir, conforme al canon 1303 en autónomas (los conjuntos de cosas destinados a los fines de que se trata en el canon 114.2 -obras de piedad, apostolado o caridad, tanto espiritual como temporal- y erigidos como personas jurídicas por la autoridad eclesiástica competente) y no autónomas (bienes temporales, dados de cualquier modo a una persona jurídica pública con la carga de celebrar Misas y cumplir otras funciones eclesiásticas determinadas con las rentas anuales, durante un largo período de tiempo, que habrá de determinar el derecho particular, o de perseguir de otra manera los fines indicados en el canon 114.2). Las primeras, al ser erigidas por la autoridad eclesiástica, tendrán posibilidad de actuación en el mundo del derecho, es decir, personalidad jurídica, por lo que no se distinguen de las fundaciones recogidas en los artículos 14 y siguientes del Código civil italiano; en cambio, el segundo caso, el de las fundaciones no autónomas, cuya importancia es destacada en la Istruzione in materia amministrativa della Conferenza Episcopale Italiana del 1º setiembre 2005 –nn. 152-156, es el que nos enfrenta a unas verdaderas fundaciones fiduciarias ya que en ellas la masa patrimonial no formará parte del patrimonio de la persona a la que ha sido confiada, debiendo ser destinados los réditos a fines píos.

Como adelantamos, las fundaciones fiduciarias, tan importantes en Derecho canónico, no encuentran acogida en el actual ordenamiento transalpino de modo que quién desee constituir una deberá adaptarse a alguna de estas modalidades: a) crear una fundación autónoma de acuerdo con el artículo 14 del Código citado; b) realizar una disposición modal a favor de una persona física o jurídica que tenga el deber personal y no real de destinar los bienes a un fin determinado por aquél que dispone. Pero debemos tener en cuenta que no son éstas auténticas fundaciones fiduciarias; para que las mismas fuesen admisibles por el Derecho italiano sería necesaria una reforma del Código civil en la línea francesa que, a la vista de las necesidades, optó por una progresiva introducción en el ordenamiento del país galo de dichas fundaciones.

Los últimos epígrafes de la monografía están dedicados a intentar dar una solución a la falta de reconocimiento de las fundaciones fiduciarias en el Derecho de nuestro país vecino a través de la aplicación analógica del *trust* como transferencia fiduciaria del disponente a un administrador cuya función será la que su propio nombre indica, administrar y custodiar la propiedad dada, asegurando el goce del bien al beneficiario.

Es mérito del autor realizar, en primer lugar, un conciso estudio histórico que demuestra la clara relación existente entre el Derecho canónico y determinadas instituciones del Derecho inglés y que desmonta la teoría de un gran número de autores anglosajones que, por afirmar la originalidad de su ordenamiento, faltaban a la verdad. En segundo lugar, su valía se plasma en la utilización de los resultados de dicho estudio para fundamentar la necesidad de reconocimiento de las fundaciones fiduciarias en el Derecho italiano. Invitamos a los amantes de la Historia, del Derecho canónico, de las particularidades del Derecho inglés frente al occidental y del Derecho en general, a sumergirse en la lectura de esta gran obra que aporta una clara visión de la importancia que el Derecho de la Iglesia no sólo adquirió sino que aún posee, en determinados pasajes del Derecho, escrito éste con mayúsculas.